

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

**DOTTORATO DI RICERCA IN
SCIENZE GIURIDICHE**

Ciclo XXX

Settore Concorsuale: 12/A1 diritto privato

Settore Scientifico Disciplinare: IUS/01 diritto privato

IL POTERE DI DISPOSIZIONE DEGLI EMBRIONI

Presentata da: dott.ssa Claudia Madonia

Coordinatore Dottorato

Prof. Andrea Morrone

Supervisore

Prof. Massimo Franzoni

Esame finale anno 2018

INDICE

Introduzione	3
---------------------------	---

CAPITOLO I

Procreazione medicalmente assistita: la legge 40/2004 e il suo progressivo scardinamento.

1. Le tecniche riproduttive e la loro regolamentazione.....	6
2. L'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita.....	11
3. Il consenso informato.....	20
4. Il limite massimo di tre embrioni da produrre e da destinare ad un unico e contemporaneo impianto	27
5. La diagnosi genetica preimpianto	32
5.1. (<i>Segue</i>) L'intervento della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo	40
5.2. (<i>Segue</i>) La parola definitiva della Corte Costituzionale	44
6. La fecondazione eterologa.....	49
7. Il problema irrisolto degli embrioni residui	60

CAPITOLO II

Identità e statuto dell'embrione umano.

1. Il concetto di embrione umano nella legge n. 40/2004	67
2. La definizione di embrione fornita dalla Corte di Giustizia.....	73
3. La tutela della vita umana prenatale nel quadro normativo nazionale.....	80
4. Spunti giurisprudenziali	89

4.1. (<i>Segue</i>) Le soluzioni elaborate dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ...	94
5. Considerazioni conclusive.....	96

CAPITOLO III

Le scelte relative al destino degli embrioni residui.

1. Divieto di soppressione degli embrioni non destinati all'impianto.....	101
2. Donazione degli embrioni diretta allo sviluppo con utilizzo nel procedimento procreativo da parte di terzi.....	103
3. La destinazione degli embrioni alla ricerca scientifica.....	110
3.1. (<i>Segue</i>) Il quadro europeo e le alternative possibili volte al superamento del divieto di ricerca clinica e sperimentale.....	117
Conclusioni	125
Bibliografia	128

INTRODUZIONE

Le tecniche di procreazione sviluppate dalla ricerca scientifica hanno messo in discussione categorie e concetti ormai consolidati nella società, quali quelli di “famiglia” e di “genitorialità”, e hanno condotto gli operatori del diritto a confrontarsi con questioni giuridicamente inedite.

Il primo ostacolo che si incontra nell'esame del difficile rapporto tra scienza e diritto risiede nella diversità ontologica delle due realtà a confronto. Invero, le conoscenze tecniche e scientifiche sono oggetto di un rapido e costante sviluppo al quale il mondo del diritto, caratterizzato per la sua maggiore staticità e stabilità, difficilmente riesce a stare al passo¹. Inoltre, i nodi problematici sollevati dall'evoluzione scientifica coinvolgono temi eticamente controversi, che incidono su aspetti della vita privata di ogni individuo e che si intrecciano inevitabilmente con la sfera giuridica².

Rientra in questo complesso territorio la materia della procreazione medicalmente assistita, disciplinata dalla legge 19 febbraio 2004, n. 40. Tale materia costituisce fonte inesauribile di dibattito e dà luogo a un continuo confronto tra i diversi attori istituzionali dell'ordinamento nazionale e sovranazionale.

¹ Si confrontino le osservazioni di VIOLINI, *Tra scienza e diritto: i nodi irrisolti della fecondazione medicalmente assistita*, in CELOTTO – ZANON (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, Milano, 2004, 39 ss., il quale scrive: “Si tratta di due realtà difficili da fare interagire in modo corretto, se non altro per il fatto facilmente riscontrabile delle diverse logiche che presiedono all'una e all'altro. La scienza, infatti, è in continua evoluzione, in continuo ripensamento rispetto a se stessa, mentre il mondo delle norme, pensate come fattore di stabilità, di razionalizzazione e di continuità, ha come connotato saliente la staticità”.

² In ordine al difficile rapporto tra scienza e diritto si vedano, tra i molti, BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2001; SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Cadam, Milano, 2011; CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Giappichelli, Torino, 2012; BALDINI (a cura di), *Persona e famiglia nell'era del biodiritto*, Firenze University Press, 2015; CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2015; LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Giuffrè, Milano, 2017.

Con il presente elaborato si intende esaminare la progressiva riscrittura della legge n. 40 del 2004 ad opera della giurisprudenza, per poi soffermarsi su uno dei principali nodi problematici della materia: la questione del destino degli embrioni “residui”.

Si definiscono embrioni “residui” gli embrioni prodotti nell'ambito della procreazione medicalmente assistita e successivamente non impiantati vuoi a causa del rifiuto della coppia di portare a termine l'originario progetto di genitorialità, vuoi per la sopravvenuta irreperibilità della stessa, vuoi, ancora, per il loro decesso o per il raggiungimento da parte della donna di un'età che non consente di sostenere una gravidanza. Ad oggi il nostro ordinamento non detta una disciplina specifica e, nel silenzio della legge, gli embrioni vengono congelati e custoditi dai centri sanitari sino alla loro naturale estinzione. Peraltro, il numero degli embrioni residui è in continuo aumento a seguito della sentenza n. 151 del 2009 della Corte Costituzionale, con cui è stata dichiarata l'illegittimità dell'art. 14, comma 2, della legge n. 40/2004 nella parte in cui disponeva il divieto di creare un numero di embrioni superiore a tre e l'obbligo di procedere ad un unico e contemporaneo impianto, introducendo così una deroga al divieto di crioconservazione posto dall'art. 14, comma 1. Inoltre, l'incremento degli embrioni residui è favorito altresì dalla possibilità di conoscere lo stato di salute dell'embrione prima dell'impianto in utero, attraverso la diagnosi genetica preimpianto, oggi ammessa dal nostro ordinamento giuridico.

Nell'affrontare tale controversa questione si è voluta realizzare una riflessione sulla definizione di “embrione” e sul modo in cui la vita umana prenatale debba essere qualificata giuridicamente. In seguito, si è cercato di esaminare le possibili destinazioni degli embrioni creati *in vitro* e non impiantati, ponendo particolare attenzione sul divieto di ricerca clinica e sperimentale, la cui legittimità è stata recentemente confermata dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 84 del 13 aprile 2016.

La prospettiva impiegata nello sviluppo dell'indagine è quella del giurista

civile. Invero, la materia in esame, così come altri temi controversi attinenti all'inizio e fine vita, è suscettibile di essere studiata secondo metodi e prospettive plurime: filosofica, morale, psicologica, antropologica e scientifica in senso stretto. Questi diversi profili, seppur si intersechino con l'indagine giuridica, non devono essere confusi³.

Dunque, si sono voluti esaminare i principi e gli interessi coinvolti nella materia, tra i quali spiccano il principio di autodeterminazione dell'individuo, il principio di uguaglianza, il principio del rispetto della dignità umana e la tutela della salute della donna, e alla luce di tale esame ci si è interrogati sull'opportunità e sulla portata di un eventuale intervento legislativo⁴.

³ Rispetto alla necessità di non assimilare la sfera giuridica e quella etica, CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., 7 ss., osserva: “Si pensi all'uso maldestro del diritto penale quando è stato eretto a garante, attraverso la previsione di divieti assoluti e sanzioni afflittive, della salvaguardia della «naturalità» della procreazione: la criminalizzazione di determinate condotte ha segnato l'affermarsi – e il simultaneo «legittimarsi» – di una controversa impostazione etica a discapito di altre”. Si veda altresì SCIANCALEPORE, *Norme in materia di procreazione assistita: principi generali*, in STANZIONE – SCIANCALEPORE, *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giuffrè, Milano, 2004, 8, il quale scrive “è necessario fare i conti, ad ogni istante, con implicazioni sociologiche, ideologiche, etiche e via enumerando” che “troppo facilmente possono tradursi in considerazioni meta-giuridiche, ovvero nella tentazione di piegare il dato positivo alla propria visione del mondo, scaturente dal bagaglio ideologico e culturale posseduto”.

⁴ Cfr. FERRANDO, *Introduzione*, in FERRANDO (a cura di), *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Cedam, Padova, 1989, 1 ss., la quale sottolinea come gli ordini di problemi che il giurista è chiamato ad affrontare sono due: “Il primo comprende problemi di politica del diritto, relativi, per così dire, al *se* e al *quanto* di una regolamentazione legislativa. In altri termini, si tratta di verificare l'opportunità o meno dell'intervento del legislatore, l'ampiezza ed i limiti di tale intervento, i rapporti tra i diritti fondamentali della persona ed interesse pubblico. Il secondo comprende problemi più strettamente di diritto positivo, relativi al *come* della regolamentazione legislativa. In altri termini, si tratta di amministrare i rapporti tra i protagonisti della vicenda: la donna, il marito (o convivente), il donatore, il figlio, il medico”.

CAPITOLO I

PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA: LA LEGGE 40/2004 E IL SUO PROGRESSIVO SCARDINAMENTO.

SOMMARIO: 1. Le tecniche riproduttive e la loro regolamentazione. – 2. L'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. – 3. Il consenso informato. – 4. Il limite massimo di tre embrioni da produrre e da destinare ad un unico e contemporaneo impianto. – 5. La diagnosi genetica preimpianto. – 5.1. (*Segue*) L'intervento della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. – 5.2. (*Segue*) La parola definitiva della Corte Costituzionale. – 6. La fecondazione eterologa. – 7. Il problema irrisolto degli embrioni residui.

1. *Le tecniche riproduttive e la loro regolamentazione.*

Le tecniche di procreazione sviluppate dalla ricerca scientifica consentono alle coppie affette da sterilità o infertilità, nonché alle coppie portatrici di malattie geneticamente trasmissibili, di realizzare il loro progetto genitoriale⁵.

Il fenomeno della procreazione medicalmente assistita (PMA) ha conosciuto una lenta evoluzione e ha avuto un momento di svolta alla fine degli anni '70, quando il ricercatore britannico Dr. Robert Edwards ha realizzato la prima fecondazione *in vitro* su un essere umano⁶. L'irrompere di

⁵ FERRANDO, *La nuova legge in materia di procreazione assistita: perplessità e critiche*, in *Il Corriere Giuridico*, 6, 2004, 810 ss., definisce la “procreazione assistita” come “procreazione per scelta”.

⁶ Per una ricostruzione della storia della fecondazione artificiale si rinvia a FLAMINGHI, *La fecondazione extra-corporea*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da RODOTÀ e ZATTI, II, *Il governo del corpo*, a cura di CANESTRARI – FERRANDO – MAZZONI – RODOTÀ – ZATTI, Giuffrè, 2011, 1437 ss.; FLAMINGHI, *La procreazione assistita. Fertilità e sterilità tra medicina e considerazioni bioetiche*, Il Mulino, Bologna, 2011.

Il D.M. 1 luglio 2015, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* 14 luglio 2015, suddivide le

questa tecnica rivoluzionaria ha condotto diversi Stati a regolamentare il fenomeno, dettando una specifica disciplina in ordine all'accesso alle tecniche di procreazione, all'applicazione delle stesse e allo stato giuridico del nato a seguito di PMA⁷.

Se in altri Stati europei si è dunque legiferato in materia senza particolari traumi, le diverse visioni della vita che contraddistinguono la nostra società hanno invece ostacolato il percorso verso una regolamentazione della PMA in Italia e hanno condotto all'approvazione di una normativa fortemente restrittiva. Invero, l'ampia varietà di opinioni e di teorie in materia di inizio vita era emersa in modo chiaro con il parere del 1994 del Comitato Nazionale per la Bioetica, ove si dava atto delle difficoltà di proporre delle soluzioni sistematiche che potessero affrontare in maniera dettagliata tutte le implicazioni delle tecniche di procreazione assistita⁸.

Ad ogni modo, nel silenzio del legislatore, le tecniche riproduttive sviluppate dalla scienza sono state per lungo tempo impiegate anche in Italia in un contesto tendenzialmente permissivo, fattore che successivamente ha favorito la reazione critica alla legge 40/2004⁹ e il suo progressivo

procedure di PMA in Tecniche di I, II e III livello, secondo il rispettivo grado di complessità ed invasività tecnica. Tra le tecniche meno invasive la più comune è l'inseminazione intrauterina (IUI), la quale consiste nell'introduzione del liquido seminale, naturalmente ottenuto, all'interno della cavità uterina. Tra le tecniche complesse invece va ricordata la FIVET (Fecondazione in vitro e trasferimento dell'embrione), attraverso la quale l'incontro dei gameti avviene all'esterno del corpo della donna e dopo la fecondazione e la produzione di uno o più embrioni questi vengono trasferiti nell'utero. Altre tecniche, molto invasive e ormai di raro utilizzo, sono la ICSI (Microiniezione intracitoplasmatica dello spermatozoo), la GIFT (Trasferimento intratubarico di gameti) e la ZIFT (Trasferimento intratubarico di zigoti od embrioni). Per una compiuta descrizione delle diverse tecniche di procreazione e della loro classificazione si veda il Registro Nazionale Procreazione Medicalmente Assistita dell'Istituto Superiore di Sanità (www.iss.it/rpma).

⁷ Per un esame delle normative straniere si vedano CASONATO – FROSINI (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Giappichelli, 2006; PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015.

⁸ Comitato Nazionale per la Bioetica, *Parere del C.N.B. Sulle tecniche di procreazione assistita. Sintesi e conclusioni*, 17 giugno 1994.

⁹ Cfr. VIOLINI, *Tra scienza e diritto: i nodi irrisolti della fecondazione medicalmente assistita*, in CELOTTO – ZANON (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, Milano, 2004, 39 ss., la quale scrive: “se una nota critica può essere

scardinamento.

In assenza di una specifica disciplina positiva, si ritenevano lecite sia le pratiche di procreazione, tanto omologa quanto eterologa, sia l'esame diagnostico preimpianto. In particolare, con riferimento alla fecondazione eterologa, ovvero la fecondazione con donazione di gameti esterni alla coppia, negli anni antecedenti all'approvazione della legge n. 40 la giurisprudenza di legittimità aveva chiarito come l'inseminazione artificiale della moglie non potesse essere considerata adulterio e, conseguentemente, aveva dichiarato l'inesperibilità dell'azione di disconoscimento della paternità da parte del marito che avesse prestato il proprio consenso a tale tecnica di procreazione¹⁰. Dunque, con tale pronuncia la Cassazione aveva implicitamente affermato la legittimità della fecondazione eterologa e l'idoneità della stessa ad attribuire al figlio così concepito lo *status* di figlio nato nel matrimonio.

È questo il contesto in cui si è inserita la legge 19 febbraio 2004, n.40¹¹,

fatta alle scelte compiute in materia, è che esse sono intervenute con ritardo rispetto agli sviluppi tecnologici, quando ormai il consenso su certe pratiche si era andato diffondendo (...)"

¹⁰ Cfr. Cass., 16 marzo 1999, n. 2315, in *Famiglia e diritto*, 3, 1999, 233 ss., con nota di SESTA, *Fecondazione assistita: la Cassazione anticipa il legislatore*; in *Giustizia Civile*, 1999, I, 1317 ss., con nota di BIANCA, *Disconoscimento del figlio nato da procreazione assistita: la parola della Cassazione*. Tale pronuncia è intervenuta successivamente alla sentenza Corte Cost., 26 settembre 1998, n. 347, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1999, I, 51 ss., con nota di PALMERINI, *Il disconoscimento di paternità del minore nato da fecondazione eterologa*. In questa occasione la Corte Costituzionale, pur respingendo la questione di legittimità sollevata dal Tribunale di Napoli, aveva chiarito che "Non si tratta in alcun modo, in questa occasione, di esprimersi sulla legittimità dell'inseminazione artificiale eterologa, né di mettere in discussione il principio di indisponibilità degli status nel rapporto di filiazione, principio sul quale sono suscettibili di incidere le varie possibilità di fatto oggi offerte dalle tecniche applicate alla procreazione. Tutto ciò resta fuori dal presente giudizio di costituzionalità. Si tratta invece di tutelare anche la persona nata a seguito di fecondazione assistita, venendo inevitabilmente in gioco plurime esigenze costituzionali".

¹¹ Legge 19 febbraio 2004, n. 40 - Norme in materia di procreazione medicalmente assistita (GU. n. 45 del 24 febbraio 2004). Tra i primi commenti della legge si veda VILLANI, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n.40*, Giappichelli, 2004; CELOTTO – ZANON (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, Milano, 2004; STANZIONE – SCIANCALEPORE, *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giuffrè, Milano, 2004; DOGLIOTTI, *La legge sulla procreazione assistita: problemi vecchi e nuovi*, in *Famiglia e diritto*, 2, 2004, 113 ss.; RUSCELLO, *La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia e Diritto*, 6, 2004, 628 ss.; SESTA, *Dalla libertà ai divieti: quale futuro per la legge sulla procreazione medicalmente assistita?*, in *Il Corriere Giuridico*, 11, 2004, 1405 ss.; FERRANDO, *La nuova legge in materia di procreazione assistita: perplessità e critiche*, cit.; D'AVACK, *La legge sulla*

approvata all'esito di un lungo e travagliato *iter* parlamentare. Tale legge, come anticipato, si presentava particolarmente restrittiva e sanzionatoria, vietando proprio quelle pratiche che per più di dieci anni erano state applicate in Italia.

Le reazioni critiche non hanno tardato ad arrivare e, poco dopo l'entrata in vigore della legge n. 40 del 2004, sono stati proposti una serie di quesiti referendari su alcune disposizioni. In particolare, gli obiettivi delle richieste referendarie¹² erano: consentire la fecondazione eterologa e la diagnosi preimpianto; rendere possibile la revoca del proprio consenso anche dopo la formazione degli embrioni; garantire l'accesso alle tecniche di PMA anche alle coppie portatrici di malattie geneticamente trasmissibili; eliminare il principio di gradualità di ricorso alle tecniche; ristabilire il numero di embrioni che possono essere creati *in vitro*. Dunque, come si vedrà oltre, si trattava delle medesime disposizioni che successivamente hanno formato oggetto di diverse pronunce della giurisprudenza nazionale e sovranazionale e che, in parte, sono state dichiarate illegittime dalla stessa Corte Costituzionale.

I referendum del 2005 non hanno raggiunto il *quorum* minimo e, pertanto, la legge è rimasta momentaneamente inalterata. La discussione tuttavia non si è sopita, anzi, l'acceso dibattito in materia di PMA ha portato al progressivo rimodellamento della legge n. 40 del 2004 e ancora oggi gli operatori del diritto si interrogano su diversi nodi problematici ancora aperti.

Prima di esaminare il contenuto della legge n. 40 e il percorso giurisprudenziale che ha portato alla sua riscrittura, risulta opportuno richiamare brevemente le sentenze della Corte Costituzionale in ordine all'ammissibilità dei referendum abrogativi sulla fecondazione assistita e la riflessione in esse contenuta sulla natura della normativa.

procreazione medicalmente assistita: un'occasione mancata per bilanciare valori ed interessi contrapposti in uno stato laico, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2004, 793 ss.

¹² Per un esame dell'istituto referendario e, nello specifico, dei referendum abrogativi sulla legge in materia di PMA cfr. AINIS (a cura di), *I referendum sulla fecondazione assistita*, Giuffrè, Milano, 2005.

La Consulta¹³ ha ammesso quattro dei cinque referendum proposti, mentre il quinto, che aveva ad oggetto l'intera legge, è stato dichiarato inammissibile. L'inammissibilità, secondo la Corte, derivava dal carattere costituzionalmente necessario della normativa¹⁴, connotato che precludeva l'abrogazione pura e semplice della legge nella sua integralità. Tuttavia, se da un lato la legge n. 40 è stata qualificata come costituzionalmente necessaria, dall'altro non è stato specificato quale fosse la tutela minima costituzionalmente irrinunciabile predisposta dalla stessa legge. La Corte si è limitata a specificare come la legge n. 40 del 2004 rappresenti la «prima legislazione organica relativa ad un delicato settore, che negli anni più recenti ha conosciuto uno sviluppo correlato a quello della ricerca e delle tecniche mediche, e che indubbiamente coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa». Inoltre, gli altri requisiti referendari, aventi ad oggetto specifiche disposizioni, sono stati dichiarati ammissibili dalla Corte, seppur il loro eventuale esito positivo avrebbe di fatto modificato radicalmente l'impianto della legge.

Dunque, il Giudice delle Leggi sembra essersi contraddetto e non aver risposto agli interrogativi circa la natura della normativa in esame¹⁵.

¹³ Corte Cost., 28 gennaio 2005, nn. 45, 46, 47, 48 e 49, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1, 2005, 337 ss., con nota di MONACO, *Il referendum per l'abrogazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita di fronte al limite delle «leggi costituzionalmente necessarie»*.

¹⁴ La pronuncia della Corte Costituzionale è stata interpretata diversamente da PUGIOTTO, *È ancora ammissibile un referendum abrogativo totale?*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2005, 545 ss. L'A. ritiene che la categoria adoperata dalla Consulta è un'inedita variante della legge costituzionalmente necessaria e scrive: «La Corte, per giudicare inammissibile il quesito abrogativo totale, si accontenta di una attuazione legislativa qualunque essa sia: come si legge nella sentenza n. 45/2005, «il vincolo costituzionale può anche riferirsi (...) al fatto che una disciplina legislativa comunque sussista». È ciò che accade in materia di procreazione medicalmente assistita, dove esiste una legge che «assicura un livello minimo di tutela legislativa». Il cambio del predicato qualificativo (non più livello minimo di tutela costituzionale, ma legislativa) muta completamente il quadro d'insieme restituendogli una coerenza altrimenti assente».

¹⁵ Cfr. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Giuffrè, Milano, 2017, 58 ss., la quale osserva: «Da un lato, infatti, non si è ammessa la

In particolare, sono stati sollevati dei dubbi in ordine alla possibilità di qualificare come costituzionalmente imposta la tutela normativa dell'embrione delineata dalla legge¹⁶. Invero, la legge del 2004 sembra riconoscere dignità di persona umana all'embrione sin dal momento della fecondazione *in vitro*, sancendo espressamente il divieto di ricerca clinica e sperimentale sull'embrione nonché specifici limiti all'applicazione delle tecniche di procreazione. Tali disposizioni costituiscono espressione di una scelta legittima, rientrando nella discrezionalità del legislatore, scelta che ad ogni modo non può ritenersi rivestita di forza costituzionale¹⁷. Difatti, è stato osservato come dalla Costituzione non è possibile desumere un principio di tutela dell'embrione *in vitro* in quanto persona e, di conseguenza, come la legge n. 40 non può considerarsi una sua attuazione e, in tal senso, qualificarsi come normativa costituzionalmente necessaria¹⁸.

2. *L'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita.*

La legge n. 40 del 2004 ha disposto specifici requisiti oggettivi e soggettivi per l'accesso alle tecniche di PMA. Tuttavia, alcune recenti pronunce della Corte Costituzionale hanno inciso in modo significativo sull'impianto della normativa e, di conseguenza, oggi il quadro di accesso alle tecniche di fecondazione assistita risulta profondamente diverso rispetto a quello delineato

richiesta referendaria sull'intera legge in quanto questa costituisce la prima normativa organica che, se fosse venuta meno, avrebbe determinato un vuoto legislativo. Con ciò, si è qualificata la legge n. 40 come disciplina costituzionalmente necessaria (...). Dall'altro lato, invece, sono stati ammessi i quattro quesiti cd. parziali, che avrebbero potuto produrre un risultato analogo (rispetto alla richiesta cd. totale) di abrogazione pressoché integrale o, comunque, relativa ai principi cardine della disciplina”.

¹⁶ In tal senso, ZANON, *Memoria redatta da Nicolò Zanon per i presentatori della richiesta di referendum popolare per l'abrogazione della legge 19 febbraio 2004, n. 40*, in AINIS (a cura di), *I referendum sulla fecondazione assistita*, Giuffrè, Milano, 2005, 208 ss., punto 9.

¹⁷ *Ibidem*, 228.

¹⁸ *Ibidem*, 225.

dal legislatore nel 2004.

Con riferimento ai requisiti oggettivi, gli artt. 1 e 4 della legge dispongono che il ricorso alla PMA è ammesso solo «qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità» e che l'accesso alle tecniche è «circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o infertilità da causa accertata e certificata da atto medico».

Dunque, nell'impostazione originaria della legge, il ricorso alla PMA era consentito esclusivamente alle coppie affette da patologie riproduttive che impediscono l'instaurazione di una gravidanza¹⁹. Si precludeva l'accesso, invece, alle coppie che, pur potendo procreare naturalmente, sono portatrici di malattie geneticamente trasmissibili.

Come anticipato, prima dell'entrata in vigore della legge n. 40 era pratica abituale il ricorso alla diagnosi genetica preimpianto (DGP), esame che consente di scoprire una possibile malattia cromosomica o genetica dell'embrione prima del suo trasferimento nell'utero della donna. Per cui, durante il lungo periodo di vuoto normativo, coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili ai figli (quali la talassemia, la fibrosi cistica ed altre) accedevano alla fecondazione assistita per conoscere lo stato di salute dell'embrione creato *in vitro*, prevenendo così l'eventuale ricorso al cd. "aborto terapeutico". Con l'approvazione della legge 19 febbraio 2004, n.40 la DGP non è stata più eseguita presso le strutture sanitarie, in quanto, seppur la normativa non contenesse una specifica disposizione a riguardo, tale tecnica era ritenuta implicitamente vietata.

Del tema controverso della legittimità della DGP ci si occuperà in

¹⁹ La legge non precisa quando una coppia possa essere ritenuta sterile o infertile. A tal fine sono intervenute le Linee Guida (previste *ex art.* 7, L. 19 febbraio 2004, n. 40) emanate con d.m. 21 luglio 2004 (G.U., 16 agosto 2004, n. 191), le quali hanno stabilito che per sterilità (infertilità) si deve intendere «l'assenza di concepimento, oltre ai casi di patologia riconosciuta, dopo 12/24 mesi di regolari rapporti sessuali non protetti». Tale definizione è stata poi ribadita anche nelle Linee Guida emanate con d.m. 11 aprile 2008 (G.U., 30 aprile 2008, n. 101) e nelle più recenti Linee Guida emanate con d.m. 1 luglio 2015 (G.U., 14 luglio 2015, n. 161).

maniera più approfondita nei paragrafi seguenti, basti qui anticipare che, a seguito di un dibattuto percorso giurisprudenziale, che ha visto anche l'intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo, le Linee guida ministeriali del 2008 hanno implicitamente riconosciuto l'ammissibilità di tale tecnica e, successivamente, la Corte Costituzionale²⁰, con sentenza n. 96 del 5 giugno 2015, ha dichiarato l'illegittimità degli artt. 1, 1° e 2° comma, e 4, 1° comma, della legge, nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili.

Pertanto, oggi, ai fini dell'accesso alla fecondazione assistita vi è un'equiparazione tra la posizione delle coppie sterili o infertili e quella delle coppie portatrici di malattie geneticamente trasmissibili.

Inoltre, già con le Linee Guida del 2008 l'accesso alle tecniche di PMA era stato ampliato, includendo nel concetto normativo di sterilità (infertilità) anche le ipotesi in cui «l'uomo sia portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili per infezioni da HIV, epatite B o C, dal momento che l'elevato rischio di infezione per la madre o per il feto costituisce, di fatti, in termini obiettivi, una causa ostativa della procreazione, imponendo l'adozione di precauzioni che si traducono, necessariamente, in una condizione di infertilità, da farsi rientrare tra i casi di infertilità maschile e severa da causa accertata e certificata da atto medico, di cui all'art. 4, comma 1 della legge n. 40 del 2004». Ancora, con le nuove Linee guida approvate nel 2015, è stato eliminato qualsiasi riferimento al solo componente maschile della coppia, riconoscendo in termini generici il diritto di ricorrere alla PMA alle coppie in cui uno dei due *partner* sia portatore di malattie virali sessualmente

²⁰ Corte Cost., 5 giugno 2015, n. 96, in *Il Corriere Giuridico*, 2, 2016, 186, con nota di IANNICELLI, *Diagnosi genetica preimpianto: battute finali della "riscrittura costituzionale" della L. n. 40/2004*; in *Giurisprudenza Costituzionale*, 3, 2015, 789 ss., con nota di IADICICCO, *Finalmente una decisione del giudice delle leggi sulla diagnosi genetica preimpianto, in attesa del doveroso intervento del legislatore*, e di IANNUZZI, *La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità del divieto di accesso alla diagnosi preimpianto e alla procreazione medicalmente assistita per le coppie fertili e sgretola l'impianto della legge n. 40 del 2004*.

trasmissibili.

Sempre con riferimento ai requisiti oggettivi, occorre altresì ricordare che l'art. 4, comma 2, lett. a), pone il principio di gradualità nell'applicazione delle tecniche di PMA, «al fine di evitare il ricorso ad interventi aventi un grado di invasività tecnico e psicologico più gravoso per i destinatari».

Passando ora ai requisiti di carattere soggettivo, l'art. 5, comma 1, sancisce che «possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenti di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi». Dunque, da tale disposizione risulta il divieto di accesso alle tecniche di PMA alle coppie omosessuali e alle donne sole, nonché il divieto di fecondazione *post mortem*.

In tal modo il legislatore ha voluto garantire che il contesto familiare in cui si inserisce il nascituro sia caratterizzato dalla presenza della doppia figura genitoriale.

Pur non potendo approfondire in questa sede il fondamento e le implicazioni di tale scelta di politica legislativa, si deve osservare come nel nostro ordinamento la tutela della doppia figura genitoriale non sembra potersi qualificare come principio assoluto²¹. A titolo esemplificativo, si può ricordare come la stessa legge 4 maggio 1983, n. 184 consente in casi particolari l'adozione da parte del singolo, legittimando così, seppur in ipotesi eccezionali, l'instaurazione di un modello familiare diverso da quello caratterizzato dalla compresenza della figura materna e paterna. Negli ultimi anni, poi, si è andato affermando un orientamento giurisprudenziale che, ricorrendo all'elasticità della disposizione dettata dall'art. 44 lett. d) legge n. 184/1983, consente

²¹ Cfr. FERRANDO, *La nuova legge in materia di procreazione assistita: perplessità e critiche*, cit., 815, la quale osserva come il diritto del nascituro ad una famiglia in cui sia garantita la compresenza della doppia figura genitoriale “nel nostro ordinamento non riceve tutela incondizionata, neppure nel campo dell’adozione, perché, sia pure in casi eccezionali, è ammissibile l’adozione da parte del singolo (adozione in casi particolari (art. 44, l. adoz.), oppure quando ci sia stato affidamento preadottivo e poi i coniugi si siano separati (art. 25, l. adoz.))”. In tal senso anche BUCELLI, *Il cammino senza pregiudizi del biodiritto. La costruzione giuridica dei rapporti genitoriali*, in BALDINI (a cura di), *Persona e famiglia nell'era del biodiritto*, Firenze University Press, 2015, 70 ss.

l'adozione coparentale (cd. *stepchild adoption*) da parte del genitore sociale all'interno delle famiglie omoparentali²². Ancora, la Corte di Cassazione, in un caso di affidamento di un minore alla madre, che conviveva e intratteneva una relazione con un'altra donna, ha avuto modo di precisare che «costituisce mero pregiudizio la convinzione che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale»²³.

Dunque, posto che il modello familiare caratterizzato dalla doppia figura genitoriale non è l'unico conosciuto dal nostro ordinamento e in tal senso non riceve una tutela incondizionata, ci si può chiedere se l'accesso alle tecniche di PMA per le coppie omosessuali e per i *single* si scontri con altri principi od ostacoli giuridici. Invero, occorre operare una distinzione tra l'adozione e la procreazione medicalmente assistita.

Nel primo caso, ad avere rilievo centrale è il diritto del minore ad una famiglia. Se si assume che l'inserimento in un nucleo familiare omogenitoriale o monogenitoriale non incide aprioristicamente in modo negativo sullo sviluppo e la formazione del figlio, si potrebbe prospettare un'apertura della procedura adottiva ai *single* e alle coppie omosessuali nell'interesse del minore²⁴.

²² Cfr. Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, in *Giurisprudenza Italiana*, 12, 2016, 2573 ss., con nota di SPADAFORA, *Adozione, tutela dell'omogenitorialità ed i rischi di eclissi della volontà legislativa*, e di RIVERA, *La sentenza della Corte di cassazione n. 12962/2016 e il superiore interesse del minore*; Corte App. Torino, 27 maggio 2016, n. 27, in *Foro italiano*, 6, I, 2016, 1910 ss., con nota di CASABURI, *L'Unbirthday secondo il legislatore italiano: la "non" disciplina delle adozioni omogenitoriali nella l. 20 maggio 2016 n.76*; Trib. Roma, 30 luglio 2014, in *Famiglia e diritto*, 2015, 580 ss., con nota di RUO, *A proposito di omogenitorialità adottiva e interesse del minore, confermata da Corte di appello di Roma, sentenza del 23 dicembre 2015*.

²³ Cass., 11 gennaio 2013, n. 601, in *Famiglia e Diritto*, 6, 2013, 570 ss., con nota di RUSCELLO, *Quando il pregiudizio...è nella valutazione del pregiudizio! A proposito dell'affidamento della prole alla madre omosessuale*. Sempre in materia di affidamento al momento della separazione della coppia genitoriale si veda altresì Tribunale Bologna, 15 luglio 2008, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2009, 689 ss., con nota di BIANCHINI, *Omosessualità ed affidamento condiviso: nulla quaestio se non vi è contrasto con l'interesse del minore*.

²⁴ In tal senso, LIBERALI, *L'adozione dei single e delle coppie omosessuali*, in www.gruppodipisa.it, 2013. Si veda altresì MOROZZO DELLA ROCCA, *Dove finirà l'embrione se*

Diversamente, nel caso della fecondazione assistita ciò che rileva è il diritto alla genitorialità di chi chiede l'accesso alle tecniche procreative. In merito si deve segnalare che, nonostante sia stato proclamato dalla Consulta²⁵, permangono in dottrina dubbi in ordine al fondamento costituzionale del diritto a procreare e a formare una famiglia con prole, considerato che non può qualificarsi come fondamentale un diritto condizionato dalle acquisizioni della tecnica e della scienza²⁶. Invero, non sembra potersi configurare un vero e proprio diritto alla procreazione quale pretesa azionabile nei confronti dello Stato nel senso di garantire la nascita di un figlio, quanto piuttosto “un diritto a vedere tutelati i diritti sottesi al momento procreativo”²⁷. Ad ogni modo, se si ammette che il nostro ordinamento riconosce e tutela il diritto alla procreazione (*rectius* il diritto di autodeterminarsi nelle scelte procreative), l'interrogativo a cui il giurista è chiamato a rispondere è se il bilanciamento dei diritti operato dal legislatore nel vietare l'accesso alla PMA a determinate categorie di soggetti risulti ragionevole.

Qui occorre un'ulteriore distinzione. Il caso delle donne sole e delle coppie omosessuali costituite da due donne non sembra presentare una

il piano si inclina ancora?, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, II, 2015, 142 ss., il quale osserva che l'orientamento sessuale dei genitori può essere considerato come una variabile significativa ma di per sé non negativa nel modo di essere della futura famiglia dei figli e, in tal senso, auspica una riforma del diritto di famiglia.

²⁵ Già nel 2000, la Corte Costituzionale ha qualificato come fondamentale il diritto a non subire interferenze, neppure indirette, da parte del legislatore nelle scelte relative alla procreazione. In particolare, si deve ricordare Corte cost., 24 luglio 2000, n. 332, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 4, 2000, 2455 ss. In questa occasione, la Consulta ha dichiarato illegittima la normativa militare che includeva tra i requisiti necessari per l'accesso nella Guardia di Finanza l'essere senza prole, in quanto ritenuta fonte di una limitazione ingiustificata del diritto alla procreazione inteso come diritto fondamentale della persona.

Recentemente, il diritto alla genitorialità è stato invocato dalla Corte Costituzionale al fine di dichiarare l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa (Corte Cost., 10 giugno 2014, n. 162).

²⁶ Si vedano le osservazioni di MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in *Consulta online*, 2014, 4 ss., il quale scrive “Il diritto alla genitorialità e il diritto alla famiglia con prole derivano della libera autodeterminazione del soggetto (ammesso che quest'ultimo sia un diritto secondo la nostra Costituzione) oppure sono il frutto della scienza e della tecnica? Il diritto ad essere genitore è un aspetto della persona o una possibilità consentita alla persona dalla medicina?”.

²⁷ LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., 737 ss.

differenza netta rispetto a quello delle coppie eterosessuali che, in quanto affette da infertilità assoluta, ricorrono alla pratica di fecondazione eterologa; per cui, l'unico interesse che si frappone alla piena realizzazione del diritto a procreare mediante il ricorso alle tecniche di fecondazione assistita è l'interesse del minore alla doppia figura genitoriale. Come già visto, però, tale interesse non sembra avere carattere assoluto, ma la tutela dello stesso rientra nella scelta discrezionale del legislatore. Nel caso degli uomini soli o delle coppie omosessuali costituite da due uomini, invece, viene in rilievo il diritto alla integrità fisica e psichica della donna gestante, partecipante necessaria del progetto genitoriale della coppia. Ed è proprio l'interesse della donna che sta alla base del divieto di realizzazione, organizzazione e pubblicizzazione della maternità surrogata sancito dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, divieto assoluto posto tanto per le coppie omosessuali quanto per quelle eterosessuali. La giurisprudenza nazionale ha ribadito in più occasioni che il divieto di maternità surrogata è di ordine pubblico internazionale e trova fondamento nella dignità umana - costituzionalmente tutelata – della gestante²⁸.

²⁸ Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, in *Il Corriere giuridico*, 4, 2015, 471 ss., con nota di RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, il quale sottolinea come la maternità surrogata coinvolge la disposizione del corpo della donna e, associandosi ad un accordo che precede la gravidanza, “implica non un mero atto di disposizione del proprio corpo, bensì l’obbligazione di disporre del proprio corpo e cioè di restare incinta e cedere il neonato a terzi. Una tale obbligazione strumentalizza il corpo femminile, perché degrada la donna ad esclusivo mezzo di soddisfacimento dei fini altrui. Il problema non è quindi quello dell’onerosità della pratica. Quand’anche sia gratuita, la surrogazione fa della donna un mezzo per realizzare il progetto di genitorialità di altri. Se poi è onerosa, a ciò si unisce la commercializzazione del corpo umano, che è vietata all’art. 21 della Convenzione di Oviedo sui diritti dell’uomo e la biomedicina ed all’art. 3, comma 2, lett. c) della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea”. In tal senso si era pronunciato anche il Tribunale di Monza, 27 ottobre 1989, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, I, 1990, 355 ss., con nota di LIACI, *Contratto di sostituzione di maternità*. In quella occasione, il Tribunale di Monza aveva precisato che “l’atto dispositivo del proprio corpo, implicato dal contratto di maternità, quand’anche non cagioni una diminuzione permanente dell’integrità fisica della donna – assolutamente ingiustificabile nella specie – e sia sanato dal consenso successivo, validamente espresso, non può mai rilevare come oggetto di una preventiva obbligazione dell’avente diritto, a compierlo o a permettere che altri lo compia su di lei ed è comunque contrario alla legge, all’ordine pubblico e, almeno in caso di onerosità, anche al buon costume (art. 5 c.c.)”.

Nel senso di riconoscere la liceità del contratto di maternità per sostituzione, prima dell’entrata in vigore della legge n. 40/2004, si era invece pronunciato il Tribunale di Roma,

Dunque, in questa seconda ipotesi, il bilanciamento viene operato tra due interessi di rilievo costituzionale, cosicché il sacrificio del diritto all'autodeterminazione risulta giustificato dalla necessità di tutelare la salute e la dignità umana della madre surrogata.

Questo è il complesso di interessi e di posizioni giuridiche che rilevano nel complicato dibattito in ordine all'ampliamento, sotto il profilo soggettivo, dell'accesso alle tecniche di PMA. Da quanto esposto emerge come, soprattutto a seguito della caduta del divieto di fecondazione eterologa e della dichiarazione del diritto alla genitorialità quale diritto fondamentale, le argomentazioni che sostengono il divieto di PMA per le coppie omosessuali e per i singoli (più precisamente per le donne che rientrano in queste categorie) siano deboli e si concentrino sul presunto interesse del minore alla doppia figura genitoriale. Probabilmente è proprio questo profilo che preclude il superamento di questa presunzione, superamento che consentirebbe l'apertura delle procedure di adozione nel nostro ordinamento ma, inevitabilmente, anche l'estensione dell'accesso alle tecniche di fecondazione assistita. Questo secondo passaggio potrebbe non essere automatico solo nella misura in cui si ripensi al modo di atteggiarsi del diritto a procreare. In particolare, è stato osservato che si dovrebbe accedere a un diverso modello normativo, fondato su un concetto di diritto fondamentale suscettibile di essere limitato nella misura in cui non risponde a parametri di congruità con lo scopo per cui è riconosciuto, parametri che prescindono - e comunque non dipendono necessariamente - dalla sussistenza di altre posizioni costituzionalmente rilevanti²⁹.

ord. 17 febbraio 2000, in *Famiglia e Diritto*, 2, 2000, 152 ss., con nota di DOGLIOTTI e di CASSANO, il quale aveva affermato che “È vero che la coscienza morale e sociale non può permettere la commercializzazione di una funzione così elevata e delicata come la maternità, comportando ciò una gravissima lesione della dignità della persona amata ma tale affermazione deve essere messa in dubbio quando il consenso all'utilizzazione dell'utero sia determinato, come nella vicenda che si esamina, da ragioni di solidarietà e concesso per spirito di liberalità”. In dottrina, un'apertura verso la maternità per sostituzione è mostrata da ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da ZATTI, I, Giuffrè, Milano, 2011, 69 ss.

²⁹ SALANITRO, *I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti*

Ad ogni modo, se si considera che l'accesso alle tecniche di PMA è consentito non solo alle coppie coniugate ma anche a quelle conviventi, senza che sia richiesta una durata minima predeterminata né una modalità di verifica dello stato di convivenza dei soggetti richiedenti, vi è la possibilità di convivenze apparenti, dichiarate al solo fine di accedere alle procedure di fecondazione assistita³⁰. In merito, si deve ricordare come già nel settore dell'adozione internazionale si sono verificati casi di coniugi, separati di fatto, che hanno simulato la continuazione del rapporto per poter adottare un bambino, desiderato da uno di essi, prima di procedere alla separazione legale³¹.

