

Dipartimento di Giurisprudenza

Dottorato di Ricerca in Scienze Giuridiche - Ciclo XXXIII

Curriculum in Storia del Diritto Privato, Diritto Romano, Diritto Privato
Italiano e Comparato, del Lavoro, Tributario e Processuale Civile

LA NATURA GIURIDICA DELL'EMBRIONE

Stefania Pia PERRINO

Matricola 747887

Tutor: Prof. Giovanni Iorio

Coordinatore: Prof.ssa Stefania Ninatti

ANNO ACCADEMICO 2019/2020

*Il diritto si affaccia su questi nuovi territori
e da essi non può distogliere lo sguardo.*

Stefano Rodotà

INDICE

Introduzione

Capitolo 1- La tutela degli embrioni nella legge italiana.

1. Gli embrioni e le tecniche di procreazione medicalmente assistita;
2. La legislazione nazionale a tutela degli embrioni;
 - 2.1 Il dibattito parlamentare;
 - 2.2. La legge 19 febbraio 2004, n. 40;
 - 2.3. Le linee guida del Ministero della Salute;
3. La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita;
 - 3.1. I referendum per l'abrogazione della legge;
 - 3.2. La produzione di embrioni soprannumerari e la loro crioconservazione;
 - 3.3. La fecondazione eterologa;
 - 3.4. La diagnosi genetica preimpianto;
 - 3.5. La destinazione degli embrioni alla ricerca;
 - 3.6. Le fecondazioni *post mortem*.

Capitolo 2 – L'embrione: le teorie sulla natura giuridica.

1. Premessa sul metodo;
2. Le teorie sulla natura giuridica dell'embrione;
3. L'embrione come concepito;
 - 3.1. Il concepturo;
4. L'embrione come soggetto di diritto;
 - 4.1. L'embrione come fanciullo;
 - 4.1.1. Gli argomenti contrari all'embrione fanciullo;
5. L'embrione come "cosa in senso giuridico";
 - 5.1. Le applicazioni giurisprudenziali dell'embrione come res;
 - 5.2. Il referente normativo della teoria dell'embrione come res;
 - 5.3. L'embrione come parte del corpo;

6. La tesi processuale: l'applicazione del "metodo della innovazione",
 - 6.1. L'argomento privatistico;
 - 6.2. L'argomento pubblicistico: l'emersione di nozioni giuridiche, di fasi temporali e di tutele ordinamentali graduali nel processo caratterizzante la vita nascente;
 - 6.3. L'argomento comparatistico;
 - 6.4. L'argomento giurisprudenziale;
 - 6.4.1. Il caso blackout e l'accidentale "perdita di idoneità" delle blastocisti;
 - 6.4.2. Lo scambio colposo delle blastocisti crioconservate;
 - 6.4.3. Il sequestro e la confisca degli embrioni;
 - 6.4.4. La nozione e la protezione brevettuale dell'embrione dinanzi alla CGUE.
7. Considerazioni conclusive.

CAPITOLO 3 - Riflessioni di natura comparata e prospettive *de iure condendo*.

1. L'assenza di consenso europeo ed internazionale;
2. Riflessioni di natura comparata;
 - 2.1. La tutela dell'embrione nell'ordinamento francese;
 - 2.2. La tutela dell'embrione nell'ordinamento tedesco;
 - 2.3. La tutela dell'embrione nell'ordinamento austriaco;
 - 2.4. La tutela dell'embrione nell'ordinamento spagnolo;
3. La tutela dell'embrione nell'ordinamento britannico;
 - 3.1. Il Warnock Report;
 - 3.2. Lo Human Fertilisation and Embriology Act 1990;
 - 3.3. La tutela dell'autodeterminazione nello HFEA: il consenso informato;
 - 3.4. La regola dei 14 giorni (14-day rule);
 - 3.5. Lo statuto dell'embrione nella disciplina britannica;
 - 3.6. L'abbandono della logica binaria nelle moderne teorie britanniche;
4. Prospettive *de iure condendo* per l'ordinamento italiano.

Bibliografia

Introduzione

Il problema qualificatorio dell'embrione costituisce il banco di prova per il civilista dinanzi all'irrompere delle innovazioni in ambito *bio-tech*.

Se lo *status* del concepito ha rappresentato il terreno di contesa tra le tesi dottrinali più disparate e della giurisprudenza più recente, lo statuto giuridico dell'embrione extra-corporeo costituisce un tema nuovo ma ugualmente controverso.

L'elaborato muove da una considerazione generale: non esiste una disciplina unitaria a tutela dell'embrione, fatta eccezione per una serie di laconiche disposizioni normative e sanzioni, penali ed amministrative, contenute nella l. 19 febbraio 2004, n. 40, dedicata prevalentemente alle tecniche di fecondazione assistita. Il legislatore nel 2004 ha colto l'occasione per regolare, da un lato e con poche norme, il diritto sulla scienza del nuovo millennio e, dall'altro, la procreatica asessuata per il superamento di condizioni di infertilità e la soddisfazione del progetto parentale di molti.

Ne deriva che il successo raggiunto dalla medicina riproduttiva degli ultimi quindici anni non si è accompagnato ad un utilizzo dello strumento legislativo capace di cogliere la cifra dell'avanzamento scientifico e ne costituisce prova palmare la «sfibrante dialettica» di cui è destinataria la normativa in materia. La "legge 40" non ha mai ottenuto un risolutorio intervento legislativo volto a disciplinare la fecondazione eterologa, la diagnosi genetica preimpianto e la condizione degli embrioni crioconservati e prodotti in soprannumero. Istituti, questi, transitati nell'ordinamento italiano solo per effetto dei numerosi interventi demolitori della Corte costituzionale.

Sicché la legge tutela, per il tramite di divieti, talvolta dichiarati incostituzionali, una entità, quale è l'embrione extrauterino, di cui il legislatore non ha chiari i contorni, né tantomeno la natura giuridica. E dunque, pure in difetto di un chiaro inquadramento, se in passato uno statuto speciale poteva essere evinto dall'interprete in capo all'embrione attraverso le lenti di tali divieti, occorre chiedersi quale sia il suo statuto all'esito di una interpretazione attenta, sistematica ed attuale.

L'elaborato, allora, propone un inquadramento giuridico dell'embrione ed una ricostruzione della disciplina applicabile, all'esito dell'esame puntuale della stratificata trama normativa dedicata alla procreazione medicalmente assistita e, più in generale, alla

cessione e all'impiego di tessuti ed alle cellule umane nel Biodiritto italiano e sovranazionale.

Per quanto concerne l'embrione, oggetto della presente disamina, sono state analizzate diverse impostazioni interpretative, capaci di orientare il giurista nella selezione delle regole applicabili. Queste teorie vengono suddivise a seconda del metodo: le prime nel solco del metodo dell'adattamento, l'ultima, propugnata nel presente elaborato, secondo il metodo della innovazione.

Tra le prime si evidenziano le teorie dell'embrione come concepito, come soggetto di diritto, come fanciullo, nonché le teorie dell'embrione come cosa in senso giuridico e come parte del corpo.

Tuttavia, l'adeguamento delle citate categorie dogmatiche risalenti non ha fornito risultati appaganti, poiché costituisce un espediente incapace di fronteggiare le questioni più complesse emerse nel trattamento della entità in discorso. Allora, seguendo gli insegnamenti di autorevoli interpreti del diritto civile, si intraprende il percorso più arduo, ossia l'applicazione del metodo dell'innovazione. Per questo si procede all'elaborazione della teoria processuale, in virtù della quale va contestato un inquadramento unitario e va, invece, preso in considerazione il processo evolutivo che contraddistingue la "vita nascente". Sicché per ciascuna fase e contesto il giurista individua un trattamento differenziato a seconda del segmento temporale di riferimento.

L'elaborazione della citata teoria processuale costituisce l'esito di uno studio per fasi, le quali coincidono con i capitoli del presente elaborato.

Nel primo capitolo, sono stati studiati approfonditamente i lavori parlamentari, le fonti che hanno preceduto nel tempo la legge attualmente vigente e la l. n. 40/2004. Non solo, in quanto è stata minuziosamente analizzata l'evoluzione del dettato normativo operata attraverso le celebri pronunce della Corte costituzionale e mediante l'introduzione di linee guida attuative della legge, di D.P.R. e decreti legislativi che hanno colmato, in parte, le lacune provocate dalle declaratorie di illegittimità.

In questo modo, è stata riscontrata la progressiva "fuga dalla legge 40" ad opera del legislatore, al fine precipuo di non confrontarsi con l'enigma esegetico della natura giuridica dell'embrione.

La mutazione genetica delle regole italiane sull'embrione ha imposto successivamente una analisi approfondita delle opzioni ermeneutiche concentratesi sullo statuto giuridico della cellula riproduttiva specializzata. Il secondo capitolo, infatti, è

dedicato alle teorie sulla natura: da un lato, sono state studiate le tesi che hanno inquadrato l'embrione entro alcune categorie del diritto già note e destinarie di uno statuto giuridico compiuto nell'ordinamento; dall'altro, è stata proposta la tesi processuale, che prescinde dalle categorie note e delinea uno statuto nuovo per l'embrione, a seconda della fase e del contesto di impiego e trattamento.

A supporto di questa teoria è stata studiata la disciplina codicistica dedicata al c.d. concepturo, la normativa riservata alla interruzione di gravidanza, all'aborto farmacologico, alla contraccezione d'emergenza, alla sepoltura dei prodotti del concepimento, alla tassazione delle donazioni in favore dei concepturi, oltre che la disciplina penale c.d. prenatalizia.

Inoltre, a presidio della teoria processuale si pongono molteplici pronunce della giurisprudenza di merito, di legittimità, della Corte di Giustizia dell'Unione europea, nonché alcune conferme derivanti dallo studio di altri ordinamenti europei.

A sostegno di siffatta impostazione esegetica, nel terzo ed ultimo capitolo, è stato operato un confronto tra le frammentate e disorganiche regole italiane a tutela dell'embrione ed alcuni orientamenti europei.

Oltre all'analisi di discipline straniere più vicine all'esperienza italiana, quantomeno nella loro fase genetica, come l'ordinamento tedesco, austriaco, francese e spagnolo, è stata ritenuta ineludibile la disamina della normativa che meglio ha temperato le istanze scientifiche e di certezza del diritto. Il riferimento corre allo *Human Fertilisation and Embriology Act* (HFEA), adottato dal Parlamento del Regno Unito nel 1990, interamente modificato dal legislatore nel 2008 e che si avvia ad un ulteriore intervento di riforma in materia.

La disciplina citata ha costituito, per tutti gli ordinamenti europei, punto di svolta nella riflessione attorno alla natura dell'embrione e alla normazione delle tecniche di trattamento della blastocisti. Per questa ragione, lo studio della normativa è stato condotto nel Regno Unito e segnatamente presso la University of Edinburgh, in Scozia.

All'esito di una analisi così strutturata, i risultati della ricerca conducono inevitabilmente l'interprete ad una riflessione critica sull'ordinamento italiano e, in una prospettiva *de iure condendo*, a tratteggiare talune proposte di riforma.

CAPITOLO 1

LA TUTELA DEGLI EMBRIONI NELLA LEGGE ITALIANA

SOMMARIO: 1 – *Gli embrioni e le tecniche di procreazione medicalmente assistita*; 2 - *La legislazione nazionale a tutela degli embrioni*; 2.1 - *Il dibattito parlamentare*; 2.2. - *La legge 19 febbraio 2004, n. 40*; 2.3. – *Le linee guida del Ministero della Salute*; 3 – *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*; 3.1. - *I referendum per l'abrogazione della legge*; 3.2. – *La produzione di embrioni soprannumerari e la loro crioconservazione*; 3.3. - *La fecondazione eterologa*; 3.4. - *La diagnosi genetica preimpianto*; 3.5. – *La destinazione degli embrioni alla ricerca*; 3.6. - *Le fecondazioni post mortem*.

1. Gli embrioni e le tecniche di procreazione medicalmente assistita.

L'indagine attorno allo statuto giuridico dell'embrione, e segnatamente dell'embrione extra-uterino creato con metodi alternativi alle tecniche di riproduzione sessuata, deve essere avviata sulla base di una constatazione: l'ordinamento italiano difetta di una disciplina specifica attorno agli embrioni e alle cellule riproduttive¹. Inoltre, la legge italiana difetta di una definizione e di un inquadramento giuridico, capace di sopperire alla citata lacuna normativa.

Le poche regole in materia di creazione, impiego e trattamento delle predette cellule sono contenute nella legge recante le norme in materia di procreazione medicalmente assistita, l. 19 febbraio 2004, n. 40², nonché nella disciplina generale in materia di donazione di cellule e tessuti.

¹ In questo senso, C.M. Mazzoni-M. Piccinni, *La persona fisica*, in *Trattato di diritto privato*, G. Iudica-P. Zatti (a cura di), Milano, 2016, p. 79.

² *Ex pluribus AA.VV., La fecondazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi*, Milano, 2005; P. Trabucchi, *Inseminazione artificiale (diritto civile)*, in *NDI*, VIII, 1962, p. 732 ss.; G. Gandolfi, *Profili civilistici della fecondazione "artificiale"*, in *Scritti di diritto privato*, Milano, 1994, p. 155 ss.; R. Villani, *La procreazione assistita*, Torino, 2004; R. Clarizia, *Procreazione artificiale*, in *Dig. Disc. priv., sez. civ.*, XV, 1997, p. 313 ss.; L. Lenti, *La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità*, Padova, 1993; A. Vallini, voce *Procreazione medicalmente assistita*, in *Enc. dir.*, 2016, p. 696-724; M. Dogliotti, *La legge sulla procreazione assistita: problemi vecchi e nuovi*, in *Fam. dir.*, 2004, 2, p. 117-121; Id., *Una prima pronuncia sulla procreazione assistita: tutte infondate le questioni di legittimità costituzionale?*, *ibidem*, 2004, 4, p. 384-386; C. Casini-M. Casini-M.L. Di Pietro, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. "Norme in materia di procreazione*

La normativa citata regola alcune delle modalità di creazione ed impiego degli embrioni e costituisce il traguardo di un travagliato dibattito in sede parlamentare, oltre che in campo scientifico e sociale.

Per tale motivo, appare prioritaria la comprensione delle procedure regolate, funzionali alla creazione dell'embrione, al fine di apprezzare se e con quali modalità il legislatore italiano ha inteso presidiare la controversa categoria degli embrioni.

L'espressione "Procreazione Medicalmente Assistita"³ (di seguito P.M.A.) indica genericamente l'insieme delle pratiche funzionali alla generazione della vita umana, attraverso l'impiego di modelli differenziati di trattamento «di pertinenza medica»⁴.

Segnatamente, le tecniche richiamate consistono in interventi volti a determinare la specializzazione delle cellule riproduttive e, all'esito del compimento della fecondazione, alla formazione di uno o più embrioni, per il trasferimento in utero. Con il c.d. *transfer* e l'adesione alla parete uterina della cellula "specializzata", al procedimento può conseguire l'avvio della eventuale gestazione.

In questa pletora di tecniche, la medicina riproduttiva suole distinguere le tecniche di I, II e III livello⁵.

medicalmente assistita". Commentario, Torino, 2004; N. Riva, *Diritti e procreazione assistita: le ragioni della legge n. 40/2004*, in *Sociologia del Diritto*, 2010, 37, p. 39-64; id., *Diritti e procreazione medicalmente assistita. Un esame della normativa italiana*, Aracne, Roma, 2012; M. D'amico-B. Liberali, *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, Napoli, 2016; L. d'Avack, *Il potere sul corpo. Limiti etici e giuridici*, Torino, 2015; id., *Il progetto filiazione nell'era tecnologica. Percorsi etici e giuridici*, I ed., Torino, 2012; M. De Tilla-L. Militeri-U. Veronesi, *Fecondazione eterologa*, Vicenza, 2015; I.A. Caggiano, *Tipologie di procreazione, stato di filiazione e conseguenze patrimoniali*, Pisa, 2017.

³ Nomenclatura "pudica" accordata agli interventi di fecondazione assistita, secondo F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, ed. XVIII, Napoli, 2017, p. 429. Sul punto, non è mancato chi ha segnalato la volontà del legislatore di imprimere nella nomenclatura la particolare rilevanza della "volontà" degli aderenti alle tecniche di fecondazione assistita. In particolare, N. Riva, *Diritti e procreazione medicalmente assistita. Un esame della normativa italiana*, Roma, 2012, p. 15-18: la procreazione, termine impiegato dalla legge 40 «indica la presenza della volontà di riprodursi, mentre la riproduzione naturale può avvenire senza la volontà di riprodursi». Sulle differenze tra le locuzioni fecondazione artificiale e procreazione assistita si segnala anche M.L. Di Pietro-E. Sgreccia, *Procreazione assistita e fecondazione artificiale tra scienza, bioetica e diritto*, Brescia, 1999. Con riferimento alla differenza di significato tra le due locuzioni, v. C. Casini-M. Casini-M.L. Di Pietro, La legge 19 febbraio 2004, n. 40, cit., p. 24: «Nelle intenzioni dei proponenti non si trattava di modifiche marginali, ma di interventi volti a spostare la prospettiva di osservazione della materia. Il termine "procreazione", infatti, fa pensare al comparire di un essere umano, mentre "fecondazione" può alludere soltanto all'inizio di un processo di sviluppo».

⁴ Comitato Nazionale per la Bioetica, *Le tecniche di procreazione assistita*, 17 giugno 1994, in www.bioetica.governo.it, p. 9.

⁵ Per un catalogo esaustivo sulle tecniche PMA, v. Bompiani, Cittadini, De Cecco, Flamigni, Isidori, Menchini, Fabris, *Problemi di sterilità e tecniche di fecondazione assistita*, in Comitato Nazionale per la Bioetica, *La fecondazione assistita*, 17 febbraio 1995, p. 13; M. Tedesco, *La procreazione medicalmente assistita*, in Aa.Vv., *Fecondazione eterologa*, Milano, 2015, p. 12-21.

Tra le tecniche di I livello, caratterizzate da una minore complessità e invasività delle procedure, si annovera l'inseminazione artificiale (IUI), che si compendia nell'introduzione meccanica dei gameti maschili nell'apparato riproduttivo femminile, al fine di agevolare la procreazione, in casi in cui non è ostata *in toto* la riproduzione, bensì costituisce un esito più complesso⁶.

La difficoltà nel conseguimento di un risultato positivo, in uno con la sopravvenuta obsolescenza di siffatte tecniche a fronte di uno scenario di sterilità ben più complesso, ha condotto al progressivo abbandono di tali procedure, in luogo delle più sofisticate tecniche di II e III livello.

Tra queste si annoverano tanto le procedure di fecondazione sia intrauterina quanto procedimenti esecutivi extra-corporei.

Queste metodologie si declinano, sommariamente, nella fecondazione in vitro⁷, nell'iniezione del gamete maschile nell'oocita⁸, nel trasferimento di gameti nelle tube di Falloppio⁹ o nell'ormai desueta tecnica di trasferimento intratubarico di zigoti od embrioni¹⁰.

La più importante tra queste è la fecondazione in vitro con trasferimento embrionario (F.I.V.E.T.), che consente la coltura degli embrioni in vitro nei primi stadi di sviluppo e il loro trasferimento nella cavità uterina.

Sommariamente, la procedura si caratterizza per alcune fasi che vanno sotto il nome di *pick up*, pre-incubazione, inseminazione, fecondazione, decoronizzazione, valutazione qualitativa degli embrioni ottenuti in coltura e, da ultimo, il citato *transfer*.

Il *pick up* rappresenta la fase iniziale della procedura: il medico procede all'espanto degli ovociti in un breve intervento e solitamente all'esito di un trattamento di stimolazione ovarica, per consentire la raccolta di un numero maggiore di cellule riproduttive, al fine di eseguire l'inseminazione in vitro, dopo un periodo di incubazione.

⁶ Per un approfondimento, si veda R. Picchianti, *Diritti umani, infertilità e procreazione assistita*, Siena, 2008.

⁷ Fecondazione in vitro con embrione trasferito, indicato con l'acronimo F.I.V.E.T.

⁸ *Intra Cytoplasmic Sperm Injection*, indicato con l'acronimo I.C.S.I.

⁹ *Gamets In Falloppian Transfert*, indicato con l'acronimo G.I.F.T.

¹⁰ N. Riva, *Diritti e procreazione medicalmente assistita. Un esame della normativa italiana*, Roma, 2012, p. 15-18: «La FIV consiste nel porre i gameti in un terreno di coltura artificiale e nell'attendere che avvenga la fecondazione (...). L'ICSI è una tecnica di micromanipolazione, che consiste nell'iniettare uno spermatozoo in un ovocita operando al microscopio con strumenti di altissima precisione (...) Gli embrioni da trasferire sono aspirati in un catetere sottile che è inserito attraverso il canale cervicale fino a raggiungere la cavità uterina, dove sono depositati sulla mucosa endometriale. In alternativa gli embrioni possono essere iniettati, servendosi di un ago, direttamente nell'endometrio, così che non possano più muoversi. Questa operazione è più invasiva e richiede un'analgesia profonda».

La successiva inseminazione avviene all'esito di una selezione delle cellule riproduttive maschili migliori, separate da quelle non idonee: si tratta di procedimento necessario per ovviare alla mancanza della selezione naturale che avviene "in vivo" nelle vie genitali femminili nella riproduzione sessuata.

Alla inseminazione segue la fase della fecondazione: spermatozoi e oociti vengono incubati per 15-20 ore per identificare l'avvenuta penetrazione nella zona pellucida della cellula uovo, la fusione dei due gameti, la comparsa dei due pronuclei e la perdita della corona radiata dell'ovocita.

A tal punto si rende necessaria l'analisi del risultato della fecondazione: non basta la fecondazione dell'oocita, ma è essenziale accertare la viabilità dell'impianto e la possibilità di raggiungimento della vitalità fetale da parte dell'embrione. Solo in caso di esito positivo dell'indagine biochimica descritta, il medico procede al successivo *transfer* in utero.

Come è facile comprendere da questa sommaria scansione temporale della procedura, l'inseminazione e la fecondazione non sono sinonimi, ma due fasi distinte, seppure cronologicamente e logicamente connesse.

Gli embrioni che hanno subito le prime divisioni cellulari solitamente vengono trasferiti in utero mediante catetere all'esito del processo di crioconservazione oppure, se "a fresco", dopo due giorni dal *pick up* o dall'ovodonazione¹¹.

Le tecniche di procreata a sessuata appena descritte, poi, sono solitamente differenziate a seconda della titolarità genetica delle cellule riproduttive impiegate nel trattamento: si suole distinguere le procedure di procreazione autologa o omologa da quelle di tipo allogenico o eterologo.

Le tecniche di P.M.A. omologa consentono la fecondazione dell'oocita mediante la cellula riproduttiva maschile, con il ricorso a gameti riconducibili a coloro i quali aderiscono al programma di procreazione artificiale, per porre rimedio agli ostacoli nella riproduzione naturale. Donatori e pazienti dei trattamenti di fecondazione, in tal caso, coincidono.

¹¹ *Infra* § 2.

Le tecniche allogeniche o eterologhe¹², invece, abilitano i soggetti aderenti al programma di P.M.A. ad addivenire alla fecondazione assistita ricorrendo a cellule riproduttive fornite da donatori in forma anonima, consensuale e gratuita.

In quest'ultimo caso, dunque, donatori e pazienti delle tecniche di P.M.A. differiscono necessariamente, in tutto o in parte. In particolare, la fecondazione in esame può essere eseguita mediante la donazione di una o anche entrambe le cellule riproduttive da parte di terzi, purché l'embrione ottenuto sia trasferito nell'utero della donna che intende sottoporsi alle tecniche di procreazione assistita e divenire madre attraverso la gestazione.

Dalla fecondazione di tipo eterologo, l'interprete è chiamato a tenere distinte le pratiche di surrogazione della maternità¹³. Simili tecniche sono note anche con il nome di maternità in affitto o maternità surrogata o maternità per sostituzione o gestazione per altri¹⁴.

Con la gestazione per altri, nomenclatura che meglio descrive la procedura¹⁵, si realizza il trasferimento di gameti della coppia o di soggetti terzi al fine di conseguire l'impianto nell'utero di una donna estranea alla coppia di aderenti alle procedure. Dunque, la procreazione, attraverso tale procedura, può essere realizzata tanto mediante fecondazione omologa quanto eterologa, in quanto il *discrimen* è rappresentato dalla persona fisica che conduce la gravidanza per fini altruistici¹⁶.

¹² Si richiama l'acuta osservazione di N. Riva, *Diritti e procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 22. Segnatamente, l'A. si sofferma sull'infelice terminologia impiegata dal legislatore. Si tratta, infatti, di nomenclatura mutuata dalla medicina veterinaria in maniera impropria, in quanto la c.d. eterologa costituisce procedura tesa all'impiego di cellule di animali di specie diverse. Così non è nella fecondazione artificiale umana: «Il fatto che si parli comunemente di procreazione medicalmente assistita "eterologa" e "omologa" è infelice per due ragioni. Primo, perché è un uso linguistico mutuato dalla veterinaria, dove gli aggettivi "eterologo" e "omologo" sono utilizzati rispettivamente per qualificare la riproduzione tra animali appartenenti a specie diverse e la riproduzione tra animali appartenenti alla stessa specie. In questo senso la pma è sempre omologa, poiché utilizza gameti umani. Secondo, perché utilizza termini che appartengono al linguaggio delle scienze naturali per indicare una distinzione che non ha nulla di naturale. Infatti, non c'è alcuna differenza empirica tra procreazione medicalmente assistita eterologa e pma omologa». Gli aggettivi allogenico ed autologo, invece, sono propriamente utilizzati dalla disciplina in materia di trapianto di organi e tessuti, come nel caso di cellule staminali emopoietiche.

¹³ Sull'argomento P. Zatti, *Maternità e surrogazione*, in NGCC, 2000, 2, p. 193 ss.; M. Sesta, *Norme imperative, ordine pubblico e buon costume: sono leciti gli accordi di surrogazione?*, ivi, 2000, 2, p. 293 ss.

¹⁴ Indicata con l'acronimo G.P.A.

¹⁵ La locuzione è spesso impiegata dagli interpreti per escludere qualsiasi relazione parentale tra la gestante e il nato; lo status *filiationis* deriva, come nella fecondazione eterologa, dalla genitorialità intenzionale e non dal legame genetico o biologico con i genitori e, in particolar modo, con la madre. I. Corti, *La maternità per sostituzione*, in Aa. Vv., *Il governo del corpo. Trattato di Biodiritto*, S. Rodotà-P. Zatti (a cura di), Milano, 2011, p. 1479 ss.

¹⁶ Non è mancato chi ha definito la pratica gestazione per altri solidale.

Questa tecnica, nonostante le similitudini evidenti con la fecondazione allogenica, è vietata dall'ordinamento italiano e sanzionata penalmente dall'art. 12, comma 6°, l. n. 40/2004, in virtù del ritenuto contrasto con l'art. 5 c.c. Dibattuta è, invece, la sua rilevanza penale allorquando realizzata da cittadini italiani all'estero nell'esercizio di un diritto riconosciuto dall'ordinamento straniero, in difetto della condizione di reciprocità tra ordinamenti¹⁷.

Definito sommariamente l'*ubi consistam* delle procedure richiamate dalla legge italiana, occorre individuare la *ratio* su cui le medesime si fondano.

Diversamente da quanto accade in altri ordinamenti¹⁸, il fine per cui le tecniche sono suscettibili di impiego in Italia è di tipo strettamente terapeutico. Più precisamente, le tecniche di fecondazione assistita illustrate possono essere impiegate qualora manchino alternativi ed efficaci metodi terapeutici per porre rimedio alla infertilità o sterilità oppure per evitare la trasmissione di gravi malattie genetiche.

Il legislatore, per vero, utilizza i termini "sterilità" e "infertilità" quali sinonimi, sebbene dalle linee guida in materia sia possibile evincere come vari siano i significati attribuibili ai termini richiamati.

Secondo una prima accezione, per sterilità si intende incapacità di concepimento, mentre per infertilità, quantomeno nella donna, si intende l'incapacità di portare a compimento la gravidanza fino all'epoca di vitalità fetale. Secondo una diversa accezione, per infertilità si intende genericamente l'incapacità di concepimento dopo 12-24 mesi di rapporti sessuali non protetti.

La sterilità, invece, costituisce una condizione più grave o assoluta, che rende impossibile la procreazione da parte di entrambi gli aderenti alle tecniche di procreazione.

Nonostante i dubbi paventati da una certa dottrina¹⁹, il legislatore considera la procreazione assistita come una procedura dalla funzione terapeutica in quanto e entrambe le condizioni citate sono classificate dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (O.M.S.) come patologie.

¹⁷ Cass. pen., sez. VI, 17 novembre 2016, n. 48696, rv. 272242-01, in *Italgiure*.

¹⁸ *Infra* cap. 3.

¹⁹ Con tono critico sul punto, F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 429: «la sterilità sarebbe una malattia da curare, come se non vi fosse differenza tra procreare un figlio, terzo rispetto a sé, e togliersi l'appendice o mettersi una protesi».

Le linee guida in materia accedono ad una nozione ampia ed inclusiva di ambedue le condizioni e ricomprendono anche le ipotesi di sterilità c.d. idiopatica, per effetto della quale non è possibile accertare la causa ostativa alla riproduzione, e di sub-fertilità, che ricorre a fronte di reiterate interruzioni di gravidanza spontanee o quando siano state riscontrate altre condizioni biologiche ostative alla procreazione.

Dalla breve disamina emerge, dunque, la funzione terapeutica della procreazione medicalmente assistita tendenzialmente esclusiva, che ha portato gli interpreti ad escludere il riconoscimento di «un diritto soggettivo alla procreazione, costituzionalmente garantito, ex art. 2 Cost., quale diritto della personalità e dunque riconosciuto a chiunque, a prescindere dalla sua realizzazione nell'ambito di un legame di coppia e a prescindere, altresì, dagli strumenti utilizzati per la realizzazione stessa»²⁰.

2. La legislazione nazionale a tutela degli embrioni.

Le tecniche sin qui descritte costituiscono un'esemplificazione della pletora di procedure elaborate dalla scienza, che il giurista può solo tentare di inquadrare entro categorie dogmatiche statiche, talvolta inidonee a cogliere la complessità raggiunta dai più recenti approdi della medicina riproduttiva e della ingegneria biomedica.

È pur vero che fino al 1985, la necessità di una "tutela minima" o di una copertura giuridica delle scoperte della medicina riproduttiva non era neppure avvertita dal legislatore italiano²¹, fatta eccezione per alcuni risalenti disegni di legge, tesi ad incriminare e comminare la pena detentiva per i soggetti aderenti a tecniche di inseminazione artificiale²².

Tuttavia, si rammenta che dalla nascita della nota Louise Brown all'Oldham General Hospital di Manchester nel 1978, primo tentativo riuscito di fecondazione

²⁰ F. Naddeo, *Accesso alle tecniche*, in Aa.Vv., *Procreazione assistita, commento alla legge 19 febbraio 2004*, n. 40, P. Stanzione-G. Sciancalepore (a cura di), Milano, 2004, p. 49.

²¹ Secondo la ricostruzione operata da C. Casini-M. Casini-M.L. Di Pietro, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita". Commentario*, Torino, 2004, p. 4-5: «Nella vicenda legislativa italiana in materia di fecondazione artificiale si possono distinguere tre fasi. La prima, più remota e meno significativa, si colloca addirittura nella III legislatura. La seconda, più lunga, intensa e articolata, inizia a partire dalla IX legislatura (1983-1987) e termina con la XII (1994-1996). La terza e più recente fase è quella decisiva; essa vede una ripresa del dibattito legislativo con rinnovata energia e abbraccia tutta la XIII legislatura (1996-2001) giungendo alla seconda metà della XIV».

²² Il pensiero corre al PDL d'iniziativa dei deputati G. Gonella e C. Manco, 25 novembre 1958, *Divieto di inseminazione artificiale e sua disciplina giuridica*, in www.camera.it.

assistita al mondo, è stato necessario attendere al 1985 perché il legislatore cominciasse ad interessarsi alle tecniche in discorso.

Nello specifico, i primi passi italiani verso una disciplina in materia di embrioni e cellule riproduttive furono compiuti con una sintetica circolare ministeriale e non, invece, con la normazione di rango primario. Con la circolare del 18 ottobre 1985, il Ministro della Salute ha individuato per la prima volta i criteri soggettivi di accesso alle procedure erogate dal Servizio Sanitario Nazionale e, contestualmente, ha vietato talune pratiche ritenute in contrasto con i “principi fondamentali del sistema giuridico costituito”²³.

Sulla scorta delle coordinate ministeriali, il governo ha consentito il ricorso alla sola P.M.A. omologa, la quale era accessibile alle sole coppie coniugate, non separate, con accertate e certificate condizioni di infertilità, mentre sono state escluse e vietate le pratiche di fecondazione eterologa, totale o parziale, le tecniche di crioconservazione degli embrioni e, da ultimo, le gestazioni per altri, ancorché solidali.

La c.d. circolare Degan, dal nome dell’allora Ministro Costante Degan, però, ha tratteggiato un plesso di regole riferite espressamente alle sole cliniche pubbliche, mentre dal perimetro applicativo sono state esautorate le tecniche eseguite presso le cliniche private²⁴.

Varie le implicazioni di tale impostazione.

Da un lato, il governo ha consentito alle cliniche private di proseguire con il libero impiego di procedure di fecondazione di tipo eterologo, funzionali al trattamento, come illustrato²⁵, di ben più gravi condizioni ostative alla riproduzione rispetto a quelle risolte dalla “omologa”, nonché il ricorso alla crio-preservazione per evitare i rischi di gravidanze plurigemellari.

Dall’altro, le limitazioni imposte alle sole cliniche pubbliche ha avuto la conseguenza di far venire meno un interesse collettivo e degli operatori del settore ad una legge in materia, come accaduto proprio in quegli anni²⁶ in Svezia, Portogallo, Israele, Norvegia, Spagna e Regno Unito²⁷.

²³ Circ. Ministero della sanità, 18 ottobre 1985 circ. n. 100, *Limiti e condizioni di legittimità dei servizi di inseminazione artificiale nell’ambito del servizio sanitario nazionale*.

²⁴ Relazione della XII Commissione permanente presso la Camera dei Deputati sulle Proposte di legge n. 47, 147, 156, 195, 406, 562, 639, 676, 762, 1021, 1775, 1869, 2042, 2162, 2465, 2492, reperibile nell’archivio del sito istituzionale del Senato.

²⁵ *Supra* § 1.

²⁶ Sul punto si richiama una prima ricostruzione del Comitato Nazionale per la Bioetica, La legislazione straniera sulla procreazione assistita, 18 luglio 1992, in www.bioetica.governo.it.

²⁷ *Infra* cap. 3.

Implicazioni di non poco momento, in considerazione delle difficoltà interpretative in sede pretoria già provocate dall'assenza di una disciplina puntuale per le tecniche ormai diffuse e in virtù del crescente ricorso alle procedure allogeniche da parte delle cliniche private, in difetto di livelli minimi igienico-sanitari e di professionalità degli operatori.

Nonostante le conseguenze di notevole rilievo, nel decennio successivo, alla circolare Degan hanno fatto seguito solo ulteriori provvedimenti ministeriali, in specie le circolari "Donat-Cattin" n. 19 del 27 aprile 1987 e "De Lorenzo" n. 17 del 10 aprile 1992, recanti le misure di prevenzione della trasmissione di HIV e altri agenti patogeni attraverso la donazione del liquido seminale impiegato per la fecondazione artificiale.

Nella reticenza del Parlamento, le circolari ministeriali sono state utilizzate dal governo per domare questioni contingenti e residuali, rispetto al più ampio tema del trattamento degli embrioni e delle cellule riproduttive umane.

Tuttavia, la necessità di una regolamentazione più puntuale delle procedure e di una maggiore *compliance* verso gli operatori a fronte dell'imponente sviluppo delle pratiche di procreazione assistita, maternità surrogata e crioconservazione delle cellule hanno condotto all'autoregolamentazione da parte delle cliniche private. Tali esigenze, inoltre, hanno indotto la Federazione nazionale degli ordini dei medici e degli odontoiatri²⁸ a sollecitare l'intervento da parte del legislatore.

Le preoccupazioni illustrate furono colte anche dalla Commissione nominata dal Ministro di Grazia e Giustizia, Giuliano Vassalli, per la riforma del codice penale. La Commissione c.d. Pagliaro²⁹ nel 1992, successivamente, ha presentato il proprio progetto recante i reati contro la gestazione. Tra i delitti contro la persona il progetto ha proposto l'inserimento del procurato aborto senza il consenso della gestante, l'aborto della consenziente, la produzione di embrioni umani per finalità diverse da quelle della riproduzione, l'inseminazione senza consenso, spingendosi fino a prevedere, fuori dai casi di aborto, l'*embrionicidio*³⁰. In considerazione delle scoperte realizzate dalla ingegneria genetica, ha suggerito, pure, l'inserimento dei reati contro l'identità genetica, quali

²⁸ Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri, *Principi deontologici per fronteggiare l'imponente sviluppo del fenomeno della procreazione assistita, della maternità surrogata e della donazione del seme*, 2 aprile 1995, in *FNOMCeO*.

²⁹ La proposta di articolato è consultabile sul sito istituzionale del Ministero di Grazia e Giustizia, www.giustizia.it.

³⁰ Per un approfondimento, v. A. Pagliaro, *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, vol. II, Milano, 2009, p. 118.

l'alterazione genetica, la selezione genetica, l'ibridazione, la clonazione, la sperimentazione ai fini della clonazione. Infine, sono state elaborate alcune fattispecie di reato a presidio della dignità della maternità, tese a sanzionare la gestazione *extra-materna*, onde evitare la «trasformazione del nato in figlio di "madre uterina animale", di "madre meccanica", di "madre maschile"»³¹, nonché la contrattazione ai fini procreativi, sino a prevedere il reato di gestazione umana di embrione animale.

Come è noto, il progetto non ha raggiunto l'esito sperato e, sebbene impiegato come modello per i successivi progetti di riforma, il suo peculiare presidio dell'embrione non ha trovato riscontro nei successivi interventi normativi di modifica del codice penale o nella legislazione speciale.

Alle istanze degli operatori si sono sommati anche i pareri del Comitato Nazionale per la Bioetica (di seguito C.N.B.) ed un sempre più pressante dibattito giuridico a livello nazionale e internazionale attorno al tema della fecondazione artificiale.

Tanto il Consiglio d'Europa quanto il Parlamento europeo hanno mostrato un particolare interesse per la regolamentazione dell'utilizzo di embrioni e feti ai fini diagnostici, terapeutici, industriali e commerciali, nonché per le connesse questioni etico-giuridiche.

In particolare, è opportuno richiamare l'attenzione sulle Raccomandazioni n. 1046 del 1986 e n. 1100 del 1989 del Consiglio d'Europa.

Il Consiglio, con la prima Raccomandazione, è intervenuto per la prima volta sul tema dell'impiego di embrioni e di feti umani. Nel testo si afferma, da un lato, che l'impiego dei suddetti deve constare del rispetto della dignità umana e, dall'altro, che l'utilizzo richiede una normazione puntuale. In specie, sin dal 1986 il Consiglio auspica il ricorso agli embrioni e ai feti umani per i soli scopi terapeutici, quale *extrema ratio*, e invoca la proibizione della produzione di embrioni *in vitro* per la destinazione esclusiva alla ricerca scientifica.

Con la seconda raccomandazione, il Consiglio d'Europa ritorna sull'impiego di embrioni e feti umani nella ricerca ed afferma che l'embrione umano, secondo le

³¹ Così si legge nella Relazione accompagnatoria al progetto della Commissione Pagliaro per l'elaborazione di uno schema di delega per nuovo codice penale, D. M. 8 febbraio 1988, consultabile in www.giustizia.it.

conoscenze raggiunte dalla embriologia, subisce un processo di sviluppo embrionale, ciononostante mantiene la sua «identità biologica e genetica continua»³².

A simili affermazioni, il Consiglio è giunto pure con la risoluzione n. 1352 del 2003. Se è vero che gli Stati membri sono chiamati alla promozione della ricerca scientifica, è parimenti vero, dice il Consiglio, che tale attività richiede uno svolgimento compatibile con il rispetto della «vita degli esseri umani in tutti gli stadi dello sviluppo».

Da tali raccomandazioni³³, l'interprete ricava due dati, utili per la ricostruzione dello statuto giuridico delle cellule e degli embrioni nell'ordinamento: tenuto conto del contesto giuridico e scientifico in cui operava, anzitutto è possibile constatare come sin dal 1986 il Consiglio ha evitato di operare una similitudine tra embrione e feto e che il medesimo organo auspicava una tutela fondata sulla appartenenza di feto ed embrione alla specie umana, non in quanto persona *ab initio*, tenuto conto delle conoscenze della embriologia.

Sulla scorta di tali Raccomandazioni, il Comitato Nazionale per la Bioetica, con un primo parere del 17 giugno 1994, ha avuto modo di esplicitare tutte le difficoltà della normazione nella materia della procreazione assistita, a fronte di un «pluralismo di opinioni teoriche» e di una «effettiva frammentazione dell'*ethos* civile, che fatica ad organizzarsi attorno ad un nucleo di affermazioni comunemente condivise».

D'altra parte, però, il Comitato ha colto l'occasione per osservare come fosse emerso un «legittimo desiderio di pubblicizzazione e controllo sociale su un fenomeno che investe un aspetto costitutivo nella formazione della stessa società» e come l'enfasi mediatica attorno a talune sentenze dei tribunali di merito³⁴ avesse avuto come

³² Per un approfondimento v. P. de Albuquerque, *I diritti umani in una prospettiva europea. Opinioni concorrenti e dissenzianti (2011-20125)*, Torino, 2016, p. 114-115; S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006.

³³ *Infra* cap. 2 § 6.2.

³⁴ Trib. Monza, 27 ottobre 1989, in *Foro it.*, 1990, 1, c. 298 ss., con nota di M. Palmieri, *Maternità surrogata: la prima pronuncia italiana*. Nella vicenda al vaglio del Tribunale di Monza è stato accertato come due coniugi si erano accordati con una donna per la gestazione di una gravidanza conseguita con l'inseminazione mediante i gameti dell'uomo della coppia. I coniugi e la donna si accordavano al fine di portare a termine la gravidanza, consegnare il nato, con rinuncia ad ogni diritto verso il medesimo, in cambio di una ingente somma di danaro. Una volta nato il bambino, la gestante domandava una ulteriore somma ritenendo il nato. Il Tribunale di Monza, con una discussa sentenza, si pronunciava in favore della gestante convenuta in giudizio dai coniugi committenti per l'adempimento del contratto. I giudici non solo negarono il dovere di "consegna" del minore ai "genitori intenzionali" in virtù degli artt. 5, 1418 co. 2 e 1346 c.c. ma dichiararono anche non ripetibili le somme già corrisposte poiché qualificate come prestazioni contrarie al buon costume ai sensi dell'art. 2035 c.c. La vicenda giudiziaria fa da eco al noto caso oggetto della sentenza della Corte Superiore del New Jersey, 31 marzo 1987, in *Foro it.*, 1988, 4, c. 97 ss., con nota G. Ponzanelli, *Il caso Baby M. la "surrogate mother" e il diritto italiano*. Si segnala pure Trib. Cremona, 17 febbraio 1994, in *Giur. it.* 1994, 1, p. 995 ss., con nota critica di G. Ferrando, *Il "caso Cremona": autonomia e*

conseguenza quella di scatenare un intenso dibattito pubblico, nel quale talune procedure di P.M.A. sono state avvertite come eccessi di sperimentalismo. Sulla base di tali considerazioni, pertanto, il C.N.B. ha invocato «un'azione legislativa aliena da ogni radicalismo».

Punto nevralgico del parere, così come dei successivi atti del Comitato, è rappresentato dalla riflessione attorno allo statuto giuridico e alla conseguente tutela dell'embrione umano.

Sin dal 1994, infatti, il C.N.B. ha insistito sulla esistenza di differenti posizioni in relazione al problema dell'inizio della vita umana, da cui dipende la possibilità di presidiare a livello giuridico l'embrione dal momento del concepimento³⁵. Attorno al tema si sono, infatti, formate diverse impostazioni interpretative tra i membri del comitato.

Secondo un primo gruppo l'embrione è non solo umano, ma anche individuo e persona sin dal momento del concepimento.

Per un diverso gruppo, l'embrione non è persona ma, pur senza prendere posizione sulla sua natura ontologica, si impone la necessità di una sua tutela rigida.

Secondo la terza corrente di pensiero, invece, occorre distinguere il grado di tutela da apprestare all'embrione impiantato e all'embrione extrauterino. Quest'ultimo non meriterebbe la tutela piena riservata alla persona umana, fermo restando il potere-dovere di protezione del medesimo da parte dell'ordinamento. Si tratta dell'approccio gradualista³⁶.

responsabilità nella procreazione; in *Fam. e dir.*, 1994, p. 175, con nota di M. Dogliotti, *Inseminazione eterologa e azione di disconoscimento: una sentenza da dimenticare*, e con nota favorevole di G. Ponzanelli, *La "forza" e la "purezza" degli status: disconoscimento di paternità e inseminazione eterologa*. Successivamente, si segnala Trib. Roma, 17 febbraio 2000, in *Foro it.*, 2000, 3, c. 971 ss. Si segnala, pure, in materia di disconoscimento Corte d'appello Brescia, 10 maggio 1995, in *Fam. dir.*, 1996, 1, p. 34 ss., con nota di M. Dogliotti, *Ancora sull'inseminazione eterologa e sull'azione di disconoscimento*. Da una analisi più approfondita della giurisprudenza, emerge come la materia sia stata già in passato oggetto di esame in sede pretoria. Il pensiero corre a Trib. Roma 19 aprile 1956, in *Foro it.*, 1956, 1, c. 212 ss. e Pret. Padova, 7 novembre 1958, in *Giur. it.*, 1959, 2, p. 83 ss. Il Tribunale di Roma, in specie, era chiamato a verificare se il ricorso alle tecniche di fecondazione assistita di tipo eterologo costituissero adulterio. L'approdo è stato successivamente superato da Cass. civ., sez. I, 16 marzo 1999, n. 2315, in *Gius. Civ.*, 1999, 5, p. 1317 ss., con nota di C.M. Bianca, *Disconoscimento del figlio nato da procreazione assistita: la parola della Cassazione*. Tra le più interessanti sotto il profilo della natura giuridica dell'embrione, si segnala Trib. Bologna, 26 giugno 2000, in *Corr. giur.*, 2001, 9, p. 1221. La sentenza citata, in via inedita, aderisce ad una tesi volta a differenziare gli embrioni extracorporei, gli embrioni già allocati in utero ed il nato da PMA.

