



IPPOLITO BARONE

Dottore di ricerca – Università degli Studi Magna Graecia di Catanzaro

DIGNITÀ E SORTE DEGLI EMBRIONI SOPRANNUMERARI *

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Lo statuto giuridico dell’embrione. – 3. La tutela della vita prenatale nelle fonti sovranazionali. – 4. Le misure di tutela dell’embrione nella legislazione nazionale. – 5. La tutela dell’embrione secondo il bilanciamento della Corte costituzionale e le deroghe al generale divieto di crioconservazione. – 6. La questione degli embrioni soprannumerari. – 7. Il divieto di sperimentazione tra tutela della dignità umana e libertà di ricerca scientifica. La composizione del conflitto. – 8. L’adozione per la nascita. – 9. Dignità del vivente e destinazione post mortem alla ricerca scientifica.

1. – Il progresso scientifico sfugge al dominio della natura sul corso ordinario delle vicende inerenti l’esistenza umana, dal suo principio così sino al suo volgere al termine, ponendo sempre nuovi interrogativi a cui l’interprete, sulla base del dato normativo vigente sia pure non sempre “attuale”, non può sottrarsi, essendo suo precipuo compito quello di fornire le soluzioni ermeneutiche che *hic et nunc* siano in grado di offrire la miglior tutela agli interessi coinvolti nel singolo caso concreto.

In caso di potenziale conflitto tra interessi costituzionalmente rilevanti occorre, da un lato, che alla composizione del medesimo si pervenga attraverso la tecnica del bilanciamento costituzionale in quanto nessuno di essi può essere ritenuto di per sé sempre e comunque prevalente affinché si eviti la c.d. tirannia dei valori¹ e, dall’altro, che la soluzione che sia pure *prima facie* appaia idonea a disciplinare il singolo caso concreto risulti

* Il presente lavoro costituisce il prodotto dell’attività svolta nell’ambito del progetto di ricerca “La procreazione medicalmente assistita e le prospettive di tutela degli embrioni crioconservati”, patrocinato dal Centro Universitario Cattolico, cui l’Autore intende esprimere la propria riconoscenza.

¹ Cfr. G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell’interpretazione recente della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 716 ss.; ID., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, 143 ss. Il riferimento alla “tirannia dei valori” è tratto dall’opera di C. SCHMITT, *La tirannia dei valori. Riflessioni di un giurista sulla filosofia dei valori*³, a cura di G. Gurisatti, Adelphi, 2008, 60 ss.



coerente con il sistema della legalità costituzionale poiché diversamente si aprirebbe la stura a soluzioni stridenti coi principi fondamentali dell'ordinamento², specie con riferimento a quei settori come le scienze mediche e biotecnologiche che hanno inciso così profondamente la nozione di genitorialità rimodulandola in relazione all'*an*, al *quando* e al *quomodo* fino al punto da mettere in discussione anche l'*an*, il *quando* e il *quomodo* della stessa esistenza umana.

La presente indagine muove dall'analisi dello statuto giuridico dell'embrione formato *in vitro* nell'ambito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita al fine di individuare le soluzioni di miglior tutela degli embrioni crioconservati, con particolare riferimento a quelli c.d. soprannumerari, *residui*, in esubero ai fini dell'impianto nell'utero materno e, quindi, non più "utili" a soddisfare il desiderio di genitorialità della coppia che accede alle tecniche di PMA, affinché *de iure condendo* possa essere superato il "pilatesco silenzio" del legislatore sul destino degli embrioni che giacciono nel limbo della crioconservazione *sine die*³.

2. – Alla base della riflessione della letteratura civilistica sullo statuto giuridico dell'embrione umano si colloca senz'altro la ricerca dell'"inizio della vita umana"⁴ sulla scorta della *vexata quaestio* della soggettività giuridica del medesimo⁵.

² Cfr. P. PERLINGIERI, *Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto"*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 7 ss.; N. LIPARI, *Il diritto civile dalle fonti ai principi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 5 ss.

³ F.D. BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 467.

⁴ Imprescindibile riferimento è in tal senso la lezione magistrale di G. OPPO, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, 499 ss. Cfr. P. ZATTI, *Quale statuto per l'embrione?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, 437 ss.; F.D. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 533 ss.

⁵ In argomento F.D. BUSNELLI, *Persona umana e dilemmi della bioetica: come ripensare lo statuto della soggettività*, in *Dir. umani e dir. int.*, 2007, 245 ss.; ID., *Il problema della soggettività del concepito a cinque anni dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 185 ss.; ID., *Cosa resta della legge 40?*, cit., 459 ss.; G. BALLARANI, *Nascituro (soggettività del)*, in *Enciclopedia di Bioetica e Scienza Giuridica*, diretta da E. SGRECCIA e G. TARANTINO, IX, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, 136 ss.; F. GAZZONI, *Osservazioni non solo giuridiche sul concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, 168 ss.; P. ZATTI, *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, 149 ss.; C.M. MAZZONI, *La tutela reale dell'embrione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, 457 ss.; C. CASINI, *La capacità giuridica del concepito*, in *Dir. fam. pers.*, 2019, 282 ss.; G. TOSCANO, *L'embrione tra ontologia e diritto*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, 653 ss.; M.G. CABITZA, *Lo statuto dell'embrione: tra dignità umana e progresso scientifico*, in *Dir. fam. pers.*, 2015, 620 ss.; P. SCHLESINGER, *Il concepito e l'inizio della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 247 ss.; R. SENIGAGLIA, *Vita prenatale e autodeterminazione: alla ricerca di un "ragionevole" bilanciamento tra interessi contrapposti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1554 ss.;



Sebbene la l. n. 40/2004 disponga – o, almeno originariamente, si proponesse – di assicurare i diritti di tutti i “soggetti coinvolti” nel ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, “compreso il concepito”, elevando così espressamente il medesimo al livello di “soggetto”, il problema dell’individuazione dell’inizio della vita umana rimane irrisolto.

La qualificazione del concepito come soggetto giuridico non può infatti ritenersi di per sé dirimente al fine di risolvere il quesito se il concepito sia o non sia persona, non potendosi in alcun modo ritenere quest’ultimo preliminare e decisivo poiché “non condiziona la verifica della rilevanza e neanche di una tutela riferita allo stesso concepito”⁶.

Sotto il profilo della tutela giuridica, i primi interpreti del codice civile identificavano l’inizio della vita umana con l’acquisto della capacità giuridica che l’art. 1 del codice civile ricollega al momento della nascita (comma 1) e al cui evento sono subordinati i diritti che la legge riconosce a favore del concepito (comma 2)⁷. Il contesto giuridico in cui si inscrivevano tali interpretazioni, nonché la stessa disposizione in questione, era però piuttosto differente da quello attuale. E ciò in disparte l’intervento del legislatore del 2004, sebbene non siano mancate letture piuttosto estensive dell’art. 1 della l. n. 40/2004, nel senso di ritenerla norma innovatrice dell’ordinamento giuridico, estensiva dell’attribuzione della capacità giuridica al concepito – *uno di noi* – in applicazione del principio di uguaglianza⁸.

Certo dovrebbe comunque ritenersi un dato ormai acquisito quello secondo cui la nozione di soggettività giuridica – almeno in termini generali e che, peraltro, l’art. 1 della l. n. 40/2004 riconosce espressamente al concepito – abbia un’estensione più ampia di quella di capacità giuridica delle persone fisiche con conseguente non assoluta coinci-

E. MOSCATI, *La tutela dell’embrione*, in *Arch. giur. Filippo Serafini*, 2004, 3 ss. Sullo statuto dell’embrione umano si veda inoltre COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Identità e statuto dell’embrione umano*, 22 giugno 1996, in http://bioetica.governo.it/media/1902/p24_1996_identita-embione_it.pdf; nonché ID., *Considerazioni bioetiche in merito al c.d. “ootide”*, 15 luglio 2005, in http://bioetica.governo.it/media/1862/p65_2005_ootide_it.pdf.

⁶F.D. BUSNELLI, *L’inizio*, cit., 533 ss. che riprende G. OPPO, *L’inizio*, cit., 499 ss.

⁷L. COVIELLO, *Capacità di succedere a causa di morte*, in *Enc. dir.*, VI, Giuffrè, 1960, 56 ss. Cfr. N. LIPARI, *Legge sulla procreazione assistita e tecnica legislativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 517 ss.

⁸C. CASINI, *La legge sulla fecondazione artificiale. Un primo passo nella giusta direzione*, Cantagalli, 2004, 48 ss., secondo cui il legislatore avrebbe recepito il contenuto essenziale della proposta di legge di iniziativa popolare facente capo al “Movimento per la vita”, depositata in Parlamento per la prima volta il 20 luglio 1995 e successivamente recepita in varie iniziative parlamentari. Cfr. G. VILLANACCI, *il concepito nell’ordinamento giuridico. Soggettività e statuto*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, 100 ss. *Contra* N. LIPARI, *Legge*, cit., 518 ss.



denza, da un punto di vista giuridico, tra soggetto e persona, e di quella di personalità giuridica⁹.

Tuttavia non è o, perlomeno, non è solo sul piano dell'attribuzione di un più o meno elevato grado di soggettività giuridica al concepito che si gioca la partita della qualificazione giuridica del medesimo come persona umana. Se, infatti, la nozione di capacità giuridica, elaborata secondo l'approccio eminentemente patrimonialistico del codice civile¹⁰, esprime lo stato della persona in cui si realizza la massima estensione della titolarità di diritti e di doveri¹¹ *attribuita* dal diritto positivo ed essenzialmente funzionale ai rapporti patrimoniali¹², il dettato costituzionale che “non adotta filtri normativi” nel *ri-conoscere* i diritti inviolabili dell'uomo “consente di gettare luce sull'immagine naturale del concepito impedendogli di negare la qualità di uomo”¹³, sia pure di “uomo in formazione”¹⁴.

La forte divaricazione tra il sistema codicistico, rigido nel porre la sequenza soggetto-persona-capacità giuridica, e i principi costituzionali, secondo cui “la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo” (art. 2) e favorisce “il pieno sviluppo della persona umana” (art. 3), si coglie essenzialmente nella circostanza per la quale “il diritto positivo può negare il soggetto o limitare la soggettività”, ma “non può negare l'uomo”¹⁵.

È in tal senso che la soggettività giuridica attribuita dal legislatore ordinario al concepito va intesa quale “sintesi espressiva di una realtà ontologica”¹⁶, il concepito appunto, “centro autonomo di rapporti giuridici, in previsione ed in attesa della persona”¹⁷.

In questi termini l'attribuzione della soggettività al concepito ad opera dell'art. 1 della l.

⁹ F.D. BUSNELLI, *L'inizio*, cit., 562 ss.; ID., *Il problema*, cit., 186 ss. Cfr. R. SENIGAGLIA, *Vita*, cit., 1570. Nello stesso senso, in giurisprudenza, Cass. civ. 11 maggio 2009, n. 10741, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 1258 ss., con nota di G. CRICENTI, *Il concepito soggetto di diritto ed i limiti dell'interpretazione*; in *Dir. fam. pers.*, 1159 ss., con nota di G. BALLARANI, *La Cassazione riconosce la soggettività giuridica del concepito: indagine sui precedenti dottrinali per una lettura «integrata»*.

¹⁰ F.D. BUSNELLI, *L'inizio*, cit., 562 ss.; cfr. M.G. CABITZA, *Lo statuto*, cit., 628 ss.

¹¹ R. SENIGAGLIA, *Vita*, cit., 1571. Cfr. P. Zatti, *Quale statuto*, cit., 470 ss.

¹² F.D. BUSNELLI, *L'inizio*, cit., 562 ss.

¹³ F.D. BUSNELLI, *L'inizio*, cit., 562 ss.

¹⁴ G. OPPO, *L'inizio*, cit., 512.

¹⁵ G. OPPO, *Declino del soggetto e ascesa della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 830. Cfr. F.D. BUSNELLI, *L'inizio*, cit., 562 secondo cui l'interprete, nell'affrontare i problemi posti da tale divaricazione, “non può vedere nella disciplina codicistica un diritto positivo che imprime forma e limiti ai principi costituzionali”.

¹⁶ F.D. BUSNELLI, *L'inizio*, cit., 534 secondo cui “la soggettività giuridica attribuita dal legislatore al concepito non può essere assunta come un dogma autoritativamente imposto all'interprete”.

¹⁷ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*⁹, Jovene, 1997, 26.



n. 40/2004, come presa d'atto – al livello della legislazione ordinaria – dell'esistenza nell'ordinamento giuridico nazionale di soggetti non misurabili col metro della capacità giuridica, si pone in consonanza con l'orientamento espresso dalla Corte costituzionale con sentenza 18 febbraio 1975, n. 27 e che, ad oggi, costituisce l'imprescindibile premessa di ogni indagine volta a definire i contorni dello statuto giuridico dell'embrione: “la tutela del concepito – che già viene in rilievo nel diritto civile (artt. 320, 339, 687 c.c.) – [ha] fondamento costituzionale”, “[l]’art. 31, secondo comma, della Costituzione impone espressamente la “protezione della maternità” e, più in generale, l’art. 2 Cost. riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, fra i quali non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito”¹⁸.

Ciò consente peraltro di considerare la tutela della vita umana prenatale non come protezione di un “valore” in sé, oggettivamente considerato, ma come tutela dei diritti fondamentali di cui l'individuo concepito, quale essere umano, è riconosciuto titolare alla stregua di principi fondamentali previamente individuati e univocamente interpretabili, quali il diritto alla dignità ed all'identità, alla vita ed alla salute¹⁹.

Sebbene la Corte prosegua affermando che “non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare”²⁰, proprio quello dei principi e delle enunciazioni costituzionali riferibili all'uomo “nella sua inerme qualità di vivente” dovrebbe essere il terreno di elezione per l'equiparazione tra embrione e uomo²¹.

Il Giudice delle leggi, infatti, sembra cadere nell'equivoco di trattare in modo differente il *nato* e il *non ancora nato* non solo sul piano dei diritti patrimoniali, ma anche su quello dei diritti fondamentali, come se tra i due soggetti possa esserci una qualche differenziazione di tipo “qualitativo”.

Se invece occorre affermare una differenza tra la persona munita di capacità giuridica

¹⁸ Corte cost. 18 febbraio 1975, n. 27 in *Giur. it.*, 1975, 1761 ss., con nota di M.C. ANDRINI, *Soggetto e persona: rilevanza autonoma nella tematica dell'aborto*; in *Dir. fam. pers.*, 1975, 594 ss., con nota di G. DALLA TORRE, *Riflessioni sulla sentenza n. 27/1975 in tema di aborto*.

¹⁹ Così F.D. BUSNELLI, *L'inizio*, cit., 550 ss. *Contra* C.M. MAZZONI, *La tutela*, cit., 457 ss.

²⁰ Corte cost. 18 febbraio 1975, n. 27, cit. In senso critico si vedano le osservazioni di R. SENIGAGLIA, *Vita*, cit., 1578 ss. secondo cui “il giudice delle leggi, in una prospettiva che pare più biopolitica che ermeneutica, tratta in modo differente l'individuo *nato* rispetto all'individuo *non ancora nato* anche sul piano dei diritti fondamentali, non patrimoniali, sostenendo che, non v'è equivalenza tra il diritto alla vita e alla salute di chi è già persona, come la madre, e di chi persona deve ancora diventare, cioè l'embrione. Quest'ultimo, quindi, viene sostanzialmente trattato come individuo “meno rilevante” rispetto a quello già *nato*”.

²¹ P. ZATTI, *Quale statuto*, cit., 486.



ex art. 1 cod. civ. e l'individuo soltanto concepito, essa deve intendersi più in termini "quantitativi" che "identitari"²².

Meno equivoco in tal senso è quanto affermato più recentemente dalla Corte costituzionale che – sia pure con molte cautele – con riferimento all'ammissibilità della diagnosi genetica preimpianto si è espressa nel senso che "l'embrione, infatti, quale che ne sia il, più o meno ampio, riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non è certamente riducibile a mero materiale biologico"²³.

Pur rilevandosi delle incontestabili differenziazioni tra la persona umana *già nata* e l'embrione *non ancora nato*, tali per cui "lo statuto dell'uomo [nato] non è lo statuto dell'embrione"²⁴, resta tuttavia altrettanto innegabile l'identità umana che contraddistingue l'embrione nella sua individualità, come individuo appartenente alla specie umana²⁵, ed in funzione della quale l'ordinamento ad esso riconosce specifiche forme di tutela *soggettiva* – quale che sia il grado di soggettività ad esso attribuito – proporzionalmente misurate in ragione delle peculiarità della sua condizione²⁶.