Infine, risulta opportuna una breve riflessione sul divieto di fecondazione *post mortem*.

Non vi è dubbio che l'art. 5 della legge n. 40 impone che i richiedenti siano entrambi viventi al momento dell'accesso alle tecniche di procreazione, vietando così la produzione di embrioni con il seme di un uomo defunto. Tuttavia, è ancora controverso se dopo la formazione dell'embrione, avvenuta quando il *partner* era ancora era vita, sia consentito l'impianto

fondamentali e ruolo dell'interprete, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 10, 2016, 1360 ss. Con riferimento ai singoli, l'autore osserva che "se è socialmente utile che la coppia fertile possa accedere alla procreazione assistita soltanto se ricorrono determinati requisiti, si potrebbe individuare nell'argomento a fortiori la motivazione per escludere il diritto del singolo all'atto procreativo. In effetti, il singolo in quanto tale, a differenza della coppia, non può accedere alla procreazione naturale: ma in una società che offre ampie possibilità di instaurare nuovi rapporti sociali, si può dubitare che la collettività sia costituzionalmente vincolata ad assumere i costi economici e sociali necessari per riconoscere a ogni singolo l'accesso alla tecnica". In relazione alle coppie omosessuali, invece, la tenuta del divieto appare più delicata e ciò in quanto "fondare il divieto di accesso alla procreazione assistita sull'orientamento sessuale o sul sesso della coppia potrebbe essere inteso come forma di discriminazione, della cui compatibilità con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e della Corte costituzionale si può ragionevolmente dubitare".

³⁰ Timore esposto da VILLANI, *La procreazione assistita*, cit., 71 ss. MANDRIOLI, *Il contratto di procreazione medicalmente assistita: alcuni aspetti problematici*, in *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità*, DOSSETTI - LUPO - MORETTI (a cura di), Giuffrè, 2010, 39 ss., obietta che si tratta di una possibilità difficilmente realizzabile, considerate le sanzioni penali previste per le false dichiarazioni e le difficoltà che sussistono i requisiti della infertilità o sterilità richiesti dalla legge n.40.

³¹ Cfr. MOROZZO DELLA ROCCA, *Riflessioni sul rapporto tra adozione e procreazione medicalmente assistita*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2005, 211 ss.

dell'ovulo già fecondato anche dopo il decesso dell'uomo³².

Prima dell'entrata in vigore della legge n. 40 del 2004 tale nodo problematico era stato affrontato dal Tribunale di Palermo³³, il quale aveva stabilito la liceità del trasferimento nell'utero degli embrioni creati quando il marito era ancora in vita. In particolare, il giudice di merito aveva sottolineato come il rifiuto di procedere all'impianto contrastasse con il diritto all'integrità psicofisica della (futura) madre e con il diritto alla vita dell'embrione, qualificato come "soggetto di diritto". Più di recente, seppur sulla base di un impianto motivazionale diverso, che non si addentra nel terreno controverso dello stato giuridico dell'embrione, anche il Tribunale di Bologna³⁴ ha riconosciuto alla donna il diritto di ottenere l'impianto di embrioni creati quando il *partner* non era ancora deceduto. Tra l'altro, anche la giurisprudenza amministrativa sembra essere orientata nel senso che la presenza in vita dei soggetti deve riferirsi alla fase antecedente all'inizio delle procedure, visto che dopo verrebbero in considerazione il divieto di soppressione degli embrioni posto dall'art. 14, comma 1, e il divieto di revoca del consenso posto dall'art. 6, comma 3³⁵.

³² Cfr. VILLANI, *La procreazione assistita*, cit., 178 ss., il quale scrive "Ci pare che a dilà della apparente chiarezza e generalità della previsione legislativa, se ci si sofferma sulla effettiva portata della stessa, non si possa affermare che essa abbia davvero prevenuto o posto fine ad ogni problema. L'unica cosa che si può ritenere oggi certa è che non si potranno più produrre embrioni con il seme di un uomo defunto. Ma altri dubbi continuano a porsi, anche e soprattutto in conseguenza del fatto che il legislatore, dopo avere introdotto il tassativo divieto per le pratiche *post mortem*, non ha minimamente regolato (...) le conseguenze della possibile violazione del divieto".

³³ Trib. Palermo, ord. 8 gennaio 1999, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1999, 221 ss., con nota di PALMERINI, *La sorte degli embrioni "in vitro": in assenza di regole il ricorso ai principi*; in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, I, 1999, 226 ss., con nota di MIRANDA, «Tragic choice in Italy»: *brevi note in tema di esecuzione post mortem del contratto di procreazione medicalmente assistita*, e di GIAIMO, *Brevi riflessioni su una gravidanza indotta per decisione del giudice*.

³⁴ Trib. Bologna, ord. 16 gennaio 2015, in *Famiglia e Diritto*, 5, 2015, 488 ss., con nota di SCALERA, *Sulla legittimità dell'impianto post mortem di embrioni crioconservati*.

³⁵ TAR Lazio, 21 gennaio 2008, n. 398, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 3, 2008, 2723 ss., con nota di ANGELINI, *Procreazione medicalmente assistita o procreazione medicalmente obbligata? Brevi note sulla sentenza della sezione III T.A.R. Lazio n. 398 del 21 gennaio 2008*.

3. *Il consenso informato.*

L'art. 4, comma 2, lett. b), della legge n. 40 subordina l'accesso alle tecniche di PMA al consenso informato, da realizzare ai sensi del successivo art. 6. Quest'ultima disposizione prevede che, prima della conclusione del contratto e in ogni fase di applicazione delle tecniche di fecondazione assistita, il medico deve fornire ai soggetti richiedenti una serie eterogenea di informazioni³⁶.

In primo luogo, il sanitario deve informare la coppia «sui problemi bioetici e sui possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all'applicazione delle tecniche stesse» nonché «sulle probabilità di successo e sui rischi dalle stesse derivanti». In secondo luogo, il medico dovrà enunciare le conseguenze giuridiche che si determinano sia per i soggetti richiedenti sia per il nascituro, delineando con chiarezza il contenuto degli artt. 8 e 9 della legge n. 40, attinenti allo stato giuridico del nato e ai divieti di disconoscimento della paternità e di anonimato per la madre. La coppia, inoltre, dovrà essere informata della possibilità di ricorrere a procedure di adozione o di affidamento ai sensi della legge 4 maggio 1983, n. 184, come alternativa alla PMA. Infine, ai soggetti richiedenti devono essere prospettati con chiarezza i costi economici

³⁶ A seguito dell'entrata in vigore della legge n. 40 del 2004, parte della dottrina aveva manifestato delle perplessità circa la scelta del legislatore di affidare il compito di guidare la coppia nel difficile percorso della PMA al solo medico responsabile della struttura sanitaria. In particolare, FERRANDO, *La nuova legge in materia di procreazione assistita: perplessità e critiche*, cit., 814, ha osservato come “il consenso informato non può ridursi alla sottoscrizione di un modulo in cui vengono asetticamente riportate le informazioni indicate dalla legge. Il consenso dovrebbe essere il risultato di un processo in cui vengono approfondite le motivazioni della coppia e vengono scelte le modalità di intervento. Essi dovrebbe articolarsi in una serie di colloqui con operatori di diversa formazione (medica, psicologica, ecc.), capaci di ascoltare la coppia e di aiutarla a trovare una risposta ai propri problemi di infertilità o sterilità”. In ordine a tale profilo critico sono intervenute le Linee guida ministeriali del 2008, le quali hanno sottolineato l'importanza e il beneficio dell'attività di consulenza, disponendo che “ogni centro di PMA dovrà prevedere la possibilità di consulenza della coppia e la possibilità di un supporto psicologico per la donna e per le coppie che ne abbiano necessità”. Tale soluzione è stata confermata anche nelle più recenti Linee Guida emanate con d.m. 1 luglio 2015 (G.U., 14 luglio 2015, n. 161).

dell'intera procedura.

Il consenso deve essere prestato in forma scritta e tra la manifestazione della volontà e l'applicazione della tecnica deve intercorrere un termine non inferiore a sette giorni.

Questo complesso di informazioni deve essere fornito al fine di «garantire il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa» della coppia (art. 6, comma 1).

In altri termini, la consapevolezza che deve essere acquisita dai richiedenti deve comprendere non solo la natura e le implicazioni del trattamento sanitario a cui intendono sottoporsi, ma più in generale il progetto genitoriale che attraverso quel trattamento si prestano a realizzare. Dunque, in questo ambito, il consenso informato si presenta come strumento volto a tutelare il diritto di autodeterminazione della persona in ordine alle scelte che attengono alla salute nonché rispetto a quelle che coinvolgono la sfera procreativa.

Com'è noto, i principi dell'autonomia del paziente e del consenso informato³⁷ trovano fondamento costituzionale nell'art. 2 Cost., che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, e negli artt. 13 e 32 Cost., che sanciscono, rispettivamente, che la libertà personale è inviolabile e che nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. In particolare, con la sentenza n. 438 del 2008³⁸, la Corte

³⁷ Per una ricostruzione del contenuto e del fondamento del principio del consenso informato si vedano, tra i molti, MARINI, *Il consenso*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da RODOTÀ e ZATTI, II, *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di RODOTÀ – TALLACHINI, Giuffrè, 2010, 362 ss.; GRASSO, *Consenso informato, libertà di scelta e disponibilità del proprio corpo*, in COCCO (a cura di), *Lo statuto giuridico delle informazioni*, Giuffrè, 2012, 33 ss.; ROSSI, *Consenso informato (II)*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, VII, Utet, Torino, 2012, 177 ss.; BORSELLINO, *Autodeterminazione, consenso informato e legittimità del trattamento sanitario nell'età delle biotecnologie: profili essenziali*, in BALDINI (a cura di), *Persona e famiglia nell'era del biodiritto*, Firenze University Press, 2015, 21 ss.

³⁸ Corte Cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2008, 4945 ss., con tota di BALDUZZI – PARIS, *Corte Costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, e di MORANA, *A proposito del fondamento costituzionale per il consenso informato ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sent. n. 438 del 2008 della Corte Costituzionale*.

Costituzionale ha avuto modo di precisare come «la circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'*autodeterminazione* e quello alla *salute*, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente (...)». Dunque, «la scelta della terapia non deve essere frutto del caso o semplicemente provocata dal sanitario, depositario della scienza medica», ma, al contrario, «deve essere il risultato di un atto di vera e propria autodeterminazione compiuto dal paziente»³⁹.

A livello sovranazionale, poi, vi sono una pluralità di fonti che riconoscono e tutelano il consenso informato come principio cardine dell'ambito sanitario e della sperimentazione sull'essere umano. Tra queste, assumono particolare rilievo l'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dei cittadini dell'Unione Europea e l'art. 5 della Convenzione di Oviedo del 1997 sui diritti dell'uomo nei confronti della biologia e della medicina, i quali «convergono nell'investire il consenso libero e informato della pregnante valenza di diritto umano fondamentale»⁴⁰.

Dunque, il requisito del consenso informato posto dalla legge n. 40 del 2004 si inserisce in questo panorama giuridico e costituisce espressione del diritto di autodeterminazione in ordine alle cure. Ma non si limita a questo. Invero, il consenso non deve essere prestato esclusivamente dal soggetto che di regola è destinatario diretto ed esclusivo del trattamento terapeutico, ovvero la donna, ma deve necessariamente essere espresso da entrambi gli aspiranti

³⁹ In questi termini, FRANZONI, *Dal consenso all'esercizio dell'attività medica all'autodeterminazione del paziente*, in *La Responsabilità Civile*, 2, 2012, 85 ss. (spec. 89).

⁴⁰ BORSELLINO, *Autodeterminazione, consenso informato e legittimità del trattamento sanitario nell'età delle biotecnologie*, cit., 25.

genitori⁴¹. Ciò mette in luce come, nell'ambito della fecondazione assistita, la volontà consapevole dei soggetti ha un contenuto polivalente, comprendendo non solo il profilo strettamente sanitario ma anche quello che può definirsi “procreativo”.

Di conseguenza, anche il contenuto dell'obbligazione assunta dal medico risulta più ampio ed eventuali omissioni od inesattezze circa le informazioni dovute sono fonte di responsabilità⁴². Peraltro, diversamente da quanto avviene nel caso della prestazione sanitaria fornita a seguito di fecondazione naturale, nell'ipotesi di PMA il (futuro) padre è destinatario diretto dell'obbligo informativo posto a carico del medico e, pertanto, non sarà necessario ricorrere alla categoria del contratto con effetti protettivi a favore di terzo al fine di riconoscergli il diritto al risarcimento del danno. Com'è noto, quest'ultima categoria civilistica è stata costantemente invocata dalla giurisprudenza per poter configurare la legittimazione a chiedere il risarcimento anche in capo al soggetto che per effetto dell'attività professionale dell'ostetrico-ginecologo diventa o non diventa padre (o diventa padre di un bambino malformato)⁴³.

⁴¹ Cfr. GIAMO, *Il consenso informato ad esser genitore. Riflessioni comparatistiche*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, II, 2011, 855 ss., il quale osserva che “Una siffatta evidente divaricazione, rispetto al modo di intendere il consenso informato quale diretta ed unitaria espressione della volontà del soggetto sottoposto a cure, trova la propria giustificazione nella circostanza che, nell'ipotesi di procreazione medicalmente assistita, il presupposto del consenso stesso non è soltanto da rintracciare nei principi di rango costituzionale che sovrintendono alla tutela della salute ed all'autodeterminazione del paziente, ma anche in tutte quelle norme (...) che disciplinano la procreazione quale evento cosciente e responsabile, anche nell'interesse della prole”.

⁴² In tal senso, MANDRIOLI, *Il contratto di procreazione medicalmente assistita: alcuni aspetti problematici*, in *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità*, DOSSETTI – LUPO - MORETTI (a cura di), Giuffrè, 2010, 59 ss., il quale scrive: “L'affidamento dei richiedenti, in questo caso, trova fondamento nella stessa legge, che impone al medico il dovere di spiegare e di illustrare non solo le conseguenze in tema di stato giuridico del nascituro, ma anche circa i divieti (per esempio di crioconservazione degli embrioni) nelle varie fasi delle tecniche. Pertanto il richiedente che non fosse stato adeguatamente informato non potrà sottrarsi alla disciplina legale indisponibile, ma potrà reclamare dal medico inadempiente il risarcimento dei danni conseguenti”.

In caso di mancata acquisizione del consenso, inoltre, l'art. 12, comma 4, della legge n. 40 prevede a carico del medico una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 50.000 euro.

⁴³ Cass. 10 maggio 2002, n. 6735, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, I,

Se il consenso richiesto dalla legge n. 40 costituisce applicazione specifica del generale principio del consenso informato, non sorprende che in dottrina e giurisprudenza siano stati sollevati dei dubbi circa la legittimità dell'art. 6, comma 3, della stessa legge, ai sensi del quale «La volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma *fino al momento della fecondazione dell'ovulo*»⁴⁴.

In particolare, non si comprende come la procedura di PMA possa continuare nel caso in cui sia la donna a modificare la propria volontà e a rifiutare l'impianto dell'embrione già formato, essendo pacifico che tale ipotesi non presenta i presupposti legittimanti il trattamento sanitario obbligatorio⁴⁵.

La Corte Costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi su tale nodo problematico già in due occasioni, ma in entrambe la questione è stata dichiarata inammissibile per difetto del requisito della rilevanza nel giudizio *a quo*⁴⁶. Nello specifico, i profili di incostituzionalità prospettati riguardavano gli

2003, 619 ss., con nota di DE MATTEIS, *La responsabilità medica per omessa diagnosi prenatale: interessi protetti e danni risarcibili*; Cass. 29 luglio 2004, n. 14488, in *Famiglia e Diritto*, 6, 2004, 559 ss., con nota di FACCI, *Wrongful life: a chi spetta il risarcimento del danno?*; Cass. 4 gennaio 2010, n. 13, in *La Responsabilità Civile*, 8-9, 2010, 582 ss., con nota di PARTISANI, *Il danno esistenziale del padre da nascita indesiderata*; Cass. 2 ottobre 2012, n. 16754, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2013, 175 ss., con nota di PALMERINI, *Nascite indesiderate e responsabilità civile: il ripensamento della Cassazione*.

⁴⁴ Tra i molti che subito dopo l'entrata in vigore della legge n. 40 hanno prospettato tali perplessità, si possono ricordare VILLANI, *La procreazione assistita*, cit., 82 ss.; FERRANDO, *La nuova legge in materia di procreazione assistita: perplessità e critiche*, cit., 81; SESTA, *Dalla libertà ai divieti: quale futuro per la legge sulla procreazione medicalmente assistita?*, cit., 1408.

⁴⁵ VILLANI, *La procreazione assistita*, cit., 84 ss., osserva come, anche a voler condividere la tesi secondo cui il TSO possa essere giustificato dalla sola necessità di tutela della salute collettiva, in alcun modo si può affermare «che un trattamento sanitario possa essere imposto al soggetto renitente, capace di intendere e di volere, nel suo interesse individuale, e contro la sua volontà».

⁴⁶ Corte Cost., 8 maggio 2009, n. 151, in *Famiglia e Diritto*, 8-9, 2009, 761 ss., con nota di DOGLIOTTI, *La Corte Costituzionale interviene sulla produzione e sul trasferimento degli embrioni a tutela della salute della donna*; in *Il Corriere Giuridico*, 9, 2009, 1213 ss., con nota di FERRANDO, *Diritto alla salute della donna e tutela degli embrioni: la Consulta fissa nuovi equilibri*; in *Giustizia Civile*, 6, 2009, 1177 ss., con nota di GIACOBBE, *La festa della mamma. Osservazioni a "caldo" a C. cost. 8 maggio 2009 n. 151*; Corte Cost., 13 aprile 2016, n. 84, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2, 2016, 750 ss., con nota di COSSIRI, *La l. n. 40/2004 ancora di fronte alla Corte: l'inammissibilità delle questioni sui divieti di revoca del consenso e di ricerca sugli embrioni*; in *Giurisprudenza Italiana*, 2017, 307 ss., con nota di CARUSI, *La Corte costituzionale e lo statuto dell'embrione*, e di RIVERA, *La Corte costituzionale torna*

artt. 2, 13 e 32 Cost., ovvero le disposizioni che, come si è visto, costituiscono il fondamento costituzionale del principio del consenso libero e informato alle cure. Invero, appare evidente come il divieto di revoca del consenso da parte della donna dopo la formazione dell'embrione si ponga in contrasto con i principi di libertà e non obbligatorietà che presidiano tutti gli atti anche solo potenzialmente lesivi dell'integrità psicofisica del soggetto.

L'irrevocabilità del consenso, inoltre, si pone in logica contraddizione con la legge 22 maggio 1978, n. 194 in materia di interruzione volontaria della gravidanza, la quale consente alla donna di porre termine alla gestazione qualora sussista un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica⁴⁷.

Ancora, l'irrevocabilità della volontà stride con il nuovo impianto della stessa legge n. 40, rimodellata ad opera della giurisprudenza costituzionale. In particolare, come si vedrà meglio oltre, con la sentenza n. 151 del 2009 la Consulta ha introdotto una deroga significativa al divieto assoluto di crioconservazione degli embrioni previsto all'art. 14, comma 3, in tutti i casi in cui il medico rilevi fondati rischi per la salute della donna, e con la successiva sentenza n. 96 del 2015 ha dichiarato l'ammissibilità della diagnosi genetica preimpianto e, conseguentemente, la possibilità di interrompere la procedura di PMA sempre al fine di tutelare il diritto alla salute della donna, la quale altrimenti sarebbe costretta a ricorrere alla pratica, innegabilmente più traumatica, dell'interruzione volontaria della gravidanza.

Alla luce di queste considerazioni, seppur in difetto di un'espressa dichiarazione di incostituzionalità, si deve ritenere che l'operatività dell'art. 6, comma 3, sia ridotta e che la donna possa di fatto revocare il proprio consenso procreativo sino all'effettivo trasferimento in utero dell'embrione. La revoca si tradurrà, poi, nella dichiarazione del medico di non procedere alla PMA per motivi di ordine medico-sanitario ai sensi dell'art. 6, comma 4. Peraltro, si deve osservare che la legge n. 40 del 2004 non prevede alcuna sanzione nei

sulla sperimentazione sugli embrioni.

⁴⁷ VILLANI, *La procreazione assistita*, cit., 86 ss.

confronti dei soggetti che revochino la propria volontà di ricorrere alla fecondazione assistita.

Ulteriore questione problematica che si è posta riguarda l'ipotesi di incapacità di uno dei membri della coppia che intende ricorrere alle tecniche di PMA.

La questione è stata affrontata nel 2009 dal Tribunale di Vigevano⁴⁸, che è stato chiamato a decidere circa il potere del tutore di esprimere il consenso per l'accesso al trattamento di procreazione assistita in luogo del componente maschile della coppia, il quale si trovava in uno stato di coma irreversibile. Sebbene sussistesse il requisito dell'infertilità richiesto dalla legge n. 40, il giudice ha ritenuto di non poter accogliere la richiesta del tutore. In particolare, si è rilevato come il consenso rappresenta il momento conclusivo (e neppure definitivo, vista la possibilità di revoca fino al momento di fecondazione dell'ovulo) di un percorso psicologico che passa attraverso l'acquisizione di un complesso di informazioni, attinenti non solo il trattamento sanitario ma in generale il progetto genitoriale che si intende realizzare, e che nel caso di specie tale attività informativa, necessaria al fine di sviluppare una volontà pienamente consapevole, non era stata espletata. Inoltre, anche a voler ritenere superabile la necessità di un consenso informato manifestato in forma scritta congiuntamente dai due richiedenti, il giudice ha sottolineato come «l'accoglimento della istanza formulata significherebbe (...) consentire al tutore non di esprimere la volontà del suo assistito, ma di decidere al posto dello stesso».

Con riferimento a tale decisione, è stato osservato che, in base alle norme oggi contenute nel D. lgs. 25 gennaio 2010, n. 16, in materia di donazione, approvvigionamento e controllo di tessuti e cellule umani, il rigetto del

⁴⁸ Trib. Vigevano, decr. 3 giugno 2009, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, IV, 2009, 1847 ss. Sulla decisione vedi altresì GIAMO, *Il consenso informato ad esser genitore. Riflessioni comparatistiche*, cit.

Tribunale di Vigevano avrebbe potuto essere più ampiamente motivato⁴⁹. Invero, il suddetto decreto dispone che la donazione delle cellule riproduttive, destinate a essere utilizzate nell'ambito della fecondazione assistita, può avvenire soltanto da un *partner* a favore dell'altro, segnatamente tra un uomo e una donna che rispettino i requisiti soggettivi di cui all'art. 5 della legge n. 40. Dunque, «il combinato disposto del d.lgs n. 16/2010 e della l. n. 40/2004 avrebbe impedito ancor prima il prelievo del liquido seminale per la donazione delle cellule riproduttive destinate ad essere utilizzate ai fini della fecondazione assistita»⁵⁰.

4. *Il limite massimo di tre embrioni da produrre e da destinare ad un unico e contemporaneo impianto.*

Nella sua impostazione originaria, l'art. 14 della legge n. 40 del 2004 prescriveva il divieto di crioconservazione degli embrioni (comma 1), salvo casi di forza maggiore relativi allo stato di salute della donna non prevedibili al momento della fecondazione (comma 3), nonché il divieto di produrre più di tre embrioni per ogni ciclo terapeutico, tutti da destinare ad un unico e contemporaneo impianto (comma 2).

Com'è noto, la Corte Costituzionale, con sentenza n. 151 del 2009⁵¹, è intervenuta significativamente sul contenuto di tali disposizioni, dichiarando l'illegittimità costituzionale di parte di esse.

In particolare, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 14, comma 2, nella parte in cui predeterminava in misura fissa il numero degli embrioni producibile e imponeva che gli stessi venissero tutti impiantati contemporaneamente, precludendo così spazi di autonomia al medico

⁴⁹ VENUTI, *Gli atti di disposizione*, in ALESSI – MAZZARESE – MAZZAMUTO (a cura di), *Persona e diritto. Giornate di studio in onore di Alfredo Galasso*, Giuffrè, 2013, 95 ss.

⁵⁰ *Ibidem*, 107.

⁵¹ Corte Cost., 8 maggio 2009, n. 151, cit.

responsabile. L'intervento demolitorio della Corte ha comunque mantenuto salvo il principio secondo cui le tecniche di produzione non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario. Contestualmente, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale del comma 3 del medesimo articolo nella parte in cui non prevedeva che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, dovesse essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna.

Il percorso motivazionale seguito dalla Consulta per giungere alla dichiarazione di incostituzionalità assume un rilievo pregnante, in quanto fornisce una chiave di lettura importante in ordine al modo di atteggiarsi della tutela giuridica della vita umana prenatale. Invero, le soluzioni esegetiche che la Corte ha delineato in questa occasione sono state riprese nelle successive pronunce di incostituzionalità che hanno interessato la legge in materia di PMA e appaiono particolarmente rilevanti per rispondere agli interrogativi circa il destino degli embrioni residui.

Invero, la Corte Costituzionale, prima di soffermarsi sulle doglianze sollevate dai giudici rimettenti⁵² sotto il profilo della irragionevolezza e del diritto alla salute, ha precisato che la tutela apprestata all'embrione dalla legge n. 40 del 2004 *non è assoluta*. Difatti, secondo la Consulta, «anche nel caso di limitazione a soli tre del numero di embrioni prodotti, si ammette comunque che alcuni di essi possano non dar luogo a gravidanza, postulando la individuazione del numero massimo di embrioni impiantabili appunto un tale rischio, e consentendo un affievolimento della tutela dell'embrione al fine di assicurare concrete aspettative di gravidanza, in conformità alla finalità proclamata dalla legge». In altri termini, era la stessa la legge n. 40 ad ammettere implicitamente il sacrificio di uno o più embrioni al fine di

⁵² Per un commento delle questioni di legittimità costituzionale sollevate si veda BIN – BRUNELLI – GUAZZAROTTI – PUGIOTTO – VERONESI (a cura di), *Dalla provetta alla Corte. La legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio*, Giappichelli, Torino, 2008. Si deve ricordare che le questioni di legittimità dell'art. 6, comma 3, e dell'art. 14, comma 4, sono state dichiarate manifestamente inammissibili per difetto di motivazione sulla rilevanza nel giudizio *a quo*.

aumentare le possibilità di realizzazione del progetto di filiazione della coppia richiedente.

Nell'indagare quale sia il termine del bilanciamento da cui derivano i limiti alla tutela dell'embrione, la Consulta ha individuato l'interesse di rilievo costituzionale costituito dalla tutela delle esigenze di procreazione⁵³, interesse che poi ha assunto un ruolo centrale nella successiva pronuncia in ordine al divieto di fecondazione eterologa.

Posta questa premessa, nel prosieguo della motivazione la Corte Costituzionale ha argomentato l'illegittimità delle norme esclusivamente alla luce del diritto alla salute della donna (art. 32 Cost.) e del principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.).

In particolare, si è osservato come il limite massimo di embrioni da destinare ad un unico e contemporaneo impianto compromettesse inevitabilmente il diritto alla salute della donna sotto un duplice profilo. Da un lato, esso rendeva necessario il ricorso alla reiterazione dei cicli di stimolazione ovarica, ove il primo impianto non desse luogo ad esito positivo, con conseguente aumento dei rischi di insorgenza di patologie che a tale iperstimolazione sono collegate. Dall'altro, in quelle ipotesi in cui le possibilità di attecchimento fossero maggiori, determinava un pregiudizio di diverso tipo alla salute della donna, in presenza di gravidanze plurime, avuto riguardo al divieto di riduzione embrionaria selettiva di tali gravidanze di cui all'art. 14, comma 4, salvo il ricorso all'aborto. Dunque, secondo la Corte, la disposizione

⁵³ Si vedano le osservazioni di SESTA, *La procreazione medicalmente assistita tra legge, Corte Costituzionale, giurisprudenza di merito e prassi medica*, in DOSSETTI – LUPO - MORETTI (a cura di), *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità*, Giuffrè, 2010, 17 ss., spec. 30, il quale scrive: “A questo riguardo, però, diventa lecito chiedersi se effettivamente esista un generale diritto della donna alla procreazione (non ulteriormente qualificata) o se, invece, solo il diritto alla procreazione “naturale” goda di rilevanza costituzionale ex artt. 2, 29, 30, 31 Cost. E art. 1, l. n. 194/1978. Pare a chi scrive che, piuttosto che invocare un bilanciamento tra le esigenze di tutela dell'embrione e il preteso diritto della donna alla procreazione, la Corte avrebbe potuto argomentare le sue conclusioni limitandosi ad invocare (...) il diritto alla salute (art. 32 Cost.) e il principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.)”. In ordine alle perplessità sollevate dalla dottrina circa la possibilità di configurare un diritto alla procreazione di rilievo costituzionale si veda il § 2 del presente capitolo.

legislativa non riconosceva «al medico la possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento, con conseguente individuazione, di volta in volta, del limite numerico di embrioni da impiantare, ritenuto idoneo ad assicurare un serio tentativo di procreazione assistita, riducendo al minimo ipotizzabile il rischio per la salute della donna e del feto».

Inoltre, la Consulta ha osservato come l'individuazione legislativa di un rigido protocollo sanitario comportasse la violazione del principio di ragionevolezza e del principio di uguaglianza, in quanto riservava il medesimo trattamento a situazioni dissimili tra loro, tenuto conto delle caratteristiche specifiche della donna e della coppia. La Corte ha così valorizzato il ruolo del medico, ampliando gli spazi di autonomia dello stesso nello scegliere il trattamento sanitario più idoneo al singolo caso concreto, nel pieno rispetto del diritto alla salute riconosciuto e tutelato dalla Costituzione⁵⁴.

Dunque, la Corte ha abolito il limite numerico previsto dalla legge, per cui oggi, a seguito dell'intervento demolitorio del giudice costituzionale, il numero di embrioni da produrre è quello strettamente necessario, tenuto conto delle condizioni della donna e della qualità degli embrioni. Di conseguenza, seppur il divieto di crioconservazione posto dall'art. 14, comma 1, è rimasto formalmente inalterato, con la sentenza n. 151 del 2009 è stata introdotta un'ulteriore deroga a tale divieto, rendendo necessario il congelamento degli embrioni prodotti e non impiantati.

A fronte della caducazione del comma secondo dell'art. 14, la Corte si è pronunciata anche sul comma terzo della medesima disposizione, sancendo, come visto, illegittimità costituzionale della norma nella parte in cui non

⁵⁴ FERRANDO, *Diritto alla salute della donna e tutela degli embrioni: la Consulta fissa nuovi equilibri*, cit., 1221, osserva che “La sentenza n. 151/2009 aggiunge un ulteriore tassello alla definizione giurisprudenziale del diritto alla salute, diritto che implica la possibilità di disporre delle migliori acquisizioni della scienza e dell'arte medica, la cui applicazione è affidata all'autonomia ed alla responsabilità del medico con il consenso del paziente, senza che il legislatore possa entrare nel merito di tali decisioni ponendo limiti contrari ai principi di eguaglianza, di ragionevolezza, potenzialmente pregiudizievoli per la salute”.

prevedeva che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, dovesse essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna. In altri termini, a seguito della sentenza in esame, risulta possibile non procedere all'impianto degli embrioni non solo nel caso in cui il trasferimento in utero 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 anche nel caso in cui il pregiudizio sia prevedibile già in quella fase. Dunque, anche con riferimento a tale profilo, la Consulta ha ritenuto che l'intervento del legislatore in materia di PMA violasse l'art. 32 Cost., nella misura in cui aveva ingiustificatamente limitato l'autonomia e la responsabilità del medico e, di conseguenza, il diritto alla salute del paziente.

La sentenza n. 151 del 2009 rappresenta una tappa fondamentale del percorso di riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge in materia di PMA. Essa ha avuto il merito di mettere in luce come, nonostante la legge n. 40 si presenti apparentemente come una disciplina volta ad apprestare una tutela totale dell'embrione, quest'ultima in realtà abbia carattere relativo e, conseguentemente, debba necessariamente essere bilanciata con gli altri interessi coinvolti nella procedura di fecondazione assistita. Solo partendo da questa premessa è possibile riportare a coerenza il contenuto della stessa legge n. 40, la quale all'art. 1 pone tra le sue finalità la soluzione dei problemi riproduttivi mediante il ricorso alla PMA, assicurando «i diritti di *tutti* i soggetti coinvolti».

5. *La diagnosi genetica preimpianto.*

La diagnosi genetica preimpianto (DGP) è una procedura nata con la fecondazione *in vitro*, attuabile esclusivamente nel suo ambito e

complementare alle tecniche di diagnosi prenatale⁵⁵. Si tratta di un esame che consente di scoprire una possibile malattia cromosomica o genetica dell'embrione prima del trasferimento in utero, prevenendo così l'eventuale ricorso al cd. "aborto terapeutico".

La diagnosi preimpianto di tipo genetico è una procedura invasiva e consiste nel prelievo di alcune cellule (blastomeri) dall'embrione, le quali vengono analizzate al fine di identificare possibili anomalie genetiche. Essa va tenuta distinta dalla diagnosi preimpianto di tipo meramente osservazionale, la quale invece si esplica in un esame dell'embrione al microscopio (esame morfologico), al fine di evidenziarne eventuali malformazioni visibili, indagine sempre necessaria per valutare se l'embrione ha raggiunto la condizione idonea all'impianto in utero.

Come già esposto, la legge n. 40 del 2004 non contiene alcuna disposizione che faccia espresso riferimento alla DGP e il quadro normativo che con essa è stato delineato appare particolarmente contraddittorio⁵⁶.

Nello specifico, l'ambiguità deriva dalle previsioni contenute negli artt. 14 e 13 della legge⁵⁷. L'art. 13, dopo aver vietato (comma 1) «qualsiasi

⁵⁵ Rientrano nella categoria delle diagnosi prenatali la villocentesi e l'amniocentesi, ovvero quelle procedure che si sostanziano nella valutazione diagnostica delle condizioni di salute del feto durante lo svolgimento della gravidanza. Per un esame delle diverse tecniche diagnostiche si veda FORABOSCO, *Le diagnosi prenatali e preimpianto*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da RODOTÀ e ZATTI, II, *Il governo del corpo*, a cura di CANESTRARI – FERRANDO – MAZZONI – RODOTÀ – ZATTI, Giuffrè, 2011, 1461 ss.

⁵⁶ Già dieci anni prima dell'approvazione della legge n. 40, delle perplessità in ordine alla liceità della DGP erano state espresse dal Comitato Nazionale per la Bioetica, *Parere del C.N.B. Sulle tecniche di procreazione assistita. Sintesi e conclusioni*, cit. In questo documento si legge che le opinioni dei componenti del C.N.B. divergono su molteplici aspetti attinenti l'inizio della vita umana e, in particolare, si riporta che un primo gruppo di membri ritiene che sia necessario impedire "ogni selezione (...), salvo il caso in cui ciò avvenga a fini direttamente terapeutici, cioè vi sia un beneficio diretto per lo stesso embrione su cui si interviene".

⁵⁷ Rileva queste contraddizioni VILLANI, *La procreazione assistita*, cit., 60 ss. Diversamente, traendo spunto dal silenzio del legislatore, ritiene che dalla formulazione dell'art. 13, comma 2, si possa desumere la legittimità del ricorso all'esame diagnostico preimpianto DOGLIOTTI – FIGONE, *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza*, Ipsoa, 2004, 45 ss. Nel senso che la legge n. 40 non autorizzerebbe direttamente o indirettamente la diagnosi preimpianto, si veda invece CASINI – CASINI – DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40, «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita»*, Giappichelli, Torino, 2004, 204 ss.

sperimentazione su ciascun embrione umano», consente poi (comma 2) «la ricerca clinica e sperimentale» sugli embrioni «a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate, volte alla tutela della salute e dello sviluppo dell'embrione stesso». L'art. 14, invece, nella formulazione antecedente alla sentenza n. 151 del 2009 della Corte Costituzionale, da un lato vietava la crioconservazione e la soppressione degli embrioni (comma 1) e prescriveva che tutti gli embrioni formati dovessero essere oggetto di un unico e contemporaneo impianto (comma 2), dall'altro, prevedeva che gli embrioni potessero essere crioconservati, qualora il loro trasferimento nell'utero non risultasse possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione (comma 3). Nel contempo, il comma 5 dell'art. 14 prevede che i genitori vengano informati su richiesta sul numero e sullo stato di salute degli embrioni.

In questo contraddittorio quadro normativo, il 21 luglio 2004 sono intervenute le Linee guida del Ministero della Salute, le quali hanno esplicitato il divieto di ogni diagnosi preimpianto a finalità genetica, stabilendo che lo svolgimento dell'indagine sull'embrione creato *in vitro* avrebbe dovuto essere di tipo esclusivamente “osservazionale”.

Le prime pronunce giurisprudenziali⁵⁸ in materia di fecondazione

⁵⁸ Trib. Catania, ord. 3 maggio 2004, in *Famiglia e Diritto*, 4, 2004, 372 ss., con note di FERRANDO, *Procreazione medicalmente assistita e malattie genetiche: i coniugi possono rifiutare l'impianto di embrioni ammalati?*, e di DOGLIOTTI, *Una prima pronuncia sulla procreazione assistita: tutte infondate le questioni di legittimità costituzionale?*; in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2004, 415 ss., con nota di VILLANI, *Dal parlamento alle aule di giustizia: le nuove disposizioni in materia di procreazione medicalmente assistita al banco di prova del caso concreto*. Con questa pronuncia, tra l'altro, si era ritenuta manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionalità del divieto di DGP, sul presupposto di una piena e insindacabile discrezionalità del legislatore in materia. Le disposizioni della legge n. 40 sono state interpretate restrittivamente anche da TAR Lazio, 5 maggio 2005, n. 3452, in *Foro Amministrativo – T.A.R.*, 5, 2005, 1579 ss. In questa occasione, il giudice amministrativo ha precisato che le linee guida introdotte con d.m. 21 luglio 2004, nel prevedere solo indagini osservative di eventuali anomalie dell'embrione, così ponendo il divieto di indagini preimpianto con finalità eugenetiche, non restringono l'ambito applicativo dell'art. 13 l. n. 40 del 2004, che vieta qualsiasi sperimentazione sugli embrioni umani, consentendo solo la ricerca per finalità terapeutiche e diagnostiche, volte alla tutela

assistita hanno confermato questo atteggiamento di chiusura nei confronti della DGP, escludendo che dal combinato disposto dell'art. 13, comma 2, e dell'art. 14 potesse evincersi l'ammissibilità dell'indagine diagnostica di tipo genetico.

Ad ogni modo, la dottrina non ha tardato a rilevare possibili profili di incostituzionalità della disciplina in esame, mettendo in luce il vizio di irragionevolezza risultante dal raffronto con la legge in materia di interruzione volontaria della gravidanza (l. 22 maggio 1978, n. 194)⁵⁹. In particolare, si è osservato come risultasse privo di senso precludere l'esame diagnostico di tipo genetico nella fase antecedente all'impianto e poi consentire la cd. diagnosi prenatale durante la gestazione, con conseguente possibile ricorso all'interruzione volontaria di gravidanza e soppressione del feto, paradossalmente quando quest'ultimo è in una fase di sviluppo più avanzata⁶⁰. In altri termini, il divieto di DGP è apparso incostituzionale «non per la

dell'embrione, atteso che - da un lato - in concreto, allo stato dell'evoluzione tecnico - scientifica non esistono terapie generali che permettano la cura di un embrione malato, dall'altro che - a fondamento della diagnosi preimpianto - non è invocabile la pretesa di avere “un figlio sano”, atteso che il principio di responsabilità della procreazione non è compatibile con i diritti del concepito.

⁵⁹ Già nel corso dei lavori preparatori della legge n. 40 era stata rilevata l'incoerenza dell'ordinamento italiano che si sarebbe determinata a seguito dell'approvazione della disciplina in materia, operando un raffronto con quanto disposto dalla legge n. 194 del 1978, che consente l'interruzione volontaria di gravidanza in presenza di determinate condizioni. Per un esame dei rilievi critici sollevati in sede di discussione, con specifico riferimento alla DGP, si veda LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., 179 ss.

⁶⁰ In tal senso, tra i molti, CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, in *Diritto Penale e Processo*, 4, 2004, 411 ss. (spec. 417); FERRANDO, *Procreazione medicalmente assistita e malattie genetiche: i coniugi possono rifiutare l'impianto di embrioni ammalati?*, cit., ss.; FRATI – MONTANARI VERGALLO – DI LUCA, *La diagnosi genetica preimpianto tra libertà della coppia e tutela della vita prenatale*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 2007, 963 ss. (spec. 981 ss.). In termini generali, pone la questione del confronto e del possibile conflitto fra la legge n. 40 del 2004 e la legge n. 194 del 1978 ZOPPINI, *Talune considerazioni sulla (ir)razionalità della legge*, in CELOTTO – ZANON (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, Milano, 2004, 59 ss., nonché ZANON, *Introduzione*, in CELOTTO – ZANON (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, Milano, 2004, 7 ss., il quale scrive che “È (...) innegabile che il modo in cui, nella legge n. 40 del 2004, viene definito e trattato l'embrione, pone un problema di rapporto con la legge sull'aborto. (...) Ne risulta la paradossale situazione per cui l'embrione sarebbe “persona” in provetta, e invece “cosa” nell'utero materno; sacro e inviolabile allo stadio di ovulo fecondato, visibile solo al microscopio e privo dell'ambiente materno che gli è indispensabile per venire al mondo; e invece in balia del principio di autodeterminazione della donna una volta raggiunto lo stadio fetale”.

compressione di un contestabile diritto ad avere un figlio sano, bensì per violazione degli articoli 3 e 32 Cost.»⁶¹.

Tali perplessità sono state fatte proprie dalla giurisprudenza, cosicché, con ordinanza del 16 luglio 2005, il Tribunale di Cagliari⁶², dopo aver escluso la possibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 della legge n. 40 per contrasto con gli artt. 2, 3 e 32 Cost.