³⁵ Dal glossario allegato al Parere del CNB 1994, si comprende come per prodotto del concepimento il documento intenda la formazione dello zigote all'esito della fecondazione delle cellule riproduttive femminili cfr. voce *Impianto (uterino) Interspecifico*.

³⁶ *Infra* cap. 2 § 6. Il gradualismo dello sviluppo psicofisico è una nota corrente di pensiero sulla natura dell'embrione umana, supportata a partire dalle osservazioni di Aristotele, il quale non smentisce che tale sviluppo sia caratteristico della specie: l'embrione in via di sviluppo appartiene fin da subito alla sua specie, ed è dunque fin dall'inizio un individuo, ancorché solo *in fieri*, appartenente ad essa. Così

Il terzo orientamento, in particolare, auspicava un avvicinamento dell'ordito normativo italiano a quello vantato dal Regno Unito³⁷, al fine di vagliare «l'opportunità di eseguire alcune ricerche scientifiche di particolare valore su embrioni pre-impiantatori (nei primi 14 giorni di sviluppo)».

Descritto, dal successivo parere del 22 giugno 1996, come «uno dei capitoli più controversi all'interno della discussione bioetica», il Comitato è tornato a concentrarsi sullo statuto giuridico dell'embrione, riuscendo però solo nell'impresa di escludere dal novero delle soluzioni interpretative la natura dell'embrione come bene. La composizione delle diverse opinioni si è rivelata «non solo impossibile, ma soprattutto inopportun[a]».

Da una prima sommaria analisi del parere, emerge come nessuna delle impostazioni contrapposte e prospettate dai membri del Comitato «colloca l'embrione sul piano delle cose», mentre tutte convergono nell'affermare la tutela della vita prenatale quantomeno dalla perdita della totipotenzialità delle cellule, ovverosia a partire dal quattordicesimo giorno successivo alla fecondazione dell'ovulo. Fase, questa, che va sotto il nome di pre-embrione.

La distinzione del trattamento riservato al pre-embrione rispetto all'embrione deriva dagli approdi del c.d. *Warnock Committee* incaricato di una riflessione attorno alla procreata asessuata, sublimato nello Human Fertilisation and Embryology Act del 1990 nel Regno Unito, successivamente emendato nel 2008 e tutt'ora vigente³⁸.

Con maggiore impegno esplicativo, il Comitato, se da un lato, afferma che l'embrione «è uno di noi», «una presenza umana che merita rispetto e tutela», una soggettività appartenente, dunque, alla specie umana e non un mero insieme di cellule, dall'altro prende atto di una serie di opinioni dissenzienti attorno al trattamento da riservare al medesimo, specie in punto di trattamento degli «embrioni prima che le (...) cellule perdano la totipotenzialità»

Per comprendere il tema oggetto di maggiore dibattito in seno al Comitato, appare improcrastinabile una ulteriore precisazione sullo sviluppo embrionale.

Facendo applicazione delle conoscenze dell'embriologia umana, è possibile affermare che tale sviluppo consta di un processo³⁹ complesso dalla durata di

Aristotele, *De generatione animalium*, tr. it. di A. Russo, in *Aristotele. Opere*, Roma-Bari 1973, vol. II, c. 3, p. 1014 ss.

³⁷ *Infra* cap. 3.

³⁸ *Infra* cap. 3.

³⁹ Siffatto processo sarà valorizzato tra le argomentazioni a sostegno della teoria processuale, tra le tesi per la natura giuridica dell'embrione.

cinquantasei giorni e contempla i seguenti stadi: zigote, morula, blastula, embrione preimpianto o pre-embrione, embrione impiantato.

In specie, è possibile affermare che durante i primi stadi di sviluppo, dalle prime venti ore dalla fusione dei citoplasmi dell'oocita e dello spermatozoo, si assiste ad una serie di divisioni cellulari: in due cellule entro le prime trenta ore dalla fecondazione, fase in cui avviene la formazione del c.d. zigote, in quattro cellule dopo due giorni, dopo tre giorni si passa dalle otto alle sedici cellule per dare luogo alla c.d. morula.

La distinzione assume particolare rilievo in considerazione del fatto che dallo stadio di morula prende avvio «l'attività di trascrizione dell'informazione genetica contenuta nello zigote, che esprime i caratteri specifici dell'individuo»⁴⁰.

Da questo momento il processo di segregazione cellulare prosegue formando la c.d. blastula, la quale vanta una massa interna, il c.d. nodo embrionale che formerà i tessuti embrionali, ed una massa cellulare esterna.

Durante questa fase, ovverosia dal quarto giorno dalla fecondazione, l'insieme di cellule ha raggiunto l'utero e si assiste alla schiusa della blastocisti. È questa la cellula che penetra progressivamente all'interno della parete uterina, in specie nell'endometrio per il tramite di enzimi, intorno al settimo giorno dalla fecondazione. Questo stadio è detto impianto, prosegue e si conclude intorno al quattordicesimo giorno dalla fecondazione⁴¹.

Solo con il decorso delle prime due settimane, dentro o fuori dall'utero, compare la linea o stria primitiva, consistente nel limite superiore invalicabile per la suddivisione cellulare e con la quale si identifica «il piano costruttivo dell'embrione».

Successivamente, con l'ottavo stadio, vi è la comparsa della placca neurale da cui origineranno poi le strutture del sistema nervoso centrale e periferico.

Per quel che interessa il giurista, al compimento delle due settimane si perde la totipotenza embrionale, ovverosia le cellule perdono la capacità di esprimere ciascuna il programma genetico completo di un individuo; solo la loro integrazione consente la possibilità di esprimere tale programma. Questo stadio, la perdita della totipotenzialità, ha rappresentato il punto di discordia dei membri del Comitato Nazionale per la Bioetica nel 1994 per lo statuto dell'embrione.

⁴⁰ Comitato Nazionale per la Bioetica, *Identità e statuto dell'embrione*, 22 giugno 1996.

⁴¹ La scansione è esemplificata da Comitato Nazionale per la Bioetica, *La fecondazione assistita*, 22 giugno 1996, p. 12 ss.

Secondo un primo orientamento, per vero prevalente in seno al CNB, la cronologia dello sviluppo embrionale non offrirebbe alcuna risposta immediata sicché, in considerazione della continuità del processo, l'inizio della vita umana pienamente individuale si colloca sin dall'atto della fecondazione. Facendo applicazione di questa impostazione, esemplificata dalla locuzione latina secondo cui *natura non facit saltus*⁴² deriva un dovere di tutela ordinamentale in senso assoluto e, dunque, un divieto di soppressione senza deroghe degli embrioni, ivi includendo tutte le possibili tecniche di manipolazione dell'embrione conseguito dalla inseminazione e conseguente fertilizzazione.

Secondo un opposto orientamento, pur non dubitando della natura umana del pre-embione, non sembrerebbe possibile discutere con riguardo a ovulo, zigote, morula, blastula fino all'embrione precoce, e dunque fino alla perdita della totipotenzialità (14° giorno), di un individuo umano a pieno titolo, destinatario della medesima pletora di tutele e garanzie predisposte dall'ordinamento a presidio della vita e della integrità fisica della persona. Ne deriva la necessità in capo al legislatore di individuare una qualche tutela delle cellule specializzate in fase di sviluppo embrionale, ma in senso relativo, ovverosia in considerazione delle opposte esigenze in gioco.

Seguendo tale impostazione, pur non trattandosi di un bene in senso giuridico, è parso improprio ascrivere all'embrione lo *status* di un soggetto di diritto. Basti pensare alla tutela della salute della madre mediante la scelta terminativa della gravidanza o ai test genetici capaci di verificare la sussistenza di patologie gravi nella fase preimpianto: "l'assolutezza del dovere di salvaguardare la vita dell'embrione si arresta laddove esso venga a scontrarsi con manifeste esigenze di tutela" contrapposte, quali, ad esempio, la "salute fisica e psichica della madre".

Secondo altri, ancora, in senso più massimalista, occorre attendere sino al 18° giorno dalla fecondazione, ovverosia dal momento della formazione della placca neuronale, con la comparsa di quanto si svilupperà nelle strutture cerebrali e nervose

⁴² Così come G. W. von Leibniz negava l'esistenza degli atomi, cioè di quantità discrete indivisibili, così l'Onorevole Antonio Palmieri esclude la possibilità di differenziare gli status e conseguentemente la tutela a seconda delle fasi di sviluppo embrionale e fetale. Sul punto, v. *Resoconto stenografico dell'Assemblea*, Seduta n. 156 dell'11/6/2002, testo unificato delle proposte di legge: Giancarlo Giorgetti; Cè ed altri; Burani Procaccini; Cima; Mussolini; Molinari; Lucchese ed altri; Martinat ed altri; Angela Napoli; Serena; Maura Cossutta ed altri; Bolognesi e Battaglia; Palumbo ed altri; Deiana ed altri; Patria e Crosetto; Di Teodoro: Norme in materia di procreazione medicalmente assistita (47-147-156-195-406-562-639-676-762-1021-1775- 1869-2042-2162-2465-2492), in www.senato.it.

idonee alla percezione del dolore, per discutere di persona e per ascrivere all'embrione le medesime tutele riservate alle persone fisiche.

Ad un anno dal parere illustrato, il Comitato Nazionale per la Bioetica ha emesso un nuovo documento, il quale sin dalla sua introduzione denuncia l'incapacità di composizione delle opinioni in contrasto attorno alle questioni bioetiche coinvolte nel tema del trattamento giuridico degli embrioni⁴³.

Con toni certamente più paternalistici e allarmistici ed in considerazione delle obiezioni mosse dal magistero cattolico, il parere descrive come soggetti deboli il nascituro e le coppie affette da sterilità, rispetto ai quali la medicina riproduttiva mette a disposizione una "terapia". La debolezza di tali soggetti, cui si deve fare carico il legislatore nazionale, è determinata dalla particolare pervicacia delle condotte di sfruttamento e frode degli operatori del settore verso i pazienti, determinata dall'asimmetria informativa tra le due parti, conseguenza dell'elevato grado di complessità delle tecniche di fecondazione artificiale.

Per converso, si escludono espressamente dalla categoria dei soggetti deboli da tutelare una serie di categorie individuate, quali «le donne anziane, le donne sole, le donne omosessuali, le donne che volessero ricorrere alla F.A. [*ndr.* Fecondazione assistita] solo per garantire al nascituro il possesso di alcuni specifici (e a volte mistificanti) caratteri genetici e *last but not least* gli uomini che volessero sperimentare una gestazione addominale».

Pur difettando di un approdo risolutorio sul tema dello statuto dell'embrione, il C.N.B. si è interessato, nuovamente, ad una trama normativa in materia, atta a risolvere talune questioni interpretative sollevate in sede civile e penale. Sotto il primo profilo, il Comitato ritiene necessario un intervento per regolare lo *status* del nato da P.M.A. e disposizioni specifiche sul disconoscimento del figlio. Sotto il secondo profilo, nel parere si auspica la predisposizione di sanzioni penali per l'esecuzione tecniche di *editing*

⁴³ Comitato Nazionale per la Bioetica, *La fecondazione assistita*, Roma, 17 febbraio 1995, in www.bioetica.governo.it.

genetico⁴⁴ e di gestazione per altri, ritenute particolarmente riprovevoli anche in ambito internazionale⁴⁵.

Nello stesso anno, però, anche l'Ordine dei medici è tornato ad occuparsi della materia con il Codice Deontologico del 25 giugno 1995, confermato dal successivo Codice del 1998. Il FNOMCeO, con il codice di autodisciplina, è pervenuto ad una regolamentazione restrittiva della medicina riproduttiva. In particolare, ha vietato la fecondazione *post mortem*, l'impiego delle procedure di P.M.A. alle coppie omosessuali e alle donne in menopausa non precoce. Limitazioni queste giustificate non solo dagli interessi dei soggetti coinvolti, ma anche per il bene del nascituro.

Le raccomandazioni, i pareri e le sollecitazioni enumerati hanno condotto all'avvio di un lento e logorante dibattito parlamentare, compendiatosi in una discussione dai toni accesi, attorno a centinaia tra proposte e disegni di legge.

Solo all'esito dei lavori di ben tre commissioni parlamentari e del voto di una maggioranza trasversale, tesa ad individuare una soluzione di compromesso tra tutte le forze politiche, è stata emanata una legge recante non le regole sul trattamento giuridico di cellule ed embrioni ma esclusivamente le norme in materia di procreazione medicalmente assistita.

2.1. Il dibattito parlamentare.

⁴⁴ F. Di Marzio, *Hybris, vanitas, jus. Rifare l'umano*, in *Giust. Civ.*, 2018, 1, p. 99 ss. Si badi, la modificazione genetica, al momento della adozione delle fonti richiamate, appariva ancora un traguardo lontano, si trattava di un divieto volto a scongiurare il pericolo di tecniche eversive delle funzioni stabilite dalla legge. È solo dalla prima mappatura del genoma umano, completata nel 2003, che l'ingegneria biomedica ha avviato ricerche attorno al c.d. editing genetico. In specie, è solo con la scoperta della proteina CRISPR-cas 9, ossia *Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeats*, che è stato possibile conseguire modificazioni genetiche anche sull'uomo mediante una proteina programmabile, teso alla rimozione delle modificazioni genetiche produttive di condizioni patologiche e alla sostituzione. Sul punto si veda M. Jinek, K. Chylinski, I. Fonfara, M. Hauer, J.A. Doudna, E. Charpentier, *A programmable dual-RNA-guided DNA endonuclease in adaptive bacterial immunity*, in *Science*, 17 agosto 2012, vol. 337, 6096, p. 816-821. Jennifer Doudna e Emanuelle Charpentier hanno vinto per le "forbici genetiche" il premio Nobel 2020 per la chimica.

⁴⁵ La contrarietà alle tecniche di modificazione genetica deriva dalla analisi della Convenzione per la protezione dei Diritti dell'Uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti dell'applicazioni della biologia e della medicina: Convenzione sui Diritti dell'Uomo e la biomedicina, 4 aprile 1997, n. 164, in www.coe.int, tesa a proteggere la dignità umana da condotte assimilate alla eugenetica. Tra le tecniche di editing genetico si distinguono le procedure di *somatic gene editing* e di *germline gene editing*: le prime consentono la modificazione del genoma di cellule, come quelle del sangue, del cervello e della pelle, per eliminare le condizioni di alterazione, senza rischio di trasmissione del genoma modificato per il tramite della procreazione. Diversamente, il *germline gene editing* attiene alla modificazione di cellule riproduttive ed embrioni, al fine di conseguire la modificazione del codice genetico per il tramite della procreazione.

Il dibattito parlamentare attorno alla procreazione assistita si condensò nella XIII e nella XIV Legislatura, a fronte dell'«alternarsi [di] quattro governi»⁴⁶.

Del compito di predisporre una trama normativa dedicata alle tecniche di procreazione medicalmente assistita furono incaricate tre Commissioni Ministeriali.

La prima commissione venne istituita ed incaricata con la citata circolare Degan del 1983⁴⁷, presieduta da Fernando Santosuosso, poco tempo dopo la pubblicazione del noto rapporto Warnock nel Regno Unito⁴⁸. Il compito della commissione obliterava una disciplina attorno alla esclusiva tutela dell'embrioni, diversamente ambiva a tratteggiare una legge sulle tecniche di fecondazione assistita di tipo omologo, in via esclusiva. Ciononostante, le due proposte di legge⁴⁹ elaborate dalla prima commissione includevano, tra le tecniche ammesse, anche quelle di natura allogenica o eterologa.

Accantonati i lavori della Commissione c.d. Santosuosso, i quali costituirono la base di partenza per la successiva elaborazione della l. n. 40/2004, l'allora Ministro della Sanità, Raffaele Costa, istituì nel 1995 una seconda commissione sotto la guida del presidente Elio Guzzanti⁵⁰ e, nel 1996, venne istituita una ulteriore commissione presieduta da Francesco Donato Busnelli⁵¹. Tali commissioni, nate durante il primo "governo Berlusconi" ebbero vita breve: la prima approdò ad un rapporto finale, la seconda giunse ad uno schema di legge. Ciò detto, nessuno dei due progetti venne mai preso in considerazione. Una sorte, questa, condivisa dai lavori della Commissione igiene e sanità del Senato, presieduta dall'allora senatrice Casellati, pervenuta peraltro ad un testo unico, ma travolto dalla fine precoce della Legislatura.

Fallimentare fu anche la proposta di legge di iniziativa popolare, sottoscritta da ben 197.277 cittadini, per il riconoscimento della personalità giuridica in capo ad ogni

⁴⁶ D. Milani, «Veluti si Deus daretur»: la legge n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita dal dibattito parlamentare all'articolo, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2015, 1, p. 117-142.

⁴⁷ *Supra* § 2.

⁴⁸ *Infra* cap. 3.

⁴⁹ Norme sui procedimenti non naturali per la fecondazione col seme del marito e Norme sulla fecondazione artificiale umana e sul trattamento di gameti ed embrioni, in *Giur. It.*, 1986, 2, p. 57-64.

⁵⁰ Ministero della Sanità, *Procreazione medico-assistita. Rapporto finale della Commissione di esperti all'On. Ministro della Sanità*, in *Dossier del Servizio Studi della Camera dei Deputati* n. 42/3, p. 171-202.

⁵¹ Ministero di Grazia e Giustizia, *Fecondazione assistita. Relazione e Proposta della Commissione di studio per la bioetica*, 10 maggio 1996, in *Dossier del Servizio Studi della Camera dei Deputati* n. 42/3, p. 203-264.

essere umano, finalizzata alla modificazione dell'art. 1 del codice civile e alla anticipazione delle garanzie riservate al c.d. nascituro sin dal momento della fecondazione dell'oocita⁵².

È solo a fronte della moltiplicazione degli interventi di fecondazione assistita e della diffusione di notizie «sensazionalistiche», attorno a vicende giudiziarie chiamate a vagliare la responsabilità degli operatori per l'utilizzo di campioni infetti e per lo scambio di embrioni tra aderenti ai trattamenti⁵³, che la medicina riproduttiva cominciò ad essere avvertita come necessitante di una *compliance* da parte del Ministero e di una normazione idonea a limitare gli abusi.

Secondo taluni, diversamente, altre furono le cause scatenanti per la successiva discussione in sede parlamentare. Si tratta, per vero, di accadimenti affatto inerenti al tema della P.M.A. e riguardanti più da vicino le tecniche di creazione e impiego degli embrioni umani e non. Il pensiero corre a tre eventi: il tramonto della Democrazia Cristiana, all'esito degli scandali di Tangentopoli, la celebre clonazione della pecora Dolly nel 1997 presso il Roslin Institute di Edimburgo⁵⁴ e, infine, la controversa vicenda della *Edinburgh patent*⁵⁵.

Il mutamento dello scenario politico ed il turbamento dei consociati per il rischio di proliferazione di cloni umani nel «far west procreativo»⁵⁶ condussero l'allora Ministro della Sanità, Rosy Bindi, ad emanare un decreto ministeriale con cui si vietava la clonazione e la cessione onerosa delle cellule riproduttive, nonché la pubblicizzazione di tecniche di fecondazione artificiale.

⁵² Per un approfondimento, v. M.L. Di Pietro-M. Casini, *Il dibattito parlamentare sulla "procreazione medicalmente assistita*, in *Medicina e Morale*, 2002, 4, n. 14, p. 620-621.

⁵³ *Infra* cap. 2.

⁵⁴ Sul punto, si veda l'interessante ricostruzione di N. Riva, *Diritti e procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 60 ss.

⁵⁵ Il caso del "Brevetto di Edimburgo" nasceva dalla richiesta di tutela giuridica della invenzione biotecnologica realizzata presso l'Università di Edimburgo e derivante dall'isolamento, selezione e propagazione di cellule staminali animali transgeniche attraverso l'ingegneria genetica per il conseguimento di colture di cellule staminali pure. Il caso sottoposto allo *European Patent Office* poneva al centro del dibattito la possibilità di estensione del brevetto alle cellule umane. Tale estensione avrebbe consentito, secondo talune correnti interpretative, la clonazione umana in spregio degli artt. 53(a) e 23(d) della Convenzione Europea sui Brevetti. Dopo più di un decennio dalla richiesta di brevetto la vicenda ha raggiunto il suo epilogo: l'Università di Edimburgo ha modificato e limitato il perimetro applicativo del brevetto citato al fine di escluderne l'applicabilità alle cellule umane. Per un approfondimento, v. G. Laurie, *Patenting Stem Cells of Human Origin*, in *European Intellectual Property Review*, cit., p. 2 ss.

⁵⁶ C. Casini-M. Casini-M.L. Di Pietro, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita". Commentario*, Torino, 2004, p. 14. Il termine risultava molto in voga negli anni Novanta, fino a diventare nei primi anni 2000 il motto degli astensionisti al *referendum* abrogativo dei divieti posti dalla l. n. 40/2004.

Contestualmente, la XII Commissione Permanente (Affari Sociali) conseguì il risultato inedito della presentazione in Parlamento di un disegno di legge, comprensivo di diciassette proposte di legge sul tema⁵⁷, e dell'approdo alla Camera dei Deputati nel febbraio del 1999, grazie all'opera della relatrice l'on. Marida Bolognesi.

Il disegno di legge si condensava in un articolato di venti disposizioni, nelle quali si prevedeva l'ammissibilità del ricorso a tecniche di fecondazione eterologa, una disciplina per la donazione e la raccolta dei gameti e la facoltà di optare per la crio-preservedegli embrioni prodotti in soprannumero e da utilizzare in successivi impianti.

Non mancavano, poi, specifici divieti per la cessione onerosa di gameti o embrioni, il prelievo *post mortem*, l'importazione di cellule riproduttive ed embrioni, la surrogazione della maternità, la clonazione umana, senza alcuna distinzione in ordine ai diversi tipi di clonazione messi a punto della ingegneria biomedica⁵⁸.

Molti divieti venivano accompagnati da severe sanzioni penali di natura detentiva e pecuniaria, nonché da sanzioni amministrative.

La trama predisposta dal testo unificato conteneva, poi, una importante distinzione tra i regimi di tutela: l'art. 10 tratteggiava lo *status filiationis* del nascituro, quale figlio dei soggetti che hanno espresso la volontà di ricorrere alle tecniche di fecondazione; all'art. 16, individuava le misure a tutela dell'embrione, le quali, però, si declinavano in divieti e sanzioni per la selezione eugenetica, le tecniche di creazione di ibridi e chimere, la manipolazione degli embrioni e gameti, la produzione di embrioni allo scopo esclusivo di ricerca o sperimentazione.

Il «progetto Bolognesi» si avviò verso la discussione da parte del «*plenum* del primo ramo del Parlamento»⁵⁹ per soggiacere ad una modificazione talmente profonda da sovvertire le sue basi essenziali. Con una serie di emendamenti si addivenne alla introduzione del divieto di fecondazione eterologa e di crio-preservedegli embrioni, nonché al riconoscimento di diritti innominati al concepito («assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito»). La natura pervasiva degli emendamenti portò

⁵⁷Disposizioni in materia di procreazione medicalmente assistita, Testo unificato delle proposte di legge nn. 414, 616, 816, 817, 958, 991, 1109, 1140, 1304, 1365, 1560, 1780, 2787, 3323, 3333, 3334, 3338, Commissione XII, in www.camera.it.

⁵⁸ Per un'attenta analisi del tema, F.D. Busnelli-E. Palmerini, voce *Clonazione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg.*, Torino, 2000, p. 142.

⁵⁹ M.L. Di Pietro-M. Casini, *Il dibattito parlamentare sulla "procreazione medicalmente assistita"*, in *Medicina e Morale*, 2002, 4, p. 621.

alle dimissioni dell'on. Bolognesi e all'assunzione del ruolo di relatore da parte dell'on. Alessandro Cè.

Come ricordato da molti interpreti, la discussione parlamentare sul disegno in esame costituì una pagina triste per la storia del Parlamento italiano, poiché caratterizzata da «numerosi episodi di vergognosa violenza verbale e fisica ai danni delle donne, *in primis*, e delle donne omosessuali»⁶⁰, nonché da un assenteismo strategicamente mirato ad evitare la normazione di rango primario della materia, per lasciare nuovamente al Ministro della Sanità l'adozione di circolari e decreti ministeriali.

Il testo del DDL venne approvato alla Camera in data 26 maggio 1999, con 266 voti favorevoli e 153 contrari. Un medesimo risultato non fu raggiunto al Senato. In specie, nonostante l'accoglimento di molteplici emendamenti proposti dal gruppo trasversale⁶¹, in data 7 giugno 1999 numerosi membri del Senato non si presentarono alla votazione.

Con l'avvio della XIV Legislatura e la prosecuzione del dibattito attorno ad una legge sulla fecondazione assistita, il progetto "ex Bolognesi" costituì nuovamente il punto di partenza per la discussione in seno alla Camera dei Deputati. Il testo variamente modificato, in specie sotto il profilo della tutela del concepito, venne nuovamente approvato con una simile maggioranza e licenziato l'11 giugno 2002.

Onde evitare un nuovo arresto in seno al Senato, il Governo prese posizione sul testo, in senso favorevole alla sua approvazione.

L'approvazione in via definitiva del testo avvenne in data 19 febbraio 2004, con 277 voti favorevoli e 222 voti contrari.

Un risultato raggiunto, come anticipato, grazie ad una maggioranza trasversale, sollecitata dal Governo e dal magistero cattolico, che fruttò al testo licenziato l'appellativo di "legge Berlusconi-Ruini"⁶².

Il «frutto agrodolce [del] compromesso»⁶³, come si vedrà nel prosieguo, mostrò ben presto i suoi difetti strutturali ed aporie nei successivi Referendum abrogativi e nelle note declaratorie di incostituzionalità della Corte Costituzionale⁶⁴.

⁶⁰ N. Riva, *Diritti e procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 66-67.

⁶¹ M.L. Di Pietro-M. Casini, *Il dibattito parlamentare sulla "procreazione medicalmente assistita"*, cit., p. 625.

⁶² C. Flamigni-M. Mori, *La fecondazione assistita dopo 10 anni di legge 40. Meglio ricominciare da capo!*, Torino, 2014.

⁶³ D. Milani, «Veluti si Deus daretur»: *la legge n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita dal dibattito parlamentare all'articolato*, cit., p. 131.

⁶⁴ *Infra* § 3.

2.2. La legge 19 febbraio 2004, n. 40.

Diviene prioritaria un'analisi della trama della c.d. legge 40, per comprendere quanto la medesima sia cambiata in sedici anni, pur senza alcun intervento normativo, e quanto il tema dello statuto giuridico dell'embrione necessiti di una rinnovata indagine critica ed attenta all'esito di siffatti mutamenti.

Come anticipato, nel febbraio del 2004 il Parlamento ha approvato la l. n. 40/2004⁶⁵, recante le norme in materia di procreazione medicalmente assistita.

L'articolato presenta diciotto disposizioni, suddivise in sette capi.

Prima facie, è possibile osservare come, rispetto ai disegni di legge in materia sottoposti alla discussione in Parlamento, la legge in discorso non reca l'individuazione delle tecniche ammesse: le procedure sono genericamente intese come risposta di natura terapeutica ad una condizione patologica dei pazienti, ostativa alla realizzazione dello stato di gravidanza. Saranno poi le linee guida ministeriali ad individuare le tipologie di procreazione medicalmente assistita, ai sensi dell'art. 7, in virtù dell'elevato tasso di tecnicismo e della velocità con cui le procedure evolvono, in netto contrasto con la rigida *littera legis*.

La procreazione medicalmente assistita, nella *mens legis*, costituisce strumento idoneo a risolvere i problemi derivanti dalla sterilità o infertilità di uno o entrambi i soggetti di una coppia, accertati e documentati, come specificato dall'art. 4.

L'esplicitazione della natura terapeutica delle tecniche di P.M.A. costituisce il logico corollario di una approvazione all'insegna del compromesso. Nel dibattito parlamentare era, infatti, dibattuta la possibilità di accordare alle tecniche fecondative non solo il compito di tutelare la salute riproduttiva ma anche la funzione di soddisfacimento del desiderio di formazione di una famiglia da parte dei pazienti aderenti. Il Parlamento, all'esito delle illustrate difficoltà di composizione dei contrasti, ha preferito operare un restringimento delle funzioni e dell'impiego delle tecniche di P.M.A., onde evitare un ampio ricorso, in specie da parte delle coppie omo-affettive, delle persone singole e dei soggetti in età avanzata.

⁶⁵ Legge 19 febbraio 2004, n. 40, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, in G.U. 24 febbraio 2004, n. 45. Per un commento, si veda Ruscello, *La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. dir.*, 2014, 6, p. 628-642.

Specifica l'art. 1 che le procedure messe a disposizione dalla medicina riproduttiva devono essere impiegate in modo tale da assicurare la tutela dei diritti dei soggetti coinvolti, ivi «compreso il concepito», e solo in difetto di trattamenti o procedure alternative per rimuovere le cause ostative alla riproduzione.

La tutela apprestata dal legislatore appare genericamente volta ad includere tanto la coppia di genitori quanto il c.d. nascituro, senza operare una differenziazione del feto dall'embrione e senza considerare un diverso *status* tra embrione extracorporeo e intrauterino.

Se quanto detto è vero, è pure corretto affermare come dal progetto unico scompaia anche il diretto riconoscimento dei diritti alla vita e alla salute al nascituro. Segnatamente, nel progetto c.d. Giorgetti, approvato nel 2002 alla discussione alla Camera, si leggeva: «[o]gni soggetto umano ha diritto alla tutela attiva della vita e della salute dalla fecondazione dell'ovulo alla morte».

Dunque, se la c.d. legge 40 impone una qualche tutela del concepito, con l'assunzione da parte del legislatore dell'impegno a presidiare i diritti di tutti i soggetti coinvolti nelle procedure di P.M.A., ivi «compreso il concepito», l'assenza del riferimento ai diritti alla vita e alla salute da tutelare conduce l'interprete ad interrogarsi fondatamente attorno alla natura dell'embrione, quale oggetto o soggetto di diritti e alla consistenza dei diritti a questi riconosciuti.

Nell'art. 4, poi, si specificano gli ulteriori principi cardine⁶⁶ per l'applicazione delle tecniche di fecondazione artificiale. Oltre alla residualità e alla funzione terapeutica poc'anzi esplicitati, si annoverano la gradualità e l'esigenza di un consenso informato degli aderenti alle tecniche cui devono conformarsi le procedure, ma non solo. In coerenza con le citate previsioni normative, la l. n. 40/2004 modifica la legge istitutiva dei consultori familiari per provvedere alla informazione e alla assistenza dei cittadini attorno alle problematiche connesse alla infertilità, nonché ai rimedi quali l'adozione e l'affidamento familiare nonché alle tecniche di P.M.A.

Rispetto all'originario progetto Bolognesi, viene meno, nell'art. 4, il riferimento alla necessità di correlazione delle tecniche alla diagnosi, al fine di evitare una restrizione eccessiva delle competenze dei medici specializzati nelle procedure, e compare il primo

⁶⁶ P. Rescigno, *Una legge annunciata per la procreazione assistita*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 98, critica tale enunciazione, poiché sembra costituire una «professione ideologica piuttosto che di giustificazione e di strumento interpretativo della disciplina».

tra i numerosi e controversi divieti che contraddistinguono (*rectius*: contraddistinguevano fino alla declaratoria di incostituzionalità) la legge n. 40/2004: è fatto espresso divieto di ricorrere alla fecondazione di tipo eterologo.

Varie le considerazioni critiche emergenti dall'art. 4, comma 3°, l. n. 40/2004.

Anzitutto, colpisce la collocazione topografica di un divieto tra le prime disposizioni della legge, dedicate ai principi reggenti per la P.M.A., ed al di fuori dal Capo V dedicato ai divieti e alle sanzioni. Infatti, dalla lettura dell'art. 12, dedicato ai divieti generali e alle sanzioni, si evince che il 1° comma sanziona già l'utilizzo a qualsiasi titolo di cellule riproduttive estranee alla coppia richiedente in violazione dell'art. 4, comma 3°, l. n. 40/2004, con la comminatoria di una sanzione amministrativa di natura pecuniaria. Ciò renderebbe ultroneo il riferimento alla fecondazione eterologa nella norma in materia di accesso alle tecniche.

La previsione del divieto nella disciplina di accesso costituisce, ancora una volta, l'esito della composizione delle posizioni espresse dalle relazioni di maggioranza e minoranza in seno alla Camera dei Deputati. Ad un esame attento, la norma non sembra aggiungere nulla all'articolo, ma attribuisce carica offensiva e riprovevolezza alla tecnica fecondativa poiché produttiva di «una *confusio sanguinis*⁶⁷, intollerabile per l'ordinamento pubblico»⁶⁸. Perciò può desumersi da tali considerazioni che il legislatore abbia inteso evidenziare la contrarietà dell'ordinamento alla fecondazione eterologa ed operare una delimitazione in negativo delle tecniche ammesse.

Seconda considerazione muove dal raffronto tra i principi ed il divieto in discorso.

Tanto nei primi capi della legge quanto nella relazione, il legislatore ha esplicitato a chiare lettere la funzione squisitamente terapeutica delle tecniche di fecondazione artificiale, per risolvere i problemi riproduttivi derivanti da sterilità o dalla infertilità.

Ciononostante, la legge limita la sua applicazione ai casi di P.M.A. omologa, ovverosia ai casi in cui si difettano cause radicalmente ostative alla riproduzione: «la legge

⁶⁷ Il termine si deve alla prima proposta di legge in materia di fecondazione artificiale durante la III Legislatura: il PDL n. 585 presentato il 25 novembre 1958 alla Camera dei Deputati dagli on. Gonella e Manco proponeva un assoluto divieto di tecniche di tal fatta. Tra le conseguenze sotto il profilo penale venivano individuate l'eventuale incesto e l'adulterio. Quest'ultimo in quanto tecniche come la fecondazione allogenica o eterologa costituiscono «una figura giuridica analoga a quella dell'adulterio. Poiché, in buona sostanza, la pratica artificiale adultera quel rapporto bio-psichico che è costituito dal consorzio coniugale che ne è il fondamento e, lede la natura della famiglia, intesa come unità biologica umana». Il documento è disponibile in www.camera.it.

⁶⁸ M. Soldano, *Genitori oggi con la procreazione assistita. Italia ed Europa a confronto: tra politica, diritti, scienza e coscienza*, Milano, 1999, p. 10.

proibiva a chi si trovava nella condizione di impossibilità di generare ciò che era perfettamente possibile a chi ne aveva la possibilità»⁶⁹. Rimangono escluse, infatti, le più gravi ipotesi di sterilità della coppia, nonché i casi in cui gli aderenti presentano malattie provocate da alterazioni cromosomiche o dei geni rispetto alle quali la procreazione assistita costituisce il migliore metodo riproduttivo a tutela del minore⁷⁰.

Anzi, a ben vedere, l'esclusione della fecondazione eterologa nell'ultimo caso citato sembrerebbe contraddire la *ratio* stessa della legge: l'impedimento per le coppie portatrici di malattie ereditarie conduce conseguentemente all'aumento dei tassi di «aborto terapeutico», che la madre può decidere di praticare in seguito al delicato ed invasivo accertamento della patologia genetica eseguito, non prima della decima settimana di gestazione»⁷¹. Infatti, l'interruzione volontaria della gravidanza diventa l'unica soluzione terapeutica per evitare la trasmissione delle citate patologie nella riproduzione.

In ultima analisi, poi, appare sussistere un paradosso: da un lato, la legge vieta la fecondazione eterologa, dall'altra, a tutela del minore, vieta il disconoscimento del padre e l'anonimato della madre, ammette la prestazione del consenso mediante atti concludenti e preclude ogni rapporto di rilievo giuridico con il donatore. Da tali previsioni consegue che quando siano state praticate, in violazione del divieto, le tecniche di P.M.A. eterologa è sempre previsto il riconoscimento dello *status filiationis* con i genitori intenzionali.

Dunque, il legislatore, ammettendo la sola fecondazione omologa tra le tecniche ammesse, evita le interferenze di terzi donatori nel consorzio familiare, facendo così coincidere la genitorialità intenzionale, genetica, biologico-gestazionale e legale.

Entrando nel nucleo essenziale della normativa, l'art. 5 prescrive i requisiti di soggettivi necessari per l'accesso alle tecniche: maggiore età, rapporto di coniugio o di convivenza, sesso diverso della coppia di aderenti, età potenzialmente fertile e vitalità dei pazienti aderenti alle cure, così da precludere la fecondazione omologa *post mortem*.

Nonostante il principio di gradualità ex art. 4 e di necessaria informazione circa la possibilità di accedere a procedure di adozione e di affidamento familiare ex art. 3, il

⁶⁹ L'acuta riflessione è di A. Maccaro, *La procreazione medicalmente assistita eterologa*, cit., p. 40.

⁷⁰ In questo senso, v. A. Maccaro, *op. ult. cit.*, p. 25: «la fecondazione assistita di tipo omologo palesa la sua inefficacia, a causa di una rilevata sterilità definitiva di uno o entrambi i partner».

⁷¹ F. Naddeo, *Accesso alle tecniche*, in Aa.Vv., *Procreazione assistita, commento alla legge 19 febbraio 2004*, n. 40, P. Stanzone-G. Sciancalepore (a cura di), n. 40, Milano, 2004, p. 38.

legislatore prevede requisiti soggettivi più elastici di quelli richiesti dalla disciplina dedicata all'adozione⁷², nella quale gli adottanti devono essere uniti in matrimonio da almeno tre anni, devono avere almeno diciotto anni in più dell'adottato e non più di quarantacinque di quest'ultimo e non devono essere separati.

Non è mancato, pure, chi ha rilevato che l'inclusione di conviventi tra i soggetti ammessi ad accedere alle procedure di P.M.A., senza un accertamento della stabilità prescritto, possa condurre alla facile elusione dei divieti. In altri termini, è stato rilevato, non si possono escludere unioni occasionali o simulate, destinate a terminare con il conseguimento dell'*embryo transfer*, così frustrando il diritto dell'eventuale futuro minore alla bigenitorialità⁷³.

La norma successiva viene poi dedicata all'*ubi consistam* del consenso informato che tali soggetti devono sottoscrivere alla luce delle informazioni, giuridiche e non, fornite dal personale del centro autorizzato e dal medico.

La disciplina del consenso informato⁷⁴, costruita nel 2004, ha ricevuto numerose critiche da parte degli operatori del settore, specie in considerazione della natura pluridisciplinare delle informazioni richieste ai fini della completezza. Si tratta di informazioni di carattere tecnico-scientifico, bioetico e giuridico che il medico deve rendere alla coppia prima di procedere all'impianto. Dunque, il medico specializzato è chiamato a vantare un «eccessivo eclettismo»⁷⁵, poiché è tenuto a spiegare alla coppia non

⁷² La differenza tra le due discipline è stata rilevata durante la discussione in seno alla Camera dei Deputati: «L'articolo 5, concernente i requisiti soggettivi, consente l'accesso alle tecniche alle «coppie di adulti maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile». Al riguardo, nutre qualche perplessità rispetto alla normativa sull'adozione dei minori. Non comprende infatti come mai per l'adozione, situazione in cui vi è un bambino in stato di abbandono, si tenda ad assicurare al bambino un preciso modello di famiglia (cioè la coppia coniugata) e si fissi un limite di differenza di età in quarantacinque anni. Senza entrare nel merito della questione, rileva che sarebbe necessario essere coerenti, anche perché all'adozione ricorrono, nel 99,9 per cento dei casi, gli stessi soggetti - coppie sterili - che ricorrono alla PMA. La sua impressione è che tale incongruenza scoraggi il ricorso all'adozione contraddicendo le prescrizioni del successivo articolo 6». Per la consultazione, v. *Il dibattito sull'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita da parte di soggetti conviventi nel corso dell'esame parlamentare delle proposte di legge in materia*, XIV Legislatura, in www.documenti.camera.it.

⁷³ L. Palazzani, *La legge italiana sulla procreazione assistita: aspetti filosofico-giuridici*, in *Dir. fam. e pers.*, 1999, p. 757; M.L. Di Pietro-M. Casini, *Il dibattito parlamentare sulla "procreazione medicalmente assistita"*, in *Medicina e Morale*, 2002, 4, p. 654.

⁷⁴ Per una riflessione attorno al consenso informato nelle tecniche di procreazione medicalmente assistita, si veda M. Azzalini, *Il consenso "complesso" nella procreazione medicalmente assistita*, in Aa.Vv., *La procreazione assistita dieci anni dopo. Evoluzioni e nuove sfide*, Ariccia, 2015, p. 157-199.

⁷⁵ G. Sciancalepore, *Norme in materia di procreazione assistita: principi generali*, in Aa.Vv., *Procreazione assistita, commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, P. Stanzione-G. Sciancalepore (a cura di), Milano, 2004, p. 16.

solo i rischi, gli effetti e le probabilità di successo delle tecniche, ma anche le conseguenze giuridiche e le alternative alla P.M.A.

La disciplina del consenso informato non può limitarsi al disposto dell'art. 6, bensì si espande entro un apparato frammentato e stratificato che costituisce il complessivo *corpus* normativo applicabile alle tecniche di fecondazione assistita, sino a raggiungere le vette più alte degli artt. 5 c.c., 2, 13, 32 Cost., 8 CEDU, l. n. 219/2017 e, recentemente, l. n. 10/2020.

Si deve richiamare, anzitutto, l'art. 12, d.lgs. 6 novembre 2007, n. 191 che, in attuazione della direttiva sulle norme di qualità e di sicurezza per la donazione dei tessuti e delle cellule umane, prescrive agli stati membri di adottare le misure necessarie per garantire il principio della “*voluntary and unpaid donation*” (VUD)⁷⁶. Principio non soltanto di natura etica, bensì di natura giuridica, essenziale per garantire livelli di sicurezza più elevati per i tessuti e le cellule e, conseguentemente, per la salute umana. Concetto chiave ribadito nella Proposta di risoluzione del Parlamento europeo sulla donazione volontaria e gratuita⁷⁷ e nel Regolamento delle norme in materia di manifestazione della volontà di accedere alle tecniche di procreazione assistita (D.M. 28 dicembre 2016, n. 265).

Ulteriore fonte si individua nella disciplina del consenso informato contenuto nelle Linee guida adottate nel 2015⁷⁸, in cui si legge: «le informazioni (...) devono essere fornite per ciascuna delle tecniche applicate e in modo tale da garantire il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa».

Il consenso informato alle tecniche di Procreazione medicalmente assistita, come accade per altri trattamenti sanitari, deve essere prestato – ai sensi dell'art. 6, co. 1, delle Linee Guida vigenti e, da ultimo, del D.M. 265 del 2016 – prima del ricorso alla fecondazione in vitro e le informazioni del medico responsabile devono corredare l'avvio

⁷⁶ *Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social committee and the Committee of the regions on the implementation of Directives 2004/23/EC, 2006/17/EC and 2006/86/EC setting standards of quality and safety for human tissues and cells*, in www.eur-lex.europa.eu.

⁷⁷ Proposta di risoluzione del Parlamento europeo sulla donazione volontaria e gratuita di tessuti e cellule (2011/2193(INI)) Lett. O), in www.europarl.europa.eu: «considerando che il prelievo di tessuti e cellule deve essere regolato dai seguenti principi: anonimato (eccetto nel caso di prelievo su persona vivente a favore di un familiare), gratuità, consenso, obbligo di ripartire equamente gli impianti tra i malati e protezione della salute di donatori e riceventi».

⁷⁸ D.M. 1° luglio 2015, *Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*, in G.U., 14 luglio 2015, n. 161.

di ogni fase di applicazione delle tecniche di P.M.A.⁷⁹, per tale intendendosi la fase di *pick up*, la fase di inseminazione e fecondazione dell'oocita e, infine, la fase del *transfer* intrauterino.

In ciascuno di questi momenti, il medico, coadiuvato dal personale autorizzato, è chiamato a porre in essere un'attività informativa della coppia di pazienti in ordine ai metodi, ai problemi bioetici, agli effetti collaterali tanto sanitari quanto psicologici, alle probabilità di successo delle tecniche, ai rischi da esse derivanti, alle conseguenze giuridiche per la donna, per l'uomo e per il nascituro, nonché alla possibilità di crioconservazione dei gameti per un successivo utilizzo o per una eventuale donazione a soggetti terzi ed alla possibilità di revocare il proprio consenso.

Il consenso, prestato per iscritto dinanzi al medico responsabile, può essere revocato sino al momento ultimo della fecondazione e non oltre. In seguito, il trattamento sembrerebbe divenire obbligatorio, salvo diversa opzione del medico responsabile della struttura per soli motivi di ordine medico-sanitario.