Di qui la necessità di tutelare l'embrione come "*individuo* umano, *in essere* e non *in potenza* anche se *in formazione* come *persona* titolare della capacità giuridica alla quale si riferisce l'art. 1 c.c."²⁷, cui occorre riconoscere una soggettività giuridica di diversa estensione rispetto alla capacità giuridica²⁸.

Se, quindi, con riferimento ai diritti fondamentali, non patrimoniali, quali quelli alla dignità, alla vita, all'identità ed alla salute, l'embrione in quanto soggetto concepito gode

²² R. SENIGAGLIA, *Vita*, cit., 1579-1580. Secondo l'Autore "soltanto nella prima situazione deve ravvisarsi la massima estensione della titolarità dei diritti, patrimoniali e non patrimoniali; nei riguardi del concepito, invece, deve ammettersi la titolarità dei diritti fondamentali, non patrimoniali, che si addicono alla sua condizione, come quelli alla salute, all'identità, alla dignità, alla vita".

²³ Corte cost. 11 novembre 2015, n. 229, in *Dir. pen. e proc.*, 2016, 62 ss., con nota di A. VALLINI, *Gli ultimi fantasmi della legge 40: incostituzionale il (supposto) reato di selezione preimpianto*.

²⁴ C.M. MAZZONI, *La tutela*, cit., 465, che però attribuisce all'enunciato una portata certamente più ampia. Cfr. P. ZATTI, *Quale statuto*, cit., 479, secondo cui "va escluso, anzitutto, che la qualificazione del feto e dell'embrione come uomo possa fondare una sorta di sillogismo, che renda applicabili all'uomo non nato tutte le regole che si applicano all'uomo nato solo in ragione della sua qualità di «uomo» (o di «persona», quando il termine è usato come sinonimo di uomo). Molte tra le regole che accompagnano e ordinano le vicende della vita umana suppongono per ovvie e buone ragioni la condizione di uomo nato. [...] Ogni norma va quindi soppesata in relazione al contesto in cui è dettata, alla *ratio* e alle connessioni con il sistema".

²⁵ Cfr. M. SESTA, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Enc. giur.*, Treccani, 2004, 3-4.

²⁶ R. SENIGAGLIA, *Vita*, cit., 1562. Cfr. M.G. CABITZA, *Lo statuto*, cit., 622.

²⁷ R. SENIGAGLIA, *Vita*, cit., 1562.

²⁸ F.D. BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Giappichelli, 2001, 96.



di una rilevanza non inferiore a quella della persona in quanto soggetto già nato, in caso di conflitto tra tali situazioni giuridiche facenti capo all’embrione e al già nato non dovrebbe attivarsi un criterio di “comparazione” dei livelli di tutela, applicabile al fine di valutare forme di tutela di differente natura e volto a saggiare quale vale di più e quale vale di meno, ma di “bilanciamento”, trattandosi di tutele omologhe, salvo che la legge disponga la prevalenza di un determinato centro di interessi²⁹.

La tecnica del bilanciamento ha ragione di operare quando occorre comporre una situazione di conflittualità, in mancanza della quale non sarebbe affatto giustificabile alcun sacrificio del relativo regime di protezione³⁰.

Viene in rilievo specialmente a tal proposito la distinzione tra embrioni concepiti, impiantati nell’utero materno, ed embrioni creati *in vitro* in attesa di essere trasferiti nell’utero materno.

Nel primo caso si assiste a un processo di “immedesimazione” del concepito nel corpo materno, sicché la titolarità del diritto alla vita od alla salute del primo incontra, ai fini della sua tutela, lo “schermo” dell’autodeterminazione e dell’integrità fisica della madre, cui sola compete la decisione di “sollevarlo” o meno: la tutela dei diritti del concepito incontra un limite nella sua “irraggiungibilità” poiché alla soglia del corpo materno il diritto si arresta né può varcarlo con misure coercitive³¹.

Nel caso degli embrioni creati *in vitro* e non ancora impiantati, la tutela del diritto alla vita e alla salute dell’embrione si sgancia dallo schermo del corpo materno e, pertanto, non confligge con il diritto della coppia di aspiranti genitori – per semplicità unitariamente considerati – all’autodeterminazione ed alla salute psico-fisica, essendo gli stessi compatibili e non richiedendo la tutela dei secondi il necessario sacrificio dei primi.

Se nel caso dell’immedesimazione tra l’embrione e il corpo della madre può verificarsi un conflitto tra il diritto alla salute della madre e il diritto alla vita del concepito (che persona deve diventare) tale per cui la tutela del primo sia possibile solo sacrificando il secondo e, pertanto, possa essere attribuita ad esso prevalenza; nel caso dell’embrione *in vitro* il conflitto pare piuttosto potersi ipotizzare tra l’autodeterminazione/libertà della madre o della coppia e la dignità del concepito, e lo stesso non può essere composto accordando tutela esclusiva alla prima, consistente nel “puro desiderio stru-

²⁹ R. SENIGAGLIA, *Vita*, cit., 1579-1580.

³⁰ R. SENIGAGLIA, *Vita*, cit., 1580.

³¹ P. ZATTI, *La tutela*, cit., 154.



mentale”³², con la conseguenza che la “disuguaglianza si sposti dalla razza e dalle condizioni sociali alla stessa “condizione personale” (espressione dell’art. 2, comma 1, Cost.), in ordine alla quale si dischiude una nuova possibilità di agire”³³.

3. – Nella medesima prospettiva di protezione della vita prenatale, in ragione dell’indubbia appartenenza dell’embrione alla specie umana, si collocano anche le fonti internazionali nonché l’interpretazione che delle medesime è offerta dalle più alte corti europee.

Viene innanzitutto in rilievo la Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989 e ratificata in Italia con la l. 27 maggio 1991, n. 176³⁴. Ai sensi dell’art. 1, ai fini della Convenzione, per fanciullo si intende “ogni essere umano avente un’età inferiore a diciott’anni, salvo che abbia raggiunto prima la maturità in virtù della legislazione applicabile”. La disposizione non apparirebbe dirimente ai nostri fini, onerando ancora una volta l’interprete del compito della qualificazione giuridica della vita prenatale. Viene tuttavia in soccorso il Preambolo della Convenzione che, pur non essendo vincolante per gli Stati contraenti, acquista un indiscusso valore interpretativo. Esso, riprendendo quanto già indicato nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo, ritiene il fanciullo, “a causa della sua mancanza di maturità fisica e intellettuale”, bisognoso “di una protezione e di cure particolari, ivi compresa una protezione legale appropriata, *sia prima che dopo la nascita*”.

La sicura rilevanza di tale indicazione si coglie nella circostanza per la quale essa è ripresa dalla nostra Corte costituzionale nella sentenza n. 35 del 1997 a sostegno del principio costituzionale di tutela della vita umana fin dal suo inizio al fine di dichiarare l’inammissibilità della richiesta di referendum popolare per l’abrogazione di talune parti della l. 22 maggio 1978, n. 194³⁵.

Ne consegue che nella nozione di “essere umano” di cui alla Convenzione sui diritti

³² R. SENIGAGLIA, *Vita*, cit., 1583.

³³ A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo della vita umana e il cosiddetto biodiritto*, in *Europa dir. priv.*, 2009, 6.

³⁴ Sul ruolo della Convenzione di New York nel favorire un’interpretazione autentica dei principi costituzionali sulla condizione giuridica del minore si veda E. BILOTTI, *Diritti e interesse del minore*, in R. Senigaglia (a cura di), *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile*, Pacini Giuridica, 2019, 21 ss.

³⁵ Corte cost. 10 febbraio 1997, n. 35, in *Giur. it.*, 1997, 348 ss., con nota di M. RUOTOLO, *Aborto e bilanciamento tra valori: giudizio sull’ammissibilità del referendum o giudizio (anticipato) di legittimità costituzionale?*



del fanciullo debba essere ricompreso anche il “fanciullo” *non nato*, il cui superiore interesse deve avere una considerazione preminente in tutte le decisioni che lo riguardano (art. 3), anche prima e a prescindere, quindi, dalla sua nascita. Inoltre, gli Stati si impegnano a riconoscere ad ogni fanciullo un “diritto inerente alla vita” e ad assicurarne “in tutta la misura del possibile la sopravvivenza e lo sviluppo” (art. 6).

Sotto il profilo della tutela del diritto alla dignità ed alla vita assume rilievo la Convenzione sui Diritti dell’Uomo e la biomedicina del 4 aprile 1997, c.d. Convenzione di Oviedo, che all’art. 1 contiene un ampio riferimento alla protezione dell’essere umano nella sua dignità e nella sua identità e all’art. 2 sancisce la primazia dell’interesse e del bene dell’essere umano “sul solo interesse della società o della scienza”. Nel Preambolo, peraltro, la necessità di rispettare l’essere umano e l’importanza di assicurarne la dignità, nell’ambito delle applicazioni della biologia e della medicina, è espressamente riferita al medesimo sia “come individuo” che “nella sua appartenenza alla specie umana”.

Con precipuo riferimento allo statuto dell’embrione umano ed alla ricerca sugli embrioni *in vitro*, mentre essa da un lato sancisce il categorico divieto di costituire embrioni umani a fini di ricerca (art. 18, par. 2), dall’altro ammette la possibilità per i legislatori nazionali di regolamentare – purché assicurando una non meglio precisata “protezione adeguata” all’embrione – la ricerca sugli embrioni *in vitro* costituiti per motivi differenti dalla ricerca e, quindi, verosimilmente per progetti procreativi non più realizzati o realizzabili e rispetto ai quali, dunque, gli stessi appaiono in definitiva soprannumerari (art. 18, par. 1).

Assume rilievo, inoltre, il Protocollo addizionale di Parigi del 12 gennaio 1998 sul divieto di clonazione di “esseri umani” che in un considerando qualifica “la creazione intenzionale di esseri umani geneticamente identici” come “strumentalizzazione dell’essere umano” e ne sancisce la contrarietà alla dignità dell’uomo.

Occorre, infine, menzionare le Raccomandazioni dell’Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa n. 1046 del 1986 e n. 1100 del 1989. La prima, “relativa all’utilizzo di embrioni e feti umani a fini diagnostici, terapeutici, scientifici, industriali e commerciali”, afferma l’impossibilità di operare distinzioni durante le prime fasi di sviluppo dell’embrione e richiama la necessità di una definizione dello statuto biologico dell’embrione, considerato che “fin dalla fecondazione dell’ovulo la vita umana si sviluppa in modo continuo” (par. 5), e che “l’embrione e il feto umani devono in ogni circostanza beneficiare del rispetto dovuto alla dignità umana” e l’utilizzazione di loro prodotti e tessuti deve essere limitata in maniera rigorosa e regolamentata “in vista di fini puramente terapeutici e con esclusione di qualsiasi altro impiego” (par. 10). La seconda, “sulla uti-



lizzazione di embrioni e feti umani nella ricerca scientifica”, a fronte della necessità di stabilire un equilibrio tra il principio della libertà di ricerca e il rispetto della dignità umana inerente ad ogni vita, afferma l’opportunità di definire la protezione giuridica dell’embrione umano “sin dalla fecondazione dell’ovulo” (par. 6) e che l’embrione umano, “pur sviluppandosi in fasi successive indicate con definizioni differenti (zigote, morula, blastula, embrione preimplantatorio o preeembrione, embrione, feto), manifesta comunque una differenziazione progressiva del suo organismo, e tuttavia mantiene continuamente la propria identità biologica e genetica” (par. 7).

Tra le fonti del diritto dell’Unione europea, precisamente sotto il profilo della tutela del diritto alla dignità ed all’identità, assume rilievo primario l’ampio riferimento alla dignità umana, “inviolabile”, di cui all’art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (c.d. Carta di Nizza), nonché la disposizione di cui all’art. 2 ai sensi del quale “ogni individuo ha diritto alla vita” e, con riferimento al diritto all’integrità fisica e psichica, nell’ambito della medicina e della biologia, il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone, il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro e il divieto della clonazione riproduttiva degli esseri umani di cui all’art. 3.

Il divieto di clonazione riproduttiva di esseri umani – su cui opportunamente insistono numerose fonti sovranazionali –, in particolare, appare il terreno di elezione per suffragare la dignità umana dell’embrione e la sua identità³⁶, in relazione alle quali, peraltro, al livello delle fonti nazionali, può acquistare specifica rilevanza il diritto al libero sviluppo della persona umana di cui all’art. 2 Cost.³⁷.

Nell’ambito del diritto dell’Unione europea occorre menzionare, inoltre, la Direttiva 98/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 luglio 1998 sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche. Al considerando 16 si afferma la necessità che il diritto dei brevetti sia esercitato “nel rispetto dei principi fondamentali che garantiscono la dignità e l’integrità dell’uomo”, di ribadire “il principio secondo cui il corpo umano, in ogni stadio della sua costituzione e del suo sviluppo, comprese le cellule germinali, la semplice scoperta di uno dei suoi elementi o di uno dei suoi prodotti, nonché la sequenza o sequenza parziale di un gene umano, non sono brevettabili”, e che “tali principi sono

³⁶ F.D. BUSNELLI, *L’inizio*, cit., 551. In argomento si veda inoltre ID., *Il problema della clonazione riproduttiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 175 ss.; E. PALMERINI-F.D. BUSNELLI, *Clonazione*, in *Dig. Disc. Priv.*⁴, Utet, 2000, 142 ss.

³⁷ Cfr. L. LONARDO, *Il valore della dignità della persona nell’ordinamento italiano*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 791 s.; A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo*, cit., 1 ss.



conformi ai criteri di brevettabilità previsti dal diritto dei brevetti, secondo i quali una semplice scoperta non può costituire oggetto di brevetto”. Oggetto di censura sono, in via generale, ai sensi dell’art. 6, le invenzioni il cui sfruttamento commerciale è contrario all’ordine pubblico o al buon costume e delle quali pertanto è esclusa la brevettabilità (par. 1) nonché, più precisamente, “le utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali” (par. 2).

Sulla controversa interpretazione della disposizione da ultimo menzionata si è espressa la Corte di giustizia dell’Unione europea che, con due successive pronunce³⁸, ha contribuito a fare luce sulla nozione di embrione umano, almeno con riferimento all’ambito di applicazione della direttiva 98/44/CE³⁹, non ricorrendo nel testo della medesima né alcuna definizione di embrione umano né alcun rinvio ai diritti nazionali degli Stati membri per quanto riguarda il significato da attribuirgli.

Con la prima pronuncia del 18 dicembre 2011, la Corte ha rilevato la necessità di intendere la nozione di embrione umano “in senso ampio” in ragione del contesto e dello scopo della direttiva con la quale il legislatore dell’Unione ha inteso “escludere qualsiasi possibilità di ottenere un embrione quando il rispetto dovuto alla dignità umana possa esserne pregiudicato” e, pertanto, ha affermato che “sin dalla fase della sua fecondazione qualsiasi ovulo umano deve essere considerato come un «embrione umano», ai sensi e per gli effetti dell’art. 6, n. 2, lett. c), della direttiva, dal momento che la fecondazione è

³⁸ Il riferimento è in primo luogo a CGUE, 18 ottobre 2011, C-34/10, *Olivier Brüstle c. Greenpeace e V.*, in *Foro it.*, 2012, 26 ss.; in *Dir. fam. pers.*, 3 ss. con nota di G. CARAPEZZA FIGLIA, *Tutela dell’embrione e divieto di brevettabilità: un caso di assiologia dirimente nell’ermeneutica della Corte di Giustizia*; e in secondo luogo a CGUE, 18 dicembre 2014, C-364/13, *International Stem Cell Corporation v. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, in www.curia.europa.eu. In argomento si vedano F. PIERGENTILI, *La Corte di giustizia e la tutela dell’embrione umano nei confronti dei brevetti. La supremazia della dignità della persona umana nella tutela europea dei diritti fondamentali*, in *federalismi.it*, 2013, 1 ss.; I. ZECCHINO, *La nozione di «embrione umano» nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, 503 ss.