In particolare, il giudice remittente ha denunciato la sussistenza un grave pregiudizio per la salute psicofisica della donna, nella misura in cui la disciplina in materia di PMA non le consentiva di conoscere le condizioni di salute dell'embrione prima di procedere al trasferimento in utero. La violazione dell'art. 3 Cost., invece, derivava dalla disparità di trattamento rispetto al diritto di informazione sulle condizioni del feto, riconosciuto e tutelato dalla disciplina sull'interruzione volontaria di gravidanza. Ancora, in questa occasione, il Tribunale di Cagliari ha messo in luce il collegamento tra la tematica della diagnosi preimpianto e quella del consenso informato al trattamento sanitario, precisando che «negare l'ammissibilità della diagnosi preimpianto, anche quando sia stata richiesta ai sensi dell'art. 14 della legge, significherebbe rendere impossibile una adeguata informazione sul trattamento sanitario da eseguirsi, indispensabile, invece, sia nella prospettiva di una gravidanza pienamente consapevole, consentendo ai futuri genitori di prepararsi psicologicamente ad affrontare eventuali problemi di salute del nascituro, sia in funzione della tutela della salute gestazionale della donna».

La pronuncia del Tribunale di Cagliari rappresenta la prima tappa del percorso giurisprudenziale che ha condotto al riconoscimento dell'ammissibilità della DGP.

⁶¹ VALLINI, *La diagnosi e selezione preimpianto: da illecito penale a questione deontologica. Eterogenesi dei fini di un legislatore irragionevole*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 2011, 1405 ss.

⁶² Trib. Cagliari, ord. 16 luglio 2005, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, I, 2006, 613 ss., con nota di PALMERINI, *La Corte costituzionale e la procreazione assistita*.

Ad ogni modo, la Corte Costituzionale⁶³ si è pronunciata nel senso della manifesta inammissibilità della questione di legittimità sollevata, a causa della contraddittorietà della stessa. Nello specifico, la Consulta ha rilevato come il giudice *a quo* avesse precisato che il divieto di diagnosi preimpianto si potesse dedurre non solo dall'art. 13 della legge n. 40, ma anche da altri articoli della stessa legge, non impugnati, nonché dall'interpretazione dell'intero testo legislativo alla luce dei suoi criteri ispiratori. Pertanto, secondo la Corte, un'eventuale sentenza di accoglimento della questione di legittimità non avrebbe eliminato il divieto in esame, in quanto quest'ultimo avrebbe continuato a permeare l'intero testo della legge in materia di PMA.

La decisione della Corte Costituzionale, però, non ha scoraggiato l'elaborazione di un'interpretazione costituzionalmente orientata da parte della giurisprudenza di merito.

Il *revirement* giurisprudenziale si è avuto con due pronunce del 2007, una dello stesso Tribunale di Cagliari⁶⁴ e una del Tribunale di Firenze⁶⁵, con le quali per la prima volta si è affermata la liceità della diagnosi genetica preimpianto. I giudici di merito, in particolare, hanno sottolineato che la legge n. 40 non sancisce un esplicito divieto in ordine alla diagnosi preimpianto e che tale omissione non può considerarsi frutto di una svista, trattandosi di uno dei principali temi dibattuti in aula, come dimostrato dai lavori parlamentari. Dunque, posta l'assenza di un divieto espresso, è stata affermata la praticabilità

⁶³ Corte Cost., 9 novembre 2006, n. 369, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 6, 2006, 3831 ss., con nota di CASINI – CASINI, *Un significativo consolidamento della legge n. 40 del 2004*, di CELOTTO, *La Corte Costituzionale «decide di non decidere» sulla procreazione medicalmente assistita*, di TRIPODINA, *Decisioni giurisprudenziali e decisioni politiche nell'interpretazione del diritto alla vita (riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte Costituzionale n. 369 del 2006)*, e di D'AMICO, *Il giudice costituzionale e l'alibi del processo*.

⁶⁴ Trib. Cagliari, ord. 22 settembre 2007, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2008, I, 249 ss., con nota di PALMERINI, *Procreazione assistita e diagnosi genetica: la soluzione della liceità limitata*; in *Famiglia, Persone e Successioni*, 5, 2008, 419 ss., con nota di DELLA BELLA, *La svolta: il Tribunale di Cagliari e il Tribunale di Firenze ammettono la diagnosi preimpianto*.

⁶⁵ Trib. Firenze, ord. 19 dicembre 2007, in *Famiglia e Diritto*, 2008, 723 ss., con nota di ASTIGGIANO, *Evoluzione delle problematiche relative all'analisi preimpianto dell'embrione e nuove linee guida ministeriali*; in *Famiglia, Persone e Successioni*, 5, 2008, 419 ss.

della DGP in funzione del diritto alla salute della donna e del diritto dei genitori ad essere informati sullo stato di salute degli embrioni. Invero, secondo il giudice cagliaritano, «non può essere negata, da un punto di vista letterale e concettuale, la differenza tra attività di ricerca, sperimentazione e manipolazione genetica, disciplinate dall'art. 13, e l'accertamento diagnostico richiesto ai sensi dell'art. 14, comma 5, unicamente finalizzato, (...), a fornire ai soggetti indicati dalla legge idonea informazione sullo stato di salute dell'embrione destinato all'impianto». Entrambe le decisioni, inoltre, hanno ritenuto illegittime, anche in relazione all'art. 12 della Convenzione di Oviedo del 1996, e, quindi, disapplicabili per eccesso di potere, le Linee guida ministeriali del 21 luglio 2004. Ciò in quanto detto provvedimento governativo, avente il mero compito di fornire specifiche dal punto di vista tecnico e non anche quello di fornire un'interpretazione legislativa, posto il silenzio della l. n. 40 in materia di DGP, sarebbe stato contrastante con la legge stessa.

Pochi mesi dopo, questa interpretazione costituzionalmente orientata è stata confermata dal TAR Lazio⁶⁶, il quale ha disposto l'annullamento delle Linee guida nella parte in cui statuivano che ogni indagine sullo stato di salute dell'embrione dovesse essere di tipo "osservazionale".

A seguito di questa decisione, nonché delle precedenti pronunce dei giudici di merito, sono state emanate le nuove Linee guida ministeriali dell'11 aprile 2008, con le quali è stato eliminato ogni riferimento alle indagini meramente osservazionali⁶⁷.

⁶⁶ TAR Lazio, sent. 21 gennaio 2008, n. 398, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2008, I, 489 ss., con nota di PENASA, *Tanto tuonò che piovve: l'illegittimità parziale delle Linee Guida e la questione di costituzionalità della l. n. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita*. Con tale pronuncia, inoltre, il giudice amministrativo ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14 della legge. 40, nella parte in cui prevedeva il divieto di creare un numero di embrioni superiore a tre, l'obbligo di procedere ad unico e contemporaneo impianto e il divieto di crioconservazione tranne ipotesi eccezionali. Come già esaminato, la norma impugnata è stata in parte dichiarata incostituzionale con sentenza, 8 maggio 2009, n. 151.

⁶⁷ Le Linee guida ministeriali del 2008 si limitavano a disporre il divieto di "ogni indagine preimpianto a finalità eugenetica", disposizione oggi riprodotta nelle Linee guida emanate con d.m. 1 luglio 2015. DELLA BELLA, *La diagnosi preimpianto dell'embrione:*

La praticabilità della DGP, ritenuta ormai legittima dalla giurisprudenza e (implicitamente) dal legislatore⁶⁸, è stata poi resa concretamente possibile a seguito della richiamata sentenza n. 151 del 2009 della Corte Costituzionale⁶⁹. Difatti, il limite di tre ovociti da fecondare e l'obbligo dell'unico e contestuale impianto rendevano le finalità della diagnosi preimpianto quasi impossibile da attuare, cosicché la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 14, commi 2 e 3, ha ampliato i margini di autonomia del medico e consentito la realizzazione pratica degli esami diagnostici preimpianto.

Superato in via interpretativa il divieto di diagnosi preimpianto di tipo genetico, permaneva il limite posto dagli artt. 1 e 4 della legge n.40, i quali consentivano il ricorso alle tecniche di PMA solo alle coppie affette da cause di sterilità o infertilità. Per cui, l'accesso alle tecniche di fecondazione assistita e, conseguentemente, all'indagine preimpianto di tipo genetico risultava precluso ai soggetti fertili portatori di gravi malattie geneticamente trasmissibili. Come anticipato, anche questo limite oggi è caduto a seguito di un travagliato percorso giurisprudenziale, che ha portato alla dichiarazione di

problemi interpretativi e responsabilità, in DOSSETTI – LUPO - MORETTI (a cura di), *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità*, Giuffrè, 2010, 181 ss., osserva come questo divieto metta in luce la portata contraddittoria delle Linee guida ministeriali. In particolare, l'autore scrive che “la diagnosi preimpianto è stata accusata di essere tecnica avente finalità eugenetiche; tuttavia (...) in quest'ottica, anche la diagnosi osservazionale avrebbe finalità genetiche, poiché crea le condizioni per scartare l'embrione affetto da anomalie (rilevabili al microscopio). Parrebbe che le Linee guida si affidino ad una grottesca assimilazione tra eugenetica e genetica, condannando la diagnosi preimpianto per assonanza perché genetica e assolvendo quella osservazionale e quelle prenatali”.

⁶⁸ Ritiene che le sentenze di merito, con cui è stata avallata l'interpretazione costituzionalmente orientata della legge n. 40, non possano far venir meno il divieto implicito di DGP contenuto nel testo normativo LA ROSA, *La diagnosi genetica preimpianto: un problema aperto*, in *Famiglia e Diritto*, 8-9, 2011, 839 ss. Inoltre, l'autrice precisa che “le linee guida non sono legittimate ad introdurre nuove disposizioni di legge, ulteriori alle disposizioni contenute nella l. 40 stessa, e non possono modificare la legge stessa e, anche laddove si pongano questioni interpretative, non possono sostituirsi all'interpretazione giurisprudenziale. Ne deriva, dunque, che la modifica apportata dalle linee guida del 2008 non offre significativi spunti nel senso del superamento di un divieto posto legislativamente, pur se in maniera implicita” (spec. 849).

⁶⁹ Cfr. SESTA, *La procreazione medicalmente assistita tra legge, Corte Costituzionale, giurisprudenza di merito e prassi medica*, cit., 32, nonché FERRANDO, *Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte Costituzionale*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, II, 2009, 521 ss.

incostituzionalità degli artt. 1, 1° e 2° comma, e 4, 1° comma, della legge n. 40.

Un primo passo verso l'ampliamento dell'accesso alle tecniche di PMA è stato fatto dal Tribunale di Salerno⁷⁰, che, con una decisione di poco successiva alla pronuncia di incostituzionalità del 2009, ha per la prima volta autorizzato il ricorso alla diagnosi preimpianto ad una coppia non sterile, ma portatrice di una grave patologia ereditaria (nel caso specifico si trattava della Atrofia Muscolare Spinale di tipo 1). In particolare, il giudice di merito ha precisato che la diagnosi preimpianto, al pari delle altre diagnosi prenatali, è «una normale forma di monitoraggio con finalità conoscitiva della salute dell'embrione, alla stregua dei doverosi criteri della buona pratica clinica, la cui mancanza dà luogo a responsabilità medica», menzionando a tal fine la sentenza della Corte Costituzionale n.151 del 2009. Inoltre, il Tribunale di Salerno ha argomentato la propria decisione sostenendo la sussistenza di un diritto soggettivo della donna al figlio sano, diritto da ricondursi nell'ambito di tutela apprestata dall'art. 2 Cost.

Questa decisione è rimasta però un caso isolato e l'interpretazione “superestensiva” del Tribunale di Salerno è stata criticata da parte della dottrina⁷¹. Invero, il giudice di merito ha posto in essere una impropria operazione di superamento della lettera della legge, la quale esplicitamente limitava l'accesso alla PMA alle coppie infertili, quando invece sarebbe stata auspicabile l'adozione di un'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale⁷².

⁷⁰ Trib. Salerno, ord. 9 gennaio 2010, in *Famiglia e Diritto*, 5, 2010, 476 ss., con nota di SEGNI, *Procreazione assistita per i portatori di malattie trasmissibili - un nuovo problema*, e di LA ROSA, *Diagnosi preimpianto anche per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche*.

⁷¹ Si vedano le osservazioni di TRIPODINA, *Sul come scansare la briglia delle leggi. Ovvero, la legge sulla procreazione assistita secondo il giudice di Salerno*, in www.costituzionalismo.it, la quale qualifica come non percorribile la via che è stata scelta dal Tribunale di Salerno, ovvero quella “del riconoscimento diretto dell'esistenza di un diritto di accesso alla procreazione medicalmente assistita e alla diagnosi preimpianto per le coppie fertili a rischio di trasmissione di patologie genetiche, a ciò ostando espressamente la lettera della disposizione”. In senso critico anche SEGNI, *Procreazione assistita per i portatori di malattie trasmissibili - un nuovo problema*, cit.

⁷² Cfr. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni*

5.1. (Segue) *L'intervento della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.*

Il momento di svolta sul tema dell'ammissibilità della diagnosi preimpianto anche per le coppie fertili portatrici di patologie ereditarie si è avuto con la pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 2012 sul caso *Costa e Pavan c. Italia*⁷³. In questa occasione, la Corte di Strasburgo ha affermato che il divieto di ricorso alle tecniche di procreazione assistita e alla diagnosi preimpianto dell'embrione, fissato dalla l. n. 40 del 2004 nei confronti di coppie fertili ma portatrici di malattie genetiche, dà luogo ad una violazione dell'art. 8 (*Diritto al rispetto della vita privata e familiare*) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Il caso riguardava una coppia di coniugi italiani portatori sani di fibrosi cistica. La coppia aveva già avuto una figlia affetta da tale malattia e la donna aveva interrotto due gravidanze, dopo che le diagnosi prenatali avevano rivelato che anche i due feti erano malati. Per evitare il ripetersi di un'esperienza analoga, i coniugi intendevano ricorrere alla diagnosi preimpianto, al fine di individuare la malattia negli embrioni formati *in vitro* e successivamente procedere all'impianto solo degli embrioni sani. Tuttavia, trattandosi di una coppia fertile, tale possibilità le era preclusa dai limiti posti dalla legge n. 40 del 2004.

La Corte EDU, anzitutto, ha rilevato come il diritto invocato dai ricorrenti non è quello "ad avere un figlio sano", come sostenuto dal Governo

intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza, cit., 204 ss.

⁷³ Corte eur. dir. uomo, 28 agosto 2012, n. 54270/10, *Costa e Pavan c. Italia*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2013, I, 66 ss., con nota di PARDINI, *La diagnosi preimpianto al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo: influenza delle pronunce nel panorama italiano*. A commento della sentenza si veda altresì IVONE – MIRAGLIA, *Fecondazione assistita e diagnosi preimpianto sulla salute dell'embrione (art. 8 CEDU)*, in DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e l'impatto nell'ordinamento interno*, Cedam, 2016, 693 ss.

italiano, ma si tratta del diritto di accedere alla fecondazione assistita e poi alla diagnosi preimpianto per poter procreare un figlio che non sia affetto da fibrosi cistica. Infatti, il ricorso a tali tecniche terapeutiche non esclude che il nascituro possa essere affetto da altre anomalie genetiche o da patologie dovute a complicanze verificatesi durante la gravidanza.

Ciò posto, la Corte ha ricordato che la nozione di “vita privata”, ai sensi dell’art. 8 Cedu, è un concetto ampio, insuscettibile di una definizione esaustiva, che comprende vari diritti, fra cui figura anche quello di vedere rispettata la decisione di diventare o non diventare un genitore. Dunque, secondo i giudici di Strasburgo, l’ingerenza dello Stato italiano nel diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita privata e familiare appare sproporzionata e, pertanto, deve considerarsi violato l’art. 8 Cedu.

Nello specifico, la Corte ha affermato che tale violazione deriva dall’incoerenza del sistema legislativo italiano. Quest’ultimo, infatti, da un lato, vieta alle coppie fertili portatrici di gravi malattie genetiche di accedere alle tecniche di PMA e alla diagnosi preimpianto, dall’altro, però, in presenza delle condizioni stabilite dalla legge n. 194 del 1978 consente alla madre di ricorrere all’interruzione volontaria di gravidanza, qualora le diagnosi prenatali rivelino delle anomalie del feto. Secondo la Corte, l’aborto terapeutico costituisce una scelta più dolorosa e con conseguenze maggiormente pregiudizievoli «sia per il feto, il cui sviluppo è evidentemente assai più avanzato di quello di un embrione, sia per la coppia di genitori, soprattutto per la donna».

Il giudice sovranazionale ha pertanto ritenuto infondati gli argomenti addotti dal Governo italiano (per il quale il divieto di diagnosi preimpianto sarebbe stato giustificato dalla necessità di tutelare la salute del bambino e della donna, la dignità e la libertà di coscienza delle professioni mediche e l’interesse ad evitare il rischio di derive eugenetiche) e ha affermato la sussistenza della violazione dell’art. 8 Cedu.

Dunque, in questa occasione, la Corte di Strasburgo si è discostata dalla

decisione adottata dalla Grande Camera in ordine al caso *S. H. ed altri contro Austria*⁷⁴, decisione nella quale si era affermato che gli Stati godono di un ampio margine di discrezionalità nel disciplinare il tema della fecondazione eterologa, rispetto al quale non si riteneva consolidato un sentire comune a livello europeo. Invero, il giudice sovranazionale ha rammentato che sussiste un ampio consenso in merito alla possibilità per le coppie fertili, ma portatrici di patologie genetiche, di ricorrere alla fecondazione assistita e alla diagnosi preimpianto⁷⁵.

Si deve ricordare che i ricorrenti avevano altresì invocato l'art. 14 Cedu, lamentando di aver subito una discriminazione rispetto non soltanto alle coppie infertili, ma anche a quelle fertili in cui l'uomo è portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili, limitatamente alle quali le Linee guida ministeriali del 2008 hanno esteso la possibilità di avvalersi delle tecniche di procreazione assistita e, quindi, della diagnosi preimpianto. Tuttavia, la Corte di Strasburgo ha escluso la suddetta violazione, posto che, secondo quanto sostenuto dal Governo italiano, il divieto di diagnosi preimpianto riguardava qualsiasi categoria di coppia. Questa soluzione è stata però considerata imprecisa da parte della dottrina⁷⁶, la quale ha messo in luce come, in forza dell'interpretazione costituzionalmente orientata ormai consolidatasi in giurisprudenza, le coppie che soddisfano i requisiti di accesso previsti dagli artt. 4 e 5 l. n. 40 (così come integrati dalle disposizioni delle Linee guida) possono da tempo avvalersi della DGP, con conseguente discriminazione dei soggetti fertili portatori di malattie genetiche.

⁷⁴ Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 3 novembre 2011, n.57813/00, *S. H. e altri c. Austria*. Questa decisione verrà esaminata in maniera più approfondita nel paragrafo dedicato al divieto di fecondazione eterologa.

⁷⁵ All'epoca della decisione, il divieto censurato dalla Corte, oltre che in Italia, era previsto esclusivamente in Austria e in Svizzera. Peraltro, anche in questi Stati oggi è consentita la diagnosi genetica preimpianto.

⁷⁶ In tal senso PARDINI, *La diagnosi preimpianto al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo: influenza delle pronunce nel panorama italiano*, cit., nonché FERRANDO, *Le diagnosi preimpianto, dunque, sono ammissibili*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2013, II, 20 ss.

In conclusione, la Corte di Strasburgo ha condannato l'Italia al risarcimento del danno cagionato ai ricorrenti e ha posto il legislatore italiano di fronte alla necessità di rivedere il contenuto della legge n. 40 del 2004⁷⁷.

Il caso *Costa e Pavan* è poi proseguito a livello nazionale. In particolare, la coppia di coniugi ha presentato ricorso *ex art.* 700 c.p.c. al Tribunale di Roma, chiedendo che venisse ordinato in via d'urgenza al centro sanitario di consentire l'accesso alle procedure di PMA e all'indagine preimpianto di tipo genetico.

Il Tribunale di Roma⁷⁸ ha accolto il ricorso, provvedendo a disapplicare direttamente l'art. 4 della legge n. 40. Nello specifico, il giudice di merito ha richiamato l'art. 46 Cedu, ai sensi del quale «Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti», precisando che le sentenze della Corte di Strasburgo vincolano non solo lo Stato, ma anche i suoi organi e, pertanto, l'autorità giudiziaria. Dunque, secondo il Tribunale, il giudice è chiamato ad applicare direttamente quanto sancito dalla Corte EDU, senza dover adire preliminarmente la Corte Costituzionale, tutte le volte in cui «la regola ricavabile dalla sentenza Cedu sia sufficientemente precisa ed incondizionata da sostituirsi, senza margini di ambiguità, a quella interna riconosciuta contraria alla convenzione». Così provvedendo, il giudice romano non ha neppure tentato la via dell'interpretazione convenzionalmente conforme,

⁷⁷ In seguito a tale condanna, il Governo italiano ha presentato richiesta di rinvio alla Grande Camera, richiesta che però è stata rigettata con provvedimento non motivato dell'11 febbraio 2013. Invero, diversamente da quanto avvenuto rispetto ad altre decisioni attinenti a temi controversi di biodiritto, la sentenza del 2012 sul caso *Costa e Pavan c. Italia* era stata adottata all'unanimità. Sulla richiesta di rinvio del Governo italiano e sul suo successivo rigetto, si veda VALLINI, *Diagnosi preimpianto: respinta la richiesta di rinvio alla Grande Camera CEDU avanzata dal Governo italiano nel caso Costa e Pavan contro Italia*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁷⁸ Trib. Roma, ord. 23 settembre 2013, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di VALLINI, *Ardita la rotta o incerta la geografia? La disapplicazione della legge 40/2004 "in esecuzione" di un giudicato della Corte EDU in tema di diagnosi preimpianto*. A commento della sentenza si veda altresì RUGGERI, *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronuncia del Trib. di Roma, I sez. civ., che dà «seguito» a Corte EDU Costa e Pavan)*, in www.diritticomparati.it.

conseguendone non poche critiche e dissensi⁷⁹. Difatti, come già era avvenuto con la decisione del Tribunale di Salerno⁸⁰, in questa occasione è stata posta in essere un'interpretazione “superestensiva”, quando invece il giudice avrebbe dovuto sollevare la questione di legittimità costituzionale in ragione dell'impossibilità di applicare direttamente la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Tale impossibilità deriva, infatti, dalla circostanza che non è ancora intervenuta la formale adesione dell'Unione Europea a detta Convenzione e con essa, quindi, la sua “comunitarizzazione”.

5.2. (Segue) *La parola definitiva della Corte Costituzionale.*

L'impostazione del Tribunale di Roma, che ha provveduto a disapplicare direttamente le disposizioni della legge in materia di PMA, non è stata condivisa dalla giurisprudenza successiva. Cosicché, di fronte a nuove richieste di accesso alla fecondazione assistita da parte di soggetti fertili con rischio di trasmissione di malattie genetiche, è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale⁸¹ degli artt. 1, 1° e 2° comma, e 4, 1° comma, della legge n. 40,

⁷⁹ Si vedano le osservazioni di VALLINI, *Ardita la rotta o incerta la geografia? La disapplicazione della legge 40/2004 “in esecuzione” di un giudicato della Corte EDU in tema di diagnosi preimpianto*, cit., il quale rileva che il Tribunale di Roma si è discostato dalle indicazioni fornite dalla Corte Costituzionale con le note sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, “procedendo dichiaratamente a disapplicare l’art.4 della legge 40/2004, senza neppure tentare di presentare la propria soluzione sub specie di interpretazione convenzionalmente conforme, magari facendo appello alla dottrina più audace al riguardo; o valorizzando profili del caso concreto che avrebbero, forse, reso sufficiente allo scopo l’interpretazione estensiva del concetto di infertilità”. In senso critico anche LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, cit., 213 ss., la quale scrive: “Pur a fronte del diretto riconoscimento del diritto di accedere alla diagnosi genetica preimpianto operato dal giudice in considerazione della decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, non si può non rilevare che una tale operazione interpretativa non solo ha determinato un criticabile superamento della lettera della legge n. 40, ma ha anche impedito, con modalità altrettanto discutibili, che la relativa questione venisse (fin da subito) sottoposta al giudizio della Corte Costituzionale”.

⁸⁰ Trib. Salerno, ord. 9 gennaio 2010, cit.

⁸¹ Le pronunce con cui è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale sono:

in relazione agli artt. 2, 3, 32 e 117 Cost., collegando quest'ultimo parametro alla decisione della Corte di Strasburgo sul caso *Costa e Pavan contro Italia*.

Come già anticipato, la questione è stata accolta dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 96 del 2015⁸², con la conseguenza che oggi l'accesso alle tecniche di PMA e alla diagnosi preimpianto è consentito anche alle coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili.

Nel merito, l'illegittimità costituzionale è stata dichiarata in relazione ai soli artt. 3 e 32 Cost., restando invece assorbiti gli ulteriori profili. Dunque, la Consulta ha evitato di pronunciarsi sulla questione più controversa del parametro costituzionale dell'art. 2, sotto il profilo della lesione dell'autodeterminazione della coppia nelle scelte relative alla procreazione⁸³. In tal modo, la Corte Costituzionale si è discostata dall'impostazione della sentenza della Corte di Strasburgo, il cui nodo centrale era proprio l'accertamento della violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare, sancito dall'art. 8 Cedu, da parte della normativa italiana⁸⁴.

In linea con la pronuncia sovranazionale, invece, la Consulta ha rilevato un insuperabile aspetto di irragionevolezza dell'indiscriminato divieto di accesso alla PMA, con diagnosi preimpianto, da parte di coppie fertili portatrici da gravi patologie genetiche ereditarie. Questo perché, «con palese antinomia

Trib. Roma, ord. 15 gennaio 2014, n. 69, in G.U., 1^a serie speciale, 14 maggio 2014, n. 21; Trib. Roma, ord. 28 febbraio 2014, n. 86, n. 86, in G.U., 1^a serie speciale, 4 giugno 2014, n. 24; Trib. Milano, ord. 4 marzo 2015, in G.U., 1^a serie speciale, 9 settembre 2015, n. 36.

⁸² Corte Cost., 5 giugno 2015, n. 96, cit.

⁸³ Come si vedrà, la violazione dell'autodeterminazione procreativa, ricondotta nell'alveo dei diritti inviolabili, ha invece costituito il punto cardine della dichiarazione di incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa. Sempre in materia di PMA, la Corte aveva già qualificato la tutela delle esigenze di procreazione quale interesse di rilievo costituzionale nella sentenza n. 151 del 2009 (si veda § 4).

⁸⁴ Si vedano le osservazioni di FERRANDO, *Come d'autunno sugli alberi le foglie. La legge n. 40 perde anche il divieto di diagnosi preimpianto*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, II, 2015, 582 ss., la quale scrive "Nell'omessa considerazione di questo profilo sta la principale differenza con la motivazione della pronuncia della Corte europea sul caso *Costa Pavan*, focalizzata violazione della vita privata e familiare, nozione che, nella giurisprudenza della Corte ha assunto un contenuto molto ampio, tale da abbracciare il diritto all'autodeterminazione nelle scelte di vita ed il rispetto della decisione di divenire genitori, anche con il ricorso alla procreazione medicalmente assistita".

normativa (...), il nostro ordinamento 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». In altri termini, l'irragionevolezza sta nel fatto che l'art. 6, comma 1, lett. b), l. n. 194/1978 consente l'interruzione volontaria della gravidanza, anche oltre il limite dei 90 giorni, quando con le diagnosi prenatali siano «accertati processi patologici (...) relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna», mentre la l. n. 40/ 2004 non consente in analoghe situazioni la DGP e il conseguente impianto dei soli embrioni non affetti dalla patologia di cui i genitori sono portatori.

Da questa incongruenza del nostro ordinamento giuridico, secondo la Corte Costituzionale, discende l'ulteriore violazione dell'art. 32 Cost., in quanto non si consente «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».

Anche in questa occasione, la Corte Costituzionale ha implicitamente rammentato che la tutela del concepito (e, dunque, ancora prima dell'embrione) non è assoluta, rilevando come il divieto posto dalla legge n. 40 non possa trovare un positivo contrappeso, in termini di bilanciamento, in una esigenza di tutela del nascituro, il quale sarebbe comunque esposto all'aborto.

Rilevata l'irragionevolezza del sistema normativo, la Corte «non può, dunque, sottrarsi al proprio potere-dovere di porvi rimedio», cosicché ne dichiara l'illegittimità costituzionale. Ad ogni modo, l'area di incostituzionalità risulta ristretta, in quanto la Consulta ha precisato che le gravi patologie ereditarie da cui sono affette le coppie richiedenti devono essere adeguatamente accertate da apposita struttura pubblica specializzata e che le malattie devono comunque essere tali da comportare il pericolo di rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro alla stregua del medesimo “criterio

normativo di gravità” già stabilito dall’art. 6, comma 1, lettera b) della legge n. 194 del 1978.

Precisate tali cautele, la Corte Costituzionale ha poi ricordato che è compito del legislatore «introdurre apposite disposizioni al fine della auspicabile individuazione (anche periodica, sulla base della evoluzione tecnico-scientifica) delle patologie che possano giustificare l’accesso alla PMA di coppie fertili e delle correlative procedure di accertamento»⁸⁵.

L’invito della Corte Costituzionale, tuttavia, non è stato accolto dal legislatore. Difatti, nell’aggiornamento delle Linee guida ministeriali, avvenuto con d.m. 1 luglio 2015, non vi è alcun riferimento alla sentenza n. 96 del 2015 e, conseguentemente, non vi è alcuna elencazione delle patologie geneticamente trasmissibili che possono legittimare il ricorso alla fecondazione assistita e, dunque, alla DGP. Ciò comporta non poche difficoltà in sede applicativa, come dimostrato dalla recente pronuncia del Tribunale di Milano⁸⁶. In questa occasione, il giudice di merito ha osservato che, nel perdurante silenzio del legislatore, il novero delle suddette patologie non può essere limitato da un’impropria discrezionalità delle strutture abilitate ad effettuare la PMA, ma l’individuazione delle patologie deve formarsi attraverso l’interpretazione e l’applicazione giudiziale della legge n. 40/2004, in conformità ai principi statuiti dalla Consulta con la sentenza n. 96 del 2015. Secondo il Tribunale di Milano, il giudice è chiamato «ad individuare la regola

⁸⁵ IANNICELLI, *Diagnosi genetica preimpianto: battute finali della “riscrittura costituzionale” della L. n. 40/2004*, cit., 195, osserva come sia evidente che “la via giudiziale dell’accesso alla DGP possa fare giustizia nel caso singolo – come del resto è già avvenuto sulla scorta delle isolate pronunce di merito (...) – ma non può certo risolvere delicati snodi che dovrebbero essere, invece, chiariti da un legislatore attento e responsabile”.

⁸⁶ Trib. Milano, ord. 18 aprile 2017, in *Famiglia e Diritto*, 6, 2017, 535 ss., con nota di CARRATO, *Diagnosi preimpianto: l’applicazione giurisprudenziale della sentenza n. 96/2015 della Consulta*. A commento di tale decisione si veda altresì FATTIBENE, *La diagnosi genetica preimpianto dalla sentenza della Corte costituzionale all’ordinanza del giudice comune. Ed il legislatore?*, in *BioLaw Journal*, 2, 2017, 209 ss. Il caso riguardava una coppia che, nel 2014, si era rivolta all’Ospedale Maggiore Policlinico di Milano al fine di ricorrere alla fecondazione assistita e alla DGP, ricevendone un rifiuto motivato dal fatto che il test genetico richiesto necessitava l’adozione di particolari tecniche e strumentazioni non in possesso dell’ente convenuto; inoltre, sia questo test sia le tecniche di PMA volute dai ricorrenti non rientravano tra le prestazioni poste a carico del Servizio sanitario nazionale.

del caso concreto, così da garantire una tutela effettiva del diritto leso (ai sensi degli artt. 2, 3 24 Cost. 6, 13 Cedu e 47 della Carta di Nizza)».

Tornando alla pronuncia della Corte Costituzionale, si deve rilevare che la stessa si fonda sul presupposto che il nostro ordinamento consenta la praticabilità della DGP per le coppie infertili e per quelle fertili in cui uno dei *partner* è portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili, limitatamente alle quali le Linee guida ministeriali hanno esteso la possibilità di avvalersi delle tecniche di procreazione assistita. Dunque, seppur tale profilo non venga esaminato espressamente dalla Consulta, con tale pronuncia è stata implicitamente cristallizzata l'interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni della legge n. 40 in forza della quale deve ritenersi lecito l'esame diagnostico preimpianto di tipo genetico. Pertanto, anche in ordine a questo aspetto, la Corte Costituzionale si è discostata dall'impostazione della sentenza della Corte di Strasburgo, la quale invece aveva escluso la violazione dell'art. 14 Cedu, alla luce della considerazione che il divieto di diagnosi preimpianto riguardasse qualsiasi categoria di coppia.

È stato osservato che questa decisione potrebbe aprire la strada ad ulteriori questioni di legittimità costituzionale, aventi ad oggetto la possibile estensione del diritto di accesso alla PMA anche ad altre categorie di coppie, che non siano né sterili né infertili, né portatrici di malattie geneticamente trasmissibili⁸⁷. In particolare, come visto, la Corte Costituzionale ha qualificato l'interruzione volontaria di gravidanza quale trattamento sanitario pregiudizievole per la salute della donna, in quanto tale da evitare, e a tale considerazione ha ancorato il diritto di accesso alla PMA ai soggetti fertili con rischio di trasmissione di malattie genetiche. Dunque, proprio in forza di tale valorizzazione del diritto alla salute della donna si potrebbero porre nuovi interrogativi in ordine al ricorso alle tecniche di fecondazione assistita quale

⁸⁷ LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, cit., 220 ss.

strumento necessario per evitare tale pregiudizio.

Infine, strettamente connessa alla decisione n. 96 del 2015 è la sentenza della Corte Costituzionale⁸⁸ n. 229 del medesimo anno. Difatti, con quest'ultima pronuncia, la Consulta ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 13, commi 3, lett. b), e 4 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, nella parte in cui contempla come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa 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 legge n. 194 del 1978 e accertate da apposite strutture pubbliche. Dunque, si è sottratto dall'area del penalmente rilevante quanto dichiarato lecito con la sentenza n. 96, confermando così la legittimità della DGP nonché la controversa qualificazione della interruzione di gravidanza come trattamento pregiudizievole per la salute della donna.

6. *La fecondazione eterologa.*

Con l'entrata in vigore della legge n. 40 del 2004 è stato posto il divieto assoluto di fecondazione eterologa (art. 4, comma 3), ovvero di fecondazione con donazione di gameti maschili o femminili esterni alla coppia.

In tal modo, si è voluto arginare un trattamento sanitario sino a quel momento praticato in Italia, in ragione della necessità di assicurare il legame biologico fra il nascituro ed entrambi i genitori⁸⁹. Tuttavia, il legislatore

⁸⁸ Corte Cost., 11 novembre 2015, n. 229, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 6, 2015, 2106 ss., con nota di CHIEFFI, *L'irragionevole obbligo di crioconservazione degli embrioni selezionati e abbandonati in seguito ad indagine genetica preimpianto*.

⁸⁹ Nella relazione di maggioranza del disegno di legge presentata il 26 marzo 2002, in www.legxiv.camera.it, si legge. "Per il bambino occorre osservare che l'utilizzo di gameti (spermatozoi-ovociti) di donatori può poi provocare la frammentazione delle figure parentali con danni per il nascituro di natura psicosociale derivanti dall'allontanamento dai modelli di

italiano sembrava essere perfettamente consapevole che il divieto in esame potesse essere eluso facilmente rivolgendosi a centri sanitari esteri e, pertanto, con la medesima legge ha regolato le conseguenze derivanti dall'applicazione di tecniche procreative di tipo eterologo. In particolare, l'art. 9, comma 1, sancisce che il coniuge o il convivente che abbia dato il proprio consenso all'attuazione di tale tecnica di fecondazione non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità né l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità. Il comma 2 del medesimo articolo preclude alla madre di restare anonima e, infine, il successivo comma 3 dispone che il donatore non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi.

Come anticipato, anche questo divieto è stato dichiarato incostituzionale all'esito di un controverso percorso giurisprudenziale, che in questa sede si vuole brevemente ripercorrere.

Il divieto posto dalla legge n. 40 ha da subito sollevato critiche e dissensi tra i commentatori, i quali hanno messo in luce come lo stesso contrastasse con la finalità della legge, ovvero quella di «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana» (art. 1 l. 40/2004)⁹⁰. Ad ogni modo, in un primo momento, la giurisprudenza di merito

genitorialità socialmente consolidati. Si tratta di situazioni che possono compromettere l'identità stessa del soggetto. La mancanza di studi di lungo periodo impongono di adottare un approccio precauzionale su situazioni tanto delicate. Inoltre occorre rilevare che alcuni studi effettuati in Paesi dove l'accesso a tali tecniche è consentito e regolato, hanno evidenziato alcuni significativi rischi per il bambino. Emerge infatti che generalmente il bambino che nasce con queste tecniche non è a conoscenza del fatto e non mostra particolari problematiche sul piano psicologico ma solo quando la coppia non presenta problemi. Quando invece la coppia sviluppa conflittualità, che può portare anche ad una crisi e alla separazione, il bambino si trova esposto a gravissime conseguenze. In questi casi, infatti, si aprono scenari diversi ed inquietanti che si riflettono sui figli compromettendone la tranquillità”.

⁹⁰ Si vedano le osservazioni di RUSCELLO, *La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita*, cit., 633, il quale scrive: “Alla proclamazione del diritto di procreare, attraverso la rimozione delle cause che ne impediscono l'effettiva realizzazione (sterilità e infertilità), corrisponde, così, una disciplina che si contraddistingue per una serie di divieti che, non soltanto hanno come punto di riferimento l'embrione, ma le pratiche artificiali stesse. La regolamentazione della procreazione assistita, da strumento mirato a garantire un diritto fondamentale - quale, nessun dubita, si deve considerare quello alla salute - diviene, paradossalmente, il mezzo per limitare proprio la sua realizzazione”. In senso critico, tra i

ha ritenuto che la tutela esclusiva della genitorialità biologica rientrasse nella sfera di discrezionalità legislativa e, conseguentemente, ha affermato l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale⁹¹.

La prima rimessione alla Corte Costituzionale si è avuta a seguito della sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sul caso *S.H. e altri contro Austria*⁹².

Oggetto della decisione europea era la legge austriaca in materia di PMA (*Fortpflanzungsmedizingesetz, Gazzetta Ufficiale 275/1992*) sia nella parte in cui proibiva, *in vivo* ed *in vitro*, la fecondazione artificiale eterologa per parte femminile, sia nella parte che vietava la fecondazione eterologa *in vitro* per parte maschile. La Corte di Strasburgo ha ritenuto che la normativa austriaca, per quanto più permissiva di quella italiana, non fosse compatibile con il diritto al rispetto della vita privata e familiare riconosciuto e tutelato dall'art. 8 Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo in combinato disposto con il divieto di discriminazione posto dall'art. 14 della stessa Convenzione.

In questa occasione, la Corte di Strasburgo anzitutto ha precisato che «il

molti, anche D'AVACK, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: un'occasione mancata per bilanciare valori ed interessi contrapposti in uno stato laico*, cit.; VILLANI, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, cit., 119 ss.; FERRANDO, *La nuova legge in materia di procreazione assistita: perplessità e critiche*, cit., 813 ss., la quale, anticipando in parte le argomentazioni addotte per dichiarare l'illegittimità del divieto, osserva che "La legge italiana, nel vietare le tecniche eterologhe, sacrifica la libertà delle persone che vorrebbero fare ricorso ad essa in omaggio ad una particolare concezione etica della famiglia e del rapporto di coppia, che può essere rispettabile, ma che non può essere imposta per legge a chi non la condivide. In tal modo risultano sacrificati valori fondamentali come quello del rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU, art. 7 Carta di Nizza), della libertà e autonomia nelle scelte personali (artt. 2, 13 Cost.)".

⁹¹ Trib. Milano, 23 novembre 2009, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, I, 2010, 774 ss., con nota di LIBERALI, *Sulla legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa*.

⁹² Corte eur. dir. uomo, 1 aprile 2010, n. 57813/00, *S. H. e altri c. Austria*, in *Famiglia e Diritto*, 2010, 977 ss., con nota di SALANITRO, *Il divieto di fecondazione eterologa alla luce della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: l'intervento della Corte di Strasburgo*. A commento della sentenza si veda anche FERRANDO, *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*, in *Famiglia e Diritto*, 5, 2011, 517 ss.; LIBERALI, *La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, II, 2010, 556 ss.; DIURNI, *La fecondazione eterologa al vaglio della Corte europea*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2011, 409 ss.

diritto di una coppia di concepire un bambino e di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita per tale scopo rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 8, in quanto tale scelta è chiaramente un'espressione della vita privata e familiare». Invero, secondo la Corte EDU, il diritto al rispetto della vita privata ha un contenuto molto ampio, che va inteso in sintonia con i tempi; esso include il diritto di stabilire e sviluppare relazioni con altri esseri umani, nonché altri aspetti, come lo sviluppo della propria personalità ed il diritto al rispetto per la decisione di avere o non avere un figlio⁹³. Ad ogni modo, l'applicabilità dell'art. 8 non intacca l'ampia discrezionalità concessa agli Stati in materia, tanto più che non esiste un quadro normativo uniforme nel settore della fecondazione assistita tra gli Stati che hanno ratificato la Convenzione.

Ciò premesso, i giudici di Strasburgo hanno precisato che, se è vero che gli Stati non hanno alcun obbligo di adottare una legislazione che permetta la fecondazione assistita, nel momento in cui viene consentito l'accesso alle tecniche di PMA, il legislatore nazionale è tenuto a rispettare il principio di proporzionalità tra i mezzi impiegati e gli obiettivi perseguiti. Dunque, secondo la Corte EDU, persone che si trovano in una stessa situazione di infertilità non possono essere trattate diversamente soltanto in ragione della diversa tecnica di fecondazione utilizzata in rapporto alla causa di sterilità e, pertanto, non può essere giustificato un divieto assoluto di fecondazione eterologa se l'ordinamento interno lascia spazio a quella omologa.