Tale disciplina, però, secondo taluni interpreti e pur nel silenzio della legge, richiede un coordinamento con le disposizioni in materia di interruzione volontaria della gravidanza, laddove si ammette la possibilità che la gestante operi la scelta interruttiva entro i primi tre mesi della gravidanza al ricorrere dei presupposti richiesti dalla legge⁸⁰. Sarebbe, dunque, irrazionale quell'ordinamento che preclude la revoca del consenso da parte della donna dopo la fecondazione dell'ovulo, allorquando sia mutata la situazione che induceva gli aderenti ai trattamenti a rivolgersi al centro P.M.A. In specie, non può

⁷⁹ F. Santosuosso, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 32: «Esplicitamente la legge in esame prevede garanzie per l'accertamento di questo consenso, che deve essere manifestato più volte, e previe informazioni sempre più specifiche. Si tengano presenti in proposito soprattutto le disposizioni contenute nell'art. 6 (rubricato proprio consenso informato) [...] È opportuno comunque sottolineare che, pur essendo tale consenso già raccolto con ogni garanzia prima che inizi qualsiasi procedimento, la legge esige che le parti siano informate ancora, con chiarezza mediante sottoscrizione», anche sulle conseguenze giuridiche «al momento di accedere alle tecniche».

⁸⁰ Legge 22 maggio 1978, n.194, *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*, in *GU*, 22 maggio 1978, n. 140. Ai sensi del combinato disposto degli artt. 4 e 6 della citata legge, «[p]er l'interruzione volontaria della gravidanza entro i primi novanta giorni, la donna che accusi circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, in relazione o al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito, si rivolge ad un consultorio pubblico istituito ai sensi dell'articolo 2, lettera a), della legge 29 luglio 1975, n. 405, o a una struttura sociosanitaria a ciò abilitata dalla regione, o a un medico di sua fiducia». Conseguentemente «[l]'interruzione volontaria della gravidanza, dopo i primi novanta giorni, può essere praticata: a) quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna; b) quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna».

convincere quell'interpretazione che sostiene sempre e comunque, dopo la fecondazione, un trattamento sanitario obbligatorio in capo alla donna, consistente in tal caso nel c.d. *embryo transfer coattivo*, per poi abilitare la medesima, nelle condizioni richieste dalla legge, ad accedere alla scelta interruttiva.

Sulla scorta di tali considerazioni, allora, è imprescindibile che il consenso sia attuale al momento dell'impianto dell'embrione, il quale può avvenire anche molto tempo dopo rispetto al momento della fecondazione dell'oocita⁸¹.

Le regole di cui all'art. 6 risultano, però, integrate anche dall'art. 9 in punto di consenso alle tecniche di fecondazione eterologa. Seppur vietate, la disposizione prevede che il consenso alla fecondazione eterologa possa essere ricavato da "atti concludenti" e per tale motivo è preclusa l'esperibilità dell'azione di disconoscimento della paternità. La norma mira a tutelare il soggetto debole, ossia la persona nata da fecondazione artificiale di carattere allogenico, ma – come si vedrà nel prosieguo – provoca non pochi dubbi una volta divenuta possibile la fecondazione eterologa.

La distonia che si avverte tra le regole sull'autodeterminazione nella P.M.A. è pronunciata: il consenso informato, richiesto dal legislatore, è scritto, datato e sottoscritto, raccolto utilizzando – addirittura – il modulo allegato alle Linee guida e predisposto dal Ministero. In ciascuna fase di applicazione della P.M.A., le informazioni necessarie ed indicate dalla legge devono essere fornite, al fine di rendere il consenso prestato sempre più aderente alla volontà ed all'autodeterminazione procreativa di ciascun paziente. Ciononostante, nelle tecniche di fecondazione eterologa, pur in presenza di divieto, si offre rilevanza ad un consenso mutuato da atti concludenti, non meglio specificati e si prevede una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 50.000 euro *ex art. 12 comma 4°* per chiunque applichi le tecniche senza avere raccolto il consenso secondo le modalità di cui all'art. 6.

Unica interpretazione sistematica e razionale, tesa a comporre l'apparente contrasto tra le disposizioni, risulta essere la seguente: il legislatore prende atto della elusione del divieto italiano in materia e della elusione da parte dei cittadini desiderosi

⁸¹ In questo senso v. G. Tarquini, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Ginecologia e ostetricia forense*, 2004, 2, p. 35 ss.; L. Chieffi, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Torino, 2018, p. 36-37; anche G. Oppo, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 2, p. 105 ss., in cui l'A. critica una isolata pronuncia del Tribunale di Catania (Trib. Catania, 3 maggio 2004) che ha imposto il trasferimento in utero della donna (consenziente alla fecondazione) di un embrione talassemico: «Non si entra coattivamente nel corpo di una donna e ciò è ora confermato dalle Linee Guida del Consiglio Superiore di Sanità».

del soddisfacimento del proprio desiderio familiare ricorrendo a tecniche offerte all'estero. Sicché si fa carico di risolvere le controversie eventuali circa lo *status* filiale, accontentandosi di un consenso prestato mediante atti concludenti alle tecniche di procreazione e così tutelando il nato, anch'egli soggetto debole della disciplina del 2004⁸².

La disciplina del consenso informato di cui alla l. n. 40/2004 deve essere esaminata, poi, tenuto conto della recente introduzione della l. 22 dicembre 2017, n. 219, recante le "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento"⁸³.

La novella esordisce con il seguente enunciato: «La presente legge, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona e stabilisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge».

Nel medesimo articolo, il comma 5°, seconda parte, abilita il paziente a revocare in ogni tempo il consenso precedentemente prestato alle cure: «Ogni persona capace di agire ha il diritto (...) di revocare in qualsiasi momento, con le stesse forme di cui al comma 4, il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento».

Se la l. n. 219 del 2017 dovesse trovare applicazione anche nelle tecniche di fecondazione assistita dovrebbe essere superato il termine previsto per la revoca del

⁸² In questo senso si richiama Cass. civ., sez. I, 18 dicembre 2017, n. 30294, Pres. Rel. M. Dogliotti, in *Dir. fam. pers.*, 2018, 3, p. 823 ss. Critico sulla possibilità di trarre il consenso al trattamento dagli atti concludenti, G. Sciancalepore, *Norme in materia di procreazione assistita: principi generali*, in Aa. Vv., *Procreazione assistita, commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, P. Stazione-G. Sciancalepore (a cura di), Milano, 2004, p. 23-24: «è opportuno che la volontà favorevole della coppia non si sia presuntivamente consolidata all'ombra dell'ignoranza del momento procreativo, ma – piuttosto – in virtù della partecipazione critica e valutativa a quell'evento progressivamente raggiunto. Sarà necessaria, quindi, adeguata solerzia e professionalità nel medico intervenuto, affinché prospetti agli interessati anche l'opportunità e permetta, quindi, un concepimento volontario e responsabile».

⁸³ Per un approfondimento sulla legge, si vedano A. Scalera, *La proposta di legge sulle dichiarazioni anticipate di trattamento*, in *Fam. dir.*, 2010, p. 627 ss.; S. Canestrari, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una "buona legge buona"*, in *Corr. giur.*, 2018, p. 302 ss.; A. Astone, *Autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento nella legge 22 dicembre 2017 n. 219*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, 4, p. 1508 ss.; Aa.Vv., *La relazione di cura dopo la legge n. 219/2017. Un approccio interdisciplinare*, M. Foglia (a cura di), Pisa, 2019; C. Romano, *Legge in materia di disposizioni anticipate di trattamento: l'ultrattività del volere e il ruolo del notaio*, in *Notariato*, 2018, 18 ss.; M. Azzalini, *Legge n. 219/2017: la relazione medico-paziente irrompe nell'ordinamento positivo tra norme di principio, ambiguità lessicali, esigenze di tutela della persona, incertezze applicative*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 8 ss.; D. Maffei, *Prometeo incatenato: la redazione non informata, o informata per modo di dire, e l'attenuata vincolatività delle DAT*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 5, p. 1436 ss.; U. Adamo, *Costituzione e (processo del) fine vita*, in *Digesto*, 2019.

consenso di cui all'art. 6, comma 3°, seconda parte, l. n. 40/2004: «La volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma fino al momento della fecondazione dell'ovulo».

Occorre allora verificare se i principi sanciti dalla novella in materia di consenso possano trovare applicazione per le tecniche di fecondazione assistita o se la disciplina in materia costituisca legge speciale, impermeabile alle innovazioni introdotte nel 2017.

Il primo passaggio di tale verifica consiste nell'appurare se le tecniche di fecondazione costituiscono o meno un "trattamento", secondo la l. n. 219/2017. Al riguardo, risulta incontrovertibile la possibilità di ascrivere le procedure di procreazione medicalmente assistita nel novero dei trattamenti sanitari, in considerazione della chiarita funzione terapeutica ascritta dalla l. n. 40/2004, nonché dalla qualificazione offerta dall'O.M.S.

Nella individuazione delle finalità della legge, il legislatore afferma nell'art. 1: «Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito. Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità»⁸⁴.

La funzione dei trattamenti in discorso, come illustrato, è stata oggetto di vaglio di copiosa giurisprudenza e anche le Linee Guida adottate per l'attuazione della legge si premurano di specificare la natura di terapia per il superamento di condizioni di sterilità e infertilità.

Tuttavia, sono non poche le differenze tra la l. n. 40/2004 e la l. n. 219/2017.

Il più recente reticolato normativo, sulla base di sedimentati insegnamenti della dogmatica e della giurisprudenza ed in adesione alle fonti internazionali in materia, non appone e non tollera termini per l'esercizio della revoca.

In secondo luogo, il consenso e la revoca sono tratteggiati nel 2017 a tutela esclusiva del paziente e non di soggetti terzi, come il futuro nascituro.

⁸⁴ *Supra* § 1.

Ancora, la recente normativa non ammette la rigidità del modulo di consenso prestampato, poiché ostativo all'alleanza terapeutica e alla specificità del caso trattato in concreto⁸⁵.

Inoltre, le regole sull'autodeterminazione nella P.M.A. sembrano ascrivere una accezione diversa al consenso: oltre che veicolo della autodeterminazione terapeutica, il consenso assurge a fonte per il controllo delle cellule riproduttive e degli embrioni sino al momento del definitivo abbandono; il consenso imprime nelle proprie parti separate dal corpo e negli embrioni una o più destinazioni individuate dalla legge; la determinazione, poi, costituisce lo strumento determinativo dello *status filiationis*.

Infine, la l. n. 40/2004 prevede l'attuazione della normativa con linee guida specifiche. Ciò non rende di per sé eccentrica la P.M.A. rispetto ad altri trattamenti sanitari, ciononostante le buone pratiche clinico-assistenziali e le raccomandazioni previste dalle linee guida per i trattamenti altri e diversi, utili per verificare la conformità a *leges artis* dell'operato del medico, a norma dell'art. 5, l. 8 marzo 2017, n. 24, devono essere redatte da enti e istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute, per poi confluire nella banca dati nazionale. Diversamente, le linee guida previste per l'attuazione della l. n. 40/2004, come illustrato, sono adottate con decreto del Ministro della salute. Per quanto concerne la pubblicazione nella banca dati nazionale, il ritardo nella adozione delle nuove linee guida e dunque la mancata pubblicazione in banca dati o fuori dalla medesima non consente all'interprete di apprezzare se la disciplina soggiace o meno alle regole applicabili agli altri trattamenti sanitari.

Non si può non considerare, poi, che il legislatore ha previsto nel 2004 una disciplina apposita per il consenso informato, a norma dell'art. 6, individuando le informazioni necessarie e le tempistiche entro cui le medesime devono essere fornite ai pazienti, in un periodo in cui non vi era una generale disciplina per l'autodeterminazione terapeutica. Accanto alle generali regole sul consenso alla P.M.A., le linee guida hanno previsto moduli

⁸⁵ In questo senso si è pronunciata la giurisprudenza e, in particolare, la Suprema Corte. Cass. civ., sez. III, 19 settembre 2019, n. 23328, rv. 655489 – 01, in *Italggiure*: «In tema di attività medico-chirurgica, infatti, il consenso informato deve basarsi su informazioni dettagliate, idonee a fornire la piena conoscenza della natura, portata ed estensione dell'intervento medico-chirurgico, dei suoi rischi, dei risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative, non essendo all'uopo idonea la sottoscrizione, da parte del paziente, di un modulo del tutto generico».

prestampati, come già accaduto in altri ordinamenti⁸⁶, per la raccolta del consenso e, infine, con il D.M. 28 dicembre 2016, n. 265, è stato introdotto un apposito regolamento recante norme in materia di manifestazione della volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, in attuazione dell'articolo 6, comma 3°. Regolamento contenente, anch'esso, un modulo di consenso informato.

Sulla base di tali argomentazioni si pone il dubbio sulla applicazione della regola secondo cui *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*, anche nel caso di specie.

La questione non è mai stata esaminata dalla giurisprudenza e non si evincono opinioni sul punto in dottrina. Nella prassi si evidenzia la sequela del modello proposto dal D.M. datato 2016, l'utilizzo dei moduli di consenso informato, senza riferimento alcuno alla nuova legge in materia di consenso informato, perpetuando il limite della fecondazione per la revoca del consenso da parte dei pazienti.

L'impostazione esegetica preferibile sembra essere quella secondo cui la legge speciale, quale è la l. n. 40/2004, deroga alla generale seppur successiva, l. n. 219/2017. Ciononostante, non mancano profili critici: per quanto recenti, le linee guida in materia di consenso informato sono antecedenti alla l. n. 219/2017, le medesime poi non si fanno carico di tutti i soggetti coinvolti nella procedura, ovverosia degli aderenti ai trattamenti e dei donatori. Il consenso dei donatori è normato *aliunde* e segnatamente dal D.P.R. 131 del 2019.

In secondo luogo, il dettato normativo e, segnatamente, l'art. 6 declina diversamente il diritto all'autodeterminazione terapeutica dei pazienti aderenti alle procedure, specie in caso di tecniche mediante applicazione di embrioni e gameti crioconservati e in caso di fecondazioni di tipo eterologo. Per tali motivi, appare auspicabile un coordinamento della legge speciale alla legge successiva generale, in considerazione della tutela sempre più ampia accordata all'autodeterminazione terapeutica nell'ordinamento italiano.

Procedendo con l'analisi delle disposizioni contenute nella l. n. 40/2004, dopo aver previsto l'adozione delle linee guida vincolanti per le strutture da parte del Ministero della Salute, il legislatore prevede due disposizioni a tutela del nascituro. Ne stabilisce lo *status filiationis* rispetto agli aderenti alle tecniche, preclude al padre l'azione di disconoscimento e alla madre il diritto a non essere nominata dopo il parto.

⁸⁶ *Infra* cap. 3.

A voler individuare la *ratio* della disposizione esaminata, può affermarsi come l'art. 8 assurge a dichiarazione di principio, diretta ad evitare discriminazioni tra i figli nati da tecniche di fecondazione artificiale ed i nati mediante ordinarie modalità riproduttive.

A ben vedere, però, l'art. 8, lungi dall'essere una norma a tutela del nascituro, non solo è tautologica bensì è disposizione priva di utilità. Con maggiore impegno esplicativo, se l'unica tecnica fecondativa ammessa dalla l. n. 40/2004 è la P.M.A. autologa o omologa, dunque tesa al ricorso ai gameti della coppia di aderenti alle tecniche e alla gestazione da parte della donna che intende diventare madre, non vi possono essere dubbi circa l'applicabilità delle ordinarie regole in materia di *status* filiale di cui al codice civile (*sub specie*, art. 269 c.c.).

È evidente come la norma costituisca un lascito di una disciplina più volte emendata nel corso della c.d. *navette* parlamentare, originariamente tesa a disciplinare gli effetti ed i limiti della fecondazione eterologa ed a valorizzare la tutela della genitorialità intenzionale sopra quella fondata sulla discendenza genetica o biologica⁸⁷.

Con le successive disposizioni, la legge rinvia agli atti delle Regioni per la regolamentazione delle attività dei centri P.M.A. e al successivo decreto del Ministro l'istituzione di un registro nazionale della P.M.A., degli embrioni formati e dei nati dalle tecniche in esame.

A dimostrazione della citata constatazione⁸⁸, secondo cui la legge italiana si interessa solo marginalmente dello statuto e della protezione dell'embrione, si deve osservare come solo dall'art. 11 l. n. 40/2004 il termine "embrione" faccia la sua comparsa.

In particolare, a tutela dell'embrione, a differenza del nato, non si predispone il riconoscimento di uno *status*, non si tutela la sua relazione con i genitori, bensì si procede

⁸⁷ Sulla differenza tra genitorialità intenzionale o giuridica, biologica e genetica si rinvia alla Scheda lavori preparatori, Atto parlamentare: 47-B, sub C-47-A-ter, Art. 2 (Definizioni). La distinzione non è di poco momento in considerazione della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 4 comma 3 l. 40/2004 e della ammissibilità della donazione dei gameti. La distinzione è stata recentemente richiamata dalla giurisprudenza Cass. civ., SS.UU., 8 maggio 2019, n. 12193, rv. 653931 – 04, in *Italggiure* e Cass. civ., Sez. I, 30 settembre 2016, n. 19599, rv. 641312 – 01, in *Italggiure*: "La procedura di maternità assistita tra due donne legate da un rapporto di coppia, con donazione dell'ovocita da parte della prima e conduzione a termine della gravidanza ad opera della seconda con utilizzo di un gamete maschile di un terzo ignoto, non costituisce una fattispecie di maternità surrogata o di surrogazione di maternità, ma integra un'ipotesi di genitorialità realizzata all'interno della coppia, assimilabile alla fecondazione eterologa, dalla quale si distingue per essere il feto legato biologicamente ad entrambe le donne".

⁸⁸ *Supra* § 1.

a predisporre una serie cospicua di divieti e sanzioni, cui sono dedicate tre disposizioni, peraltro le più corpose dell'intera legge.

È fatto divieto di fecondazione eterologa⁸⁹, di fecondazione omologa *post mortem*, di fecondazione tra minori di età o tra coppie dello stesso sesso o tra non coniugati o non conviventi, di applicazione delle tecniche in strutture non autorizzate o senza il consenso delle parti. Inoltre, è vietata la commercializzazione di gameti o embrioni, di surrogazione della maternità, di partenogenesi, di sperimentazione sugli embrioni e di produzione ai soli fini di ricerca⁹⁰, di selezione eugenetica, di clonazione, di ibridazione, di soppressione⁹¹ degli embrioni (c.d. embrionicidio⁹²) e di crioconservazione⁹³, salvo che non sia precluso da cause di forza maggiore l'impianto contestuale degli embrioni prodotti.

Di tali divieti e, talvolta, fattispecie di reato non è chiaro il perimetro di applicazione. Il legislatore non definisce, tra gli altri, cosa si intenda per ibridazione, creazione di chimera, partenogenesi e sperimentazione. Il difetto di tipicità e tassatività delle disposizioni richiamate, lungi dall'essere una questione squisitamente accademica, è foriero di notevoli implicazioni.

Ancora maggiori dubbi interpretativi sorgono dalla disciplina dedicata alla clonazione, la quale rappresenta uno spaccato emblematico della denunciata incoerenza scientifica della normativa.

⁸⁹ La fecondazione eterologa era punita con la pena della sola multa da 300.000 a 600.000 euro in virtù degli artt. 4, comma 3°, e 12, comma 1°, l. n. 40/2004. Per l'operatore sanitario era pure prevista la sanzione della sospensione dall'esercizio della professione da 1 a 3 anni, ex art. 12, comma 9°, l. n. 40/2004 mentre per il centro P.M.A. era prevista la sanzione della sospensione della autorizzazione ministeriale per un anno o della revoca ex art. 12, comma 10°, l. n. 40/2004.

⁹⁰ La sperimentazione e la ricerca sugli embrioni umani sono puniti dall'art. 13, commi 1° e 4°, l. n. 40/2004 con la pena detentiva da anni 2 a 6 e con la pena pecuniaria della multa da 50.000 a 150.000 euro, ma per l'operatore sanitario il legislatore commina anche la sanzione della sospensione dall'esercizio della professione da 1 a 3 anni. La forbice edittale appare essere profondamente afflittiva: basti pensare che il massimo edittale previsto per la sperimentazione è addirittura più elevato di quello previsto per l'omicidio colposo e che «chi produce embrioni per scopi di ricerca scientifica viene punito con una pena minima di 2 anni, più elevata rispetto ai 6 mesi inflitti a un sequestratore di persona (art. 605 c.p.)». In questo senso v. F. Buzzi-G. Tassi, *La procreazione medicalmente assistita. Normativa, giurisprudenza e aspetti medico legali*, Milano, 2011, p. 133-134.

⁹¹ La soppressione di embrioni è punita dall'art. 14, comma 1° e 6°, l. n. 40/2004 con la pena detentiva fino a 3 anni e la multa da 50.000 a 150.000 euro.

⁹² Sul punto, A. Vallini, voce *Procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 712 ss. L'illecito può essere realizzato solo mediante una condotta commissiva e non anche per omissione ex 40 cpv. c.p., in difetto di un obbligo di garanzia del medico a favore dell'embrione. Difatti, non incorre in sanzione alcuna il medico che lascia estinguere l'embrione malato o soprannumerario.

⁹³ La crioconservazione era punita dall'art. 14, commi 1° e 6°, l. n. 40/2004 con la pena detentiva fino ad anni 3 e con la multa da 50.000 a 150.000 euro.

In particolare, l'art. 12, comma 7°, sanziona la realizzazione di “un processo volto ad ottenere un essere umano discendente da un'unica cellula di partenza, eventualmente identico, quanto al patrimonio genetico nucleare, ad un altro essere umano in vita o morto”. Tale condotta integra reato, punito con la pena della reclusione da dieci a venti anni, oltre alla multa da 600.000 a un milione di euro.

Nel successivo art. 13, comma 3°, lett. c), il legislatore vieta gli interventi di clonazione mediante il trasferimento di nucleo o attraverso la scissione precoce dell'embrione o l'ectogenesi⁹⁴ sia a fini procreativi sia di ricerca, mentre alla lett. d) vieta la produzione di ibridi o di chimere. In tali casi, è comminata la pena base detentiva da due a sei anni, congiuntamente alla multa da 50.000 a 150.000 euro, aumentata, con preclusione al bilanciamento con le circostanze attenuanti.

Dal confronto di tali disposizioni sembra esservi una duplicazione di fattispecie di reato attorno alle varie tecniche di procreazione, ma, in misura ben più rilevante, una oscurità interpretativa attorno alla nozione di clonazione. Le difficoltà interpretative rilevano non solo per l'applicazione della disciplina in sede penale, ma assumono un rilievo più generale in quanto le tecniche escluse dal perimetro della clonazione vietata possono essere ricomprese tra le tecniche legittime, seppure non individuate in misura specifica dalle linee guida di cui all'art. 7, l. n. 40/2004.

Le tecniche di clonazione umana, per vero, sono molteplici: si suole distinguere la clonazione di tipo riproduttivo, di tipo terapeutico e, infine, embrionale.

La clonazione riproduttiva, c.d. *somatic cell nuclear transfer* (S.C.N.T.), è una tecnica che impiega un oocita ed il nucleo di una cellula somatica, come le cellule epiteliali o neurali, le quali vengono unite con fusione cellulare realizzata per elettrofusione o trapianto, al fine di creazione di un embrione⁹⁵. La tecnica, una volta conseguito l'embrione, è funzionale allo sviluppo di linee di cellule staminali ai fini di ricerca.

Si tratta della tecnica utilizzata nel 1997 per la creazione della celebre pecora Dolly, all'esito di duecentonovantasette tentativi falliti, nonché di una procedura utilizzata solo in tempi recenti sulle cellule umane negli Stati Uniti e nella Repubblica Popolare Cinese. Tale procedura, tuttavia, appare poco utile per la creazione di blastocisti viabili per la gestazione, data la difficoltà di conseguimento di un embrione vitale e privo di anomalie

⁹⁴ F. Mastropaolo, *Ingegneria genetica*, in *Dig. Priv.*, 1993, Torino, 1993, p. 449 ss.

⁹⁵ *Infra* cap. 3.

embrionali e placentari e dato il tasso di tumori che hanno colpito gli esemplari di tipo animale dopo la nascita.

Il secondo tipo di clonazione è rappresentato dalla clonazione terapeutica, la tecnica consiste nella realizzazione di una copia di cellule del paziente per lo sviluppo di cellule staminali perfettamente e geneticamente compatibili con quelle del paziente affetto da patologia per cui non è disponibile alcuna diversa cura, come, tra le altre, le patologie tumorali.

Infine, si annovera la clonazione embrionale consistente nella divisione dell'embrione durante le prime fasi del processo di sviluppo, come accade nel caso dei gemelli, attraverso la divisione in vitro.

Dalla descrizione delle fattispecie e dal loro confronto con le tecniche rese possibili dalla ingegneria biomedica, è possibile avanzare alcune considerazioni.

Anzitutto, non è dato comprende a quali casi vadano applicate le distinte disposizioni recanti un trattamento sanzionatorio profondamente distinto⁹⁶. In specie, la clonazione mediante S.C.N.T., ovverosia trasferimento nucleare, sembra essere incriminata tanto dalla fattispecie base di cui all'art. 12 quanto dall'aggravante speciale ai sensi dell'art. 13⁹⁷. Diversamente, la clonazione terapeutica e la clonazione embrionale determinata da *embryo splitting* precoce sembrano soggiacere alle più lievi sanzioni di cui all'art. 12.

In secondo luogo, fermo il divieto di tecniche di clonazione riproduttiva derivante dalla applicazione della Convenzione di Oviedo del 1997 a tutela della dignità umana nonché del Protocollo addizionale alla medesima⁹⁸ sul divieto di clonazione di esseri umani, appare inconferente l'inclusione dei divieti di clonazione embrionaria e

⁹⁶ Il problema è sollevato da S. Rodotà, *La vita e le regole*, Milano, 2012, p. 199.

⁹⁷ Sul punto A. Vallini, voce *Procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 708 osserva come l'art. 13 rechi una circostanza aggravante dell'art. 12 e non anche un'autonoma fattispecie di reato, ma riscontra che le due fattispecie criminose convergono con riferimento alla condotta di clonazione con trasferimento nucleare.

⁹⁸ La convenzione di Oviedo è stata ratificata con la legge 28 marzo 2001, n. 145, recante la "Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo all'applicazione della biologia e della medicina: Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina fatta a Oviedo il 4 aprile 1997, nonché del protocollo addizionale del 12 gennaio 1998, n. 168, sul divieto di clonazione di esseri umani", in GG.UU., 24 aprile 2001 n. 95. Sul punto, si vedano le illuminanti parole di S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, III ed., Milano, 2018, p. 199-204. L'A., esaminando la disciplina contenuta nella Convenzione di Oviedo, nel Protocollo aggiuntivo e nel Rapporto esplicativo n. 4 del Protocollo aggiuntivo, osserva come del protocollo e dei suoi divieti deve essere data una interpretazione restrittiva, «[s]iamo così di fronte a tre situazioni diverse: la clonazione riproduttiva umana, che è vietata; forme di clonazione per quanto riguarda l'embrione, per le quali si rinvia a successivo protocollo e che, di conseguenza, rimangono legittime; la clonazione di cellule e tessuti, definitivamente considerata legittima».

terapeutica nella l. n. 40/2004, recante le norme in materia di procreazione medicalmente assistita, e dunque in seno ad una disciplina tesa a regolare la riproduzione artificiale e non anche un generale trattamento degli embrioni nell'ordinamento. Sarebbe stato più opportuno, invece, inserire una regolamentazione organica della clonazione nella disciplina concernente il trattamento delle cellule e dei tessuti umani.

Infine, se il legislatore ha voluto attribuire all'interprete il compito di una interpretazione più puntuale dei divieti, lo ha fatto sottovalutando quegli indirizzi assunti in sede pretoria che, determinati da una «compassione cieca»⁹⁹, hanno concesso ai pazienti di accedere a terapie e trattamenti privi del riscontro scientifico necessario per la somministrazione umana¹⁰⁰.

Alle considerazioni circa la genericità¹⁰¹ dei divieti contenuti negli artt. 13 e 14 si aggiunge pure il difetto di una definizione giuridica di partenogenesi, la quale va intesa, secondo gli approdi scientifici, come la c.d. riproduzione virginal, in quanto tesa alla produzione di embrioni umani mediante il ricorso ad una sola cellula riproduttiva attivata con agenti fisici, chimici e biologici.

Puntuale definizioni difettano nelle disposizioni in materia di ricerca e sperimentazione.

L'art. 13 al comma 1° vieta la sperimentazione sugli embrioni, al comma 2° la produzione di embrioni destinati esclusivamente alla sperimentazione e al comma 3° la modifica genetica delle blastocisti. La disposizione rappresenta, secondo gli interpreti, una delle disposizioni da cui più nitidamente emerge la protezione "forte" dell'embrione. Tuttavia, proprio nella medesima disposizione si ammette la ricerca clinica e la modifica genetica purché animate da finalità diagnostiche e terapeutiche.

Il legislatore opera qui una azione di regolamento dei confini escludendo espressamente la sperimentazione, l'attività di selezione eugenetica e di selezione di caratteristiche genetiche, mentre sembra eccettuare da tale novero gli interventi di ricerca scientifica connotati dalle finalità predette, in considerazione del loro valore sociale. La differenza non è tanto nell'oggetto del progetto di ricerca dello scienziato, quanto nella causa, ossia nella funzione perseguita. Così è pure per la modifica genetica,

⁹⁹ M. Marzano, *La guerra dei giudici*, in *La Repubblica*, 28 agosto 2014.

¹⁰⁰ Il pensiero corre alle terapie a base di cellule staminali mesenchimali di cui si faceva promotrice la Stamina Foundation.

¹⁰¹ Per una lucida ricostruzione dei delitti tratteggiati dalla l. n. 40/2004, si veda A. Vallini, voce *Procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 705 ss.

vietata se animata da finalità di sfruttamento industriale e commerciale, ma consentita se supportata dalla causa terapeutica.

Per tale ragione sono ammesse la diagnosi genetica preimpianto¹⁰², la ricerca sugli embrioni prodotti per l'impianto ma scartati o abbandonati, nonché il c.d. *gene editing* funzionale alla rimozione e sostituzione del gene da cui derivano condizioni patologiche ereditarie e non altrimenti curabili.

Appare chiaro all'interprete come in difetto di un consenso diffuso¹⁰³ in Parlamento attorno alla natura giuridica dell'embrione, sia stato più semplice raggiungere un'intesa su condotte che, seppure in difetto di una tassativa individuazione, venivano reputate riprovevoli poiché pregiudizievoli per la "soggettività"¹⁰⁴ non meglio definita dal Capo VI della l. n. 40/2004.

Dal raffronto dei divieti con il corpo della restante disciplina, la l. n. 40/2004 configura una risposta emergenziale e proibizionistica ad una situazione di contingente abuso della medicina riproduttiva, debitrice di una auspicata «interrelazione tra i protagonisti (in quanto esecutori o destinatari) del fenomeno scientifico, nel contribuire a stemperare la persistente incomprensione tra la cultura umanistica e quella tecnologica»¹⁰⁵.

2.3. Le linee guida del Ministro della Salute.

L'art. 7 l. n. 40/2004 ha sancito l'obbligo di emanazione delle linee guida¹⁰⁶ per l'applicazione della disciplina in materia di fecondazione artificiale, in particolare dedicate alla individuazione delle procedure e delle tecniche autorizzate.

Le linee guida di cui all'art. 7 sono adottate con decreto del Ministro della Salute, coadiuvato dall'Istituto Superiore di sanità, previo parere del Consiglio superiore di sanità e trovano applicazione per tutte le cliniche autorizzate.

¹⁰² *Infra* § 3.4.

¹⁰³ G. Ferrando, *La fecondazione assistita nel dialogo tra le Corti*, in NGCC, 2016, 1, p. 165-170; S. Penasa, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Trento, 2015, p. 5 ss.; *Id.*, *La Corte europea dei diritti dell'uomo di fronte al fattore scientifico: analisi della recente giurisprudenza in materia di procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza*, in *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2013, 1, p. 235-270.

¹⁰⁴ *Infra* cap. 2.

¹⁰⁵ L. Chieffi, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Torino, 2018, p. 29.

¹⁰⁶ M. Dogliotti, *Le "Linee guida" del Ministero della salute sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. dir.*, 2004, 5, p. 508-509.

Data la rapida evoluzione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, il legislatore ha imposto al Ministro non soltanto l'ausilio di I.S.S. e C.S.S., sotto il profilo eminentemente tecnico, ma anche l'obbligo di aggiornamento delle linee guida «almeno ogni tre anni, in rapporto all'evoluzione tecnico-scientifica», ai sensi del comma 3°. Una sorta di “clausola di gestione delle sopravvenienze in ambito scientifico”¹⁰⁷.

A pochi mesi dalla entrata in vigore della c.d. legge 40, il Ministro della Salute ha introdotto le prime linee guida concernenti le procedure e le tecniche di P.M.A.¹⁰⁸ per fornire «chiare indicazioni agli operatori delle strutture autorizzate all'applicazione delle tecniche». Dunque, il Ministro non ha solo enumerato le tecniche e le procedure conformi alla legge¹⁰⁹ e per questo consentite nell'ordinamento, ma ha anche fornito gli strumenti interpretativi agli operatori del settore per fare corretta applicazione dell'intero reticolato normativo.

In particolare, con le linee guida è stato chiarito che lo stato di infertilità o di sterilità deve essere certificato da un ginecologo, in caso di patologie femminili, o da un andrologo o urologo, per le patologie maschili, specialisti presso il centro autorizzato alle procedure di fecondazione artificiale. Dunque, non è sufficiente una qualsiasi certificazione, onde evitare facili elusioni delle finalità esclusivamente terapeutiche. Così come lo stesso diniego all'accesso deve essere certificato da uno specialista della clinica.

In secondo luogo, le linee guida declinano il principio di gradualità delle procedure. Data la eterogeneità delle tecniche disponibili, la loro applicabilità a determinate condizioni, la loro natura talvolta invasiva, il Ministro attribuisce all'operatore del settore, in virtù della propria competenza, il potere-dovere di «definire la gradualità delle tecniche».

Successivamente, le linee guida si concentrano sull'attività di consulenza, la quale non è esclusivamente finalizzata alla prestazione di un consenso informato da parte dei pazienti. La consulenza presso i centri P.M.A., difatti, può essere di natura decisionale, volta a fornire le informazioni necessarie ad una scelta prima di ogni trattamento e con tutti i soggetti coinvolti, in considerazione delle implicazioni delle procedure.

¹⁰⁷ *Infra* cap. 3 § 4.

¹⁰⁸ D.M. 21 luglio 2004, recante le *Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita*, in GG.UU. 16 agosto 2004 n. 191.

¹⁰⁹ *Supra* § 1.

Le informazioni rese devono riguardare le implicazioni tecniche, giuridiche, bioetiche ed economiche dei trattamenti, le alternative possibili e le possibilità di successo.

L'attività informativa – ricordano le linee guida – non deve arrestarsi con il conseguimento della gravidanza all'esito di un trattamento e deve sempre accompagnarsi ad una informativa scritta.

La consulenza, oltre che decisionale, può essere di sostegno, genetica e, infine, terapeutica.

Le consulenze genetiche e terapeutiche sono consulenze di carattere specialistico e si distinguono tra loro. Con le prime, la clinica consente ai pazienti di riscontrare e fronteggiare anomalie genetiche trasmissibili. Con le seconde, invece, si addivene a strategie per fronteggiare le conseguenze dei trattamenti per l'infertilità, si pensi, ad esempio, a condizioni di iperstimolazione ovarica all'esito di cicli di somministrazione di farmaci per l'espanto di un numero elevato di oociti al fine di inseminazione.

Con le disposizioni delle linee guida, poi, sono state fornite alcune indicazioni sulle modalità e cautele nell'espanto e impianto delle cellule riproduttive per ciascuna delle tecniche ammesse nell'ordinamento italiano.

Giungendo alla specificazione dell'*ubi consistam* dei divieti enumerati dalla l. n. 40/2004, il Ministro reitera il divieto di qualunque tipo di sperimentazione su cellule ed embrioni.

In mancanza di una positiva definizione di sperimentazione nel reticolato normativo, l'impostazione interpretativa tradizionale aveva incluso nel divieto anche diagnosi genetica preimpianto, altresì vietata allorquando realizzata a scopo eugenetico. L'opzione è stata superata poi dalla Consulta¹¹⁰. Difatti, se all'esito di diagnosi genetica lo specialista riscontra anomalie genetiche trasmissibili è chiamato, in prima istanza, ad informare la coppia di pazienti. Una volta assolto il dovere di informazione, il medico non può coartare i pazienti all'impianto del campione con riscontrata patologia genetica irreversibile. Per questo motivo, se il trasferimento non trova il consenso dei pazienti, la coltura *in vitro* dell'embrione deve essere mantenuta *sine die*.

¹¹⁰ *Infra* § 3.4.

Il punto merita qualche osservazione. Anzitutto, dalla analisi attenta delle linee guida non appare emergere un netto divieto di diagnosi genetica, allorquando la medesima non integri pratiche eugenetiche¹¹¹.

In secondo luogo, la scelta circa l'impiego di embrioni affetti da patologie geneticamente trasmesse sembra attribuita ai pazienti. Le linee guida specificano, infatti, come l'impianto non possa essere ritenuto coercibile da parte del medico, così preservando l'autodeterminazione terapeutica e la prevalenza degli interessi dei pazienti sulla tutela dell'embrione affetto da patologia irrimediabile. Tale approccio è stato utilizzato pure in caso di impossibile *transfer* dell'embrione per cause sopravvenute e non prevedibili al momento della esecuzione del procedimento di inseminazione e fecondazione dell'oocita. In tal caso le linee guida specificano come la clinica autorizzata alla esecuzione delle tecniche di P.M.A. sia tenuta alla crioconservazione dei campioni non trasferibili, con obbligo di sostenere i costi della preservazione.

Con il Decreto Ministeriale, già prima della dichiarazione di illegittimità costituzionale in via parziale degli artt. 13 e 14, si disciplina la crioconservazione degli embrioni non impiantati.

Anzitutto, si opera una distinzione tra gli embrioni in attesa di futuro impianto e gli embrioni per i quali sia stato accertato lo stato di abbandono. Le cellule specializzate rientrano in tale categoria all'esito di una procedura realizzata nel centro P.M.A., i cui operatori sono chiamati ad acquisire la rinuncia in forma scritta al futuro impianto degli embrioni crioconservati da parte della coppia di pazienti o da parte della donna singola, in caso di embrioni prodotti prima della entrata in vigore della normativa del 2004. In difetto di tale determinazione, il centro è chiamato a reiterare le ricerche dei pazienti in via documentata per il conseguimento della propria determinazione circa l'impiego

¹¹¹ Le pratiche eugenetiche sono tese a favorire e sviluppare le qualità innate di una razza, giovandosi delle leggi dell'ereditarietà genetica. Il termine "eugenetica" fu coniato nel 1883 da Francis Galton nello studio della ereditarietà delle grandi personalità del proprio tempo: F. Galton, *Inquiries into Human Faculty and Its Development*, Londra, 1869, p. 17, n. 1: «*That (eugenic) is, with questions bearing on what is termed in Greek, eugenēs namely, good in stock, hereditarily endowed with noble qualities. This, and the allied words, eugeneia, etc., are equally applicable to men, brutes, and plants. We greatly want a brief word to express the science of improving stock, which is by no means confined to questions of judicious mating, but which, especially in the case of man, takes cognisance of all influences that tend in however remote a degree to give to the more suitable races or strains of blood a better chance of prevailing speedily over the less suitable than they otherwise would have had. The word eugenics would sufficiently express the idea; it is at least a neater word and a more generalised one than viriculture which I once ventured to use.*». Per un approfondimento, si veda D.J. Daniels, *The history of eugenics*, in *Issues in Science & Technology*, 2016, 32, III, p. 45-49. Per l'utilizzo delle pratiche eugenetiche nel nazismo, si veda P. Proctor, *Racial Hygiene*, Cambridge, 2000, p. 97.

dell'embrione. Dopo un anno, se non è stato possibile contattare i pazienti e tale impossibilità è stata documentata, l'embrione crioconservato può essere definitivamente classificato come abbandonato.

Le blastocisti in attesa di impianto devono essere crioconservati a spese della clinica autorizzata fino al loro impiego o abbandono, le cellule della seconda categoria, ossia le cellule residuali, devono essere trasferite alla Biobanca Nazionale situata presso il Centro trasfusionale e di immunologia dei trapianti dell'Istituto di ricovero e cura a carattere scientifico Ospedale Maggiore di Milano (IRCCS), dove – secondo le linee guida – è stato attivato in maniera centralizzata un centro di crioconservazione degli embrioni abbandonati.

Il trasferimento, però, deve fare seguito all'attività dell'Istituto Superiore della Sanità tesa a stabilire il numero e a localizzare le blastocisti crioconservate e abbandonate presso i centri P.M.A. autorizzati italiani. Solo una volta localizzati e contattati i centri per il trasferimento allora l'ISS deve provvedere ad attivare allo scopo il centro summenzionato.

Avvenuto il monitoraggio annuale degli embrioni crioconservati, allo stato attuale non è mai avvenuto il trasferimento degli embrioni abbandonati presso la Biobanca Nazionale. L'arresto della procedura richiesta da parte delle linee guida, infatti, ha condotto alla nomina di una commissione di studio sugli embrioni crioconservati.

La commissione D'Agostino, dal nome del suo presidente, ha presentato la sua relazione finale denunciando come non sia possibile qualificare gli embrioni crioconservati come "abbandonati" in modo definitivo, perché, seppure in presenza di una dichiarazione espressa da parte dei pazienti, il consenso risulta essere sempre revocabile. Manca, infatti, un termine perentorio, come previsto in altri ordinamenti, entro cui la crioconservazione presso i centri P.M.A. può essere mantenuta.

Per tale motivo, la commissione ha auspicato la modifica della disciplina normativa in materia di crioconservazione degli embrioni.

Tuttavia, una serie di embrioni residuali, perché non viabili per motivi di sicurezza o prodotti da reato¹¹² è stata trasferita alla Biobanca nazionale e qui tali blastocisti potranno essere destinate alla crioconservazione o a progetti di ricerca clinica, ai sensi dell'art. 13, l. n. 40/2004.

¹¹² *Infra* cap. 2 § 5.1.. e 6.4.3.

All'esito della introduzione delle prime linee guida, il termine triennale fissato dal legislatore per l'adozione del decreto ministeriale di attuazione di cui all'art. 7, l. n. 40/2004 non ha ricevuto tempestiva attuazione. Nonostante il conseguimento tempestivo dei pareri dell'Istituto Superiore della sanità e del Consiglio Superiore della sanità, l'aggiornamento delle linee guida ha avuto luogo solo nel 2008 e, dopo quasi sette anni e due importanti pronunce di illegittimità costituzionale, nel 2015.

Peraltro, con le linee guida del 2008 non sono mutate le indicazioni contenute per gli operatori del settore, diversamente è stata posta maggiore enfasi nel controllo della conservazione delle cellule e nella prevenzione della diffusione di patologie quali HIV, Epatite B e C e, infine, sono state limitate le indagini sull'embrione alla sola osservazione morfologica, eliminando i riferimenti alla analisi genetica preimpianto.

Diversamente, con le successive linee guida del 2015 il Ministro della Salute ha fornito utili indicazioni ai centri P.M.A. all'esito delle sentenze con cui la Consulta ha censurato di illegittimità costituzionale plurimi divieti contenuti nella legge¹¹³.

3. La riscrittura¹¹⁴ della legge sulla procreazione assistita.

La disciplina recante le norme in materia di procreazione assistita è apparsa divisiva tanto in Parlamento quanto all'esito della approvazione della legge.

All'indomani della entrata in vigore della legge, vennero proposti alcuni quesiti di abrogazione totale e parziale.

Fallito il *referendum*, per l'inammissibilità del referendum abrogativo totale e per il mancato conseguimento del quorum¹¹⁵ con riferimento al *referendum* di abrogazione parziale, la Corte costituzionale è stata adita ripetutamente in via incidentale dai giudici comuni per dichiarare l'incostituzionalità di plurime disposizioni del breve articolato,

¹¹³ *Infra* § 3.2, 3.3, 3.4.

¹¹⁴ L'espressione si deve a L. d'Avack, *L'ordinanza di Salerno: ambiguità giuridiche e divagazioni etiche*, in *Dir. fam. pers.*, 2010, p. 1737 ss.

¹¹⁵ Soltanto il 25% degli aventi diritti al voto esercitò il proprio diritto. Per una breve disamina, si veda F. Gallo-C. Lalli, *Il legislatore cieco*, cit., p. 18

sulla spinta delle «numerose suggestioni interpretative *up/bottom* provenienti dalle Corti sovranazionali»¹¹⁶.

Il ripetuto intervento censorio ha avuto esito vittorioso ed ha condotto ad una erosione del dettato normativo, cui non ha avuto seguito, nonostante gli auspici, una rivisitazione critica da parte del legislatore della l. n. 40/2004.

Con tali sentenze la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di diagnosi genetica preimpianto, del divieto di crioconservazione delle cellule soprannumerarie, del divieto di fecondazione eterologa e di donazione delle cellule riproduttive da parte di terzi.

Le sentenze demolitorie della Consulta hanno avuto sì il merito di conformare alla Carta costituzionale il dettato normativo, ma al contempo di rendere meno saldo l'apparato e talvolta incoerente laddove applicato agli istituti fatti transitare nella "riscrittura" della legge.

3.1. I referendum per l'abrogazione della legge.

Come sommariamente illustrato, la "legge 40", sin dalla sua introduzione, ha dovuto affrontare una serie di ostacoli alla sua applicazione¹¹⁷, primi tra tutti i quesiti per il referendum abrogativo totale e parziale¹¹⁸.

¹¹⁶ L. Chieffi, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, cit., p. 30.

¹¹⁷ A. Masumeci, *La legge 40/2004 tra giudici ordinari e Corte costituzionale. Un dialogo difficile ma necessario*, in Aa.Vv., *La procreazione assistita, dieci anni dopo*, M. Azzalini (a cura di), Ariccia, 2013, p. 73-102.