³⁹ Nella pronuncia del 2011 la Corte precisa che “sebbene la definizione dell’embrione umano costituisca un tema sociale particolarmente delicato in numerosi Stati membri, contrassegnato dalla diversità dei loro valori e delle loro tradizioni, la Corte non è chiamata, con il presente rinvio pregiudiziale, ad affrontare questioni di natura medica o etica, ma deve limitarsi ad un’interpretazione giuridica delle pertinenti disposizioni della direttiva” (par. 30). “Si deve ricordare, inoltre, che la determinazione del significato e della portata dei termini per i quali il diritto dell’Unione non fornisce alcuna definizione va operata, in particolare, tenendo conto del contesto in cui essi sono utilizzati e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui essi fanno parte” (par. 31). Ravvisa il rischio di “frammentare la definizione di embrione *ratione materiae*, dilatandone o restringendone l’ampiezza in ragione degli interessi coinvolti nella specifica disciplina”.

G. CARAPEZZA FIGLIA, *Tutela*, cit., 27.



tale da dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano”⁴⁰, concludendo infine che “costituisce un «embrione umano» qualunque ovulo umano fin dalla fecondazione, qualunque ovulo umano non fecondato in cui sia stato impiantato il nucleo di una cellula umana matura e qualunque ovulo umano non fecondato che, attraverso partenogenesi, sia stato indotto a dividersi e a svilupparsi”⁴¹.

Con la successiva sentenza del 18 dicembre 2014, la Corte di giustizia è ritornata sui propri passi in ordine alla definizione di “embrione umano” svolgendo alcune ulteriori precisazioni ed escludendo dalla stessa il c.d. partenote, ossia “un ovulo umano non fecondato il quale, attraverso la partenogenesi, sia stato indotto a dividersi e a svilupparsi [...] qualora, alla luce delle attuali conoscenze della scienza, esso sia privo, in quanto tale, della capacità intrinseca di svilupparsi in essere umano, circostanza che spetta al giudice nazionale verificare”.

Se da un lato tale precisazione conduce ad una nozione più ristretta di embrione umano, dall’altro essa consente di cogliere il *discrimen* tra ciò che, ai sensi della menzionata direttiva, secondo l’interpretazione della Corte, è brevettabile e ciò che non lo è, meglio tra ciò che è meritevole di tutela in quanto portatore *in nuce* del valore della dignità umana e, pertanto, ne impedisce la reificazione e ne rifiuta altresì una forma di tutela in chiave meramente oggettivante⁴² e ciò che invece non lo è, ossia la capacità intrinseca di svilupparsi in essere umano e quindi l’essere organismi potenzialmente viventi della specie umana⁴³.

Sulla nozione di embrione umano non può, infine, non menzionarsi l’interpretazione che di esso (non) è stata fornita dalla giurisprudenza della Corte EDU chiamata a pronunciarsi sull’asserita violazione del diritto della ricorrente al rispetto della vita privata (art. 8 CEDU) e al godimento dei propri beni (art. 1, Protocollo n. 1) da parte dello Stato Italiano, stante il divieto di utilizzare gli embrioni soprannumerari, ottenuti mediante fecondazione *in vitro*, al fine di donarli alla ricerca scientifica (art. 13, l. n. 40/2004)⁴⁴.

⁴⁰ CGUE, 18 ottobre 2011, C-34/10, *Olivier Brüstle c. Greenpeace e V.*, cit., par. 35.

⁴¹ CGUE, 18 ottobre 2011, C-34/10, *Olivier Brüstle c. Greenpeace e V.*, cit., par. 38.

⁴² E. PALMERINI, *La sorte degli embrioni in vitro: in assenza di regole, il ricorso ai principi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, 225 ss.

⁴³ Cfr. G. CARAPEZZA FIGLIA, *Tutela*, cit., 35, secondo cui “ciò che rileva ai fini del riconoscimento della qualità dell’essere umano è il principio di vita, cioè l’inizio del processo di sviluppo biologico, al quale è immanente, senza soluzione di continuità, l’esigenza di rispetto della dignità umana”.

⁴⁴ CEDU, Grande Camera, 27 agosto 2015, ricorso n. 46470/11, *Parrillo c. Italia*, in *Foro it.*, 2015, 453 ss., con nota di G. CASABURI, *Ricerche embrionali: una occasione perduta dalla Corte europea*.



La Corte ha ritenuto applicabile al caso di specie l'art. 8 CEDU sotto il profilo del diritto al rispetto della vita privata in considerazione del fatto che il concetto di "vita privata" di cui al medesimo sia comprensivo, tra l'altro, del diritto all'autodeterminazione e, quindi, del diritto al rispetto della decisione di diventare genitore o di non diventarlo, nonché in considerazione del legame esistente tra la persona sottoposta al trattamento di PMA e gli embrioni concepiti in tal modo a fronte del legame genetico tra di essi e del rappresentare gli embrioni un elemento fondamentale del suo patrimonio genetico e della sua identità biologica, concludendo nel senso che "la possibilità per la ricorrente di esercitare una scelta consapevole e meditata sul destino dei suoi embrioni concerne un aspetto intimo della sua vita personale e riguarda conseguentemente il suo diritto all'autodeterminazione" e, pertanto, "il divieto di cui all'articolo 13 della l. n. 40/2004 di donare alla ricerca scientifica gli embrioni ottenuti mediante fecondazione in vitro e non destinati all'impianto costituisca un'ingerenza nel diritto della ricorrente al rispetto della sua vita privata"⁴⁵.

Affinché una tale limitazione sia compatibile con la Convenzione è necessario che essa persegua uno dei fini individuati dall'art. 8, par. 2, CEDU e, in tal senso, la Corte EDU ha riconosciuto che la "tutela del potenziale di vita dell'embrione" può essere ricondotta allo scopo di protezione della morale e dei diritti e delle libertà altrui, pur precisando però che "ciò non comporta tuttavia che la Corte abbia valutato se il termine "altri" si estenda agli embrioni umani"⁴⁶.

In riferimento all'asserita violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione che sancisce il diritto di ciascuno al rispetto dei propri beni, la Corte EDU con specifico riguardo allo *status* dell'embrione umano formato *in vitro* ha ritenuto non dirimente al tal fine esaminare "la delicata e controversa questione del momento in cui inizia la vita umana", non venendo in rilievo l'art. 2 CEDU e, purtuttavia, ha dichiarato – all'unanimità, in ordine a tale doglianza – il ricorso irricevibile poiché considerata "la portata

⁴⁵ La Corte ha invece escluso che il medesimo articolo possa essere ritenuto applicabile sotto il profilo del diritto al rispetto della vita familiare, non venendo in rilievo nel caso in esame alcun progetto procreativo (par. 174).

⁴⁶ In senso critico si vedano le osservazioni di G. ZAGREBELSKY, Parrillo c. Italia. *Il destino degli embrioni congelati tra Convenzione europea dei diritti umani e Costituzione*, in *Dir. umani e dir. int.*, 2015, 611 s., secondo cui "c'è allora da chiedersi chi siano di "altri" che qui vengono in discorso". Secondo l'A., "a differenza di quanto avviene nel caso delle leggi che disciplinano l'interruzione volontaria della gravidanza, ammettendola in certe circostanze, quando si tratta della destinazione degli embrioni non entrano in gioco diritti e interessi della madre comparabili a quelli della vita e della salute, da bilanciare con la protezione del feto. In questo caso entra in discorso il solo diritto all'autodeterminazione, il che sembra implicare che non sia riconosciuta all'embrione una distinta posizione rispetto alla soggettività della madre".



economica e patrimoniale di tale articolo, gli embrioni umani non possono essere ridotti a “beni” ai sensi di tale disposizione”.

4. – Riconosciuta, in modo incontestabile, l'appartenenza alla specie umana dell'embrione nel suo essere persona umana in divenire e in disparte i profili inerenti la norma personalista quale principio cardine dell'intero sistema ordinamentale⁴⁷, occorre prendere atto che il legislatore ha espressamente qualificato il concepito come soggetto “*imponendo di salvaguardarne la vita quando ciò sia possibile*”⁴⁸.

Invero, come autorevolmente osservato, già la l. 22 maggio 1978, n. 194, che disciplina l'interruzione volontaria di gravidanza, proclamando che lo Stato “tutela la vita umana dal suo inizio” e riconoscendo quindi il diritto alla vita del concepito, ne esprimeva la “soggettività”⁴⁹.

La l. n. 40/2004, almeno nelle intenzioni originarie del legislatore⁵⁰, prima quindi dell'opera di riscrittura costituzionale della stessa⁵¹, disciplinava il ricorso alla procreazione medicalmente assistita secondo un modello autoritario improntato alle esigenze di tutela assoluta dell'embrione, fulcro attorno al quale ruotava l'intero assetto normativo delle medesima⁵².

Dall'impianto normativo della l. n. 40/2004 emerge innanzitutto la preferenza accordata dal legislatore alla procreazione naturale, quale sede privilegiata in funzione della tutela della pari dignità del concepito, di tutti i concepiti⁵³. In primo luogo, infatti, la

⁴⁷ *Ex multis* V. SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio «personalista» in Italia e nell'Unione europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 145 ss.

⁴⁸ F.D. BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40?*, cit., 462-463.

⁴⁹ F.D. BUSNELLI, *L'inizio*, cit., 564-565.

⁵⁰ Cfr. F.D. BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40?*, cit., 459 secondo cui la l. n. 40 del 2004 “non può più essere interpretata privilegiando il canone ermeneutico della «intenzione del legislatore»” poiché la disciplina da essa dettata “non risponde più per intero al modello fortemente voluto dal legislatore, ed è per di più sulla via di un progressivo sgretolamento”.

⁵¹ L'espressione “riscrittura costituzionale” è utilizzata L. D'AVACK, *L'ordinanza di Salerno: ambiguità giuridiche e divagazioni etiche*, in *Dir. fam. pers.*, 2010, 1737 ss., e successivamente ripresa da altri Autori, tra cui G. FERRANDO, *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*, in *Fam. e dir.*, 2011, 517 ss.

⁵² F.D. BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40?*, cit., 462.

⁵³ Cfr. E. BILOTTI, *Introduzione*, in P. BARCELLONA-P. RICCI SINDONI-A. VESCOVI, *La dignità del nascere*, a cura di E. Bilotti, Edizioni Associazione Culturale S. Filippo Neri, 2016, 5 ss.; G. SPOTO, *La dignità del nascere e il divieto di maternità surrogata*, in *Cultura e diritti per una formazione giuridica*, 2017, 13 ss.; A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, in *Europa dir. priv.*, 2019, 723 ss.



procreazione medicalmente assistita è configurata come modalità procreativa residuale, il cui ricorso è consentito “qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità” (art. 1, comma 2); in secondo luogo, il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, consentito solo quando sia accertata l’impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione, è circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico (art. 4, comma 1) ed è informato al principio di gradualità in forza del quale, tra quelle astrattamente applicabili, occorre fare ricorso alle tecniche di PMA che presentano il minor grado di invasività tecnico e psicologico per i destinatari delle stesse (art. 4, comma 2); in terzo luogo, infine, lo Stato si impegna a promuovere e incentivare la ricerca e la prevenzione in relazione ai fenomeni della sterilità e della infertilità (art. 2) e, nell’ambito del consenso informato, alla coppia deve essere prospettata la possibilità di ricorrere a procedure di adozione o di affidamento ai sensi della l. 4 maggio 1983, n. 184, e successive modificazioni, come alternativa alla procreazione medicalmente assistita (art. 6)⁵⁴.

La rilevata preferenza accordata alla procreazione naturale, unitamente ai requisiti soggettivi disegnati dal legislatore per l’accesso alle tecniche di PMA⁵⁵, esprime l’esigenza avvertita dal legislatore ordinario di garantire, nella misura del possibile, al concepito l’esperienza della genitorialità naturale – riducendo, peraltro, al minimo il rischio insito nelle tecniche di PMA extracorporea di produrre embrioni in eccedenza con la necessaria conseguenza di ricorrere alla crioconservazione – ovvero, perlomeno, l’esperienza di una genitorialità quanto più simile a quella naturale⁵⁶ secondo il modello con-

⁵⁴ Cfr. M. SESTA, *Procreazione*, cit., 1 ss.; R. VILLANI, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004*, n. 40, Giappichelli, 2004, 1 ss.; C. CASINI-M. CASINI-M.L. DI PIETRO, *La Legge 19 febbraio 2004*, n. 40. “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”. *Commentario*, Giappichelli, 2004, 23 ss.; G. SCIANCALEPORE, *Norme in materia di procreazione assistita: principi generali*, in *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40*, a cura di P. Stanzione-G. Sciancalepore, Giuffrè, 2004, 1 ss.; F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40*, Giuffrè, 2004, 23 ss.; U. SALANITRO, *Legge 19 febbraio 2004*, n. 40, in *Della famiglia. Leggi complementari*, a cura di G. Di Rosa, nel *Commentario Gabrielli*, Utet, 2018, 1659 ss.

⁵⁵ Ai sensi dell’art. 5 della legge n. 40 del 2004 possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita “coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi”.

⁵⁶ In tal senso anche la più recente giurisprudenza costituzionale. Così Corte cost. 23 ottobre 2019, n. 221, in *Foro it.*, 2019, 3782 ss., con nota di G. CASABURI, “*Qui sto. Non posso fare altrimenti*”: la Consulta tiene fermo il divieto di accesso alla p.m.a. delle coppie omosessuali (femminili); in *Corr. giur.*, 2019, 1460 ss., con nota di G. RECINTO, *La legittimità del divieto per le coppie same sex di accedere alla PMA: la Consulta tra qualche “chiarimento” ed alcuni “revirement”*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 548 ss., con



sacrato dall'art. 30 Cost.⁵⁷, informato ai principi della responsabilità per il fatto della procreazione e della bigenitorialità eterogenea⁵⁸. La centralità costituzionale del paradigma della genitorialità naturale, peraltro, si giustifica in ragione del suo radicamento profondo nella norma personalista e, dunque, in ragione “del suo essere un elemento im-

nota di I. BARONE, *Fecondazione eterologa e coppie di donne: per la consulta il divieto è legittimo*. In senso critico rispetto alle argomentazioni della Corte, U. SALANITRO, *A strange loop. La procreazione assistita nel canone della Corte costituzionale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 206 ss.; M.C. VENUTI, *La genitorialità procreativa nella coppia omoaffettiva (femminile). Riflessioni a margine di Corte cost. n. 221/2019*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 664 ss. Per un commento adesivo F. PIERGENTILI, *Il divieto di fecondazione eterologa “per infertilità sociale” al vaglio della Corte costituzionale. A proposito della sentenza n. 221 del 2019*, in www.dirittifondamentali.it (pubbl. online del 28 maggio 2020). Nonché Corte cost. 15 novembre 2019, n. 237 in *Fam. dir.*, 2020, 325 ss. con nota di M. SESTA, *L'atto di nascita del cittadino straniero nato in Italia non può recare il riconoscimento di due madri*; e Corte cost. 4 novembre 2020, n. 230, in *Nuova giur. civ. comm.*, 362 ss. con commento di G. FERRANDO, *Di chi è figlio un bambino con due mamme? Commento a prima lettura di Corte cost. n. 230/2020, ibidem*, 417 ss.; in *Familia*, 2021, 215 ss., con nota di I. BARONE, *Genitorialità naturale, genitorialità procreativa artificiale, unioni civili*. Nel senso di una maggiore apertura al riconoscimento di forme di omogenitorialità, invero però al precipuo scopo di offrire adeguata tutela al preminente interesse del minore, Corte cost. 9 marzo 2021, nn. 32 e 33, in www.giustiziainsieme.it, 2021, con note di G. FERRANDO, *Il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori. Un primo commento alle sentenze della Corte Costituzionale n. 32 e 33 del 2021*, e di A. GAMBINO, *Il diritto alla cura dei nati contra legem*; in *Fam. dir.*, 2021, 680 ss., con note di M. DOGLIOTTI, *Due madri e due padri: qualcosa di nuovo alla Corte costituzionale, ma la via dell'inammissibilità è l'unica percorribile?*, e di G. FERRANDO, *La Corte costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori*. In argomento cfr. E. BILOTTI, *La Corte costituzionale e la doppia maternità*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, 430 ss.; ID., *Dignità della persona e interesse del minore nel dibattito sul riconoscimento della cd. genitorialità d'intenzione in caso di nascita da madre surrogata*, in *Studi in onore di Giuseppe Vettori*, 2021, in corso di pubblicazione, consultati grazie alla cortesia dell'Autore; A. GORGONI, *Un passo avanti verso l'ampliamento della genitorialità fondata sull'assunzione della responsabilità nella procreazione medicalmente assistita*, in www.personaemercato.it, 2021; M. ACIERNO, *La Corte costituzionale “minaccia” un cambio di passo sull'omogenitorialità?*, in www.questionegiustizia.it, 2021; A.G. GRASSO, *Oltre l'adozione in casi particolari, dopo il monito al legislatore. Quali regole per i nati da PMA omosex e surrogazione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, 466 ss.; C. ATTANASIO, *La Consulta e il tema della omogenitorialità: un monito al legislatore sulla necessità di una più ampia tutela del superiore interesse del minore*, in *Familia*, 349 ss.; R. ZAMPERINI, *Il Doppio Sogno della Corte costituzionale tra figli non riconoscibili e genitorialità disconosciute*, *ivi*, 2021, 379 ss.; A. MORACE PINELLI, *La tutela del minore nato attraverso una pratica di maternità surrogata. L'intervento della Corte costituzionale, in attesa del legislatore*, *ivi*, 2021, 406 ss.; N. CHIRICALLO, *Maternità surrogata e adozione in casi particolari: il doppio “non liquet” della Consulta*, *ivi*, 2021, 421 ss.