In seguito alla pronuncia della Corte di Strasburgo, i giudici nazionali hanno deciso di sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della legge n. 40, in relazione sia agli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost., sia all'art. 117, comma 1, Cost., collegando questo parametro agli artt. 8 e 14

⁹³ La Corte EDU richiama alcuni suoi precedenti in cui la scelta di divenire genitore mediante procreazione assistita era già stata ricondotta nell'ambito dell'art. 8 della Cedu. Tra questi il caso *Evans v. UK*, n. 6339/05, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, I, 2007, 1238 ss., con nota di BRUNETTA D'USSEAU, *Sulla revoca del consenso all'impianto dell'embrione conservato*, e il caso *Dickson v. UK*, n. 44362/04.

Cedu, così come interpretati nella decisione sul caso *S.H. e altri contro Austria*⁹⁴. Dunque, con riferimento a quest'ultimo profilo, i giudici di merito hanno correttamente rifiutato di considerare “comunitarizzata” la Cedu a seguito dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona e, pertanto, di procedere alla disapplicazione diretta dell’art. 4, comma 3⁹⁵.

In relazione ai parametri più propriamente interni, nelle ordinanze di rimessione si legge che «quello alla creazione di una famiglia costituisce un diritto fondamentale oltre che interesse pubblico riconosciuto e tutelato *ex artt.* 2 e 31 Cost. (...), dunque, la soluzione dei problemi riproduttivi mediante la procreazione medicalmente assistita è una situazione immediatamente riconducibile nell'alveo di tale diritto fondamentale e del diritto alla maternità/paternità»⁹⁶. Oltre alla violazione del diritto alla genitorialità, il cui fondamento costituzionale era stato disconosciuto dalle prime pronunce di merito⁹⁷, i giudici comuni denunciano altresì la violazione degli artt. 3 e 31 Cost., non solo sotto il profilo della disparità di trattamento, ma anche sotto quello della ragionevolezza della normativa in esame. In particolare, è stato osservato che «vengono (...) trattate in modo diverso le coppie con

⁹⁴ Trib. Firenze, ord. 13 settembre 2010; Trib. Catania, ord. 21 ottobre 2010, entrambe in *Famiglia e Diritto*, 12, 2010, 1135 ss., con nota di SALANITRO, *Fecondazione eterologa: la parola alla Consulta*; in *Il Corriere giuridico*, 12, 2010, 1623 ss., con nota di LA ROSA, *Il divieto di fecondazione eterologa va al vaglio della Corte Costituzionale*; in *Giurisprudenza di Merito*, 2, 2011, 363 ss., con nota di DELL'UTRI, *La fecondazione eterologa nel sistema dei diritti fondamentali*. Poco dopo, la questione di legittimità costituzionale è stata sollevata anche da Trib. Milano, ord. 2 febbraio 2011, in G.U., 13 luglio 2011, n. 30.

⁹⁵ Sottolinea come solo con l'adesione dell'Unione Europea alla Cedu quest'ultima entrerà a far parte del diritto eurounitario e come, pertanto, eventuali conflitti tra le norme interne e quelle convenzionali potranno essere risolti per mezzo della disapplicazione diretta, CATALANO, *Trattato di Lisbona e “adesione” alla Cedu: brevi riflessioni sulle problematiche comunitarie e interne*, in BILANCIA – D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa*, Giuffrè, Milano, 2009, 241 ss.

⁹⁶ Trib. Catania, ord. 21 ottobre 2010, cit. Di particolare interesse risultano le considerazioni del Trib. Milano, ord. 2 febbraio 2011, cit., il quale osserva che “i concetti di famiglia e di genitorialità (...) appaiono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, in quanto tali, non possono considerarsi cristallizzati in principi di esperienza e prassi riferibili esclusivamente all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore; ne consegue che gli stessi debbono essere interpretati tenendo conto dell'evoluzione dell'ordinamento, nonché delle trasformazioni della società e dei costumi attraverso i quali la stessa si esprime”.

⁹⁷ Si veda Trib. Milano, 23 novembre 2009, cit., dove si afferma l'inesistenza di un diritto insopprimibile a procreare nel nostro ordinamento.

problematiche di procreazione, a seconda del tipo di sterilità che le colpisce. Paradossalmente proprio le coppie che presentano un quadro clinico più grave sono quelle escluse dall'accesso alla procreazione medicalmente assistita»⁹⁸. Ancora, è stata rilevata la violazione dell'art. 32 Cost., nella misura in cui viene infranto il diritto delle persone malate, quali sono quelle affette da cause di sterilità o infertilità assoluta, ad essere curate efficacemente secondo i canoni della scienza e dell'arte medica. Inoltre, secondo i giudici di merito, il pregiudizio all'integrità psicofisica della coppia deriva altresì dalla circostanza che il divieto assoluto di fecondazione eterologa determina il fenomeno del cd. turismo procreativo, ovvero i viaggi verso i Paesi esteri che consentono la prestazione preclusa in Italia.

Tuttavia, la Corte Costituzionale, con l'ordinanza n. 150 del 2012⁹⁹, ha restituito gli atti ai giudici *a quibus*, chiedendo un nuovo esame dei termini delle questioni, alla luce della decisione definitiva adottata dalla Corte EDU sul caso *S.H. e altri contro Austria*. Difatti, all'indomani della pronuncia della Prima Camera della Corte di Strasburgo, il governo austriaco ha chiesto di rinviare il caso alla Grande Camera¹⁰⁰, la quale, con sentenza del 3 novembre 2011¹⁰¹, ha ribaltato la soluzione esegetica adottata in prima istanza.

⁹⁸ Trib. Catania, ord. 21 ottobre 2010, cit.

⁹⁹ Corte cost., ord. 22 maggio 2012, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, I, 2012, 858 ss., con nota di MURGO, *Il giudizio di legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa dopo la decisione della Grande Chambre della Corte di Strasburgo*, e commento di SALANITRO, *Il dialogo tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale in materia di fecondazione eterologa*, *ibidem*, II, 636 ss.; in *Foro italiano*, I, 2012, 2249 ss., con nota di ROMBOLI.

¹⁰⁰ Ai sensi dell'art. 43, comma 2, Cedu, la Grande Camera è chiamata a pronunciarsi quando "la questione oggetto del ricorso solleva gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, o comunque un'importante questione di carattere generale".

¹⁰¹ Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 3 novembre 2011, n.57813/00, *S. H. e altri c. Austria*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, I, 2012, 224 ss., con nota di MURGO, *La Grande Chambre decide sulla fecondazione eterologa e la rimette all'apprezzamento degli Stati contraenti*; in *Foro italiano*, IV, 2012, 209 ss., con nota di NICOSIA, *Il divieto di fecondazione eterologa tra Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale*. Quest'ultimo autore osserva che la sentenza "si iscrive in un filone giurisprudenziale molto prudente, generalmente incline ad utilizzare il c.d. argomento del margine di apprezzamento statale al fine di avallare (o quantomeno di non censurare esplicitamente) le scelte politiche

Nello specifico, la Grande Camera ha ritenuto che l'ingerenza dello Stato austriaco nella vita privata e familiare dei singoli fosse giustificata e proporzionata, in forza dell'ampio margine di discrezionalità riconosciuto al legislatore nazionale nel disciplinare materie che coinvolgono delicate questioni etiche e morali, rispetto alle quali non si è ancora consolidato un sentire comune a livello europeo. Secondo i giudici sovranazionali, la scelta del legislatore austriaco di consentire la fecondazione omologa come regola e la donazione di sperma per la fecondazione *in vivo* come eccezione «rifletteva lo stato della scienza medica dell'epoca e il consenso che esisteva nella società. Ciò non significa comunque che tali criteri non possano essere oggetto di sviluppi di cui il legislatore dovrà tenere conto in futuro».

Dunque, la Corte Costituzionale ha ritenuto che la sentenza della Grande Camera incidesse sul significato degli artt. 8 e 14 Cedu, richiamati dai giudici rimettenti, e, di conseguenza, costituisse un *novum* che influiva direttamente sulla questione di legittimità costituzionale sollevata¹⁰².

A fronte della restituzione degli atti, i giudici di merito hanno nuovamente adito la Consulta, facendo però riferimento esclusivamente ai parametri costituzionali interni¹⁰³. Cosicché, questa volta, il Giudice delle Leggi ha dichiarato costituzionalmente illegittimi – in riferimento agli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost. – l'art. 4, comma 3, della legge n. 40 del 2004, nella parte in cui stabilisce il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente

adottate dagli Stati in materie altamente controverse ed eticamente sensibili sulle quali non sussiste consenso diffuso a livello europeo, e le legislazioni nazionali in cui tali scelte si sono tradotte», richiamando come esempi la decisione sul caso *Evans c. Regno Unito* (attinente alla legislazione britannica sulla fecondazione *in vitro*) e quella sul caso *Lautsi e altri c. Italia* (attinente all'obbligo di esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche italiane).

¹⁰² Si tratta della prima volta in cui la Corte Costituzionale pone a fondamento di un'ordinanza di restituzione degli atti la sopravvenienza di una sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, peraltro pronunciata con riferimento all'ordinamento di un diverso Stato. ROMBOLI, *Nota a Corte Cost.*, 22 maggio 2012, cit., 2263, osserva che l'interpretazione fornita in questa sede dalla Consulta “segna una indubbia valorizzazione del diritto giurisprudenziale, dal momento che una modificazione di un indirizzo giurisprudenziale viene ritenuta come modificazione di una disposizione integrante il parametro o che modifica il quadro normativo”.

¹⁰³ Trib. Firenze, ord. 29 marzo 2013; Trib. Milano, ord. 3 aprile 2013; Trib. Catania, ord. 13 aprile 2013; tutte in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, I, 2013, 912 ss., con nota di RAPISARDA, *Il divieto di fecondazione eterologa: la parola definitiva alla Consulta*.

assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili; l'art. 9, commi 1 e 3, limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3»; l'art. 12, comma 1, che prevede sanzioni per la violazione del divieto¹⁰⁴.

Nell'esaminare la questione, anzitutto, la Consulta ha avuto cura di precisare che lo scrutinio delle censure deve essere effettuato avendo riguardo congiuntamente a tutti parametri costituzionali, «poiché la procreazione medicalmente assistita coinvolge “plurime esigenze costituzionali” (sentenza n. 347 del 1998) e, conseguentemente, la legge n. 40 del 2004 incide su una molteplicità di interessi di tale rango. Questi, nel loro complesso, richiedono “un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa” ad ognuno (sentenza n. 45 del 2005), avendo, infatti, questa Corte già affermato che la stessa “tutela dell’embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione” (sentenza n. 151 del 2009)». Dunque, la Corte ha conferito carattere unitario ai diversi parametri costituzionali, ossia gli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost., ritenendo i molteplici diritti coinvolti nella fecondazione assistita inscindibilmente connessi tra loro.

Posta questa premessa, la Corte richiama il diritto di creare una famiglia con prole, qualificandolo come «espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che (...) è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31

¹⁰⁴ Corte Cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, I, 2014, 802 ss, con nota di FERRANDO, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*, *ibidem*, II, 393 ss.; in *Famiglia e Diritto*, 8-9, 2014, 753 ss., con nota di CARBONE, *Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*; in *Europa e diritto privato*, 3, 2014, 1105 ss., con nota di CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*; in *Giurisprudenza Italiana*, 2014, 2827 ss., con nota di LA ROSA, *Il divieto “irragionevole” di fecondazione eterologa e la legittimità dell’intervento punitivo in materie eticamente sensibili*. A commento della sentenza si veda altresì MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, cit., nonché VILLANI, *La caduta del divieto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterolo: le ragioni della sua incostituzionalità e i «indirizzi operativi» della Conferenza delle Regioni*, in *Studium Iuris*, 11, 2014, 1243 ss.

Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare»¹⁰⁵. Di conseguenza, secondo la Consulta, le limitazioni di tale libertà devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango. In questa prospettiva, viene precisato che «la determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch'essa attiene a questa sfera», essendo la legge n. 40/2004 preordinata alla «tutela delle esigenze di procreazione».

In secondo luogo, la Consulta ha rilevato come il divieto assoluto di fecondazione eterologa entri in conflitto con il diritto alla salute, da intendersi, secondo i precedenti della stessa Corte, «nel significato proprio dell'art. 32 Cost., comprensivo anche della salute psichica oltre che fisica». Difatti, pur riconoscendo le differenze esistenti tra le tecniche di fecondazione omologa e quelle di fecondazione eterologa, la Corte sottolinea che l'impossibilità di procreare e di formare una famiglia con figli insieme al proprio *partner* può incidere negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia¹⁰⁶.

Ancora, la Corte Costituzionale ha arricchito il contenuto del diritto alla salute, intrecciandolo con il ruolo del medico e la sua autonomia nelle scelte terapeutiche, nonché con il rapporto fra diritto ed evoluzione scientifica. Invero, viene precisato che «in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo

¹⁰⁵ FERRANDO, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*, cit., 26 ss., osserva che il divieto assoluto di fecondazione eterologa posto dal legislatore del 2004 ha rappresentato una brusca inversione di tendenza rispetto al processo di progressiva attrazione delle decisioni relative alla famiglia, alla sessualità e alla generazione nella sfera di autodeterminazione.

¹⁰⁶ LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, cit., 109 ss., sottolinea che «proprio questo passaggio della motivazione (...) induce a ritenere che la Corte, nel voler esaminare i profili di incostituzionalità in modo unitario, abbia voluto renderli inscindibili, in ragione della complementarietà delle considerazioni svolte in relazione ai singoli parametri costituzionali».

deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali (sentenza n. 151 del 2009), fermo restando il potere del legislatore di intervenire in modo conforme ai precetti costituzionali. Non si tratta di soggettivizzare la nozione di salute, né di assecondare il desiderio di autocompiacimento dei componenti di una coppia, piegando la tecnica a fini consumistici, bensì di tenere conto che la nozione di patologia, anche psichica, la sua incidenza sul diritto alla salute e l'esistenza di pratiche terapeutiche idonee a tutelarlo vanno accertate alla luce delle valutazioni riservate alla scienza medica, ferma la necessità di verificare che la relativa scelta non si ponga in contrasto con interessi di pari rango»¹⁰⁷.

La Consulta ha poi ribadito che l'abrogazione del divieto di fecondazione eterologa non determina situazioni di vuoto normativo. In particolare, con riferimento all'accesso alle tecniche di PMA rimangono fermi i requisiti oggettivi e soggettivi richiesti dagli artt. 1, 4 e 5 della legge, mentre in relazione alla posizione giuridica del nato la Corte richiama la disciplina contenuta negli artt. 8 e 9. Dunque, il nato da tecniche eterologhe acquisisce lo stato di figlio nato nel matrimonio o di figlio riconosciuto della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime. Dall'altra parte, come già ricordato, il donatore non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi, mentre ai *partner* che hanno fatto ricorso alla fecondazione eterologa è posto il divieto di disconoscimento e di anonimato. Peraltro, sempre in ordine alla posizione del nato, la Consulta fa riferimento alla

¹⁰⁷ CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*, cit., osserva che questo passaggio della motivazione “evoca la l. 22 maggio 1978, n. 194 (...), e in particolare l'art. 4, che erige a presupposto dell'interruzione volontaria della gravidanza «circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la...salute fisica o psichica» della donna. Ma seguendo tale ordine di idee, l'esito del giudizio di costituzionalità avrebbe dovuto essere diverso, nei termini di una pronuncia interpretativa che limitasse l'incostituzionalità dell'art. 4, co. 3, l. 19 febbraio 2004, n. 40 alla mancata previsione di una limitazione del divieto di fecondazione eterologa ai casi in cui questa potesse comportare «un serio pericolo per la salute fisica o psichica» della donna”.

normativa in materia di adozione (l. n. 184 del 1983) e rimanda ai principi in essa contenuti per regolare il diritto a conoscere l'identità dei genitori biologici¹⁰⁸. Dunque, la Corte Costituzionale precisa che «dalle norme vigenti è (...) già desumibile una regolamentazione della PMA di tipo eterologo che, in relazione ai profili ulteriori rispetto a quelli sopra approfonditi, è ricavabile, mediante gli ordinari strumenti interpretativi, dalla disciplina concernente, in linea generale, la donazione di tessuti e cellule umani, in quanto espressiva di principi generali pur nelle diversità delle fattispecie (in ordine, esemplificativamente, alla gratuità e volontarietà della donazione, alle modalità del consenso, all'anonimato del donatore, alle esigenze di tutela sotto il profilo sanitario, oggetto degli artt. 12, 13, comma 1, 14 e 15 del decreto legislativo 6 novembre 2007, n. 191, recante “Attuazione della direttiva 2004/23/CE sulla definizione delle norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umane”»». L'unico profilo rispetto al quale la Corte Costituzionale ha riconosciuto l'assenza di regole di riferimento nel quadro normativo esistente è quello del numero delle donazioni. A tal fine, è stato auspicato un aggiornamento delle Linee Guida, aggiornamento che è avvenuto nel 2015, ma che non contiene alcun riferimento al numero di donazioni di gameti da potersi effettuare¹⁰⁹.

Infine, la Corte Costituzionale si è preoccupata di precisare che la

¹⁰⁸ A questo riguardo la Corte Costituzionale menziona la sentenza n. 278 del 2013. In questa occasione, la Consulta, nello scrutinare la norma che vietava l'accesso alle informazioni nei confronti della madre che abbia dichiarato alla nascita di non volere essere nominata, ha affermato che l'irreversibilità del segreto arrecava un insanabile *vulnus* agli artt. 2 e 3 Cost. e l'ha, quindi, rimossa, giudicando inammissibile il suo mantenimento ed invitando il legislatore ad introdurre apposite disposizioni volte a consentire la verifica della perdurante attualità della scelta compiuta dalla madre naturale e, nello stesso tempo, a cautelare in termini rigorosi il suo diritto all'anonimato.

¹⁰⁹ Le Linee Guida emanate con d.m. 1 luglio 2015 (GU., 14 luglio 2015, n. 161) si limitano a dichiarare che “Sono consentite le tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, comprese quelle che impiegano gameti maschili e femminili entrambi donati da soggetti diversi dai componenti della coppia ricevente” (cd. doppia eterologa). Inoltre, l'intervento ministeriale ha precisato che “al fine di evitare illegittime selezioni eugenetiche, non è possibile per le coppie scegliere particolari caratteristiche fenotipiche del donatore”.

dichiarazione di illegittimità dell'art. 4, comma 3, della legge n. 40, e la conseguente ammissibilità della fecondazione eterologa, non comporta la praticabilità di ulteriori e diverse metodiche, come la surrogazione di maternità, la quale permane espressamente vietata dall'art. 12, comma 6, della medesima legge.

Questa pronuncia, forse più di altre, ha contribuito a modificare radicalmente l'impostazione della normativa in materia di PMA, così come era stata originariamente delineata dal legislatore del 2004. La Corte Costituzionale ha valorizzato ancora una volta il principio di autodeterminazione del singolo e ha ribadito che la tutela della vita umana prenatale non ha carattere assoluto. Dunque, alla luce di questi principi devono essere risolti i nodi problematici che la materia della fecondazione assistita lascia ancora aperti.

Ad ogni modo, si deve sottolineare che il percorso argomentativo seguito dalla Corte Costituzionale e la soluzione cui la stessa è giunta hanno suscitato un vivace dibattito in dottrina, la quale ha messo in luce come questa sentenza apra un nuovo panorama giuridico. In particolare, uno dei nodi della motivazione che ha dato luogo a maggiori critiche e dissensi è quello che riguarda la qualificazione del diritto a diventare genitori quale diritto fondamentale, tutelato senza limiti in mancanza di diritti o interessi contrapposti riconosciuti a livello costituzionale¹¹⁰. Come già osservato, questa

¹¹⁰ Si sono già riportate le osservazioni di MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, cit., il quale scrive: “La garanzia di questo “nuovo” diritto fondamentale è certamente condizionata alle possibilità consentite dalla scienza e dalla tecnica (...). È vero, però, che se la scienza e la medicina lo consentono, come la fecondazione esogamica dimostra, la garanzia di quel diritto non può essere pretermessa ovvero essere ineffettiva. In questo modo vengono in rilievo alcune contraddizioni tra questo precedente e la teoria dei diritti fondamentali. Un diritto è riconosciuto come fondamentale ma è condizionato alle acquisizioni della scienza e limitato soggettivamente a determinate situazioni patologiche. Ma come si concilia la fundamentalità con questi limiti oggettivi e soggettivi? Quali ragioni potranno essere validamente opposte alla pretesa di accedere alle tecniche di procreazione più adeguate per soddisfare il diritto alla genitorialità come diritto di qualsiasi persona?”. In senso critico anche CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*, il quale osserva che “l'autodeterminazione, (...) riferita alla coppia, suona falsa in senso formale dato che coppia è un sostantivo di relazione, mentre l'autodeterminazione riguarda le persone, ciascuna con la

impostazione, che si muove sul piano dei diritti fondamentali, apre la strada ad ulteriori questioni di legittimità costituzionale, aventi ad oggetto la possibile estensione del diritto di accesso alla PMA anche ai singoli e alle coppie dello stesso sesso¹¹¹.

7. *Il problema irrisolto degli embrioni residui.*

Con l'espressione “embrioni residui” si vuole far riferimento agli embrioni creati nell'ambito delle procedure di fecondazione assistita e successivamente non impiantati, vuoi a causa del rifiuto della coppia di portare a termine l'originario progetto di genitorialità, vuoi per la sopravvenuta irreperibilità della stessa, vuoi, ancora, per il loro decesso o per il raggiungimento da parte della donna di un'età che non consente di sostenere una gravidanza.

La controversa questione del loro destino si poneva già prima dell'entrata in vigore della legge n. 40 del 2004, allorquando gli embrioni prodotti e non impiantati si stimava fossero più di 20.000¹¹²; ma, nonostante l'attualità del problema, il legislatore ha deciso di non regolamentare la fattispecie.

Invero, nel testo della legge, le uniche disposizioni che attengono gli embrioni residui sono quelle contenute nel capo VI, intitolato “*Misure a tutela dell'embrione*”. Nello specifico, l'art. 13 pone il divieto di qualsiasi ricerca clinica e sperimentale sull'embrione che non risulti finalizzata alla tutela dello

sua individualità e identità”.

¹¹¹ Si rimanda al § 2 del presente capitolo.

¹¹² Cfr. CAPOLUNGO, *Il problema degli embrioni residui*, in DOSSETTI – LUPO - MORETTI (a cura di), *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità*, Giuffrè, 2010, 163 ss. L'Autore mette in luce come il legislatore del 2004 fosse consapevole della scottante tematica degli embrioni residui, tanto che nelle disposizioni transitorie si prevede l'obbligo per le strutture sanitarie ed i centri autorizzati di trasmettere al Ministero della salute l'indicazione numerica degli embrioni prodotti prima dell'entrata in vigore della legge al fine di stabilirne termini e modalità di conservazione (art. 17, comma 2).

stesso. Il comma 3 del medesimo articolo, poi, vieta «a) la produzione di embrioni umani a fini di ricerca o di sperimentazione o comunque a fini diversi da quello previsto dalla presente legge; b) ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti ovvero interventi che, attraverso tecniche di selezione, di manipolazione o comunque tramite procedimenti artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione o del gamete ovvero a predeterminarne caratteristiche genetiche, ad eccezione degli interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche, di cui al comma 2 del presente articolo; c) interventi di clonazione mediante trasferimento di nucleo o di scissione precoce dell'embrione o di ectogenesi sia a fini procreativi sia di ricerca; d) la fecondazione di un gamete umano con un gamete di specie diversa e la produzione di ibridi o di chimere». Ancora, l'art. 14, comma 1, pone il divieto di crioconservazione e soppressione degli embrioni creati *in vitro*. Si è visto però che il divieto di congelamento degli embrioni non ha carattere assoluto, ma ammette delle deroghe, connesse alle ipotesi in cui l'impianto in utero risulti pregiudizievole per la salute della donna.

Dunque, nel silenzio della legge, gli embrioni vengono congelati e custoditi dai centri sanitari sino alla loro naturale estinzione.

Peraltro, il problema del destino degli embrioni soprannumerari risulta ancor più serio ed attuale alla luce degli interventi demolitori della Corte Costituzionale. Difatti, il numero degli embrioni creati e successivamente non impiantati è soggetto a un incessante incremento a seguito della sentenza n. 151 del 2009, con cui è stata dichiarata l'illegittimità dell'art. 14, comma 2, della legge n. 40 nella parte in cui disponeva il divieto di creare un numero di embrioni superiore a tre e l'obbligo di procedere ad un unico e contemporaneo impianto, e della sentenza n. 96 del 2015, con cui si è riconosciuto il diritto di accesso alle tecniche di PMA e alla diagnosi preimpianto anche alle coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili. Difatti, come si è visto, non sembra che si possa più dubitare in ordine alla possibilità della coppia, che abbia ottenuto l'informazione circa lo stato di salute degli embrioni, di rifiutare

l'impianto di quelli malati e di procedere al trasferimento in utero esclusivamente di quelli sani.

Dunque, risulta necessario interrogarsi su tale controverso nodo problematico, nella consapevolezza che le acquisizioni della scienza e della tecnica incidono in maniera sempre più significativa sul sistema dei diritti e sulle categorie giuridiche conosciute dall'ordinamento¹¹³.

A tal fine, nei prossimi capitoli, si vuole realizzare una riflessione sulla definizione di embrione e sullo *status* giuridico dello stesso, alla luce della giurisprudenza nazionale e sovranazionale. In seguito, si cercherà di esaminare le possibili destinazioni degli embrioni creati *in vitro* e non impiantati, ponendo particolare attenzione sul divieto di ricerca clinica e sperimentale, la cui legittimità è stata recentemente confermata dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 84 del 13 aprile 2016. Dunque, ci si chiederà se, accertato lo stato di abbandono degli embrioni, la decisione sulla sorte degli stessi debba essere rimessa esclusivamente al legislatore o se sia indispensabile il consenso (informato) dei soggetti che hanno fatto ricorso alla fecondazione assistita.

Questa indagine verrà condotta alla luce dei principi che sono emersi dallo studio del contenuto della legge n. 40 del 2004 e della sua riscrittura ad opera della giurisprudenza.

Tra questi, in particolare, vi è il principio secondo cui la tutela dell'embrione creato *in vitro* non è assoluta, ma deve necessariamente essere bilanciata con gli interessi confliggenti che di volta in volta vengono in rilievo, primo tra i quali il diritto alla salute della donna che accede alle tecniche di fecondazione assistita¹¹⁴. Questo bilanciamento, come si è visto, può portare al

¹¹³ Con specifico riferimento alla dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa, MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, cit., osserva che “Il punto più significativo della sent. n. 162/2014 è però questo: porre all’attenzione di tutti, anche di chi ancora non se n’è accorto, che la persona e i diritti fondamentali conoscono una profonda e, forse irresistibile, trasformazione di fronte alle acquisizioni della scienza e della tecnica”.

¹¹⁴ Si deve osservare come le nuove linee guida ministeriali (Linee Guida emanate con d.m. 1 luglio 2015) specificano che “Obiettivo primario di ogni trattamento è la nascita di un neonato vivo a termine senza pregiudizio della salute della donna”.

mancato impianto in utero e, pertanto, ad una interruzione del processo biologico evolutivo dell'embrione, il quale permarrà a tempo indeterminato allo stadio iniziale dello sviluppo in uomo. In altri termini, anticipando in parte quello che si dirà in seguito, la legge n. 40 del 2004 modula la tutela dell'embrione e consente una limitazione del suo processo vitale partendo dal presupposto che lo stesso non può considerarsi "persona". Dunque, in un'ottica di coerenza sistematica con la legge sull'interruzione volontaria della gravidanza, la tutela dell'embrione soccombe nel bilanciamento con la tutela dei diritti di chi "è già persona"¹¹⁵. Ad ogni modo, seppure non vi è un'equiparazione tra l'embrione e il soggetto nato, ciò non implica l'irrilevanza di tale entità biologica nel quadro generale dei valori costituzionali, tanto che la normativa in materia di PMA predispone uno specifico sistema di tutela dello stesso e, a tal fine, limita determinate attività, tra cui la ricerca clinica e sperimentale.

Altro profilo che è emerso dall'esame svolto nelle pagine precedenti, è che la tutela dell'embrione (nonché del nato a seguito di PMA) si confronta necessariamente con la tutela del diritto all'autodeterminazione in ordine alle scelte procreative. Invero, secondo la lettura fornita nelle pronunce della Corte Costituzionale, la *ratio* posta a fondamento della legge n. 40 sembra essere proprio quella della piena realizzazione del principio di autodeterminazione del singolo circa la scelta di diventare genitore e formare una famiglia con prole, nella misura in cui si consente il ricorso a specifiche tecniche sviluppate dalla scienza che permettono il superamento dei problemi di infertilità e sterilità. Quindi, anche in questo caso, la tutela dell'embrione cede nel momento in cui risulta confliggente con tale diritto della coppia. Si deve però precisare che l'esercizio del diritto di autodeterminazione non si configura come potere discrezionale di scelta sulla vita di un altro soggetto, ma, piuttosto, come

¹¹⁵ Com'è noto, in questi termini si esprime Corte Cost., 18 febbraio 1975, n. 27, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1975, 117 ss., con nota di D'ALESSIO, *L'Aborto nella prospettiva della Corte Costituzionale*, *ibidem*, 1981, 538 ss., e di CHIOLA, *Incertezze sul parametro costituzionale per l'aborto*, *ibidem*, 1975, 1098 ss.

criterio di assunzione di responsabilità in ordine alla soluzione del conflitto tra gli interessi di cui è portatore l'embrione e quelli di cui è titolare la persona ha fatto ricorso alle tecniche di PMA, nell'ambito della quale lo stesso embrione è stato creato. In questa prospettiva, viene consentita la pratica della diagnosi preimpianto e quella della fecondazione eterologa e si ammette che il progetto genitoriale si interrompa, con conseguente crioconservazione degli embrioni.

Peraltro, si è visto come anche il contenuto del consenso si arricchisca in considerazione della piena tutela del diritto di autodeterminazione. Difatti, in quest'ambito il consenso informato si presenta come strumento volto a tutelare il diritto di autodeterminazione della persona non solo in ordine alle scelte che attengono alla salute ma anche rispetto a quelle che coinvolgono la sfera procreativa.

Dunque, la questione degli embrioni residui non può che essere affrontata alla luce di questa valorizzazione del principio di autodeterminazione operata dal legislatore e dalla giurisprudenza.

CAPITOLO II

IDENTITÀ E STATUTO DELL'EMBRIONE UMANO.

SOMMARIO: 1. Il concetto di embrione umano nella legge n. 40/2004. – 2. La definizione di embrione fornita dalla Corte di Giustizia. – 3. La tutela della vita umana prenatale nel quadro normativo nazionale. – 4. Spunti giurisprudenziali. – 4.1. (*Segue*) Le soluzioni elaborate dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Il concetto di embrione umano nella legge n. 40/2004.*

Nell'affrontare il tema controverso della qualificazione giuridica della vita umana prenatale, il primo ostacolo che si incontra è quello di individuare le entità biologiche rilevanti per il diritto, a cui attribuire uno *status* giuridico.

Invero, trovare una risposta al quesito su cosa sia l'embrione per il diritto risulta particolarmente complesso. La difficoltà deriva, da un lato, dall'assenza di una definizione specifica di embrione tanto nell'ordinamento nazionale quanto in quello sovranazionale, dall'altro, dal fatto che nello stesso settore delle scienze biologiche esistono diverse posizioni concettuali che fanno riferimento a distinti stadi del periodo prenatale come momento d'inizio della vita umana individuale¹¹⁶. Difatti, com'è noto, il processo riproduttivo si

¹¹⁶ Si vedano le osservazioni di FERRANDO, *Introduzione. Biotecnologie e diritto*, in BALDINI (a cura di), *Persona e famiglia nell'era del biodiritto*, Firenze University Press, 2015, XI ss., la quale scrive che “la nascita e la morte non sembrano più definibili, come ancora sembra fare il codice civile, in termini di eventi istantanei, ma si manifestano come processi nell'arco dei quali si fa sempre più difficile trovare quel momento fatale che segna il confine tra essere e non essere”. Si vedano altresì le considerazioni di MAZZONI, *I diritti dell'embrione e del feto nel diritto privato. Rapporto sull'Italia*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, II, 2002, 119 ss., il quale sottolinea come “il giurista ha solo di recente acquisito al proprio patrimonio linguistico le espressioni «embrione» e «feto», ricavandole dalle scienze biologiche. (...) Il giurista, prima del proprio incontro con le questioni bioetiche degli ultimi decenni, ha usato e continua ad usare le parole «concepito» e «nascituro»; espressioni che si ritrovano nel codice civile e che indicano una sorta di aspettativa all'acquisto della capacità

articola in più fasi e nella letteratura scientifica non si trova una risposta univoca in ordine al momento in cui è possibile parlare di inizio della vita personale¹¹⁷. Secondo il criterio più o meno estensivo impiegato, tale momento può coincidere con la fecondazione, la formazione della linea embrionale primitiva, l'annidamento in utero, la perdita della totipotenza e così fino alla nascita.

Ad ogni modo, se le acquisizioni della scienza e della tecnica rappresentano un punto di partenza nel processo definitorio dell'entità giuridicamente rilevante, spetta però all'operatore del diritto individuare il concetto di "embrione" cui applicare le norme ed i principi che ad esso fanno riferimento¹¹⁸.

Come si è visto nel precedente capitolo, la legge 19 febbraio 2004, n. 40 ("Norme in materia di procreazione medicalmente assistita") contiene delle disposizioni che limitano determinate attività aventi ad oggetto gli embrioni umani (artt. 13 e 14), senza però fornire alcuna definizione dell'embrione medesimo. Invero, l'individuazione del momento a partire dal quale può parlarsi di embrione ha formato oggetto di ampio dibattito in sede di lavori preparatori, senza però che si sia giunti ad una soluzione condivisa, cosicché, il disaccordo in ordine a tale profilo si è tradotto nel silenzio normativo.

giuridica ed alla titolarità dei diritti. Si tratta di espressioni più generiche dal punto di vista biologico, perché si fermano nel primo caso all'affermazione dell'atto di fecondazione e non al tempo che intercorre durante la gestazione; e nel secondo caso all'eventualità di una nascita futura".

¹¹⁷ Per un esame delle diverse tappe del processo riproduttivo si veda FLAMIGNI, *Le tappe dell'evoluzione biologica*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da RODOTÀ e ZATTI, II, *Il governo del corpo*, a cura di CANESTRARI – FERRANDO – MAZZONI – RODOTÀ – ZATTI, Giuffrè, 2011, 1281 ss. L'Autore riporta un documento discusso e approvato dai più qualificati esperti italiani di embriologia (*Dall'oocita alla blastocisti: il passaggio generazionale nell'uomo – Atti del Convegno, Roma 28 settembre 2004*), dove "si afferma che, se non si può stabilire il momento in cui, nel corso del processo di fecondazione, è possibile parlare di inizio della vita personale, è invece certamente possibile affermare che tale momento non può essere identificato nell'attivazione dell'oocita".

¹¹⁸ FERRANDO, *Introduzione. Biotecnologie e diritto*, cit., XV, osserva che "Lo scienziato mette sotto il microscopio il processo che a partire dall'incontro tra due gameti porta alla formazione di un nuovo essere umano. Ma non è lui a poterci indicare i valori sulla base dei quali stabilire da quale momento la vita che si sta formando può essere considerata persona".

Le posizioni espresse nel corso del dibattito parlamentare possono essere ricondotte alle posizioni già individuate nel documento del Comitato Nazionale per la Bioetica relativo all'identità e allo statuto dell'embrione umano¹¹⁹. In questa occasione, il Comitato ha richiamato le diverse fasi dello sviluppo embrionale¹²⁰ e ha rilevato come siano state elaborate varie interpretazioni circa il momento in cui si determina l'identità individuale umana. Queste interpretazioni si possono ricondurre a due linee di pensiero fondamentali: secondo una prima impostazione, «l'inizio della vita umana pienamente individuale si colloca all'atto della fecondazione»¹²¹, in quanto già al primo stadio sono presenti tutte le informazioni genetiche in grado di portare a termine il processo di sviluppo della persona; in base a una seconda interpretazione, invece, «l'embrione, in un periodo iniziale dello sviluppo, non è in possesso delle caratteristiche che ne fanno una persona»¹²², per cui il momento in cui si determina l'identità individuale è da ricondursi ad una fase successiva alla fecondazione. Preso atto di queste due differenti soluzioni esegetiche, il Comitato è comunque giunto ad alcune conclusioni condivise. In particolare, si è rilevato come, anche i membri del Comitato che hanno aderito

¹¹⁹ Comitato Nazionale per la Bioetica, *Identità e statuto dell'embrione umano*, 22 giugno 1996.

¹²⁰ Comitato Nazionale per la Bioetica, *Identità e statuto dell'embrione umano*, cit., 12 ss. In particolare, il Comitato individua “23 stadi che, nell'arco di 56 giorni dal momento della fecondazione, definiscono la cronologia dello sviluppo embrionale (al 57° giorno inizia il periodo *fetale*)”. Secondo il Comitato, i momenti rilevanti di tale cronologia possono considerarsi: lo stadio 1 (1° giorno della fecondazione) in cui i due genomi dei genitori si associano per formare lo zigote; lo stadio 2 (2° e 3° giorno) in cui avvengono le prime divisioni mitotiche dello zigote e la formazione della morula ed inizia l'attività di trascrizione dell'informazione genetica contenuta nello zigote, che esprime i caratteri specifici dell'individuo; lo stadio 3 (4° e 5° giorno) in cui si forma la blastocisti le cui cellule perdono la proprietà della totipotenza; lo stadio 4 (6° giorno) in cui la blastocisti comincia ad impiantarsi nella parete uterina e si consolidano a livello cellulare le interazioni tra embrione ed organismo materno, già presenti a livello biochimico-endocrinologico; gli stadi 5 (dal 7° al 12° giorno) e 6 (dal 13° al 15° giorno) in cui l'impianto della blastocisti giunge a completamento e si distinguono nettamente la componente embrionaria da quella extraembrionaria, che darà luogo alla formazione delle membrane, e compare la linea o stria primitiva che permette di identificare il piano costruttivo dell'embrione; lo stadio 8 (18° giorno) in cui compare la placca neurale.

¹²¹ *Ibidem*, 14.

¹²² *Ibidem*, 14.

alle prospettive più possibiliste, sono unanimi nel ritenere che l'embrione non è mero materiale biologico, meri insiemi di cellule, ma si colloca fra gli esseri appartenenti alla specie umana.

Peraltro, l'esistenza di diverse posizioni in ordine alla terminologia più adeguata per riferirsi alle prime fasi dello sviluppo della vita umana era già stata rilevata dallo stesso Comitato nel precedente parere in ordine alle tecniche di procreazione assistita¹²³. In tale documento, si legge che non vi è «consenso tra chi adotta il solo termine “embrione” e chi ricorre alla dizione “pre-embrione” per indicare il prodotto del concepimento nello stadio precedente il completamento dell'impianto in utero».

L'opportunità di adottare una nozione restrittiva di embrione e di operare una distinzione tra quest'ultimo e il pre-embrione è stata sostenuta anche da parte della dottrina¹²⁴. In questa prospettiva, l'entità organica che si forma nel periodo di circa quattordici giorni precedente all'annidamento dovrebbe essere ricondotta alla categoria del “pre-embrione” e, conseguentemente, sfuggirebbe ai divieti e ai limiti posti dalla legge n. 40. In particolare, questa interpretazione restrittiva era stata prospettata al fine di superare il vizio di irragionevolezza in cui incorreva la legge n. 40 del 2004. Difatti, subito dopo l'entrata in vigore della legge, era stato rilevato come il divieto di crioconservazione e il limite massimo di tre embrioni producibili, posti dall'art. 14, commi 1 e 2, si ponessero in contrasto con la finalità della stessa legge, ovvero quella di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana, e con le esigenze di salute della donna¹²⁵.

¹²³ Comitato Nazionale per la Bioetica, *Parere del C.N.B. Sulle tecniche di procreazione assistita. Sintesi e conclusioni*, 17 giugno 1994, 9 ss.

¹²⁴ DOLCINI, *Embrione, pre-embrione, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita (l. 19 febbraio 2004 n. 40)*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2, 2004, 440 ss.

¹²⁵ *Ibidem*, 471 ss. In particolare, l'Autore precisa che “Solo interpretata restrittivamente, infatti, la disciplina in esame risulta conforme al principio costituzionale di ragionevolezza, desumibile dall'art. 3 Cost.” e conclude affermando che “Delle due l'una: o si affermerà nella prassi giurisprudenziale l'orientamento che lascia spazio alla produzione di più di tre pre-embrioni e alla loro crioconservazione (nonché alla eventuale soppressione dei pre-embrioni

Tuttavia, questa interpretazione restrittiva non ha trovato seguito nella prassi giurisprudenziale e il denunciato vizio di irragionevolezza è stato superato grazie all'intervento della Corte Costituzionale, la quale, con sentenza n. 151 del 2009¹²⁶, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 14, comma 2, della legge n. 40 nella parte in cui disponeva il divieto di creare un numero di embrioni superiore a tre e l'obbligo di procedere ad un unico e contemporaneo impianto, introducendo così una deroga al divieto di congelamento degli embrioni.

Al contrario, la legge n. 40 del 2004 sembra implicitamente condividere una definizione estensiva di embrione, escludendo qualsiasi differenziazione. Invero, il testo normativo impiega come sinonimi i termini embrione e concepito, facendo riferimento ad un'unica nozione che comprende ogni fase di sviluppo embrionale a partire dal momento della fecondazione *in vitro*¹²⁷.

Questa interpretazione può dedursi da una lettura sistematica della legge, la quale all'art. 1 afferma che lo scopo della stessa è quello di assicurare la tutela di tutti i soggetti coinvolti nella procedura di fecondazione assistita, «compreso il *concepito*», e, poi, ai successivi artt. 13 e 14 detta specifiche «misure a tutela dell'*embrione*». Dunque, deve escludersi che il legislatore,

residui, una volta che l'obiettivo della gravidanza sia stato raggiunto), oppure, a mio avviso, la normativa in esame dovrebbe cadere sotto la scure della Corte costituzionale”.