¹¹⁸ Tra gli altri, M. Ainis, *I referendum sulla procreazione assistita. Atti del Convegno*, 10 dicembre 2004, Roma, 2005.

Prima facie, il quesito di abrogazione totale è stato scartato¹¹⁹ in sede di controllo di ammissibilità da parte della Corte costituzionale, di cui all'art. 2, comma 1°, l. cost. 11 marzo 1953¹²⁰.

Con la prima delle pronunce sui quesiti referendari, la Consulta ha escluso l'ammissibilità della abrogazione totale della neo introdotta "legge 40", poiché la medesima – ha affermato – incide su una serie di interessi che richiedono «un bilanciamento (...) che assicuri un livello minimo di tutela legislativa»¹²¹.

La disciplina in materia, in virtù della menzionata pronuncia, è stata annoverata tra le leggi costituzionalmente necessarie, proprio in quanto è intervenuta in un settore dell'ordinamento in precedenza inesplorato da parte del legislatore, involvente, all'esito della Convenzione di Oviedo e del suo Protocollo aggiuntivo del 1998, una serie di divieti a tutela della dignità umana e tesi alla prevenzione della eugenetica.

Ciononostante, la pronuncia non è stata tenuta esente da critiche, in quanto, come affermato da autorevole dottrina¹²², la Consulta ha omesso di indicare nella parte motiva della sentenza quali disposizioni del reticolato normativo assurgano a «contenuto irrinunciabile per il bilanciamento dei beni costituzionali coinvolti, secondo l'insegnamento della sentenza n. 26 del 1981; né la pronuncia dimostra che il vuoto

¹¹⁹ Cfr. Corte cost., 10 gennaio 2005, n. 45, 46, 47, 48, 49, rv. 29121- 29505, in *Italggiure*; in *Guida al Diritto*, 2005, 8, p. 45 ss.; in *Foro It.*, 2005, 1, c. 628 ss.; in *Giur. It.*, 2005, p. 2017 ss.

¹²⁰ F. Gallo-C. Lalli, *Il legislatore cieco. I paradossi della legge 40 sulla fecondazione assistita*, Lavis, 2012, p. 18.

¹²¹ Corte cost., 10 gennaio 2005, n. 45, rv. 29124, in *Italggiure*: «La richiesta di sottoporre a 'referendum' abrogativo l'intera legge n. 40 del 2004 è inammissibile. La legge n. 40 del 2004 disciplina analiticamente una molteplicità di differenziati profili connessi o collegati alla procreazione medicalmente assistita, materia in precedenza non disciplinata in via legislativa. Si tratta della 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. Analoghe finalità di bilanciamento e di tutela sono affermate a livello internazionale, in particolare con alcune disposizioni della Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997 e del relativo Protocollo addizionale stipulato a Parigi il 12 gennaio 1998, testi sottoscritti anche dalla Comunità europea e di cui il legislatore nazionale ha autorizzato la ratifica e determinato l'esecuzione tramite la legge 28 marzo 2001, n. 145, nonché con alcuni contenuti dell'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata nel 2000, in tema di consenso libero e informato della persona interessata, di divieto pratiche eugenetiche, di divieto di clonazione riproduttiva degli esseri umani. La richiesta di sottoporre a 'referendum' abrogativo l'intera legge n. 40 del 2004 coinvolge quindi una normativa che è – ai sensi di quanto prima precisato – costituzionalmente necessaria. Tale motivo di inammissibilità è assorbente rispetto agli altri parametri di giudizio». Sul punto, v. A. Cossiri, *La demolizione giurisprudenziale della legge 40/2004*, in Aa.Vv., *La fecondazione vietata. Sul divieto legislativo di fecondazione eterologa*, A. Cossiri-G. Di Cosimo (a cura di), Roma, 2013, p. 41.

¹²² E. Lamarque, *Referendum sulla procreazione assistita: l'inammissibilità del quesito totale*, in *Quad. cost.*, 2005, 2, p. 382 ss.; D. Tega, *Referendum sulla procreazione assistita: del giudizio di ammissibilità per valori*, in *Quad. cost.*, 2005, 2, p. 385 ss.

normativo eventualmente prodotto dall'abrogazione sarebbe stato meno rispettoso del quadro costituzionale rispetto alla normativa vigente»¹²³.

Per quanto invece concerne i quesiti di abrogazione parziale, il Comitato promotore dei *referendum* parzialmente abrogativi della legge sulla procreazione assistita ed il Comitato *referendum* per l'autodeterminazione e la tutela della salute della donna hanno promosso quattro quesiti referendari per consentire al corpo elettorale di addivenire ad una c.d. normativa di risulta coerente con i valori e principi condivisi dal popolo, ritenuti obliterati dal procedimento di approvazione della legge in materia.

Con il primo quesito, il comitato sottoponeva al corpo elettorale l'abrogazione parziale degli artt. 12, 13 e 14 per determinare la possibilità di condurre la ricerca scientifica «per consentire nuove cure per malattie come l'Alzheimer, il Parkinson, le sclerosi, il diabete, le cardiopatie, i tumori» attraverso la clonazione dell'embrione per il conseguimento di linee cellulari staminali. In specie, si chiedeva di addivenire alla parziale abrogazione dell'art. 12, comma 7°, e dell'art. 13, comma 3°, l. n. 40/2004, nella parte in cui prevedono il reato di clonazione riproduttiva, e dell'art. 14, nella parte in cui vieta le procedure di crioconservazione degli embrioni.

Con il secondo quesito referendario, si chiedeva al corpo elettorale di decidere sulla abrogazione parziale di una serie di disposizioni del dettato normativo, ovverosia gli artt. 1, 4, 5, 6, 13, 14 al fine di estendere la portata applicativa delle tecniche di procreazione artificiale. In specie, si richiedeva l'abrogazione delle disposizioni nella parte in cui sanciscono il fine esclusivamente terapeutico di impiego della P.M.A., il principio di gradualità tra procedure di adozione e ricorso ai trattamenti di fecondazione artificiale, il termine della fecondazione per la revoca del consenso da parte degli aderenti alle procedure, nonché il divieto di crioconservazione e l'obbligo di impianto in utero di tutti gli embrioni conseguiti all'esito della inseminazione e fecondazione.

Diversamente, il secondo comitato, per affermare in via più nitida il diritto di chi è già persona rispetto a chi ancora persona non è diventato, richiedeva l'abrogazione parziale dell'art. 1 nella parte in cui il legislatore afferma che l'uso delle tecniche di procreazione assistita sono consentite se assicurati i diritti di tutti i soggetti coinvolti, ivi compreso quelli del concepito.

¹²³ A. Cossiri, *La demolizione giurisprudenziale della legge 40/2004*, cit., p. 40.

Con il successivo quesito, invece, si sottoponeva al corpo elettorale il quesito circa l'abrogazione parziale dell'art. 4, comma 3°, e conseguentemente degli artt. 9 e 12, nella parte in cui vietano e sanzionano le tecniche di fecondazione eterologa¹²⁴.

All'esito delle pronunce di ammissibilità della Corte, il *referendum* non ha raggiunto il «quorum di validità, avendo partecipato alla consultazione poco meno del 26% degli aventi diritto». Ciononostante, non si può non rilevare come la giurisprudenza costituzionale abbia fornito nell'occasione interessanti indicazioni.

In specie, con le sentenze n. 46, 47 e 48 del 2005 la Consulta ha affermato che nessuno dei quesiti impatta su norme costituzionalmente necessarie o doverose per il diritto internazionale, quali la Convenzione di Oviedo ed il suo Protocollo addizionale. Diversamente, le norme richiamate costituiscono espressione della discrezionalità del legislatore italiano, sicché la loro abrogazione non avrebbe importato, in caso di esito positivo del referendum *ex art. 75 cost.*, un vuoto di tutela costituzionalmente necessaria.

Dunque, se è vero, da un lato, che il *referendum* del 2005 non ha condotto alla abrogazione, anche solo parziale, del dettato normativo, dall'altro è possibile cogliere nelle sentenze di ammissibilità un importante insegnamento: l'esclusione dei divieti enumerati dal novero di norme costituzionalmente necessarie ha rappresentato l'antecedente logico e cronologico per le successive pronunce demolitorie della medesima corte.

3.2. La produzione di embrioni soprannumerari e la loro crioconservazione.

Con la l. n. 40/2004 il legislatore ha imposto agli operatori del settore¹²⁵ una serie di limiti che hanno determinato l'inefficienza delle tecniche, pur in difetto di una alleanza dialettica con la cultura scientifica¹²⁶.

¹²⁴ Per una ricostruzione dei quesiti referendari, si veda N. Riva, *Diritti e procreazione medicalmente assistita. Un esame della normativa italiana*, cit., p. 57-73.

¹²⁵ Si affermava, difatti, «meglio una lacuna legislativa che una (cattiva) legge», sul punto cfr. G. Alpa-G. Resta, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile*, R. Sacco, p. 208.

¹²⁶ L. Chieffi, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Torino, 2018, p. 30.

In specie, l'art. 13 imponeva, all'esito dei cicli di inseminazione e fecondazione, la produzione del numero strettamente necessario di embrioni, comunque non superiore a tre. In aggiunta, l'intera coltura di cellule specializzate, quale che fosse il numero di embrioni viabili da uno a tre, doveva essere impiantata in unico e contemporaneo trattamento. Non residuava alcuna possibilità di crioconservazione in attesa di un successivo impianto, in caso di esito negativo del precedente *embryo transfer*.

L'unica eccezione alla regola citata era descritta dall'art. 13, comma 3°, l. n. 40/2004: solo in caso di grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della paziente, non suscettibile di previsione al momento della fecondazione, la legge consentiva al medico di mantenere in coltura gli embrioni non impiantati fino alla data del trasferimento.

Come specificato dalle linee guida, in un caso simile la clinica era tenuta a mantenere la coltura in vitro dell'embrione, sostenendo i costi della crioconservazione.

Così operando, il legislatore imponeva l'abbandono di una prassi invalsa nelle cliniche P.M.A.¹²⁷, ovverosia la produzione di un numero il più possibile elevato di embrioni viabili per non sottoporre la paziente o la donatrice a ripetuti trattamenti di stimolazione ovarica, oltre che a numerose procedure dal costo elevato per i pazienti. In secondo luogo, si determinava l'abbandono della prassi in virtù della quale il trasferimento uterino degli embrioni non cumulava un numero elevato di cellule specializzate.

Il legislatore perseguiva l'obiettivo di produzione di un numero quantomai basso di embrioni al fine di realizzare un unico impianto e non accedere a tecniche di crioconservazione.

Le tecniche vietate, infatti, erano ritenute in contrasto con la tutela apprestata all'embrione e, con le limitazioni neo-introdotte, si consentiva ai pazienti di raggiungere il risultato ambito, ossia la gravidanza, con il sacrificio di un numero quanto più ristretto di embrioni.

Al contempo, però, la disciplina non considerava il rischio in capo alla paziente ed al feto derivante da un impianto plurimo contestuale con conseguente gestazione multipla¹²⁸ né le sorti dell'embrione crioconservato per un tempo indeterminato nei casi

¹²⁷ F. Gallo-C. Lalli, *op. ult. cit.*, p. 165.

¹²⁸ *Ex multis*, P. Vitali-A.L. Tranquilli, *Complicanze mediche legate a gestazioni multiple*, in *Riv. It. Ost. Gin.*, 2009, 21, p. 27-33. Gli Aa. Anoverano tra i rischi correlati alle gestazioni multiple, specie se originate da trattamenti di fecondazione assistita: l'ipertensione, la preeclampsia, il diabete gestazionale, le infezioni

in cui la paziente non avrebbe più potuto conseguire i trattamenti di P.M.A. Né tantomeno veniva preso in considerazione il seguente corto circuito normativo: il legislatore affermava il principio per cui l'embrione è tutelato tanto quanto i pazienti coinvolti nelle procedure di fecondazione assistita, ma al contempo accettava il perimento e, dunque, il sacrificio di quei due embrioni non aderenti alle pareti uterine al fine di conseguire la sperata gravidanza nella paziente derivante dall'attecchimento del terzo embrione¹²⁹.

I primi tentativi di sottoporre al vaglio della Corte costituzionale i divieti compendiati dalla l. n. 40/2004 non hanno conseguito l'effetto sperato¹³⁰. Solo nel 2009 i dubbi di legittimità costituzionale dei giudici di merito hanno superato il vaglio di ammissibilità del ricorso in via incidentale.

I giudici di prime cure hanno rilevato il contrasto dell'art. 14, commi 2° e 3°, con i principi di ragionevolezza e di uguaglianza nonché con il diritto alla salute, ai sensi degli artt. 3 e 32 Cost.

In particolare, è stato rilevato un *vulnus* nella disciplina allorquando si afferma la finalità terapeutica delle procedure ammesse dalla legge e, al contempo, si impone alle pazienti un trattamento che, nella sua fisionomia legale, si discosta dalle buone pratiche cliniche, perché comporta rischi per la salute ed appare privo di supporto medico-scientifico. Con la suddetta previsione normativa il legislatore impedisce irragionevolmente al medico, esperto in materia e sulla base delle conoscenze tecnico-scientifiche più aggiornate ed accreditate, di addivenire alla procedura più consona alle condizioni di infertilità in cui versa la coppia di pazienti e all'attecchimento degli embrioni.

L'irragionevolezza della disciplina deriverebbe pure dal raffronto della c.d. legge 40 con le disposizioni in materia di interruzione volontaria della gravidanza, in quanto la tutela "forte" apprestata all'embrione con i divieti di crioconservazione, soppressione e di produzione in numero superiore a tre sono destinati a scomparire proprio all'insorgere della gravidanza, durante la quale è consentito alla gestante di addivenire all'aborto fino al novantesimo giorno, a norma dell'art. 4 l. 22 maggio 1978, n. 194.

del tratto urinario, l'edema polmonare acuto, le emorragie vaginali, le emorragie post partum, il tromboembolismo e, conseguentemente, un rischio di mortalità quasi quattro volte maggiore a quello associato alle gravidanze singole.

¹²⁹ In questo senso, si veda G. Ferrando, *La fecondazione assistita. Regole e principi*, in Aa.Vv., *La procreazione assistita, dieci anni dopo*, Ariccia, 2015, p. 134-135.

¹³⁰ F. Gallo-C. Lalli, *op. ult. cit.*, p. 18-19.

Infine, tra le pronunce dei giudici di merito si evidenzia come il legislatore sia pervenuto ad una tutela apparentemente paritaria dell'embrione rispetto ai pazienti che ne richiedono la sua produzione, senza in alcun modo addivenire ad una definizione giuridica della sua natura.

All'esito delle doglianze di legittimità costituzionale contenute nelle ordinanze del TAR Lazio¹³¹ e del Tribunale di Firenze¹³², la Consulta dichiara parzialmente illegittime le disposizioni oggetto di censura¹³³.

La Corte afferma che la tutela apprestata all'embrione non è assoluta, anzi è suscettibile di bilanciamento con altri interessi protetti dall'ordinamento, quale la tutela della salute della paziente. All'esito di un simile bilanciamento la salute della paziente è destinata a prevalere.

Inoltre, nella parte motiva della sentenza si riscontra come sia la stessa legge n. 40/2004 a limitare la tutela apprestata all'embrione, ciò in quanto «anche nel caso di limitazione a soli tre nel 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»¹³⁴.

¹³¹ TAR Lazio, 21 gennaio 2008, n. 398, in *Foro amm.*, 2008, 1, p. 151-160.

¹³² Trib. Firenze, 12 luglio 2008, n. 323, in *GU*, 22 ottobre 2008, n. 44 e Trib. Firenze, 26 agosto 2008, n. 398, in *GU*, 2 dicembre 2008, n. 5.

¹³³ Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, rv. 33414-33415, in *Italggiure*; con nota di M. Dogliotti, *La Corte costituzionale interviene sulla produzione e sul trasferimento degli embrioni a tutela della salute della donna*, in *Fam. dir.*, 2009, 8-9, p. 764-771; con nota di R. Villani, *Procreazione assistita e Corte Costituzionale: presupposti e conseguenze (dirette ed indirette) del recente intervento della Consulta sulla disciplina della L. n. 40/2004*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2009, 3-4, p. 475 ss.; con nota di G. Casaburi, in *Foro It.*, 2009, 9, c. 2301 ss.; con nota di F. R. Fantetti, *Illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, 8-9, p. 684 ss.; con nota di E. Dolcini, *La fecondazione assistita tra prassi medica e svolte giurisprudenziali*, in *Corriere merito*, 2009, p. 5 ss.; con nota di G. Ferrando, *Il diritto alla salute della donna e tutela degli embrioni: la Consulta fissa nuovi equilibri*, in *Corr. giur.*, 2009, 9, p. 383 ss.; con nota di M. Manetti, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giur. cost.*, 2009, 3, p. 1688 ss.; con nota di C. Tripodina, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la Costituzione che non vale più la pena di difendere?*, in *Giur. cost.*, 2009, 3, p. 1696 ss.; con nota di P. Veronesi, *Giurisprudenza costituzionale*, in *Studium iuris*, 2009, 7-8, p. 905 ss.; con nota di L. Trucco, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta decide, (almeno in parte) di decidere*, in *Giur. it.*, 2010, 2, p. 281 ss.; con nota di A. Porracciolo, *Cade il vincolo di tre embrioni per impianto e sulle modalità di applicazione decide il medico - Nella creazione di materiale genetico resta il limite dello "strettamente necessario"*, in *Guida al diritto*, 2009, 21, p. 36 ss.; con nota di G. Razzano, *L'essere umano allo stato embrionale e i contrappesi alla sua tutela. In margine alla sentenza della Corte costituzionale n. 151/2009 e all'ordinanza del Tribunale di Bologna del 29 giugno 2009*, in *Giur. it.*, 2010, 2, p. 295 ss. Si veda pure L. d'Avack, *La consulta orienta la legge sulla P.M.A. verso la tutela dei diritti della madre*, in *Dir. famiglia*, 2009, 3, p. 1021 ss.; in senso critico M. Casini, *La sentenza costituzionale n. 151/2009: un ingiusto intervento demolitorio della legge n. 40/2004*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, 3, p. 1033-1045.

¹³⁴ Corte cost., n. 151/2009, cit., § 6.1.

Sgomberato il campo dalla apparente equiparazione degli interessi tutelati, la Corte afferma che l'art. 14, comma 2°, l. n. 40/2004 finisce con l'imporre alla paziente una serie di cicli di fecondazione reiterati, in contrasto con i principi di gradualità e di minore invasività, proprio in quanto il *transfer* di soli tre embrioni, per quanto rischioso, non importa il sicuro conseguimento di una gravidanza nella paziente e le *chances* di successo variano a seconda delle patologie riscontrate e delle caratteristiche degli embrioni prodotti ed impiantati¹³⁵. Anzi, le limitazioni imposte dal legislatore conducono a inferiori opportunità di successo e a maggiori rischi per la salute non solo per la paziente ma anche per l'embrione e, successivamente, per l'eventuale feto in caso di gravidanza plurima, atteso l'ulteriore divieto di riduzione embrionaria selettiva di tali gravidanze.

In tale quadro, poi, recuperando le censure dei giudici di merito, la corte osserva come la disciplina di un campo ad alto livello di specializzazione tecnica abbia esautorato l'autonomia del soggetto depositario delle competenze idonee a tutelare la paziente ed il feto, ovvero sia il medico. Come osservato da autorevole dottrina¹³⁶, «[l]a legge prefigura un vero e proprio "percorso diagnostico-terapeutico" che "lega le mani al medico", il quale, messo sotto scacco da pesanti sanzioni penali, si vede costretto a contravvenire al precetto deontologico».

Richiamando la precedente giurisprudenza costituzionale, la Consulta dichiara che il legislatore non individua in via diretta le cure e le procedure ammesse in ambito terapeutico, in quanto «la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione» e per tale motivo «la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione»¹³⁷.

Sicché se con la pronuncia della Corte è stata affermata l'irragionevolezza del divieto di produzione di un numero di embrioni superiore a tre, resta fermo però l'obbligo di produzione di un numero di embrioni che, secondo la competenza del medico esperto, costituisce un numero strettamente necessario per il buon esito della procedura e per la tutela del paziente.

¹³⁵ P. Borsellino, *Bioetica tra morali e diritto*, Milano, 2009, p. 257: «Il limite di tre embrioni comporta la diminuzione delle probabilità di successo dei trattamenti per le donne di quarant'anni e più e l'aumento del rischio di gravidanze plurime per le donne giovani».

¹³⁶ G. Ferrando, *La fecondazione assistita. Regole e principi*, in Aa.Vv., *La procreazione assistita, dieci anni dopo. Evoluzioni e nuove sfide*, M. Azzalini (a cura di), Ariccia, 2015, p. 133-134.

¹³⁷ Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282, in *Giur. cost.*, 2002, p. 2012 ss.

Diversamente, l'intervento di censura della Consulta non è stato esteso per difetto di rilevanza nel giudizio *a quo* all'art. 6, comma 3°, nella parte in cui, in violazione agli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost., non consente ai pazienti, o quantomeno alla paziente futura gestante, di revocare il consenso al trattamento di P.M.A. anche successivamente alla fecondazione dell'oocita.

Nonostante l'intervento "in punta di piedi" della Corte costituzionale, la pronuncia in esame ha avuto un grande rilievo nell'avvio di una riflessione giurisprudenziale attorno allo statuto giuridico dell'embrione. Segnatamente, sin dal suo primo intervento demolitorio, la Consulta sancisce l'«affievolimento della tutela dell'embrione al fine di assicurare concrete aspettative di gravidanza»¹³⁸, sicché il piano si inclina e si incrina la equiparazione tra le tutele apprestate ai soggetti coinvolti nelle tecniche di fecondazione artificiale.

Con tale pronuncia, inoltre, la Corte ha lasciato all'interprete una serie di nodi interpretativi, preferendo intervenire «"col cesello", piuttosto che "con la scure", a dimostrazione dell'inevitabile atteggiamento di *self-restraint* del Giudice delle leggi, quando si tratti di esaminare "questioni particolarmente delicate" (...) in grado di trascinare la Corte nell'agone dell'acceso dibattito politico»¹³⁹.

Ne deriva la considerazione per cui la crioconservazione degli embrioni non costituisce per l'effetto dell'intervento della Consulta una procedura ordinaria ma costituisce epilogo pur sempre «eccezionale, necessitato dal caso eccezionale di mancato trasferimento in utero di embrioni generati in vitro»¹⁴⁰.

Ciononostante, all'esito della pronuncia del 2009 il Ministero della salute ha riscontrato un aumento considerevole della procedura di crioconservazione degli embrioni: il numero di embrioni in crioconservazione presso i centri P.M.A. autorizzati è cresciuto di quasi dieci volte nell'arco di un solo anno, di trenta volte nel corso di cinque anni dalla sentenza.

L'aumento del ricorso alla crioconservazione ha favorito l'emersione del tema dell'impiego degli embrioni crioconservati abbandonati.

¹³⁸ Corte cost., n. 151/2009, cit., § 6.1.

¹³⁹ D. Chinni, La procreazione medicalmente assistita tra "detto" e "non detto". Brevi riflessioni sul processo costituzionale alla legge n. 40/2004, in *Giur. It.*, 2010, 2, p. 289 ss., in nota A. Cossiri, *La demolizione giurisprudenziale della legge 40/2004*, in Aa.Vv., *La fecondazione vietata*, A. Cossiri-G. Di Cosimo (a cura di), Roma, 2013, p. 47.

¹⁴⁰ L. Lodevole, *Embrioni abbandonati*, Ariccia, 2016, p. 60. Sul punto si veda L. Eusebi, *Crioconservazione e adottabilità degli embrioni umani*, in Aa.Vv., *Embrioni crioconservati quale futuro? Atti del X Congresso Nazionale 23-24 Novembre 2012*, in *Quaderni di scienza e vita*, 2013, 11, p. 57-64.

Come rilevato in precedenza, le linee guida del 2004 operano una distinzione tra embrioni crioconservati in attesa di futuro impianto ed embrioni abbandonati. Quest'ultimi, dopo la rinuncia definitiva da parte dei pazienti o il mancato conseguimento di un consenso dopo almeno un anno di ricerche documentate, devono essere trasferiti presso la Biobanca Nazionale presso l'IRCCS di Milano, con oneri a carico di quest'ultima, dunque a carico dello Stato, e non più a carico delle cliniche autorizzate.

Le linee guida, però, non si preoccupano di stabilire le sorti di tali embrioni.

Il legislatore italiano, diversamente da quanto accaduto in altri ordinamenti¹⁴¹, non ha stabilito la distruzione di tali campioni. In aggiunta, nel silenzio del legislatore si può «ipotizzare tutt'al più che essi, nel loro stato di crioconservazione, debbano essere custoditi fino al momento della loro estinzione naturale»¹⁴² ma tale verifica è preclusa dai divieti di cui agli artt. 13-14 l. n. 40/2004.

Per tali motivi, gli interpreti si sono interrogati sui possibili impieghi degli embrioni abbandonati.

Tra le varie *chance* di utilizzo, il Comitato Nazionale per la Bioetica con un proprio parere ha suggerito l'introduzione dell'istituto della Adozione per la nascita (A.P.N.)¹⁴³ degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita¹⁴⁴. Una soluzione che ha ricevuto un positivo ricevimento in altri ordinamenti¹⁴⁵ oppure una frequente applicazione nella prassi¹⁴⁶.

¹⁴¹ *Infra* cap. 3.

¹⁴² C.N.B., *L'adozione per la nascita (APN) degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita*, parere del 18 novembre 2005, in www.governo.it/bioetica.

¹⁴³ Sul punto si consenta il rinvio a S.P. Perrino, *Embryo-adozioni: A Brave New World?*, in *Giust. civ.*, in corso di pubblicazione.

¹⁴⁴ C.N.B., *Destino degli embrioni derivanti da PMA e non più impiantabili*, parere del 26 ottobre 2007, in www.governo.it/bioetica.

¹⁴⁵ *Infra* cap. 3: l'ordinamento britannico disciplina espressamente le donazioni di embrioni (*embryo-sharing*) al pari delle donazioni di cellule riproduttive (*egg- e sperm-sharing*).

¹⁴⁶ L'*embryo-sharing* trova applicazione e, talvolta, trova una disciplina in un ampio numero di paesi europei e non: in Spagna, Francia, Belgio, Finlandia, Grecia, Russia, Ucraina, Taiwan, Israele, Singapore, Thailandia, Iran, Stati Uniti, Australia e Nuova Zelanda. La più rilevante applicazione in difetto di una puntuale disciplina è quella statunitense. Il pensiero corre alle diffuse *conditional embryo adoption* e, in particolare, alle *Snowflakes*

adoption. Si tratta di una prassi emersa all'esito del progressivo aumento delle blastocisti crioconservate e abbandonate. Una prassi avviata da una divisione della *California adoption agency*, *Nightline Christian Adoption*.

Tali enti, negli ultimi decenni, hanno cominciato a concludere accordi tra coppie in attesa di un impianto e donatori in possesso di embrioni viabili ma non utilizzati. L'accordo concluso individua le regole applicabili alla fattispecie concreta, permeato dalle raccomandazioni dell'*American Society for Reproductive Medicine*. Nell'analisi della prassi delle *conditional embryo adoption*, l'embrione residuale abbandonato è equiparato ad un orfano, cui viene riconosciuta la personalità (*personhood*), nonostante gli opposti approdi della *case law*, e soggiace ad una procedura che imita l'adozione del minore. Per un

Non è mancato, però, chi ha sostenuto l'impiego ai fini di ricerca, specie per quanto concerne gli embrioni non più impiantabili in quanto "non vitali".

Peraltro, nuove soluzioni interpretative possono essere adottate alla luce della neo-introdotta l. 10 febbraio 2020, n. 10, recante le norme sugli atti di disposizione del corpo e dei tessuti *post mortem*¹⁴⁷.

La soluzione, però, non può che derivare da una presa di posizione attorno allo *status* dell'embrione e, dunque, per quanto la Corte costituzionale sia intervenuta "con il cesello" a dichiarare la incostituzionalità degli artt. 13 e 14, la sentenza n. 151/2009 ha riscoperto con maggiore vitalità l'esigenza della ricostruzione della natura giuridica dell'embrione nel nostro ordinamento.

3.3. La fecondazione eterologa.

Come riscontrato dall'analisi che precede, il legislatore del 2004 non ha regolato la donazione di cellule riproduttive nella disciplina organica in materia di procreazione medicalmente assistita. La ragione è presto detta: le tecniche di tipo eterologo venivano considerate quale illecita incursione nella coppia di coniugi aderenti alle procedure in discorso, produttiva di «una *confusio sanguinis*, intollerabile per l'ordinamento pubblico»¹⁴⁸.

approfondimento, v. K.D. Katz, *Snowflake adoptions and orphan embryos: the legal implications of embryo donation*, in *Wis Womens Law J.*, 2003, p. 179-231.

¹⁴⁷ *Infra* § 3.6.

¹⁴⁸ M. Soldano, *La riproduzione medicalmente assistita: normative italiane ed europee a confronto*, Milano, 1999, p. 10; C.M., Bianca, *Disconoscimento del figlio nato da procreazione assistita: la parola della Cassazione*, in *Giust. Civ.*, 1999, 5, p. 1317 ss.; M. Dogliotti, *Il Tribunale di Cremona si pronuncia sull'inseminazione eterologa*, in *Fam. dir.*, 1994, 2, p. 179 ss.; Id., *Ancora sull'inseminazione eterologa e sull'azione di disconoscimento. Nota a Corte d'appello Brescia 10 maggio 1995*, ibidem, 1996, 11, p. 34 ss. Si ravvisano tracce di tale impostazione tradizionale nelle vigenti disposizioni sanzionatorie, quali l'art. 12: così E. Dolcini, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in Aa.Vv., *Trattato di biodiritto*, S. Rodotà-P. Zatti, Milano, 2011, p. 1556. Per una ricostruzione del dibattito parlamentare, si veda S. Bagni, *L'argomento comparatistico nel diritto parlamentare sulla procreazione assistita*, in *Politica del diritto*, 2008, 4, p. 635-668: l'A. ricostruisce, tra gli altri, il dibattito politico attorno alla fecondazione eterologa e osserva che sin da allora l'avversione a tali tecniche veniva riscontrata in un numero ristretto di paesi, quali l'Egitto, l'Arabia Saudita e la Turchia. Anche la Germania, recante una disciplina rigida in materia di procreazione artificiale, non consentiva la fecondazione eterologa ma la legge è stata integrata dalle linee guida formulate dal consiglio scientifico dell'ordine nazionale dei medici, con un carattere generale e vincolante, dunque di integrazione della fonte normativa, così da includere tale tecnica nel tessuto normativo. Se, dunque, l'approccio internazionale appariva permissivo, fatta eccezione per gli stati citati, l'A. riscontra un uso distorto e snaturato dell'argomento comparatistico nei lavori preparatori, impiegato allo scopo persuasivo e retorico ma non anche conoscitivo. Per una disamina degli ordinamenti stranieri in materia di fecondazione eterologa, si veda Aa.Vv., *La fecondazione eterologa*, P. Passaglia (a cura di), in www.cortecostituzionale.it. Per una lucida analisi comparata, si veda S. Penasa, *La legge della scienza: nuovi*

La tecnica fecondativa più propriamente detta “allogena” rappresentava una pratica – a parere di taluni interpreti – lesiva del diritto fondamentale alla identità degli individui, ai sensi dell’art. 2 Cost., causa di una asserita «dissociazione tra identità legale e sociale e identità biologica del nascituro»¹⁴⁹ o, ancora, in spregio alla «dignità umana di ciascuna vita, ivi compresa quella del concepito»¹⁵⁰.

Per questi motivi, tutti i progetti di legge al vaglio del Parlamento recanti le norme in materia di procreazione eterologa non sono mai sopravvissuti alla c.d. *navette* tra Camera e Senato. Tale pratica¹⁵¹, però, costituisce il rimedio più idoneo per il superamento di condizioni di sterilità ed infertilità assolute, riscontrate anche in capo ad entrambi i pazienti. Sicché il divieto di eterologa produce un paradosso: la l. n. 40/2004 consente a soggetti affetti da condizioni di infertilità meno severe di accedere alla P.M.A., tuttavia il divieto di cui all’art. 4, comma 3° preclude il ricorso alla fecondazione assistita con donazione di gameti per i casi di maggiore gravità, così tradendo la vocazione terapeutica vantata dalla disciplina.

Solo con la pronuncia demolitoria del 2014, la Corte costituzionale ha rimosso dall’ordinamento il divieto di fecondazione eterologa e le sanzioni ad esso collegate.

Per comprendere le ragioni di tale intervento censorio della Consulta occorre ripercorrere l’evoluzione occorsa nella giurisprudenza di merito, europea e, infine, di legittimità.

paradigmi di disciplina dell’attività medico-scientifica. uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita, Trento, 2015, p. 15 ss.

¹⁴⁹ A. Cossiri, *La demolizione giurisprudenziale della legge 40/2004*, cit., p. 52-53. Sul punto si veda la nota critica di L. d’Avack, *Cade il divieto all’eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, 3, 1005 ss. L’A. riscontra come la Corte costituzionale si sia a lungo soffermata sui diritti della coppia, mentre appare del tutto sfuggente una valutazione degli opposti interessi del minori e degli altri profili problematici derivanti dalla tecnica, quali gli effetti problematici dati dalla dissociazione tra la madre gestante e quella genetica o tra il padre sociale e quello genetico, configurando asimmetria all’interno della coppia; la necessità di garantire al nascituro un modello di famiglia socialmente consolidato, optando per la genitorialità biologica, la sola ritenuta in grado di garantire il diritto del nascituro a un equilibrio psicofisico e alla propria identità biologica; il rischio del possibile rifiuto da parte della coppia di un figlio affetto da malattie genetiche (anche se determinate per errore nella selezione dei gameti); la difficoltà per il nato di poter conoscere le proprie origini genetiche e quali conseguenze implichi tale conoscenza; le possibili complesse conseguenze psichiche e sociali del nato a fronte della notizia di trovarsi con molteplici fratelli/sorelle collocati in diverse famiglie (le c.d. “famiglie estese” in senso spaziale in quanto possono trovarsi in diversi luoghi, ma conoscibili immediatamente e contemporaneamente in senso temporale, tramite la consultazione di registri e l’aiuto di apposite organizzazioni); il pericolo che si creino maggiori occasioni di commercializzazione dei gameti in specie degli ovociti.

¹⁵⁰ L. Violini-A. Osti, *Gli argomenti contro l’incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa. Il problema del bilanciamento con i diritti familiari del concepito e con il valore della dignità umana*, in Aa.Vv., *La fecondazione vietata*, A. Cossiri-G. Di Cosimo (a cura di), Roma, 2013, p. 105-124.

¹⁵¹ *Supra* § 1.

I Tribunali di Milano¹⁵², Firenze¹⁵³ e di Catania¹⁵⁴ hanno sollevato distinte questioni di legittimità costituzionale degli artt. 4, comma 3°, 9, commi 1° e 3°, e 12, comma 1°, l. n. 40/2004¹⁵⁵, con riferimento agli artt. 2, 3, 29, 31, 32 e 117 Cost. in relazione, quest'ultimo, agli artt. 8 e 14 CEDU, all'esito della storica pronuncia della Corte EDU nel caso S.H. contro Austria¹⁵⁶.

Nella vicenda sottoposta al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, i ricorrenti si dolevano della violazione dei propri diritti riconosciuti dall'art. 8 CEDU, determinata dai divieti sanciti dalla legge austriaca sulla procreazione assistita (*Fortpflanzungsmedizingesetz*, l. n. 275/1992¹⁵⁷) e, segnatamente, dal divieto di fecondazione eterologa *in vitro* ai sensi dell'art. 3, comma 1°¹⁵⁸. I ricorrenti, invero, lamentavano l'ingerenza dello stato nel pieno godimento del diritto al rispetto della vita

¹⁵² Trib. Milano, 8 aprile 2013, in *DPC*, 15 aprile 2013, con nota di A. Verri, *Il Tribunale di Milano rimette nuovamente alla Corte costituzionale la questione concernente la legittimità costituzionale della fecondazione eterologa*; in *DPC*, 29 aprile 2013, con nota di E. Malfatti, *Ancora una questione di costituzionalità sul divieto di fecondazione eterologa, tra incertezze generate dalla corte costituzionale (ord. n. 150/2012) ed esigenze del "seguito" alle pronunce di Strasburgo*. Si veda R. Niro, *I tre casi che hanno dato luogo alle questioni di legittimità costituzionale*, in Aa.Vv., *La fecondazione vietata*, A. Cossiri-G. Di Cosimo (a cura di), Roma, 2013, p. 94-101.

¹⁵³ Trib. Firenze, 29 marzo 2013, in *DPC*, 15 maggio 2013, con nota di A. Verri, *Anche il Tribunale di Firenze, dopo quelli di Milano e Catania, rimette alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale della fecondazione eterologa*. Si veda R. Niro, *I tre casi che hanno dato luogo alle questioni di legittimità costituzionale*, cit., p. 89-93.

¹⁵⁴ Trib. Catania, 13 aprile 2013, in *DPC*, 15 maggio 2013, con nota di V. Tiganò, *Il divieto della fecondazione eterologa di nuovo al vaglio della Consulta: l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Catania*. Si veda R. Niro, *I tre casi che hanno dato luogo alle questioni di legittimità costituzionale*, cit., p. 94-101.

¹⁵⁵ E. Dolcini, *Strasburgo-Firenze-Roma: il divieto di fecondazione eterologa si avvia al capolinea?*, in *DPC*, 21 ottobre 2010; id., *Fecondazione eterologa: ancora un'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale*, ibidem, 14 gennaio 2011 e id., *Stretto d'assedio il divieto di fecondazione assistita di tipo eterologo*, ibidem, 14 febbraio 2011; L. Violini-A. Osti, *Gli argomenti contro l'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa. Il problema del bilanciamento con i diritti familiari del concepito e con il valore della dignità umana*, in Aa.Vv., *La fecondazione vietata*, A. Cossiri-G. Di Cosimo (a cura di), Roma, 2013, p. 105-124.

¹⁵⁶ Corte EDU, Grande Camera, 3 novembre 2011, ric. 57813/00, S.H. e al. c. Austria, in HUDOC. Sul punto, A. Guazzarotti, *Fecondazione eterologa, aborto e diagnosi preimpianto. La Corte Edu abbandona il "consenso europeo" nelle materie eticamente sensibili?*, in Aa.Vv., *La fecondazione vietata. Sul divieto legislativo di fecondazione eterologa*, A. Cossiri-G. Di Cosimo (a cura di), Roma, 2013, p. 57-85.

¹⁵⁷ *Bundesrecht konsolidiert: Gesamte Rechtsvorschrift für Fortpflanzungsmedizingesetz, Fassung vom 18.12.2019*, disponibile su Rechtssystem des Bundes (RIS), in www.ris.bka.gv.at. Per un commento, si veda E. Bernat, *Das österreichische Fortpflanzungsmedizingesetz wurde liberalisiert: Eckpunkte des Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetzes 2015*, in *Gynäkologische Endokrinologie*, 2016, 14, p. 686-691; B. Hadolt, *Reproduktionstechnologiepolitik in Österreich: Die Genese des Fortpflanzungsmedizingesetzes 1992 und die Rolle von ExpertInnen*, in *IHS Sociological Series Working Paper*, 2005, 74, p. 62 ss.

¹⁵⁸ La *Fortpflanzungsmedizingesetz* consente la fecondazione eterologa ma a talune condizioni stringenti. In specie, è ammessa l'eterologa in vivo con gameti maschili donati ma non anche in vitro, ciò si traduce nella possibilità di iniezione intratubarica delle cellule riproduttive maschili derivanti da donatore terzo alla coppia di pazienti ma non anche l'impiego di gameti maschili donati da soggetti terzi alla coppia di pazienti in caso di fecondazione extra corporea; inoltre, è preclusa la procreazione assistita di tipo eterologo con oociti donati, tanto in vivo quanto in vitro; cfr. Corte EDU, S.H. e al. c. Austria, cit., § 30-31.

privata e familiare, declinato come diritto di una coppia di concepire un figlio utilizzando la procreazione medicalmente assistita.

La Corte EDU, pur negando la violazione da parte del legislatore austriaco dell'art. 8 CEDU "all'epoca" della elaborazione della disciplina, ha osservato ciononostante che il Parlamento austriaco ha omesso un «esame approfondito della normativa che regola la procreazione artificiale, considerando la rapida evoluzione della scienza e della società»¹⁵⁹. Difatti, l'impostazione adottata dal legislatore rispecchiava «lo stato della scienza medica dell'epoca e il consenso che esisteva nella società».

Per tali motivi, la Corte, pur senza pervenire ad una condanna, sancisce un principio dal respiro ben più ampio. Anzitutto, si afferma che «l'accesso alla P.M.A. risulta direttamente tutelato dal diritto alla vita privata e familiare»¹⁶⁰. In secondo luogo, pur in difetto di una violazione dell'art. 8 CEDU¹⁶¹, secondo la Grande Camera la materia oggetto di sindacato è in costante evoluzione e si caratterizza per il suo rapido sviluppo, sicché «richiede un esame permanente da parte degli Stati Contraenti»¹⁶². Non è sufficiente una normativa in materia, occorre una disciplina attuale ed aggiornata.

¹⁵⁹ Corte EDU, S.H. e al. c. Austria, *cit.*, § 117.

¹⁶⁰ A. Guazzarotti, *Fecondazione eterologa, aborto e diagnosi preimpianto. La Corte Edu abbandona il "consenso europeo" nelle materie eticamente sensibili?*, *cit.*, p. 63.

¹⁶¹ Nell'opinione separata del Giudice De Gaetano si riscontra una discrasia nell'apparato motivazione della Corte EDU. In specie, si osserva come nella causa Dickson c. Regno Unito (cfr. § 81) la Corte EDU aveva dichiarato che la procreazione artificiale rientrasse nell'art. 8 CEDU. Nell'opinione dissenziente, invece, i giudici Tulkens, Hirvela, Lazarova Trajkovska e Tsostoria muovono diverse considerazioni in contrasto con la decisione della maggioranza. In specie, nell'opinione dissenziente si afferma che l'art. 8 CEDU, nella interpretazione della Grande Camera, sin dal *leading case* Evans c. Regno Unito (§ 71), tutela la vita privata, ivi ricompreso il diritto al rispetto della decisione di avere o meno un figlio, tale approccio è stato condiviso nel caso Dickson c. Regno Unito, nel quale è stato ritenuto che l'art. 8 CEDU tutela il diritto a diventare genitori genetici per il tramite di tecniche di procreazione artificiale. In secondo luogo, i giudici osservano che la maggioranza fornisce rilevanza al fattore tempo in una materia in continua evoluzione sotto il profilo scientifico e medico nonché in termini sociali ed etici ma, poi, «tale specificazione rimane in realtà lettera morta». I cambiamenti scientifici e sociali potrebbero avere ripercussioni sulla valutazione dei fatti da parte della corte, ma così non è stato. Infine, si rileva come la Corte richiami il difetto di un consenso europeo sulla materia ed il margine di discrezionalità concesso agli stati. In particolare, mancando un consenso sulla disciplina, agli stati membri si concede una discrezionalità nella disciplina "di ampio raggio" ma, secondo l'opinione dissenziente, richiamando le parole del *leading case* Evans c. Regno Unito, «la Corte non dovrebbe utilizzare il margine di discrezionalità come "sostituto pragmatico di un approccio studiato a fondo del problema della portata del sindacato giurisdizionale"». Per un approfondimento sui casi richiamati dalla opinione dissenziente, si veda F. Biondi Dal Monte, *Famiglia, fecondazione eterologa e diritti in bilanciamento nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in Aa.Vv., *La fecondazione vietata. Sul divieto legislativo di fecondazione eterologa*, A. Cossiri-G. Di Cosimo (a cura di), Roma, 2013, p. 71-85.

¹⁶² Corte EDU, S.H. e al. c. Austria, *cit.*, § 118.

Proprio nel solco degli “auspici” espressi dalla Corte EDU si colloca la pronuncia di illegittimità costituzionale¹⁶³ della Consulta¹⁶⁴.

La Corte evidenzia come il divieto di fecondazione eterologa compendiato nel combinato disposto degli artt. 4, 9 e 12 l. n. 40/2004 non costituisce il frutto di una scelta consolidata nel tempo¹⁶⁵, in quanto prima della introduzione della legge tale pratica era

¹⁶³ Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Foro it.*, 2014, c. 2343, con nota di G. Casaburi, *Requiem (gioiosa) per il divieto di fecondazione eterologa: l'agonia della l. 40/04*; in *Fam. dir.*, 2014, 753 ss. con nota di V. Carbone, *Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*; in *Europa dir. priv.*, 2014, p. 1105 ss., con nota di C. Castronovo, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*; in *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 1005 ss., con nota di L. D'Avack, *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*; in *NGCC*, 2014, p. 393 ss., con nota di G. Ferrando, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*; in *Corr. Giur.*, 2014, p. 1068 ss., con nota di G. Ferrando, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione «eterologa»*; in *Riv. dir. intern.* 2014, p. 1123, con nota di S. Tonolo, *Il diritto alla genitorialità nella sentenza della Corte costituzionale che cancella il divieto di fecondazione eterologa: profili irrisolti e possibili soluzioni*; in *NGCC*, 2016, 10, p. 1360 ss., con nota di U. Salanitro, *I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete*; in *Studium Iuris*, 2014, 11, p. 1243-1257, con nota di 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*; L. Risicato, *La Corte costituzionale supera le esitazioni della CEDU: cade il divieto irragionevole di fecondazione eterologa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1487 ss.; F. Basile, *I donatori di gameti*, in *NGCC*, 2015, 2, p. 223-240; M. D'Amico-M.P. Costantini, *L'illegittimità costituzionale della «fecondazione eterologa» (Analisi critica e materiali)*, Milano, 2014, p. 25 ss.; in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 825 ss., con nota di A. Vallini, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione «eterologa»*.