⁵⁷ Cfr. M. BESSONE, *Rapporti etico-sociali: art. 29-34*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli, 1976, 94 ss.

⁵⁸ Cfr. R. SENIGAGLIA, *Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover-essere*, in *Europa dir. priv.*, 2017, 953 ss.; E. BILOTTI, *Convivenze, unioni civili, genitorialità, adozioni*, in *Dir. fam. pers.*, 2017, 873 ss.; E. GIACOBBE, *Due non è uguale a uno più uno. Bigenitorialità e rapporti omoparentali*, in *Dir. fam. pers.*, 2019, 233 ss.; A. NICOLUSSI, *Famiglia*, *cit.*, 713 ss.; I. BARONE, *Le vie della doppia maternità*, in *Dir. fam. pers.*, 2020, 925 ss.



prescindibile del progetto di emancipazione umana e sociale consegnato alle norme costituzionali”⁵⁹. È in tal senso che, in un ordinamento democratico fondato sulla norma personalista, si deve ritenere che la libertà di diventare genitori attraverso le tecniche di PMA non possa essere esercitata senza limiti⁶⁰ e che, pertanto, il fine ultimo delle limitazioni poste all’accesso ed all’applicazione delle medesime tecniche non possa che essere necessariamente inteso nel senso di promuovere un modello di relazioni umane rispettoso della dignità di tutti i soggetti coinvolti, *compreso* il concepito, impedendo che lo stesso possa divenire oggetto di logiche di strumentalizzazione da parte degli adulti⁶¹.

Con riferimento alle misure precipuamente previste a tutela dell’embrione formato *in vitro* nell’ambito delle procedure di PMA vengono in rilievo le disposizioni di cui agli artt. 13 (Sperimentazione sugli embrioni umani) e 14 (Limiti all’applicazione delle tecniche sugli embrioni) che sanciscono rispettivamente il generale divieto di qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano e il generale divieto di crioconservazione e di soppressione degli embrioni.

L’art. 13, dopo aver disposto il perentorio divieto di “qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano” (comma 1), pone stringenti limitazioni alla ricerca clinica e sperimentale, ammessa alla sola condizione di essere esclusivamente finalizzata a risultati terapeutici e diagnostici per la tutela della salute e dello sviluppo del medesimo embrione sottoposto al trattamento e sempre che non sia possibile ricorrere a metodologie alternative (comma 2). Resta pertanto esclusa la possibilità di condurre ricerche scientifiche sugli embrioni con l’obiettivo di sviluppare nuove terapie per l’eliminazione o la cura di malattie che – sia pure a beneficio della collettività – non riguardino direttamente il benessere dell’embrione oggetto della sperimentazione⁶².

⁵⁹ E. Bilotti, *La Corte*, cit., 462.

⁶⁰ Corte cost. 23 ottobre 2019, n. 221, cit.

⁶¹ E. Bilotti, *La Corte*, cit., 463, secondo cui “l’ispirazione personalista della Carta si sostanzia infatti nell’obiettivo di promuovere ad ogni livello della vita sociale un modello di relazione umana alieno da logiche di strumentalizzazione e fondato piuttosto su un principio di reciproco riconoscimento: quel principio per cui ciascuno si rapporta all’altro attribuendogli la stessa dignità di persona libera che compete a sé. Un ordinamento fondato sulla norma personalista non può perciò tollerare che la negazione del valore sovrautilitaristico della persona possa essere garantita e promossa con la forza del diritto, e dunque che si diano strutture normative ispirate a logiche che rinnegano il significato autentico della relazione umana. In particolare, l’impegno dell’ordinamento nel promuovere la dignità della persona sarebbe illusorio, laddove le sue norme non contribuissero a scongiurare il rischio, tutt’altro che remoto, che, anche con riferimento al nascere dell’uomo, il “provenire da”, che caratterizza ogni vita che nasce, possa ridursi a un mero “essere prodotto da”, consegnando così anche la relazione umana originaria – quella tra i generanti e il generato – a una dinamica tipica del mondo delle cose”. In argomento cfr. A. NICOLUSSI, *Famiglia*, cit., 723 ss.

⁶² Dubitano della legittimità costituzionale del divieto per inidoneità del bilanciamento V. POCAR, *La*



L'art. 14, vietata la crioconservazione e la soppressione di embrioni (comma 1), declinata quest'ultima anche nell'espresso divieto di riduzione embrionaria di gravidanze plurime (comma 4), fatto salvo quanto previsto dalla legge in materia di interruzione volontaria di gravidanza, nella sua versione originaria – precedente l'intervento demolitorio del Giudice delle leggi⁶³ – poneva quale corollario del generale divieto di crioconservazione degli embrioni il divieto di “creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre” (comma 2).

L'unica deroga normativamente prevista al menzionato divieto atteneva pertanto alla circostanza nella quale il trasferimento nell'utero degli embrioni non risultasse possibile “per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione” e comunque “fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile” (art. 14, comma 3).

A seguito dell'intervento della Corte costituzionale, come si avrà modo di approfondire *infra*, al fine di ridurre “al minimo ipotizzabile” il rischio per la salute della donna, sono venuti meno – in quanto dichiarati costituzionalmente illegittimi – i limiti della destinazione degli embrioni “ad un unico e contemporaneo impianto” e del numero massi-

legge italiana sulla fecondazione assistita, ovvero come e perché si violano i diritti delle cittadine e dei cittadini, in *Sociologia dir.*, 2004, 7; F. MODUGNO, *La fecondazione assistita alla luce dei principi della giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *Procreazione assistita: problemi e prospettive (Atti del convegno dei Lincei, Roma 31.1.2005)*, Schena Editore, 2005, 574 ss.; A. BARBERA, *La procreazione medicalmente assistita: profili costituzionali*, *ivi*, 353 ss.; B. MASTROPIETRO, *Procreazione assistita: considerazioni critiche su una legge controversa*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, 1410 ss.; V. TIGANO, *I profili di rilevanza penale della ricerca scientifica sulle cellule staminali embrionali umane*, Apes, 2017, 21 ss.

Sull'opportuna distinzione operata dal legislatore tra “ricerca” e “sperimentazione” si veda C. CASINI-M. CASINI-M.L. DI PIETRO, *La Legge*, cit. 203, secondo cui “la ricerca [...] può non essere invasiva limitandosi alla semplice osservazione e allo studio conseguente; la sperimentazione, invece, comporta sempre un intervento sul corpo umano e quindi una sua modificazione, sia che si attui con la somministrazione di una sostanza, sia che consista in un intervento chirurgico o comunque manipolatorio”.

⁶³ Il riferimento è a Corte cost. 8 maggio 2009, n. 151, in *Corr. giur.*, 2009, 1213 ss., con nota di G. FERRANDO, *Diritto alla salute della donna e tutela degli embrioni: la Consulta fissa nuovi equilibri*. In argomento si vedano inoltre EAD., *Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte costituzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 521; F.R. FANTETTI, *Illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. pers. succ.*, 683 ss.; E. GIACOBBE, *La festa della mamma. Osservazioni “a caldo” a C. cost. 8 maggio 2009 n. 151*, in *Giust. civ.*, 2009, 1184 ss.; M. CASINI, *La sentenza costituzionale 151/2009: un ingiusto intervento demolitorio della legge 40/2004*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, 1033 ss.; C. TRIPODINA, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la “Costituzione che non vale più la pena difendere”?*, in *Giur. cost.*, 2009, 1696 ss.; L. D'AVACK, *La Consulta orienta la legge sulla P.M.A. verso la tutela dei diritti della madre*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, 1021 ss.



mo di embrioni che possono essere prodotti “comunque non superiore a tre” con la logica conseguenza dell’introduzione di una ulteriore deroga al generale divieto di crioconservazione di cui all’art. 14, comma 1, determinandosi – a seguito della menzionata dichiarazione di illegittimità costituzionale – “la necessità del ricorso alla tecnica di congelamento con riguardo agli embrioni prodotti ma non impiantati per scelta medica”.

Pertanto, fatto salvo il principio secondo cui “le tecniche di produzione non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario, secondo accertamenti demandati, nella fattispecie concreta, al medico”, è ben possibile procedere alla creazione di un numero di embrioni non predeterminato *ex lege* ed eventualmente destinati a successivi impianti “con ciò eliminando sia la irragionevolezza di un trattamento identico di fattispecie diverse, sia la necessità, per la donna, di sottoporsi eventualmente ad altra stimolazione ovarica, con possibile lesione del suo diritto alla salute”⁶⁴.

Tra le misure a tutela dell’embrione formato *in vitro*, infine, pare potersi menzionare – al fine di garantirne la possibilità di sopravvivenza attraverso la nascita – la previsione relativa alla irrevocabilità del consenso prestato al trattamento di PMA successivamente alla fecondazione dell’ovulo (art. 6, comma 4)⁶⁵, cui consegue l’obbligo – sia pure non coercibile – di procedere all’impianto dell’embrione⁶⁶ con l’unica eccezione del caso in cui lo stesso non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione, comunque da realizzare non appena possibile (art. 14, comma 3).

⁶⁴ Corte cost. 8 maggio 2009, n. 151, par. 6.1. In argomento cfr. Carusi D., *La Corte costituzionale e lo statuto dell’embrione*, in *Giur. it.*, 2017, 309, secondo cui “sembra dunque discendere dalla sentenza che non solo il medico possa e debba scegliere, secondo le circostanze, di non impiantare tutti gli embrioni prodotti, ma che sia suo dovere mirare a produrre embrioni in numero il quale, pur maggiore di quello nella specie indicato per il trasferimento in utero, possa dirsi pur sempre proporzionato allo specifico progetto procreativo della coppia richiedente: sia in modo da consentire un nuovo *transfert* qualora il primo, come avviene non di rado (e più spesso nel caso di aspiranti madri con determinate caratteristiche, per esempio di età) non vada a buon fine; sia nell’intento di disporre per il *transfert*, nel caso di coppie portatrici di gravi patologie, di embrioni esenti da malattia”.

⁶⁵ In senso critico Carusi D., *La Corte*, cit., 307 che ne osserva la “drastica coerenza” con “l’ardita e appena un po’ ellittica affermazione della soggettività del “concepito” di cui all’art. 1, comma 1, l. n. 40 del 2004.

⁶⁶ C. CASINI-M. CASINI-M.L. DI PIETRO, *La Legge*, cit., 127 ss.; F. SANTOSUOSSO, *La procreazione*, cit., 93 ss. In argomento si veda, inoltre, A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo*, cit., 52, secondo cui “è vero che tale obbligo è incoercibile fisicamente, ma l’incoercibilità non cancella l’obbligo, mettendo capo semmai alla questione di misure alternative a quella fisica di coazione. In ogni caso l’obbligo è previsto dalla legge e non può essere disatteso mediante una correzione di essa cui l’interprete non ha competenza, tanto più che disattenderlo significherebbe violare anche l’altro obbligo – contenuto nella legge medesima – di non procedere a una selezione eugenetica degli embrioni”.



5. – Sebbene l'impianto originario della disciplina della PMA rispondesse ad un modello autoritario volto a consacrare l'equiparazione dei soggetti concepiti ai soggetti già nati in funzione di una tutela "forte" dell'embrione, la circostanza per la quale – inevitabilmente – i diritti di cui il concepito è titolare possano entrare in conflitto con diritti, ugualmente fondamentali, facenti capo ad altri soggetti "coinvolti" nell'applicazione delle tecniche di PMA, primo fra tutti il diritto alla salute della donna che accede alle tecniche, ha segnato il passaggio compiuto dalla Corte costituzionale dalla *ratio* dell'esclusività della tutela assoluta dell'embrione alla necessaria composizione del conflitto attraverso la tecnica del bilanciamento⁶⁷.

In simili casi, infatti, posto che la tutela dell'embrione "non è comunque assoluta"⁶⁸, il ricorso alla tecnica del bilanciamento rappresenta l'ineludibile passaggio ermeneutico in grado di impedire che, in un ordinamento democratico, possa verificarsi qualsiasi automatismo nell'affermazione di un valore a scapito di un altro, rifuggendo così dal pericolo della "tirannia" di un valore⁶⁹.

Certamente la composizione del conflitto non può essere demandata all'autodeterminazione dei singoli portatori dei medesimi valori in nome della *privacy*, potendo ciascun soggetto in virtù del principio di autodeterminazione disporre esclusivamente di propri diritti e non già di quelli facenti capo ad altri soggetti⁷⁰.

Il primo intervento demolitorio operato dalla Corte costituzionale con la produzione di effetti a detrimento della protezione forte dell'embrione è rappresentato dalla sentenza costituzionale 8 maggio 2009, n. 151 dichiarativa della illegittimità costituzionale dell'art. 14, commi 2 e 3, con riferimento al limite di formazione di non più di tre embrioni,

⁶⁷ F.D. BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40?*, cit., 462.

⁶⁸ Corte cost. 8 maggio 2009, n. 151, cit. Invero già nella storica sentenza n. 27 del 1975 la Corte costituzionale aveva avvertito che "la legge non può dare al primo [l'interesse costituzionalmente protetto relativo al concepito] una prevalenza totale ed assoluta, negando ai secondi [altri beni che godano pur essi di tutela costituzionale] adeguata protezione".

⁶⁹ R. SENIGAGLIA, *Vita*, cit., 1572-1573. In argomento si vedano C. SCHMITT, *La tirannia*, cit., 60 ss.; L. MENGONI, *Per una dogmatica dei diritti fondamentali*, in *Giornate in onore di A. Falzea*, Giuffrè, 1993, 48 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, 1992, 198 ss.; M. CARTABIA, *Diritti, giudizi e conflitti*, in *Ars interpretandi*, 2015, 44 ss.; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2012, 203-204.

⁷⁰ R. SENIGAGLIA, *Vita*, cit., 1573, sulla scia di C. CASTRONOVO *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*, in *Europa dir. priv.*, 2014, 1121-1122 secondo cui "autodeterminarsi significa determinarsi nella sfera che riguarda il sé; e ciò nell'esatta misura in cui il sé sia il termine di riferimento in uscita e in entrata, come autore della deliberazione e come ambito soggettivo al quale quest'ultima si riferisce". In argomento si veda inoltre ID., *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 1037 ss.



all'obbligo di impianto contestuale e alla mancata previsione che l'obbligo di trasferimento degli embrioni, crioconservati in quanto prodotti ma non impiantati per scelta medica, da realizzare non appena possibile debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna.

L'iter argomentativo seguito dalla Corte prende le mosse dalla circostanza per la quale la stessa l. n. 40/2004 rivela, in conformità alla finalità della medesima, un limite alla tutela apprestata all'embrione in quanto lo stesso fatto di aver previsto un limite al numero di embrioni che possono essere prodotti, ammettendo così che alcuni di essi possano non dar luogo a gravidanza, significa aver riconosciuto un affievolimento della tutela dell'embrione al fine di assicurare alla coppia che accede alle tecniche di PMA concrete aspettative di gravidanza: di qui la conclusione secondo cui la tutela dell'embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento finanche con la tutela delle esigenze della procreazione.