¹²⁶ Corte Cost., 8 maggio 2009, n. 151, in *Famiglia e Diritto*, 8-9, 2009, 761 ss., con nota di DOGLIOTTI, *La Corte Costituzionale interviene sulla produzione e sul trasferimento degli embrioni a tutela della salute della donna*; in *Il Corriere Giuridico*, 9, 2009, 1213 ss., con nota di FERRANDO, *Diritto alla salute della donna e tutela degli embrioni: la Consulta fissa nuovi equilibri*. Si rimanda al § 4 Capitolo I.

¹²⁷ In tal senso, si vedano SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giuffrè, Milano, 2004, 87, il quale scrive che “la legge n. 40 del 2004 menziona soltanto i gameti e gli embrioni, senza usare termini che si possano riferire a situazioni intermedie; per la parola «concepito» comprende ogni fase di sviluppo dell'embrione ed il concepimento è precedente alla fase del c.d. zigote”; VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Giappichelli, Torino, 2012, 177 ss., che sottolinea come “la l. n. 40/2004 non sembra considerare alcuna entità intermedia tra i gameti e l'embrione, così risultando maggiormente compatibile con l'impostazione estensiva, che nega ogni spazio logico a forme di «pre-embrione»”; BELLELLI, *La sperimentazione sugli embrioni: la nuova disciplina*, in *Famiglia*, I, 2004, 979 ss.; LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Giuffrè, Milano, 2017, 331 ss.

dopo aver dichiarato la volontà di tutelare il concepito, si sia poi limitato ad un'enunciazione astratta; dovendosi dedurre, invece, che i riferimenti contenuti nella legge n. 40 al concepito e all'embrione siano del tutto equiparabili¹²⁸. Inoltre, l'adozione di una definizione estensiva di embrione appare corroborata dall'art. 6, comma 3, della legge, il quale sancisce l'irrevocabilità del consenso degli aspiranti genitori di usufruire delle tecniche di procreazione assistita a partire dal momento della *fecondazione* dell'ovulo.

Anche la giurisprudenza ha precisato in più occasioni che, dallo spirito complessivo della legge n. 40 e dalle finalità dalla stessa perseguite, deve dedursi che l'espressione letterale di "embrione" sia sganciata dall'accezione e dai contenuti propri utilizzati nel mondo scientifico e che la volontà della legge sia quella di tutelare l'entità biologica che si determina a partire dal momento della fecondazione dell'ovulo¹²⁹. Peraltro, l'uso di termini qualificatori erroneamente impiegati come sinonimi in difetto di equivalenza di significato (ovulo fecondato, nascituro, feto, concepito) è stato denunciato dal Tribunale di

¹²⁸ Si vedano le considerazioni di VILLANI, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n.40*, Giappichelli, 2004, 29 ss., il quale ritiene che "la nuova legge sulla PMA abbia inteso identificare, ovvero rendere tra loro assolutamente fungibili, «concepito» ed «embrione» e che le norme a difesa del concepito si possano individuare in quelle dettate a tutela dell'embrione", e di SESTA, *La procreazione medicalmente assistita tra legge, Corte Costituzionale, giurisprudenza di merito e prassi medica*, in DOSSETTI – LUPO - MORETTI (a cura di), *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità*, Giuffrè, 2010, 19 ss., il quale scrive che "ci si può chiedere se l'uso del termine concepito consenta all'interprete di differenziarlo dall'embrione, per esempio ritenendo che il concepito a cui la norma si riferisce sia da intendere non quale embrione *in vitro*, ma quale entità accolta nel grembo materno (...). Una lettura sistematica della legge non pare, tuttavia, consentire una simile interpretazione restrittiva, visto quanto disposto dagli artt. 13 e 14, che dettano le concrete disposizioni a tutela dell'embrione e che sono sicuramente pensati indipendentemente dal trasferimento dell'embrione stesso nel corpo materno".

¹²⁹ Trib. Roma, ord. 23 febbraio 2005, in *Giurisprudenza di Merito*, 9, 2005, 1776 ss. In tal senso anche, TAR Lazio, sent. 21 gennaio 2008, n. 398, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2008, I, 489 ss., con nota di PENASA, *Tanto tuonò che piovve: l'illegittimità parziale delle Linee Guida e la questione di costituzionalità della l. n. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita*. In particolare, con quest'ultima pronuncia, il giudice amministrativo ha precisato che la definizione di embrione, stante la non definitività del livello di conoscenza raggiunto dalla scienza biologica, non può competere ad un'Autorità amministrativa, ma appartiene, in quanto espressione di una scelta di discrezionalità politica, al legislatore, e ha ritenuto che con il termine embrione deve farsi riferimento "ad un significato dell'embrione, appunto, il più ampio possibile, vale a dire alla situazione che si determina a partire dalla fecondazione dell'ovulo".

Firenze nell'ordinanza con cui è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 della legge n. 40, contenente il divieto assoluto di qualsiasi ricerca clinica e sperimentale sull'embrione che non risulti finalizzata alla tutela dello stesso¹³⁰. Tuttavia, la Consulta non si è pronunciata in ordine a tale profilo, limitandosi a precisare che l'embrione è una «entità che ha in sé il principio della vita (ancorché in uno stadio di sviluppo non predefinito dal legislatore e tuttora non univocamente individuato dalla scienza)».

In conclusione, da quanto esposto emerge che, nel quadro della normativa nazionale in materia di PMA, il concetto di embrione è da intendersi estensivamente, dovendosi individuare nell'unione del gamete maschile e di quello femminile il momento in cui si forma l'entità organica rilevante per il diritto, senza che assumano rilievo le diverse fasi di sviluppo scientificamente individuabili e individuate¹³¹.

2. *La definizione di embrione fornita dalla Corte di Giustizia.*

Si è rilevato come la definizione estensiva di embrione adottata dall'ordinamento italiano trovi riscontro nelle decisioni della giurisprudenza

¹³⁰ Trib. Firenze, ord. 12 dicembre 2012, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, I, 2013, 589 ss., con nota di DI ROSA, *Scienza, tecnica e diritto in recenti applicazioni giudiziali alla disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita*; in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 4, 2013, 1253 ss., con nota di D'AVACK, *L'ordinanza 7 dicembre 2012 del Tribunale civile di Firenze*.

¹³¹ Si vedano le considerazioni di RIZZUTI, *Il problema di definire la vita nascente*, in CORTESE – TOMASI (a cura di), *Le definizioni nel diritto. Atti delle giornate di studio 30-31 ottobre 2015*, Editoriale scientifica, 2016, 247 ss. (spec. 263), il quale, con specifico riferimento al profilo successorio, sottolinea la necessità di “prendere atto che a tali embrioni non si attaglia la nozione tradizionale dei concepiti, elaborata quando una loro esistenza al di fuori del corpo materno non era nemmeno pensabile. Ne possiamo dedurre che le regole codicistiche sulla successione del concepito presuppongono l'impianto in utero, mentre agli embrioni crioconservati, benché esistenti in natura, sarà più ragionevole applicare la disciplina dei concepturi, che è conformata allo scopo di regolare situazioni caratterizzate dalla forte aleatorietà e remota futurità dell'evento della nascita”. Ad ogni modo, l'Autore non manca di precisare che “Diverso è il problema della definizione dell'embrione agli specifici fini della legge sulla procreazione assistita, che sono poi quelli di contrastarne ogni forma di reificazione, dalla commercializzazione all'utilizzo a fini di ricerca scientifica”.

comunitaria¹³².

Invero, negli ultimi anni, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea è stata chiamata in più occasioni a pronunciarsi in ordine alla nozione di “embrione umano” rilevante ai fini dell'art. 6, n. 2, lett. c), della Direttiva 98/44/CE, disposizione che vieta la brevettabilità delle invenzioni biotecnologiche riguardanti «utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali». In questa sede, il giudice comunitario ha fatto propria un'interpretazione ampia del dettato normativo, fornendo una definizione estensiva di “embrione”.

Questo filone giurisprudenziale è stato inaugurato dalla decisione sul caso *Brüstle v. Greenpeace*¹³³, con cui i giudici di Lussemburgo hanno precisato che il concetto di embrione comprende «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 non fecondato che, attraverso partenogenesi, sia stato indotto a dividersi e a svilupparsi».

Nello specifico, la Corte di Giustizia è stata chiamata a pronunciarsi a seguito del rinvio pregiudiziale operato dalla Corte Federale di Cassazione tedesca nell'ambito di un procedimento di annullamento di un brevetto relativo a un metodo di produzione di cellule progenitrici neurali. Il problema si è posto poiché tale metodo implicava la lavorazione di cellule staminali embrionali, per ottenere le quali risulta necessaria la distruzione di embrioni *in vitro*. Dunque, il giudice tedesco ha interrogato la Corte di Lussemburgo al fine di chiarire il concetto di embrione umano di cui all'art. 6, n. 2, lett. c), della

¹³² DI ROSA, *Scienza, tecnica e diritto in recenti applicazioni giudiziali alla disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita*, cit., 613.

¹³³ Corte Giust. UE, 18 ottobre 2011, causa C-34/10, in *Famiglia e Diritto*, 3, 2012, 221 ss., SCALERA, *La nozione di embrione umano all'esame della Corte UE*; in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, I, 2012, 289 ss., con nota di ROMANO, *La brevettabilità delle cellule staminali embrionali umane*, *ibidem*, II, 237 ss. A commento della sentenza si veda altresì VIOLINI, *Il divieto di brevettabilità di parti del corpo umano: un uso specifico e non inutile del concetto di dignità umana*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, 145 ss.

Direttiva 98/44/CE e, conseguentemente, di stabilire se sia esclusa la brevettabilità di un insegnamento tecnico che abbia come necessario presupposto l'impiego e la distruzione di embrioni.

La Corte di Giustizia, anzitutto, ha ricordato «che, secondo una costante giurisprudenza, l'applicazione uniforme tanto del diritto dell'Unione quanto del principio di uguaglianza esige che una disposizione del diritto dell'Unione che non contenga alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri per quanto riguarda la determinazione del suo senso e della sua portata debba normalmente dar luogo, in tutta l'Unione, ad un'interpretazione autonoma e uniforme». Inoltre, la Corte ha messo in luce come l'assenza di una definizione uniforme di embrione umano comporti il rischio che gli autori di talune invenzioni biotecnologiche siano tentati di chiedere la brevettabilità di queste ultime negli Stati membri che concepiscono nel modo più restrittivo la nozione di embrione umano. Dunque, «una tale situazione costituirebbe una lesione al buon funzionamento del mercato interno, che costituisce lo scopo della direttiva di cui trattasi».

Ciò premesso, i giudici di Lussemburgo hanno precisato che, seppure la finalità della direttiva è quella di incoraggiare gli investimenti nel settore della biotecnologia, l'impiego di materiale biologico di origine umana deve avvenire nel rispetto dei diritti fondamentali e, in particolare, della dignità umana. In tale prospettiva, l'art. 5, n. 1, della direttiva vieta che il corpo umano, nei vari stadi della sua costituzione e del suo sviluppo, possa costituire un'invenzione brevettabile. Il successivo art. 6, poi, sempre in un'ottica di protezione, indica come contrari all'ordine pubblico o al buon costume, e per tale ragione esclusi dalla brevettabilità, i procedimenti di clonazione di esseri umani, i procedimenti di modificazione dell'identità genetica germinale dell'essere umano e le utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali.

Alla luce di tali considerazioni, la Corte di Giustizia ha affermato che la nozione di “embrione umano” ai sensi dell'art. 6, n. 2, lett. c), della direttiva deve essere intesa in senso ampio. In particolare, all'interno del concetto di

embrione deve sussumersi sia l'ovulo umano a partire dal momento della fecondazione, sia le entità organiche che, seppure non sono state oggetto di una fecondazione in senso proprio, «per effetto della tecnica utilizzata per ottenerli, sono tali da dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano». Di conseguenza, è stata esclusa la brevettabilità delle invenzioni la cui attuazione richieda la distruzione di embrioni umani, in quanto rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 6, n. 2, lett. c), della direttiva¹³⁴.

Infine, la Corte ha rimandato al giudice nazionale la questione se rientrino o meno nella nozione di embrione umano le cellule staminali di derivazione embrionale. In merito, si deve precisare che nel nostro ordinamento non vi è, a livello normativo, un'esplicita attribuzione della natura di embrione alle cellule staminali di derivazione embrionale. Tuttavia, l'art. 81 *quinquies* del d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (Codice della proprietà industriale) esclude espressamente la brevettabilità di «ogni utilizzazione di embrioni umani, ivi incluse le linee di cellule staminali embrionali umane».

La nozione di embrione umano è stata in parte modificata dalla Corte di Giustizia con la recente pronuncia sul caso *International Stem Cell Corporation v. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*¹³⁵.

¹³⁴ In senso critico, ROMANO, *La brevettabilità delle cellule staminali embrionali umane*, cit., 239 ss., la quale osserva che “Sul piano della disciplina brevettuale (...) le questioni legate alla preesistenza e provenienza del «materiale di partenza» dal quale deriva l'innovazione brevettabile dovrebbero essere irrilevanti (come confermano, del resto, chiaramente alcune regole introdotte dall'ultima modifica del Codice della Proprietà Industriale), poiché il giudizio di brevettabilità di un trovato riguarda solo ed esclusivamente la corrispondenza del trovato oggetto della domanda di brevetto (e non del materiale dal quale esso deriva) ai requisiti previsti dalla legge (la novità, l'originalità, la liceità, l'industrialità del medesimo)”. Si vedano altresì le considerazioni di MARINI, *Brevetto biotecnologico e cellule staminali nel diritto comunitario*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 3, 2013, 586 ss., il quale scrive che “è evidente che detta sentenza avalla le «osservazioni scritte» su cui essa si fonda, osservazioni che, tenuto conto dell'annoso ed ancora irrisolto dibattito sulla definizione scientifica degli stadi pre-embriionali, costituiscono espressione dell'orientamento solo di una parte (la maggioranza?) della comunità scientifica. Da questo punto di vista, e a dispetto della asserita neutralità medica ed etica, può dirsi che la sentenza della Corte finisce per valorizzare talune evidenze scientifiche a discapito di altre, prestandosi ad assumere, contrariamente a quanto dichiarato prima facie e sorprendentemente in linea con la strategia illustrata in apertura, un innegabile valore biopolitico”.

¹³⁵ Corte Giust. UE, G.C., 18 dicembre 2014, causa C-364/13, in *Il Corriere giuridico*, 1,

In questa sede, è stato precisato che per poter qualificare un'entità biologica come “embrione” non è sufficiente la mera capacità di iniziare il processo di formazione di un essere umano, ma viene richiesta la capacità di condurlo a termine, senza ulteriori interventi di carattere tecnico-scientifico. Di conseguenza, rientra nella nozione di embrione l'organismo formatosi a partire dall'unione del gamete maschile e di quello femminile, mentre, un ovulo umano non fecondato potrà qualificarsi embrione solo nella misura in cui «abbia la capacità intrinseca di svilupparsi in un essere umano, ossia se esso costituisca davvero l'equivalente funzionale di un ovulo fecondato». Dunque, pur mantenendo un approccio interpretativo cauto, i giudici di Lussemburgo hanno ristretto il concetto di “embrione” rilevante ai fini della Direttiva 98/44/CE sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche.

Le sentenze della Corte di Giustizia rappresentano una tappa importante nel percorso verso la definizione di una nozione di embrione comune ai diversi Paesi membri. Ad ogni modo, si deve rammentare che tale nozione riguarda esclusivamente lo specifico campo della brevettabilità delle invenzioni biotecnologiche e non deve essere commesso l'errore di trasporre automaticamente tale definizione anche negli altri settori giuridici in cui viene in rilievo la vita umana prenatale¹³⁶.

Invero, all'interno di un medesimo ordinamento giuridico possono coesistere definizioni diverse della medesima entità biologica, in relazione al

2016, 23 ss., con nota di SPEDICATO, *Cellule staminali embrionali e limiti alla brevettabilità delle invenzioni biotecnologiche*; in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, I, 412 ss., con nota di ROMANO, *Certeza del diritto, incertezza della scienza: della brevettabilità dei metodi di produzione di linee di cellule staminali da partenoti*, *ibidem*, II, 258 ss. A commento della sentenza si veda altresì PENASA, *La Corte di giustizia e la ri-definizione del contenuto normativo di “embrione umano”: l'ultima (?) fase della “saga” Brüstle*, in *Quaderni Costituzionali*, 2015, 213 ss.

¹³⁶ PARDINI, *Libertà di ricerca scientifica e tutela dell'embrione*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, II, 2016, 790 ss., osserva che “si tratta di una definizione valida solo ad escludere la brevettabilità, ai sensi della direttiva 98/44/CE, delle invenzioni nate dalla «previa distruzione di embrioni umani o la loro utilizzazione come materiale di partenza», senza che vi sia un diretto sindacato sulla liceità della sperimentazione”.

settore di applicazione e all'uso cui tale organismo è destinato¹³⁷. Per cui, se con riferimento alla disciplina in materia di brevettabilità dei prodotti biotecnologici l'ovulo fecondato deve essere sussunto nel concetto di embrione, secondo le indicazioni fornite dal giudice comunitario, in relazione alla normativa circa la ricerca scientifica sugli embrioni *in vitro*, invece, il medesimo organismo può non essere qualificato come embrione, ma ricadere nell'ambito di una diversa definizione. Così avviene in diversi ordinamenti europei, ove lo sviluppo embrionale fino al quattordicesimo giorno dalla fecondazione viene indicato con il termine “pre-embrione”. Tra gli Stati che hanno adottato questa soluzione si può ricordare la Spagna (*Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*), la quale definisce il “pre-embrione” come «il gruppo di cellule risultanti dalla divisione progressiva dell'ovocita fecondato dal momento della sua fecondazione e fino ai quattordici giorni successivi», specificando che tale definizione rileva esclusivamente ai fini dell'applicazione della normativa in materia di PMA. La classificazione è fondamentale, dal momento che solo il pre-embrione può essere destinato alla ricerca scientifica, con il consenso informato della coppia (o della donna che abbia avuto accesso da sola alle pratiche di fecondazione assistita) e il parere favorevole della Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.

Dunque, si deve concludere che l'interpretazione estensiva fornita dalla Corte di Giustizia non preclude che nell'ordinamento nazionale si possa

¹³⁷ Cfr. PICIOCCHI - MARTINELLI, *The change of definitions in a multidisciplinary landscape: the case of human embryo and pre-embryo identification*, in *Croatian Medical Journal*, n. 5, 2016, 510 ss., ove si legge: “In medicine, Assisted Reproduction Technologies (ARTs), shifting the attention from a medical procedure to social relations, offer interesting cases for analyzing the science discourse and its implication in regulation of science innovations. The human embryo definition, as product of ARTs, is an interesting example of this challenging debate. This same bio-object is variously defined by different national laws, and even different definitions are sometimes adopted within the same law, with regard to its stage of development or to its end use. (...) A human embryo, which from the scientific point of view is identified according to objective features, may assume different identities according to its fate, ie, whether it is to be implanted to develop a human being, or to be used in research, or to be stored in bio-banks, to be exchanged, or to be the left-over of a laboratory”.

provvedere ad una differenziazione delle entità biologiche giuridicamente rilevanti e, conseguentemente, a una diversificazione del livello di tutela delle stesse.

Ad ogni modo, assumono rilievo le considerazioni svolte dal giudice comunitario in ordine al ruolo della dignità umana nel processo definitorio dell'embrione, profilo che, come si vedrà meglio oltre, è stato ribadito anche dalla nostra Corte Costituzionale. Nello specifico, con la sentenza n. 229 del 2015¹³⁸, la Consulta ha precisato che anche con riferimento agli embrioni malformati si pone «l'esigenza di tutelare la dignità dell'embrione (...). 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». Ancora, con la successiva sentenza n. 84 del 2016¹³⁹, il Giudice delle Leggi ha specificato che «la dignità dell'embrione, quale entità che ha in sé il principio della vita (ancorché in uno stadio di sviluppo non predefinito dal legislatore e tuttora non univocamente individuato dalla scienza), costituisce, comunque, un valore di rilievo costituzionale riconducibile al precetto generale dell'art. 2 Cost.». Dunque, seppure la giurisprudenza costituzionale non ha chiarito il contenuto del concetto di embrione, né il suo statuto giuridico, ha comunque riconosciuto che tale organismo è segno di una presenza umana e in quanto tale deve essere tutelato dal sistema giuridico¹⁴⁰.

¹³⁸ Corte Cost., 11 novembre 2015, n. 229, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 6, 2015, 2106 ss., con nota di CHIEFFI, *L'irragionevole obbligo di crioconservazione degli embrioni selezionati e abbandonati in seguito ad indagine genetica preimpianto*.

¹³⁹ Corte Cost., 13 aprile 2016, n. 84, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2, 2016, 750 ss., con nota di COSSIRI, *La l. n. 40/2004 ancora di fronte alla Corte: l'inammissibilità delle questioni sui divieti di revoca del consenso e di ricerca sugli embrioni*. A commento della sentenza si vedano altresì PICCIOCCI, *La procreazione medicalmente assistita tra biologia e volizione, nella sentenza n. 84 del 2016 della Corte costituzionale*, in *Studium Iuris*, 12, 2016, 1437 ss.; CARUSI, *La Corte costituzionale e lo statuto dell'embrione*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2017, 307 ss.; RIVERA, *La Corte costituzionale torna sulla sperimentazione sugli embrioni*, *ibidem*, 310 ss.

¹⁴⁰ Come si è visto, si tratta della medesima conclusione cui era giunto il Comitato Nazionale per la Bioetica, *Identità e statuto dell'embrione umano*, 22 giugno 1996.

3. *La tutela della vita umana prenatale nel quadro normativo nazionale.*

Si è visto che la normativa nazionale in materia di PMA fa riferimento a un'unica nozione estensiva di embrione e di concepito, escludendo qualsiasi differenziazione fondata sullo stadio di sviluppo embrionale. In altri termini, il legislatore italiano usa locuzioni diverse per descrivere un'unica realtà, per cui, l'embrione *in vitro* non costituisce un'entità distinta rispetto all'embrione già accolto nell'utero materno, frutto di un processo riproduttivo naturale.

Ciò premesso, risulta ora necessario esaminare le norme dell'ordinamento che hanno ad oggetto il concepito, al fine di tentare di ricostruire il suo statuto giuridico.

Questa analisi non può che prendere le mosse dalla Carta Costituzionale, posta al vertice del sistema gerarchico delle fonti del diritto. Ciò che emerge è che nel dettato della Costituzione non vi è alcuna disposizione che menzioni in modo esplicito il concepito in quanto tale, per cui, potrebbe dedursi che lo stesso non rientri tra i destinatari delle norme costituzionali. Questa soluzione, però, risulta smentita dalle molteplici pronunce della Consulta in cui si riconosce il rilievo costituzionale della vita umana prenatale.

Invero, già con la nota sentenza n. 27 del 1975¹⁴¹, dichiarativa della parziale illegittimità dell'art. 546 c.p., il Giudice della Legge ha avuto modo di precisare che la tutela del concepito trova fondamento costituzionale nell'art. 31, secondo comma, Cost., che «impone espressamente la “protezione della maternità”», e, più in generale, nell'art. 2 Cost., che «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».

¹⁴¹ Corte Cost., 18 febbraio 1975, n. 27, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1975, 117 ss., con nota di D'ALESSIO, *L'Aborto nella prospettiva della Corte Costituzionale*, *ibidem*, 1981, 538 ss., e di CHIOLA, *Incertezze sul parametro costituzionale per l'aborto*, *ibidem*, 1975, 1098 ss.

Con specifico riferimento alla tutela dell'embrione nell'ambito della fecondazione assistita, poi, la Consulta ha ribadito che la dignità dell'embrione costituisce un valore di rilievo costituzionale riconducibile al precetto generale dell'art. 2 Cost.¹⁴².

Tuttavia, dalla pacifica constatazione che la posizione del concepito trova tutela nella Costituzione non può automaticamente dedursi che lo stesso debba essere qualificato giuridicamente come “persona”¹⁴³. Com'è noto, sempre nella sentenza n. 27 del 1975, la Corte Costituzionale ha statuito 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*»¹⁴⁴. Dunque, la qualificazione dell'embrione come persona umana sin dal momento della fecondazione rientra nella scelta discrezionale del legislatore, scelta che ad ogni modo non può ritenersi rivestita di forza costituzionale¹⁴⁵.

¹⁴² Cfr. Corte Cost., 11 novembre 2015, n. 229, cit., nonché Corte Cost., 13 aprile 2016, n. 84.

¹⁴³ In tal senso, MAZZONI, *I diritti dell'embrione e del feto nel diritto privato. Rapporto sull'Italia*, cit., 121 ss.; VILLANI, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004*, n.40, cit., 45 ss.

¹⁴⁴ In senso critico, SENIGAGLIA, *Vita prenatale e autodeterminazione: alla ricerca di un “ragionevole” bilanciamento tra interessi contrapposti*, in *Rivista di diritto civile*, 6, 2016, 1554 ss. (spec. 1564), il quale osserva che “Tale significato, pur tenendo correttamente distinti il livello di rilevanza giuridica del “nato” da quello del “non nato”, pare incorrere in un vizio di carattere sostanziale e assiologico; infatti, se tra il concepito «che persona deve ancora diventare» e la madre «che persona è già» corre una differente considerazione soggettiva sul piano dei diritti patrimoniali (art. 1 c.c.), con riguardo ai diritti non patrimoniali, nella specie quello alla vita e alla salute, gli interessi sottesi non possono che godere di una tutela almeno equivalente, esigendo, pertanto, la composizione di un eventuale conflitto con la tecnica del bilanciamento”.

¹⁴⁵ Cfr. ZANON, *Memoria redatta da Nicolò Zanon per i presentatori della richiesta di referendum popolare per l'abrogazione della legge 19 febbraio 2004, n. 40*, in AINIS (a cura di), *I referendum sulla fecondazione assistita*, Giuffrè, Milano, 2005, 208 ss., punto 9. In senso contrario, MILAN, *Aspetti giuridici della procreazione assistita*, Cedam, Padova, 1997, 144 ss., il quale afferma: “È da ritenere, invero, che la Costituzione, nel riconoscere solo a chi è partecipe della qualità e dignità di uomo, l'idoneità ad essere titolare di situazioni giuridiche attive e passive, per essa rilevanti, non poteva non fare riferimento se non al carattere biologico del soggetto. Orbene, poiché alla luce delle recenti acquisizioni dell'embriologia e della genetica, (...) il concepito, stante le sue origini, è da considerare individuo umano fin dall'istante immediatamente successivo all'avvenuta sua generazione, appare di conseguenza corretto ritenere, in particolare, il nascituro, in quanto partecipe della qualità e dignità umana, titolare dei diritti inviolabili riconosciuti e garantiti all'uomo dalla Repubblica (art. 2 Cost.),

Al concepito sono poi dedicate diverse norme del codice civile. Prima tra queste è l'art. 1 c.c., che, dopo aver stabilito, al primo comma, che «la capacità giuridica si acquista dal momento della nascita», precisa, al secondo comma, che «i diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita».

Dunque, nell'impostazione codicistica, la nascita¹⁴⁶ è condizione imprescindibile per l'acquisto della capacità giuridica¹⁴⁷ e, conseguentemente, per la qualificazione come “soggetto giuridico” e come “persona fisica” in senso tecnico. Invero, secondo gli insegnamenti tradizionali, la nozione di soggetto attiene al dato formale della titolarità di posizioni giuridiche, titolarità che presuppone la capacità giuridica, ovvero l'attitudine a ricevere imputazioni giuridiche¹⁴⁸. La categoria dogmatica di persona fisica, e cioè di persona umana, invece, fa riferimento a un soggetto che rileva per la sua natura psicofisica e che in connessione a tale natura è dotato di capacità giuridica generale¹⁴⁹. La persona fisica costituisce *species* del *genus* persona, termine che denota qualsiasi «centro di interessi giuridici che riceve(a) dal diritto una

quindi, un soggetto dotato della personalità di diritto costituzionale”.

¹⁴⁶ RESCIGNO, *Danno da procreazione*, Giuffrè, Milano, 2006, 89 ss., precisa che “per il codice vigente (...) la capacità giuridica si acquista col fatto della nascita da vivo, in forma umana (ed è indifferente che il distacco del feto avvenga naturalmente o con mezzi meccanici), indipendentemente dall'attitudine della persona, venuta ad esistenza, a rimanere in vita”.

¹⁴⁷ Si vedano le considerazioni di ZATTI, *Questioni di vita nascente*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da RODOTÀ e ZATTI, II, *Il governo del corpo*, a cura di CANESTRARI – FERRANDO – MAZZONI – RODOTÀ – ZATTI, Giuffrè, 2011, 1307 ss., il quale osserva come l'art. 1 cod. civ. non sia “una norma in senso compiuto, quanto (...) una disposizione che esplicita una premessa inclusa in tutte le norme, circoscrivendo l'ambito dei destinatari, dei possibili titolari di diritti e doveri da esse nascenti. Si potrebbe dire che è una meta-norma o piuttosto una trans-norma”.

¹⁴⁸ BIANCA, *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica. I soggetti*, 2a ed., Giuffrè, Milano, 2002, 135 ss.; RESCIGNO, *Capacità giuridica*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, II, Torino, 1988, 218 ss.

¹⁴⁹ BIANCA, *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica. I soggetti*, cit., 136; BESSONE – FERRANDO, *Persona fisica (diritto privato)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXIII, 1983, 193 ss.; MAZZONI, *Persona fisica*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, XIII, Torino, 1995, 379 ss.; ALPA – ANSALDO, *Le persone fisiche*, in *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 2013, 227 ss., il quale osserva che, seppure si debba riconoscere la relatività storica e l'elasticità di contenuti delle nozioni di capacità giuridica e di persona fisica, queste ultime conservano comunque “un ruolo operativo insopprimibile”.

protezione unitaria e organica»¹⁵⁰ e che al suo interno ricomprende anche la categoria delle persone giuridiche, ovvero quelle organizzazioni alle quali l'ordinamento riconosce capacità giuridica generale e autonomia patrimoniale perfetta.

Secondo la dottrina unanime, la generica menzione di «diritti che la legge riconosce a favore del concepito», contenuta nell'art. 1 cpv. c.c., non deve intendersi nel senso che la legge consenta, seppure in casi eccezionali, un'anticipazione della capacità di diritto e quindi della soggettività rispetto alla nascita¹⁵¹. In questa prospettiva, non risulta possibile una dissociazione tra soggettività e capacità giuridica, posto che la previsione normativa in esame si limita a creare «un centro di interessi autonomo di rapporti giuridici in previsione e attesa della persona»¹⁵².

Invero, dall'analisi delle norme cui fa riferimento l'art. 1 cpv. c.c., emerge come la logica posta a fondamento di quest'ultima disposizione sia quella della distribuzione e della circolazione della ricchezza, prescindendo, dunque, dall'esigenza di configurare un sistema di protezione individuale dell'essere umano¹⁵³. Nello specifico, le disposizioni che si occupano del concepito sono

¹⁵⁰ In questi termini, ZATTI, *Maschere del diritto, volti della vita*, Giuffrè, Milano, 2009, 16 ss. L'A. precisa che nel linguaggio giuridico il concetto di persona è usato in due diverse accezioni: ««Persona» è anzitutto sinonimo di «uomo», proprio come avviene nel linguaggio comune: ad esempio, nelle le norme penali sull'omicidio, si parla indifferentemente di «uomo» o di «persona» di cui si cagiona la morte. «Persona» ha però anche un suo significato tecnico, frutto di una lunga storia di astrazione, per il quale indica una qualità giuridica, o più propriamente un *ruolo* (persona come *prosopon*, maschera nella scena giuridica) che originariamente pertiene all'uomo ma che si estende poi a gruppi e istituzioni: è la qualità di (...) portatore di diritti ed obblighi; essa si esprime anche nelle nozioni di *capacità giuridica* e (...) di *soggettività*».

¹⁵¹ Cfr. RESCIGNO, *Danno da procreazione*, cit., 83 ss.

¹⁵² LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013, 63 ss.

¹⁵³ Cfr. GIACOBBE, *Il concepito come persona in senso giuridico*, Giappichelli, Torino, 2003, 17 ss., In tal senso si veda altresì VILLANI, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n.40*, cit., 33 ss., il quale specifica che «si tratta di previsioni di carattere patrimoniale destinate ad influenzare i profili «materiali» del concepito e non il suo diritto a venire ad esistenza», nonché LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., 66, il quale osserva che la previsione normativa di cui agli artt. 1 e 462 c.c. risulta «legata esclusivamente alla logica di trasmissione del patrimonio e quindi svincolata da ogni previa attribuzione della soggettività ad una persona ancora futura, trattandosi semplicemente di accantonare alcune entità patrimoniali in vista o in attesa della nascita della persona».

gli artt. 320, 462, 715 e 784 c.c. Esse riguardano, rispettivamente, il potere di rappresentanza e di amministrazione dei beni spettante ai genitori in confronto dei figli nati e nascituri (art. 320); la capacità di succedere a causa di morte (art. 462, comma 1); la divisione ereditaria (art. 715, comma 1); la capacità di ricevere per donazione (art. 784, comma 1). Diritti subordinati all'evento della nascita, poi, sono attribuiti anche ai nascituri non concepiti. In particolare, i nascituri non concepiti sono capaci di ricevere per testamento e per donazione, nei limiti di cui agli artt. 462, comma 3, e 784, comma 1.

Dunque, le norme richiamate riservano al nascituro specifici diritti patrimoniali in previsione della nascita, senza però delineare una tutela giuridica del concepito in quanto tale né fornire alcuna indicazione in ordine alla sua qualificazione. Indicazioni utili non derivano nemmeno dall'art. 254 c.c., secondo il quale il riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio può farsi «con una apposita dichiarazione, posteriore alla nascita o al concepimento, davanti ad un ufficiale dello stato civile o in un atto pubblico o in un testamento, qualunque sia la forma di questo». Invero, l'efficacia del riconoscimento è pur sempre subordinata all'evento della nascita, seppure l'autore del riconoscimento acquisti immediatamente il potere di amministrazione dei beni di cui all'art. 320 c.c.

Ancora, nel nostro ordinamento è possibile rinvenire ulteriori norme indirizzate al concepito, le quali, pur non fornendo una risposta al quesito circa lo statuto giuridico dell'embrione, contribuiscono a consolidare la tesi secondo cui il concepito è dotato di una propria dignità e in quanto tale è meritevole di tutela giuridica. Tra queste si possono ricordare l'art. 1, lett. c), della legge 29 luglio 1975, n. 405, sull'istituzione dei consultori familiari, il quale indica tra gli scopi del servizio di assistenza alla famiglia e alla maternità «la tutela della salute della donna e del prodotto del concepimento», nonché le norme del D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285, che disciplinano la sepoltura del prodotto del concepimento, obbligatoria dopo le 20 settimane di gravidanza e facoltativa al

di sotto delle 20 settimane¹⁵⁴.

Particolare rilievo assume, poi, l'art. 1, comma 1, della legge n. 194 del 1978, in materia di interruzione volontaria della gravidanza, il quale sancisce che «Lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e *tutela la vita umana dal suo inizio*». Questa disposizione deve essere letta alla luce dei principi statuiti dalla Corte Costituzionale nella citata sentenza n. 27 del 1975, con quale è stato composto un nuovo equilibrio tra gli interessi confliggenti della donna e del concepito. Per cui, pur riconoscendo che la tutela del concepito trova fondamento negli artt. 2 e 31 Cost., se ne ammette il sacrificio allorché sussista un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna, ovvero per chi già è persona. Quindi, come si è visto, non vi è equiparazione tra «concepito» e «nato», ma si tratta di due entità giuridicamente rilevanti che ricevono dall'ordinamento una tutela differenziata.

In merito, risulta opportuno richiamare brevemente la disciplina penalistica, la quale si atteggia diversamente a seconda che l'evento della nascita (o meglio del parto) si sia già realizzato o meno¹⁵⁵. Invero, la norma sull'omicidio (art. 575 c.p.) sanziona chi cagiona la morte di un uomo, ovvero di qualsiasi persona a prescindere dal possesso dei requisiti di normalità fisiopsichica. La norma sull'infanticidio in condizioni di abbandono materiale e morale (art. 578 c.p.), poi, contempla l'uccisione del bambino appena nato nonché quella del feto che abbia già iniziato il travaglio del parto. Nelle fasi della gravidanza, invece, cessa la protezione delle norme sull'omicidio e

¹⁵⁴ Nello specifico, l'art. 7, D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285, ai commi secondo e terzo, dispone che «Per la sepoltura dei prodotti abortivi di presunta età di gestazione dalle 20 alle 28 settimane complete e dei feti che abbiano presumibilmente compiuto 28 settimane di età intrauterina e che all'ufficiale di stato civile non siano stati dichiarati come nati morti, i permessi di trasporto e di seppellimento sono rilasciati dall'unità sanitaria locale. // A richiesta dei genitori, nel cimitero possono essere raccolti con la stessa procedura anche prodotti del concepimento di presunta età inferiore alle 20 settimane».

¹⁵⁵ Per una ricostruzione generale dei reati di omicidio e di infanticidio, nonché dei principali nodi problematici ad essi connessi, si rimanda a FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, II, *I delitti contro la persona*, IV ed., Zanichelli, Bologna, 2013.

sull'infanticidio e si applicano le norme penali in materia di aborto. Per cui, nel sistema penale, «il passaggio alla vita individuale extrauterina segna (...) il momento in cui il soggetto passivo dell'aggressione assume lo *status* di uomo»¹⁵⁶. Da questo quadro normativo sono stati dedotti due principi generali di biodiritto, ovvero «il principio della non bilanciabilità / non sacrificabilità della vita dell'essere umano nato (o nascente)» e «il principio della differenziazione della tutela penale tra concepito e nato»¹⁵⁷. Tali principi, seppur individuati con specifico riferimento al settore penale, si può dire che abbiano una valenza generale e che si coordinino con il sistema giuridico nella sua integralità.

Se la tutela dell'embrione già accolto nell'utero materno è affidata alla legge sull'interruzione volontaria della gravidanza, quella dell'embrione formato *in vitro* e non ancora impiantato è invece contenuta nella legge n. 40 del 2004. Come già visto, infatti, l'art. 1, comma 1, dispone che la legge in materia di fecondazione assistita «assicura i diritti di tutti i *soggetti* coinvolti, compreso il *concepito*».

Quest'ultima disposizione ha formato oggetto di ampio dibattito, portando la dottrina a interrogarsi sulla sua possibile portata precettiva. In altri termini, ci si è chiesti se l'art. 1 della legge n. 40 avesse introdotto una innovazione dell'ordinamento giuridico e, in particolare, se da essa si potesse dedurre un riconoscimento della soggettività del concepito, scardinando così l'impostazione delineata dal codice civile. A tale quesito è stata data prevalentemente risposta negativa, precisando come l'impiego del termine “soggetto” è frutto di una tecnica legislativa viziata, caratterizzata dal ricorso a un concetto carico di storia senza il necessario coordinamento con l'integralità

¹⁵⁶ CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2015, 42.

¹⁵⁷ *Ibidem*, 41 ss. Nella sua opera, l'Autore evidenzia come dallo studio della bioetica in rapporto con il diritto penale emergano alcune costanti, che lo stesso edifica in forma di principi. Con specifico riferimento all'inizio della vita umana, oltre a quelli riportati, l'A. individua un terzo principio di biodiritto penale: “il principio della progressiva intensificazione della tutela penale in relazione all'evolvere degli stadi di sviluppo della vita prenatale”.

del sistema nel quale lo stesso si inserisce¹⁵⁸. Dunque, deve escludersi che la legge in materia di fecondazione assistita abbia comportato l'attribuzione al concepito di capacità giuridica generale e la conseguente personalizzazione dello stesso, rimanendo fermo quanto statuito dall'art. 1 c.c.¹⁵⁹. Del resto, la stessa Corte Costituzionale, quando è stata chiamata a pronunciarsi in ordine all'ammissibilità dei referendum abrogativi sulla legge 40/2004, ha precisato che l'art. 1, nella sua ultima parte, ha «un contenuto meramente enunciativo, dovendosi ricavare la tutela di tutti i soggetti coinvolti e, quindi, anche del concepito, dal complesso delle altre disposizioni della legge»¹⁶⁰.

Ad ogni modo, vi è, invece, chi ha fornito una diversa interpretazione della norma di apertura della legge sulla fecondazione assistita. Per cui, partendo dalla premessa «che il dogma dell'equazione “soggettività = capacità giuridica” si è definitivamente infranto», è stato affermato che l'art. 1, comma 1, legge 40/2004 deve essere letto come sintesi espressiva della soggettività dell'embrione¹⁶¹. In altri termini, è stato evidenziato come la nozione codicistica di capacità giuridica è ormai incapace di esaurire la cerchia degli individui meritevoli di protezione e, pertanto, il fondamento della soggettività

¹⁵⁸ In tal senso, ZOPPINI, *Talune considerazioni sulla (ir)razionalità della legge*, in CELOTTO – ZANON (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, Milano, 2004, 59 ss.; OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Rivista di diritto civile*, I, 2005, 99 ss.; LIPARI, *Legge sulla procreazione assistita e tecnica legislativa*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2, 2005, 517 ss., il quale scrive: “Certo, un legislatore non può, in linea di principio, lasciarsi condizionare da modelli culturali ricevuti, ancorché sostenuti da una solida tradizione, posto che può essere semmai il suo intervento idoneo a modificare quei modelli. Quel che si chiede è che vi sia consapevolezza degli effetti riflessi della disciplina che si detta e che non si perda mai di vista la tendenziale aspirazione a un quadro sistematico coerente. Nel caso della legge sulla procreazione assistita il *vulnus* è stato commesso con riguardo ad uno dei profili essenziali di qualunque processo di qualificazione giuridica, quello che attiene alla categoria della soggettività, con una enunciazione che sembra tuttavia avere il valore di mero vocativo, privo di concrete ricadute effettuali sul piano complessivo dell'ordinamento”.

¹⁵⁹ Cfr. LIPARI, *Legge sulla procreazione assistita e tecnica legislativa*, cit., 521 ss.; VILLANI, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n.40*, cit., 53 ss.; GAZZONI, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1, 2005, 168 ss.