¹⁶⁴ La Corte costituzionale, già due anni prima, aveva ritenuto ammissibile la medesima questione di illegittimità costituzionale ma aveva disposto la restituzione degli atti, per un rinnovato esame delle questioni, alla luce della sopravvenuta sentenza della Grande Camera della Corte EDU, S.H. c. Austria, cfr. Corte cost., 22 maggio 2012, n. 150, rv. 36401, in *Italggiure*: «Va ordinata la restituzione degli atti ai giudici rimettenti, affinché questi procedano ad un rinnovato esame dei termini della questione, qualora all'ordinanza di rimessione sopravvenga una modificazione della norma costituzionale invocata come parametro di giudizio, ovvero della disposizione che integra il parametro costituzionale, oppure qualora il quadro normativo subisca considerevoli modifiche, pur restando immutata la disposizione censurata. Infatti, tutti i rimettenti sollevano questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, co. 3, legge n. 40 del 2004 in riferimento all'art. 117, co. 1, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 della CEDU, e premettono che devono applicare queste ultime nell'interpretazione offertane dalla Corte di Strasburgo con la sentenza della Prima Sezione del 1° aprile 2010, S.H. e altri c. Austria. Tuttavia, successivamente a tutte le ordinanze di rimessione, la Grande Camera della Corte di Strasburgo con la sentenza del 3 novembre 2011, S.H. e altri c. Austria, si è pronunciata diversamente sul principio enunciato con la sentenza richiamata dai rimettenti per identificare il contenuto delle norme della CEDU ritenute lese dalle disposizioni censurate. Poiché il giudice comune deve avere riguardo alle norme della CEDU come interpretate dalla Corte di Strasburgo, la diversa pronuncia della Grande Camera in ordine all'interpretazione accolta dalla sentenza della Prima Sezione incide sul significato delle norme convenzionali considerate dai giudici *a quibus* e costituisce un novum che influisce direttamente sulla questione di legittimità costituzionale proposta. Siffatta conclusione si impone: in primo luogo, perché costituisce l'ineludibile corollario logico-giuridico del valore delle sentenze del giudice europeo nell'interpretazione delle norme della CEDU che i rimettenti hanno correttamente considerato al fine di formulare le censure; in secondo luogo, in quanto una valutazione dell'incidenza sulle questioni di legittimità costituzionale del novum costituito dalla sentenza della Grande Camera spetta anzitutto ai rimettenti, pena altrimenti un'alterazione dello schema dell'incidentalità del giudizio di costituzionalità».

¹⁶⁵ Critico sul punto L. d'Avack, *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*, cit., p. 1005 ss. L'A. ritiene il «richiamo ad una *consuetudo praeter legem*» non appropriato e comunque privo di rilevanza a fronte della introduzione di una legge, quale la l. n. 40/2004, infatti osserva: «va detto che questi interventi non costituiscono un'organica e completa

considerata «lecita [...] ed ammessa senza limiti né soggettivi né oggettivi»¹⁶⁶, dapprima «nel rispetto delle previsioni deontologiche»¹⁶⁷, poi, dal 1985, entro le condizioni stabilite dalle circolari del Ministro della salute¹⁶⁸. Sulla base di tali fonti, la fecondazione eterologa non poteva essere erogata dal Servizio sanitario nazionale. Il divieto – prosegue – non deriva neppure da obblighi internazionali e la sua eventuale eliminazione dall'ordinamento non determinerebbe alcuna violazione delle regole a tutela della dignità umana contenute nella Convenzione di Oviedo e nel suo Protocollo addizionale.

Se allora il divieto di fecondazione eterologa costituisce espressione e corollario del margine di discrezionalità accordato al legislatore nazionale, la Corte è ammessa alla verifica del suo fondamento costituzionale.

Sul punto, nella parte motiva della sentenza, si afferma che il divieto di “eterologa” è sprovvisto di un addentellato costituzionale allorché impedisce alle coppie di pazienti assolutamente sterili o infertili di utilizzare la procreazione medicalmente assistita¹⁶⁹. Anzi i citati soggetti, pazienti delle cliniche, sono titolari della generale e fondamentale libertà di autodeterminazione nella propria sfera privata e familiare, in virtù degli artt. 2, 3 e 31 Cost., e la preclusione al godimento di tale libertà può derivare solo dalla tutela di interessi quantomeno di pari rango.

Non viene accordato pari rango al diritto all'identità genetica¹⁷⁰, ossia il diritto del figlio a nascere da soggetti con medesimo corredo genetico, poiché se così fosse allora non si comprenderebbe perché il legislatore si sia premurato di disciplinare e tutelare l'istituto dell'adozione e si sia preoccupato di intervenire con la recente riforma della

normativa, anche perché, per ragioni di tutela della salute e di amministrazione delle strutture sanitarie pubbliche, si erano limitati a colmare gli aspetti più urgenti del vuoto legislativo. Tant'è che anche gli oppositori giuridici e politici all'attuale legge 40/2004 nei lunghi anni del dibattito legislativo sottolineavano la necessità di una legge che affrontasse in forma organica la delicata questione della PMA, ponendo fine a incertezze giuridiche e familiari per chi la praticava pur in modo professionalmente corretto. Va ricordato che si rese necessario l'intervento della Corte Costituzionale (n. 347/1998) e poi delle corti di merito alla fine degli Anni '90 per non consentire il disconoscimento di paternità nell'ambito a quei genitori che ne avevano prestato il consenso all'eterologa. E analoghi interventi giurisprudenziali si ebbero per dichiarare illecito e non valido il contratto di maternità surrogata».

¹⁶⁶ Relazione della XII Commissione permanente della Camera dei deputati sulle proposte di legge n. 414, n. 616 e n. 816, presentate nel corso della XII Legislatura, 14 luglio 1998, in www.leg.13.camera.it.

¹⁶⁷ A. Cossiri, *La demolizione giurisprudenziale della legge 40/2004*, in Aa.Vv., *La fecondazione vietata. Sul divieto di fecondazione eterologa*, A. Cossiri-G. Di Cosimo (a cura di), Roma, 2013, p. 52.

¹⁶⁸ *Supra* § 2.

¹⁶⁹ A. Vallini, voce *Procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 704. L'A. lucidamente osserva come «un illecito di concepimento sia inadatto a tutelare il futuro figlio per il semplice fatto che impedisce al figlio d'essere persino concepito».

¹⁷⁰ Sul punto, si veda F. Mantovani, *La fecondazione assistita tra il «diritto alla prole» e il «diritto ai due genitori»*, in *Ind. Pen.*, 1990, p. 417 ss.

filiazione¹⁷¹. Inoltre, tali tecniche non possono pregiudicare l'identità genetica fino a condurre all'eugenetica ed al mercato dei gameti, in virtù del richiamo ai requisiti soggettivi di accesso alle tecniche di fecondazione assistita¹⁷².

Di pari rango non è neppure il diritto alla certezza degli *status*, poiché «la legge attribuisce la paternità al marito o al partner sulla base del principio della responsabilità» mentre «per quanto riguarda l'attribuzione della maternità manca una regola espressa, ma essa è desumibile dal sistema, dove la madre è identificata con colei che partorisce (art. 269 c.c.)»¹⁷³.

Non è di pari rango, poi, il diritto a conoscere le proprie origini. Se è vero che la l. n. 40/2004 non si interessa del tema in discorso, prevedendo solo il principio dell'anonimato del donatore, occorre considerare come all'esito della condanna della Corte EDU¹⁷⁴ per la violazione dell'art. 8 CEDU e la dichiarazione di illegittimità costituzionale, entrambe con riferimento all'art. 28 l. n. 184/1983 in punto di irreversibilità del segreto nella disciplina delle adozioni, il legislatore è chiamato ad intervenire sulla disciplina per consentire il godimento del diritto, ritenuto dalla Corte costituzionale non tale da giustificare la preclusione di cui all'art. 4, comma 3°, l. n. 40/2004.

A contrario, è l'introduzione del divieto di fecondazione eterologa a costituire, a parere della Corte, un «evidente elemento di irrazionalità» in quanto capace di frustrare in via assoluta il diritto di realizzare la genitorialità e di formare una famiglia con figli.

Non mancano, poi, ripercussioni anche sul diritto alla salute. La disciplina contenuta nella l. n. 40/2004 mira a tutelare, a norma dell'art. 1 e per costante giurisprudenza costituzionale, il diritto alla salute riconosciuto dall'art. 32 cost., nella sua

¹⁷¹ *Contra* L. Violini-A. Osti, *Gli argomenti contro l'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa*, in Aa.Vv., *La fecondazione vietata*, A. Cossiri-G. Di Cosimo (a cura di), Roma, 2013, p. 119-124.

¹⁷² Critico sul punto L. d'Avack. *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*, cit., p. 1005 ss. L'A. la scarsa portata analitica della parte motiva della sentenza su tali aspetti: «Questo richiamo ripetuto ai limiti e ai requisiti per accedere alle tecniche (artt. 4 e 5, l. n. 40) forse doveva essere operato dalla Corte in modo più problematico, manifestando una minor condivisione, considerato che è stato sollevato a livello costituzionale il problema se coppie al cui interno non vi sia sterilità, ma che siano a forte rischio di trasmissibilità di malattie genetiche, non vengano a ricevere, per il fatto di non poter ricorrere alla PMA e nell'ambito di essa alla diagnosi preimpianto, un trattamento discriminatorio rispetto a coppie, sempre a forte rischio di trasmissibilità di malattie genetiche, al cui interno vi sia però sterilità e che a tale indagine possano ricorrere».

¹⁷³ G. Ferrando, *La fecondazione assistita. Regole e principi*, cit., p. 152.

¹⁷⁴ Corte EDU, 25 settembre 2012, ric. 33783/2009, Godelli c. Italia, in www.ehcr.coe.int; in NGCC, 2013, 1, p. 113 ss., con nota di J. Long, *La Corte europea dei diritti dell'uomo censura l'Italia per la difesa a oltranza dell'anonimato del parto: una condanna annunciata*.

declinazione della salute riproduttiva¹⁷⁵. La *ratio* che illumina la disciplina appare allora contraddetta laddove la legge impedisce il ricorso alla tecnica di fecondazione eterologa in presenza di una accertata patologia che è causa irreversibile e assoluta di sterilità o infertilità, condizioni assai più gravi di quelle fronteggiate dalle tecniche di tipo autologo.

Manca anche in tal caso – riscontra la Corte – un interesse contrapposto di rango almeno pari a quello tutelato dall'art. 32 Cost. capace di giustificare il divieto.

La tecnica della donazione dei gameti «alla luce delle notorie risultanze della scienza medica, non comporta, inoltre, rischi per la salute dei donanti e dei donatari eccedenti la normale alea insita in qualsiasi pratica terapeutica»¹⁷⁶.

Seguendo tali argomentazioni, il giudice costituzionale ha ritenuto il divieto di fecondazione eterologa di cui all'art. 4 comma 3° costituzionalmente illegittimo ed ha sostenuto che la sua rimozione non avrebbe comportato alcun vuoto di tutela, diversamente da quanto sostenuto dall'Avvocatura dello Stato¹⁷⁷.

Le argomentazioni della Consulta sono sostanzialmente tre.

La prima muove dall'inclusione delle tecniche di fecondazione eterologa nel più ampio *genus* della fecondazione assistita e, pertanto, nessuna lacuna sussisterebbe. Più precisamente, la Corte ritiene applicabile la disciplina contenuta nella l. n. 40/2004, riferendosi espressamente alle regole sui requisiti soggettivi (riferiti alla coppia di committenti/pazienti), sul consenso informato (reso dinanzi e con il responsabile del centro P.M.A. dalla coppia di "futuri genitori"), sull'autorizzazione delle strutture abilitate all'esercizio di tali funzioni e, infine, sulla documentazione necessaria per l'accesso ai trattamenti descritti.

In secondo luogo, l'art. 7 l. n. 40/2004 offrirebbe già la base giuridica per una disciplina più specifica e di settore, demandata allo strumento delle Linee guida che, ogni

¹⁷⁵ Contra L. d'Avack, *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*, cit., p. 1005 ss. L'A. invita alla cautela l'interprete muovendo da una interpretazione teleologica della legge. Occorre infatti ricordare, dice l'A., come in occasione della presentazione del disegno di legge alla Camera dei Deputati la relatrice On. Bianchi ha precisato che le tecniche di fecondazione artificiale non costituiscono una terapia, bensì un mero "sostegno alla coppia e quindi a due soggetti, interessando i diritti e la condizione di un terzo soggetto, il bambino", benché si trattasse di impostazione interpretativa fortemente discutibile.

¹⁷⁶ Corte cost., n. 162/2014, cit., § 9.

¹⁷⁷ Corte cost., n. 162/2014, cit., in *Italggiure*, rv. 37994: «Le censure, ad avviso dell'interveniente, sarebbero inoltre inammissibili, come sopra accennato, poiché il loro eventuale accoglimento determinerebbe incalcolabili «vuoti normativi» in ordine a rilevanti profili della disciplina applicabile, venendo in rilievo «una questione di politica e di tecnica legislativa di competenza del conditor iuris», che porrebbe esclusivamente «scelte di opportunità», riconducibili alla discrezionalità riservata al legislatore ordinario».

tre anni, devono essere emanate al fine precipuo di indicare le procedure e le tecniche ammesse.

Infine, in motivazione viene offerto un generico richiamo alle disposizioni contenute nel d.lgs. 6 novembre 2007 n. 191, in materia di donazione di tessuti e organi ai fini di trapianto, trattandosi del recepimento della direttiva 2004/23/CE, da cui promana la disciplina unionale della donazione dei tessuti e delle cellule.

Nelle maglie dell'argomentazione della Corte, però, si afferma la necessità di un aggiornamento delle linee guida, al fine della regolamentazione del numero delle donazioni ammissibili da parte di un medesimo soggetto, come accaduto in altri ordinamenti, proprio al fine di prevenire il rischio di contaminazioni incrociate e di unioni inconsapevoli di nati dall'impiego di cellule del medesimo donatore. Allo scopo, la Consulta invoca la «saggezza del legislatore a colmare nel modo più sollecito ed opportuno queste *eventuali* carenze normative»¹⁷⁸.

Conseguenza diretta della storica sentenza è stata quella di facultizzare la donazione e l'impiego di gameti senza provvedere a tratteggiare le regole e le tutele applicabili alla donazione da parte di soggetti terzi ai fini di successivo *transfer*¹⁷⁹.

Sono numerose le lacune¹⁸⁰ che si ravvisano rispetto alle altre tipologie di donazione di organi, tessuti e cellule nonché in raffronto con il trattamento riservato ai pazienti/committenti che ricevono la donazione. Difatti, la l. n. 40/2004 non provvede a regole minime in materia di consenso informato per il donatore e di indennità per le assenze, giornaliere o orarie, per le spese e per gli inconvenienti¹⁸¹; è assente una puntuale disciplina sulla destinazione specifica o generica delle cellule specializzate donate e sui test obbligatori; non sono state in alcun modo previste limitazioni al numero di donazioni da parte del medesimo donatore; infine, sono carenti le indicazioni sulle modalità di selezione dei donatori.

¹⁷⁸ L. d'Avack, *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, 3, p. 1005 ss.: «Il richiamo per una possibile integrazione normativa non è dunque condivisibile. Si ha allora l'impressione che la Corte abbia affrontato i problemi etici e giuridici che scaturiscono dall'eterologa con grande approssimazione, forse, spiace dirlo, con scarsa competenza».

¹⁷⁹ In questo senso si veda anche G. Ferrando, *La fecondazione assistita. Regole e principi*, cit., p. 154-155.

¹⁸⁰ L. Lodevole, *Embrioni "abbandonati"*, Ariccia, 2016, p. 85. Contra, G. Baldini, *Fecondazione eterologa: la questione (inesistente) del presunto vuoto normativo*, in *Altalex*, 27 giugno 2014.

¹⁸¹ Il Considerando n. 17 della Direttiva 23/2004/CE descrive gli "inconvenienti" alla stregua delle malattie e degli effetti indesiderati della procedura di espanto. Si pensi, ad esempio, alla sindrome da iperstimolazione ovarica. *Infra* § 5.

Le lacune rischiano di porre un serio problema di certezza del diritto italiano, tanto per i professionisti, chiamati all'osservanza di regole disseminate nelle fonti, quanto per i pazienti ed i donatori, posti in una condizione di deteriore trattamento rispetto ai cittadini di altri Stati membri dell'Unione europea.

L'incertezza non è stata ravvisata dal giudice delle leggi.

Appaiono certamente condivisibili le considerazioni che hanno condotto la Corte costituzionale a pronunciarsi in ordine alla illegittimità del divieto di fecondazione eterologa¹⁸², il giudice delle leggi, però, non ha considerato taluni aspetti rilevanti.

Anzitutto, la disciplina sulla procreazione medicalmente assistita contenuta nella l. n. 40/2004 non regola, anzi non menziona, le donazioni o i soggetti donatori, fatta eccezione per l'art. 9, comma 3°, l. n. 40/2004 nel quale si escludono la relazione giuridica di parentela nonché diritti e obblighi tra il nato da P.M.A. eterologa e donatore, in caso di violazione dell'incostituzionale art. 4, comma 3°.

Pure volgendo lo sguardo al contenuto più tecnico e specifico delle linee guida, come suggerito dalla Corte, non si può non considerare come le linee guida del 2004 e del 2008 siano state oggetto di ampia discussione «non solo per gli aspetti tecnico-applicativi, quanto per la loro legittimità giuridica, essendo state ritenute viziata da parte della giurisprudenza per “eccesso di potere”», in quanto talune disposizioni «sono state ritenute una integrazione della normativa»¹⁸³.

Infine, pur volendo ritenere applicabile il d.lgs. 191/2007, attuativo della direttiva 2004/23/CE, l'art. 2 del decreto legislativo pone un preciso ostacolo all'operazione ermeneutica suggerita dalla Corte costituzionale. Nel descrivere il suo perimetro applicativo esclude espressamente la sua applicazione in materia di donazione di cellule riproduttive, fatte salve le sole regole attinenti alle tecniche di conservazione¹⁸⁴.

A conferma di una consistente difficoltà determinata dalla applicazione di un dettato normativo non tarato sulle tecniche fecondative allogeniche, all'indomani della

¹⁸² Sul punto si veda il lucido commento di G. Casaburi, «*Requiem*» (gioiosa) per il divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa: l'agonia della l. 40/04, in *Foro it.*, 2014, 1, c. 2324 ss. Si veda pure C. Tripodina, *Il “diritto” a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *BioDiritto*, 2014, 2, p. 67 ss.

¹⁸³ L. d'Avack, *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*, cit., p. 1005 ss.

¹⁸⁴ Sulla natura non risolutiva del richiamo si veda pure L. d'Avack, *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*, cit., p. 1005 ss.

citata pronuncia, nell'audizione¹⁸⁵ del 29 luglio 2014 dinanzi alla Commissione Affari sociali della Camera, il Ministro della salute ha affermato la necessità di un aggiornamento delle Linee guida ma anche di un intervento, più specifico, consistente nell'adozione di un decreto legge¹⁸⁶, volto a recepire l'Allegato III della Direttiva 17/2006/CE, che, al punto n. 3, provvede a fornire le indicazioni minime sulla selezione dei donatori. Si tratta di regole sulle modalità di selezione, sui test infettivi e ai genetici minimi, nonché sulle patologie che per contesto etnico devono necessariamente essere escluse per l'accesso alle procedure di donazione.

È stato affermato nella medesima sede: «[l]a prima evidenza dal punto di vista sanitario è che la fecondazione eterologa non può essere considerata una semplice variante di quella omologa, perché implica un'azione in più, totalmente nuova rispetto all'omologa: la selezione di un donatore di gameti»¹⁸⁷.

All'esito di una discussione, che ha visto trasversalmente coinvolti i formanti giurisprudenziali e dottrinali¹⁸⁸ e nonostante la presentazione di ben venti tra disegni e proposte di legge, volti ad una puntuale disciplina sul tema¹⁸⁹, sono state introdotte le nuove linee guida con il D.M. del 1° luglio 2015.

Si badi, però, viene anche qui perpetuata una tecnica di regolamentazione riferita ai fruitori finali del trattamento di P.M.A.: segnatamente, si provvede a “correggere il tiro” delle disposizioni in materia di consenso informato e tecniche ammissibili; nulla si dice in tema di donazione di cellule riproduttive. Per queste ultime il D.M. offre un generico rinvio alla Direttiva 2006/17/CE ed ai suoi successivi aggiornamenti.

Per quanto riguarda l'invocata decretazione d'urgenza, la proposta si è «arenata» l'8 agosto 2015, in quanto il Governo non ha condiviso la proposta del Ministro della Salute e ha ritenuto più opportuna l'adozione di una legge di iniziativa parlamentare¹⁹⁰.

¹⁸⁵ Il testo dell'audizione del 29 luglio 2014, ore 14.30, è reperibile sul sito istituzionale della Camera dei Deputati, www.camera.it, p. 3.

¹⁸⁶ M.P. Iadicicco, *La lunga marcia verso l'effettività e l'equità nell'accesso alla fecondazione eterologa e all'interruzione della gravidanza*, in Osservatorio AIC, 12 marzo 2018, p. 7.

¹⁸⁷ Per un approfondimento, si veda M. D'Amico-M.P. Costantini, *L'illegittimità costituzionale del divieto della “fecondazione eterologa”. Analisi critica e materiali*, Milano, 2014, p. 289 ss.

¹⁸⁸ Per una ricostruzione v. N. Riva, *Diritti e procreazione assistita. Un esame della normativa italiana*, Roma, 2012; L. Lodevole, *Embrioni abbandonati*, Ariccia, 2016.

¹⁸⁹ Il testo dei disegni e delle proposte di legge è consultabile sui siti istituzionali della Camera e del Senato.

¹⁹⁰ Si veda in questo senso la lettera ai Capigruppo dell'11 agosto 2014, disponibile sul sito istituzionale www.salute.gov.it. Per un approfondimento, v. R. Lugarà, *Fecondazione eterologa: dal riconoscimento del diritto alla sua (in)effettività*, in Osservatorio AIC, 6 marzo 2015, p. 4 ss.

La situazione di immobilismo non è mutata neppure con l'adozione del D.M. 28 dicembre 2016 n. 265, con cui sono state introdotte le norme in materia di manifestazione della volontà di accedere alle tecniche di P.M.A. da parte dei pazienti, o con il D.M. 15 novembre 2016, con il quale è stata regolamentata l'importazione dei tessuti, in attuazione della Direttiva 2015/566/UE.

Nulla muta, pure, con il D.P.C.M. del 12 gennaio 2018, teso all'aggiornamento dei L.E.A.: il decreto, all'art. 49, non fa che richiamare le norme comunitarie e quanto previsto dalle Regioni sulla fecondazione assistita.

Il 4 settembre 2014, a seguito della conclusione di un accordo volto a «rendere immediatamente esigibile un diritto costituzionalmente garantito su tutto il territorio nazionale», la Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome ha approvato il «Documento sulle problematiche relative alla fecondazione assistita eterologa a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014»¹⁹¹.

Con il citato documento la Conferenza ha sottolineato «l'urgente necessità dell'inserimento nei L.E.A. delle tecniche di P.M.A. omologa e di quella eterologa»¹⁹² e, con lo scopo di dettare un indirizzo politico omogeneo¹⁹³, ha recepito le indicazioni del Gruppo di Lavoro deputato alla redazione del citato schema di decreto-legge per la disciplina della procreazione eterologa.

Per la prima volta in Italia, il documento distingue tra il consenso informato e consapevole reso dal donatore e il consenso prestato dai pazienti destinatari della donazione, inserisce un obbligo di specificazione della destinazione delle donazioni e provvede ad affermare il diritto del donatore all'indennità per spese mediante il rinvio alle regole, generali e di settore, in materia di trapianti tra vivi¹⁹⁴.

Inoltre, il documento reca l'esclusione di una responsabilità del donatore di cellule da revoca del consenso. Prima in sede squisitamente politica, successivamente nelle deliberazioni delle Regioni italiane, viene espressamente esclusa una qualsiasi pretesa da parte

¹⁹¹ Cons. Stato, sez. III, 20 luglio 2016, n. 3297, in *Foro it.*, 2017, 2, III, c. 74 ss. Si veda M.P. Iadecicco, *La lunga marcia verso l'effettività e l'equità nell'accesso alla fecondazione eterologa e all'interruzione volontaria di gravidanza*, in *Osservatorio AIC*, 2018, 1, p. 1-60; L. Chieffi, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Torino, 2018, p. 31.

¹⁹² Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, *Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014*, in *Dir. Fam. Pers. (II)*, 2014, 4, p. 1728. Si ricorda che la Conferenza delle Regioni e Province autonome è un'associazione di diritto privato, costituita dai Presidenti delle Regioni.

¹⁹³ V. M. Basile, *I donatori di gameti*, in *NGCC*, 2015, 5, p. 223-240.

¹⁹⁴ Per un approfondimento, P. Stanzione, *La disciplina giuridica dei trapianti. Legge 1° aprile 1999 n. 91*, Milano, 2000.

del centro deputato alla raccolta delle cellule riproduttive: «i donatori devono essere liberi di revocare, in qualsiasi momento e senza alcuna spesa o pretesa economica, da parte del Centro di P.M.A. che ha effettuato la raccolta e/o di quello che intendeva utilizzare i gameti, il consenso prestato per l'ulteriore impiego dei loro gameti». Sicché emerge in tale sede una ulteriore distinzione in materia di consenso informato: mentre i pazienti di una fecondazione omologa possono revocare il consenso fino al momento della inseminazione e fertilizzazione dell'oocita, nella donazione la revoca del consenso non soggiace ai termini individuati dall'art. 6, comma 3°, ultima parte, l. n. 40/2004.

Pur trattandosi di un documento sprovvisto di cogenza e dal carattere squisitamente politico¹⁹⁵, le Regioni italiane lo hanno approvato all'unanimità e, successivamente, ne hanno recepito le indicazioni mediante le delibere delle Giunte regionali¹⁹⁶.

Solo in tempi recenti è stato introdotto un regolamento di attuazione della Direttiva 2012/39/UE, modificativa della direttiva 2006/17/CE e recante le norme per la selezione del donatore di cellule riproduttive¹⁹⁷, il cui mancato recepimento entro il 17 giugno 2014 ha dato luogo all'apertura di una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia, cui ha fatto seguito l'invio da parte della Commissione europea di un parere motivato, ai sensi dell'art. 258 TFUE¹⁹⁸.

Con il D.P.R. 23 agosto 2019, n. 131¹⁹⁹ è stata data attuazione alla citata direttiva e disciplinata la donazione di cellule riproduttive da parte di persone diverse dal *partner*.

¹⁹⁵ Sul punto, si veda M. Azzalini, *Il consenso "complesso" nella procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 193-194: «Tali linee guida, esempio di quel *soft law* che sempre più spesso connota la disciplina bioetica, prescrivono come indispensabile l'acquisizione del consenso informato anche del donatore/donatrice, oltre che della coppia».

¹⁹⁶ L. Violini, *Regioni ed eterologa: i livelli essenziali di assistenza, il coordinamento politico interregionale e le scelte regionali in materia*, in *Istituzioni del federalismo*, 2015, p. 36. Si ricordi che il "regionalismo procreativo" così delineatosi è stato oggetto del vaglio del Consiglio di Stato (*supra* n. 13), il quale ha confermato la sentenza emessa dal TAR Lombardia, con cui è stato ravvisato un vizio di eccesso di potere per disparità di trattamento delle coppie, con conseguente annullamento delle delibere di recepimento, nella parte in cui ponevano a carico dei pazienti il costo delle sole prestazioni di PMA eterologa. È stato argomentato come le carenze di ordine finanziario non rappresentano elemento idoneo a fondare una disparità di trattamento. Per un approfondimento v. R. Lugarà, *L'abbandono dei LEA alle regioni: il caso della procreazione medicalmente assistita*, in *Osservatorio AIC*, 16 marzo 2015. Per dovere di completezza, si rammenta come simili sorti ha avuto anche la delibera di recepimento della Regione Veneto che prevedeva un limite di età per l'accesso alle tecniche di PMA da parte delle donne, posto a 43 anni.

¹⁹⁷ Relazione del Ministro della Salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita (legge 19 febbraio 2004, n. 40, articolo 15) del 28 giugno 2018, disponibile sul sito istituzionale www.salute.gov.it.

¹⁹⁸ Dossier n. 283 § 3, in www.senato.it.

¹⁹⁹ D.P.R. 23/08/2019, n. 131, Regolamento di attuazione della direttiva 2012/39/UE della commissione, del 26 novembre 2012, che modifica la direttiva 2006/17/CE per quanto riguarda determinate prescrizioni tecniche relative agli esami effettuati su tessuti e cellule umani, in GU, 14

Dall'analisi del decreto si evince una disciplina che fa da eco alle indicazioni fornite dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, fatta eccezione per la responsabilità del donatore.

L'art. 1, comma 2°, del decreto articola la disciplina della "donazione di cellule riproduttive da parte di persone diverse dal partner", tratteggiando i requisiti soggettivi per le donazioni, il numero massimo di cicli di stimolazione ovarica, il numero massimo di nascite da medesimo donatore o donatrice, i test obbligatori per il donatore, i doveri di informazione e consulenza dell'*equipe* del centro P.M.A. e un (inedito) dovere di informazione del paziente.

L'analisi delle disposizioni ivi contenute non appare un esercizio meramente ricostruttivo della disciplina in materia, bensì palesa la necessaria difformità delle regole che caratterizzano eterologa e omologa, diversamente da quanto sostenuto dalla Corte costituzionale.

Il dato viene confermato dalla individuazione di requisiti soggettivi per la donazione estranei a quelli compendati nella l. n. 40/2004: la donazione di cellule riproduttive è consentita ai donatori di sesso maschile di età compresa tra i 18 e i 40 anni e alle donatrici di sesso femminile di età compresa tra i 20 ed i 35 anni.

Quale che sia il sesso del soggetto donatore, le cellule riproduttive donate non possono determinare più di dieci nascite, salvo che una coppia di pazienti intenda avvalersi delle tecniche di fecondazione assistita allogeniche utilizzando le cellule riproduttive del medesimo donatore. Inoltre, per quanto concerne la donatrice, la medesima non può essere sottoposta a più di sei stimolazioni ovariche.

Tutti questi limiti, data la natura altamente specialistica delle tecniche in esame e la rapidità con cui tali procedure soggiacciono ad evoluzione, devono essere sottoposte ad una verifica quantomeno triennale, al fine di rendere congrue le limitazioni previste allo stato della scienza e delle migliori pratiche cliniche anche in ambito internazionale²⁰⁰.

novembre 2019, n. 267. Per un approfondimento, si consulti S.P. Perrino, *Note a margine del D.P.R. 23 agosto 2019, n. 131: le nuove disposizioni in materia di donazioni di cellule riproduttive a cinque anni dalla Corte cost. n. 162/2014*, in *BioLaw Journal*, 2020, 1, p. 311 ss.

²⁰⁰ Nel DPR n. 131/2019 si legge all'art. 1, comma 2°: «I limiti relativi all'età dei donatori, al numero delle donazioni degli ovociti e dei gameti maschili e al numero delle stimolazioni ormonali cui può essere sottoposta la donatrice, nonché al numero delle nascite scaturenti dal medesimo donatore, sono oggetto di verifica almeno triennale sulla base dei risultati dell'esperienza, della ricerca e delle migliori pratiche della scienza medica seguite anche in sede internazionale, avvalendosi, per la verifica dei limiti al numero delle nascite scaturenti dal medesimo donatore, anche delle competenze dell'Istituto nazionale di statistica (ISTAT), ai fini dei successivi aggiornamenti del presente regolamento»

Una previsione, questa, che sembra essere finalmente al passo con gli ordinamenti della c.d. *Western legal tradition*, i quali negli ultimi decenni hanno previsto nelle leggi in materia di embrioni e cellule riproduttive apposite ed espresse clausole di “gestione delle sopravvenienze”²⁰¹, tese a verificare la tenuta della disciplina in maniera ciclica a fronte delle evoluzioni in campo scientifico.

Il D.P.R., poi, proceduralizza la selezione dei donatori, i quali vengono ammessi alla donazione dopo l’anamnesi sanitaria e medica, un questionario ed un colloquio individuale con il medico responsabile. Tuttavia, il medico è chiamato alla valutazione dei candidati donatori per escludere «i soggetti la cui donazione può costituire un rischio sanitario per gli altri, come la possibilità di trasmettere malattie, rischi sanitari per i donatori stessi (...) oppure conseguenze psicologiche per il donatore».

Esaurita la fase preliminare, i donatori devono essere sottoposti ad una serie di test obbligatori (HIV 1 e 2, epatite B e C, sifilide, clamidia, HTLV, fibrosi cistica, patologie ereditarie familiari) e solo all’esito di tale procedimento, il D.P.R. facoltizza la donazione delle cellule riproduttive.

La disciplina introduce, inoltre, un inedito dovere in capo al donatore: «nel caso in cui, dopo aver effettuato la donazione, il donatore venga a conoscenza di essere affetto o portatore di malattie trasmissibili mediante fecondazione eterologa, (...) è tenuto ad informarne tempestivamente la struttura presso la quale ha effettuato la donazione stessa». La previsione non si accompagna ad una espressa sanzione per la trasgressione del divieto e la genericità della disposizione, peraltro senza precedenti in materia, pare ingenerare dubbi attorno alla possibilità per il donatore di assumere una innovativa posizione di garanzia.

Terminata la donazione, le cellule riproduttive donate devono essere sottoposte a quarantena per centottanta giorni e successivamente sottoposte ai medesimi esami, i cui risultati devono essere disponibili prima dell’impiego dei campioni.

Illustrato il procedimento di selezione del donatore, è possibile muovere alcune considerazioni.

Si deve osservare come le disposizioni del D.P.R. non costituiscono il mero recepimento da parte dello Stato italiano delle disposizioni incluse nella direttiva, ma si tratta di una serie di norme che recano una più ampia tutela per il donatore.

²⁰¹ *Infra* cap. 3 § 4.

Ciononostante, il D.P.R. non delinea una disciplina autonoma in materia di consenso informato del donatore di cellule riproduttive e pari considerazioni riguardano pure l'indennità per le spese e per gli inconvenienti determinati dalla donazione, a differenza di quanto accade nella disciplina in materia di donazione di midollo osseo e sangue. Per questo motivo, appare ancora una volta dirimente il Documento sulle problematiche relative alla fecondazione assistita eterologa a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014 elaborato dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome.

Dalla analisi della disciplina dei trapianti di organi, tessuti e cellule è possibile evincere la comunanza dei principi vigenti in materia di donazione. Tali fonti sono individuate nella l. 6 marzo 2001, n. 52, recante le disposizioni sulla donazione del midollo ed integrante le disposizioni normative in materia di prelievo di cellule staminali, midollari e periferiche, nella l. 21 ottobre 2005 n. 219, recante la nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati, nella l. 12 agosto 1993, n. 301, sull'innesto della cornea, nella l. 16 dicembre 1999, n. 483, sui trattamenti per il trapianto parziale di fegato, nella l. 26 giugno 1967, n. 458, contenente la disciplina sul trapianto del rene tra persone viventi, nella l. 19 settembre 2012 n. 2012 in materia di trapianto di polmoni, pancreas e intestino.

Proprio i principi distillati in queste fonti si applicherebbero alla donazione delle cellule riproduttive, secondo quanto affermato in sede di Conferenza delle Regioni. Per quanto concerne la disciplina del consenso informato del donatore e della indennità per spese ed inconvenienti trovano applicazione le regole in materia di donazione di sangue e di midollo osseo: «La donazione di cellule riproduttive da utilizzare nell'ambito delle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo è atto volontario, altruista, gratuito, interessato solo al "bene della salute riproduttiva" di un'altra coppia. Non potrà esistere una retribuzione economica per i donatori/donatrici, né potrà essere richiesto alla ricevente contributo alcuno per i gameti ricevuti». Ciononostante, prosegue il citato Documento «[n]on si escludono forme di incentivazione alla donazione di cellule riproduttive in analogia con quanto previsto per donazione di altre cellule, organi o tessuti. Ai donatori con rapporto di lavoro dipendente, ovvero interessati dalle tipologie contrattuali di cui al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive

modificazioni, possono essere applicate le disposizioni previste dalla normativa vigente in materia di attività trasfusionali e di trapianto di midollo»²⁰².

Il legislatore italiano ha fatto una scelta precisa tanto per la donazione ai fini di trapianto del midollo osseo quanto per il prelievo e la donazione del sangue: è stato accantonato il modello fondato sulla corresponsione di importi forfettari ai donatori, come accadeva in passato in occasione della donazione del sangue, in luogo del meccanismo che fa dipendere l'importo dell'indennità da indicatori economici nazionali (ad esempio il reddito mensile, la capacità d'acquisto, ecc.).

In specie, il lavoratore dipendente, assicurato all'INPS²⁰³ per le prestazioni pensionistiche, a prescindere dalla qualifica e dal settore lavorativo di appartenenza, ha diritto a conservare la «normale retribuzione» per le giornate di degenza ospedaliera occorrenti al prelievo del sangue midollare, nonché per le successive giornate di convalescenza necessarie ai fini del completo ripristino dello stato fisico del donatore. In tal caso, il lavoratore verrà retribuito regolarmente dal datore di lavoro e sarà sempre quest'ultimo a dover chiedere il rimborso all'INPS di quanto anticipato al lavoratore. Per fare ciò occorre che il donatore consegni al proprio datore di lavoro la documentazione e le certificazioni rilasciate dalle strutture ospedaliere ovvero dai Centri trasfusionali autorizzati che hanno reso le prestazioni sanitarie inerenti alla procedura della donazione. Ne consegue che nessuna indennità può essere prevista in capo al donatore non lavoratore²⁰⁴.

L'indennità che spetta al donatore per le assenze, tanto giornaliere quanto orarie, corrisponde alla retribuzione che gli sarebbe stata corrisposta qualora avesse prestato la normale attività lavorativa, la c.d. contribuzione figurativa.

Tale impostazione interpretativa, però, seppur “suggerita” dalla Conferenza Regioni e Province autonome, appare avversata in tempi più recenti dalla giurisprudenza della Suprema Corte in sede penale²⁰⁵.

²⁰² Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa, cit., p. 3.

²⁰³ Il d. l. 30 dicembre 1979, n. 663, convertito dalla l. 29 febbraio 1980, n. 33, ha posto a carico dell'INPS l'onere dei rimborsi al datore di lavoro del settore privato per tali emolumenti.

²⁰⁴ Circ. n. 97 del 15 settembre 2006, Donazione del midollo osseo - Legge 6 marzo 2001, n. 52. Modalità di compilazione del mod. DM10/2 e della denuncia EMens, Istruzioni contabili. Variazioni al piano dei conti, e alla Circolare n. 29 del 7 febbraio 2017, in www.inps.it.

²⁰⁵ Cass. pen., sez. III, 19 agosto 2019, n. 36221, in *Quotidiano Giuridico*, 11 settembre 2019, con nota di A. Scarcella, *Punibile il “commercio di gameti” in violazione del principio di “gratuità” della donazione*; in *D&G*, 20 agosto 2019, con nota di P. Grillo, *Mille euro per donare i gameti: tutti assolti ma il processo è da rifare*.

A parere della Corte, lo Stato italiano non si è avvalso della possibilità di stabilire un'indennità per i donatori nella trama normativa, come consentito dall'art. 12, comma 2°, direttiva 2004/23/CE, come invece, a titolo esemplificativo, ha fatto con riguardo al trapianto di midollo osseo con la L. n. 62 del 2011.

Rilevato il diverso trattamento riservato dal legislatore alla donazione di cellule del midollo ed ematiche rispetto a quelle riproduttive, allora le norme dedicate alla donazione delle prime, prosegue la Corte, non possono trovare applicazione nella donazione delle seconde, in quanto si tratta di «norme di carattere speciale che non possono valere quanto al diverso campo della procreazione medicalmente assistita». Sicché, *rebus sic stantibus*, alcuna forma di indennizzo è prevista nel caso di donazione di gameti, che deve avvenire su base volontaria e improntata a gratuità. L'assenza di finalità lucrativa nella donazione trova conferma nei Decreti Ministeriali, che si sono succeduti per regolare l'importazione e il trasferimento dei gameti, e conforto nel parere del Direttore del Centro Nazionale Trapianti del 2016.

Sebbene possa apparire condivisibile l'approdo ermeneutico della Corte di Cassazione, all'interprete non sfugge l'approssimazione con cui nella parte motiva della sentenza si oblitera l'applicabilità della disciplina in materia di donazione di cellule ematiche e di midollo osseo, richiamato espressamente dalla Conferenza Regioni e Province autonome, pur nella consapevolezza della natura squisitamente politica dell'atto.

Per quanto qui interessa, il documento della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, le delibere delle Giunte regionali in attuazione del medesimo, l'introduzione del D.P.R. n. 131/2019 e, infine, la giurisprudenza da ultimo richiamata ricostruiscono un quadro ben distinto da quello tratteggiato dalla Corte costituzionale nel 2014.

In un ordinamento rimasto immutato in quasi venti anni, le tecniche di fecondazione allogenica non possono soggiacere alle stesse regole riservate alle procedure di procreazione assistita omologa e, atteso il margine di discrezionalità lasciato dall'Unione Europea agli Stati membri nella disciplina della P.M.A. più che mai opportuna appare la riapertura del dibattito parlamentare ed un rinnovato approccio per l'elaborazione dello statuto giuridico dell'embrione.

3.4. La diagnosi genetica preimpianto.

La diagnosi genetica pre-impianto è un «processo diagnostico finalizzato all'identificazione di patologie genetiche o cromosomiche negli embrioni prodotti durante una procedura di fecondazione assistita e rappresenta pertanto la tecnica diagnostica più precoce tra le indagini diagnostiche prenatali (...) si applica a coppie affette da malattie monogeniche o patologie cromosomiche note per evitarne la loro trasmissione (*Pre-Implantation Genetic Diagnosis*, P.G.D.) o come *screening* dell'assetto cromosomico (*Pre-Implantation Genetic Screening*, P.G.S.) allo scopo di aumentare la probabilità di gravidanza in condizioni particolari di infertilità o in seguito ad aborti ricorrenti idiopatici»²⁰⁶.

La tecnica in discorso è diversa dalle procedure di inseminazione e fecondazione di tipo autologo o allogenico, ciononostante rappresenta uno strumento utile attraverso il quale le coppie fertili ma portatrici di gravi malattie genetiche trasmissibili possono richiedere al medico di verificare che l'embrione sia o meno affetto dalla medesima patologia prima del trasferimento. Così procedendo, si attribuisce alla coppia la possibilità di selezionare, ai fini dell'impianto uterino, soltanto gli embrioni non affetti da patologie genetiche.

Il fine, dunque, non è sperimentale ma «diagnostico e procreativo»²⁰⁷: la diagnosi genetica è ammessa solo a fronte di uno specifico quadro clinico, può essere impiegata per avvedersi di condizioni specifiche e non consente la selezione delle cellule su giudizio pienamente discrezionale della coppia di pazienti, ossia delle più forti o di quelle che presentano determinate caratteristiche sperate dai futuri genitori. Si tratta piuttosto di una determinazione vincolata dalla funzione terapeutica.

²⁰⁶ A. Ferlin-C. Krausz, *La diagnosi genetica preimpianto: stato dell'arte*, in *L'Endocrinologo*, 2015, 16, p. 167-172; F. Fiorentino, *La diagnosi genetica preimpianto: problemi pratici e questioni applicative in campo medico*, in Aa.Vv., *Tecnologie riproduttive e tutela della persona. Verso un comune diritto europeo per la bioetica*, G. Baldini-M. Soldano (a cura di), Firenze, 2007, p. 115 ss.; A. Forabosco, *Le diagnosi prenatali e preimpianto*, Aa.Vv., *Il governo del corpo*, S. Canestrari (a cura di), Milano, 2011, p. 1468 ss.; E. Falletti, *La diagnosi genetica preimpianto: una ricostruzione di dottrina e di giurisprudenza nazionale ed europea*, in *Corriere giuridico*, 2013, 2, p. 234-242

²⁰⁷ A. Vallini, *Il curioso (e doloroso) caso delle coppie fertili portatrici di malattie ereditarie, che potevano ricorrere all'aborto, ma non alla diagnosi e selezione preimpianto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 3, p. 1457 ss.

In questo ordine di idee, il ricorso ad un simile procedimento consente di evitare che, laddove riscontrata la malattia ereditaria nel feto in corso di gravidanza, la gestante debba addivenire ad una interruzione volontaria.

La diagnosi in discorso si esegue sull'embrione, più precisamente «un "ciclo di diagnosi preimpianto" prevede le seguenti tappe: la stimolazione ovarica, il prelievo di ovociti, la fecondazione in vitro di più ovociti maturi [...], il prelievo di 1 o 2 cellule embrionali, l'analisi genetica dei materiali del nucleo delle cellule prelevate e, infine, la selezione e il trasferimento di embrioni non portatori dell'anomalia genetica in questione»²⁰⁸.

È proprio l'aspetto della selezione degli embrioni sani a rappresentare il *punctum dolens* della tecnica, oltre che i rischi di incolumità dell'embrione²⁰⁹. Con la diagnosi preimpianto i pazienti possono selezionare le cellule sane e più resistenti ai fini della procreazione, sino a creare – secondo l'opinione dell'indirizzo critico verso tale procedura – i c.d. *designer babies*²¹⁰. Si corre il rischio di accedere, secondo l'impostazione critica più massimalista, a pratiche eugenetiche perché «non esistono ancora terapie geniche che permettano di curare ogni patologia diagnosticata di un embrione»²¹¹.