Pur mantenendo salvo il principio per il quale le tecniche di produzione non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario secondo le valutazioni demandate nel singolo caso concreto al personale medico, la menzionata declaratoria di incostituzionalità dell'obbligo del numero massimo di tre embrioni che possono essere formati e dell'obbligo del contestuale impianto ha di fatto introdotto – come espressamente riconosciuto dalla Corte – una deroga al divieto generale di crioconservazione degli embrioni comportando la necessità di ricorrere alla crioconservazione con riguardo agli embrioni prodotti ma non impiantati per scelta medica, con l'ulteriore precisazione secondo cui il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna.

Ad incrinare ulteriormente la tutela forte dell'embrione è intervenuta la successiva pronuncia di illegittimità costituzionale del divieto di diagnosi preimpianto⁷¹, sulla scia della condanna dello Stato italiano da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione dell'art. 8 CEDU⁷².

⁷¹ Corte cost. 5 giugno 2015, n. 96, in *Foro it.*, 2015, 2250 ss.; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 930 ss., con commento di G. FERRANDO, *Come d'autunno sugli alberi le foglie. La legge n. 40 perde anche il divieto di diagnosi preimpianto*, *ibidem*, 502 ss.; in *Corr. giur.*, 2016, 186 ss., con nota di M.A. IANNICELLI, *Diagnosi genetica preimpianto: battute finali della "riscrittura costituzionale" della L. n. 40/2004*. In argomento cfr. R. POMIATO, *Diagnosi preimpianto e tutela dell'embrione: un equilibrio ancora precario*, in *Europa dir. priv.*, 2016, 219 ss.

⁷² CEDU, 28 agosto 2012, ric. n. 54270/10, Causa Costa e Pavan c. Italia in *Nuova giur. civ. comm.*, 66 ss., con nota di C. PARDINI, *La diagnosi preimpianto al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo: influenza delle pronunce nel panorama italiano*. Sulla pronuncia si veda inoltre F. VARI, *Considera-*



Secondo i Giudici di Strasburgo, con riferimento al menzionato divieto, “il sistema legislativo manca di coerenza” in quanto “[d]a un lato, esso vieta l’impianto limitato ai soli embrioni non affetti dalla malattia di cui i ricorrenti sono portatori sani; dall’altro, autorizza i ricorrenti ad abortire un feto affetto da quella stessa patologia”.

Tale incoerenza rivelerebbe conseguentemente, in materia di diagnosi preimpianto, la non proporzionalità dell’ingerenza dello Stato italiano nel diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita privata e familiare di cui all’art. 8 CEDU, la cui violazione è pertanto dichiarata nel caso di specie.

“Dalla “cultura del desiderio” alla “cultura dello scarto” il passo è breve”⁷³, e la Corte costituzionale lo ha compiuto preso atto dell’“insuperabile aspetto di irragionevolezza” del divieto di diagnosi preimpianto, nell’ambito delle procedure di PMA, per le coppie fertili affette (anche come portatrici sane) da gravi patologie genetiche ereditarie, suscettibili di trasmettere al nascituro rilevanti anomalie o malformazioni, determinato dalla “palese antinomia normativa” per la quale l’ordinamento giuridico nazionale consente, comunque, a tali coppie di perseguire l’obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici, attraverso la, innegabilmente più traumatica, modalità della interruzione volontaria (anche reiterata) di gravidanze naturali – consentita dall’art. 6, comma 1, lettera b), della l. n. 194/1978 – quando, dalle ormai normali indagini prenatali, siano, appunto “accertati processi patologici [...] relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna”.

In estrema sintesi – secondo il percorso argomentativo seguito dalla Consulta – il cortocircuito normativo si verificherebbe nella misura in cui la disciplina nazionale “non consente (pur essendo scientificamente possibile) di far acquisire “prima” alla donna una informazione che le permetterebbe di evitare di assumere “dopo” una decisione ben più pregiudizievole per la sua salute” con conseguente violazione, quindi, dell’art. 32 Cost. in relazione al diritto alla salute della donna, senza che possa assumere specifico rilievo, ai fini del bilanciamento, alcuna esigenza di tutela del nascituro, “il quale sarebbe comunque esposto all’aborto”.

Si rendeva così necessaria la consequenziale dichiarazione di illegittimità costituzionale dell’art. 13, commi 3, lett. b), e 4, l. n. 40/2004 nella parte in cui contempla come

zioni critiche a proposito della sentenza Costa et Pavan della II sezione della Corte EDU, in Rivista AIC, 2013, 1 ss.

⁷³ F.D. BUSNELLI, *Nascere (o anche morire) con dignità. Un difficile traguardo per l’embrione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 398.



ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni nei casi in cui essa sia esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lett. b), della l. n. 194/1978 e accertate da apposite strutture pubbliche⁷⁴.

Tale pronuncia, "predeterminata" nell'esito dalle discutibili argomentazioni svolte dalla Corte costituzionale nel precedente di cui costituisce la diretta conseguenza, si segnala per alcune precisazioni in ordine allo statuto dell'embrione formato *in vitro* nell'ambito delle procedure di PMA.

La Corte costituzionale è estremamente cristallina nel riconoscere che gli embrioni non impiantati a seguito di diagnosi genetica preimpianto non godono per il solo fatto della malformazione da cui sono affetti di un trattamento peggiore rispetto a quello degli embrioni destinati all'impianto nell'utero materno. Ad essi, infatti, è riconosciuto un pari livello di protezione, idoneo a tutelarne la dignità, cui corrisponde però – allo stato attuale – unicamente il ricorso alla crioconservazione.

La Corte conclude osservando che "[l]'embrione, infatti, quale che ne sia il, più o meno ampio, riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non è certamente riconducibile a mero materiale biologico", la cui tutela può essere ritenuta suscettibile di affievolimento soltanto in caso di conflitto con altri interessi di pari rilievo costituzionale che, in temine di bilanciamento, risultino, in determinate situazioni, prevalenti⁷⁵.

Tra le pronunce che hanno inciso fortemente l'impianto originario della l. n. 40/2004 occorre infine menzionare la nota sentenza n. 162/2014 dichiarativa dell'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa di cui all'art. 4, comma 3, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili⁷⁶.

⁷⁴ Corte cost. 11 novembre 2015, n. 229, cit.

⁷⁵ Corte cost. 11 novembre 2015, n. 229, cit.

⁷⁶ Corte cost. 10 giugno 2014, n. 162, in *Giur. it.*, 2014, 2827 ss., con nota di E. LA ROSA, *Il divieto "irragionevole" di fecondazione eterologa e la legittimità costituzionale dell'intervento punitivo in materie eticamente sensibili*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 393 ss., con nota di G. FERRANDO, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*; in *Corr. giur.*, 2014, 1068 ss., con nota di EAD., *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*; in *Dir. fam. pers.*, 2014, 1005 ss., con nota di L. D'AVACK, *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*, e con nota di C. CICERO-E. PELUFFO, *L'incredibile vita di Timothy Green e il giudice legislatore alla ricerca dei confini tra etica e diritto; ovvero, quando diventare genitori non sembra (apparire) più un dono divino*, *ivi*, 1290 ss.; in *Giur. cost.*, 2014, 2593 ss., con nota di C. TRIPODINA, *Il "diritto al figlio" tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere*.



In disparte i rilievi critici della decisione in relazione al modello costituzionale di genitorialità ed al diritto all'identità del nato⁷⁷, essa, pur non essendo intervenuta su disposizioni normative aventi ad oggetto in via immediata e diretta la tutela dell'embrione, ha ampliato la platea dei soggetti cui è consentito l'accesso alle tecniche di PMA comportando così un aumento della domanda di trattamenti di PMA e, per logica conseguenza, un aumento – perlomeno in termini assoluti – degli embrioni prodotti *in vitro* e quindi, tra essi, degli embrioni soprannumerari, non più necessari all'impianto e destinati in definitiva alla crioconservazione⁷⁸.

6. – L'opera di riscrittura costituzionale della l. n. 40/2004 ha determinato quella che potrebbe essere ormai definita come la “questione” degli embrioni soprannumerari.

Se, infatti, l'impianto normativo originario, funzionale ad una tutela “forte” dell'embrione, si premuniva o, almeno, si impegnava a premunirsi di garantire l'effettività del generale divieto di crioconservazione riducendo al minor numero possibile gli embrioni creati *in vitro* e non (più) destinati alla sopravvivenza attraverso l'impianto nell'utero materno – non essendo comunque possibile eliminare del tutto tale evenienza –, le dichiarazioni di illegittimità costituzionale della l. n. 40/2004 intervenute a riprese successive hanno, di fatto, determinato l'incremento esponenziale ora – in generale – del numero di embrioni formati *in vitro*, ora – in particolare e in misura più che proporzionale – del numero di embrioni destinati alla crioconservazione *sine die*.

Nel primo senso intervengono l'eliminazione del limite massimo di tre embrioni che possono essere prodotti nell'ambito delle procedure di PMA e dell'obbligo di procedere al contestuale impianto dei medesimi (sent. n. 151/2009), nonché l'estensione della platea dei soggetti che possono accedere alle tecniche di PMA alle coppie affette da sterilità

⁷⁷ Cfr. A. NICOLUSSI, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica*, in *Rivista AIC*, 2012, 1 ss.; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, 2015, 78 ss. Sul diritto a conoscere le proprie origini si veda inoltre L. BOZZI, *La parabola del diritto a conoscere le proprie origini. Brevi riflessioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 170 ss.

⁷⁸ Cfr. F.D. BUSNELLI, “*Vite nascenti*” e storie di “*calvari*” vecchie e nuove, in *Nuovo dir. civ.*, 2018, 19, secondo cui il menzionato intervento demolitorio della l. n. 40/2004 “non si limita ad intaccare i vincoli normativi ‘autoritari’ di attuazione delle tecniche di fecondazione artificiale ivi disciplinate ‘mantenendo peraltro salvo il principio’ a cui la legge si ispira, ma attacca direttamente tale principio ispiratore muovendo dalla ingannevole premessa ‘dell’essere la PMA di tipo eterologo una *species* del *genus*’. È, questo, un abile ‘cavallo di Troia’ per far penetrare nelle mura delle ‘architetture costituzionali’ della famiglia, e oltre, la ‘cultura del desiderio’”.



o da infertilità assolute ed irreversibili (sent. n. 162/2014) ed alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili (sent. n. 96/2015).

Nel secondo senso interviene più specificamente l'ammissibilità della diagnosi genetica preimpianto (sent. n. 96/2015) che consente alla donna di decidere di non sottoporsi al trattamento sanitario alla stregua di un'interruzione volontaria di gravidanza in via cautelare, precedente alla stessa gravidanza, volta alla tutela anticipata del suo diritto alla salute. In quest'ultimo caso gli embrioni affetti da grave malattia genetica appaiono, di fatto, ineluttabilmente "predestinati" alla crioconservazione *sine die*, essendo incompatibile la prosecuzione dell'applicazione delle tecniche quanto meno con le stesse ragioni per le quali la coppia ha inizialmente deciso di sottoporsi al trattamento.

Ecco che, pertanto, è possibile che giacciono nel limbo della crioconservazione, in primo luogo, embrioni destinati ai successivi trasferimenti in caso di insuccesso del primo; in secondo luogo, embrioni residuati ad un trattamento di PMA conclusosi con successo, il cui impianto non sarebbe certamente praticabile nel breve termine, ma solo nell'eventualità in cui i genitori decidano successivamente di avere un altro figlio; in terzo luogo, embrioni residuati in ipotesi di donne che abbiano deciso di interrompere il trattamento di PMA, revocando il consenso alla prosecuzione dello stesso ed all'impianto⁷⁹, ovvero che si trovino nell'impossibilità di portare a termine con successo la gravidanza; in quarto luogo, embrioni "scartati" poiché affetti da una malattia o malformazione ovvero in relazione ai quali non è possibile verificare la presenza di malattie o malformazioni in quanto "non biopsabili" per le loro caratteristiche⁸⁰. Ai casi appena menzionati occorre aggiungere poi quello degli embrioni crioconservati formati nei cen-

⁷⁹ Sebbene l'art. 6 della l. n. 40 del 2004 prescriva l'irrevocabilità del consenso successivamente alla fecondazione dell'ovulo, ciò vale certamente con riferimento all'uomo, mentre con riferimento alla donna l'obbligo di trasferimento dell'embrione, pur essendo astrattamente vincolante, è incoercibile e pertanto di fatto la donna può sottrarsi al trattamento anche successivamente alla fecondazione dell'ovulo. Sul punto si vedano i riferimenti bibliografici in nota 66. In argomento cfr. L. BOZZI, *Il consenso al trattamento di fecondazione assistita tra autodeterminazione procreativa e responsabilità genitoriale*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 230 ss.

⁸⁰ Corte cost. 13 aprile 2016, n. 84, in *Foro it.*, 2016, 1509 ss., con nota di G. CASABURI, *La Corte costituzionale e la l. 40/04: ritorno all'ordine?*; in *Giur. it.*, 307 ss., con note di D. CARUSI, *La Corte*, cit., e di I. RIVERA, *La Corte costituzionale torna sulla sperimentazione degli embrioni*.

Per un approfondimento sui diversi livelli cui può essere operata la biopsia dell'embrione si rinvia a R. TALEVI-R. GUALTIERI, *Tecniche di riproduzione assistita: micromanipolazione, coltura e trasferimento embrionale*, in R. Talevi-R. Gualtieri (a cura di), *Biologia e Tecnologie della riproduzione umana*, Piccin, 2019, 255 ss.; nonché a L. STUPPIA, *Diagnosi genetica pre-impianto*, *ivi*, 295 ss., ed alla bibliografia *ivi* menzionata.



tri di PMA nel periodo precedente all'entrata in vigore della l. n. 40/2004 e non più destinati all'impianto.

Come rilevato, l'obiettivo perseguito dalla l. n. 40/2004, secondo le originarie intenzioni del legislatore, era evidentemente quello di garantire una concreta tutela al diritto alla vita dell'embrione, contrastando la pratica precedentemente diffusa di creare un numero di embrioni superiore a quelli poi effettivamente impiantati al fine di incrementare le possibilità di successo del trattamento di PMA riducendone al minimo i costi, in verità non solo economici ma anche in termini di minori sofferenze psichiche e fisiche per la coppia che si sottoponeva al trattamento, con la conseguenza però di determinare l'esistenza di un consistente numero di embrioni in esubero, privi di *chances* di sopravvivenza⁸¹.

Certo è che, regolamentata la fecondazione *in vitro*, non si sarebbe potuta escludere in radice l'eventualità di ricorrere alla crioconservazione sia pure in particolari circostanze. E, infatti, la stessa l. n. 40/2004 individua una specifica deroga al generale divieto di crioconservazione degli embrioni in tutti i casi in cui "il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione", ma si trattava, evidentemente, di un'ipotesi disciplinata in termini di rigorosa eccezione, ammessa "fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile" (art. 14, comma 3).

Non per questo il destino degli embrioni crioconservati sarebbe stato meritevole di minore considerazione, ma i duri colpi inferti alla tutela forte dell'embrione hanno certamente determinato un più intenso vuoto di tutela, rendendo sempre più urgente la necessità di offrire una soluzione alla questione degli embrioni soprannumerari.

7. – "La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica", così recita l'art. 9 Cost. che qualifica la libertà di ricerca scientifica, il c.d. diritto alla scienza, tra i beni di sicura rilevanza costituzionale⁸².

⁸¹ Sulla regolamentazione precedente l'introduzione della l. n. 40 del 2004 si veda U. SALANITRO, *Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, cit., 1657, secondo il quale le frequenti osservazioni critiche circa il "far west" procreativo diffuso in epoca precedente l'entrata in vigore della l. n. 40 del 2004 sarebbero fin troppo severe e non esattamente rispondenti al vero, posto che l'accesso alle tecniche di PMA fosse disciplinato da circolari ministeriali e sottoposto al codice deontologico medico allora vigente, "le cui regole, pur sottoposte a torsioni interpretative, erano tendenzialmente rispettate".