¹⁶⁰ Corte Cost., 28 gennaio 2005, n. 48, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1, 2005, 337 ss., con nota di MONACO, *Il referendum per l'abrogazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita di fronte al limite delle «leggi costituzionalmente necessarie»*.

¹⁶¹ BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, in *Rivista di diritto civile*, 2004, 533 ss.

del concepito deve essere rintracciato, non nelle disposizioni del codice civile, ma nei principi dettati dalla Costituzione. Dunque, in questa prospettiva, il concepito/embrione deve essere riconosciuto come soggetto di diritto, titolare di diritti fondamentali, quali quello all'identità, alla vita e alla salute¹⁶².

Quest'ultima soluzione esegetica appare condivisibile nella parte in cui evidenzia che il concepito, in quanto essere appartenente alla specie umana, è destinatario di sfere di tutela giuridicamente garantite. Tuttavia, essa sembra forzare la stessa idea di diritto soggettivo e dar luogo a fraintendimenti, finendo «per concepire una equiparazione concettuale che non risulta utile sul piano dell'individuazione della disciplina»¹⁶³. Invero, seppure la categoria della soggettività giuridica ha subito un'evoluzione dal 1942 ad oggi, finendo per assumere una nuova fisionomia¹⁶⁴, rimane comunque fermo il principio secondo cui soggettività e capacità non possono essere artificialmente scisse, costituendo l'una la contropartita dell'altra. La titolarità dei diritti si acquista solo al momento della nascita, senza che ciò escluda che, anche in una fase antecedente, si possa individuare un centro di interessi autonomo di rapporti giuridici in previsione e attesa della persona, né che il concepito o la collettività possano essere tutelati nella prospettiva della venuta ad esistenza di un nuovo

¹⁶² *Ibidem*, 564 ss. L'Autore scrive: «Campeggia, qui, un'esigenza prioritaria di c.d. tutela necessaria minima dei «diritti inviolabili dell'uomo» (art. 2 Cost.), assicurata «in tutta la misura del possibile»». In tal senso anche VILLANACCI, *Il concepito nell'ordinamento giuridico. Soggettività e statuto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, 112 ss.; SENIGAGLIA, *Vita prenatale e autodeterminazione: alla ricerca di un "ragionevole" bilanciamento tra interessi contrapposti*, cit., 1559 ss., il quale osserva che «pur condividendo la portata letterale dell'affermazione che lo «statuto dell'uomo non è lo statuto dell'embrione», la nostra prospettiva di senso si muove entro la specola della soggettività giuridica anziché dell'oggetto di tutela. Ci persuade, infatti, che l'embrione, appartenente al genere dell'entità organica socio-razionale, vada trattato come essere umano titolare di specifiche situazioni giuridiche soggettive, ragionevolmente proporzionate alla sua condizione biologica e relazionale, senza con ciò volergli riconoscere la capacità giuridica di cui all'art. 1 c.c., sicuramente posta dal legislatore quale concetto riassuntivo della «condizione dei soggetti tra la venuta ad esistenza e l'estinzione»».

¹⁶³ In questi termini, LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., 65.

¹⁶⁴ In ordine all'evoluzione della categoria della soggettività giuridica si rimanda sempre a LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., 47 ss., il quale riassume questo percorso evolutivo con la formula «dal soggetto come fattispecie al soggetto come sintesi degli effetti».

soggetto¹⁶⁵.

4. *Spunti giurisprudenziali.*

Nel corso degli anni, anche la giurisprudenza ha fornito risposte contrastanti in ordine al quesito circa la qualificazione giuridica della vita umana prenatale.

Punto di partenza delle diverse soluzioni interpretative elaborate è la sentenza della Corte Costituzionale n. 27 del 1975¹⁶⁶, già più volte richiamata. Difatti, in questa pronuncia si può dire che sono compendiate due principi generali della materia oggetto d'esame: da un lato, il principio secondo cui il concepito, seppure appartenente alla specie umana, è un'entità diversa e non equiparabile alla persona già nata; dall'altro, il principio in base al quale il concepito è comunque destinatario di sfere di tutela giuridicamente garantite, che trovano fondamento negli artt. 2 e 31 Cost.

Questi principi sono stati ribaditi dalla Corte Costituzionale anche nelle recenti pronunce riguardanti specificatamente le disposizioni della legge n. 40 del 2004. Invero, con le sentenze n. 229 del 2015¹⁶⁷ e n. 84 del 2016¹⁶⁸, la Consulta ha precisato ancora una volta che l'embrione è un'entità che contiene in sé il principio della vita e che gode di una propria dignità, riconducibile al

¹⁶⁵ Cfr. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., 66 ss.; VILLANI, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n.40*, cit., 45 ss.; MAZZONI, *Protezione del concepito: dal nominalismo giuridico all'uomo "in quanto tale"*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da RODOTÀ e ZATTI, II, *Il governo del corpo*, a cura di CANESTRARI – FERRANDO – MAZZONI – RODOTÀ – ZATTI, Giuffrè, 2011, 1299 ss., il quale precisa che “La tutela della vita prima della nascita può essere propugnata come valore di interesse generale e di valenza costituzionale indipendentemente dal fatto che il sistema ne qualifichi in senso soggettivo l'appartenenza. Il nostro sistema costituzionale (...) contiene una tutela del concepito come interesse proprio, in quanto protegge la vita umana nel suo complesso, così come protegge la maternità, l'infanzia, la gioventù (art. 31 Cost.). Per queste nozioni non c'è stato bisogno di far ricorso a qualità soggettive”.

¹⁶⁶ Corte Cost., 18 febbraio 1975, n. 27, cit.

¹⁶⁷ Corte Cost., 11 novembre 2015, n. 229, cit.

¹⁶⁸ Corte Cost., 13 aprile 2016, n. 84, cit.

precetto generale dell'art. 2 Cost.

Partendo da questa premessa, la giurisprudenza di legittimità si è interrogata in diverse occasioni sulla qualificazione giuridica del concepito, fornendo nel tempo soluzioni diverse. Prevalentemente tale nodo problematico è stato affrontato con riferimento alla questione della risarcibilità del “danno da nascita indesiderata”, ovvero in relazione a quelle controversie giudiziarie in cui ciò che viene imputato al professionista sanitario non è di aver determinato o di non aver curato l’infermità del nato, ma di non averla tempestivamente o correttamente diagnosticata¹⁶⁹. Difatti, al fine di stabilire se si possa riconoscere o meno al nato malformato la legittimazione ad agire per il risarcimento, la giurisprudenza ha indagato quale statuto debba riconoscersi allo stesso nel momento in cui il medico pone in essere la presunta condotta lesiva.

In realtà, si deve precisare che le diverse considerazioni circa lo *status* giuridico del nascituro appaiono non significative rispetto al tema del danno da procreazione, posto che il riconoscimento del concepito quale soggetto di diritto non costituisce presupposto indispensabile per accordare tutela risarcitoria al nato. Invero, come da tempo messo in luce dalla dottrina¹⁷⁰ e

¹⁶⁹ Con l’espressione “danno da nascita indesiderata” si suole indicare ipotesi tra loro eterogenee, accomunate dal fatto che la condotta del medico ha portato alla nascita di un figlio non voluto. In particolare, alla categoria in esame vengono ricondotte: la nascita determinata da un fallito intervento di sterilizzazione; la nascita conseguente a un non riuscito intervento di interruzione di gravidanza; la nascita di un bambino affetto da malformazioni non diagnosticate. Cfr. GORGONI, *Il contratto tra la gestante ed il ginecologo ha effetti protettivi anche nei confronti del padre*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2003, 135 ss., a parere della quale i casi descritti danno vita rispettivamente “ad una nascita «non evitata», «non programmata», «non desiderata» – unificate, per un verso, dal fatto che, piuttosto che come dono o benedizione, la nascita si presenta come fonte di danno e, per l’altro, dalla ricorrenza di un difetto di informazione da parte del sanitario incidente sulla possibilità di ricorrere all’interruzione volontaria della gravidanza”. Per un’analisi generale del danno da procreazione, tra i molti, si vedano D’ANGELO (a cura di), *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Giuffrè, Milano, 1999; BILÒ, *Il danno nella procreazione: nascite mancate e nascite indesiderate*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, SESTA (a cura di), Utet, Torino, 2008, 463 ss.; ANGELOZZI, *Vita indesiderata e pretese risarcitorie del figlio*, *ibidem*, 531 ss.; FRANZONI, *L’illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da FRANZONI, II, Giuffrè, Milano, 2010, 1015 ss.

¹⁷⁰ Cfr. RESCIGNO, *Danno da procreazione*, cit., 49 ss.; FRANZONI, *Errore medico, diritto*

recentemente chiarito dalle Sezioni Unite¹⁷¹, l'evento di danno si perfeziona dopo la nascita, ovvero quando già esiste un soggetto giuridico, anche se la condotta lesiva è riconducibile a un momento anteriore. Ad ogni modo, seppure non rilevanti in ordine al profilo della responsabilità civile, le interpretazioni fornite dalla Suprema Corte costituiscono un importante tassello nel controverso dibattito in ordine all'identità e allo statuto dell'embrione.

In particolare, si deve ricordare la sentenza n.10741 del 2009, con cui la Corte di Cassazione ha ribadito che nel nostro ordinamento non sussiste un "diritto a non nascere" o "a non nascere se non sano"¹⁷². Mettendo da parte le riflessioni in ordine alla configurabilità di tale diritto, occorre sottolineare che, in questa occasione, i giudici di legittimità hanno riconosciuto al concepito, limitatamente ad alcuni interessi protetti, la qualifica di "soggetto giuridico", precisando che non vi è coincidenza tra soggetto e persona. Dunque, secondo la

di non nascere, diritto di nascere sano, in *La Responsabilità Civile*, 2005, 486 ss.; ID., *L'Illecito*, cit., il quale scrive: "è condivisibile l'idea che vede perfezionarsi un illecito quando il soggetto sia venuto ad esistenza, poiché l'art. 2043 c.c. non richiede la contemporaneità tra condotta e pregiudizio e, quindi, l'esistenza del soggetto passivo al momento dell'illecito".

¹⁷¹ Cass., S.U., 22 dicembre 2015, n. 25767, in *Danno e Responsabilità*, 4, 2016, 349 ss., con nota di CACACE, *L'insostenibile vantaggio di non esser nato e la contraddizione che non consente*; in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 1, 2016, 152 ss., con nota di GORGONI, *Una sobria decisione "di sistema" sul danno da nascita indesiderata*. In particolare, la Corte di Cassazione ha precisato che "non è punto indispensabile elevare il nascituro a soggetto di diritto, dotato di capacità giuridica - contro il chiaro dettato dell'art. 1 c.c. - per confermare l'astratta legittimazione del figlio disabile ad agire per il risarcimento di un danno le cui premesse fattuali siano collocabile in epoca anteriore alla sua stessa nascita. (...) Questa Corte ha già da tempo negato, pur se in ipotesi di danno provocato al feto durante il parto, che l'esclusione del diritto al risarcimento possa affermarsi su solo presupposto che il fatto colposo si sia verificato anteriormente alla nascita: definendo erronea la concezione che, a tal fine, ritiene necessaria la sussistenza di un rapporto intersoggettivo ab origine tra danneggiante e danneggiato. Ed ha concluso che, una volta accertata l'esistenza di un rapporto di causalità tra un comportamento colposo, anche se anteriore alla nascita, ed il danno che ne sia derivato al soggetto che con la nascita abbia acquistato la personalità giuridica, sorge e dev'essere riconosciuto in capo a quest'ultimo il diritto al risarcimento".

¹⁷² Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Danno e Responsabilità*, 2010, 144 ss., con nota di DI CIOMMO, *Giurisprudenza-normativa e "diritto a non nascere se non sano"*. *La Corte di cassazione in vena di revirement?*; in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2009, 1258 ss., con nota di CRICENTI, *Il concepito soggetto di diritto ed i limiti dell'interpretazione*; in *Il Corriere Giuridico*, 2010, 365 ss., con nota di LISERRE, *In tema di responsabilità del medico per il danno del nascituro*. Con questa sentenza, la Corte di Cassazione ha aderito a quell'orientamento che trova il proprio caposaldo nella sentenza Cass. 29 luglio 2004, n. 14488, in *Famiglia e Diritto*, 2004, 559 ss., con nota di FACCI, *Wrongful life: a chi spetta il risarcimento del danno?*.

Corte, oggi per soggettività giuridica deve intendersi «una nozione senz'altro più ampia di quella di capacità giuridica delle persone fisiche (che si acquista con la nascita *ex art. 1 c.c., comma 1*), con conseguente non assoluta coincidenza, da un punto di vista giuridico, tra soggetto e persona, e di quella di personalità giuridica (con riferimento agli enti riconosciuti, dotati conseguentemente di autonomia “perfetta” sul piano patrimoniale): sono soggetti giuridici, infatti, i titolari di interessi protetti, a vario titolo, anche sul piano personale, nonché gli enti non riconosciuti (che pur dotati di autonomia patrimoniale “imperfetta” sono idonei a essere titolari di diritti ed a esercitarli a mezzo dei propri organi rappresentativi)». In altri termini, la Corte di Cassazione ha operato una scissione tra soggettività e capacità giuridica, attribuendo al nascituro la titolarità di alcuni interessi personali in via diretta, quali il diritto alla vita, il diritto alla salute, il diritto all'onore e il diritto all'identità personale, «rispetto ai quali l'avverarsi della *condicio iuris* della nascita *ex art. 1 c.c., comma 2, (...)* è condizione imprescindibile per la loro azionabilità in giudizio a fini risarcitori».

Com'è stato osservato, l'impostazione adottata nel 2009 dalla giurisprudenza di legittimità si fonda sull'errato convincimento che per poter proteggere una determinata entità occorre istituirla come soggetto di diritto¹⁷³. Invero, tale qualificazione rappresenta piuttosto una tecnica di attribuzione di diritti e di obblighi, ma non costituisce elemento indispensabile affinché l'ordinamento giuridico possa accordare spazi e strumenti di tutela.

Alla luce di tale considerazione, le successive pronunce dalla Corte di Cassazione hanno fatto propria una diversa qualificazione giuridica della vita umana prenatale, ovvero quella del concepito come “*oggetto di tutela*”¹⁷⁴.

¹⁷³ Cfr. CRICENTI, *Il concepito soggetto di diritto ed i limiti dell'interpretazione*, cit., 1269 ss., il quale osserva che “il soggetto di diritto è una tecnica di imputazione di situazioni giuridiche, non è una tecnica di tutela di entità protette”.

¹⁷⁴ In tal senso, CRICENTI, *Il concepito soggetto di diritto ed i limiti dell'interpretazione*, cit., 1273 ss.; MAZZONI, *I diritti dell'embrione e del feto nel diritto privato. Rapporto sull'Italia*, cit., 124 ss. In senso critico, si vedano, invece, SENIGAGLIA, *Vita prenatale e autodeterminazione: alla ricerca di un “ragionevole” bilanciamento tra interessi contrapposti*,

Nello specifico, quest'ultima soluzione esegetica è stata affermata dapprima con la sentenza n.16754 del 2012¹⁷⁵ e in seguito con la pronuncia delle Sezioni Unite n. 25767 del 2015¹⁷⁶. Queste due decisioni giungono a soluzioni diverse in ordine al profilo della risarcibilità del danno direttamente al nato malformato, affermandola nella prima ipotesi e negandola nella seconda. Ad ogni modo, entrambe condividono l'idea di partenza secondo cui il concepito non vada tutelato come soggetto, non sia cioè la categoria della soggettività giuridica ad operare, ma vada protetto in quanto “oggetto di tutela”. Questa ricostruzione si ricollega ai principi affermati dalla Corte Costituzionale sopra richiamati, per cui il concepito non può essere considerato persona, ma ciò non esclude che lo stesso sia destinatario di tutela giuridica. La Suprema Corte, infatti, mette in luce come tale principio informi diverse norme del nostro ordinamento, tra cui l'art. 1, comma 1, l. 40/2004 e l'art. 1 l. 194/1978.

Invero, è stato osservato come non risulta possibile attribuire «una soggettività incapace di tradursi in concrete situazioni di titolarità esercitabili in rapporto con posizioni analoghe»¹⁷⁷. Dunque, non può qualificarsi soggetto di diritto il concepito, ovvero un'entità che non agisce all'interno di rapporti giuridici, ma che acquista tale capacità solo al momento della nascita¹⁷⁸.

cit., 1559 ss., nonché CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2015, 91 ss.

¹⁷⁵ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754 in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2013, 175 ss., con nota di PALMERINI, *Nascite indesiderate e responsabilità civile: il ripensamento della Cassazione*; in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2013, 79 ss., con nota di GIACOBBE, “*Sul miserabile ruolo del diritto...non altro. Non oltre*”. *Ovvero degli itinerari della giurisprudenza normativa*.

¹⁷⁶ Cass., S.U., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit.

¹⁷⁷ LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., 66.

¹⁷⁸ Cfr. CRICENTI, *Il concepito soggetto di diritto ed i limiti dell'interpretazione*, cit., 1273 ss., il quale osserva che “la soggettività non è una conseguenza dell'essere persone, è un'astrazione dell'ordine giuridico, un punto di imputazione personalizzato delle regole giuridiche; prova ne sia che il soggetto di diritto ha normalmente un individuo come sostrato, ma può anche averne di molteplici, come nel caso degli enti collettivi, o non averne affatto, come dimostra la teoria giuridica dell'assenza”. Risulta opportuno richiamare altresì le considerazioni di D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Milano, 1969, 251 ss., il quale scrive che “alla base della soggettività giuridica vi è una capacità di comportamento”.

4.1. (Segue) *Le soluzioni elaborate dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.*

Esaminate le soluzioni adottate della giurisprudenza di legittimità, risulta ora opportuno un breve sguardo all'elaborazione della giurisprudenza sovranazionale.

In particolare, il tema controverso dello statuto giuridico dell'embrione è stato affrontato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel noto caso *Vo c. Francia*¹⁷⁹, riguardante l'accusa di omicidio avanzata nei confronti di un medico francese, il quale, con la sua condotta colposa, aveva reso necessario il ricorso ad un aborto terapeutico.

In primo grado, il Tribunale di Lione assolse il sanitario, alla luce della considerazione che il feto non era qualificabile come persona ai sensi del diritto penale francese, posto che lo stesso non è in grado di sopravvivere autonomamente. Questa decisione venne poi ribaltata dalla Corte d'appello, la quale fece propria un'interpretazione estensiva del termine "persona", tale da ricomprendere anche un feto di 21 settimane. Nello specifico, quest'ultima interpretazione era stata elaborata in forza dei principi di rango sovranazionale che statuiscano che a ciascun "essere umano" deve essere riconosciuto il diritto alla vita (art. 2 Cedu). La Corte di Cassazione francese, tuttavia, dichiarò illegittima la soluzione esegetica adottata in secondo grado e ripristinò la qualificazione giuridica del concepito proposta dal Tribunale. Di fronte a questa conclusione giurisprudenziale, la donna che aveva subito l'aborto decise di interpellare la Corte di Strasburgo, rilevando come la decisione delle autorità francesi, le quali avevano rifiutato di sanzionare penalmente l'uccisione

¹⁷⁹ Corte eur. dir. uomo, 8 luglio 2004, *Vo v. France*, in www.echr.coe.int. Al riguardo cfr. CANALE, *La qualificazione giuridica della vita umana prenatale*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da RODOTÀ e ZATTI, II, *Il governo del corpo*, a cura di CANESTRARI – FERRANDO – MAZZONI – RODOTÀ – ZATTI, Giuffrè, 2011, 1253 ss.

colposa del feto, comportava una violazione dell'art. 2 Cedu, in base al quale «Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge».

L'istanza della signora Vo, tuttavia, non trovò accoglimento. In questa occasione, infatti, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha avuto modo di precisare che l'individuazione dello statuto giuridico dell'embrione e/o del feto, nonché la determinazione del punto di partenza del diritto alla vita, rientra nella discrezionalità degli Stati membri. Si è osservato come nel panorama europeo non vi è consenso in ordine alla definizione scientifica e giuridica dell'inizio della vita, seppure è possibile individuare elementi di protezione degli embrioni, rispetto ai progressi scientifici, alle possibili manipolazioni genetiche, alla procreazione medicalmente assistita o, ancora, all'attività di sperimentazione. Dunque, secondo la Corte di Strasburgo, l'unico elemento che accomuna i diversi ordinamenti statali e le fonti sovranazionali è il riconoscimento che l'embrione e il feto appartengono alla specie umana. Ad ogni modo, da tale considerazione non deriva la titolarità del diritto alla vita. Sulla base dell'art. 2 Cedu, il diritto alla vita spetta esclusivamente alle “persone” e non, genericamente, a qualsiasi “essere umano”.

Questi principi sono stati poi ribaditi in altre decisioni della Corte sovranazionale¹⁸⁰. Tra queste, in particolare, deve essere ricordata la sentenza sul caso *Parrillo c. Italia*¹⁸¹, con la quale i giudici di Strasburgo hanno statuito che il divieto di sperimentazione sugli embrioni umani posto dalla l. n. 40/2004

¹⁸⁰ Cfr. Corte eur. dir. uomo, 10 aprile 2007, *Evans c. Regno Unito*, per un commento della quale si veda Bozzi, *Il consenso al trattamento di fecondazione assistita tra autodeterminazione procreativa e responsabilità genitoriale*, in *Europa e Diritto Privato*, 2008, 225 ss.; Corte eur. dir. uomo, 16 dicembre 2010, *A, B e C c. Irlanda*, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di COLELLA, *Un'importante pronuncia della Corte europea in tema di bilanciamento tra diritti della donna e tutela del nascituro*; Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 3 novembre 2011, n.57813/00, *S. H. e altri c. Austria*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, I, 2012, 224 ss., con nota di MURGO, *La Grande Chambre decide sulla fecondazione eterologa e la rimette all'apprezzamento degli Stati contraenti*.

¹⁸¹ Corte eur. dir. uomo, 27.8.2015, ric. 46470/11, *Parrillo c. Italia*, in www.echr.coe.int. Per un commento della sentenza si veda RIVERA, *La tutela della vita e la “proprietà” dell'embrione umano. Osservazioni a margine della sentenza CEDU, Parrillo c. Italia (ric.46470/11)*, in *DPCE online*, 4/2015, nonché PARDINI, *Libertà di ricerca scientifica e tutela dell'embrione*, cit.

non viola l'art. 8 Cedu (diritto al rispetto della vita privata) né l'art. 1 del Prot. n. 1 Cedu (diritto di proprietà). Pur non approfondendo il tema controverso dello statuto giuridico della vita prenatale, infatti, la Corte ha escluso l'applicabilità dell'articolo 1 del protocollo addizionale, posto che non è possibile ridurre gli embrioni a *possessions*, secondo il significato proprio della norma richiamata. Dunque, il giudice sovranazionale ha escluso che l'embrione possa qualificarsi come "bene", trattandosi di un'entità biologica unica, che appartiene alla specie umana e che condivide il patrimonio genetico con i progenitori.

5. *Considerazioni conclusive.*

La questione della posizione giuridica del concepito è tutt'altro che recente se è vero che già il diritto romano prendeva in considerazione *qui in utero est*, rendendolo destinatario di apposite prescrizioni¹⁸². Invero, la qualificazione della vita umana prenatale costituisce fonte inesauribile di dibattito, rispetto al quale, ad oggi, dottrina e giurisprudenza non sono ancora giunte ad una soluzione condivisa. Questo tema, poi, si è arricchito di nuove sfaccettature a seguito degli sviluppi della scienza e della tecnica, che hanno consentito la realizzazione del processo riproduttivo al di fuori del corpo della donna e la conseguente formazione dell'embrione *in vitro*. Per cui, si sono posti ulteriori quesiti circa il momento in cui tale entità biologica assuma rilevanza per il diritto, circa lo statuto da riconoscersi alla stessa e, ancora, in ordine alla tutela che debba essere approntata dall'ordinamento giuridico.

Da quanto esposto nelle pagine precedenti, emerge come il quadro normativo e giurisprudenziale in materia sia frastagliato e in parte ambiguo. Dunque, risulta indispensabile porre in essere un'operazione ricostruttiva al

¹⁸² In tema si veda BACCARI, *La difesa del concepito nel diritto romano. Dai Digesta dell'Imperatore Giustiniano*, Giappichelli, Torino, 2006.

fine di poter dare una risposta ai problemi applicativi che pone l'evoluzione scientifica, tra i quali si inserisce quello del destino degli embrioni residui.

Si è visto come, non solo in relazione al settore delle invenzioni biotecnologiche, ma anche con riferimento alla materia della procreazione medicalmente assistita, il legislatore italiano adotta un'interpretazione estensiva della nozione di embrione umano. Per cui, a differenza di quanto avviene in altri ordinamenti europei, non sussiste una diversificazione in base allo stadio di sviluppo embrionale, posto che l'inizio della vita umana, rilevante per il diritto, viene ricollegato al momento dell'incontro del gamete maschile e di quello femminile, sia che ciò avvenga nell'ambito di un processo procreativo naturale, sia che ciò si realizzi al di fuori del corpo umano grazie all'impiego delle tecniche di fecondazione assistita.

Ciò premesso, nonostante il silenzio del legislatore, da un'analisi sistematica delle norme dell'ordinamento è possibile tracciare alcune coordinate in ordine alla qualificazione giuridica dell'embrione.

In primo luogo, si è visto come l'embrione non possa essere considerato “*persona*”, né nel significato che questo termine assume nel diritto penale, ovvero come sinonimo di uomo, né nell'accezione tecnica di soggetto giuridico, qualità inscindibilmente connessa all'acquisto della capacità giuridica¹⁸³. Di conseguenza, anche la tutela dell'embrione/concepito apprestata dall'ordinamento deve necessariamente essere diversa da quella delineata per la persona che invece è già nata. In secondo luogo, l'embrione non può nemmeno essere ricondotto nella categoria del “*bene giuridico*”, trattandosi di un'entità

¹⁸³ Cfr. VILLANI, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n.40*, cit., 45 ss.; OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Rivista di diritto civile*, cit., 99 ss. MAZZONI, *Protezione del concepito: dal nominalismo giuridico all'uomo “in quanto tale”*, cit., 1299 ss.; VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, cit., 201 ss.; MARZOCCO, *In potenza o in atto? La Corte costituzionale e lo statuto normativo dell'embrione*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2016, 197 ss. Si vedano inoltre le considerazioni di CANALE, *La qualificazione giuridica della vita umana prenatale*, cit., 1268 ss., il quale sottolinea come “per quanto, nel linguaggio ordinario, sia sovente usato come sinonimo di «essere umano», il termine «persona» assume un significato affatto diverso nel linguaggio tecnico-giuridico”.

che può diventare un vero e proprio uomo. Dunque, la rigida alternativa dogmatica tra *res* e *persona* non risulta soddisfacente al fine di individuare lo statuto giuridico dell'embrione¹⁸⁴.

Seppure non possa qualificarsi come persona, l'embrione è comunque un essere appartenente alla specie umana. Invero, come sottolineato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, questa soluzione costituisce il denominatore comune dei diversi ordinamenti nazionali e delle fonti sovranazionali. In tal senso è stata interpretata anche la Dichiarazione sui diritti del fanciullo approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1959 a New York, nel cui preambolo è scritto che “il fanciullo, a causa della sua mancanza di maturità fisica ed intellettuale, necessita di una protezione e di cure particolari, ivi compresa una protezione legale appropriata, sia *prima* che *dopo* la nascita”¹⁸⁵. Dunque, la natura di *essere umano* impone che sia garantita una tutela giuridica tanto più intensa quanto più il suo processo di sviluppo in uomo sia vicino al completamento. Si devono riportare le parole di Zatti, il quale scrive che «l'ordinamento giuridico, facendo punto fermo su un modello primario che è lo *status* della persona, procede secondo un principio analogico: un'analogia discendente, via via che ci si allontana dalla soglia della nascita verso il termine del concepimento, ma condotta sul filo della continuità della qualificazione come *essere umano*; analogia che si misura di volta in volta con la singolarità dei conflitti di interesse, in tutti facendo riferimento ai medesimi

¹⁸⁴ Cfr. BUSNELLI, *Nascere (o anche “morire”) con dignità: un traguardo problematico per l'embrione*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 3, 2017, 393 ss.; SENIGAGLIA, *Vita prenatale e autodeterminazione: alla ricerca di un “ragionevole” bilanciamento tra interessi contrapposti*, cit., 1559 ss.; MARZOCCO, *In potenza o in atto? La Corte costituzionale e lo statuto normativo dell'embrione*, cit., 197 ss.; VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, cit., 201 ss., il quale scrive: “Perché, insomma, restringere il ragionamento giuridico nella rigida alternativa di concetti drasticamente contrapposti, negandogli ogni attitudine ad esprimere la categoria del divenire, che pure in ogni altra sede è utilizzata per una più esatta comprensione di una realtà nella quale, come è noto, niente si crea, niente si distrugge, tutto si trasforma?”.

¹⁸⁵ In questo passaggio del Preambolo la nostra Corte costituzionale ha riconosciuto l'espressione del principio della tutela della vita umana sin dal suo inizio. Si veda, in particolare, Corte Cost., 10 febbraio 1997, n. 35, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1, 1997, 281 ss., con nota di CASINI, *Verso un riconoscimento della soggettività giuridica del concepito?*, e di OLIVETTI, *La Corte e l'aborto, tra conferme e spunti innovativi*.

principi, non a un rigido modello protettivo”¹⁸⁶.

Dunque, i limiti posti a determinate attività aventi ad oggetto gli embrioni *in vitro* non si ricollegano alla necessità di tutelare l'embrione in quanto persona. Invero, anche quando, con riferimento all'embrione, la giurisprudenza parla di *dignità umana*, questa espressione non deve essere interpretata come riferimento alla dignità di una persona umana individuata. Sembra piuttosto farsi riferimento alla «dignità della vita umana (di un processo vitale umano)»¹⁸⁷. Per cui, in questa prospettiva, i limiti attinenti alla brevettabilità delle invenzioni biotecnologiche stabiliti a livello comunitario, nonché quelli riguardanti la ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni posti dalla normativa italiana, appaiono giustificati dall'esigenza di tutelare la dignità dell'embrione intesa come «divieto di instaurazione di un dominio dell'uomo sulla vita umana»¹⁸⁸.

Pertanto, risulta ancora attuale la descrizione dell'embrione come «germe della persona umana, non la *persona* e neanche l'*uomo*»¹⁸⁹. Nella misura in cui

¹⁸⁶ ZATTI, *Maschere del diritto, volti della vita*, cit., 26. Si vedano altresì le considerazioni di CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., 52 ss., il quale, come già anticipato, individua come principio di biodiritto penale “il principio della progressiva intensificazione della tutela penale in relazione all'evolvere degli stadi di sviluppo della vita prenatale”.

¹⁸⁷ VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, cit., 208. Si vedano altresì le considerazioni di MAZZONI, *I diritti dell'embrione e del feto nel diritto privato. Rapporto sull'Italia*, cit., 124, il quale osserva che “affermare che la vita umana è un valore fondamentale fin dal suo inizio non pregiudica né compromette valutazioni in ordine a «ciò che» dovrà diventare uomo. Il concepito è materia vivente, è vita umana, non uomo. Lo statuto dell'uomo non è lo statuto dell'embrione”.

¹⁸⁸ *Ibidem*, 208. In ordine al contenuto del concetto di dignità con riferimento all'embrione umano, si veda CANALE, *La qualificazione giuridica della vita umana prenatale*, cit., 1265 ss., il quale osserva che al pari del termine «essere umano» anche il termine «dignità» risulta fortemente indeterminato, “ne consegue che il valore della dignità, alla luce dei diversi significati che si presta ad assumere, consente di giustificare forme diverse di tutela della vita prenatale. Se in un ordinamento prevale – per quanto riguarda (...) la disciplina della sperimentazione sugli embrioni umani – l'idea di dignità come valore trascendente dell'uomo, qualificare l'embrione come «essere umano» giustifica la limitazione della libertà di ricerca in questo campo. Se in un altro ordinamento prevale invece il valore della dignità come autodeterminazione, le conseguenze della medesima qualificazione saranno diverse, poiché l'embrione non è dotato di autocoscienza e non può deliberare in modo autonomo”.

¹⁸⁹ OPPO, *L'inizio della vita umana*, in *Rivista di diritto civile*, I, 1982, 499 ss. (spec. 510). L'A. scrive: “Quel che è da ricercare è dunque una tutela autonoma della vita in formazione come «bene in sé», non strumentale o funzionale ad altri interessi, e sia pure in

si voglia individuare una categoria giuridica (intesa come strumento del procedimento argomentativo) nella quale ricondurre l'embrione, sembra potersi impiegare quella di “*oggetto di tutela*”, fatta propria dalla giurisprudenza di legittimità nelle sue pronunce più recenti. Difatti, il ricorso alla qualificazione di soggetto, in un'accezione diversa e più ampia rispetto a quella che trova fondamento nell'art. 1 c.c., rischia di accomunare sotto un unico denominatore realtà diverse, ostacolando così l'individuazione della disciplina e dei principi applicabili¹⁹⁰. Ad ogni modo, l'espressione “oggetto di tutela” non deve essere assimilata a quella di “bene”¹⁹¹, ma i due termini di cui essa si compone devono essere letti congiuntamente, nel senso di indicare un'entità destinataria di tutela giuridica. Così, al pari della maternità o della salute, l'embrione, quale vita umana in divenire, è oggetto di tutela, pur non essendo titolare di diritti soggettivi¹⁹². La conseguenza è che la tutela giuridica dell'embrione recede nel momento in cui si scontra con diritti riconducibili a un soggetto individuato, quali il diritto alla salute e il diritto all'autodeterminazione della donna.

Proprio quest'ultima considerazione, da un lato, ha guidato la riscrittura della legge n. 40 ad opera della giurisprudenza, portando alla caducazione di diversi divieti introdotti dal legislatore del 2004, dall'altro, come si vedrà in seguito, preclude il superamento in via interpretativa del divieto di ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni, rendendo necessario a tal fine un intervento legislativo.

termini non di diritti soggettivi ma (...) di «ordinamento oggettivo di valori».

¹⁹⁰ LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., 61 ss.

¹⁹¹ Cfr. SENIGAGLIA, *Vita prenatale e autodeterminazione: alla ricerca di un “ragionevole” bilanciamento tra interessi contrapposti*, cit., 1566 ss., il quale ritiene che la locuzione «oggetto di tutela», faccia “supporre, in stretta aderenza al dato lessicale, il riferimento all'oggetto della tutela giuridica, ovvero ai beni”.

¹⁹² Cfr. MAZZONI, *I diritti dell'embrione e del feto nel diritto privato. Rapporto sull'Italia*, cit., 124 ss., il quale scrive: “Ciò che propongo è di recuperare la valenza giuridica del nascituro sul piano dell'oggetto di tutela. Il sistema giuridico italiano conosce forme di tutela indipendenti dalla titolarità dei diritti che potrebbero essere fatti valere, qualora fossero esercitati direttamente. Si pensi alla tutela della salute, dell'ambiente, ovvero alla tutela dei «diritti degli animali». La tutela della vita è un valore in sé, prescinde dalla considerazione dell'individualità dell'essere umano”.

CAPITOLO III

LE SCELTE RELATIVE AL DESTINO DEGLI EMBRIONI RESIDUI

SOMMARIO: 1. Divieto di soppressione degli embrioni non destinati all'impianto – 2. Donazione degli embrioni diretta allo sviluppo con utilizzo nel procedimento procreativo da parte di terzi. – 3. La destinazione degli embrioni alla ricerca scientifica. – 3.1. (*Segue*) Il quadro europeo e le alternative possibili volte al superamento del divieto di ricerca clinica e sperimentale.

1. *Divieto di soppressione degli embrioni non destinati all'impianto.*

Nelle pagine precedenti si è messo in luce come il progressivo scardinamento della legge n. 40 del 2004 ad opera della giurisprudenza abbia reso nuovamente attuale il problema del destino degli embrioni residui.

La relazione del Ministero della Salute sull'attuazione della legge 40/2004, presentata il 29 giugno 2017¹⁹³, ha rilevato che nel 2015 – anno di riferimento – su un totale di 111.364 embrioni formati, ne sono stati crioconservati 34.490. Il numero degli embrioni crioconservati successivamente alla loro formazione è aumentato quasi del 20,0 %, nonostante siano diminuiti gli embrioni formati e trasferiti. Come si è visto, tale aumento è conseguente all'applicazione della sentenza 151/2009 della Corte Costituzionale, che ha eliminato il numero massimo di tre embrioni da formare e trasferire in un unico impianto, e della sentenza n. 96 del 2015, con cui è

¹⁹³ Relazione del Ministro della Salute al Parlamento sullo stato di attuazione della Legge 19 febbraio 2004 n. 40 contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita (Legge 19 febbraio 2004 n. 40, art. 15), Roma, 29 giugno 2017, in www.salute.gov.it.

stato riconosciuto il diritto di accesso alle tecniche di PMA e alla diagnosi preimpianto anche alle coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili.

L'art. 14, comma 1, della legge n. 40 del 2004 pone espressamente il divieto di soppressione degli embrioni. Anche questa disposizione ha formato oggetto di giudizio davanti la Consulta, la quale, con sentenza n. 229 del 2015, ha dichiarato infondata la relativa questione di legittimità costituzionale¹⁹⁴.

Nello specifico, la questione era stata posta con riferimento a una particolare categoria di embrioni, ovvero gli embrioni soprannumerari e affetti da malattie genetiche, accertate a seguito di diagnosi genetica preimpianto. La Corte, dunque, ha anzitutto precisato che la «malformazione non ne giustifica, sol per questo, un trattamento deteriore rispetto a quello degli embrioni sani», pure creati in sovrannumero. Infatti, secondo la Consulta, occorre «tutelare la dignità dell'embrione, alla quale non può parimenti darsi, allo stato, altra risposta che quella della procedura di crioconservazione. 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».

Dunque, in questa occasione, la Corte Costituzionale ha qualificato la mera soppressione degli embrioni residui come attività contraria alla dignità umana dell'embrione.

Sembra pertanto registrarsi un contrasto rispetto a quanto statuito dalla stessa Consulta nella successiva sentenza n. 84 del 2016, con la quale, come si vedrà meglio in seguito, si è ammesso che il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, possa consentire lo svolgimento dell'attività di ricerca scientifica sugli embrioni residui, attività che può condurre alla loro soppressione o, comunque, compromissione. Questa divergenza si spiega nella

¹⁹⁴ Corte Cost., 11 novembre 2015, n. 229, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 6, 2015, 2106 ss., con nota di CHIEFFI, *L'irragionevole obbligo di crioconservazione degli embrioni selezionati e abbandonati in seguito ad indagine genetica preimpianto*.

misura in cui si osserva che nel caso della sperimentazione sugli embrioni viene in rilievo la libertà di ricerca scientifica, tutelata dall'art. 9 Cost., e i vantaggi che la stessa comporta, mentre, nel caso della mera soppressione dell'embrione residuo non vi è alcun interesse contrapposto, costituzionalmente rilevante, che possa giustificare il superamento del divieto¹⁹⁵. In altri termini, dalle pronunce del Giudice delle Leggi sembra emergere il principio secondo cui la tutela dell'embrione, che trova fondamento nell'art. 2 Cost., può essere affievolita esclusivamente quando si pone in contrasto con diritti riconducibili a un soggetto individuato, come il diritto alla salute della donna, o comunque quando vengono in rilievo altri interessi costituzionalmente tutelati.

Posto il divieto di soppressione degli embrioni, l'unica ipotesi che attualmente si profila è quella della crioconservazione *ad infinitum* degli stessi. Pertanto, l'operatore del diritto è chiamato a interrogarsi su una diversa destinazione degli embrioni residui, individuando le soluzioni che risultino compatibili con i principi costituzionali nonché con i principi espressi dagli organi sovranazionali, nella consapevolezza che con riferimento a questo controverso tema le categorie tradizionali del diritto si mostrano spesso inadeguate.

2. *Donazione degli embrioni diretta allo sviluppo con utilizzo nel procedimento procreativo da parte di terzi.*

Una prima soluzione è quella della destinazione degli embrioni non impiantati ad altre coppie rispetto a quelle che hanno avviato la procedura di fecondazione assistita.

Durante i lavori parlamentari, questa ipotesi era stata qualificata con

¹⁹⁵ LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Giuffrè, Milano, 2017, 257 ss.

l'espressione «adozione prenatale» o «adozione embrionale»¹⁹⁶, individuandola come possibile soluzione per gli embrioni crioconservati già esistenti al momento dell'approvazione della legge n. 40. Tuttavia, la proposta di questa particolare forma di adozione non ebbe alcun seguito, da un lato, per l'opposizione di coloro che vedevano nella dichiarazione di adottabilità del concepito la equiparazione dei non nati ai già nati, dall'altro, per l'opposizione di chi, pur sostenendo la qualificazione del concepito come soggetto, vedeva in questa soluzione una porta di ingresso per la fecondazione eterologa vietata dalla legge¹⁹⁷.

Nel 2005, sull'argomento è intervenuto anche il Comitato Nazionale per la Bioetica, il quale ha consigliato al legislatore di prendere nuovamente in considerazione tale soluzione, qualificandola nei termini di «adozione per la nascita (APN)»¹⁹⁸. Ad avviso del Comitato, questa forma di adozione rappresenterebbe «una adeguata e ragionevole soluzione bioetica», nella prospettiva di proteggere e salvaguardare l'embrione «con la finalità primaria dell'ottenimento della nascita (valore prioritario rispetto ad altri valori)». Peraltro, questa stessa posizione era già stata espressa nel documento «Identità e statuto dell'embrione umano»¹⁹⁹, ove il Comitato aveva sottolineato la

¹⁹⁶ Tale forma di adozione era contenuta nella proposta n. 4048, intitolata *Disciplina della procreazione medicalmente assistita*, presentata alla Camera da Alessandro Cè. Parlano di adozione prenatale, come auspicabile soluzione del problema degli embrioni residui, SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giuffrè, Milano, 2004, 102 ss.; VILLANACCI, *Il concepito nell'ordinamento giuridico. Soggettività e statuto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, 132 ss.; CAPOLUONGO, *Il problema degli embrioni residui*, in DOSSETTI – LUPO - MORETTI (a cura di), *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità*, Giuffrè, 2010, 178 ss.