Le critiche mosse al meccanismo diagnostico in esame muovono, dunque, non solo dalla necessità di tutelare gli embrioni sottoposti a tali procedure ma anche l'uguaglianza dei soggetti, la quale sarebbe pregiudicata se attraverso tecniche selettive costose si potesse addivenire alla creazione di "uomini migliori" a detrimento di soggetti non abbienti²¹².

Ad un esame più accurato si evince che così non è, in quanto con la diagnosi genetica è sì possibile addivenire ad una selezione, tuttavia il biologo può intervenire solo "in negativo" escludendo le cellule affette dalla patologia grave, ereditaria e trasmissibile,

²⁰⁸ Corte EDU, 28 agosto 2012, ric. 54270/10, Costa e Pavan c. Italia, in *Corr. giur.*, 2012, 11, p. 1380 ss.; in *Riv. dir. intern.*, 2013, p. 119 ss., con nota di L. Poli, *La diagnosi genetica preimpianto al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo*; in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 2014, 3, p. 481-516, con nota di C. Campiglio, *Norme italiane sulla procreazione assistita e parametri internazionali: il ruolo creativo della giurisprudenza*. Sul punto, si veda L. Chieffi, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, cit., p. 34 ss., 87-101; A. Guazzarotti, *Fecondazione eterologa, aborto e diagnosi preimpianto*, cit., p. 67 ss.; F. Gallo-C. Lalli, *Il legislatore cieco*, cit., p. 23 ss.

²⁰⁹ L. d'Avack, *Il progetto filiazione nell'era tecnologia. Percorsi etici e giuridici*, cit., p. 140.

²¹⁰ H. Biggs, *Designer babies: where should we draw the line?*, in *Journal of Medical Ethics*, 2004, 30, p. 80.

²¹¹ L. d'Avack, *Il progetto filiazione nell'era tecnologia. Percorsi etici e giuridici*, cit., p. 141.

²¹² Il rischio dovrebbe essere in ogni caso debellato all'esito dell'aggiornamento dei LEA e l'inclusione delle tecniche in esame tra i livelli essenziali di assistenza. Si veda D.P.R., 12 gennaio 2017, recante la *Definizione aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all'articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502*, in GU 18 marzo 2017, n. 65.

non è invece possibile conseguire modificazioni genetiche “in positivo” con cui selezionare e modificare i tratti della progenie, tantomeno è possibile selezionare le sole cellule affette da condizioni genetiche determinanti la patologia ereditaria, per addivenire alla creazione di figli tutti affetti dalla medesima patologia dei genitori²¹³.

Si è posto però il dubbio interpretativo in ordine alla possibilità di avviare un ciclo di fecondazione assistita e richiedere la diagnosi genetica sugli embrioni prodotti in ragione di patologie genetiche gravi da parte di pazienti non affetti, però, da condizioni di sterilità e di infertilità. Negato l'accesso alla P.M.A. da parte delle cliniche consultate, alcune coppie si sono rivolte al giudice comune, in via cautelare, per conseguire le diagnosi preimpianto anche in difetto dei requisiti soggettivi tratteggiati dal legislatore per l'accesso alle tecniche di fecondazione assistita, così da accedere ad un *embryotransfer* privo di rischi connessi alla trasmissione delle malattie ereditarie, quali – ad esempio - betatalassemia, fibrosi cistica, distrofia muscolare di Becker, alterazioni cromosomiche.

I primi dubbi di legittimità costituzionale sulla c.d. legge 40, per la violazione degli artt. 3 e 32 cost., sono stati paventati attorno alla praticabilità di indagini diagnostiche preimpianto rilevando il difetto di un espresso divieto nel tessuto normativo. Per vero, la l. n. 40/2004 non vanta alcun esplicito divieto di esecuzione di forme di diagnostica preimpianto²¹⁴, ma tale pratica è stata a lungo preclusa ai pazienti sulla base di un orientamento ermeneutico del combinato disposto di cui agli artt. 13 e 14 «allorché impone, con una norma imperativa munita di sanzione penale, che tutti gli embrioni prodotti vanno impiantati, senza che possano essere esclusi dall'impianto gli embrioni portatori di gravi malattie genetiche».

Sulla scorta di tale indirizzo, con la prima pronuncia in materia, a pochi mesi dalla entrata in vigore della legge, il giudice *a quo*²¹⁵ ha rigettato la richiesta dei ricorrenti di sollevare la questione di legittimità costituzionale, poiché riteneva esclusa la pratica alla

²¹³ Il pensiero corre al dibattuto caso britannico di selezione dei c.d. “*deaf embryos*”. In specie, i pazienti affetti da sordomutismo richiedevano l'impiego delle tecniche diagnostiche preimpianto per selezionare i soli embrioni recanti la medesima mutazione genetica dei genitori, così da aumentare la percentuale di conseguimento di un figlio affetto da sordomutismo. La vicenda ha scatenato un acceso dibattito attorno al concetto di “malattia” e “disabilità” al fine di comprendere l'ammissibilità della selezione di tali embrioni nell'ordinamento britannico. Per un approfondimento, si veda G. Porter-M.K. Smith, *Preventing the selection of “deaf embryos” under the Human Fertilisation and Embryology Act 2008: problematizing disability?*, in *New Genetics and Society*, 2013, 32, p. 171-189. Sul punto, anche A. Vallini, *Il curioso (e doloroso) caso delle coppie fertili portatrici di malattie ereditarie, che potevano ricorrere all'aborto, ma non alla diagnosi e selezione preimpianto*, cit., p. 1457 ss.

²¹⁴ L. d'Avack, *Il progetto filiazione nell'era tecnologica. Percorsi etici e giuridici*, III ed., Torino, 2016, p. 139-148.

²¹⁵ Trib. Catania, 3 maggio 2004, ord., in *D&G*, 28 maggio 2004; in *Dir. eccl.*, 2004, 2, p. 283 ss.

stregua della *littera e voluntas legis* nonché precluso nell'ordinamento un diritto in capo al nascituro a non nascere se non sano²¹⁶.

A parere del giudicante, si tratterebbe di vera e propria pratica eugenetica e l'ordinamento non prevede «la tutela delle aspirazioni eugenetiche dei genitori in quanto riconducibili al diritto alla salute tutelato dall'art. 32 cost.». Anzi, secondo tale indirizzo, facultizzare tale procedura «costituirebbe una manifesta violazione del principio di uguaglianza che si produrrebbe ai danni delle coppie che (procreano) in "condizioni naturali" non utilizzando alcuna diagnosi pre-impianto, potendo esclusivamente ricorrere alle tecniche di diagnosi pre-natale ed eventualmente, ove ne ricorressero i presupposti, agire ai sensi della l. n. 194 del 1978, richiamata e non espressamente abrogata dalla stessa l. n. 40 del 2004 art. 1». Si ricorda, infatti, che l'aborto "eugenetico" non è ammesso dall'ordinamento italiano²¹⁷.

Sicché il "potere" di selezione ascritto ai pazienti nelle tecniche di P.M.A. finirebbe col frustrare gli interessi di quei genitori che addivengono ad una procreazione naturale e che non potrebbero selezionare gli embrioni sani per la gestazione, ma solo, semmai, praticare nelle condizioni di legge un aborto, laddove diagnosticata in tempo la patologia durante la gravidanza, anche se attraverso indagini invasive del corpo della paziente.

Dalla analisi più approfondita del dettato normativo, l'impostazione ermeneutica appena illustrata appare non essere lineare: se è vero che all'art. 13 si vietano forme di sperimentazione sull'embrione umano e a norma dell'art. 6, comma 3°, si prevede che dopo la fecondazione non è ammessa alcuna revoca del consenso alla procedura, è pure vero che l'art. 13 facultizza la ricerca clinica con finalità diagnostica e all'art. 14, comma 5°, l. n. 40/2004 il legislatore riconosce ai pazienti il diritto di essere informati sullo "stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire in utero", infine l'impianto, alla stregua delle linee guida, non è mai coercibile. Previsioni, queste ultime, prive di razionalità se ai pazienti è disconosciuta la facoltà di essere informati sulle patologie di cui l'embrione prodotto e da impiantare è affetto al fine di evitare il c.d. *embryotransfer*.

Una simile interpretazione ragionevole del sistema è stata, infatti, confermata e fatta propria dalle linee guida del 2004. Come in precedenza illustrato, le linee guida

²¹⁶ Dopo un annoso dibattito ed un acceso contrasto giurisprudenziale, le SSUU sono intervenute sul tema escludendo il diritto a non nascere se non sano: Cass. civile, SS.UU., 22 dicembre 2015, n.25767, in *Dir. fam. pers.*, 2016, 3, p. 759 ss. Da ultimo, Cass. civ., sez. III, 04 ottobre 2018, n.24189, in *Rass. dir. farm.*, 2019, 2, p. 291 ss.

²¹⁷ *Contra* Trib. Cagliari, 5 giugno 2004, e Trib. Cagliari, 30 giugno 2004, in *Foro it.*, 2004, 1, c. 3497 ss.

hanno previsto tra le diverse tipologie di consulenza a disposizione anche quella di tipo genetico «nella previsione di rischio di anomalie trasmissibili». Il riferimento – per quanto generico – va senza dubbio riferito ai pazienti consapevoli del rischio di trasmissione ereditaria della patologia genetica.

Ben presto, però, la previsione citata è stata esautorata dall'ordinamento all'esito dell'intervento del giudice amministrativo²¹⁸, che ne ha sancito l'annullamento in virtù del vizio di eccesso di potere in cui erano incorse le linee guida del 2004, le quali, nel prevedere diagnosi genetiche sono andate ben oltre le coordinate tracciate dal legislatore. Così il giudice amministrativo ha limitato le indagini facoltizzate dall'ordinamento a quelle di tipo esclusivamente osservazionale, ossia attraverso un'analisi morfologica al microscopio non invasiva per l'embrione²¹⁹.

A tale pronuncia, poi, hanno fatto seguito le linee guida del 2008 in cui le indagini diagnostiche sono state limitate in conformità.

Le aporie sistematiche, però, sono state riscontrate in via reiterata nei giudizi di merito²²⁰, le disposizioni hanno formato oggetto dei quesiti referendari del 2005 e non sono mancate invocazioni in sede pretoria nel senso di un intervento legislativo capace di riportare il sistema a razionalità²²¹, attesa la sensibilità del tema.

L'impostazione ermeneutica in sede pretoria è divenuta progressivamente meno compatta in seguito ad alcuni difformi approdi della giurisprudenza di merito²²² ed all'esito della condanna dello stato italiano da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Nella ricostruzione operata dalla più recente giurisprudenza di merito sono stati riscontrati non solo la contraddittorietà del dettato normativo ed il difetto di un esplicito divieto di diagnosi genetica, ma anche la liceità della ricerca clinica, la necessità della piena consapevolezza in ordine agli effetti pregiudizievoli derivanti dai trattamenti

²¹⁸ TAR Lazio, 21 gennaio 2008, n. 398, in *Fam. dir.*, 2008, 5, p. 749 ss., con nota di M. Dogliotti, *Procreazione assistita: le Linee guida*; ivi, p. 506 ss., con nota di A. Figone, *Illegittimo il divieto di indagini preimpianto sull'embrione*.

²¹⁹ L. d'Avack, *Il progetto filiazione nell'era tecnologia. Percorsi etici e giuridici*, cit., p. 141.

²²⁰ Per un catalogo delle pronunce in materia, antecedenti alla declaratoria di illegittimità costituzionale, si veda E. Falletti, *La diagnosi genetica preimpianto: una ricostruzione di dottrina e di giurisprudenza nazionale ed europea*, cit., p. 236, n. 27.

²²¹ Trib. Roma, 23 febbraio 2005, in *Corr. mer.*, 2005, p. 529-881 ss., con nota di G. Casaburi, *Ancora sulla l. n. 40 del 2004: divieto di crioconservazione degli ovociti fecondati*.

²²² Trib. Cagliari, 24 settembre 2007, in *Corr. merito*, 2008, p. 313 ss., con nota di G. Casaburi, *Procreazione assistita: il Tribunale di Cagliari dà la luce verde alla diagnosi preimpianto*; Trib. Firenze, 19 dicembre 2007, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 5, p. 419 ss., con nota di S. Della Bella, *La svolta: il Tribunale di Cagliari e il Tribunale di Firenze ammettono la diagnosi preimpianto*.

sanitari, l'ammissibilità di test genetici predittivi ai fini medici alla stregua della Convenzione di Oviedo e la compatibilità della diagnosi preimpianto con una lettura sistematica della c.d. legge 40 e delle disposizioni contenute nella l. n. 194/1978.

Determinante è parsa, poi, la pronuncia della Corte EDU nel caso dei coniugi Costa e Pavan c. Italia²²³. Adita direttamente la Corte europea, i coniugi si dolevano di un doppio pregiudizio derivante dalla applicazione della legge italiana: anzitutto per l'impossibilità di accedere alle tecniche alla stregua degli stringenti requisiti soggettivi, in spregio alla funzione terapeutica dei trattamenti di P.M.A., in seconda istanza, per la preclusione della diagnosi genetica preimpianto al fine di evitare la trasmissione della fibrosi cistica al futuro figlio. La Corte EDU rileva, allora, il difetto di coerenza interna della disciplina italiana e, per tale motivo, constata la violazione dell'art. 8 CEDU, condannando lo stato al pagamento di un risarcimento del danno arrecato ai coniugi.

Secondo il giudice europeo, non può non essere considerata la frustrazione e l'angoscia generata in capo alla ricorrente, la quale in mancanza di un trattamento di procreazione assistita «avrebbe come unica prospettiva di maternità quella legata alla possibilità che il figlio sia affetto dalla malattia in questione, e, dall'altro, della sofferenza derivante dalla scelta dolorosa di procedere, all'occorrenza, ad un aborto terapeutico»²²⁴.

Sulla scia di tale condanna intervengono le pronunce della Corte costituzionale italiana²²⁵. La Consulta dichiara costituzionalmente illegittimi, per violazione degli artt. 3 e 32 Cost., gli artt. 1, commi 1° e 2°, e 4, comma 1°, l. n. 40/2004 nella parte in cui non consentono alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili gravi il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e, in secondo luogo, l'illegittimità costituzionale degli artt. 13, comma 3°, lett. b) e 4²²⁶ nella parte in cui sanziona

²²³ Corte EDU, 28 agosto 2012, cit., p. 1380 ss.

²²⁴ Corte EDU, 28 agosto 2012, cit., § 66.

²²⁵ Corte cost., 5 giugno 2015, n. 96 e Corte cost., 22 novembre 2015, n. 229 in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 3, p. 1457 ss., con nota di A. Vallini, *Il curioso (e doloroso) caso delle coppie fertili portatrici di malattie ereditarie, che potevano ricorrere all'aborto, ma non alla diagnosi e selezione preimpianto*; in *Fam. dir.*, 2017, 6, p. 535-558, con nota di A. Carrato, *Diagnosi preimpianto: l'applicazione giurisprudenziale della sentenza n. 96/2015 della Consulta*; in *DPC*, 8 giugno 2015, F. Viganò, *La sentenza della Consulta sul divieto di accesso alla fecondazione assistita per coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili (e una chiosa finale sulla questione della diretta applicazione della CEDU)*; in *Consulta online*, 2015, 2, p. 536 ss., con nota di E. Malfatti, *La Corte di pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non "scontata" né (del tutto) condivisibile*; in *Forum Quaderni costituzionali*, 28 giugno 2015, p. 3 ss., con nota di M. Giacomini, *Il sì alla diagnosi preimpianto: un punto di arrivo o un punto di partenza?*.

²²⁶ La pronuncia n. 229/2015 è la prima dichiarazione di illegittimità costituzionale della l. n. 40/2004 determinata da questione sollevata nell'ambito di un procedimento penale. In senso critico sulla interpretazione dell'art. 13, comma 3°, lett. b) alla stregua di reato, anziché di circostanza aggravante del reato base di cui al comma 1°, si veda A. Vallini, *Il curioso (e doloroso) caso delle coppie fertili portatrici di*

penalmente la condotta di selezione degli embrioni, anche laddove una simile tecnica sia esclusivamente finalizzata ad evitare il trasferimento uterino di embrioni affetti dalle predette malattie genetiche.

La corte evidenzia la «palese antinomia normativa» dell'ordinamento italiano che consente alle coppie di perseguire il fine procreativo e poi di interrompere, nelle condizioni individuate dalla legge, la gravidanza, ma allo stesso tempo preclude in caso di fecondazione assistita la diagnosi preimpianto, una volta riscontrata la patologia prima dell'impianto. Si tratta, a parere del giudicante, del risultato di un «irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, in violazione anche del canone di razionalità dell'ordinamento – ed è lesiva del diritto alla salute della donna fertile portatrice (ella o l'altro soggetto della coppia) di grave malattia genetica ereditaria»²²⁷.

All'esito della prima sentenza manipolativa additiva, la Corte constata come non possa più ritenersi penalmente rilevante la selezione embrionaria rientrante tra le pratiche di diagnosi genetica preimpianto, solo quando con essa si intenda evitare il trasferimento in utero di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili in via ereditaria, purché rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lett. b) della l. n. 194/1978 in materia di interruzione volontaria della gravidanza. Il punto, per vero, è stato criticato dalla dottrina in quanto la Corte finisce per assimilare il trattamento riservato al feto intrauterino ad un embrione extrauterino, che richiede un impianto e la successiva adesione alle pareti uterine per dare luogo alla gravidanza.

Come di consueto accade nelle pronunce in materia, anche nelle sentenze del 2015 la Corte costituzionale, dopo aver elogiato «il Tribunale romano per averle consentito di porre rimedio ad una illegittimità tanto manifesta della legge 40»²²⁸, rivolge l'ennesimo auspicio di un intervento legislativo.

Anche all'esito di tali pronunce occorre considerare importanti ricadute applicative circa l'impiego degli embrioni soprannumerari. In particolare, con gli interventi demolitori della Corte costituzionale occorsi nel 2015 si determina un

malattie ereditarie, che potevano ricorrere all'aborto, ma non alla diagnosi e selezione preimpianto, cit., p. 1457 ss. L'A. rileva lucidamente la presenza del seguente rompicapo: «Quel che almeno doveva esser noto, però, è che sulla base di una scelta forse più intuitiva, ma sostanzialmente corretta, nella giurisprudenza civile si era sempre esclusa l'applicazione dell'art. 13 a simili condotte. La sentenza dichiara dunque incostituzionale una fattispecie circostanziale nella parte in cui si applica a fatti a cui non può applicarsi e mai è stata applicata».

²²⁷ Corte cost., 5 giugno 2015, n. 96, cit., § 9.

²²⁸ A. Masumeci, *La legge 40/2004 tra giudici ordinari e Corte costituzionale*, cit., p. 101.

inevitabile ampliamento dei requisiti soggettivi di accesso alle tecniche di fecondazione assistita, così aumentando il numero di cellule in stato di crioconservazione.

In secondo luogo, occorre considerare che, all'esito del procedimento di selezione che si iscrive nelle pratiche diagnostiche preimpianto, solo le cellule prive delle condizioni genetiche determinanti le patologie ereditarie saranno suscettibili di impianto. Dunque, sono destinati a congelamento solo gli embrioni malati.

Si pone, allora, il dubbio sulle sorti di tali embrioni.

Tale interrogativo si interseca con i dubbi sollevati all'esito della dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa.

Identica è la risposta: nulla si dice nella legge e parimenti nelle linee guida²²⁹ circa le sorti degli embrioni soprannumerari prodotti all'esito delle procedure di indagine diagnostica preimpianto. Diversamente, però, la Corte costituzionale mostra interesse al quesito in esame, prospettando opposte soluzioni interpretative.

In primis, all'esito della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 14 e delle relative sanzioni, la Consulta sottolinea come con la l. n. 40/2004 sia stata predisposta una tutela della dignità dell'embrione e che anche laddove riscontrata una mutazione genetica quest'ultima non giustifica la soppressione. Dunque, «allo stato» non può prospettarsi soluzione interpretativa alternativa alla «procedura di crioconservazione»²³⁰.

L'approdo da ultimo citato non è andato esente da critiche, in quanto una simile impostazione è parsa «un'ingiustificata invasione della discrezionalità del legislatore, cui dovrebbe competere, più opportunamente, la scelta, realizzata con il supporto della scienza, per una loro utilizzazione alternativa»²³¹. Più adesiva ad un simile indirizzo, rispettoso della separazione dei poteri, si è mostrata la successiva giurisprudenza costituzionale²³² che, dopo aver smentito i dubbi di legittimità costituzionale della l. n. 40/2004 nella parte in cui non consente l'utilizzo di tali embrioni ai fini di

²²⁹ D.M. 1° luglio 2015, Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, in GU 14 luglio 2015, n. 161. Con le linee guida in esame si ripristina il riferimento alla indagine diagnostica preimpianto contenuta nelle Linee guida del 2004, superata con le successive Linee guida del 2008.

²³⁰ Corte cost., n. 229/2015, cit., § 3.3.

²³¹ L. Chieffi, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, cit., p. 115.

²³² *Infra* § 3.5.

sperimentazione, ha reiterato la sollecitazione del legislatore a disciplinare, nella propria discrezionalità, l'impiego delle cellule citate²³³.

Eppure, occorre una distinzione nel quadro tracciato sinora. Nel caso di cellule "scartate" in caso di diagnosi genetica preimpianto, perché affette da patologie ereditarie gravi, i campioni non sono viabili per il trasferimento uterino, dunque non si ammette un successivo utilizzo a fini riproduttivi in P.M.A. Nel caso di embrioni soprannumerari abbandonati all'esito di cicli di fecondazione eterologa o omologa, il trasferimento uterino è sempre consentito²³⁴ all'esito dello scongelamento, ancorché prolungato nel tempo. Sicché se in quest'ultimo caso taluni interpreti²³⁵ ed il C.N.B. hanno proposto la c.d. adozione per la nascita; nel primo caso, invece, preme ricercare l'alternativa possibile alla conservazione *sine die*.

Dagli interventi censori della Corte emergono interessanti spunti: la Consulta, prescindendo dalle conclusioni cui perviene, osserva come la crioconservazione appare essere l'unica sorte disciplinata dal legislatore italiano per gli embrioni soprannumerari «quale che (...) sia il, più o meno ampio, riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non (...) riducibile a mero materiale biologico»²³⁶ in quanto deriverebbe un «*vulnus* alla tutela dell'embrione (ancorché) malato» laddove sottoposto a soppressione²³⁷ «*tamquam res*»²³⁸. Sicché si distingue il trattamento giuridico riservato alle cellule riproduttive quale *species* nel *genus* dell'impropriamente detto materiale biologico e dunque *tamquam res*. In aggiunta, la tutela da apprestare alla cellula specializzata dipende dal grado di soggettività accordato all'embrione, così introducendo il tema della gradualità della soggettività²³⁹ e la necessità di pervenire ad una riflessione rinnovata attorno agli embrioni, per costruire regole circa il loro trattamento.

²³³ Una sollecitazione in questo senso è già contenuta nella relazione finale della Commissione di studio sugli embrioni crioconservati nei centri di P.M.A., nominata con D.M. 25 giugno 2009, il documento è consultabile sul sito istituzionale www.salute.gov.it.

²³⁴ C.N.B., *L'adozione per la nascita (APN) degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (PMA)*, 18 novembre 2005, in www.bioetica.governo.it

²³⁵ A. Pessina, *La disputa sull'adozione degli embrioni umani. Linee per una riflessione filosofica*, in *Medicina e Morale*, 2013, 6, p. 1099-1112.

²³⁶ Corte cost., n. 229/2015, cit., § 3.3.

²³⁷ Sul punto, si veda A. Vallini, *Il curioso (e doloroso) caso delle coppie fertili portatrici di malattie ereditarie, che potevano ricorrere all'aborto, ma non alla diagnosi e selezione preimpianto*, cit., p. 1457 ss. L'A. critica il rigetto della questione di costituzionalità attorno alla fattispecie di c.d. embrionicidio e rileva: «se la Corte intende così confermare, una volta di più, come unico destino possibile degli embrioni soprannumerari sia la crioconservazione, continuiamo a non capore perché anche in questa occasione non abbia esteso il suo sindacato al reato di crioconservazione, dichiarandolo incostituzionale nella parte in cui appare applicabile alla ipotesi in considerazione».

²³⁸ Corte cost., n. 229/2015, cit., § 3.5.

²³⁹ *Infra* cap. 2.

Ecco che, dunque, ritorna con rinnovato vigore l'interrogativo sulla natura giuridica dell'embrione, in quanto solo attraverso un inquadramento giuridico della vita *in fieri*, tanto nella ipotesi di embrione viabile per la procreazione quanto nel caso di embrione non impiantabile, sarà possibile provvedere ad una qualche tutela ed evitare il limbo della crioconservazione *ab aeterno*.

3.5. La destinazione degli embrioni alla ricerca.

Nel tentativo di individuare le sorti degli embrioni soprannumerari, la l. n. 40/2004 torna a formare oggetto dello scrutinio di costituzionalità, per quanto concerne gli artt. 13 e 6. In particolare, la Consulta viene adita per il bilanciamento tra la tutela dell'embrione e l'interesse alla ricerca scientifica finalizzata alla tutela della salute individuale e collettiva²⁴⁰.

In specie, una paziente di trattamenti di fecondazione artificiale ha richiesto nell'ambito di un procedimento di urgenza ai sensi dell'art. 700 c.p.c. di destinare gli embrioni prodotti nel corso del proprio trattamento ad attività mediche diagnostiche e di ricerca scientifica connesse alla propria patologia genetica, poiché non impiantabili una volta riscontrata la mutazione genetica determinante la patologia cui era affetta la ricorrente. Il giudice a quo, riscontrata la non manifesta infondatezza e la rilevanza, solleva la questione di legittimità.

Anche in tale caso, la Corte costituzionale si pronuncia all'esito di una decisione della Corte EDU, ma in un caso parzialmente distinto nel merito da quello affrontato dalla Consulta.

La Grande Camera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo è stata adita, nella vicenda Parrillo c. Italia²⁴¹, dalla ricorrente, la quale lamentava la violazione dell'art. 8

²⁴⁰ Corte cost., 13 aprile 2016, n. 84, in *Giur. it.*, 2017, 2, p. 307-310, con nota di D. Carusi, *La corte costituzionale e lo statuto dell'embrione*; *ibidem*, p. 311-315, con nota di I. Rivera, *La Corte costituzionale torna sulla sperimentazione sugli embrioni*; in *NGCC*, 2016, 5, p. 790-798, con nota di C. Pardini, *La libertà di ricerca scientifica e tutela dell'embrione*; in *DPC*, 8 maggio 2016, con nota di V. Tiganò, *De dignitate non disputandum est? La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla PMA*; in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4 giugno 2016, con nota di E. Chieragato, *La resistenza del divieto di donazione di embrioni alla ricerca scientifica tra margine di apprezzamento europeo e deferenza al legislatore*.

²⁴¹ Corte EDU, Grande Camera, 27 agosto 2015, Parrillo c. Italia, ric. 46470/11, in *Dir. um. Dir. int.*, 2015, 3, p. 609 ss., con nota di V. Zagrebelsky, *"Parrillo c. Italia". Il destino degli embrioni congelati tra Convenzione europea dei diritti umani e Costituzione*; in *DPC*, 30 settembre 2015, con nota di V. Tiganò, *Divieto di sperimentazione sugli embrioni umani e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*; in *Foro It.*, 2015, 10, c. 453 ss., con nota di G. Casaburi, *Ricerche embrionali: una occasione perduta della Corte europea*.

CEDU determinata dalla preclusione derivante dall'ordinamento italiano di destinare i propri embrioni alla ricerca. La ricorrente desiderava, infatti, impiegare i propri embrioni per la ricerca scientifica, a prescindere dal loro stato di salute, in quanto all'esito della morte del marito non avrebbe utilizzato gli embrioni per una fecondazione *post mortem*.

La Grande Camera, diversamente dai precedenti citati, ha dichiarato la reiezione del ricorso, perché non ha ritenuto suscettibile di tutela alla stregua degli artt. 8 e 13 CEDU l'interesse della ricerca scientifica a detrimento degli embrioni crioconservati. A parere del giudicante, la legge italiana non consente ai pazienti di determinarsi nel senso della ricerca scientifica e l'impiego dei campioni soprannumerari a scopi solidaristici-scientifici, da ciò tuttavia non deriva una immediata e diretta limitazione dei diritti umani riconosciuti e protetti dalla Convenzione.

Per quanto concerne le obiezioni di razionalità mosse all'ordinamento italiano che consente l'importazione di cellule dall'estero per la ricerca scientifica, la Corte rileva come sul tema in esame non sussista un consenso internazionale. Diversamente, si possono evidenziare tre diversi approcci adottati dagli ordinamenti aderenti alla Convenzione: l'approccio permissivo, l'approccio permissivo-condizionato e l'approccio non permissivo.

Il primo è stato adottato da quattordici stati sui quaranta stati aderenti, mentre il secondo approccio è subordinato alla tutela dell'embrione e semmai si consente l'utilizzo per scopi di ricerca scientifica dei soli embrioni importati dall'estero. L'impostazione proibizionista, invece, è stata adottata da quattro stati, tra cui l'Italia: «Italy is therefore not the only member State of the Council of Europe which bans the donation of human embryos to scientific research»²⁴².

Quale che sia l'approccio adottato tra questi, rileva la Corte EDU, disciplinare la ricerca scientifica sugli embrioni rientra nell'esercizio della discrezionalità accordata agli stati in tale materia eticamente sensibile. Per questi motivi, la Grande Camera non può accogliere il ricorso perché manca una lesione diretta e perché, anche se la discrezionalità del legislatore non è illimitata, dalla analisi della l. n. 40/2004 emerge come il legislatore

Osservazioni a Corte eur. Diritti dell'uomo 27 agosto 2014, A.P.; in Oxford Journal of Law and religion, 2015, p. 1 ss., con nota di J. Gill-S. Lee, *Parrillo v Italy: Is there life in the European Court of Human Rights?*

²⁴² Corte EDU, Grande Camera, 27 agosto 2015, *Parrillo c. Italia*, cit., p. 177-179. Si tratta, peraltro, di una valutazione diametralmente opposta a quella cui è pervenuta la medesima corte nella vicenda S.H. c. Austria, in cui l'isolazionismo di pochi stati rispetto all'approccio permissivo del resto degli stati in punto di fecondazione eterologa era stato utilizzato come argomento per suggerire allo stato austriaco un aggiornamento della propria disciplina interna.

italiano abbia operato un bilanciamento degli interessi in gioco e abbia inteso accordare una più profonda tutela in favore dell’embrione.

La vicenda Parrillo è parsa decisiva per la pronuncia della Consulta, sebbene, nel caso sottoposto al giudice delle leggi, i pazienti non domandavano la semplice utilizzazione degli embrioni ai fini di ricerca a causa della morte di un membro della coppia, ma si richiedeva di destinare gli embrioni alla ricerca scientifica per la cura della malattia cui era affetta tanto la paziente quanto gli embrioni prodotti durante il ciclo di P.M.A.

Con la prima questione, infatti, si richiedeva la verifica di compatibilità costituzionale del divieto assoluto di sperimentazione, allorquando risulti accertata la preclusione all’impiego della cellula specializzata nei trattamenti di P.M.A. al fine di destinare la medesima per altri scopi costituzionalmente rilevanti, quale è la ricerca scientifica. Tale contro-interesse è funzionale al pieno godimento del diritto alla salute e rappresenta un interesse tutelato dalla Costituzione. Inoltre, si segnalava l’incoerenza del dettato normativo italiano che, da un lato, consente l’importazione di linee cellulari embrionali dall’estero per la ricerca scientifica ottenute con il c.d. “embrionicidio” straniero e consente all’art. 13 comma 2° la ricerca clinica e, dall’altro, si preclude l’utilizzo degli embrioni crioconservati italiani, non suscettibili di alcuna applicazione nella procreazione assistita data la diagnosi di patologie genetiche²⁴³.

Con la seconda questione, invece, si richiedeva la verifica dell’art. 6, comma 3°, l. n. 40/2004 nella parte in cui preclude la revoca del consenso una volta intervenuta la fecondazione dell’oocita, in quanto rappresenterebbe una palese violazione dei diritti del paziente, il quale risulterebbe «espropriato della possibilità di revocare l’assenso al medico di eseguire atti sicuramente invasivi della propria integrità psico-fisica».

La Consulta ha dichiarato, però, inammissibile la questione di legittimità proposta con riferimento all’art. 6 e infondata la questione concernente l’art. 13. Richiamando i principi sanciti in precedenza e quanto affermato dalla Corte EDU, il giudice considera che l’ibernazione perpetua degli embrioni non costituisce pratica rispettosa della tutela che il legislatore intende accordare all’embrione. Ciononostante, questa ragione non giustifica l’impiego ai fini di sperimentazione degli embrioni, come se fossero semplici gameti, questi ultimi sì inquadrabili nella categoria delle cose (*res*), e disponibili per il

²⁴³ Sul punto, si veda C. Pardini, *Libertà di ricerca scientifica e tutela dell’embrione*, cit., p. 791.

soggetto che ne ha la titolarità genetica. Sicché l'alternativa alla crioconservazione deve essere predisposta dal legislatore, nel cui potere discrezionale rientra l'elaborazione di una disciplina apposita, rispettosa della soggettività in esame.

Inoltre, il legislatore dovrebbe intervenire sulla disciplina del consenso informato, perché nell'attuale paradigma – a parere della Consulta – il medesimo non consente di destinare gli embrioni alla ricerca perché al paziente non è consentito revocare il consenso all'impianto dell'embrione una volta intervenuta la fecondazione dell'ovulo.

Sebbene alla pronuncia non sia conseguito l'effetto demolitorio ormai abituale, il giudice costituzionale perviene ad affermazioni più nette sullo statuto giuridico dell'embrione.

Anzitutto, si esclude senza dubbio l'applicabilità di un regime patrimoniale²⁴⁴ all'embrione in stato di crioconservazione, quand'anche affetto da patologia genetica.

Al contempo, pare escludersi pure l'equiparazione degli embrioni alle persone fisiche: anche se appartenenti alla specie umana, gli embrioni non sono nella condizione di manifestare la propria decisione con riguardo alla sperimentazione.

In aggiunta, si conferma la nuova accezione del consenso informato nel biodiritto: esso veicola l'autodeterminazione terapeutica ma, in aggiunta, imprime sulle cellule una destinazione specifica da cui la clinica non può successivamente deviare.

Alla luce delle argomentazioni proposte dalla Consulta nel caso di specie, non appare più procrastinabile un intervento normativo ed uno statuto dell'embrione, distillato in regole giuridiche capaci di cogliere la cifra degli elementi di estrazione scientifica, capaci di evolvere più velocemente del dettato normativo italiano.

3.6. Le fecondazioni *post mortem*.

La l. n. 40/2004, a norma dell'art. 5, prescrive che le tecniche di procreazione medicalmente assistita possano essere utilizzate su pazienti di sesso diverso, in età potenzialmente fertile e affetti da condizioni di sterilità, purché «persone (...) entrambe viventi». L'art. 12, successivamente, commina una sanzione amministrativa di natura pecuniaria a chi applica le tecniche di P.M.A. a coppie i cui componenti non sono entrambi viventi.

²⁴⁴ I. Rivera, *La Corte costituzionale torna sulla sperimentazione sugli embrioni*, cit., p. 313.

Nonostante l'apparente chiarezza del dettato normativo sul punto, l'interpretazione della norma ha rappresentato e continua a rappresentare terreno fertile per il dibattito dottrinale e giurisprudenziale circa i margini di applicazione delle tecniche fecondative *post mortem*.

Difatti, le tecniche in esame²⁴⁵ possono consistere in procedure assai eterogenee tra loro²⁴⁶. Si pensi, ad esempio, all'impiego di embrioni crioconservati da parte del *partner* superstite in conformità alle determinazioni espresse mediante testamento o disposizioni anticipate da parte del *partner* deceduto, all'impiego di gameti crioconservati sulla base di un consenso espresso del *partner* durante il procedimento di formazione degli embrioni e poi deceduto oppure senza alcuna determinazione da parte di quest'ultimo oppure ancora all'espianto di gameti nell'immediatezza della morte per conseguire tecniche di P.M.A., quale forma di espianto da persona deceduta. Quest'ultima tecnica, nota nella letteratura scientifica²⁴⁷ come *posthumous sperm retrieval*, non è stata mai oggetto di vaglio da parte della giurisprudenza italiana, sebbene si tratti di una tecnica disponibile da quasi settanta anni. La tecnica consiste in una forma di espianto di cellule da soggetto deceduto, possibile mediante l'abbassamento della temperatura corporea dopo la morte, per preservare la vitalità dei gameti nelle ore successive al decesso, ed il prelievo da parte di medici autorizzati. L'espianto, in tal caso, dovrebbe soggiacere alle regole della donazione di organi e tessuti da soggetto deceduto.

L'art. 5 consente l'accesso alla fecondazione assistita a soggetti viventi, ma nulla dice attorno all'utilizzo dei gameti già prelevati o degli embrioni già prodotti dopo il decesso di uno dei due soggetti aderenti alle procedure. La disposizione sembra allora escludere solo l'utilizzo delle tecniche da ultimo menzionate, ovverosia l'espianto da soggetto defunto di gameti per l'utilizzo procreativo.

Il successivo art. 12, comma 2°, diversamente, sembra comminare la sanzione ad un numero più ampio di tecniche, in quanto commina le sanzioni a chi applica le tecniche a coppie i cui componenti non sono entrambi viventi. La latitudine applicativa della

²⁴⁵ *Post mortem assisted reproduction* o più comunemente *posthumous sperm retrieval*.

²⁴⁶ In questo senso, si veda L. d'Avack, *Il progetto filiazione nell'era tecnologica. Percorsi etici e giuridici*, III ed., Torino, 2016, p. 185. L'A. osserva che «considerato che la PMA si articola in varie fasi e diversi momenti, si sarebbe dovuto da parte del legislatore indicare con chiarezza in quale di questi si pretendesse che i genitori siano entrambi viventi».

²⁴⁷ Sul punto, si veda R.D. Orr-M. Siegler, *Is posthumous semen retrieval ethically permissible?*, in *Journal of Medical Ethics*, 28, 5, p. 299-302.

sanzione appare senza dubbio ampia e, seppure senza specificazione alcuna, risulta estesa ben oltre il momento fecondativo.

E allora ci si chiede se vi sia spazio per la fecondazione *post mortem* di cellule già espiantate da soggetti viventi. Il dubbio è di non poco momento, considerato che la procreazione assistita si compone di una serie articolata di fasi, dilazionate nel tempo e addirittura negli anni, specie a fronte del ricorso alla crioconservazione in vitro sempre più comune e vantaggiosa nei costi.

Per risolvere il dubbio ermeneutico ingenerato dal difetto di *clare loqui* occorre verificare se l'interpretazione possa essere guidata da elementi di significazione del breve enunciato. Appare allora imprescindibile ricostruire la *ratio* che illumina le disposizioni citate.

Come si evince dalla analisi dei lavori preparatori e dalle relazioni accompagnatorie al progetto di legge, il divieto è stato introdotto per precludere qualunque forma di c.d. fecondazione *post mortem* o postuma, ossia per evitare che il nato da P.M.A. venga ad esistenza già orfano biologico²⁴⁸.

Se già è parso controverso il riconoscimento del diritto del concepito a nascere o a non nascere se non sano, maggiori dubbi sono sorti, in dottrina, sul diritto del nascituro a non nascere se orfano²⁴⁹.

In secondo luogo, l'inserimento del divieto rispondeva a supposte esigenze di certezza del diritto e di uguaglianza del nato da P.M.A. rispetto agli altri soggetti concepiti mediante procreazione naturale. Infatti, come si legge dalle relazioni al D.D.L. Bolognesi già illustrato, il divieto obliterava il rischio che il nato da P.M.A. potesse soggiacere a regole diverse da quelle tese a regolare lo *status filiationis* nel codice civile²⁵⁰. In questo modo si anelava un trattamento egualitario, obliterando però la diversità sostanziale del

²⁴⁸ L. d'Avack, *Il progetto della filiazione nell'era tecnologica*, cit., p. 185. Secondo l'A, la ragione a fondamento della proibizione è la seguente: «l'embrione nasce con un solo genitore in base ad una decisione a priori, e non per circostanze fattuali imprevedibili che si possono determinare nel periodo che intercorre tra la formazione dell'embrione e l'impianto».

²⁴⁹ F. Gazzoni, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, 1, p. 168 ss.

²⁵⁰ La relazione di maggioranza sul DDL Bolognesi includeva tale divieto tra le regole a tutela del nato da P.M.A. e tra le operazioni aberranti e produttive di scandalo sociale: «L'opinione pubblica è scossa dalla cronaca quotidiana che presenta un'ampia casistica, talvolta con nomi e cognomi. Bambini nati con tecniche post-mortem, uteri in prestito o in affitto con il relativo risvegliarsi dell'istinto naturale della maternità nella donna portatrice dell'embrione, degli scambi di seme paterno con conseguenti impreviste malattie genetiche, delle mamme nonne, delle decine di migliaia di embrioni umani congelati che sono a rischio e che non si sa che fine faranno, sui quali è persino lecito effettuare le più aberranti sperimentazioni in quanto in assenza di una legge sono considerati al pari di semplici oggetti».

procedimento procreativo artificiale in violazione del principio di uguaglianza sostanziale, nelle declinazioni di ragionevolezza e proporzionalità.

In addizione, è possibile riscontrare una evidente aporia sistematica nella disciplina dei divieti ed una ulteriore forma di violazione del principio di uguaglianza sostanziale. Difatti, per ragioni non dissimili a quelle che hanno condotto al divieto di procreazione *post mortem*, il legislatore ha vietato nella l. n. 40/2004 la fecondazione con donazione di gameti da terzi. Tuttavia, la presenza di un simile divieto non ha persuaso il legislatore dal prevedere – già prima della dichiarazione di illegittimità costituzionale – il riconoscimento di uno *status filiationis* tra i genitori intenzionali e il figlio nato da tecniche allogeniche, in coerenza con la necessaria tutela del nato rispetto alle scelte procreative dei pazienti in spregio alla legge. Diversamente, in caso di fecondazione *post mortem* il divieto non si accompagna a regole capaci di tutelare il figlio, una volta sopravvenuta la nascita in contrasto con il divieto²⁵¹. Anzi, le presunzioni del diritto civile appaiono deboli dinanzi al fenomeno della crioconservazione con successiva fecondazione postuma.

Dal breve esame comparato del trattamento riservato al nato in contrasto con i divieti di cui alla l. n. 40/2004 è dato comprendere che non solo si può dubitare del perimetro applicativo del divieto di inseminazione e fecondazione postuma, bensì occorre comprendere quali siano le conseguenze sul piano giuridico della instaurazione di una simile tecnica in difetto di una regola che sancisca la genitorialità dei genitori intenzionali, anche sopravvenuta la morte di uno di questi.

Il tema è stato affrontato dalla giurisprudenza di merito nel corso del tempo per far luce nella oscurità del dettato normativo e, da ultimo, dalla Suprema Corte. Dunque, pure in mancanza di una declaratoria di illegittimità costituzionale, come invece accaduto nei casi illustrati precedentemente, l'interpretazione fornita in sede pretoria ha concorso a modificare l'assetto del divieto di fecondazione postuma.

²⁵¹ *Contra*, G. Oppo, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 2, p. 105 ss. L'A. afferma che il divieto vada inteso nel senso che «non è consentita l'utilizzazione del seme del non vivente, non nel senso che non sia consentito l'impianto di embrione formato in vita da entrambi i coniugi o conviventi. Chi decede dopo la formazione dell'embrione è da equiparare a chi decede dopo il concepimento: il tempo dell'impianto non può condizionare lo stato del nato da fecondazione tra soggetti viventi. Ma la stessa conclusione è proponibile anche per l'ipotesi di utilizzazione del seme del coniuge o convivente defunto. Se l'origine del nato non è messa in forse, il suo stato non dovrebbe essere pregiudicato dall'inosservanza del limite, salva la applicazione delle sanzioni comminate dalla legge».

Con una prima pronuncia del Tribunale di Bologna, la giurisprudenza di merito ha adottato la soluzione propugnata dalla maggioritaria dottrina²⁵² e ha affermato che allorquando le fasi relative al *pick up* dei gameti e alla specializzazione delle cellule sono intervenute quando i pazienti erano entrambi ancora in vita non risulta precluso il successivo trasferimento in utero degli embrioni. Dunque, si suddivide il procedimento in due fasi e solo la prima soggiace al criterio di cui all'art. 5: l'inseminazione e la fecondazione devono necessariamente verificarsi alla luce del criterio di cui all'art. 5, diversamente il presupposto non è richiesto per il trasferimento intrauterino.

Le ragioni di tale impostazione esegetica si individuano nelle linee guida attuative della legge e negli interessi tutelati dal dettato normativo interpretato in via sistematica: le linee guida del 2015 prevedono che «la donna ha sempre il diritto ad ottenere il trasferimento degli embrioni crioconservati». In secondo luogo, è stato affermato, in simili vicende deve prevalere «l'interesse alla tutela del concepito sul modello ordinario della genitorialità bi-parentale»²⁵³ e dunque smentendo il diritto a non nascere orfano biologico, paventato in sede di redazione della legge 40. Dunque, l'interprete predilige l'impiego della cellula specializzata nonostante la morte di uno degli aderenti alle tecniche anziché tutelarne il diritto alla bi-genitorialità prima del momento in cui il medesimo possa divenire un soggetto di diritto.