⁸² Così Corte cost. 16 dicembre 2004, n. 423, par. 11.1, in *Foro it.*, 2005, 2294 ss., con nota di E.A. FERIOLI, *Finanziamento della spesa sociale e Corte costituzionale: le contraddizioni di un "federalismo fisca-*



L'art. 13 della l. n. 40/2004, come osservato, è invece perentorio nel dichiarare il divieto assoluto di qualsiasi ricerca clinica o sperimentale sull'embrione che non risulti finalizzata alla tutela dello stesso, ponendo così un limite stringente alla libertà di ricerca scientifica e, precisamente, alle esigenze individuali e collettive sottese alla medesima, ad esempio, con riferimento ai benefici per la tutela della salute che potrebbero derivarne.

Nella disposizione da ultimo menzionata si pongono in tensione, pertanto, due valori di sicura rilevanza costituzionale: lo statuto dell'embrione (*rectius* la sua dignità) e la libertà di ricerca scientifica. La soluzione offerta dal legislatore ordinario è invero la secca ed assoluta prevalenza della tutela della dignità dell'embrione, posto che l'unica deroga al divieto assoluto di ricerca scientifica sugli embrioni sia quella sopra evidenziata della ricerca clinica e sperimentale finalizzata esclusivamente a produrre benefici diretti alla salute e allo sviluppo del medesimo embrione sottoposto al trattamento.

L'assolutezza di un simile divieto, che non opera distinzioni di sorta tra le diverse "categorie" di embrioni, è stata messa in discussione sotto il profilo della legittimità costituzionale poiché tacciata di risolversi "nella completa negazione delle esigenze individuali e collettive sottese all'attività di ricerca scientifica" e, "in modo del tutto irrazionale, nella negazione di qualunque bilanciamento tra dette esigenze"⁸³.

Se da un lato, infatti, non sembra potersi dubitare della legittimità del divieto di costituire embrioni umani a fini di ricerca, trovando esso un solido ancoraggio normativo anche a livello sovranazionale nell'art. 18, par. 2, della Convenzione di Oviedo, dall'altro la rigidità del divieto di sperimentazione sugli embrioni è messa in discussione da una parte della dottrina e della giurisprudenza almeno con riferimento ad alcune categorie di embrioni già formati nell'ambito di un iniziale progetto procreativo. Sul punto, infatti, la

le" ancora inattuato. In argomento cfr. P. PERLINGIERI-R. MESSINETTI, *Art. 9*, in *Commento alla Costituzione italiana*, a cura di P. Perlingieri, Edizioni Scientifiche Italiane, 2001, 44 ss.

⁸³ Trib. Firenze, ordinanza 12 dicembre 2012, in *Foro it.*, 2013, 1005 ss. Cfr. in senso critico G. DI ROSA, *Scienza, tecnica e diritto in recenti applicazioni giudiziali della disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 613, secondo cui "la mancata distinzione (richiamata dai ricorrenti e fatta propria dal giudice fiorentino) all'interno dell'art. 13 l. n. 40 del 2004, tra le varie categorie di embrioni risulta del tutto conforme al modello originariamente previsto dal legislatore, proprio perché da leggersi in sintonia (e necessaria correlazione) con la (originaria) previsione del numero massimo di embrioni producibili (ossia tre), tutti da destinare ad un unico e contemporaneo impianto, con la possibilità (riconosciuta in via del tutto eccezionale) della crioconservazione, ordinariamente vietata. L'originario dettato normativo muoveva cioè dall'avvertita necessità di evitare la pratica, in precedenza molto frequente, della crioconservazione degli embrioni prodotti in sovrannumero rispetto a quelli poi, effettivamente, impiantati; regole, dunque, speculari, dettate dalla comune motivazione di assicurare concreta tutela all'embrione".



stessa Convenzione lascia più ampi margini di discrezionalità agli Stati firmatari, riservando alla legislazione degli stessi la possibilità di regolamentare la ricerca sugli embrioni (già) formati *in vitro* purché la relativa disciplina ne assicuri “una protezione adeguata”, senza però prescrivere ulteriori specificazioni che consentano di individuare in cosa debba consistere lo standard di tutela minima richiesto.

A tali fini viene pertanto in rilievo la primaria distinzione tra embrioni in attesa di un futuro impianto, per i quali vi sono cioè ragionevoli possibilità di sopravvivenza attraverso l'accoglimento nell'utero materno, non essendo stato ancora abbandonato definitivamente il progetto genitoriale nell'ambito del quale sono stati prodotti, e embrioni definitivamente esclusi da qualsivoglia progetto procreativo, in stato di abbandono e, quindi, di fatto destinati alla crioconservazione *sine die* fino alla naturale “estinzione”. Tra questi ultimi si collocano certamente gli embrioni “scartati” a seguito di diagnosi preimpianto poiché affetti da malattie gravi o malformati, nonché quelli per i quali si è stato accertato lo “stato di abbandono” ai sensi del decreto 26 agosto 2004 del Ministro della salute, e cioè in caso di “rinuncia scritta al futuro impianto degli embrioni crioconservati da parte della coppia di genitori o della singola donna (nel caso di embrioni prodotti prima della normativa attuale con seme di donatore e in assenza di partner maschile)” ovvero di documentati e ripetuti tentativi, eseguiti per almeno un anno dal centro di PMA coinvolto, “di ricontattare la coppia o la donna che ha disposto la crioconservazione degli embrioni” e “solo nel caso di reale, documentata impossibilità a rintracciare la coppia” (art. 1, comma 2)⁸⁴.

Con riferimento agli embrioni privati di qualsiasi progetto procreativo e, pertanto, destinati all'inevitabile estinzione nel limbo della crioconservazione, si è rilevato che sarebbe più ragionevole un bilanciamento maggiormente orientato nel senso della loro destinazione alla ricerca scientifica preordinata, secondo una concezione solidaristica, alla tutela della salute individuale e collettiva⁸⁵.

⁸⁴ Tale definizione è stata sostanzialmente ripresa dalle “Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita” adottate con decreto 11 aprile 2008 del Ministro della salute; tuttavia degli embrioni in stato di abbandono non si fa più menzione nell'aggiornamento delle Linee guida dell'1 luglio 2015, adottate con decreto 1 luglio 2015 del Ministero della salute. In argomento cfr. B. LIBERALI, *Il destino degli embrioni creati nell'ambito delle procedure di fecondazione medicalmente assistita*, in *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, a cura di M. D'Amico-B. Liberali, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, 77 ss.

⁸⁵ M. D'AMICO, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, in *BioLaw Journal*, 2016, 175 ss.; V. TIGANO, *De dignitate non disputandum est? La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla PMA*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 21 s.



A fronte dell'ineluttabile destino degli embrioni abbandonati, il loro "sacrificio" acquisirebbe così una forma più rispettosa della vita e della dignità umane (anche dell'embrione medesimo) rispetto al mero "lasciar perire", inquadrando il delicatissimo bilanciamento tra i diritti degli embrioni non destinati all'impianto e le esigenze della scienza nel senso della cedevolezza dei primi rispetto alle seconde in una prospettiva umanitaria e solidaristica, riconducibile all'area di operatività del precetto di cui all'art. 2 Cost.⁸⁶. Si è osservato, peraltro, che anche alle persone viventi non sarebbe preclusa la possibilità di sottoporsi a sperimentazione⁸⁷.

Alle tesi più progressiste si sono tuttavia contrapposti orientamenti più rigidi (e rigorosi) secondo cui l'utilizzo dell'embrione umano come oggetto di ricerca, implicandone la distruzione, si pone irrimediabilmente in contrasto con le esigenze di tutela della dignità umana che deve essergli riconosciuta, perlomeno per la sua indiscutibile appartenenza alla specie umana; in tal senso, a fronte di una materia così delicata quale l'inizio della vita umana, non potrebbe che operare il principio di precauzione in favore della tutela della dignità dell'embrione – senza che possa assumere alcun rilievo l'osservazione secondo cui lo stesso sarebbe in ogni caso inevitabilmente destinato alla naturale estinzione nella crioconservazione – imponendosi il ricorso a tutti i percorsi di ricerca alternativi alla sperimentazione sull'embrione, poiché la tutela della vita umana – ancorché solo *in nuce*⁸⁸ – non consente di equiparare l'"uccidere" al "lasciar morire"⁸⁹.

Chiamata a compiere la "scelta tragica" tra "il rispetto del principio della vita" e le "esigenze della ricerca scientifica" la Corte costituzionale, individuando in essa un "confitto, gravido di implicazioni etiche oltreché giuridiche [...] in ordine alla cui soluzione i giuristi, gli scienziati e la stessa società civile sono profondamente divisi" e su cui "anche le legislazioni, i comitati etici e le commissioni speciali dei molti Paesi che hanno affrontato il problema, approfondendone le implicazioni, sono ben lungi dall'essere pervenuti a risultati su cui converga un generale consenso", decide di non decidere trattan-

⁸⁶ Cfr. A. RUGGERI, *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*, in *BioLaw Journal*, 2016, 251 s.; ID., *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in *federalismi.it*, 2016, 25 ss.

⁸⁷ Corte cost. 13 aprile 2016, n. 84, cit.

⁸⁸ E. PALMERINI, *La sorte*, cit., 225.

⁸⁹ Cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Destino degli embrioni derivanti da procreazione medicalmente assistita e non più impiantabili*, 26 ottobre 2007, in http://bioetica.governo.it/media/3121/p79_2007destino_embrioni_da_pma_it.pdf, 7 ss.



dosi di “una scelta di così elevata discrezionalità”, per i profili assiologici che la connotato, da sottrarsi, per ciò stesso, al sindacato della Corte stessa⁹⁰.

La Consulta, pur precisando il carattere non “a rima obbligata” dell’intervento additivo richiesto dal giudice rimettente⁹¹ e concludendo quindi con la dichiarazione di inammissibilità delle questioni sollevate, afferma senza esitazioni la possibilità di un differente bilanciamento dei valori in conflitto, sia pure riservandolo al legislatore.

Essa non sembra mostrarsi del tutto neutrale rispetto alla scelta tragica che – forse per prudenza più che per competenza⁹² – rimette alla discrezionalità del legislatore: più che la conferma della costituzionalità della normativa impugnata, la pronuncia in esame sembra un invito per il legislatore, “quale interprete della volontà della collettività, [...] a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale”⁹³, secondo una serie di opzioni intermedie che *de iure condendo*, “sulla base anche delle “evidenze scientifiche” e del loro raggiunto grado di condivisione a livello sovranazionale”, la Corte non rinuncia ad indicare in ordine, tra l’altro, “alla utilizzazione, a fini di ricerca, dei soli embrioni affetti da malattia – e da quali malattie – ovvero anche di quelli scientificamente “non biopsabili”; alla selezione degli obiettivi e delle specifiche finalità della ricerca suscettibili di giustificare il “sacrificio” dell’embrione; alla eventualità, ed alla determinazione della durata, di un previo periodo di crioconservazione; alla opportunità o meno (dopo tali periodi) di un successivo interpello della coppia, o della donna, che ne verifichi la confermata volontà di abbandono dell’embrione e di sua destinazione alla sperimentazione; alle cautele più idonee ad evitare la “commercializzazione“ degli embrioni residui”.

In forza delle suesposte considerazioni, la Corte conclude nel senso della inammissibilità della questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Firenze con riferimento al divieto assoluto di sperimentazione sugli embrioni di cui all’art. 13 della l. n. 40/2004, sebbene la stessa sembri infine auspicare – sollecitando l’intervento del legislatore – ad una nuova e diversa ponderazione dei valori in conflitto.

Tuttavia – come si avrà modo di chiarire *infra* – neppure in caso di definitivo abban-

⁹⁰ Corte cost. 13 aprile 2016, n. 84, cit. In tal senso si vedano le osservazioni critiche di A. RUGGERI, *Questioni*, cit., 252.

⁹¹ Trib. Firenze, ordinanza 12 dicembre 2012, cit.

⁹² Cfr. G. RAZZANO, *Corte costituzionale n. 84 del 2016, sulla tutela dell’embrione e l’interesse della ricerca scientifica: una sentenza ispirata alla prudentia?*, in *BioLaw Journal*, 2016, 223 ss.

⁹³ F.D. BUSNELLI, *Nascere (o anche morire) con dignità*, cit., 401.



dono di qualsivoglia progetto genitoriale sembra che possa essere ritenuta prevalente la logica della disponibilità appropriativa dello Stato quale promotore della ricerca scientifica e tecnica ai sensi dell'art. 9 Cost., anche eventualmente con il consenso della coppia coinvolta nel trattamento di PMA, dovendo necessariamente prevalere – almeno in un ordinamento costituzionale democratico fondato sulla norma personalista e sui correlati doveri di solidarietà sociale – la logica (crio)conservativa della vita dell'embrione⁹⁴, posto che l'inderogabilità del principio di tutela della vita contempli anche, in situazioni estreme, la differenza tra lasciar morire e uccidere⁹⁵.

8. – In disparte la questione dell'ammissibilità della destinazione alla ricerca scientifica degli embrioni soprannumerari, occorre senz'altro rilevare che in effetti la legge nulla dispone in positivo circa la sorte da riservare ad essi e per i quali – stante il divieto di soppressione degli embrioni – non sembra esservi altra via che quella della crioconservazione fino alla naturale estinzione, peraltro di difficile determinazione allo stato attuale delle conoscenze scientifiche, e quindi *sine die*.

Di qui l'urgenza di un'integrazione della l. n. 40/2004, avvertita invero già a un anno dalla sua entrata in vigore dal Comitato Nazionale per la Bioetica, che attraverso uno specifico documento ha indagato la possibilità etica e giuridica della c.d. "adozione per la nascita"⁹⁶, quale pratica che consente di offrire agli embrioni soprannumerari la possibilità di nascere posto che "il diritto alla nascita non può che prevalere su ogni considerazione etica e giuridica in senso contrario, che pur metta in corretta evidenza i non piccoli problemi che scaturiscono da questa soluzione"⁹⁷.

⁹⁴ G. DI ROSA, *Scienza*, cit., 613.

⁹⁵ Così G. RAZZANO, *Corte*, cit., 236 ss., secondo cui "la scelta di elevata discrezionalità" sarebbe stata già compiuta dal legislatore che, tra le tante opzioni, ha scelto di "subordinare il principio di utilità a quello di rispetto incondizionato di ogni essere umano vivente", ed "[a]veva scelto, altresì, di subordinare a quest'ultimo anche il principio dell'autonomia individuale dei soggetti che, accedendo alle tecniche, avviano "la produzione" di embrioni e ne decidono il destino (impianto, selezione, crioconservazione, donazione), ritenendo "soggetto" anche il concepito. Ha scelto, inoltre, di non focalizzare il ragionamento sulla previsione per cui gli embrioni moriranno comunque, ma all'azione in sé e per sé considerata: quella di poter usare o meno esseri umani viventi per la ricerca".

⁹⁶ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *L'adozione per la nascita (APN) degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (P.M.A.)*, 18 novembre 2005, in http://bioetica.governo.it/media/3110/p68_2005_adozione-embrioni-apn_it.pdf.

⁹⁷ F. D'AGOSTINO, *Presentazione*, in Comitato Nazionale per la Bioetica, *L'adozione*, cit., 2. In argomento cfr. D. CARUSI, *La Corte*, cit., 308 ss.; ID., *La "donazione per la nascita" degli embrioni soprannu-*



Premesso infatti che all’embrione umano, quale appartenente alla specie umana che ha in sé il principio di vita, debba essere riconosciuto uno statuto comprensivo della tutela della dignità umana e del diritto alla vita riconducibile all’art. 2 Cost., l’ordinamento giuridico non può che proteggerne e salvaguardarne il pieno sviluppo con la finalità primaria dell’ottenimento della nascita e con l’esclusione nei suoi confronti di qualsivoglia comportamento che sarebbe avvertito come discriminatorio se riferito a individui umani (art. 3 Cost.)⁹⁸.

L’espressione “adozione per la nascita” rievoca, sia pure con riferimento agli embrioni soprannumerari, la disciplina dell’adozione di minori di cui alla l. 4 maggio 1983, n. 184, ora per la mera nomenclatura ora per le evidenti ragioni di solidarietà che muovono chi decida di accogliere un embrione abbandonato, portandolo a nascita ed offrendogli una (nuova) famiglia in cui crescere.

Tuttavia si riscontrano anche taluni profili di differenziazione che pare opportuno mettere in evidenza.