¹⁹⁷ Sui termini del dibattito si rinvia al commento dell'art. 17 (Disposizioni transitorie) della l. 40/2004 contenuto nel volume CASINI – CASINI – DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40, «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita»*, Giappichelli, Torino, 2004, 269 ss.

¹⁹⁸ Comitato Nazionale per la Bioetica, *Adozione per la nascita degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (PMA)*, 18 novembre 2005. Il Comitato usa questa espressione intendendo richiamare l'adozione legittimante e la sua disciplina, pur consapevole della differenza fra i due istituti.

¹⁹⁹ Comitato Nazionale per la Bioetica, *Identità e statuto dell'embrione umano*, 22 giugno 1996.

necessità di garantire agli embrioni «una possibilità di vita e di sviluppo» e prospettato «la soluzione che essi fossero messi a disposizione di eventuali altre coppie intenzionate ad assicurare il loro trasferimento e la loro nascita».

Tuttavia, l'impiego del termine “*adozione*” è stato messo in discussione da alcuni componenti dello stesso Comitato Nazionale per la Bioetica. In particolare, si è sottolineato come questa espressione presuppone una qualificazione dell'embrione come *persona*, soluzione che, come si legge nel richiamato documento in ordine all'identità e lo statuto dell'embrione umano, risulta tutt'altro che condivisa²⁰⁰. In questa prospettiva, si è suggerito l'utilizzo della diversa espressione “*donazione a fini di nascita*”.

Anche in dottrina si è messo in luce come il fenomeno indicato con l'espressione “*adozione per la nascita*”, più che come *species* dell'adozione legittimante, risulta riconducibile piuttosto al fenomeno della donazione di parti del proprio corpo²⁰¹. Invero, come si è visto nel capitolo precedente, da

²⁰⁰ Cfr. Postilla a Comitato Nazionale per la Bioetica, *Adozione per la nascita degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (PMA)*, cit. In particolare, il Prof. Carlo Flamingni ha osservato che “Il documento sull'«adozione» degli embrioni congelati e abbandonati non è condivisibile per differenti motivi. Anzitutto afferma in modo dogmatico e «definitivo» che l'embrione è persona, individuo, «uno di noi», concetto che non si può considerare certamente né unico né condiviso. Il trasferimento in utero di questi embrioni è così previsto solo per la salvezza del povero «embrione persona»; a chi avrebbe anche potuto prendere in esame una donazione di embrioni abbandonati, per il beneficio delle coppie che non possono avere figli, è stato in pratica impedito di partecipare alla discussione. Se si esclude che l'embrione sia persona non è più possibile parlare di adozione, bisogna utilizzare termini diversi, come «donazione». Ritengono che la pratica in esame possa essere più adeguatamente descritta con l'espressione “donazione a fini di nascita” i proff. Luisella Battaglia, Cinzia Caporale, Isabella Coghi, Silvio Garattini, Laura Guidoni, Demetrio Neri, Alberto Piazza, Marco Scarpelli, Michele Schiavone, i quali, nel condividere “le argomentazioni a sostegno del fatto che l'adozione legittimante e la cosiddetta adozione per la nascita (APN) costituiscono fattispecie con profonde differenze, per le quali, peraltro, lo stesso CNB raccomanda al legislatore di formulare regole non coincidenti e diversamente ispirate”, sottolineano “come lo stesso «porre in primo piano i valori di solidarietà, generosità e responsabilità e irrevocabilità dell'atto» che secondo il Documento caratterizzerebbe il comportamento dei «genitori o del genitore deciso a portare a nascita un embrione residuale e abbandonato», potrebbe essere attribuito, in modo del tutto equivalente, a coloro che donano a fini di nascita gli embrioni residuali, i quali agiscono con il medesimo spirito di solidarietà, generosità e responsabilità, e in modo irrevocabile”.

²⁰¹ Cfr. BALDINI, *Note in tema di c.d. adozione per la nascita (a margine di un recente parere del CNB)*, in BALDINI – SOLDANO (a cura di), *Tecnologie riproduttive e tutela della persona: verso un comune diritto europeo per la bioetica*, Firenze University Press, 2007, 243 ss., il quale sottolinea come “la qualificazione in termini di adozione o donazione a fini di

un'analisi sistematica dell'ordinamento nazionale emerge che l'embrione creato *in vitro* non può considerarsi persona o soggetto giuridico, con la conseguenza che mancano i presupposti soggettivi dell'istituto dell'adozione. Inoltre, si è osservato che «la condizione per il provvedimento giudiziale di dichiarazione dello stato di adottabilità del minore – stato di abbandono morale e materiale non transitorio – comporta valutazioni, indagini circa la sussistenza di requisiti e condizioni oggettive (e soggettive) dei genitori biologici e di quelli c.d. sociali, del tutto diverse rispetto a quelle ipotizzabili nel caso in esame»²⁰².

Così come nell'indagine relativa all'identità e allo statuto dell'embrione il ricorso ai concetti giuridici tradizionali si rivela insoddisfacente, non potendosi qualificare tale entità biologica né come *persona* né come *res*, anche con riferimento alla sua destinazione non è possibile porre in essere un mero rinvio a categorie consolidate.

Escluso il rimando all'istituto dell'adozione, l'analogia con gli atti di disposizione del corpo appare maggiormente coerente con la natura dell'embrione, il quale deve considerarsi un'entità biologica, che appartiene alla specie umana e che condivide con i progenitori il patrimonio genetico. Invero, la collocazione apicale riconosciuta alla persona umana dalla Costituzione (artt. 2 e 3) e dalle fonti sovranazionali (basti pensare all'art. 2 del Trattato sull'Unione Europea) ha portato ad un mutamento del significato attribuito alla

nascita non sia solo una questione nominalistica ma di sostanza. In tale prospettiva si osserva che gli elementi essenziali che connotano la fattispecie devono rinvenirsi innanzitutto in capo ai genitori biologici che in quanto titolari dell'embrione soprannumerario (...) compiono in piena libertà e consapevolezza l'atto dispositivo (*ex art. 13 Cost.*), in adempimento di un fondamentale dovere di solidarietà sociale, costituzionalmente tutelato *ex art. 2 Cost.*”. In termini di “donazione di embrioni” si esprime anche LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, cit., 242 ss. Si vedano altresì le osservazioni di BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, in *Rivista di diritto civile*, 2004, 533 ss., il quale, pur non parlando di donazione, scrive: “Certo è che l'introduzione legislativa (se non di una vera e propria adozione prenatale, almeno) di una eccezionale figura di «accoglienza degli embrioni» potrebbe costituire un apprezzabile strumento di protezione preventiva degli embrioni altrimenti destinati a confluire, una volta persa la presumibile idoneità all'impianto in utero, nella zona contrassegnata dalla «scelta tragica» tra soppressione o utilizzo a fini di ricerca”.

²⁰² Cfr. BALDINI, *Note in tema di c.d. adozione per la nascita (a margine di un recente parere del CNB)*, cit., 246.

sfera corporea, escludendo una considerazione del corpo e delle sue parti in termini di cose ma, al contrario, configurandoli come espressione della personalità dell'individuo²⁰³. Per cui, gli «atti di disposizione del proprio corpo» devono intendersi quali «manifestazioni di volontà unilaterali o bilaterali volte a realizzare un assetto di interessi di natura esistenziale»²⁰⁴.

In questa prospettiva, si potrebbe parlare di un potere di disposizione degli embrioni, precisando però che con tale espressione non si vuole invocare il modello dominicale, ma piuttosto indicare il potere di manifestare la propria volontà in ordine alla destinazione di un'entità biologica con cui si condivide il patrimonio genetico e che è stata creata nell'ambito di un originario progetto genitoriale. In altri termini, il potere di disposizione degli embrioni cui si intende fare riferimento costituisce espressione del principio di autodeterminazione, sia in ordine agli atti che incidono sulla propria sfera corporea e sui propri dati genetici, sia in ordine alle scelte attinenti alla vita privata, ovvero alle conseguenze derivanti dalle scelte procreative poste in essere dal soggetto. Peraltro, come si vedrà meglio in seguito, in termini di autodeterminazione con riferimento alla scelta intorno al destino degli embrioni residui si è espressa anche la Corte Europea dei diritti dell'Uomo nel caso *Parrillo c. Italia*²⁰⁵, relativo al divieto di sperimentazione sugli embrioni umani posto dalla l. n. 40/2004.

Ad ogni modo, questo potere deve modularsi in ragione della natura umana dell'embrione e, pertanto, devono escludersi quelle esplicazioni che

²⁰³ Cfr. tra i molti, VENUTI, *Corpo (atti di disposizione del)*, in MARTUCCELLI – PESCATORE (a cura di), *Diritto Civile*, Giuffrè, 2011, 493 ss.; RESTA, *Disposizione del corpo. Regole di appartenenza e di circolazione*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da RODOTÀ e ZATTI, II, *Il governo del corpo*, a cura di CANESTRARI – FERRANDO – MAZZONI – RODOTÀ – ZATTI, Giuffrè, 2011, 820 ss.; ROSSI, *Corpo umano (atto di disposizione sul)*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, VII, Utet, Torino, 2012, 216 ss.; ALPA – ANSALDO, *Le persone fisiche*, in *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 2013, 359 ss.; RAPISARDA, *Brevi note sullo statuto giuridico del materiale biologico umano*, in *Europa e Diritto Privato*, 2, 2017, 625 ss.

²⁰⁴ VENUTI, *Corpo (atti di disposizione del)*, in MARTUCCELLI – PESCATORE (a cura di), *Diritto Civile*, Giuffrè, 2011, 494.

²⁰⁵ Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 27 agosto 2015, ric. 46470/11, *Parrillo c. Italia*, in www.echr.coe.int.

stridano con la dignità dello stesso, da intendersi, come precisato nel precedente capitolo, non come dignità di una persona umana individuata, quanto piuttosto come «dignità della vita umana (di un processo vitale umano)»²⁰⁶. Sicuramente compatibile con questa accezione di dignità è la destinazione allo sviluppo con utilizzo nel procedimento procreativo da parte di terzi, posto che essa consente la massima esaltazione del processo vitale umano, ovvero la possibilità del suo completamento e della nascita di una persona, e risponde al dovere fondamentale di solidarietà sociale, costituzionalmente tutelato *ex art. 2 Cost.*

Dunque, l'utilizzo dell'espressione “donazione a fini procreativi” o “donazione di embrioni”, permetterebbe di evitare l'incerto e lacunoso raccordo con la normativa vigente in tema di adozione e operare, invece, il rinvio alla materia degli atti di disposizione del corpo e ai principi che la governano. In particolare, le due regole che informano la materia sono quelle del consenso libero e informato e del divieto di fare del corpo umano e delle sue parti una fonte di lucro. Pertanto, attesa la rilevanza della scelta e la sua natura personalissima, lo Stato non potrà sostituirsi alla coppia e assumere per conto di questa tale decisione, ma occorrerà il relativo consenso informato²⁰⁷. A tal fine, potrebbe ampliarsi ulteriormente il contenuto dell'informativa che il sanitario è tenuto a fornire in sede di accesso alla fecondazione assistita, così che i richiedenti possano manifestare con consapevolezza la propria volontà, salva la possibilità di revoca del consenso fino al momento dell'eventuale esecuzione dell'atto di disposizione dell'embrione (vale a dire dell'impianto nell'utero della donna destinataria della donazione).

Una soluzione analoga è prevista dagli artt. L2141-5 e L2141-6 del codice della sanità pubblica francese, i quali indicano il fenomeno in esame con l'espressione «accoglienza dell'embrione». Si tratta un'accoglienza fondata

²⁰⁶ Cfr. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Giappichelli, Torino, 2012, 208 ss.

²⁰⁷ Cfr. BALDINI, *Note in tema di c.d. adozione per la nascita (a margine di un recente parere del CNB)*, cit., 247 ss.

sul consenso scritto della coppia che è all'origine del concepimento e subordinata a un'autorizzazione dell'autorità giudiziaria che deve previamente valutare l'idoneità all'accoglienza della coppia richiedente, fermo restando che «nessun pagamento, quale che ne sia la forma, può essere effettuato a favore della coppia che ha rinunciato all'embrione»²⁰⁸.

Peraltro, la possibilità di donare gli embrioni non impiantati ad altre coppie appare una soluzione valida anche alla luce della sentenza n. 162 del 2014²⁰⁹, con cui è stata dichiarata l'incostituzionalità del divieto assoluto di fecondazione eterologa²¹⁰. In merito, si deve ricordare che le Linee guida

²⁰⁸ Code de la santé publique - Article L2141-6: “Un couple répondant aux conditions prévues à l'article L. 2141-2 peut accueillir un embryon lorsque les techniques d'assistance médicale à la procréation au sein du couple ne peuvent aboutir ou lorsque le couple, dûment informé dans les conditions prévues à l'article L. 2141-10, y renonce. L'accueil de l'embryon est subordonné à une décision de l'autorité judiciaire, qui reçoit préalablement le consentement écrit du couple à l'origine de sa conception. Le juge s'assure que le couple demandeur remplit les conditions prévues à l'article L. 2141-2 et fait procéder à toutes investigations permettant d'apprécier les conditions d'accueil que ce couple est susceptible d'offrir à l'enfant à naître sur les plans familial, éducatif et psychologique. L'autorisation d'accueil est délivrée pour une durée de trois ans renouvelable. Le couple accueillant l'embryon et celui y ayant renoncé ne peuvent connaître leurs identités respectives. Toutefois, en cas de nécessité thérapeutique, un médecin pourra accéder aux informations médicales non identifiantes concernant le couple ayant renoncé à l'embryon. Aucun paiement, quelle qu'en soit la forme, ne peut être alloué au couple ayant renoncé à l'embryon. L'accueil de l'embryon est subordonné à des règles de sécurité sanitaire. Ces règles comprennent notamment des tests de dépistage des maladies infectieuses. Seuls les établissements publics ou privés à but non lucratif autorisés à cet effet peuvent conserver les embryons destinés à être accueillis et mettre en oeuvre la procédure d'accueil”.

²⁰⁹ Corte Cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, I, 2014, 802 ss, con nota di FERRANDO, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*, *ibidem*, II, 393 ss.; in *Famiglia e Diritto*, 8-9, 2014, 753 ss., con nota di CARBONE, *Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*; in *Europa e diritto privato*, 3, 2014, 1105 ss., con nota di CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*; in *Giurisprudenza Italiana*, 2014, 2827 ss., con nota di LA ROSA, *Il divieto “irragionevole” di fecondazione eterologa e la legittimità dell'intervento punitivo in materie eticamente sensibili*.

²¹⁰ In tal senso, LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, cit., 242 ss. Sugeriscono di prendere nuovamente in considerazione la destinazione degli embrioni residui alle coppie che necessitano gameti esterni sia maschili che femminili, esprimendosi però nei termini di “adozione per la nascita”, CASINI – 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 – Rivista di BioDiritto*, 2, 2014, 135 ss.

ministeriali del 2015²¹¹ hanno chiarito che «Sono consentite le tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, comprese quelle che impiegano gameti maschili e femminili entrambi donati da soggetti diversi dai componenti della coppia ricevente» (cd. doppia eterologa).

3. *La destinazione degli embrioni alla ricerca scientifica.*

Ultima possibilità è quella destinazione degli embrioni alla ricerca scientifica. In questa sede, si vuole limitare l'indagine alla configurabilità della donazione alla ricerca dei soli embrioni già creati originariamente a fini procreativi e non più destinati al trasferimento in utero, mentre non si intende approfondire il diverso profilo relativo al più ampio riconoscimento di un diritto di libertà scientifica che richieda per il suo esercizio la creazione specifica di embrioni. Ciò premesso, occorre anzitutto riportare il quadro normativo nazionale e l'interpretazione che dello stesso è stata fornita dalla giurisprudenza costituzionale e sovranazionale.

L'art. 13 della legge n. 40 del 2004 pone il divieto di qualsiasi ricerca clinica e sperimentale sull'embrione che non risulti finalizzata alla tutela dello stesso; il divieto di produzione di embrioni umani a fini di ricerca o di sperimentazione o comunque a fini diversi da quello previsto dalla stessa legge n. 40; il divieto ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti ovvero di interventi che, attraverso tecniche di selezione, di manipolazione o comunque tramite procedimenti artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione o del gamete ovvero a predeterminarne caratteristiche genetiche; il divieto di interventi di clonazione mediante trasferimento di nucleo o di scissione precoce dell'embrione o di ectogenesi sia a fini procreativi sia di ricerca; il divieto di fecondazione di un

²¹¹ Le Linee Guida emanate con d.m. 1 luglio 2015 (G.U., 14 luglio 2015, n. 161).

gamete umano con un gamete di specie diversa e di produzione di ibridi o di chimere.

Dunque, la normativa italiana vieta, in termini generali e assoluti, qualsiasi forma di sperimentazione scientifica sugli embrioni²¹², nella prospettiva di garantire a questi ultimi un'adeguata tutela. Unica deroga a tale divieto riguarda l'ipotesi in cui la ricerca clinica e sperimentale sia volta a perseguire «finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative»²¹³ (art. 13, comma 2).

Queste previsioni della legge n. 40 hanno formato oggetto di un giudizio sia davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo²¹⁴ sia davanti alla Corte

²¹² Si vedano le considerazioni di BIN, *La Corte e la scienza*, in D'ALOIA (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2005, 12 ss., il quale scrive che “la «ricerca scientifica» forse non è un «bene» omogeneo, un «tutto» che può essere trattato alla stregua di un unico parametro costituzionale. Coesistono aspetti molto diversi: la ricerca teorica, la sperimentazione delle ipotesi scientifiche, la diffusione delle teorie e lo sfruttamento economico dei «prodotti» scientifici (...) Da un certo punto di vista, la scienza senza sperimentazione perde qualsiasi valore; da un altro punto di vista non c'è dubbio che la scienza non può che godere di una libertà assoluta (e quindi perfettamente rientrante nella immagine della manifestazione «privilegiata» del pensiero), mentre non ogni tipo di sperimentazione deve necessariamente essere protetta, e forse neppure ammessa. Il che significa che nessuna restrizione può essere imposta alla elaborazione (diffusione, insegnamento ecc.) delle teorie scientifiche, mentre è possibile che venga ristretta l'attività di sperimentazione scientifica, purché ricorrano alcune condizioni”.

²¹³ Cfr. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, cit., 350 ss., la quale osserva che tale previsione “sembra contrastare con lo stesso divieto generale e assoluto di ricerca sugli embrioni, posto che la possibilità di sviluppare diverse metodologie che conducano al medesimo risultato (ossia, in questo caso, la tutela della salute e lo sviluppo dell'embrione) richiede necessariamente un'attività di sperimentazione”. Un contrasto viene rilevato anche con riferimento all'art. 5 del d.m. (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*) del 4 agosto 2004, il quale prevede che con limitato riferimento agli embrioni orfani crioconservati il Centro trasfusionale e di immunologia dei trapianti dell'IRCCS Ospedale Maggiore di Milano abbia il compito di effettuare studi e ricerche sulle tecniche di crioconservazione dei gameti e degli embrioni orfani ivi conservati ai sensi della legge 19 febbraio 2004, n. 40. Invero, l'A. osserva che “anche la ricerca e la sperimentazione relative alla crioconservazione sembrano presupporre, necessariamente, un'attività che abbia ad oggetto (pur a fronte dei preliminari studi teorici) gli embrioni (oltre che i gameti)”.

²¹⁴ Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 27 agosto 2015, ric. 46470/11, *Parrillo c. Italia*, cit. Per un commento della sentenza si veda RIVERA, *La tutela della vita e la “proprietà” dell'embrione umano. Osservazioni a margine della sentenza CEDU, Parrillo c. Italia (ric.46470/11)*, in *DPCE online*, 4/2015; PARDINI, *Libertà di ricerca scientifica e tutela*

Costituzionale²¹⁵.

Con il ricorso presentato alla Corte di Strasburgo, una cittadina italiana ha chiesto il riconoscimento del diritto di donazione alla ricerca scientifica degli embrioni creati precedentemente rispetto all'entrata in vigore della legge n. 40 e, quindi, legittimamente crioconservati, rilevando come il divieto posto dallo Stato italiano comportasse una violazione dell'art. 8 Cedu e dell'art. 1 Prot. n. 1 Cedu.

I giudici sovranazionali, preliminarmente, hanno ripercorso i principali passaggi giurisprudenziali che hanno riguardato l'applicazione della legge n. 40/2004 sulla PMA, sia nell'ambito della prospettiva prettamente interna sia nell'ambito della cornice sovranazionale, e hanno ricostruito il quadro europeo circa la ricerca scientifica sugli embrioni. In particolare, con riferimento a quest'ultimo profilo, è stato rilevato come su tredici Stati europei (Italia, Irlanda, Regno Unito, Portogallo, Spagna, Germania, Repubblica Ceca, Svizzera, Francia, Grecia, Lituania, Finlandia e Svezia), tre prevedono un divieto generale di utilizzare degli embrioni per finalità di ricerca scientifica (Italia, Irlanda e Germania), mentre negli altri Stati la legislazione permette tale pratica, soprattutto per quanto riguarda gli embrioni soprannumerari, assoggettandoli ad alcune condizioni (ad esempio, che la coppia interessata vi acconsenta o che la ricerca sia effettuata entro un determinato periodo di vita degli embrioni).

Ciò premesso, la Corte di Strasburgo ha dichiarato che il divieto di

dell'embrione, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, II, 2016, 790 ss.; TIGANO, *Divieto di sperimentazione sugli embrioni umani e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in www.penalecontemporaneo.it; CONTI, *Diagnosi preimpianto, fine vita, sperimentazione su embrioni criocongelati. Prove di dialogo incrociato fra Corti*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 3, 2015, 157 ss.

²¹⁵ Corte Cost., 13 aprile 2016, n. 84, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2, 2016, 750 ss., con nota di COSSIRI, *La l. n. 40/2004 ancora di fronte alla Corte: l'inammissibilità delle questioni sui divieti di revoca del consenso e di ricerca sugli embrioni*. A commento della sentenza si vedano altresì PICCIOCCI, *La procreazione medicalmente assistita tra biologia e volizione, nella sentenza n. 84 del 2016 della Corte costituzionale*, in *Studium Iuris*, 12, 2016, 1437 ss.; CARUSI, *La Corte costituzionale e lo statuto dell'embrione*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2017, 307 ss.; RIVERA, *La Corte costituzionale torna sulla sperimentazione sugli embrioni*, *ibidem*, 310 ss.

ricerca sugli embrioni crioconservati, previsto dall'art. 13 della legge 40 del 2004, non viola l'art. 8 Cedu (diritto al rispetto della vita privata) e l'art. 1 del Prot. n. 1 Cedu (diritto di proprietà).

In ordine al primo profilo, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha chiarito che la questione sulla quale è stata chiamata a pronunciarsi rientra nella nozione di "vita privata" di cui all'art. 8 Cedu. In particolare, è stato osservato come non possa non tenersi in conto «del legame esistente tra la persona sottoposta a fecondazione *in vitro* e gli embrioni concepiti in tal modo, dovuto al fatto che gli embrioni contengono il patrimonio genetico della persona in questione e rappresentano conseguentemente un elemento fondamentale del patrimonio genetico e dell'identità biologica di quella persona». Dunque, secondo la Corte, «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*». In questa prospettiva, non vi è dubbio che il divieto posto dalla legge italiana si sostanzia in un'ingerenza nella vita privata del singolo. Ad ogni modo, la Corte di Strasburgo ha affermato che tale ingerenza non può considerarsi sproporzionata, posto che il diritto di donare gli embrioni alla ricerca scientifica non riguarda un aspetto particolarmente importante dell'esistenza e dell'identità della persona.

Invero, i giudici sovranazionali hanno precisato che ciascuno Stato gode di un margine di discrezionalità nella regolamentazione di quelle materie che coinvolgono la vita privata dei singoli, quale appunto la materia della procreazione medicalmente assistita. Questo margine di discrezionalità è generalmente ristretto laddove sia in gioco un aspetto particolarmente importante dell'esistenza o dell'identità di una persona, mentre è più ampio qualora «non vi sia vasto consenso tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa o sulla relativa importanza dell'interesse in gioco o sui mezzi migliori per tutelarlo, in particolare qualora la causa sollevi delicate questioni morali o

etiche». Dunque, così come affermato nella sentenza *S. H. e altri c. Austria* con riferimento al tema controverso della fecondazione eterologa²¹⁶, la Corte ritiene che anche rispetto alla questione della donazione degli embrioni non destinati a impianto il margine di apprezzamento concesso al legislatore nazionale sia ampio.

In ordine al secondo profilo di censura, come già visto nel capitolo precedente, la Corte ha escluso l'applicabilità dell'articolo 1 del protocollo addizionale, posto che non è possibile ridurre gli embrioni a *possessions*, secondo il significato proprio della norma richiamata. Dunque, il giudice sovranazionale, pur non approfondendo il tema controverso dello statuto giuridico dell'embrione, ha escluso che lo stesso possa qualificarsi come "bene", trattandosi di un'entità biologica unica, che appartiene alla specie umana e che condivide il patrimonio genetico con i progenitori.

Come anticipato, i divieti sanciti dalla legge n. 40 alla libertà di ricerca scientifica sono stati posti al vaglio anche della Corte Costituzionale.

In particolare, la questione di legittimità costituzionale è stata sollevata sull'art. 13, commi primo, secondo e terzo, della legge n. 40/2004, in riferimento agli artt. 9, 32 e 33, primo comma, Cost.²¹⁷. Il giudice remittente, infatti, ha rilevato come la disposizione censurata, non operando alcuna distinzione tra le tipologie di embrioni (ovvero, tra gli embrioni destinati all'impianto e quelli residuati dai procedimenti di PMA), si traduce «in un divieto privo di deroghe e temperamenti e quindi del tutto irragionevole, e perciò sicuramente in contrasto non solo con i richiamati principi sanciti dalla

²¹⁶ Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 3 novembre 2011, n.57813/00, *S. H. e altri c. Austria*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, I, 2012, 224 ss., con nota di MURGO, *La Grande Chambre decide sulla fecondazione eterologa e la rimette all'apprezzamento degli Stati contraenti*; in *Foro italiano*, IV, 2012, 209 ss., con nota di NICOSIA, *Il divieto di fecondazione eterologa tra Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale*.

²¹⁷ Trib. Firenze, ord. 12 dicembre 2012, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, I, 2013, 589 ss., con nota di DI ROSA, *Scienza, tecnica e diritto in recenti applicazioni giudiziali alla disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita*; in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 4, 2013, 1253 ss., con nota di D'AVACK, *L'ordinanza 7 dicembre 2012 del Tribunale civile di Firenze*.

carta costituzionale (art. 9 e 32 cost.), ma anche da Convenzioni internazionali (artt. 1, 5, 18 Conv. Oviedo sulle Biotecnologie)». Per cui, secondo il giudice *a quo*, «l'interesse allo sviluppo della ricerca scientifica appare (..) non solo del tutto, ma anche indiscriminatamente, recessivo rispetto all'aspettativa di vita del singolo embrione».

In tale prospettiva, viene osservato che, per quanto concerne la ricerca che abbia ad oggetto la salute umana e le patologie che possano riguardarla, l'espressione «la Repubblica promuove... la ricerca scientifica», contenuta nell'art. 9 Cost., non può che interpretarsi in relazione all'art. 32 Cost., il quale qualifica la salute sotto il duplice profilo del diritto fondamentale dell'individuo e di interesse della collettività. Inoltre, viene precisato che l'espressione “promuove” di cui all'art. 9 Cost. deve essere intesa in un'accezione dinamica, nel senso cioè che deve essere perseguito il progresso della ricerca scientifica, in quanto, diversamente, la previsione rimarrebbe meramente astratta. Infine, il giudice remittente sottolinea come «le incertezze derivanti, sul piano interpretativo, proprio dalla mancata, precisa definizione dell'oggetto di tutela, appunto l'embrione, e dall'uso di termini qualificatori erroneamente impiegati come sinonimi in difetto di equivalenza di significato (ovulo fecondato, nascituro, feto, concepito), viene ad estendere l'ambito della negazione, ed a rendere maggiormente problematica la previsione, sotto il profilo della legittimità costituzionale».

A fronte di queste prospettazioni, con sentenza n. 84 del 2016, la Corte Costituzionale ha ritenuto la questione di legittimità costituzionale inammissibile, in ragione della necessità di demandare al legislatore ogni valutazione in ordine all'eventuale regolamentazione della ricerca scientifica sugli embrioni.

La Consulta, preliminarmente, ha precisato che la questione sollevata «rimanda al conflitto, gravido di implicazioni etiche oltreché giuridiche, tra il diritto della scienza (e i vantaggi della ricerca ad esso collegati) e il diritto dell'embrione, per il profilo della tutela (debole o forte) ad esso dovuta in

ragione e in misura del (più o meno ampio) grado di soggettività e di dignità antropologica che gli venga riconosciuto». Dunque, prospettata in questi termini, la questione non risulta pienamente sovrapponibile a quella sottoposta all'esame della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, ove, invece, era stata denunciato il contrasto tra l'art. 13 della legge n. 40/2004 e gli artt. 8 Cedu (diritto al rispetto della vita privata) e 1 del Prot. n. 1 Cedu (diritto di proprietà).

Nonostante questa divergenza, il Giudice delle Leggi sembra comunque avvalersi delle considerazioni svolte dalla Corte di Strasburgo in ordine all'ampio margine di discrezionalità di cui gode il legislatore nazionale nel caso in cui la materia sollevi delicate questioni etiche e morali, rispetto alle quali manchi un consenso generale²¹⁸. Invero, proprio l'assenza di una soluzione condivisa sulle questioni sottese alla regolamentazione della ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni conduce la Corte Costituzionale a rimettere la linea di composizione tra gli opposti interessi al legislatore, il quale, in quanto «interprete della volontà della collettività, è chiamato 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».

²¹⁸ In un passaggio delle motivazioni in fatto (§ 7), la Corte Costituzionale dà conto di aver disposto un rinvio a nuovo ruolo della trattazione delle questioni in attesa della pubblicazione della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, nella causa Parrillo contro Italia. Solo all'esito della pubblicazione di questa sentenza - intervenuta il 27 agosto 2015 - è stata rifissata l'udienza di discussione della causa costituzionale. Cfr. COSSIRI, *La l. n. 40/2004 ancora di fronte alla Corte: l'inaffidabilità delle questioni sui divieti di revoca del consenso e di ricerca sugli embrioni*, cit., la quale osserva che "Il rinvio a nuovo ruolo pare essere un'anomalia in considerazione dell'esclusiva rilevanza di parametri interni. Dal punto di vista del rapporto tra ordinamenti, è una significativa novità che la Corte costituzionale abbia voluto attendere la pronuncia della giurisdizione di Strasburgo al solo fine di poter orientare, in senso conforme alla Convenzione, l'interpretazione dei parametri costituzionali interni invocati, evitando di procedere - come ci si sarebbe potuti attendere - all'interpretazione autonoma della Carta costituzionale". Si vedano altresì le considerazioni di RIVERA, *La Corte costituzionale torna sulla sperimentazione sugli embrioni*, cit., 312 ss., la quale scrive: "sembra rappresentare un *novum* nella tecnica decisoria ed argomentativa adoperata dal Giudice delle Leggi la chiara indicazione dei passaggi più significativi della pronuncia della Corte europea, nella prospettiva di corroborare il *reasoning* della propria pronuncia".

Questa sentenza conferma ulteriormente la tesi secondo cui la tutela rafforzata dell'embrione attualmente predisposta dalla legge n. 40 non è rivestita di forza costituzionale, ma costituisce espressione di una scelta legittima rientrante nella discrezionalità del legislatore. Dunque, seppure sia stata dichiarata l'impossibilità di un intervento con pronuncia additiva, la Consulta non rileva un contrasto tra la destinazione alla ricerca scientifica degli embrioni e i principi costituzionali. Anzi, il Giudice delle Leggi sembra fornire implicitamente delle indicazioni di metodo in vista di una regolamentazione della ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni prodotti nell'ambito dei procedimenti di fecondazione assistita. In questa prospettiva, viene precisato che compete al legislatore «la valutazione di opportunità (sulla base anche delle “evidenze scientifiche” e del loro raggiunto grado di condivisione a livello sovranazionale) 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».

3.1. (Segue) *Il quadro europeo e le alternative possibili volte al superamento del divieto di ricerca clinica e sperimentale.*

Nel capitolo precedente si è visto che la normativa eurounitaria in materia di invenzioni biotecnologiche vieta la brevettabilità di quelle invenzioni riguardanti «utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o

commerciali» (art. 6, n. 2, lett. c, della Direttiva 98/44/CE). Tale norma costituisce espressione del generale principio del rispetto della dignità umana, del quale il divieto di fare del corpo umano una fonte di lucro costituisce un corollario.

Diversamente, non si considera di per sé contraria alla dignità umana l'attività di ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni *in vitro*. In merito, occorre menzionare quanto statuito all'art. 18 della Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina, il quale vieta la sola «costituzione di embrioni umani a fini di ricerca», mentre nel caso in cui la ricerca sugli embrioni *in vitro* sia ammessa da parte del singolo Stato si limita a prescrivere che sia assicurata «una protezione adeguata all'embrione». Inoltre, si deve ricordare che il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea pone come obiettivo primario la realizzazione di uno spazio europeo della ricerca e, in tale prospettiva, tra i progetti finanziati dall'Unione vi sono anche quelli che prevedono l'impiego di embrioni umani²¹⁹.

Dunque, a livello europeo non sussistono disposizioni che precludono agli Stati di regolare la sperimentazione sugli embrioni, essendo rimessa alla discrezionalità dei legislatori nazionali la valutazione se ammettere o meno tale utilizzo ed eventualmente i termini in cui lo stesso deve attuarsi.

Di conseguenza, come messo in luce dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, le soluzioni dei singoli Stati europei appaiono diversificate, anche se si riscontra una sostanziale convergenza verso l'ammissibilità della ricerca sugli embrioni umani. Difatti, nella sentenza sul caso *Parrillo c. Italia* si legge che «diciassette dei quaranta Stati membri sui quali la Corte possiede informazioni permettono la ricerca sulle linee cellulari embrionali umane», mentre «in altri Stati la materia non è regolamentata, ma le pratiche pertinenti

²¹⁹ Basti ricordare che il Programma-quadro UE *Horizon 2020* – fermo il divieto di creare embrioni umani a scopo di ricerca – ammette espressamente il finanziamento comunitario delle ricerche sulle cellule staminali embrionali.

sono permissive»²²⁰.

Tra gli ordinamenti che ammettono la destinazione alla ricerca degli embrioni soprannumerari si è già richiamato quello spagnolo (*Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*). Nello specifico, la normativa spagnola si fonda su una diversificazione dello statuto giuridico della vita umana prenatale in relazione al relativo stadio di sviluppo, per cui l'attività di ricerca è consentita esclusivamente sul “pre-embrione”, definito come «il gruppo di cellule risultanti dalla divisione progressiva dell'ovocita fecondato dal momento della sua fecondazione e fino ai quattordici giorni successivi». Bisogna sottolineare che la stessa legge spagnola specifica che tale definizione rileva esclusivamente ai fini dell'applicazione della normativa in materia di PMA, ciò alla luce del dato che nell'ambito di un medesimo ordinamento giuridico possono coesistere definizioni diverse della medesima entità biologica, in relazione al settore di applicazione e all'uso cui tale organismo è destinato. La disciplina spagnola, poi, subordina la destinazione alla ricerca dei pre-embrioni al consenso informato della coppia (o della donna che abbia avuto accesso da sola alle pratiche di fecondazione assistita) e al parere favorevole della *Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida*.

La regola del quattordicesimo giorno di sviluppo quale limite alla possibilità di utilizzare gli embrioni per finalità di ricerca scientifica è adottata anche dall'ordinamento britannico (*Human Fertilisation and Embryology Act*).

²²⁰ Si vedano le considerazioni di PENASA, *La questione delle cellule staminali. Il quadro giuridico*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da RODOTÀ e ZATTI, II, *Il governo del corpo*, a cura di CANESTRARI – FERRANDO – MAZZONI – RODOTÀ – ZATTI, Giuffrè, 2011, 1101 ss., il quale distingue i diversi modelli giuridici in due categorie: “value oriented” e “procedure oriented”. Il primo modello, in cui rientra l'ordinamento italiano, “è finalizzato a garantire in maniera assoluta l'embrione vietando ogni intervento invasivo sull'embrione non finalizzato a scopi diagnostico-terapeutici”, mentre il secondo modello “è caratterizzato da una struttura normativa che ammette una serie di tecniche e di interventi sull'embrione, subordinandone l'effettivo esercizio a meccanismi di autorizzazione, verifica, monitoraggio e sanzione da parte di organismi pubblici di natura tecnica ai quali viene delegata l'attuazione dei contenuti legislativi”. Per un esame delle normative straniere si vedano, in particolare, CASONATO – FROSINI (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Giappichelli, 2006; PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015.

Tuttavia, mentre il modello spagnolo ha recepito il contenuto di tale regola nella definizione di pre-embrione, il modello britannico prevede invece dei meccanismi in grado di assicurare un adeguato livello di flessibilità, in modo da metabolizzare, attraverso l'attività dei giudici (o, nel caso, di autorità indipendenti), il mutamento dello stato delle acquisizioni tecnico-scientifiche²²¹. Anche la normativa britannica, poi, prevede la necessità del consenso della coppia che ha fornito il materiale genetico di partenza.

Altro ordinamento che consente la ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni residui è quello francese (*Code de la Santé Publique*). Anche in questo caso, requisiti imprescindibili per la destinazione alla ricerca sono il consenso informato della coppia e l'autorizzazione della *Agence de la biomédecine*, la quale è chiamata a controllare il rispetto di una serie di requisiti volti a garantire la rilevanza della ricerca e l'assoluta necessità, allo stato delle conoscenze scientifiche, dell'utilizzo degli embrioni o delle cellule embrionali.

Dunque, il divieto di destinazione alla ricerca scientifica degli embrioni soprannumerari posto dall'ordinamento italiano appare controcorrente rispetto alle soluzioni adottate in via prevalente nel quadro giuridico europeo.

Con la legge n. 40/2004 il legislatore nazionale ha introdotto una serie di divieti volti a garantire una tutela rafforzata dell'embrione. Ad ogni modo, come precisato in più occasioni dalla Consulta²²², questa tutela non ha carattere

²²¹ Si vedano le considerazioni di PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, cit., 347 ss., il quale osserva che la soluzione adottata dal modello spagnolo "conduce a un possibile rischio, ontologicamente connesso alle definizioni legislative ma che viene enfatizzato dalla natura dinamica del contesto biomedico: un eccessivo irrigidimento dell'ambito concettuale, provocato da ciò che è definibile come rinvio fisso alla scienza".

²²² Cfr. Corte Cost., 18 febbraio 1975, n. 27, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1975, 117 ss., con nota di D'ALESSIO, *L'Aborto nella prospettiva della Corte Costituzionale*, *ibidem*, 1981, 538 ss., e di CHIOLA, *Incertezze sul parametro costituzionale per l'aborto*, *ibidem*, 1975, 1098 ss.; Corte Cost., 8 maggio 2009, n. 151, in *Famiglia e Diritto*, 8-9, 2009, 761 ss., con nota di DOGLIOTTI, *La Corte Costituzionale interviene sulla produzione e sul trasferimento degli embrioni a tutela della salute della donna*; in *Il Corriere Giuridico*, 9, 2009, 1213 ss.; Corte Cost., 5 giugno 2015, n. 96, in *Il Corriere Giuridico*, 2, 2016, 186, con nota di IANNICELLI,

assoluto, ma è suscettibile di essere sacrificata e rimodulata nel bilanciamento con altri interessi di rilievo costituzionale. Inoltre, si è già sottolineato che la tutela apprestata all'embrione dal nostro sistema giuridico non si atteggia quale tutela di una persona umana individuata, posto che l'embrione non è qualificabile come soggetto giuridico titolare di diritti (nello specifico, del diritto alla vita), ma costituisce espressione del generale principio del rispetto della dignità umana. Dunque, si tratta di definire il contenuto di tale concetto di dignità.

Attualmente la dignità umana sembra essere intesa come divieto di strumentalizzazione della vita umana prenatale e, in tale prospettiva, viene esclusa l'attività di ricerca sugli embrioni²²³. Tuttavia, questa accezione non è dotata di forza costituzionale, ma si tratta del riflesso di un determinato orientamento radicato nella coscienza sociale in uno specifico momento storico-culturale, che il legislatore ha adottato e tradotto in norma. In altri termini, il divieto di sperimentazione sugli embrioni umani non poggia su un solido fondamento giuridico, diversamente, ad esempio, dal divieto di clonazione riproduttiva, il quale è posto in primo luogo a livello sovranazionale (art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dei cittadini dell'Unione Europea). Con la richiamata sentenza n. 84 del 2016, la stessa Corte Costituzionale ha aperto la strada a una diversa soluzione esegetica, volta a qualificare la ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni residui «come espressione di un rispetto per la vita umana ben superiore al mero “lasciar perire”, dando un senso

Diagnosi genetica preimpianto: battute finali della “riscrittura costituzionale” della L. n. 40/2004.

²²³ Cfr. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Giappichelli, Torino, 2012, 207 ss., il quale osserva che è per questo motivo che i divieti di cui all'art. 13, implicanti un uso dell'embrione a prescindere dalla sua soppressione, vengono puniti più severamente dello stesso embrionicidio (di cui all'art. 14, co. 1; art. 14 co. 2). Invero, “l'embrionicidio è pure una «sottrazione» dell'embrione alla sua vocazione a svilupparsi in uomo, ma almeno non implica (necessariamente) un suo «uso», una sua «manipolazione», e in certa misura «simula» un esito naturale per l'embrione, cioè l'eventualità di una sua estinzione”. Si vedano altresì le considerazioni di LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, cit., 332 ss.

socialmente utile alla futura e inevitabile distruzione dell'embrione»²²⁴.