Nella pronuncia citata emessa dal Tribunale di Bologna, è stata raggiunta una simile conclusione. Nella vicenda al vaglio dei giudici, però, si è precisato che le tecniche di formazione degli embrioni sono intervenute prima della entrata in vigore della c.d. legge 40, e, solo dopo aver mantenuto lo stato di crioconservazione fino alla morte del marito, la moglie chiedeva in vigenza della legge citata il trasferimento in utero. Il giudice, in tale pronuncia, interpreta l'*iter* fecondativo e di trasferimento uterino al pari di un procedimento unico e senza soluzione di continuità, ancorché avviato decenni prima

²⁵² A. D'Aloia-P. Torretta, *La procreazione come diritto della persona*, in Aa.Vv., *Trattato di biodiritto*, P. Zatti e S. Rodotà (a cura di), Milano, 2011, p. 1353 ss. Gli Aa. osservano che «se dopo la fecondazione dell'ovulo è formalmente irrilevante anche la revoca del consenso (ai sensi dell'art. 6, comma 3 legge n. 40/2004), non si vede perché dovrebbe rilevare in termini così forti, vale a dire bloccando il processo di nascita di un nuovo soggetto, il decesso del partner di sesso maschile». A medesime conclusioni sembra pervenire pure M. Faccioli, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Dig. civ.*, Torino, 2007, 2, p. 1051 ss.

²⁵³ Trib. Bologna, sez. I, 16 gennaio 2015, in *Fam. dir.*, 2015, 5, p. 488 ss., con nota di A. Scalera, *Sulla legittimità dell'impianto post mortem di embrioni crioconservati*.

dell'impianto in utero, dunque solo sospeso per il tramite della ibernazione in vitro e mai concluso con l'epilogo dell'*embryotransfer* o con l'abbandono degli embrioni²⁵⁴.

A simili conclusioni è pervenuto recentemente pure il Tribunale di Lecce²⁵⁵. Il giudice pugliese ha consentito il trasferimento degli embrioni crioconservati anche dopo la morte del coniuge, muovendo dalla interpretazione sistematica del dettato normativo.

Segnatamente, consentire l'epilogo delle tecniche di P.M.A. anche all'esito del decesso del *partner* di sesso maschile deriverebbe proprio dalla lettura combinata del divieto di soppressione embrionaria, del termine per la revoca del consenso fissato alla fecondazione dell'ovocita, del divieto di crioconservazione oltre i limiti dell'art. 14, ridisegnati dalla Corte costituzionale, nonché del diritto della donna di conseguire sempre l'impianto di embrioni crioconservati, come sancito anche dalle linee guida del 2015.

Di tali approdi ha fatto recentemente applicazione la Suprema Corte per la rettifica dell'atto di nascita del figlio nato da fecondazione *post mortem*²⁵⁶. La Cassazione ha osservato che sussiste lo *status filiationis* del nato da tali tecniche rispetto al defunto padre, allorquando quest'ultimo abbia validamente prestato il consenso alla fecondazione prima della formazione dell'embrione avvenuta con i propri gameti crioconservati, poiché tale consenso non è stato e non può essere revocato secondo la legge.

Diversamente, osserva la prima sezione, non appaiono applicabili quelle regole del codice civile (art. 234 c.c.) utilizzabili nella sola procreazione naturale, per via della *ratio* da cui discendono. In tal modo viene smentita in sede pretoria anche la seconda ragione giustificativa del divieto, la quale impone di trattare fecondazione naturale ed artificiale obliterando le peculiarità di ciascuna e violando il principio di uguaglianza sostanziale, nelle sue declinazioni di ragionevolezza e proporzionalità.

²⁵⁴ Le conclusioni raggiunte dal Tribunale di Bologna si pongono nel solco dell'approdo raggiunto dalla giurisprudenza prima della entrata in vigore della legge 40. Sul punto si veda Trib. Palermo, 8 gennaio 1999, in *NGCC*, 1999, 1, p. 221 ss.: «Il contratto di opera professionale intercorso tra i coniugi ed un centro per la riproduzione medicalmente assistita, avente ad oggetto la formazione "in vitro" di embrioni ed il successivo impianto, conserva validità anche dopo la morte del marito. Pertanto, sussiste il diritto della moglie di richiedere l'impianto "post mortem", atteso che il rifiuto di procedere a tale impianto contrasta con il diritto alla vita del nascituro e con il diritto all'integrità psicofisica della madre, i quali a loro volta segnano il limite entro cui può ricevere tutela il diritto costituzionale dei minori all'inserimento in una famiglia completa».

²⁵⁵ Trib. Lecce, 24 giugno 2019, n. 2190, in *D&G*, 8 agosto 2019; in *Gius. Civ.*, 10 dicembre 2019, con nota di D. Giunchedi, *L'impianto intrauterino degli embrioni dopo il decesso del marito*.

²⁵⁶ Cass. civ., sez. I, 15 maggio 2019, n. 13000, in *D&G*, 16 maggio 2019; in *Ilfamilarista*, 20 novembre 2019, con nota di A. Figone, *Fecondazione omologa post mortem: nell'atto di nascita la paternità in capo al padre defunto*; in *Dir. fam. pers.*, 2019, 3, p. 1229 ss., con nota di F. Zappatore, *Fecondazione omologa c.d. post mortem: regole e principi di determinazione dello status filiationis in una recente pronuncia di legittimità*.

L'applicazione delle regole codicistiche impedirebbe al figlio nato da diversa procedura di conseguire lo *status* filiale, sulla base di norme che non sono state formulate per tecniche che rendono «possibile il differimento della nascita, senza per questo incidere sulla certezza della paternità biologica»²⁵⁷. Le disposizioni del codice, come è noto, sono state formulate in un periodo storico in cui le tecniche di fecondazione apparivano ancora una fantasia²⁵⁸. Sicché le regole erano predisposte per ascrivere la relazione parentale tra soggetti avvinti da legame biologico per il tramite di presunzioni, le quali nei trattamenti di P.M.A. appaiono desuete ed irrilevanti perché il legame è agevolmente determinabile e peraltro il legame genetico e biologico può difettare proprio perché il trattamento è funzionale al superamento di condizioni di sterilità o infertilità e per evitare la trasmissione di patologie genetiche di carattere ereditario.

Dunque, sulla base di tali considerazioni della Suprema Corte, seppure a sezioni semplici, la legge 40 presenta un sistema alternativo di regole, speciale rispetto a quello codicistico, che ascrive particolare rilevanza alla genitorialità intenzionale, ridimensionando la rilevanza del dato biologico e genetico.

Le tre pronunce menzionate, tuttavia, si riferiscono ad una specie nel *genus* di fecondazioni postume: si riferiscono alla legittimità del trasferimento uterino di una cellula già specializzata prima del momento della morte dell'aderente di sesso maschile alle tecniche di P.M.A., mentre nulla si dice circa le diverse tecniche di espanto postumo o di fecondazione postuma in senso stretto da cellule riproduttive crioconservate.

Per tali casi appare utile l'esame della recente disciplina introdotta dalla l. 10 febbraio 2020, n. 10, recante le norme in materia di disposizione del proprio corpo e dei tessuti *post mortem* a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica²⁵⁹.

²⁵⁷ A. Figone, *Fecondazione omologa post mortem: nell'atto di nascita la paternità in capo al padre defunto*, in *Ilfamiliarista*, 20 novembre 2019.

²⁵⁸ Il riferimento non è generico: le tecniche di riproduzione artificiale, tempo prima del loro perfezionamento, hanno costituito l'oggetto di un noto romanzo distopico, *A Brave New World*, nato dalla penna di Aldous Huxley nel 1932, il quale immagina, in un mondo distopico, uno stato totalitario in cui ogni aspetto della vita viene pianificato in nome del razionalismo produttivistico e tutto è sacrificato al mito del progresso, a partire dalla nascita. I cittadini sono concepiti e prodotti industrialmente in provetta, successivamente però sono liberi dalla fame, guerra, malattie e possono accedere liberamente a ogni servizio, tuttavia sottoposti a condizionamento chimico e psichico, teso a sollecitare il consumismo. Il romanzo visionario di Huxley è soventemente citato in sede parlamentare e nelle relazioni illustrative ai progetti di legge più restrittivi sull'impiego delle cellule riproduttive e degli embrioni.

²⁵⁹ Nella seduta del 29 gennaio la XII Commissione affari sociali della Camera ha approvato in sede legislativa, all'unanimità, in via definitiva, la proposta di legge A.C. 1806, già approvata dal Senato, recante Norme in materia di disposizione del proprio corpo e dei tessuti *post mortem* a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica. Si tratta di un provvedimento che ha conseguito l'approvazione da parte dell'Assemblea del Senato in data 29 aprile 2019. Va ricordato che la materia è stata più volte affrontata durante le passate Legislature. Nel corso della XVII Legislatura, il Testo unificato delle proposte A.C. 100

La legge neo-introdotta²⁶⁰, entrata in vigore a partire dal 19 marzo 2020, consente atti di disposizione del proprio corpo e dei tessuti secondo i principi di solidarietà e di proporzionalità, mutuando la dizione, parti del corpo, dall'art. 5 c.c., che vieta gli atti di disposizione del corpo e di alterazione, fatta eccezione per i casi espressamente consentiti dalla legge.

Una volta dichiarata la morte, a norma dell'art. 1, l. 29 dicembre 1993, n. 578, ovverosia con la verifica della cessazione irreversibile delle funzioni dell'encefalo²⁶¹, il corpo del defunto deve essere conservato per almeno ventiquattro ore prima di essere destinato all'uso previsto dalla determinazione del soggetto.

La destinazione viene designata prima della morte con le medesime forme previste per le disposizioni anticipate di trattamento (D.A.T.)²⁶² di cui all'art. 4, comma 6°, l. 22 dicembre 2017, n. 219, recante le norme per il consenso informato alle cure e le disposizioni anticipate di trattamento. La normativa in materia di consenso informato e D.A.T. viene richiamata in via analogica.

Il comma 6°, in combinato disposto con il successivo comma 7°, stabilisce i requisiti di forma delle D.A.T., le quali devono essere redatte mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata oppure scrittura privata consegnata personalmente dal disponente presso le strutture sanitarie delle Regioni che adottano modalità telematiche di gestione della cartella clinica o il fascicolo sanitario elettronico o altre modalità informatiche di gestione dei dati del singolo iscritto al servizio sanitario nazionale²⁶³. Per i soggetti che

(Binetti), A.C. 702 (Grassi ed altri) e A.C. 1250 (Dorina Bianchi) è stato approvato in sede legislativa dalla XII commissione affari sociali della Camera. Trasmesso al Senato (A.S. 1534) l'esame non è proseguito a causa dello scioglimento delle Camere.

²⁶⁰ Per un commento, R. Masoni, *In G.U. disposizioni del proprio corpo post mortem*, in *IlFamiliarista*, 11 marzo 2020.

²⁶¹ La l. n. 578/1993 stabilisce che la morte si identifica con la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo. Tale condizione può presentarsi in seguito ad un arresto prolungato della circolazione sanguigna (elettrocardiogramma piatto per non meno di venti minuti) o per una lesione devastante e definitiva dell'intero cervello. In questo secondo caso i medici eseguono accurati accertamenti clinici e strumentali per stabilire la causa precisa della lesione e la contemporanea presenza delle seguenti condizioni: stato di incoscienza; assenza di tutti i riflessi del tronco dell'encefalo; assenza di respiro spontaneo dopo la massima stimolazione (test di apnea); assenza di attività elettrica cerebrale all'elettroencefalogramma alle massime amplificazioni. L'art. 4 del decreto ministeriale 11 aprile 2008, n. 136 (che aggiorna il D.M. 22 agosto 1994 n. 582) sancisce che, per tutti e indipendentemente dal trapianto, la durata dell'osservazione ai fini dell'accertamento della morte deve essere non inferiore a sei ore per gli adulti e i bambini di età superiore ai sei anni; sotto i sei anni di età sono richiesti ulteriori test strumentali.

²⁶² Le disposizioni anticipate di trattamento sono dichiarazioni attraverso le quali ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi, può esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari.

²⁶³ La legge di bilancio 2018 (l. n. 205/2017, articolo 1, commi 418 e 419) ha previsto l'istituzione, presso il Ministero della salute, di una banca dati destinata alla registrazione delle DAT e ha autorizzato, per

versano in condizioni che precludono la redazione in forma scritta delle disposizioni anticipate è possibile il ricorso a videoregistrazioni o, nel caso in cui la persona abbia delle disabilità, attraverso dispositivi che consentono di comunicare. Successivamente tali dichiarazioni vengono inserite da parte dei sanitari all'interno della cartella clinica e del fascicolo sanitario elettronico.

La determinazione in ordine alla destinazione delle parti del proprio corpo e dei tessuti è, in conformità al dettato della l. n. 219/2017 libera, priva di condizioni, gratuita, irrinunciabile, revocabile sempre in via espressa e tacita, modificabile con una dichiarazione altra e diversa, fino all'*exitus* del predisponente. La revoca deve essere comunicata all'Azienda Sanitaria di appartenenza per l'aggiornamento della Banca Dati nazionale²⁶⁴.

Proseguendo nella analisi della novella, si afferma che le parti del corpo e i tessuti possono essere destinati esclusivamente allo studio, alla formazione e alla ricerca scientifica²⁶⁵. Si tratta di destinazioni "fisse". Al disponente, così come pure al soggetto nominato come fiduciario, non si attribuisce un potere di disposizione assoluto. Diversamente, il legislatore individua in via esclusiva nei fini di studio, formazione e ricerca scientifica le destinazioni ammesse dall'ordinamento per gli atti di disposizione del corpo *post mortem*, a norma dell'art. 1²⁶⁶.

In tal modo, pare esclusa la destinazione *post mortem* di cellule riproduttive non ancora espiantate, nelle forme di cui alla l. n. 10/2020, con finalità riproduttiva.

il 2018, la spesa di 2 milioni di euro. Recentemente, la legge di bilancio 2019 (art. 1, comma 573, della l. n. 145/2018) ha autorizzato la spesa di ulteriori 400 mila euro annui per l'esercizio a regime della Banca dati. Il regolamento, approvato con decreto 10 dicembre 2019, n. 168, ha disciplinato le modalità di raccolta delle copie delle D.A.T. nella banca dati nazionale prevedendone la disciplina, i contenuti informativi e i soggetti autorizzati ad alimentarla, oltre che le modalità di accesso ai dati. Una specifica norma è volta a prevedere l'interoperabilità tra la Banca dati nazionale, la Rete unitaria del notariato e le altre banche dati regionali previste dalla legge in esame. Dunque, al pari delle D.A.T. anche le disposizioni circa la destinazione delle parti del corpo *post mortem* dovranno confluire in questa banca dati nazionale.

²⁶⁴ Nei casi in cui ragioni di emergenza ed urgenza impediscono di procedere alla revoca del consenso nelle forme di cui al comma 1, essa può essere espressa con dichiarazione verbale raccolta o videoregistrata da un medico, con l'assistenza di due testimoni.

²⁶⁵ Per la declinazione di tali destinazioni si rende necessario attendere il regolamento di attuazione di cui all'art. 8, nonché l'utile approccio ermeneutico della giurisprudenza e l'analisi della dottrina più attenta.

²⁶⁶ Il Consiglio Nazionale per la Bioetica con un proprio parere nel 2013, dedicato alla "Donazione del corpo *post mortem* ai fini di studio e ricerca" è stato il primo a richiamare l'attenzione sull'esigenza di innovare la legislazione in materia, dunque evidenziando l'opportunità di valorizzare le esigenze della scienza medica ed in particolare quelle della chirurgia. Per farlo, è stato evidenziato l'esperienza diretta sul cadavere si rivela insostituibile, agli effetti della dissezione anatomica, nella formazione degli studenti, degli specializzandi, come pure nell'aggiornamento. Per un approfondimento, R. Masoni, *In G.U. disposizioni del proprio corpo post mortem*, cit.

Una seconda ragione depone nel senso di tale approccio esegetico: le tecniche poc' anzi illustrate di c.d. *posthumous sperm retrieval*, conseguite con l'abbassamento della temperatura corporea per il *pick up* delle cellule nelle ore immediatamente successive alla morte, appaiono definitivamente escluse in ragione del limite delle ventiquattro ore, di cui all'art. 1, comma 4°: «Dopo il decesso e la dichiarazione di morte, il corpo del defunto deve restare all'obitorio almeno per ventiquattro ore prima di essere destinato allo studio, alla formazione e alla ricerca scientifica».

Da ultimo, sarà il regolamento di attuazione della recente legge a specificare i casi esclusi dal raggio applicativo della normativa in discorso, a norma dell'art. 8, comma 1°, lett. b)²⁶⁷.

²⁶⁷ La disposizione prevede: «Entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, con regolamento da adottare ai sensi dell'articolo 17, comma 1, lettera b), della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell'interno e con il Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, si provvede a b) indicare le cause di esclusione dell'utilizzo dei corpi dei defunti ai fini di cui alla presente legge»

CAPITOLO 2

L'EMBRIONE: LE TEORIE SULLA NATURA GIURIDICA

SOMMARIO: 1. - *Premessa sul metodo*; 2. - *Le teorie sulla natura giuridica dell'embrione*; 3. - *L'embrione come concepito*; 3.1. - *Il concepturo*; 4. - *L'embrione come soggetto di diritto*; 4.1. - *L'embrione come fanciullo*; 4.1.1. - *Gli argomenti contrari all'embrione fanciullo*; 5. - *L'embrione come "cosa in senso giuridico"*; 5.1. - *Le applicazioni giurisprudenziali dell'embrione come res*; 5.2. - *Il referente normativo della teoria dell'embrione come res*; 5.3. - *L'embrione come parte del corpo*; 6. - *La tesi processuale: l'applicazione del "metodo della innovazione"*, 6.1. - *L'argomento privatistico*; 6.2. - *L'argomento pubblicistico: l'emersione di nozioni giuridiche, di fasi temporali e di tutele ordinamentali gradualmente nel processo caratterizzante la vita nascente*; 6.3. - *L'argomento comparatistico*; 6.4. - *L'argomento giurisprudenziale*; 6.4.1.- *Il caso blackout e l'accidentale "perdita di idoneità" delle blastocisti*; 6.4.2. - *Lo scambio colposo delle blastocisti crioconservate*; 6.4.3. - *Il sequestro e la confisca degli embrioni*; 6.4.4. - *La nozione e la protezione brevettuale dell'embrione dinanzi alla CGUE*; 7. - *Considerazioni conclusive*.

1. Premessa sul metodo.

Dopo aver condotto l'analisi del passato e del presente del trattamento giuridico delle cellule riproduttive, è possibile indagare lo *status* dell'embrione o, come è più corretto dire all'esito della disamina che precede, la sua attuale configurazione nell'ordinamento italiano.

L'inquadramento della blastocisti «costituisce, dal punto di vista logico, un *prius* rispetto ad ogni altro intervento legislativo che riguardi l'inseminazione artificiale, le cellule staminali, i codici genetici e così via»²⁶⁸.

²⁶⁸ G. Alpa-G. Resta, *Le persone e la famiglia. Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile*, R. Sacco, Milano, 2006, p. 208; G. Alpa-A. Ansaldo, *Le persone fisiche. Artt. 1-10*, in *Il Codice Civile. Commentario*, P. Schlesinger-F.D. Busnelli (a cura di), Milano, 2013, p. 259; G. Alpa, *Introduzione. I diritti della persona*, in *NGCC*, 2020, 1, p. 5.

Tuttavia, poiché le regole sul trattamento degli embrioni intersecano acquisizioni scientifiche recenti, il giurista si trova dinanzi ad un bivio di carattere metodologico.

Anzitutto, l'interprete può sagomare le categorie dogmatiche già esistenti attorno alle peculiarità del nuovo fenomeno. Così procedendo si impiega il metodo dell'adattamento: secondo l'analisi condotta da autorevole dottrina²⁶⁹, questo percorso metodologico rappresenta una diffusa tecnica di interpretazione, con cui si suole ovviare al difetto di un incontrovertito inquadramento del nuovo istituto e che consente di dipanare i dilemmi esegetici tramite l'applicazione piana di regole che caratterizzano le tradizionali categorie sottoposte ad una ricca elaborazione dogmatica.

Ne consegue che attraverso questo metodo si addiende ad una estensione della categoria tradizionale ma non solo, in quanto l'inclusione del nuovo istituto nella categoria già elaborata consente di interpretare in via conservativa il nuovo dettato normativo rispetto ad ambiti in cui il nuovo ordito normativo appare lacunoso oppure ambiguo.

È proprio ricorrendo all'adattamento che i giuristi hanno inquadrato l'embrione entro le categorie della persona, della cosa²⁷⁰, del concepito, del fanciullo, di parte del corpo e l'applicazione di ciascuno di questi modelli, affinati dalla dogmatica, ha precipitati rilevanti.

Se considerato al pari di una *res*, l'embrione soggiace ad una logica latamente proprietaria, ancorché caratterizzata da innumerevoli limitazioni derivanti dal reticolato "a contenuto normativo costituzionalmente vincolato o necessario"²⁷¹. Tale impostazione richiede all'interprete di individuare il soggetto proprietario e l'ampiezza del potere di quest'ultimo sull'entità cosale²⁷².

Se inquadrato come parte del corpo, all'embrione sarà riservato un trattamento non dissimile da quello previsto per gli organi umani, i tessuti e le cellule. Seguendo tali coordinate ermeneutiche, l'embrione sarà sottoposto all'art. 5 c.c. e al potere di controllo del paziente derivante dal diritto all'autodeterminazione. Secondo quanto affermato dalla recente giurisprudenza, al titolare del potere è riservato un *droit de défense*, consistente nel diritto al risarcimento e l'eventuale restituzione della parte, ma non anche la

²⁶⁹ G. Alpa, *Introduzione. Diritti della persona*, in NGCC, 2020, 1, p. 6.

²⁷⁰ F.D. Busnelli, *Nascere (o anche «morire») con dignità: un difficile traguardo per l'embrione*, in *Persona e famiglia. Scritti di F.D. Busnelli*, Pisa, 2017, p. 129 ss.

²⁷¹ In questo senso, Corte cost., 10 ottobre 2005, n. 46-48, rv. 29128-29503, in *Italggiure*; così pure Corte cost., 10 febbraio 1997, n. 35, in *Foro it.*, 1997, 1, c. 672.

²⁷² *Infra* § 5.

retroversione dei profitti per l'illecita utilizzazione post-industriale della parte conservata.

Questa impostazione richiede di considerare che l'embrione deriva dalla commistione e dalla specializzazione di due gameti, anche non appartenenti alla coppia, i quali si combinano entro una cellula "unita" "specializzata" ed inscindibile, con la conseguenza che in capo al giurista si impone l'ulteriore quesito relativo alla scelta del paziente titolare del diritto su questa nuova parte del suo corpo.

Guardando le cose da un opposto angolo prospettivo, se tutelato al pari di una persona fisica vivente o di fanciullo la cellula sarà destinataria – tramite una *fictio iuris* - di diritti da parte dell'ordinamento, ancorché subordinati alla riuscita dell'impianto uterino e, in secondo luogo, alla nascita. Corollario di tale impostazione è l'attribuzione di diritti fondamentali, come accade al minore²⁷³. Si dovrebbe, coerentemente, riconoscere alla blastocisti una aspettativa giuridicamente protetta all'impianto.

Tuttavia, se qualificato alla stregua di un soggetto di diritto "pariteticamente considerato con gli altri soggetti già viventi"²⁷⁴ si pone il problema del bilanciamento degli interessi da tutelare: si pensi ai casi di revoca del consenso, di interruzione del trattamento di fecondazione prima del *transfer*, di diagnosi genetica preimpianto, ma anche ai casi di crioconservazione e di abbandono definitivo. Specie in tale ultima ipotesi, si pone l'ulteriore dubbio attorno alla applicabilità della disciplina in materia di adozioni²⁷⁵ di minori.

Diversamente operando, il giurista può seguire il percorso più arduo ed impervio e privilegiare il «metodo dell' "innovazione"»²⁷⁶, per tale intendendosi uno studio volto ad elaborare nuove nozioni giuridiche, al fine di selezionare le regole più idonee.

La categoria, allora, deve essere costruita sulla base della nuova disciplina e alla stregua del suo coordinamento con le eventuali disposizioni applicabili all'oggetto di analisi: attraverso questo sforzo esegetico, per vero più difficoltoso in un ordinamento cangiante e stratificato, l'interprete individua con maggiore precisione i contorni del

²⁷³ G. Alpa-G. Resta, *op. ult. cit.*, p. 212.

²⁷⁴ G. Alpa, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2020, p. 258.

²⁷⁵ Comitato Nazionale per la Bioetica, *L'adozione per la nascita (APN) degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita*, parere del 18 novembre 2005, in www.governo.it/bioetica. Tra le varie *chance* di utilizzo degli embrioni abbandonati, il Comitato Nazionale per la Bioetica con un proprio parere ha suggerito l'introduzione dell'istituto della Adozione per la nascita (A.P.N.) degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita. *Infra* § 4.3.

²⁷⁶ G. Alpa-G. Resta, *op. ult. cit.*, p. 210 ss.

nuovo istituto e presidia la certezza del diritto, la prevedibilità delle opzioni esegetiche e delle decisioni giudiziali, nonché la proporzionalità.

Solitamente, a fronte di nuovi settori lambiti dal diritto, il giurista predilige il metodo dell'adattamento, come accaduto per la regolamentazione del diritto delle telecomunicazioni, per i mercati finanziari, per la multiproprietà, per l'ambiente e via dicendo²⁷⁷. Tuttavia, occorre considerare che questo metodo, seppure proposto da accreditata dottrina²⁷⁸, non ha fornito agli interpreti risultati utili per quanto concerne il trattamento giuridico delle cellule riproduttive e degli embrioni umani. In questo senso, può essere valorizzato il *referendum* abrogativo ed il cospicuo numero di questioni di legittimità costituzionale, con cui la Consulta è stata chiamata a verificare la compatibilità con la Carta fondamentale di una normativa di appena diciotto articoli.

Ulteriore conferma del citato fallimento²⁷⁹ deriva dalle vicende²⁸⁰ che hanno riguardato il concreto trattamento degli embrioni nell'ultimo decennio. Proprio nei recenti e complessi casi giudiziari è emersa l'inefficienza delle categorie già note alla dogmatica e la necessità di intraprendere il percorso innovativo. Il pensiero corre allo scambio colposo di embrioni²⁸¹, al sequestro e alla confisca di embrioni²⁸² prodotti in spregio alle coordinate normative, alla rapina di ovociti²⁸³ mediante violenza consistente in fecondazione non consentita dal donatore e, infine, ai casi *blackout*²⁸⁴, ossia i danni

²⁷⁷ G. Alpa, *Lo statuto dell'embrione tra libertà, responsabilità e divieti*, in *Soc. dir.*, 2004, 1, p. 13 ss.

²⁷⁸ *Infra* §§ 3,4 e 5.

²⁷⁹ In questo senso si esprime A. Falzea, voce *Fatto vitale*, in *Teoria generale del diritto*, Milano, 1985, p. 509.

²⁸⁰ Per l'analisi delle fattispecie concrete che hanno sollevato dubbi in ordine alla applicabilità di categorie dogmatiche esistenti, *infra* § 6.3.

²⁸¹ Trib. Roma, sez. I, 10 maggio 2016, in *Eur. Dir. Priv.*, 2017, 1, p. 299 ss., con nota di I.A. Caggiano, *Lo scambio di embrioni e le modalità di formazione dello status di figlio: il caso emblematico dell'Ospedale Pertini*; in *Giur. it.*, 2016, 10, p. 2111 ss., con nota di L. Pascucci, *L'errore nell'impianto di embrioni: l'eccezionalità del caso entro od oltre i paradigmi legali esistenti?*; Trib. Roma, 8 agosto 2014 e 20 agosto 2014, in *Fam. dir.*, 2014, 10, p. 929 ss.

²⁸² Trib. Milano, 3 aprile 2017, Giud. Di Plotti, in *Dir. fam. pers.*, 2018, 4, p. 1382 ss., con nota di S.P. Perrino, *Gli embrioni "corpo del reato" e gli aventi diritto alla restituzione*; Cass. pen. sez. fer., 23 settembre 2016, n.39541, in *Riv. pen.*, 2016, 11, p. 973 ss.; Trib. Milano, 25 maggio 2016, Pres. Tacconi, in *Dir. pen. cont.*, 10 maggio 2016.

²⁸³ Cass. pen. sez. III, 19 agosto 2019, n. 36221, in *D&G*, 2019, 145, p. 7; Corte d'Appello di Milano, sez. III, 11 luglio 2019, pres. Mandrioli, inedita; Trib. Milano, sez. VIII, 31 maggio 2018, pres. Ponti, inedita. Il testo delle citate sentenze inedite è stato cortesemente messo a disposizione dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale Ordinario di Milano.

²⁸⁴ Trib. Milano, 21 maggio 2013, n. 7085, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 4, p. 1242, con nota di M. Gorgoni, *La distruzione accidentale di embrioni da annidare: ciò che la sentenza non dice*; *ibidem*, 2014, 3, p. 1054, con nota di M. Cicconi-T. Mangiulli-G. Montanari Vergallo-P. Frati-G. Bolino, *Profili medico-legali e giuridici circa due casi di scongelamento accidentale di ovociti ed embrioni crioconservati*.

derivanti dalla perdita di embrioni crioconservati per cattivo funzionamento delle bio-banche.

Ecco che, allora, per «per parlare di diritto e “spezzare il pane della dogmatica” è necessario rapportarsi [...] al fatto»²⁸⁵.

Come osserva altissima dottrina²⁸⁶, «la svolta rivoluzionaria che la cultura scientifica e tecnica ha impresso al processo biologico di riproduzione della specie umana [...] è di tale dimensione da non potere venire assorbita dal diritto costituito, modellato [...] in funzione dei fenomeni coordinati della procreazione naturale e del vincolo di sangue [...] richiede un radicale ripensamento di questo settore del diritto».

Si aggiunga pure che il metodo della innovazione costituisce la via privilegiata da innumerevoli ordinamenti stranieri, sebbene tra loro non uniformi²⁸⁷. Il perseguimento di uno studio improntato alla enucleazione di categorie e regole nuove, innovative delle tradizionali ed elaborate, dunque, ha già fornito risultati appaganti ed una sensibile riduzione del contenzioso in altre esperienze giuridiche. Non solo, in quanto ha avuto come conseguenza la riduzione del margine di discrezionalità del giudice nella soluzione delle complesse vicende sottoposte al suo sindacato.

2. Le teorie sulla natura giuridica dell'embrione.

Trentacinque anni fa Dionigi Tettamanti pose per primo il dilemma: «l'embrione è un semplice 'oggetto', termine di possibile manipolazione, oppure è un vero e proprio 'soggetto', avente quindi quella dignità personale che esige assoluto rispetto?»²⁸⁸.

La ricerca di una risposta al quesito impegna gli interpreti sin da quel momento²⁸⁹ ed acuisce il serrato dibattito attorno alle ormai note distinzioni tra oggetto e soggetto di diritto, tra capacità, personalità e soggettività²⁹⁰.

²⁸⁵ Si consenta il ricorso alle illuminanti parole di M. Rossetti, *La nuova responsabilità sanitaria nella giurisprudenza di legittimità*, Atti del Convegno di Roma, 27 novembre 2019, p. 13.

²⁸⁶ A. Falzea, *op. ult. cit.*, p. 509.

²⁸⁷ *Infra* cap. 3.

²⁸⁸ D. Tettamanti, *Bambini fabbricati. Fertilizzazione in vitro, embryo transfer*, Casale Monferrato, 1985, p. 80 ss.

²⁸⁹ S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, III ed., Milano, 2018, p. 73 ss.

²⁹⁰ G. Alpa, *Manuale di diritto privato*, XI ed., Milano, 2020, p. 225-227; G. Alpa-G. Resta, *Le persone e la famiglia. Vol. 1. Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in Aa.Vv. *Trattato di diritto civile*, R. Sacco (a cura di), Milano, 2006, p. 114 ss.; in particolare, si vedano gli atti dei convegni organizzati da Politeia: Aa.Vv., *La bioetica. Questioni morali e politiche per il futuro dell'uomo*, M. Mori (a cura di), Milano, 1991; Aa.Vv., *Quale statuto per l'embrione umano. Problemi e prospettive*, M. Mori (a cura di), Milano, 1992. Sul punto, non può essere elusa l'acuta riflessione di S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 162-163:

La questione torna ciclicamente ad assumere attualità in ragione della maggiore velocità acquisita dalle tecniche, del più facile reperimento di cellule ed embrioni tra stati, ma soprattutto a causa del ruolo che il diritto assolve nella società, per la soluzione di questioni sempre più complesse sotto il profilo sociale e scientifico. Si pensi, ad esempio, allo scambio di embrioni occorso pochi anni fa in un noto ospedale italiano²⁹¹, vicenda in cui il giurista, e segnatamente il Tribunale di Roma, è stato chiamato a risolvere la contesa.

Come sostenuto da autorevolissima dottrina²⁹², «l'uomo è soggetto di diritto non per i suoi caratteri etico-psicologici [...], né per la posizione dell'uomo in rapporto all'aspetto sociale del diritto [...], ma solo in virtù del riconoscimento formale da parte dell'ordinamento giuridico».

Si tratta di conclusione che promana direttamente dalla riflessione di Hans Kelsen: «la cosiddetta persona fisica non è (...) un uomo, bensì l'unità personificata delle norme giuridiche che attribuiscono doveri e diritti al medesimo uomo»²⁹³.

Siffatta opzione esegetica trova conforto anche negli approdi della giurisprudenza amministrativa: «Le linee guida in materia di procreazione assistita (...) hanno ad oggetto l'indicazione di procedimenti e tecniche (...), ma legittimamente esse non indicano quando un embrione divenga persona, trattandosi non di una nozione biologica ma di una convenzione umana, che deve riservarsi alla scelta politica discrezionale del legislatore»²⁹⁴.

In difetto di un formale riconoscimento²⁹⁵, appare utile osservare come gli interpreti hanno inquadrato lo *status* dell'embrione e sulla base di quali referenti normativi.

«L'invasione dell'artificialità scientifica e tecnologica mette radicalmente in discussione l'artificialità giuridica del soggetto. Ma di nuovo, la rilevanza attribuita alla persona in quanto tale non produce, nella dimensione giuridica, dissoluzione d'ogni riferimento generale, ma uno spostamento dell'attenzione su categorie costruite su dati espressivi della nuova realtà, come il consenso informato, l'integrità della persona, l'irriducibilità al mercato».

²⁹¹ I.A. Caggiano, *Lo scambio di embrioni e le modalità di formazione dello status di figlio: il caso emblematico dell'Ospedale Pertini*, in *Eur. Dir. priv.*, 2017, 1, p. 299 ss.

²⁹² A. Falzea, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, p. 62 ss. Si badi, però, perché nonostante l'impostazione marcatamente formale adottata nei suoi scritti, l'A. era altrettanto deciso nell'affermare l'imprescindibilità e la priorità dell'elemento fisio-psichico per il riconoscimento giuridico dell'individuo. Sul punto, cfr. id., voce *Capacità*, in *Teoria generale del diritto*, Milano, 1985, p. 143 ss.

²⁹³ H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, trad. it., a cura di M.G. Losano, Torino, 1966, p. 198.

²⁹⁴ TAR Lazio, sez. III-ter, 9 maggio 2005, n. 3452, in *Foro it.*, 2005, 128, c. 518.

²⁹⁵ Per la mancanza di una qualificazione giuridica di embrione e di feto, C.M. Mazzoni-M. Piccinni, *La persona fisica*, in *Trattato di diritto privato*, G. Iudica-P. Zatti (a cura di), Milano, 2016, p. 79-80.

Occorre muovere dallo studio delle teorie elaborate nel solco del metodo dell'adattamento: allo scopo sono state impiegate le categorie giuridiche di concepito, soggetto di diritto, fanciullo, cosa in senso giuridico e parte del corpo.

Successivamente, sarà sviluppata la tesi che costituisce applicazione in materia del metodo dell'innovazione²⁹⁶: la tesi c.d. processuale²⁹⁷. Per tale si intende una teoria secondo cui il trattamento giuridico dell'entità cellulare diverge per fasi, per contesti applicativi, per segmenti temporali prestabiliti dalla legge. A seconda di questi elementi caratterizzanti, è possibile distinguere l'embrione viabile all'impianto da quello cui è preclusa l'applicazione in un procedimento di fecondazione artificiale, l'embrione prodotto *in vivo* da quello conseguito *in vitro* e che deve essere necessariamente sottoposto a crioconservazione, l'embrione in attesa di impianto e l'embrione residuale abbandonato, l'embrione prodotto in conformità delle disposizioni normative e l'embrione "prodotto del reato" o conseguito mediante la violazione dei protocolli di sicurezza.

²⁹⁶ S. Rodotà invocava la distinzione tra embrione *in vitro*, l'embrione soprannumerario e l'embrione impiantato, così S. Rodotà, *Problemi posti dalla tutela giuridica dell'embrione in una società pluralista*, in Aa.Vv., *Quale statuto per l'embrione umano? Problemi e prospettive*, M. Mori (a cura di), Convegno internazionale, Milano, 1992, p. 129. In via non dissimile P. Zatti sostiene che non si può delineare uno statuto unitario e onnicomprensivo dell'embrione, diversamente appare più corretto collocare ogni problema nel suo contesto, ossia a seconda che si tratti di un procedimento di fecondazione oppure di una gravidanza iniziata o, ancora, del trattamento di un embrione vetrificato, così P. Zatti., *La sperimentazione sull'embrione: una prospettiva giuridica*, in *Bioetica. Riv. interdisc.*, 1993, p. 63; id., *Verso un diritto per la bioetica*, in Aa.Vv., *Una norma giuridica per la bioetica*, Mazzoni (a cura di), Bologna, 1998, p. 63 ss.; id., *Il diritto «materialista» e la continuità della vita prenatale*, in *Testimonianze, I diritti dell'embrione*, 2000, 412, p. 43 ss.; id., *Questioni della vita nascente*, in Aa.Vv., *Il governo del corpo. Trattato di Biodiritto*, Milano, 2011, p. 1307.

²⁹⁷ Si segnala che l'aggettivo "processuale", selezionato per individuare la teoria esaminanda, non fa riferimento al processo, quale sede di accertamento e di attuazione dei diritti. Diversamente, l'aggettivo è stato scelto poiché si riferisce al processo evolutivo che precede la nascita, caratterizzato da diversi segmenti temporali, contesti applicativi delle cellule e degli embrioni, nonché differenziate discipline applicabili. Non solo, in quanto il termine è impiegato al fine di contrapporre la teoria processuale alle teorie fondate sulla continuità biologica e genetica: *Infra* cap. 2 § 3 ss. La tesi è stata così denominata, in aggiunta, perché si colloca all'interno del più ampio orientamento c.d. gradualista, inaugurato in passato, durante la discussione per la introduzione di una disciplina per gli embrioni umani. Il gradualismo è stato per lungo tempo minoritario, specie con l'entrata in vigore della l. 19 febbraio 2004, n. 40: *Supra* cap. 1 § 2 Siffatta corrente ha riacquisito nuovamente attualità all'esito dell'erosione pretoria della legge, della menzionata "fuga dalla legge 40" ed in considerazione di un quadro normativo letto in chiave sistematica ed evolutiva. In questo senso si pongono, pure, alcune teorie elaborate in altri ordinamenti, quali le teorie di S. Harmon, G. Laurie, C. McMillan, nel solco del gradualismo, contrapposto al c.d. funzionalismo tuziorista: così M. Gorgoni, *La distruzione accidentale di embrioni da annidare: ciò che la sentenza non dice*, in *Resp. civ., prev.*, 2013, 4, p. 1242 ss., § 4 e ss. Infine, il lemma è stato individuato in ragione del suo significato nella lingua italiana: processo s. m. [dal lat. *processus* -us, propr. «avanzamento, progresso», der. di *procedere* «procedere». Il significato giuridico di processo come accertamento e attuazione dei diritti deriva, invece, dal latino medievale (ellissi di *processus iudici* «svolgimento del giudizio»); diversamente, in questa sede, si allude al suo significato generale come svolgimento, sviluppo, successione di fenomeni che presenti una certa unità o si svolga in modo omogeneo e regolare.

A seconda della fase o del contesto, diversa è la disciplina relativa alla destinazione della cellula, alla revoca del consenso informato all'impiego, alla sepoltura, all'applicazione delle regole codicistiche previste in materia di donazione o di successioni *mortis causa*; diverso è pure il titolare del potere di controllo sulla blastocisti.

3. L'embrione come concepito.

Per lungo tempo²⁹⁸ la blastocisti, in special modo nella fase extra-uterina²⁹⁹, è stata ignorata dal diritto e dai giuristi.

Siffatto approccio, in passato, poteva essere giustificato in ragione del difetto di autonomia dell'entità embrionaria. La blastocisti, infatti, non costituiva una entità suscettibile di osservazione fino alla messa a punto delle tecniche di fecondazione artificiale. Sicché i termini "concepito" ed "embrione" venivano impiegati come sinonimi per l'indisponibilità di una entità separata³⁰⁰. La concezione in esame seguiva l'antico brocardo «*qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelliguntur in rerum natura esse*»³⁰¹.

È solo con la fecondazione in vitro, le tecniche eterologhe, la crioconservazione che si palesano tanto al medico quanto al giurista entità separate suscettibili di diverso trattamento. Il brocardo richiamato è divenuto inconferente, poiché l'embrione può essere conservato fuori dall'utero.

²⁹⁸ F. Gazzoni, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito*, in *Dir. fam. pers.*, 1, 2005, p. 168 ss.

²⁹⁹ Sul punto F. Gazzoni, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito*, cit., p. 172.

³⁰⁰ G. Oppo, *Persona e famiglia. Scritti giuridici*, Padova, 1992, p. 96: secondo l'A., la giurisprudenza fa un uso improprio dei termini uomo ed embrione oppure di fase fetale o fase embrionale. L'A. condivide la tesi per cui il concepito è soggetto, ma esclude che l'embrione sia un concepito e che sia corretto per l'embrione il richiamo ai diritti fondamentali: «Con riguardo all'embrione, il richiamo ai diritti inviolabili dell'uomo non regge e la sua tutela dovrebbe trovare altro fondamento: meno che mai (sia detto per inciso) tale fondamento può essere identificato (come si è tentato di fare nella dottrina) in altri principi costituzionali che suppongono l'uomo e così nel principio di solidarietà o in quello stesso di tutela della salute»; id., *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, 1, p. 499 ss., l'A. risponde alle critiche mosse da L. Ferri ai civilisti in ordine all'inizio della vita umana affermando che «va detto che gli interpreti – e non solo i civilisti – avevano poco gioco stretti come erano tra la ricordata scelta dell'art. 1 del codice, da un lato, e la piena tutela penale della vita in formazione (...). Da allora molta acqua, e non tutta limpida, è passata sotto i ponti dell'ordine giuridico positivo». A. Bondolfi, *Alcune considerazioni di metodo attorno al cosiddetto «statuto dell'embrione»*, in Aa.Vv., *Quale statuto per l'embrione umano? Problemi e prospettive*, Convegno internazionale, Milano, gennaio 1991, p. 59. Impiegano i termini come sinonimi: M. Foglia, voce *Diritto a non nascere (se non sano)*, in *Dig. disc. priv.*, 2018, § 5.1.

³⁰¹ P. Catalano, *Osservazioni sulla persona dei nascituri alla luce del diritto romano (da Giuliano a Teixeira de Freitas)*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, p. 45; id. *Il nascituro tra diritto romano e diritti statali*, in A. Tarantino (a cura di), *Culture giuridiche e diritti del nascituro*, Milano, 1997, p. 89 ss.

Tuttavia, l'approccio non è mutato con il perfezionamento della tecnica procreativa asessuata. Anzi l'equiparazione blastocisti-nascituro è rimasta salda attraverso la sapiente elusione³⁰² del tema della natura giuridica oppure in virtù della ritenuta onnicomprensività del trattamento riservato dall'ordinamento all'*infans conceptus*³⁰³.

È la stessa Consulta a confermare in via apodittica l'equazione, nel dichiarare inammissibile il *referendum* abrogativo della legge 40³⁰⁴.

È, poi, la giurisprudenza di legittimità³⁰⁵ ad avallare la corrispondenza tra embrione e concepito. Ciò è avvenuto con le pronunce in cui sono state respinte le domande di disconoscimento di paternità *ex art.* 235 c.c., in ragione del limite temporale per la revoca del consenso alle tecniche P.M.A. L'art. 6 l. n. 40/2004, così come è stato interpretato dalla Suprema Corte, è posto a tutela anche del terzo, del concepito, deviando così dalla disciplina generale del consenso informato, in via generale sempre revocabile proprio perché posto a tutela esclusiva del paziente³⁰⁶.

Il concepito, tuttavia, ha radici storiche più profonde e radicate nell'ordinamento.

Il nascituro di cui all'art. 1, comma 2°, c.c. individua un concetto squisitamente giuridico, sconosciuto alla successione, nota all'embriologia, di zigote-morula-blastocisti-feto³⁰⁷.

³⁰² Si tratta della c.d. *dead end road*, talvolta adottata dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui "non è punto indispensabile elevare il nascituro a soggetto di diritto" allo scopo di dirimere il contrasto tra giudicati emerso in ordine alla legittimazione del nato al risarcimento del danno da nascita malformata.

³⁰³ Nel diritto romano non è mancata una riflessione attorno alla vita prenatale e si discuteva già del concepito. Secondo l'adagio latino, *Nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur*, Paul. 17 ad Plaut. D. 5.4.3. Conformemente all'antico brocardo del giureconsulto Paolo, l'*infans conceptus* era equiparato al nato. Per il tramite di una *fictio iuris*, il diritto romano imprimeva una condizione giuridica, condizionata alla nascita e alla sopravvivenza del feto. Per un approfondimento, P. Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1966, p. 38 ss., secondo cui il diritto romano era strettamente legato alla corporeità, il diritto non muoveva da una arbitraria anticipazione della soggettività o della condizione di persona, diversamente il nato era una persona eventuale, in fieri, che abbisogna dell'evento biologico della nascita per il riconoscimento delle situazioni giuridiche; G. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, II ed., Torino, 1998, p. 209 ss.; C. Fadda, *Diritto delle persone e della famiglia*, Napoli, 1910, p. 17 ss., secondo cui il concepito non è un «ente capace di diritti», ma «un possibile destinatario di diritti e, come tale, la legge ne tutela gli interessi».