La disciplina dell’adozione di minori che prevede una rigorosa procedura volta a verificare l’idoneità degli adottandi, per i quali sono previsti precisi requisiti, al fine di garantire un corretto sviluppo psico-fisico del minore, trova la sua ragion d’essere – sebbene ormai da tempo se ne auspichi una riforma complessiva – nella situazione psico-fisica estremamente delicata in cui si trova il minore adottando, che ha già subito il trauma dell’abbandono e del distacco dalla sua famiglia naturale, solitamente affidato a qualche istituto o struttura pubblica. Nel caso degli embrioni soprannumerari, invece, sebbene il distacco tra identità genetica e “biografica” non sia del tutto privo di ricadute sotto il profilo dell’integrità psico-fisica del nato, non può nondimeno sottacersi che l’evento traumatico del distacco sia ben più ridimensionato, sia per ragioni di minore sofferenza conseguenti alle sue particolari condizioni, sia perché – sotto il profilo più strettamente biologico – l’embrione è comunque portato a nascita attraverso l’impianto nell’utero della

merari, in *Biodiritto*, 2012, 5 ss.; ID., *In vita, «in vitro», in potenza. Verso una donazione dell’embrione soprannumerario?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 333 ss.; M. CASINI-C. CASINI, *Il dibattito sulla PMA eterologa all’indomani della sentenza costituzionale n. 162 del 2014. In particolare: il diritto a conoscere le proprie origini e l’adozione per la nascita*, in *BioLaw Journal*, 2014, 135 ss.; F. MANTOVANI, *Embrioni crioconservati: quale futuro?*, in *La giustizia penale*, 2014, 65 ss.; M.G. CABITZA, *Lo statuto*, cit., 643 ss.; R. LANDI, *L’incerto destino degli embrioni soprannumerari*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 917 ss.; F.D. BUSNELLI, *Nascere (o anche morire) con dignità*, cit., 402 ss.; S.P. PERRINO, *Embryo-adozioni, a brave new world?*, in *giustiziavivile.com*, 2021 (pubblicazione online); nonché i saggi contenuti in AA.VV., *Embrioni crioconservati: quale futuro?*, *Atti del X Congresso nazionale dell’associazione Scienza & Vita, Roma 23-24 novembre 2012*, Cantagalli, 2013.

⁹⁸ Cfr. A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo*, cit., 5 ss.



madre che lo accoglie come figlio e insieme alla quale vive il rapporto simbiotico della gravidanza fino alla (e quindi già prima della) sua venuta al mondo⁹⁹.

Tale ultimo profilo merita di essere ulteriormente valorizzato attraverso la considerazione secondo la quale molti ordinamenti giuridici e, in particolare, il nostro fondano la maternità sul fatto biologico della gestazione e del parto, individuando quindi in esso – piuttosto che nel dato genetico – il criterio principe per l’attribuzione della maternità¹⁰⁰. La legge, infatti, ribadisce che la maternità è dimostrata provando l’identità di colui che si pretende essere il figlio e di colui che fu partorito dalla donna che si assume essere la madre (art. 269, comma 3, c.c.), sebbene debba ritenersi questa non costituisca l’unica prova ammissibile della filiazione perlomeno in mancanza della menzionata dimostrazione¹⁰¹.

⁹⁹ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *L’adozione*, cit., 4 s.

¹⁰⁰ Cfr. A. RENDA, *L’accertamento della maternità. Profili sistematici e prospettive evolutive*, Giappichelli, 2008, *passim*.

¹⁰¹ Tale criterio, ordinariamente operante nei casi di naturale coincidenza tra legame genetico e legame biologico-gestazionale tra la madre e il nato, è stato ritenuto applicabile anche nell’ipotesi in cui, sia pure accidentalmente, si verifica una dissociazione tra la donna il cui ovulo è stato fecondato e alla quale, dunque, il nato è geneticamente riconducibile e la donna che abbia condotto la gravidanza e generato attraverso il parto. Il riferimento è al caso dello scambio di embrioni avvenuto presso l’ospedale Pertini di Roma: nell’attuare la fecondazione omologa di una coppia coniugata erano stati erroneamente impiantati nell’utero della donna embrioni formati con gameti di una differente coppia. Alla nascita i gemelli hanno conseguito lo stato di figli della partoriente e del di lei marito, ma tale attribuzione di genitorialità era stata contestata dalla coppia i cui embrioni erano stati erroneamente impiantati, i quali vantavano il diritto di vedersi riconosciuti quali genitori genetici. Il Tribunale di Roma ha confermato lo stato di filiazione risultante dagli atti di nascita e rigettato le pretese dei soggetti i cui gameti avevano formato gli embrioni erroneamente impiantati, così Trib. Roma, 10 maggio 2016, in *Giur. it.*, 2016, 2109 ss., con nota di L. PASCUCCHI, *L’errore nell’impianto di embrioni: l’eccezionalità del caso entro od oltre i paradigmi legali esistenti?*; in *Fam. dir.*, 2016, 680 ss., con nota di M.N. BUGETTI, *Fecondazione accidentalmente eterologa e tutela dell’interesse del minore*. Sul medesimo caso, nell’ambito del procedimento cautelare, Trib. Roma, 8 agosto 2014, in *Dir. pers. fam.*, 2015, 186 ss., con nota di M. BIANCA, *Il diritto del minore ad avere due soli genitori: riflessioni a margine della decisione del Tribunale di Roma sull’erroneo scambio degli embrioni*; in *Fam. dir.*, 2014, 929 ss., con nota di M.N. BUGETTI, *Scambio di embrioni e attribuzione della genitorialità*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 1110 ss., con nota di A. SCALERA, *“Mater semper certa est?” Considerazioni a margine dell’ordinanza sullo scambio di embrioni*; in *Giur. it.*, 2015, 319 ss., con nota di A. MENDOLA, *Scambio di embrioni tra verità genetica e genitorialità biologica*; in *Dir. succ. fam.*, 2015, 197 ss., con nota di A. RENDA, *Lo scambio di embrioni e il dilemma della maternità divisa*. In argomento si vedano, inoltre, A. MORACE PINELLI, *Il diritto di conoscere le proprie origini e i recenti interventi della Corte costituzionale. Il caso dell’ospedale Sandro Pertini*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 242 ss.; I.A. CAGGIANO, *Lo scambio di embrioni e le modalità di formazione dello status di figlio: il caso emblematico dell’ospedale Pertini*, in *Europa dir. priv.*, 2017, 299 ss.; V. CAREDDA, *Scambio di embrioni e titolo di paternità e maternità*, in *giustiziacivile.com*, 2014; C. CIRAULO, *Brevi note in tema di procreazione medicalmente assistita e regole determinative della genitorialità*, in *juscivile.it*, 2014, 485 ss.; E. PODDIGHE, *Lo scambio di embrioni fra Salomone, Mosé, Pilato e Giuseppe*, in *giustiziacivile.com*, 2014; S. AGOSTA, *Quando l’eterologa è inaspettata: il*



L'adozione per la nascita, inoltre, non deve essere sovrapposta ad altri tipi di pratiche come la fecondazione eterologa e la surrogazione di maternità, rispetto alle quali presenta profili di sicura differenziazione. Con riferimento alla prima, se è vero che nell'adozione per la nascita parimenti all'ipotesi della fecondazione eterologa si verifica un distacco tra identità genetica e identità "biografica" del nato, mentre nel caso della fecondazione eterologa ciò è direttamente determinato dall'applicazione della tecnica volta a realizzare la fecondazione con l'apporto genetico di una o due persone esterne alla coppia che accede alle tecniche col precipuo fine di avere un figlio, nel caso dell'adozione per la nascita l'applicazione della tecnica interviene successivamente alla fecondazione al fine di consentire lo sviluppo di un embrione già formato con evidente prevalenza delle ragioni solidaristiche di portare a nascita un embrione soprannumerario rispetto a quelle, egoistiche in senso lato, di aver un figlio.

Con riferimento alla surrogazione di maternità è evidente che, sebbene in entrambe le ipotesi la gravidanza sia portata avanti da una donna diversa da quella cui appartiene l'ovocita che è stato fecondato, nell'adozione per la nascita la gestante accoglie in grembo, nel proprio grembo, un embrione "altrui" al fine però di assumerne l'ufficio genitoriale e senza, peraltro, che il suo intervento sia stato preventivato all'atto della fecondazione.

Dell'adozione di minori l'adozione per la nascita condivide innanzitutto il presupposto iniziale ossia lo stato di abbandono dell'adottando, qui quindi dell'embrione.

Lo stato di abbandono dell'embrione, quale presupposto della pratica di APN, dovrebbe essere accertato in base a rigorosi criteri fissati dalla legge. Esso potrebbe essere individuato nei casi di "rinuncia all'impianto" da parte della donna, aspirante madre secondo il progetto procreativo originario¹⁰².

preminente interesse del minore quale criterio di reductio ad unum dei (troppi) frammenti di maternità, in *Consulta OnLine*, 2014; D. CORVI, *Lo scambio di embrioni nelle diverse esperienze giuridiche*, in *Vita not.*, 2014, 701 ss.

¹⁰² Non potrebbe essere espressa una rinuncia ugualmente valida da parte dell'aspirante padre, la cui opposizione all'impianto – intervenuta la fecondazione dell'ovulo – non può assumere rilievo alcuno. Neppure l'intervenuta separazione tra i coniugi, successivamente alla fecondazione dell'ovulo, consente di attribuire rilievo al dissenso espresso dall'aspirante padre. Così Trib. Santa Maria Capua Vetere, 27 gennaio 2021, in *giustiziacivile.com*, 2021, con note di A. BOSSO, *Irrevocabilità del consenso alla procreazione medicalmente assistita e tutela dell'embrione*, e di S.P. PERRINO, *L'utilizzo degli embrioni crioconservati dopo la separazione coniugale*; in *Fam. dir.*, 2021, 940 ss., con nota di A. MENDOLA, *Tutela della vita prenatale e limiti all'autodeterminazione procreativa nella crisi coniugale*. Al riguardo occorre tuttavia rilevare che la Corte EDU, rimettendosi al margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati membri, non ha rinvenuto una violazione della Convenzione nel divieto di utilizzo degli embrioni per finalità riproduttive in mancanza di assenso da parte dell'altro partner. Così CEDU, Grande Camera, 10 aprile 2007, ricorso n.



La “Relazione finale” della Commissione ministeriale incaricata di individuare gli strumenti giuridici più idonei a risolvere la questione degli embrioni crioconservati nei centri di PMA ¹⁰³ distingueva due ipotesi di rinuncia all’impianto da parte della madre: in primo luogo la rinuncia motivata da una situazione di inesigibilità o di ineseguibilità dell’obbligo dell’impianto ¹⁰⁴; in secondo luogo la rinuncia meramente volontaria all’impianto, integrante inadempimento – sebbene non coercibile – dell’obbligo di cui all’art. 6, comma 3, l. n. 40/2004.

Nel caso della rinuncia meramente volontaria, la rinuncia espressa o tacita all’impianto non dovrebbe consentire per ciò solo la dichiarazione dello stato di abbandono degli embrioni. Essa, infatti, contrasta con la regola dell’irrevocabilità del consenso all’applicazione delle tecniche successivamente alla fecondazione dell’ovulo, che si traduce in un obbligo legale all’impianto. Sarebbe incoerente la preclusione dell’adempimento tardivo di un obbligo di legge ovvero della revoca della rinuncia al medesimo, specie se incoercibile né diversamente sanzionato. Pertanto la previsione dell’irrevocabilità della rinuncia dovrebbe essere perlomeno integrata da un elemento oggettivo, come la fissazione di un termine massimo per la richiesta di impianto, eventualmente ancorata a valutazioni di carattere medico scientifico ¹⁰⁵.

6339/05, *Evans v. Regno Unito*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 1238 ss.; sulla pronuncia si veda L. BOZZI, *Il consenso*, cit., 225 ss.

Avvenuta la fecondazione dell’ovulo, peraltro, la donna conserva intatto il suo diritto – meglio obbligo, sia pure non coercibile – all’impianto anche in caso di decesso del partner. Così Trib. Lecce, 24 giugno 2019, in *Fam. dir.*, 2020, 949 ss., con nota di I. BARONE, *Procreazione post mortem e status filiationis*; Trib. Bologna, 16 gennaio 2015, in *Fam. dir.*, 2015, 488 ss., con nota di A. SCALERA, *Sulla legittimità dell’impianto post mortem di embrioni crioconservati*; Trib. Palermo, 8 gennaio 1999, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, 225 ss., con nota di E. PALMERINI, *La sorte*, cit., e di F.D. BUSNELLI, *Postilla*.

¹⁰³ Relazione finale 8 gennaio 2010 della Commissione di Studio sugli Embrioni crioconservati nei centri di P.M.A. nominata con Decreto del Ministro del Lavoro della Salute e delle Politiche Sociali il 25 giugno 2009, in http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_minpag_658_documenti_documento_1_fileAllegatoDoc.pdf.

¹⁰⁴ Con la precisazione secondo cui l’impianto diventa inesigibile quando determina un pericolo per la salute della donna, certificato da un medico; diventa ineseguibile quando, in base a esclusivi criteri di perizia medica, esso sia da ritenere inappropriato o futile (p. 2). Peraltro, nel primo caso, il pericolo non potrebbe che essere sopravvenuto, perché se fosse stato rilevabile fin dall’inizio della procedura di PMA la coppia (*rectius* la donna) non avrebbe dovuto, dopo le doverose indagini mediche preliminari, essere sottoposta alle pratiche di procreazione assistita implicanti la creazione di embrioni *in vitro* (p. 2, n. 2).

¹⁰⁵ Come ad esempio l’età dei componenti della coppia che ricorre alle tecniche di PMA. In tal senso cfr. la Relazione finale 8 gennaio 2010, cit., 3, in particolare n. 3, in cui la Commissione rileva che “la l. 40/2004 – a differenza di quella sulla adozione dei minori (il cui art. 6³ prevede che l’età degli adottanti debba superare di almeno 18 e di non più di 45 anni l’età dell’adottando) – non prevede un limite alla differenza di età tra i genitori e il figlio. Tale limite dovrebbe essere previsto ai fini dell’accesso alle tecniche, ma, anche nei casi in cui esso venisse rispettato al momento dell’accesso alle tecniche, potrebbe essere superato in seguito, per il mancato impianto degli embrioni prodotti”.



Agganciare la dichiarazione dello stato di abbandono dell’embrione ad una valutazione tecnica, di natura medico-scientifica, consentirebbe inoltre di risolvere l’ipotesi tutt’altro che improbabile della contrarietà dei genitori biologici all’APN, sia pure espressa unitamente alla rinuncia ad ogni futuro progetto parentale: integrato il menzionato requisito, gli embrioni soprannumerari potrebbero essere coinvolti in una procedura di APN senza che a tal fine possa assumere alcun rilievo l’eventuale contraria volontà dei genitori, ai quali certamente non può essere riconosciuto alcun potere di disposizione “contro” l’interesse dell’embrione alla nascita, secondo un inaccettabile modello proprietario¹⁰⁶.

Deve essere certamente esclusa, in modo rigoroso, la commercializzazione nonché qualsivoglia possibilità di lucro nell’ambito della pratica in esame poiché non sarebbe compatibile con le ragioni sottese alla tutela della dignità umana dell’embrione che, diversamente, diverrebbe vittima di un intollerabile processo di reificazione.

Similmente appare preferibile non ricorrere all’espressione “donazione per la nascita”, in vece di “adozione”, stante il rischio di far scivolare la destinazione alla nascita dell’embrione soprannumerario in una prospettiva contrattualistica che trasformerebbe il medesimo da soggetto in oggetto di un inammissibile “potere di destinazione” della madre o dei genitori, o anche dello Stato laddove fosse prevista una sorta di “nazionalizzazione” degli embrioni soprannumerari¹⁰⁷, volto a decidere della sorte degli embrioni soprannumerari ora nel senso della loro nascita per il tramite di altre coppie secondo il modello dell’APN ora, secondo altre prospettazioni¹⁰⁸, nel senso della destinazione dei medesimi alla ricerca scientifica¹⁰⁹.

Le procedure di individuazione degli embrioni destinati all’APN dovrebbero essere organizzate secondo protocolli atti a garantire da un lato l’anonimato dei genitori biologici e degli adottanti, dall’altro la conoscenza per il futuro nato del suo patrimonio gene-

¹⁰⁶ L. EUSEBI, *Crioconservazione e adottabilità degli embrioni umani*, in AA. VV., *Embrioni*, cit., 63, in particolare n. 12. L’Autore ravvisa “un’analogia con quanto previsto dall’art. 2, co. 1, lett. n, della l. n. 219/2012 (*Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*), il quale delega il Governo alla «specificazione della nozione di abbandono morale e materiale dei figli con riguardo alla provata irrecuperabilità delle capacità genitoriali in un tempo ragionevole da parte dei genitori»“.