Ad ogni modo, si deve rilevare che quello in esame è un tema eticamente controverso e, in quanto tale, non suscettibile di una risposta univoca e condivisa. Alla luce di ciò, la valorizzazione del principio di autodeterminazione in ordine alle scelte attinenti la sfera corporea e la vita privata dovrebbe portare a rivedere il divieto di ricerca clinica e sperimentale con esclusivo riferimento agli embrioni residui, rimettendo alla valutazione della coppia la decisione in ordine alla loro destinazione. Invero, il diritto di autodeterminazione non va riferito all'embrione stesso, che persona non è, ma ai soggetti che hanno fornito il materiale genetico di partenza. Questa soluzione si pone in linea con i principi statuiti dalla Corte di Strasburgo²²⁵, la quale ha precisato che l'embrione rappresenta un elemento fondamentale del patrimonio genetico e dell'identità della persona che ha fatto ricorso alle tecniche di PMA, cosicché la scelta «sul destino dei suoi embrioni concerne un aspetto intimo della sua vita personale e riguarda conseguentemente il suo *diritto all'autodeterminazione*».

Dunque, analogamente a quanto esposto in ordine della donazione degli embrioni diretta allo sviluppo con utilizzo nel procedimento procreativo da parte di terzi, anche con riferimento alla destinazione alla ricerca si potrebbe parlare di un potere di disposizione degli embrioni, richiamando la disciplina degli atti di disposizione del corpo. A tal fine, occorrerà attribuire all'embrione soprannumerario uno statuto giuridico assimilabile a quello del materiale

²²⁴ Corte Cost., 13 aprile 2016, n. 84, cit., riporta questa considerazione tra gli argomenti a sostegno della destinazione alla ricerca scientifica sugli embrioni soprannumerari. In tal senso, si vedano le considerazioni di MARZOCCO, *In potenza o in atto? La Corte costituzionale e lo statuto normativo dell'embrione*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2016, 197 ss., la quale osserva che “la palese irragionevolezza prospettata dal giudice di Firenze, così vicina all’eccezione formulata da Parrillo dinanzi alla Corte di Strasburgo, chiede di essere presa ancora in considerazione, sul piano squisitamente teorico-giuridico, oltre che su quello meramente pratico. E risiede esattamente nella necessità di considerare seriamente il paradosso in cui versa la condizione degli embrioni soprannumerari, tutelati a tal punto da esser lasciati in una condizione di giacenza *sine die*”.

²²⁵ Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 27 agosto 2015, ric. 46470/11, *Parrillo c. Italia*, cit.

biologico umano²²⁶, senza che ciò implichi la qualificazione dello stesso come “oggetto”²²⁷. Per cui, così come previsto in altri ordinamenti giuridici europei, requisito indispensabile dovrebbe considerarsi il consenso libero e informato della coppia che si è avvalsa delle tecniche di fecondazione assistita e che ha deciso di non portare avanti l'originario progetto genitoriale.

Questa soluzione, peraltro, è stata sostenuta anche da alcuni componenti del Comitato Nazionale per la Bioetica, i quali, pur non negando all'embrione umano tutela e rispetto, hanno affermato che il suo stato può giustificare, col consenso informato dei genitori biologici, la destinazione a fini di ricerca, anche qualora ciò comporti un esito distruttivo dello stesso²²⁸.

In quest'ultimo documento, poi, il Comitato ha discusso ed esaminato un'altra possibilità: «quella che venga individuato un criterio di accertamento di “morte dell'embrione”, che renda possibile la donazione di cellule embrionali alla ricerca, stabilendo un'analogia con la donazione di organi *ex mortuo*»²²⁹. Anche rispetto a questa opzione, però, all'interno del Comitato si sono differenziate le posizioni di coloro che, ipotizzando la possibilità di accertare la morte dell'embrione a fronte di sue determinate condizioni fisiche

²²⁶ In tal senso PARDINI, *Libertà di ricerca scientifica e tutela dell'embrione*, cit., 796, la quale suggerisce di “affinare la distinzione già esistente tra embrioni potenzialmente destinati all'impianto ed embrioni in stato di abbandono che, con determinati requisiti e limiti, potrebbero essere destinati alla ricerca scientifica. Una scelta in questo senso presuppone, però, che all'embrione soprannumerario, se irrimediabilmente escluso da qualsiasi progetto procreativo, sia attribuito uno statuto peculiare, che faccia prevalere – tra i diversi aspetti che caratterizzano più in generale l'embrione – la riconducibilità alla *species* del materiale biologico umano”.

²²⁷ Si vedano le considerazioni di PICCIOCCI, *La procreazione medicalmente assistita tra biologia e volizione, nella sentenza n. 84 del 2016 della Corte costituzionale*, cit., 1443, la quale, nel commentare la sentenza n. 84 del 2016 della Corte Costituzionale, precisa che “Da un punto di vista giuridico il corpo umano non è mai *res*: non lo sono i campioni biologici che si studiano nei laboratori e per i quali i ricercatori debbono acquisire il consenso della persona, pur essendo fisicamente staccati dal corpo e anche se è passato del tempo; non lo è il corpo dopo la morte che risulta circondato di tutele, in virtù del principio della dignità umana; non lo è neppure l'embrione, del quale in questa pronuncia la Corte costituzionale individua espressamente la «dignità antropologica»”.

²²⁸ Comitato Nazionale per la Bioetica, *Destino degli embrioni derivanti da PMA e non più impiantabili*, 26 ottobre 2007.

²²⁹ Questa soluzione era già stata prospettata da SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, cit., 113 ss.

che ne impediscono lo sviluppo (c.d. morte organismica), ritengono eticamente accettabile la donazione delle cellule embrionali ai fini di ricerca, e coloro che, invece, non ritengono raggiungibile un simile accertamento a fronte delle differenze fra condizione dell'embrione e condizione del nato.

In merito, si deve osservare che l'introduzione di una definizione giuridica di "morte dell'embrione" e la conseguente applicazione della disciplina in materia di prelievi e trapianti di organi e tessuti da cadavere (legge 1 aprile 1999, n. 91) non appare un'alternativa giuridicamente valida. Ciò, non perché si nega la possibilità di accertare la sopravvenuta inidoneità allo sviluppo dell'embrione crioconservato²³⁰, ma perché in tal modo si configurerebbe un'incoerenza del quadro normativo, posto che l'embrione non è una persona umana individuata e, quindi, non può qualificarsi come "cadavere" né come minore sul quale la coppia esercita la responsabilità genitoriale ai fini dell'art. 4, comma 3, l. 91/1999.

Ad ogni modo, il risultato sarebbe sempre quello di ricondurre la scelta in ordine al destino degli embrioni residui ai soggetti che hanno fornito il materiale genetico di partenza, subordinando la donazione alla ricerca scientifica al consenso libero e informato degli stessi.

²³⁰ Costituisce un dato scientificamente provato che, seppure rimangano vitali alcune cellule, la prolungata permanenza in stato di congelamento dell'embrione ne determina il deterioramento e, di conseguenza, ne compromette l'utilizzabilità a fini riproduttivi. Cfr. VILLANI, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n.40*, Giappichelli, 2004, 195 ss.; SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, cit., 113 ss.; CAPOLUONGO, *Il problema degli embrioni residui*, cit., 172 ss.

CONCLUSIONI

L'analisi condotta con il presente lavoro di ricerca ha permesso di mettere in luce come la progressiva riscrittura della legge 19 febbraio 2004, n. 40 ad opera della giurisprudenza si fondi su una valorizzazione del principio di autodeterminazione della persona.

L'autodeterminazione si sostanzia in una situazione di libertà che non ha un'espressione giuridica univoca, ma si traduce in un potere dinamico della persona in ordine alle scelte attinenti alla sfera più intima della vita privata. Per richiamare le parole di Rodotà, «l'autodeterminazione nella vita e nel corpo rappresenta il punto più intenso e estremo della libertà esistenziale, che si declina pure come libertà giuridica»²³¹.

L'affermazione del primato del diritto di autodeterminazione rispetto alle decisioni relative alla sfera corporea e alla vita privata e familiare ha portato alla caducazione del limite massimo di tre embrioni da produrre e da destinare ad un unico e contemporaneo impianto, del divieto di diagnosi genetica preimpianto, del divieto di accesso alle tecniche di PMA alle coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili e, infine, del divieto di fecondazione eterologa.

Dunque, alla luce di questa valorizzazione è stata esaminata anche la questione irrisolta del destino degli embrioni residui, ovvero degli embrioni prodotti nell'ambito delle procedure di fecondazione assistita e successivamente non impiantati.

Nell'indagare le soluzioni che risultino compatibili con i principi costituzionali nonché con i principi espressi dagli organi sovranazionali, si è infatti parlato di potere di disposizione degli embrioni, precisando che con tale espressione non

²³¹ RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Editori Laterza, 2012, 250 ss.

si vuole invocare il modello dominicale, ma piuttosto indicare il potere di manifestare la propria volontà in ordine alla destinazione di un'entità biologica con cui si condivide il patrimonio genetico e che è stata creata nell'ambito di un originario progetto genitoriale. In altri termini, il potere di disposizione degli embrioni cui si è voluto fare riferimento costituisce espressione del diritto di autodeterminazione, non dello stesso embrione, che persona non è, ma dei soggetti che hanno fornito il materiale biologico di partenza.

La stessa Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha avuto modo di sottolineare che non può non tenersi in conto «del legame esistente tra la persona sottoposta a fecondazione *in vitro* e gli embrioni concepiti in tal modo, dovuto al fatto che gli embrioni contengono il patrimonio genetico della persona in questione e rappresentano conseguentemente un elemento fondamentale del patrimonio genetico e dell'identità biologica di quella persona». Dunque, secondo la Corte, la possibilità per la persona che ha fatto ricorso alle tecniche di fecondazione assistita 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».

Questa soluzione non implica la qualificazione giuridica dell'embrione umano quale *res*. Difatti, così come non possono considerarsi “beni” i campioni biologici utilizzati in sede di sperimentazione scientifica e per i quali i ricercatori debbono acquisire il consenso della persona, pur essendo fisicamente staccati dal corpo, non possono considerarsi “beni” neppure gli embrioni *in vitro*, in quanto entità appartenenti alla specie umana e, conseguentemente, tutelati dall'ordinamento giuridico.

Invero, nelle pagine del presente lavoro si è voluto mettere in luce come, in relazione a questa controversa tematica di biodiritto, le categorie dogmatiche tradizionali appaiano spesso insoddisfacenti. Per cui, assumendo le categorie consolidate come punto di riferimento tendenziale, si è cercato di indagare un dato di fatto, il costante aumento degli embrioni crioconservati, e di individuare le soluzioni che risultino coerenti con il sistema giuridico e con i

principi statuiti dalla nostra Costituzione²³².

Il tema dell'inizio della vita umana coinvolge necessariamente riflessioni etiche, intrinsecamente plurali e non suscettibili di una risposta univoca, né oggi, né in futuro. Pertanto, com'è stato attentamente osservato, sussiste «la necessità di costruire una sorta di “laicità antropologica” in cui gli individui non debbono necessariamente accettare le scelte altrui, quando esse siano espressione di ciò che è ritenuto eticamente inaccettabile, ma imparare a conviverci, almeno in alcuni àmbiti»²³³. In questa prospettiva, si auspica che il legislatore accolga le diverse sollecitazioni provenienti dalla dottrina e dalla giurisprudenza e rimuova il divieto di donazione degli embrioni residui alla ricerca scientifica, rimettendo la relativa scelta alla coppia che ha fatto ricorso alle tecniche di fecondazione assistita.

²³² Cfr. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Giuffré, Milano, 2013, 33 ss., il quale osserva che “Un ripensamento delle più classiche fra le categorie del diritto civile, assunte non come presupposto oggettivo ma come strumento operativo sempre plasmabile in funzione di sopravvenienze normative o fattuali, induce una buona volta a rompere il pregiudizio secondo il quale il sistema non possa che essere completo e definitivo e determina la costruzione di un sistema aperto mediante un'opera continua di correzione, ampliamento e modificazione”.

²³³ PICCIOCCHI, *La procreazione medicalmente assistita tra biologia e volizione, nella sentenza n. 84 del 2016 della Corte costituzionale*, in *Studium Iuris*, 12, 2016, 1437 ss.

BIBLIOGRAFIA

- AINIS (a cura di), *I referendum sulla fecondazione assistita*, Giuffrè, Milano, 2005.
- ALPA – ANSALDO, *Le persone fisiche*, in *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 2013.
- ANGELOZZI, *Vita indesiderata e pretese risarcitorie del figlio*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, SESTA (a cura di), Utet, Torino, 2008, 531 ss.
- ASTIGGIANO, *Evoluzione delle problematiche relative all'analisi preimpianto dell'embrione e nuove linee guida ministeriali*, in *Famiglia e Diritto*, 2008, 723 ss.
- BACCARI, *La difesa del concepito nel diritto romano. Dai Digesta dell'Imperatore Giustiniano*, Giappichelli, Torino, 2006.
- BALDINI (a cura di), *Persona e famiglia nell'era del biodiritto*, Firenze University Press, 2015.
- BALDINI, *Note in tema di c.d. adozione per la nascita (a margine di un recente parere del CNB)*, in BALDINI – SOLDANO (a cura di), *Tecnologie riproduttive e tutela della persona: verso un comune diritto europeo per la bioetica*, Firenze University Press, 2007, 243 ss.
- BALDUZZI – PARIS, *Corte Costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 6, 2008, 4953 ss.
- BARTOLI, *La totale irrazionalità di un divieto assoluto. Considerazioni a margine del divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa*, in *Rivista italiana di procedura penale*, 2011, 90 ss.
- BELLELLI, *La sperimentazione sugli embrioni: la nuova disciplina*, in *Famiglia*, I, 2004, 979 ss.
- BESSONE – FERRANDO, *Persona fisica (diritto privato)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXIII, 1983, 193 ss.

- BIANCA, *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica. I soggetti*, 2a ed., Giuffrè, Milano, 2002.
- BIANCA, *Disconoscimento del figlio nato da procreazione assistita: la parola della Cassazione*, in *Giustizia Civile*, 1999, I, 1324 ss.
- BIANCHINI, *Omosessualità ed affidamento condiviso: nulla quaestio se non vi è contrasto con l'interesse del minore*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2009, 689 ss.
- BILÒ, *Il danno nella procreazione: nascite mancate e nascite indesiderate*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, SESTA (a cura di), Utet, Torino, 2008, 463 ss.
- BIN – BRUNELLI – GUAZZAROTTI – PUGIOTTO – VERONESI (a cura di), *Dalla provetta alla Corte. La legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio*, Giappichelli, Torino, 2008.
- BIN, *La Corte e la scienza*, in D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2005, 1 ss.
- BORSELLINO, *Autodeterminazione, consenso informato e legittimità del trattamento sanitario nell'età delle biotecnologie: profili essenziali*, in BALDINI (a cura di), *Persona e famiglia nell'era del biodiritto*, Firenze University Press, 2015, 21 ss.
- Bozzi, *Il consenso al trattamento di fecondazione assistita tra autodeterminazione procreativa e responsabilità genitoriale*, in *Europa e Diritto Privato*, 2008, 225 ss.
- BRUNETTA D'USSEAUX, *Sulla revoca del consenso all'impianto dell'embrione conservato*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, I, 2007, 1238 ss.
- BUCELLI, *Il cammino senza pregiudizi del biodiritto. La costruzione giuridica dei rapporti genitoriali*, in BALDINI (a cura di), *Persona e famiglia nell'era del biodiritto*, Firenze University Press, 2015, 61 ss.
- BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2001.
- BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, in *Rivista di diritto civile*, 2004, 533 ss.

- BUSNELLI, *Nascere (o anche “morire”) con dignità: un traguardo problematico per l’embrione*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 3, 2017, 393 ss.
- CACACE, *L’insostenibile vantaggio di non esser nato e la contraddizione che non consente*, in *Danno e Responsabilità*, 4, 2016, 349 ss.
- CANALE, *La qualificazione giuridica della vita umana prenatale*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da RODOTÀ e ZATTI, II, *Il governo del corpo*, a cura di CANESTRARI – FERRANDO – MAZZONI – RODOTÀ – ZATTI, Giuffrè, 2011, 1253 ss.
- CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2015.
- CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, in *Diritto Penale e Processo*, 4, 2004, 411 ss.
- CAPOLUONGO, *Il problema degli embrioni residui*, in DOSSETTI – LUPO - MORETTI (a cura di), *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità*, Giuffrè, 2010, 163 ss.
- CARBONE, *Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*, in *Famiglia e Diritto*, 8-9, 2014, 753 ss.
- CARRATO, *Diagnosi preimpianto: l’applicazione giurisprudenziale della sentenza n. 96/2015 della Consulta*, in *Famiglia e Diritto*, 6, 2017, 535 ss.
- CARUSI, *La Corte costituzionale e lo statuto dell’embrione*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2017, 307 ss.
- CASABURI, *L’unibirthday secondo il legislatore italiano: la “non” disciplina delle adozioni omogenitoriali nella l. 20 maggio 2016 n.76*, in *Foro italiano*, 6, I, 2016, 1910 ss.
- CASABURI, *La Corte costituzionale e la l. 40/04: ritorno all’ordine?*, in *Foro italiano*, 2016, I, 1509 ss.
- CASINI – CASINI – DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40, «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita»*, Giappichelli, Torino, 2004.
- CASINI – 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 – Rivista di*

- BioDiritto*, 2, 2014, 135 ss.
- CASINI – CASINI, *Un significativo consolidamento della legge n. 40 del 2004*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 6, 2006, 3837 ss.
- CASINI, *Soggettività dell'embrione, “contraccezione di emergenza”, obiezione di coscienza: riflessioni dopo la sentenza costituzionale 84/2016*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 3, 2016, 861 ss.
- CASINI, *Verso un riconoscimento della soggettività giuridica del concepito?*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1, 1997, 293 ss.
- CASONATO – FROSINI (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Giappichelli, 2006.
- CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Giappichelli, Torino, 2012.
- CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2015.
- CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*, in *Europa e diritto privato*, 3, 2014, 1117 ss.
- CATALANO, *Trattato di Lisbona e “adesione” alla Cedu: brevi riflessioni sulle problematiche comunitarie e interne*, in BILANCIA – D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa*, Giuffrè, Milano, 2009, 241 ss.
- CELOTTO – ZANON (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, Milano, 2004.
- CELOTTO, *La Corte Costituzionale «decide di non decidere» sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 6, 2006, 3846 ss.
- CHIEFFI, *L'irragionevole obbligo di crioconservazione degli embrioni selezionati e abbandonati in seguito ad indagine genetica preimpianto*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 6, 2015, 2106 ss.
- COLELLA, *Un'importante pronuncia della Corte europea in tema di bilanciamento tra diritti della donna e tutela del nascituro*, in www.penalecontemporaneo.it.
- CONTI, *Diagnosi preimpianto, fine vita, sperimentazione su embrioni criocongelati. Prove di dialogo incrociato fra Corti*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 3, 2015, 157 ss.
- COSSIRI, *La l. n. 40/2004 ancora di fronte alla Corte: l'inammissibilità delle*

- questioni sui divieti di revoca del consenso e di ricerca sugli embrioni, in Giurisprudenza Costituzionale, 2, 2016, 763 ss.*
- CRICENTI, *Il concepito soggetto di diritto ed i limiti dell'interpretazione, in La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, I, 2009, 1258 ss.*
- D'ANGELO (a cura di), *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Giuffrè, Milano, 1999.
- D'AMICO, *Il giudice costituzionale e l'alibi del processo, in Giurisprudenza Costituzionale, 6, 2006, 3859 ss.*
- D'AVACK, *L'ordinanza 7 dicembre 2012 del Tribunale civile di Firenze, in Diritto di Famiglia e delle Persone, 4, 2013, 1276 ss.*
- D'AVACK, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: un'occasione mancata per bilanciare valori ed interessi contrapposti in uno stato laico, in Il Diritto di Famiglia e delle Persone, 2004, 793 ss.*
- DE MATTEIS, *La responsabilità medica per omessa diagnosi prenatale: interessi protetti e danni risarcibili, in La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, I, 2003, 619 ss.*
- DELLA BELLA, *La diagnosi preimpianto dell'embrione: problemi interpretativi e responsabilità, in DOSSETTI – LUPO - MORETTI (a cura di), Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità, Giuffrè, 2010, 181 ss.*
- DELLA BELLA, *La svolta: il Tribunale di Cagliari e il Tribunale di Firenze ammettono la diagnosi preimpianto, in Famiglia, Persone e Successioni, 5, 2008, 419 ss.*
- DELL'UTRI, *La fecondazione eterologa nel sistema dei diritti fondamentali, in Giurisprudenza di Merito, 2, 2011, 381 ss.*
- DI CIOMMO, *Giurisprudenza-normativa e "diritto a non nascere se non sano". La Corte di cassazione in vena di revirement?*, in *Danno e Responsabilità*, 2010, 144 ss.
- DI ROSA, *Scienza, tecnica e diritto in recenti applicazioni giudiziali della disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita, in La Nuova*

- Giurisprudenza Civile Commentata*, 2013, I, 589 ss.
- DIURNI, *La fecondazione eterologa al vaglio della Corte europea*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2011, 409 ss.
- DOGLIOTTI – FIGONE, *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza*, Ipsa, 2004.
- DOGLIOTTI, *La Corte Costituzionale interviene sulla produzione e sul trasferimento degli embrioni a tutela della salute della donna*, in *Famiglia e Diritto*, 8-9, 2009, 761 ss.
- DOGLIOTTI, *La legge sulla procreazione assistita: problemi vecchi e nuovi*, in *Famiglia e diritto*, 2, 2004, 113 ss.
- DOGLIOTTI, *Una prima pronuncia sulla procreazione assistita: tutte infondate le questioni di legittimità costituzionale?*, in *Famiglia e Diritto*, 4, 2004, 384 ss.
- DOLCINI, *Embrione, pre-embrione, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita (l. 19 febbraio 2004 n. 40)*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2, 2004, 440 ss.
- DOSSETTI – LUPO - MORETTI (a cura di), *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità*, Giuffrè, 2010.
- FACCI, *Wrongful life: a chi spetta il risarcimento del danno?*, in *Famiglia e Diritto*, 6, 2004, 559 ss.
- FATTIBENE, *La diagnosi genetica preimpianto dalla sentenza della Corte costituzionale all'ordinanza del giudice comune. Ed il legislatore?*, in *BioLaw Journal*, 2, 2017, 209 ss.
- FERRANDO, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, II, 2014, 393 ss.
- FERRANDO, *Come d'autunno sugli alberi le foglie. La legge n. 40 perde anche il divieto di diagnosi preimpianto*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, II, 2015, 582 ss.
- FERRANDO, *Diritto alla salute della donna e tutela degli embrioni: la Consulta fissa*

- nuovi equilibri*, in *Il Corriere Giuridico*, 9, 2009, 1213 ss.
- FERRANDO, *Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte Costituzionale*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, II, 2009, 521 ss.
- FERRANDO, *Introduzione*, in FERRANDO (a cura di), *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Cedam, Padova, 1989, 1 ss.
- FERRANDO, *Introduzione. Biotecnologie e diritto*, in BALDINI (a cura di), *Persona e famiglia nell'era del biodiritto*, Firenze University Press, 2015, XI ss.
- FERRANDO, *La fecondazione assistita nel dialogo tra le Corti*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1, 2016, 165 ss.
- FERRANDO, *La nuova legge in materia di procreazione assistita: perplessità e critiche*, in *Il Corriere Giuridico*, 2004, 810 ss.
- FERRANDO, *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*, in *Famiglia e Diritto*, 2011, 517 ss.
- FERRANDO, *Le diagnosi preimpianto, dunque, sono ammissibili*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2013, II, 20 ss.
- FERRANDO, *Procreazione medicalmente assistita e malattie genetiche: i coniugi possono rifiutare l'impianto di embrioni ammalati?*, in *Famiglia e Diritto*, 4, 2004, 380 ss.
- FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, II, *I delitti contro la persona*, IV ed., Zanichelli, Bologna, 2013.
- FLAMIGNI, *La fecondazione extra-corporea*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da RODOTÀ e ZATTI, II, *Il governo del corpo*, a cura di CANESTRARI – FERRANDO – MAZZONI – RODOTÀ – ZATTI, Giuffrè, 2011, 1437 ss.
- FLAMIGNI, *La procreazione assistita. Fertilità e sterilità tra medicina e considerazioni bioetiche*, Il Mulino, Bologna, 2011.
- FLAMIGNI, *Le tappe dell'evoluzione biologica*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da RODOTÀ e ZATTI, II, *Il governo del corpo*, a cura di CANESTRARI – FERRANDO – MAZZONI – RODOTÀ – ZATTI, Giuffrè, 2011, 1281 ss.
- FORABOSCO, *Le diagnosi prenatali e preimpianto*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da

- RODOTÀ e ZATTI, II, *Il governo del corpo*, a cura di CANESTRARI – FERRANDO – MAZZONI – RODOTÀ – ZATTI, Giuffrè, 2011, 1461 ss.
- FRANZONI, *Dal consenso all'esercizio dell'attività medica all'autodeterminazione del paziente*, in *La Responsabilità Civile*, 2, 2012, 85 ss.
- FRANZONI, *Errore medico, diritto di non nascere, diritto di nascere sano*, in *La Responsabilità Civile*, 2005, 486 ss.
- FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da FRANZONI, II, Giuffrè, Milano, 2010, 1015 ss.
- FRATI – MONTANARI VERGALLO – DI LUCA, *La diagnosi genetica preimpianto tra libertà della coppia e tutela della vita prenatale*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 2007, 963 ss.
- GAZZONI, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1, 2005, 168 ss.
- GIACOBBE, "Sul miserabile ruolo del diritto...non altro. Non oltre". Ovvero degli itinerari della giurisprudenza normativa, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2013, 79 ss.
- GIACOBBE, *Il concepito come persona in senso giuridico*, Giappichelli, Torino, 2003.
- GIACOBBE, *La festa della mamma. Osservazioni a "caldo" a C. cost. 8 maggio 2009 n. 151*, in *Giustizia Civile*, 6, 2009, 1184 ss.
- GIAIMO, *Brevi riflessioni su una gravidanza indotta per decisione del giudice*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, I, 1999, 240 ss.
- GIAMO, *Il consenso informato ad esser genitore. Riflessioni comparatistiche*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, II, 2011, 855 ss.
- GORGONI, *Il contratto tra la gestante ed il ginecologo ha effetti protettivi anche nei confronti del padre*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2003, 135 ss.
- GORGONI, *Una sobria decisione "di sistema" sul danno da nascita indesiderata*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 1, 2016, 162 ss.
- GRASSO, *Consenso informato, libertà di scelta e disponibilità del proprio corpo*, in COCCO (a cura di), *Lo statuto giuridico delle informazioni*, Giuffrè, 2012, 33 ss.

- IADICICCO, *Finalmente una decisione del giudice delle leggi sulla diagnosi genetica preimpianto, in attesa del doveroso intervento del legislatore*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 3, 2015, 797 ss.
- IANNICELLI, *Diagnosi genetica preimpianto: battute finali della “riscrittura costituzionale” della L. n. 40/2004*, in *Il Corriere Giuridico*, 2, 2016, 186 ss.
- IANNUZZI, *La Corte costituzionale dichiara l’illegittimità del divieto di accesso alla diagnosi preimpianto e alla procreazione medicalmente assistita per le coppie fertili e sgretola l’impianto della legge n. 40 del 2004*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 3, 2015, 805 ss.
- IVONE – MIRAGLIA, *Fecondazione assistita e diagnosi preimpianto sulla salute dell’embrione (art. 8 CEDU)*, in DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo e l’impatto nell’ordinamento interno*, Cedam, 2016, 693 ss.
- LA ROSA, *Diagnosi preimpianto anche per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche*, in *Famiglia e Diritto*, 5, 2010, 482 ss.
- LA ROSA, *Il divieto “irragionevole” di fecondazione eterologa e la legittimità dell’intervento punitivo in materie eticamente sensibili*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2014, 2827 ss.
- LA ROSA, *Il divieto di fecondazione eterologa va al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Il Corriere giuridico*, 12, 2010, 1623 ss.
- LA ROSA, *La diagnosi genetica preimpianto: un problema aperto*, in *Famiglia e Diritto*, 8-9, 2011, 839 ss.
- LIACI, *Contratto di sostituzione di maternità*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, I, 1990, 355 ss.
- LIBERALI, *La sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo in tema di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, II, 2010, 556 ss.
- LIBERALI, *L’adozione dei single e delle coppie omosessuali*, in www.gruppodipisa.it, 2013.
- LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno*

alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza, Giuffrè, Milano, 2017.

LIBERALI, *Sulla legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, I, 2010, 774 ss.

LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013.

LIPARI, *Legge sulla procreazione assistita e tecnica legislativa*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2, 2005, 517 ss.

LISERRE, *In tema di responsabilità del medico per il danno del nascituro*, in *Il Corriere Giuridico*, 2010, 365 ss.

MANDRIOLI, *Il contratto di procreazione medicalmente assistita: alcuni aspetti problematici*, in *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità*, DOSSETTI – LUPO - MORETTI (a cura di), Giuffrè, 2010, 39 ss.

MARINI, *Brevetto biotecnologico e cellule staminali nel diritto comunitario*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 3, 2013, 586 ss.

MARINI, *Il consenso*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da RODOTÀ e ZATTI, II, *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di RODOTÀ – TALLACHINI, Giuffrè, 2010, 362 ss.

MARZOCCO, *In potenza o in atto? La Corte costituzionale e lo statuto normativo dell'embrione*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2016, 197 ss.

MAZZONI, *I diritti dell'embrione e del feto nel diritto privato. Rapporto sull'Italia*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, II, 2002, 119 ss.

MAZZONI, *Persona fisica*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, XIII, Torino, 1995, 379 ss.

MAZZONI, *Protezione del concepito: dal nominalismo giuridico all'uomo "in quanto tale"*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da RODOTÀ e ZATTI, II, *Il governo del corpo*, a cura di CANESTRARI – FERRANDO – MAZZONI – RODOTÀ – ZATTI, Giuffrè, 2011, 1299 ss.

MILAN, *Aspetti giuridici della procreazione assistita*, Cedam, Padova, 1997.

MIRANDA, «Tragic choice in Italy»: *brevi note in tema di esecuzione post mortem del contratto di procreazione medicalmente assistita*, in *Diritto di Famiglia e*

- delle Persone*, I, 1999, 235 ss.
- MONACO, *Il referendum per l'abrogazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita di fronte al limite delle «leggi costituzionalmente necessarie»*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1, 2005, 351 ss.
- MORANA, *A proposito del fondamento costituzionale per il consenso informato ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sent. n. 438 del 2008 della Corte Costituzionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 6, 2008, 4970 ss.
- MOROZZO DELLA ROCCA, *Dove finirà l'embrione se il piano si inclina ancora?*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, II, 2015, 142 ss.
- MOROZZO DELLA ROCCA, *Riflessioni sul rapporto tra adozione e procreazione medicalmente assistita*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2005, 211 ss.
- MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in *Consulta online*, 2014, 4 ss.
- MURGO, *Il giudizio di legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa dopo la decisione della Grande Chambre della Corte di Strasburgo*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, I, 2012, 858 ss.
- MURGO, *La Grande Chambre decide sulla fecondazione eterologa e la rimette all'apprezzamento degli stati contraenti*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, I, 2012, 224 ss.
- NICOSIA, *Il divieto di fecondazione eterologa tra Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale*, in *Foro italiano*, IV, 2012, 209 ss.
- OLIVETTI, *La Corte e l'aborto, tra conferme e spunti innovativi*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1, 1997, 312 ss.
- OPPO, *L'inizio della vita umana*, in *Rivista di diritto civile*, I, 1982, 499 ss.
- OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Rivista di diritto civile*, I, 2005, 99 ss.
- PALMERINI, *Il disconoscimento di paternità del minore nato da fecondazione eterologa*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1999, I, 51 ss.
- PALMERINI, *La Corte costituzionale e la procreazione assistita*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, I, 2006, 613 ss.
- PALMERINI, *La sorte degli embrioni "in vitro": in assenza di regole il ricorso ai*

- principi*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1999, I, 221 ss.
- PALMERINI, *Nascite indesiderate e responsabilità civile: il ripensamento della Cassazione*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2013, 175 ss.
- PARDINI, *La diagnosi preimpianto al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo: influenza delle pronunce nel panorama italiano*, in *NGCC*, 2013, I, 66 ss.
- PARDINI, *Libertà di ricerca scientifica e tutela dell'embrione*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, II, 2016, 790 ss.
- PARTISANI, *Il danno esistenziale del padre da nascita indesiderata*, in *La Responsabilità Civile*, 8-9, 2010, 582 ss.
- PENASA, *La Corte di giustizia e la ri-definizione del contenuto normativo di "embrione umano": l'ultima (?) fase della "saga" Brüstle*, in *Quaderni Costituzionali*, 2015, 213 ss.
- PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015.
- PENASA, *La questione delle cellule staminali. Il quadro giuridico*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da RODOTÀ e ZATTI, II, *Il governo del corpo*, a cura di CANESTRARI – FERRANDO – MAZZONI – RODOTÀ – ZATTI, Giuffrè, 2011, 1101 ss.
- PENASA, *Tanto tuonò che piovve: l'illegittimità parziale delle Linee Guida e la questione di costituzionalità della l. n. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2008, I, 489 ss.
- PICCIOCCHI, *La procreazione medicalmente assistita tra biologia e volizione, nella sentenza n. 84 del 2016 della Corte costituzionale*, in *Studium Iuris*, 12, 2016, 1437 ss.
- PICCIOCCHI - MARTINELLI, *The change of definitions in a multidisciplinary landscape: the case of human embryo and pre-embryo identification*, in *Croatian Medical Journal*, n. 5, 2016, 510 ss.

- procreazione medicalmente assistita*, in *NGCC*, 2013, I, 611 ss.
- PUGIOTTO, *È ancora ammissibile un referendum abrogativo totale?*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2005, 545 ss.
- RAPISARDA, *Il divieto di fecondazione eterologa: la parola definitiva alla Consulta*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, I, 2013, 912 ss.
- RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, in *Il Corriere giuridico*, 4, 2015, 471 ss.
- RESCIGNO, *Capacità giuridica*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, II, Torino 1988, 218 ss.
- RESCIGNO, *Danno da procreazione*, Giuffrè, Milano, 2006.
- RESTA, *Disposizione del corpo. Regole di appartenenza e di circolazione*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da RODOTÀ e ZATTI, II, *Il governo del corpo*, a cura di CANESTRARI – FERRANDO – MAZZONI – RODOTÀ – ZATTI, Giuffrè, 2011, 820 ss.
- RIVERA, *La Corte costituzionale torna sulla sperimentazione sugli embrioni*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2017, 310 ss.
- RIVERA, *La sentenza della Corte di cassazione n. 12962/2016 e il superiore interesse del minore*, in *Giurisprudenza Italiana*, 12, 2016, 2580 ss.
- RIVERA, *La tutela della vita e la “proprietà” dell’embrione umano. Osservazioni a margine della sentenza CEDU, Parrillo c. Italia (ric.46470/11)*, in *DPCE online*, 4/2015.
- RIZZUTI, *Il problema di definire la vita nascente*, in CORTESI – TOMASI (a cura di), *Le definizioni nel diritto. Atti delle giornate di studio 30-31 ottobre 2015*, Editoriale scientifica, 2016, 247 ss.
- RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Editori Laterza, 2012.
- ROMANO, *Certezza del diritto, incertezza della scienza: della brevettabilità dei metodi di produzione di linee di cellule staminali da partenoti*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 2015, 258 ss.
- ROMANO, *La brevettabilità delle cellule staminali embrionali umane*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, II, 2012, 237 ss.
- ROMBOLI, *Nota a Corte Cost., 22 maggio 2012*, in *Foro italiano*, I, 2012, 2249 ss.

- ROSSI, *Consenso informato (II)*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, VII, Utet, Torino, 2012, 177 ss.
- ROSSI, *Corpo umano (atto di disposizione sul)*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, VII, Utet, Torino, 2012, 216 ss.
- RUGGERI, *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronunzia del Trib. di Roma, I sez. civ., che dà «seguito» a Corte EDU Costa e Pavan)*, in www.diritticomparati.it.
- RUO, *A proposito di omogenitorialità adottiva e interesse del minore, confermata da Corte di appello di Roma, sentenza del 23 dicembre 2015*, in *Famiglia e Diritto*, 2015, 580 ss.
- RUSCELLO, *La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia e Diritto*, 6, 2004, 628 ss.
- RUSCELLO, *Quando il pregiudizio...è nella valutazione del pregiudizio! A proposito dell'affidamento della prole alla madre omosessuale*, in *Famiglia e Diritto*, 6, 2013, 570 ss.
- SALANITRO, *Fecondazione eterologa: la parola alla Consulta*, in *Famiglia e Diritto*, 12, 2010, 1135 ss.
- SALANITRO, *I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 10, 2016, 1360 ss.
- SALANITRO, *Il dialogo tra la Corte di Strasburgo e la Corte Costituzionale in materia di fecondazione eterologa*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2012, II, 636 ss.
- SALANITRO, *Il divieto di fecondazione eterologa alla luce della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: l'intervento della Corte di Strasburgo*, in *Famiglia e Diritto*, 2010, 977 ss.
- SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giuffrè, Milano, 2004.
- SCALERA, *Sulla legittimità dell'impianto post mortem di embrioni crioconservati*, in

- Famiglia e Diritto*, 5, 2015, 488 ss.
- SCIANCELEPORE, *Norme in materia di procreazione assistita: principi generali*, in STANZIONE – SCIANCELEPORE, *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004*, n. 40, Giuffrè, Milano, 2004.
- SEgni, *Procreazione assistita per i portatori di malattie trasmissibili - un nuovo problema*, in *Famiglia e Diritto*, 5, 2010, 478 ss.
- SEnIGAGLIA, *Vita prenatale e autodeterminazione: alla ricerca di un “ragionevole” bilanciamento tra interessi contrapposti*, in *Rivista di diritto civile*, 2016, 1554 ss.
- SESTA, *Dalla libertà ai divieti: quale futuro per la legge sulla procreazione medicalmente assistita?*, in *Il Corriere Giuridico*, 11, 2004, 1405 ss.
- SESTA, *Fecondazione assistita: la Cassazione anticipa il legislatore*, in *Famiglia e diritto*, 3, 1999, 233 ss.
- SESTA, *La procreazione medicalmente assistita tra legge, Corte Costituzionale, giurisprudenza di merito e prassi medica*, in DOSSETTI – LUPO - MORETTI (a cura di), *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità*, Giuffrè, 2010.
- SPADAFORA, *Adozione, tutela dell’omogenitorialità ed i rischi di eclissi della volontà legislativa*, in *Giurisprudenza Italiana*, 12, 2016, 2576 ss.
- SPEDICATO, *Cellule staminali embrionali e limiti alla brevettabilità delle invenzioni biotecnologiche*, in *Il Corriere giuridico*, 1, 2016, 23 ss.
- STANZIONE – SALITO, *La tutela del nascituro: una ricorrente vicenda giudiziaria*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2013, 474 ss.
- TIGANO, *Divieto di sperimentazione sugli embrioni umani e convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in www.penalecontemporaneo.it.
- TRIPODINA, *Decisioni giurisprudenziali e decisioni politiche nell'interpretazione del diritto alla vita (riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte Costituzionale n. 369 del 2006)*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 6, 2006, 3849 ss.
- VALLINI, *Ardita la rotta o incerta la geografia? La disapplicazione della legge 40/2004 “in esecuzione” di un giudicato della Corte EDU in tema di diagnosi*

- preimpianto*, in www.penalecontemporaneo.it.
- VALLINI, *Diagnosi preimpianto: respinta la richiesta di rinvio alla Grande Camera CEDU avanzata dal Governo italiano nel caso Costa e Pavan contro Italia*, in www.penalecontemporaneo.it.
- VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Giappichelli, Torino, 2012.
- VALLINI, *La diagnosi e selezione preimpianto: da illecito penale a questione deontologica. Eterogenesi dei fini di un legislatore irragionevole*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 2011, 1405 ss.
- VENUTI, *Corpo (atti di disposizione del)*, in MARTUCCELLI – PESCATORE (a cura di), *Diritto Civile*, Giuffrè, 2011, 493 ss.
- VENUTI, *Gli atti di disposizione*, in ALESSI – MAZZARESE – MAZZAMUTO (a cura di), *Persona e diritto. Giornate di studio in onore di Alfredo Galasso*, Giuffrè, 2013, 95 ss.
- VILLANACCI, *Il concepito nell'ordinamento giuridico. Soggettività e statuto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006.
- VILLANI, *Dal parlamento alle aule di giustizia: le nuove disposizioni in materia di procreazione medicalmente assistita al banco di prova del caso concreto*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2004, 415 ss.
- VILLANI, *La caduta del divieto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo: le ragioni della sua incostituzionalità e i successivi «indirizzi operativi» della Conferenza delle Regioni*, in *Studium Iuris*, 11, 2014, 1243 ss.
- VILLANI, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n.40*, Giappichelli, 2004.
- VIOLINI, *Il divieto di brevettabilità di parti del corpo umano: un uso specifico e non inutile del concetto di dignità umana*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, 145 ss.
- VIOLINI, *Tra scienza e diritto: i nodi irrisolti della fecondazione medicalmente assistita*, in CELOTTO – ZANON (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, Milano, 2004, 39 ss.
- ZANON, *Introduzione*, in CELOTTO – ZANON (a cura di), *La procreazione*

medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa, Milano, 2004, 7 ss.

ZANON, *Memoria redatta da Nicolò Zanon per i presentatori della richiesta di referendum popolare per l'abrogazione della legge 19 febbraio 2004, n. 40*, in AINIS (a cura di), *I referendum sulla fecondazione assistita*, Giuffrè, Milano, 2005, 208 ss.

ZATTI, *Maschere del diritto, volti della vita*, Giuffrè, Milano, 2009.

ZATTI, *Questioni di vita nascente*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da RODOTÀ e ZATTI, II, *Il governo del corpo*, a cura di CANESTRARI – FERRANDO – MAZZONI – RODOTÀ – ZATTI, Giuffrè, 2011, 1307 ss.

ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da ZATTI, I, Giuffrè, Milano, 2011, 3 ss.

ZOPPINI, *Talune considerazioni sulla (ir)razionalità della legge*, in CELOTTO – ZANON (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, Milano, 2004, 59 ss.