¹⁰⁷ D. CARUSI, *La Corte*, cit., 310.

¹⁰⁸ *Ex multis* Camera dei Deputati, Proposta di l. n. 2592, 31 luglio 2014, *Disposizioni sulla donazione di gameti e di embrioni per fini riproduttivi o di ricerca scientifica*, in http://documenti.camera.it/_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0025560.pdf; Senato della Repubblica, Disegno di l. n. 1608, 9 settembre 2014, *Disciplina della donazione di gameti ed embrioni per fini riproduttivi o per la ricerca scientifica*, in <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00814638.pdf>.

¹⁰⁹ A. NICOLUSSI, *Verso l’adozione per la vita degli embrioni abbandonati?*, in AA.VV., *Embrioni*, cit., 67.



tico sotto il profilo della tutela del diritto alla salute (ad esempio per la prevenzione e la cura di malattie che potrebbero insorgere in futuro), nonché a fornire ai soggetti che vi accedono una compiuta informazione in ordine, oltre che alla procedura cui si sottopongono, agli effetti giuridici della loro decisione, in primo luogo allo *status* del nato a seguito della APN equiparato a quello dei nati da PMA e quindi di figlio della coppia.

9. – All’embrione umano, in quanto appartenente nella sua individualità alla specie umana e nella sua qualità di “vivente” in quanto dotato della possibilità di vita e della capacità di sviluppare in persona umana, non può che competere il riconoscimento della dignità umana quale “superprincipio” costituzionale¹¹⁰.

È in tal senso che la “produzione” di embrioni è ammessa – esclusivamente nell’ambito dell’applicazione delle tecniche di PMA – al fine della naturale destinazione del “vivente” alla nascita.

Come rilevato, non può nondimeno sottacersi l’esistenza di diverse categorie di embrioni ormai private di un progetto procreativo e in relazione alle quali, allo stato dell’arte, non vi è altra destinazione se non quella alla crioconservazione *sine die*, prioritariamente giustificata dall’esigenza di evitare la morte dell’embrione quando l’impianto nell’utero materno si rilevi nell’immediato – invero anche successivamente – non praticabile.

È pertanto la qualità di “vivente” dell’embrione umano e, quindi, la sua capacità di svilupparsi e di divenire persona umana ad imporre nella misura del possibile la destinazione alla sopravvivenza degli stessi¹¹¹. Di qui la necessità di interrogarsi sulla possibilità di strumenti giuridici idonei a realizzarla anche e specialmente con riferimento agli embrioni privati dell’originario progetto procreativo, in seno al quale furono prodotti con l’intervento della tecnica – sia pure nonostante l’obbligatorietà (incoercibile) dell’impianto –, anche attraverso l’accoglienza degli stessi in un nuovo progetto procreativo puramente solidaristico.

Non si vuole certo trascurare l’esistenza di particolari “categorie” di embrioni crioconservati la cui impiantabilità nell’utero materno presenta maggiori di profili di problematicità, ora oggettivi ora “soggettivi”. Nel primo senso vengono in rilievo gli em-

¹¹⁰ V. SCALISI, *L’ermeneutica della dignità*, Giuffrè, 2018, 63 ss. Cfr. G.M. FLICK, *Elogio della dignità*, Libreria Editrice Vaticana, 2015, 48 ss.; F.D. BUSNELLI, *Le alternanti sorti del principio di dignità della persona umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1071 ss.

¹¹¹ Cfr. F. D’AGOSTINO, *Presentazione*, in COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *L’adozione*, cit., 2.



brioni rispetto al cui stato non venga riconosciuta l'“idoneità all'impianto” ovvero l'“opportunità dell'impianto” a seguito di un giudizio biologico-clinico elaborato sulla base dell'osservazione microscopica di anomalie di sviluppo *in vitro*¹¹², rispetto ai quali, unicamente, potrebbe parlarsi propriamente di “non impiantabilità”. Nel secondo senso vengono in rilievo gli altri casi di mancato impianto, tra cui quelli degli embrioni scartati a seguito di diagnosi preimpianto in quanto affetti da gravi anomalie o malformazioni e degli embrioni non biopsabili a tal fine per le loro caratteristiche e quindi scartati per il dubbio che possano essere affetti da gravi anomalie o malformazioni che esporrebbero la gestante al rischio di una successiva interruzione volontaria di gravidanza; i primi sono esclusi dall'impianto in forza di una sorta di interruzione volontaria di gravidanza “preventiva”, i secondi a fronte della mancata assunzione del rischio da parte della coppia che accede alla PMA di affrontare una gravidanza che potrebbe essere poi interrotta in ragione dello stato di salute del feto¹¹³.

Solo la categoria degli embrioni non oggettivamente impiantabili potrebbe essere legittimamente esclusa dall'APN, laddove fosse scientificamente dimostrata l'impossibilità per tali embrioni di svilupparsi e giungere a nascita a causa delle loro caratteristiche intrinseche, mentre con riferimento alle altre categorie di embrioni – sia pure in presenza di embrioni soprannumerari il cui impianto consentirebbe maggiori possibilità di successo della gravidanza, ad esempio perché non affetti da anomalie o malformazioni – qualsiasi tipo di selezione preventiva dei medesimi ai fini dell'APN sarebbe da escludere, non potendo essere ammessa alcuna forma di discriminazione in ragione delle condizioni personali del nascituro¹¹⁴.

Nella stessa direzione occorrerebbe indagare l'opportunità di escludere, nell'ambito della tecnica in esame, l'applicazione dell'art. 4 della l. n. 194/1978 a fronte della particolare serietà e consapevolezza – a seguito peraltro dell'adempimento di idonei obblighi di informazione da parte del personale medico-sanitario – che dovrebbe caratterizzare la scelta di chi decida di accedere all'APN, specie in ragione della prioritaria finalità della stessa, relativa alla tutela del diritto alla sopravvivenza degli embrioni soprannumerari.

¹¹² Postilla a firma di A. BOMPIANI ET. AL., in COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Destino*, cit., 10.

¹¹³ Sia pure operando una evidente inversione di *ratio* della l. n. 194 del 1978.

¹¹⁴ Senza con ciò voler trascurare la circostanza per la quale, in tal modo, sarebbe consentito agli aspiranti genitori, parti del progetto procreativo originario, di “scartare” embrioni a seguito di diagnosi preimpianto, mentre al medesimo risultato non potrebbe giungere chi, spinto da motivazioni marcatamente solidaristiche, decida di accedere all'APN. La ragionevolezza di una simile limitazione sembra potersi giustificare al fine di escludere in radice qualsiasi forma di discriminazione in ragione delle condizioni personali di ciascun essere umano.



Certamente dovrebbe ritenersi consentita, invece, l'interruzione volontaria di gravidanza nei casi previsti dall'art. 6 della l. n. 194/1978, venendo qui in rilievo un grave pericolo per la vita ovvero per la salute fisica o psichica della donna.

Con riferimento almeno agli embrioni non impiantabili in senso stretto riaffiora la questione della loro "utilità" ai fini della ricerca scientifica: se è vero che non *servono* alla vita, possono *servire* alla scienza (*rectius* al miglioramento del benessere altrui)? Se ad essi è preclusa la possibilità di *nascere con dignità* è doverosa o quanto meno ragionevole la previsione di strumenti giuridici idonei a consentire agli stessi di *morire con dignità*?

A tali interrogativi non pare potersi offrire che una soluzione negativa. Infatti l'accertamento della "non impiantabilità" di un embrione, quale giudizio scientifico che scaturisce da evidenti segni di irrimediabile patologia spesso provocata dalle tecnologie stesse, non coincide con l'accertamento della "morte" dell'embrione, e pertanto non sembrerebbe poter giustificare la destinazione del "vivente" alla ricerca scientifica¹¹⁵.

In senso contrario non è mancata l'autorevole proposta secondo cui, in assenza della possibilità scientifica di diagnosticare la morte o comunque la perdita di vitalità degli embrioni crioconservati, il legislatore dovrebbe farsi carico dell'onere della fissazione di un termine legale che consenta l'"accertamento pubblico" della "morte" dell'embrione¹¹⁶, sulla scia della soluzione adottata dal legislatore francese¹¹⁷. Per tale via, indub-

¹¹⁵ Postilla a firma di A. BOMPIANI ET. AL., in COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Destino*, cit., 11, secondo cui "l'accertamento della "non impiantabilità" di un embrione umano, quale giudizio scientifico che scaturisce da evidenti segni di irrimediabile patologia spesso provocata dalle tecnologie stesse, non coincide con l'accertamento della "morte" dell'embrione: non esistendo criteri scientificamente rigorosi per equiparare la "non impiantabilità" alla "morte", non è eticamente giustificabile la sperimentazione e la distruzione di embrioni ritenuti "non impiantabili", così come la diagnosi di una malattia inguaribile o l'imminenza della morte non giustifica sperimentazioni cliniche non terapeutiche sul paziente stesso. Non essendo, allo stato attuale, realisticamente ipotizzabile una ricerca sugli embrioni "non impiantabili" che abbia anche valore terapeutico nei loro confronti – cioè che consenta loro di riprendere a svilupparsi regolarmente e divenire pertanto "impiantabili" – non appare eticamente lecito "donare" questi embrioni per una sperimentazione che faccia progredire le conoscenze biologiche di base o applicate alla terapia cellulare attraverso la loro manipolazione e la loro distruzione. Gli embrioni "non impiantabili", pur se caratterizzati da gravi anomalie, sono esseri umani a pieno titolo, allo stadio iniziale del loro sviluppo, e possiedono di conseguenza una assoluta dignità che ci impone di rispettarne e di proteggerne sempre la vita".

¹¹⁶ F.D. BUSNELLI, "*Vite nascenti*", cit., 29; ID., *Nascere (o anche morire) con dignità*, cit., 403. È tuttavia doveroso rilevare lo sforzo di una soluzione sofferta: "In ogni caso, l'embrione non gradito, malato, abbandonato, dimenticato, proprio in quanto soggetto giuridico e come tale titolare di diritti soggettivi, non potendo più ambire a nascere con dignità, deve essere messo in condizione di "morire" con dignità. Non è, questa, una conclusione che possa far gridare allo scandalo e inquietare o, addirittura, ripugnare alla coscienza. Inquietante potrebbe essere, semmai, la ragione del suo 'sacrificio'".



biamente, attraverso la previsione di un accertamento “legale” – non scientifico – della morte dell’embrione, sarebbe possibile superare l’*impasse* dell’inaccettabile destinazione del “vivente” alla ricerca scientifica, nonché evitare che la destinazione alla ricerca scientifica degli embrioni possa configurarsi quale “fonte privata” di soppressione dei medesimi laddove – negata la soggettività dell’embrione – l’intera vicenda fosse ridotta ad una mera manifestazione della libertà di autodeterminazione degli asseriti genitori, unici soggetti ritenuti giuridicamente titolari di diritti soggettivi¹¹⁸.

Verrebbe così a configurarsi una sorta di destinazione *post mortem* dell’embrione alla ricerca scientifica secondo protocolli di ricerca debitamente autorizzati, in consonanza con quanto previsto dalla l. 10 febbraio 2020, n. 10 (“Norme in materia di disposizione del proprio corpo e dei tessuti *post mortem* a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica”)¹¹⁹.

Sebbene risulti estremamente apprezzabile lo sforzo di superare l’“utopia”¹²⁰, cui pure auspicava la Commissione ministeriale di studio sugli embrioni crioconservati nei centri di PMA, secondo cui la crioconservazione può essere interrotta, oltre che per destinare alla nascita l’embrione, unicamente nel caso in cui sia possibile accertarne scientificamente la morte naturale o la perdita di vitalità come organismo¹²¹, una simile solu-

¹¹⁷ Per un approfondimento si veda A. CIONI, *La riforma di bioetica francese e la ricerca sull’embrione. Verso un nuovo bilanciamento di interessi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2020, 525 ss.

¹¹⁸ F.D. BUSNELLI, *Nascere (o anche morire) con dignità*, cit., 403.

¹¹⁹ Cfr. G. DI ROSA, *La disposizione del proprio corpo post mortem a fini didattici e scientifici*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 843 ss.; ID., *La persona oltre il mercato. La destinazione del corpo post mortem*, in *Europa dir. priv.*, 2020, 1179 ss.; L. GHIDONI, *Prime riflessioni sulle disposizioni della salma*, in *Fam. dir.*, 2020, 523 ss.; M. GHIONE, *Luci e ombre della l. n. 10/2020 in materia di disposizione del corpo e dei tessuti post mortem*, in *Famiglia*, 2020, 457 ss.; F. DI LELLA, *Sulle destinazioni post mortem del corpo e dei tessuti umani. Itinerari e nuove prospettive della legge n. 10 del 2020*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 475 ss.; S. ZULLO, *La donazione del corpo post-mortem. Alcune riflessioni a margine della legge n. 10 del 2020*, in *Studium iuris*, 2021, 157 ss. Con riferimento all’applicazione della legge n. 10 del 2020 alle cellule riproduttive e agli embrioni soprannumerari si veda S.P. PERRINO, *Fecondazioni postume e destinazione delle cellule riproduttive alla ricerca*, in *BioLaw Journal*, 2020, 255 ss.

¹²⁰ Severa è la critica di F.D. BUSNELLI, *Nascere (o anche morire) con dignità*, cit., 397.

¹²¹ Relazione finale 8 gennaio 2010, cit., 4. Sul punto si veda COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Destino*, cit., 7 ss. Tra le teorie più discusse viene in rilievo quella della c.d. “morte organismica” dell’embrione, il cui accertamento sarebbe correlato a determinate caratteristiche fisiche dell’embrione che ne impediscono irreversibilmente lo sviluppo, pur restando vitali alcune sue cellule. Tale teoria, non ancora consolidata nel mondo scientifico, per accertare la morte degli embrioni, farebbe uso, in ogni caso, di segni “probabilistici” e non di certezze, che potrebbero avere un rilievo non trascurabile nella decisione di utilizzare gli embrioni per scopi diversi da quelli del trasferimento a fini procreativi. Cfr. D.W. LANDRY-H.A. ZUCKER, *Embryonic death and the creation of human embryonic stem cells*, in *Journal of Clinical Investigation*, 2004, vol. 114, 1184-1186; C. HOLDEN, *Stem cells. Scientists create human stem cell line from*



zione rischia però di finire per assecondare progetti incompatibili con l'impegno consegnato alla Carta costituzionale di promuovere sempre e comunque il valore sovrautilitaristico della vita umana attraverso un formalismo giuridico che, privo di fondamento scientifico, assumerebbe le fattezze di un mero *escamotage*.

L'embrione, in ragione della sua intrinseca dignità e del suo diritto alla vita, deve essere protetto e salvaguardato con la finalità primaria dell'ottenimento della nascita, occorrendo in tal senso indagare tutti gli strumenti giuridici idonei a realizzare tale possibilità, posto che il diritto alla nascita non possa che prevalere su ogni considerazione etica e giuridica in senso contrario ¹²².

Anche laddove all'embrione non possa essere garantita la possibilità di raggiungere il "traguardo" della nascita, un ordinamento democratico fondato sulla norma personalista che non voglia rinnegare se stesso non potrebbe mai tollerare che, confondendo ciò che è degno con ciò che è utile, si dia copertura giuridica a qualsivoglia progetto che – sia pure finalizzato all'obiettivo della promozione del benessere generale e del miglioramento delle condizioni di salute della collettività, certamente meritevole di massima considerazione – individui nell'essere umano, in qualsiasi singolo essere umano, non il fine ma il mezzo per conseguire il suo scopo ¹²³.

'dead'embryos, in *Science*, 2006, Sep. 29, vol. 313 n. 5795, 1869; R.M. GREEN, *Can we develop ethically universal embryonic stem-cell lines?*, in *Nat. Rev. Genet.*, 2007, 8 (6), 480-485.

¹²² F. D'AGOSTINO, *Presentazione*, in COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *L'adozione*, cit., 2.

¹²³ Cfr. G.M. FLICK, *Elogio*, cit., 25 ss.