³⁰⁴ *Supra* cap. 1.

³⁰⁵ Cass. civ., 18 dicembre 2017, n. 30294, in *Dir. fam. pers.*, 2018, 3, p. 823 ss., con nota di S.P. Perrino, *Il diritto all'autodeterminazione nella procreazione medicalmente assistita*.

³⁰⁶ F. Gazzoni, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito*, in *Dir. fam. pers.*, 1, 2005, p. 175. Sulle considerazioni a margine del consenso informato e alle discrasie tra l. n. 40/2004 e l. n. 219/2017, *supra* cap. 1.

³⁰⁷ La Federazione Internazionale di Ginecologia ed Ostetricia (FIGO) definisce la gravidanza come parte del processo di riproduzione umana che comincia con l'impianto del concepito nella donna, e finisce o con il parto di un neonato oppure con un aborto. In questo senso, cfr. *Ethical issues in obstetrics and gynecology*, FIGO Committee for the Study of Ethical Aspects of Human Reproduction and Women's Health, ottobre 2012. Con riferimento alle varie fasi e, segnatamente, alla differenziazione tra embrione e feto, v. G. Karp-N. J. Berrill, *Embriologia generale e differenziamento*, Padova, 1986, p. 305 ss.: dopo sei settimane dalla

Con il concetto in esame il legislatore del 1942 individuava l'essere umano *in fieri*, designava complessivamente tutta la vita prenatale, durante la fase della gestazione, quale che fosse il suo stadio di avanzamento³⁰⁸.

Il concepito è menzionato espressamente nel codice, all'art. 1. La disposizione, al comma 1°, individua il momento a decorrere dal quale la persona possiede la capacità giuridica, ossia l'attitudine o l'idoneità ad essere titolari di poteri e doveri giuridici³⁰⁹. Tuttavia, l'indicazione del concepito nel capoverso non mira ad attribuire in via anticipata l'idoneità ad essere titolari di situazioni giuridiche.

A norma del comma 2°, infatti, taluni diritti sono attribuiti prima della nascita al concepito attraverso una *fictio iuris*³¹⁰: l'entità che non ha ancora i requisiti necessari per integrare la persona fisica delineata dal codice, ma a cui è riservata una qualche tutela dall'ordinamento in materia di successioni e donazioni per la sua proiezione nel futuro.

Altri referenti normativi recanti la menzione espressa dell'istituto sono individuabili all'art. 254 c.c. in tema di riconoscimento del figlio, all'art. 462 c.c. per quanto concerne la capacità di succedere, all'art. 643 c.c. sull'amministrazione dei beni ereditari devoluti ai nascituri, all'art. 784 c.c. per la donazione in favore di un concepito e, infine, dall'art. 715 c.c. in tema di divisione.

L'equazione embrione-nascituro ha indotto alcuni interpreti ad ascrivere anche alla cellula specializzata, a seconda della tesi prediletta, una capacità giuridica

fecondazione l'embrione non è più definito tale, ma feto per "sottolineare che è iniziata un'altra fase dell'esistenza. Alla fine del secondo mese possiamo dire con una certa sicurezza che l'utero racchiude una persona, con tutto l'equipaggiamento di base e qualche sensibilità, ma ancora con un lunghissimo cammino da percorrere per essere completamente umano". Mentre secondo P. L. Williams-C. P. Wendel-Smith, *Embriologia*, Milano, 1981, p. 145 deve essere fornita una diversa divisione degli stadi di sviluppo: fino alla terza settimana si tratterebbe di stadio pre-embriionale, dalla quarta fino all'ottava di stadio embriionale e dalla nona fino alla nascita di fase fetale.

³⁰⁸ G. Oppo, *Persona e famiglia. Scritti giuridici*, Padova, 1992, p. 86 ss.

³⁰⁹ Se questa è l'impostazione ormai consolidata, non sono mancate autorevoli voci che hanno descritto la capacità giuridica come misura della personalità, operano una distinzione tra capacità e personalità. Nell'ambito di questa seconda tendenza si pongono due posizioni: da un lato, vi è chi, come Canelutti, sostiene la possibilità di graduazione della capacità rispetto alla personalità, quest'ultima assurge a invariabile attributo dell'uomo; dall'altro, si pone chi, come Trabucchi, descrive la capacità come sfera entro la quale la persona si muove o costituisce misura in cui la personalità può applicarsi, come ad esempio Santi Romano. Cfr. P. Stanzone, *sub art. 1 c.c.*, in *Commentario al Codice Civile Cendon*, 2009, p. 468-469; P. Zatti, *Questioni della vita nascente*, cit., p. 1310 ss.

³¹⁰ *Ex multis*, F. Gazzoni, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, cit., p. 185.

prenatale³¹¹ oppure una forma di capacità anticipata³¹² o provvisoria³¹³ oppure parziale³¹⁴ o sottoposta a condizione sospensiva dell'evento della nascita³¹⁵ o, ancora, nella impostazione che trova adesione da parte della migliore dottrina³¹⁶, nessuna capacità giuridica, ma una qualifica di oggetto sottoposto ad una tutela costituzionale e progressiva.

Tuttavia, come rimarca una delle più autorevoli voci in materia: «l'art. 1 del codice civile rappresenta il referente consueto di ogni indagine tendente ad esplorare i possibili lineamenti di uno statuto giuridico dell'embrione»³¹⁷; ciò in quanto «espressione di maggior rilievo della nozione globale di soggettività» .

Sicché non appare corretta la piena assimilazione nello statuto del concepito, semmai l'art. 1, comma 2°, c.c. costituisce il punto di partenza per la tesi dell'embrione quale soggetto di diritto, dotato di autonomia e di distinte tutele rispetto alla successiva fase evolutiva.

Si tratta, ciononostante, di un referente normativo sul quale «esiste [ancora] oggi (...) una larga frangia di idee imprecise ed eterogenee, fonte di oscillazioni e di incertezze»³¹⁸.

3.1. Il concepturo.

«Questa storia» come afferma icasticamente Guido Alpa nei suoi scritti, «non ha nulla a che fare con l'embrione»³¹⁹.

³¹¹ F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1982, p. 26.

³¹² Sebbene autorevolmente sostenuta, la teoria della anticipazione della personalità non ha trovato accoglimento fin dai lavori preparatori al codice civile. Cfr. P. Stanzione, *sub art. 1 c.c.*, in *Commentario al codice civile Cendon*, 2009, p. 479 ss.

³¹³ C.M. Bianca, *Diritto civile. La norma giuridica. I soggetti*, vol. I, Milano, 2002, p. 201 ss.

³¹⁴ A.C. Pelosi, *La patria potestà*, Milano, 1965, p. 251.

³¹⁵ Cass. civ., 1° agosto 1958, n. 2844, in *Giust. civ.*, I, p. 1856 ss; Trib. Palermo, 20 aprile 1956, in *Foro pad.* 1956, p. 205 ss.

³¹⁶ Per tutti, F. Santoro Passarelli, *op. ult. cit.*, p. 26; G. Cian-A. Trabucchi, *sub art. 1, Commentario breve al codice civile*, Padova, 1995, p. 86.

³¹⁷ A. Falzea, voce *Capacità*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 8 ss.; id., voce *Capacità*, in *Teoria generale del diritto*, Milano 1985, p. 144 ss. Sul punto, v. P. Zatti, *Questioni della vita nascente*, cit., p. 1319: «l'art. 1 c.c. apre una porta, non la chiude; ma la apre a un giudizio di proporzione, non alle soluzioni del tutto o del nulla».

³¹⁸ A. Falzea, *op. ult. cit.*, p. 144.

³¹⁹ G. Alpa-G. Resta, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, cit., p. 220.

Dell'embrione, e più in generale delle cellule riproduttive specializzate, non si parla nell'art. 1 c.c.³²⁰, ma se ne discorre agli artt. 462, comma 3°, e 784, comma 1°, c.c. quando il legislatore fa riferimento al non concepito³²¹.

In particolare, tali disposizioni normative operano un *discrimen*³²² tra concepiti e c.d. concepturi³²³.

I concepturi possono solo ricevere per testamento³²⁴, mentre i già concepiti sono chiamati all'eredità direttamente dalla legge, sicché solo questi ultimi rientrano tra i successibili, anche in difetto di un testamento da parte del *de cuius*, e solo i già concepiti ricevono anche contro le disposizioni lesive del testamento.

Ancora, l'attribuzione dei diritti ai concepturi è ulteriormente condizionata dalla esistenza in vita del padre o della madre, in ragione del divieto del fedecommesso o sostituzione fedecommissaria.

Vanno valorizzate, poi, le distinte regole in punto di amministrazione dei beni: la *gestio* dei beni destinati ai concepiti spetta ai genitori; diversamente, nel caso del concepturo l'amministrazione del bene relitto è lasciata all'erede o al sostituto³²⁵. Sicché

³²⁰ M. Rizzuti, *Il problema di definire la vita nascente*, in Aa.Vv., *Le definizioni nel diritto. Atti delle giornate di studio 30-31 ottobre 2015*, F. Cortese-M. Tomasi (a cura di), 2016, p. 263. L'A. aderisce alla tesi che nega spazio per l'embrione nella categoria del concepito codicistico; con specifico riferimento al profilo successorio, L'A. afferma come sia necessario «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».

³²¹ Tra i primi ad evidenziare le differenze tra concepito e non concepito, v. G. Oppo, *Note sull'istituzione di non concepiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, 1, p. 66 ss.; id., *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, 1, p. 499 ss.; G. Stolfi, *I nascituri non concepiti*, in *Ann. Univ. Macerata*, 1930, VI, p. 109 ss.

³²² G. Oppo, *Note sull'istituzione dei non concepiti. La disposizione testamentaria*, cit., p. 72 ss.; id., *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, 1, p. 501 ss. L'A. osserva come l'istituto sia sconosciuto all'ordinamento francese che non ammette la successione dei non concepiti neanche testamentaria o a titolo particolare, semmai si prevede la sostituzione a favore dei nipoti del testatore anche se nascituri ai sensi dell'art. 1048 code civil. Diversamente, l'istituto è noto al codice tedesco ma nei limiti della sostituzione fedecommissaria: se il chiamato a succedere è un non concepito allora si presume istituito come erede fedecommissario, salvo che ciò non corrisponda alla volontà del testatore, nel qual caso l'istituzione è nulla a norma del § 2101 BGB.

³²³ Il termine è stato coniato dalla dottrina per indicare il nascituro non concepito, v. F. Mastropaolo, voce *Ingegneria genetica*, in *IV Digesto Disc. Priv.*, Torino, 2011, n. 174, p. 430 ss. La distinzione sarà valorizzata nel § 6.1 dedicato all'argomento civilistico della tesi processuale.

³²⁴ L. Coviello, voce *Capacità di succedere a causa di morte*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 54 ss.; G. Grosso-A. Burdese, *Le successioni. Parte generale*, Torino, 1977, p. 106-179; C.M. Bianca, *Diritto civile*. Vol. II, Milano, n. 255, p. 478 ss.; G. Bonilini, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni. La successione ereditaria*, Milano, 2009, p. 890 ss.

³²⁵ Giudice tutelare Roma, 7 giugno 1997, in *Riv. notariato*, 1997, p. 846: «Quando chiamato all'eredità è un nascituro non concepito, amministratore dei relativi beni è il c.d. chiamato ulteriore il quale, sotto la vigilanza dei genitori del nascituro, può compiere atti di straordinaria amministrazione secondo le regole che si riferiscono ai curatori dell'eredità giacente (artt. 642, 643 e 644 c.c.; 783 c.p.c.): pertanto, per

l'amministrazione dei beni può spettare anche a persona diversa dai genitori, ossia dal rappresentante legale, *ex art. 643 c.c.*, con i poteri di cui agli artt. 641 ss.

Ancora una volta, il legislatore predispone regole per presidiare le sottese *rationes* della disciplina successoria, non anche l'entità che deve essere ancora concepita. Si accorda così una eccezionale protezione alla volontà del testatore, quest'ultimo può imprimere su determinati beni un vincolo di destinazione a favore di eventuali soggetti futuri, ancorché non nati e non ancora concepiti, purché concepturi di persona vivente al tempo della morte del testatore.

Ulteriore disposizione dedicata al concepturo è contenuta nell'art. 784 c.c., che ammette la donazione in favore del non ancora concepito. Qui la peculiarità sta nella previsione della possibilità di accettazione immediata da parte del genitore.

Nonostante il perfezionamento del contratto, l'attribuzione che ne costituisce oggetto non viene corrisposta immediatamente, occorrerà attendere l'evento della nascita del donatario: resta così sospesa. Non solo, in quanto l'amministrazione e i frutti restano in capo al donante fino alla nascita. Peraltro, mentre per il già concepito l'acquisto dei frutti avviene retroattivamente dal momento della donazione, per il concepturo questo acquisto retroattivo è negato, i frutti si acquistano solo a decorrere dalla nascita a norma dell'art. 784 comma 3° c.c.

In questo modo, si evita l'apposizione di un vincolo di destinazione *sine die*, con il rischio che lo spostamento della ricchezza si verifichi senza che il donatario non venga mai ad esistenza.

Si aggiunga poi che se, come è stato osservato³²⁶, il concepito è un oggetto di diritto a tutela progressiva, cui si riconoscono taluni diritti di carattere eminentemente patrimoniale di stretta interpretazione, appare evidente come l'interpretazione analogica sia inibita per l'estensione del trattamento del concepito all'embrione dai canoni generali dell'ordinamento³²⁷.

Oltre alle diverse disposizioni codicistiche applicabili, il codice civile opera una distinzione di carattere cronologico-temporale: ai sensi dell'art. 462 c.c., si presume concepito al tempo dell'apertura della successione chi è nato entro trecento giorni dalla

il rilascio dell'autorizzazione (di competenza del tribunale ordinario) non è necessario richiedere il parere del giudice tutelare».

³²⁶ G. Iorio, *Corso di diritto privato*, III ed., Torino, 2018, p. 153.

³²⁷ F. Carresi, voce *Nascituri*, in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino, 1984; A. Messineo, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948, p. 408.

morte della persona della cui successione si tratta. Si tratta di uno scarto temporale che risulta difficilmente applicabile alla blastocisti criopreservata, specie se si considerano i tempi di crioconservazione prima dell'*embryo-transfer* o i recenti pronunciamenti nel senso della ammissibilità della fecondazione *post mortem*³²⁸.

Intimamente connessa alle disposizioni codicistiche appena illustrate è poi l'applicazione dell'imposta sulle successioni e donazioni³²⁹.

Sulla base del d. lgs. 31 ottobre 1990, n. 346, recante il Testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta sulle successioni e donazioni, l'imposta trova applicazione anche ai trasferimenti *mortis causa sub condicione*, in via non dissimile a quanto prevedeva l'art. 16 della legge tributaria sulle successioni del 1923³³⁰.

L'art. 44, infatti, dopo aver disciplinato le disposizioni testamentarie condizionali risolutive e sospensive, disciplina al comma 4° le disposizioni testamentarie a favore dei nascituri, rinviando espressamente alle norme sulle disposizioni condizionali sospensive di cui al comma 2°.

Dunque, in caso di successione del nascituro si applicano le aliquote applicabili agli eventuali successibili: trova applicazione l'imposta minore, salvo poi l'aggiunta di una eventuale maggiore imposta allorquando l'eredità viene devoluta a persona diversa per effetto dell'avveramento o del mancato avveramento della condizione.

Con il pagamento della tassa minore si vuole assicurare allo stato di incamerare la somma immediatamente, anche laddove l'attribuzione dei beni ereditari risulti sospesa. Il pagamento della maggior tassa diviene solo eventuale.

Tale disciplina, come è stato osservato da acuta dottrina³³¹, non trova spazio per il concepturo: la normativa neppure considera il concepturo o il non ancora concepito, mentre in passato il mancato riferimento espresso al nascituro, aveva indotto la dottrina

³²⁸ Sul punto, cfr. C.M. Bianca, *Diritto civile. La famiglia*, VI ed., Milano, 2017, p. 399.

³²⁹ Ai sensi dell'art.2, comma 47°, decreto legge 3 ottobre 2006, n. 262, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 novembre 2006 n. 286, è istituita l'imposta sulle successioni e donazioni sui trasferimenti di beni e diritti per causa di morte, per donazione o a titolo gratuito e sulla costituzione di vincoli di destinazione, secondo le disposizioni del presente testo unico nel testo vigente alla data del 24 ottobre 2001, fatto salvo quanto previsto dai commi da 48 a 54 dell'art.2 del cit. D.L. n.262 del 2006. L'imposta era regolata dalla legge tributaria sulle successioni, R.D. 30 dicembre 1923, n. 3270. L'imposta sulla successione e donazione fu ridotta nel 2000 dal governo Amato II con la l. n. 342/2000, poi abolita nel 2001 dal governo Berlusconi II con la l. n. 383/2001 e, infine, ripristinata nel 2006 dal governo Prodi II con il D.L. n. 262/2006, convertito con modificazioni con la l. n. 286/2006.

³³⁰ G. Oppo, *Note sull'istituzione di non concepiti*, cit., p. 66 ss., § 12.

³³¹ G. Oppo, *op. ult. cit.*, p. 66 ss., § 12.

a ritenere identiche le attribuzioni in favore di concepito e non concepito, muovendo dalla concezione unitaria di istituzione sottoposta a condizione³³².

Volgendo lo sguardo alla legislazione speciale, all'embrione fanno riferimento le disposizioni sanzionatorie della l. n. 40/2004, previste per il commercio, la manipolazione, la clonazione, la surrogazione e l'embrionicidio.

È proprio quest'ultima fattispecie di reato a costituire argomento persuasivo per la distinzione tra concepito e concepturo.

In specie, il legislatore del 2004, nella parte sanzionatoria della legge sulla procreazione assistita, sembra prendere atto di un vuoto di tutela nella disciplina della interruzione di gravidanza non consensuale o colposa³³³. In tali fattispecie di reato, precedentemente regolate dagli artt. 17 e 18 l. n. 194/1978 e oggi previste agli artt. 593-bis e 593-ter c.p., la gravidanza integra elemento costitutivo. La soppressione di una entità embrionaria extrauterina, allora, non poteva essere penalmente perseguita poiché non costituente procurato aborto. Ciò ha condotto alla introduzione dell'art. 14 comma 1°, recante l'embrionicidio.

Tra le due fattispecie va sicuramente escluso un concorso di reati a fronte del medesimo fatto storico, in ragione della clausola di sussidiarietà espressa³³⁴ contenuta nella disposizione da ultimo menzionata ed in ragione del principio di specialità ex art. 15 c.p.: l'interruzione di gravidanza non consensuale presenta elementi aggiuntivi, quali lo stato di gravidanza ed il difetto di consenso della gestante.

In via ulteriore, va evidenziato pure un diverso trattamento sanzionatorio tra le fattispecie di reato: il delta edittale previsto per il procurato aborto è superiore a quello comminato per la soppressione embrionaria³³⁵; per il primo è prevista la reclusione da quattro a otto anni, mentre la seconda fattispecie è punita con la reclusione fino a tre anni, cumulativamente, e non alternativamente, con la pena della multa da 50.000 a 150.000 euro.

³³² C. Gangi, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Milano, 1964, p. 267.

³³³ Sull'apparato sanzionatorio, cfr. M. Zanchetti, *Dovere di soccorso nel parto prematuro e nella interruzione di gravidanza*, in Aa.Vv., *Il governo del corpo. Trattato di Biodiritto*, cit., p. 1754 ss.

³³⁴ F. Mantovani, *Persona (Delitti contro la)*, in *Umanità e razionalità del diritto penale*, Padova, 2008, p. 805: «l'embrionicidio, (sanzionato) fuori dai casi già puniti come l'aborto»

³³⁵ L'argomento sarà valorizzato, come argomento penalistico a sostegno della tesi processuale, nel § 6.2.

Può essere enumerata una ulteriore critica alla tesi che sovrappone la categoria del concepito alla blastocisti. In specie, se i diritti del concepito sono subordinati ad una sola condizione sospensiva, all'embrione si pongono numerose altre condizioni³³⁶.

Le condizioni in esame si identificano nel raggiungimento della maturazione per l'impianto, nella sua maturazione in un embrione viabile anziché in un teratoma³³⁷, nella esecuzione dell'impianto, nella perdita della totipotenzialità e, infine, nell'adesione alle pareti uterine.

Si tratta, in tutti i casi citati, di eventi futuri ed incerti la cui verifica è frequentemente ostacolata dal ricorso alla crioconservazione in vitro e alla diagnosi genetica preimpianto.

L'equiparazione al concepito, operata in via surrettizia, all'insegna del principio di precauzione³³⁸, appare poi illogica: è vietata sempre e comunque la soppressione embrionaria, mentre al feto risulta applicabile la disciplina della interruzione volontaria della gravidanza, la quale opera una graduazione tra i primi tre mesi di gestazione ed i successivi³³⁹. Ne deriva un trattamento deteriore per il feto, in via paradossale³⁴⁰, poiché può essere soppresso entro tre mesi dal concepimento nonché nei successivi entro le rigide condizioni di legge, mentre si evidenzia una protezione superiore per l'embrione crioconservato in azoto liquido, il quale non può essere mai soppresso ma preservato in eterno, quantomeno secondo la l. n. 40/2004.

Sempre valorizzando il diverso trattamento riservato dalla legge al feto e all'embrione, al giurista più attento non sfuggirà il diverso spazio applicativo della

³³⁶ In questo senso, T. Padovani, *Leggi penali complementari*, Milano, 2007, p. 625: l'embrione (in vitro) – sotto la prospettiva biologica e costituzionale – «incarna una eventualità di persona, subordinata ad una pluralità di incognite, tra le quali la più rilevante è la libera scelta d'una donna di sopportare una gravidanza. Constatazione che, se lascia indimostrata l'asserita equiparazione tra nato e concepito, non implica affatto l'irrelevanza di quest'ultimo nel quadro di valori costituzionali».

³³⁷ Tumore dei tessuti embrionali.

³³⁸ In questo senso Corte cost. 3 aprile 2016, n.84, rv. 38831, in *Italggiure*. Infra § 4.

³³⁹ Il legislatore prende atto della disciplina in materia di interruzione volontaria della gravidanza, tuttavia non opera alcun coordinamento. Difatti, l'art. 14, comma 1°, l. n. 40/2004 recante le sanzioni per la crioconservazione e soppressione embrionaria contiene un rinvio alla l. 22 maggio 1978, n. 194 che risulta essere un ossimoro: «È vietata la crioconservazione e la soppressione di embrioni, fermo restando quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194».

³⁴⁰ P. Tincani, *La legge 40 e la civiltà giuridica*, in Aa.Vv., *La procreazione assistita dieci anni dopo*, M. Azzalini (a cura), Roma, 2015, p. 51: «Non avrebbe alcun senso armare questo irresistibile arsenale di tutele se, una volta impiantato l'embrione, queste potessero venire meno per effetto di una semplice dichiarazione di volontà della madre che, praticamente senza nemmeno l'obbligo di argomentarla in maniera convincente, decidesse di procedere all'interruzione volontaria di gravidanza».

interruzione volontaria e della c.d. contraccezione d'emergenza, anche nota con l'appellativo pillola del giorno dopo³⁴¹.

In specie, il metodo contraccettivo d'emergenza consiste nella assunzione di un ormone sintetico, fino al quinto giorno dalla inseminazione³⁴², che impedisce all'embrione eventualmente prodotto di impiantarsi nell'utero, con la sua conseguente espulsione.

Per conseguire tale farmaco la donna non necessita di alcuna prescrizione medica³⁴³, non è ammessa alcuna obiezione di coscienza da parte del farmacista o del medico presso il consultorio, non è previsto alcun ricovero, fatta eccezione per alcune regioni italiane, non vi è alcun colloquio dissuasivo preventivo.

Si tratta di un farmaco ben diverso dal mifepristone, con cui si consegue l'aborto farmacologico³⁴⁴, il quale, a sua volta, può essere assunto entro la nona settimana dalla inseminazione, in ambiente ospedaliero o equipollente, in *day hospital*.

La disciplina sommariamente richiamata³⁴⁵ si applica esclusivamente all'embrione e non anche al feto³⁴⁶, sottoposto alle tradizionali regole sulla interruzione della gravidanza, con annessi colloqui dissuasivi, tempistiche più lunghe per l'esecuzione delle procedure interruttrive e precetti distinti a seconda della fase della gestazione³⁴⁷.

La distinzione tra concepturo e concepito, dunque tra blastocisti e feto, emerge con tutta evidenza anche dalla analisi del dovere di soccorso del gravemente prematuro³⁴⁸. Il

³⁴¹ B. Pezzini, *Inizio e interruzione della gravidanza*, in Aa.Vv., *Il governo del corpo. Trattato di Biodiritto*, cit., p. 1680.

³⁴² Agenzia italiana del farmaco, *Rettifica e integrazione della determina n. 926/2020 del 10 settembre 2020, di riclassificazione del medicinale per uso umano «Norlevo»*, delibera del 8 ottobre 2020, in GG.UU. 10 ottobre 2020.

³⁴³ Agenzia italiana del Farmaco, parere della Commissione tecnico-scientifica, 23-25 marzo 2015. L'AIFA ha ritenuto necessario uniformarsi alla decisione della Commissione europea richiamata, eliminando l'obbligatorietà del test di gravidanza, contestualmente, stabilendo un regime di dispensazione senza obbligo di prescrizione medica (SOP) per le pazienti maggiorenne, mantenendo l'obbligo della prescrizione medica esclusivamente per le pazienti minorenni.

³⁴⁴ B. Pezzini, *op. ult. cit.*, p. 1682.

³⁴⁵ Agenzia italiana del Farmaco, 8 novembre 2011, n. 2703, in GU 17 novembre 2011, n. 268, con cui la società Laboratoire Hra Pharma ha ottenuto l'autorizzazione all'immissione in commercio del medicinale Ellaone (ulipristal) ha disposto la commerciabilità del farmaco. Si badi: non esiste, in Italia, una normativa specifica relativa alla prescrizione della contraccezione d'emergenza ma, così come per la contraccezione, riferimenti ad essa possono riscontrarsi in particolare nella legge sulla istituzione dei consultori familiari (legge 405 del 29 luglio 1975) e nella legge che regola la tutela sociale della maternità e l'interruzione volontaria di gravidanza.

³⁴⁶ TAR Lazio, sez. I-bis, 12 ottobre 2001, n. 8465, in *Giust. Civ.*, 2002, 1, p. 2981; in *Dir. fam. pers.*, 2002, 2-3, p. 428 ss., con nota di M. Casini-M.L. Di Pietro, *La commercializzazione del Norlevo: dal decreto n. 510/2000 del 26 settembre 2000 del Ministro della sanità alla sentenza n. 8465/2001 12 ottobre 2001 del Tar Lazio*.

³⁴⁷ F. Gazzoni, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito*, cit., p. 172, n. 8; B. Pezzini, *Inizio e interruzione della gravidanza*, in Aa.Vv., *Il governo del corpo. Trattato di Biodiritto*, cit., p. 1667.

³⁴⁸ M. Zanchetti, *op. ult. cit.*, p. 1760 ss.

medico, per andare esente da responsabilità, deve adempiere al proprio obbligo di intervento mediante induzione del parto, quando il feto versi in una condizione grave. Ciononostante, l'obbligo trova un limite nell'accanimento terapeutico. Infatti, nel caso del gravemente prematuro, deve fondare la strategia di intervento tenuto conto dell'età gestazionale, rinunciando ad intervenire se non è stata raggiunta la soglia della ventitreesima o ventiquattresima settimana.

È vero che occorre considerare il peso, le *chance* di sopravvivenza al parto indotto, la possibilità di esecuzione della rianimazione, la risposta alla terapia intensiva, tuttavia l'età gestazionale costituisce parametro fondamentale anche secondo le indicazioni dell'O.M.S.³⁴⁹. Prima della ventiquattresima settimana, le cure intensive e la rianimazione sono ritenute inutili, anzi accanimento. Si pone semmai l'obbligo, in capo al medico di somministrazione di cure palliative.

Ancora, è possibile tracciare una distinzione tra il trattamento del feto e il trattamento della blastocisti sulla base della disciplina della sepoltura.

In specie, in Italia è vigente un Regolamento di polizia mortuaria del 1990³⁵⁰, il quale prevede all'art. 7 che i c.d. "prodotti abortivi", che abbiano raggiunto la ventesima settimana gestazionale, ed i feti, che abbiano compiuto la ventesima settimana intrauterina, devono essere obbligatoriamente sepolti³⁵¹, anche senza il consenso della gestante. Prima della ventesima settimana la sepoltura del prodotto abortivo può essere richiesta da parte dei genitori. Diversamente, ai feti nati morti si applica la disciplina generale in materia di sepoltura di cadaveri e, dunque, può e deve essere trasportato alla volta del cimitero o verso altro luogo, dietro autorizzazione amministrativa comunale, unicamente con carro chiuso, avente i requisiti di cui all'art. 20 D.P.R.

In caso di soppressione embrionaria, il regolamento illustrato non può dirsi applicabile: manca l'elemento dirimente dell'impianto della blastocisti in utero e dell'avvio della gestazione, quali presupposti essenziali per l'applicazione delle più rigide norme previste per il feto. E, allora, in caso di accidentale distruzione delle *paillettes* di cellule crioconservate, così come in caso di assunzione di ormoni sintetici per prevenire

³⁴⁹ Aa.Vv., *The International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization Revised Glossary in ART Terminology*, in *Human Reproduction*, 2009, 24, p. 2683 ss.

³⁵⁰ D.P.R. 10 settembre 1990, n. 295, Regolamento di polizia mortuaria.

³⁵¹ P. Zatti, *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, 2009, p. 24.

l'impianto uterino, non si applicano le regole in materia di sepoltura dei "prodotti della procreazione".

La disciplina in discorso rappresenta l'esempio più nitido di processualità nell'ordinamento: il "prodotto abortivo" o il "prodotto del concepimento" va tenuto distinto dal prodotto della fecondazione, il prodotto del concepimento fino alla ventesima settimana va distinto dal prodotto abortivo dalla ventottesima settimana in poi e, a sua volta, dal nato morto.

Tra queste diverse fasi emergono trattamenti differenziati: diverse sono le regole di inumazione, distinte sono le norme sul trasporto e pure difformi sono le disposizioni sui doveri dei genitori rispetto alla blastocisti.

Per tutte queste ragioni, la dottrina civilistica³⁵² più acuta ha operato una distinzione tra il nascituro concepito, *spes hominis*, e l'embrione o concepturo o nascituro non ancora concepito, ancorché appartenente alla specie umana: «L'embrione non impiantato nel corpo materno esula dalla nozione civilistica di nascituro concepito, riferita all'embrione inserito nel processo della nascita. Con riguardo all'embrione non impiantato non è quindi a parlarsi di diritti successori, di rappresentanza legale, ecc.»³⁵³.

Operata siffatta *summa divisio*, persiste ancora il difetto³⁵⁴ di un inquadramento capace di cogliere la natura dell'embrione extrauterino in vivo e in vitro, poiché i giuristi «avvertono tutto il peso della risposta che sono chiamati a dare»³⁵⁵.

4. L'embrione come soggetto di diritto.

³⁵² In questo senso, G. Alpa-A. Ansaldo, *Le persone fisiche. Artt. 1-10*, in *Il Codice Civile. Commentario*, P. Schlesinger (a cura di), Milano, 1996, p. 193; Id., *Le persone fisiche*, cit., p. 254; C.M. Bianca, *Diritto civile*, cit., p. 201; G. Bonilini, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni: la successione ereditaria*, Milano, 2009, p. 890 ss.

³⁵³ C.M. Bianca, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2018, p. 70. In questo senso, v. S. Patti, *Diritto Privato*, II ed., Milano, 2019, p. 80.

³⁵⁴ In questo senso, C.M. Bianca, *op. ult. cit.*, p. 70: «rimane tuttavia il problema se esso debba essere considerato alla stregua di un mero prodotto organico o se debba essere tutelato come il frutto del concepimento, potenziale iniziatore della vita umana».

³⁵⁵ G. Alpa-G. Resta, *Le persone e la famiglia*, cit., p. 208.

La teoria che inquadra l'embrione nella categoria dei soggetti di diritto³⁵⁶ attribuisce alla blastocisti taluni diritti fondamentali: la dignità, la vita, l'identità e la salute³⁵⁷.

Questa teoria poggia su differenti argomenti. Si cominci con l'argomento letterale e sistematico.

L'esaminata legge n. 40/2004 impiega molteplici termini, concepito, nascituro, nato, gamete ed embrione, tuttavia il loro impiego è atecnico ed aspecifico: il legislatore³⁵⁸ vi ricorre in qualità di sinonimi³⁵⁹.

L'art. 1, comma 1°, individua le finalità della legge e reca la locuzione "concepito": la disposizione afferma che la l. n. 40/2004 mira a tutelare i diritti di tutti i soggetti coinvolti, ivi compreso il concepito³⁶⁰.

Nella disciplina del consenso informato degli aderenti ai trattamenti di P.M.A., contenuta nell'art. 6, e nelle disposizioni concernenti lo stato giuridico del nato, ex artt. 8 e ss., il legislatore del 2004 menziona il "nascituro".

Il successivo Capo VI introduce le sanzioni, ossia le misure a tutela dell'"embrione"³⁶¹.

L'ordito normativo, però, non è differenziato. Secondo la tesi che si va illustrando, la disciplina è trasversale, applicabile alla "vita nascente"³⁶² complessivamente intesa senza soluzione di continuità.

³⁵⁶ F.D. Busnelli, *Le alternanti sorti del principio di dignità della persona umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 5, p. 1071 ss.; G. Cricenti, *Il sé e l'altro. Bioetica del diritto civile*, Roma, 2012, p. 14 ss.

³⁵⁷ F.D. Busnelli, *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 4, p. 464.

³⁵⁸ *Supra* cap. 1.

³⁵⁹ F.D. Busnelli, *Lo statuto del concepito*, in *Dem. Dir.*, 1988, p. 213 ss.; id., *Le alternanti sorti del principio della dignità umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 5, p. 1071 ss.; id., *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 4, p. 459 ss.; F. Parente, *La «biogiuridicità» della vita nascente tra «libertà» della ricerca biomedica e dinamismo» della tutela dei valori esistenziali dell'uomo*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 2, p. 444-471; I.A. Caggiano, *op. ult. cit.*, p. 313; G. Ballarini, *La Cassazione riconosce la soggettività giuridica del concepito: indagine sui precedenti dottrinali per una lettura "integrata" dell'art. 1 c.c.*, in *Dir. fam.*, 2009, p. 1159 ss., secondo l'A. la capacità giuridica si acquista con la nascita, mentre la soggettività è relativa alla più ampia tutela della persona, questa tutela è connessa al mero concepimento; P. Papanti Pelletier, *Il problema della qualificazione giuridica del concepito*, in Aa.Vv., *Procreazione assistita. Problemi e prospettive*, Fasano, 2005.

³⁶⁰ F.D. Busnelli, *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 4, p. 464; id., *Il problema della soggettività del concepito a cinque anni dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *NGCC*, 2010, 4, p. 185 ss.

³⁶¹ Sul punto, v. G. Alpa, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2020, p. 256-257; G. Alpa-A. Ansaldo, *op. ult. cit.*, p. 266-267, l'A. evidenzia anche l'impiego di altri termini quali gameti, cellula, patrimonio genetico nucleare, nato; tutti con diversi significati e regole.

³⁶² Per il termine, cfr. P. Zatti, *Questioni della vita nascente*, cit., p. 1307. Si badi, l'A. spiega che l'espressione vita nascente manifesta un processo, non una continuità senza soluzioni interruzioni.

Di natura letterale è, pure, l'argomento che valorizza l'impiego del termine "embrione". Nella biologia si suole indicare con i lessemi "zigote" e "blastocisti" le fasi in cui solitamente si procede all'impianto o alla crioconservazione della cellula riproduttiva specializzata con l'inseminazione, ovverosia le prime fasi successive alla fecondazione.

L'impiego del termine embrione, allora, rappresenterebbe «non tanto un sintomo di diletterantismo o di faciloneria del legislatore, bensì il risultato di una precisa scelta legislativa»³⁶³. In questo ordine di idee, è giuridicamente embrione tanto lo zigote quanto la blastocisti.

Pure letterale è l'argomento che valorizza il contenuto dell'art. 1 l. n. 40/2004, laddove il legislatore si impegna a tutelare "tutti i soggetti coinvolti"³⁶⁴. La norma è stata sottoposta a referendum abrogativo: in questa sede è stata attribuita una valenza peculiare a tale disposizione, poiché non si tratta di una mera declamazione, ma dell'attribuzione non tanto velata della soggettività.

Ancora, i sostenitori della tesi in esame valorizzano i numerosi rinvii alla l. n. 194 del 1978 sull'aborto, in cui si dichiara che lo Stato «tutela la vita umana dal suo inizio». La lettura combinata delle leggi dovrebbe allora condurre alla tutela della vita nascente, in tutte le sue fasi ed in eguale misura «fin dalla fecondazione»³⁶⁵.

Infine, si richiama l'ampio novero di reati contenute nella legge: il legislatore ha presidiato l'embrione o concepturo con norme di ordine pubblico, con la pena più grave dell'ordinamento, ovverosia la sanzione penale, accordando un forte disvalore alle condotte di soppressione embrionaria, clonazione, ibridazione e sperimentazione. Allora, la riprovevolezza delle condotte a detrimento dell'embrione appare conforme al disvalore

³⁶³ P. Tincani, *La legge 40 e la civiltà giuridica*, in Aa.Vv., *La procreazione assistita, dieci anni dopo. Evoluzioni e nuove sfide*, M. Azzalini (a cura di), Roma, 2015, p. 43, il quale riporta la tesi di E. Dolcini, *Fecondazione assistita e diritto penale*, Milano, 2008, p. 105-108.

³⁶⁴ F.D. Busnelli, *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 1, p. 459 ss.; U. Salanitro, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Comm. Cod. Civ.*, L. Balestra (a cura di), Torino, 2010, p. 150; M. Santise, *Personalità, soggettività e capacità giuridica: la posizione del concepito*, in Id., *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, IV ed., Milano, 2018, p. 29. Contra, P. Tincani, *La legge 40 e la civiltà giuridica*, in Aa.Vv., *La procreazione assistita, dieci anni dopo. Evoluzioni e nuove sfide*, M. Azzalini (a cura di), Roma, 2015, p. 38.

³⁶⁵ Così G. Oppo, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 1, p. 99 ss.; C.M. Bianca, *Diritto civile. La norma giuridica. I soggetti*, cit., p. 159 ss.; P. Zatti, *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, 2009, p. 23. La disposizione, osserva l'A., va letta alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 27/1975 (sulla illegittimità dell'art. 546 cod. pen.) che collega l'equilibrio tra tutela del feto e decisione della madre alle norme costituzionali che proteggono i diritti dell'uomo. Cfr. Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27, in *cortecostituzionale.it*: «l'art. 2 Cost. riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, tra i quali non può non collocarsi, sia pure con particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito».

che colora le condotte di procurato aborto, lesive del feto o dell'embrione già impiantato entro le pareti dell'utero materno.

Tuttavia, l'argomento letterale non appare persuasivo.

Secondo quanto rilevato dalla stessa Consulta, all'art. 1 l. n. 40/2004 si deve accordare la stessa rilevanza programmatica attribuita all'art. 1 l. n. 194/1978. Infatti, quando il legislatore afferma che alla vita umana si accorda protezione sin dall'inizio introduce un'affermazione di principio. A conferma di siffatta impostazione si rammentano le conclusioni della stessa Consulta che pronunciandosi sull'art. 1, ultima parte, sottoposto a *referendum*, ha affermato che la disposizione ha «contenuto meramente enunciativo»³⁶⁶.

A tale valutazione si aggiunge una considerazione più articolata, sulla base di argomentazioni di natura sistematica e storica.

Nel dettaglio, l'ordito normativo non è stato costruito dal legislatore come una legge a tutela degli embrioni e per il trattamento delle cellule riproduttive, come accaduto in altri stati³⁶⁷ e come avviene per il trattamento di altre cellule umane. Il legislatore italiano, in un periodo di particolare fermento politico e di grandi risultati scientifici, ha raggiunto una soluzione di compromesso: è stata normata la procreazione assistita, quale innovazione per la filiazione e le formazioni sociali, e a questo reticolato sono state sommate alcune rapsodiche regole sul trattamento degli embrioni e delle cellule riproduttive umane. Non si tratta allora di sinonimi, ma di un reticolato normativo dedicato al concepito, al feto *in utero*, mediante tecniche di fecondazione artificiale di tipo omologo, in cui il legislatore ha colto l'*occasio legis* per introdurre alcune disposizioni relative agli embrioni.

E allora, accanto alla tutela del concepito, legato ad una struttura familiare seppure con aspetti eccentrici rispetto a quelli codicistici, sono state inserite alcune norme tese a

³⁶⁶ Corte cost., 28 gennaio 2005, n. 48, rv. 29136, in *Italggiure*: «È ammissibile la richiesta di 'referendum' relativa, in tutto o in parte, agli artt. 1, 4, 5, 6, 13 e 14 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, diretta a consentire l'accesso alla procreazione medicalmente assistita anche per finalità diverse dalla soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o infertilità, eliminando tra l'altro, attraverso l'integrale abrogazione dell'art. 1, l'enunciazione della finalità di tutela dei diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito. (...) Per quanto concerne l'art. 1 della legge, di cui si propone l'abrogazione totale, e quindi anche nella parte in cui afferma che la legge «assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito», è sufficiente osservare che la norma presenta per tale ultimo aspetto 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. La eventuale abrogazione di tale ultima parte dell'art. 1 non incontra, pertanto, ostacoli di ordine costituzionale».

³⁶⁷ *Infra* cap. 3, §§ 1 e 2.

vietare la clonazione, l'ibridazione, la sperimentazione incontrollata, pratiche materialmente non eseguibili sul nascituro.

Difatti, i divieti elencati costituiscono il precipitato di una serie di Raccomandazioni e Risoluzioni che si sono susseguite negli anni Ottanta e Novanta³⁶⁸, tese ad individuare un nucleo di valori comuni a livello europeo per la protezione della dignità umana.

È vero che spesso il legislatore impiega i termini in via atecnica e ricorre a declamazioni agilmente individuabili, tuttavia, il linguaggio dei divieti posti alle procedure ha costituito l'epicentro di un dibattito durato decenni in Parlamento.

Sulla base di queste considerazioni, allora, non può sminuirsi la scelta linguistica differenziata tra la prima e la seconda parte della legge, ossia tra il diritto della nuova famiglia nell'ordinamento civile e il diritto della scienza del nuovo millennio. Difatti, la prima parte della legge è riferibile agli utenti ed alle cliniche autorizzate alla esecuzione della P.M.A., mentre la seconda individua come destinatari principali gli operatori del settore biomedico e biotecnologico.

Non può essere sminuita neppure la rilevanza delle contingenze storiche, quali la clonazione della pecora Dolly e la *Edinburgh Patent*³⁶⁹, che, come è stato evidenziato, hanno rappresentato gli eventi che hanno condotto alla adozione delle Risoluzioni e Raccomandazioni comunitarie nonché all'approvazione della legge italiana. Queste vicende non hanno nulla a che fare con il feto concepito, ma attengono alla donazione e alla clonazione per il conseguimento delle linee cellulari dal pronucleo da destinare alla ricerca scientifica. Si tratta di eventi che attengono alla protezione del genoma e alla integrità dell'embrione, non anche al concepito *in utero*.

Sicché risulta evidente che nel 2004 il Parlamento ha colto l'occasione per una normativa composita: ha riunito una serie di disegni di legge presentati nell'ambito della medesima area tematica e riunito entro una sola legge il trattamento di cellule riproduttive e le regole sulla fecondazione artificiale tese ad innovare la filiazione.

A sostegno della natura disorganica del reticolato normativo del 2004, autorevolissima dottrina ha operato un esercizio ermeneutico interessante: è stato sostenuto, infatti, che se si rovesciassero i divieti della legge n. 40 in diritti allora l'embrione avrebbe diritto alla salute, alla integrità del patrimonio genetico, alla

³⁶⁸ *Supra* cap. 1.

³⁶⁹ *Supra* cap. 1.

conservazione e allo sviluppo, alla non proliferazione, alla dignità pari a quella di un essere umano. Questi i diritti dell'embrione come soggetto di diritto. Tuttavia, questo statuto dei diritti dell'embrione, costruito in via indiretta dalla trama di divieti e sanzioni, lo rende «un soggetto anomalo, singolare, e tutelato in modo del tutto sproporzionato rispetto ad altri soggetti»³⁷⁰ pur tutelati nella medesima legge.

Peraltro, l'impostazione letterale non attribuisce all'embrione alcuna soggettività, posto che è lo stesso concepito di cui all'art. 1, comma 2°, c.c. a non essere considerato un soggetto di diritto dall'ordinamento italiano.

È vero che la *vexata quaestio* dello status del concepito è stata oggetto di notevoli opere dogmatiche³⁷¹ e di storiche sentenze della giurisprudenza di legittimità³⁷², tuttavia, la Cassazione, intervenuta sul danno da nascita malformata, ha deciso di abbandonare il "pantano" rappresentato dalle categorie dogmatiche, ovvero sia le "categorie metafisiche"³⁷³ costituite dalla triade concettuale personalità, soggettività e capacità³⁷⁴. Da quel momento, la Cassazione si è fatta promotrice di una impostazione nuova³⁷⁵: la protezione del concepito non richiede la sua soggettività, invece, è sufficiente considerarlo al pari di un oggetto di tutela qualificata e necessaria da parte dell'ordinamento.

La giurisprudenza ha recepito gli insegnamenti di Francesco Galgano: «Da anni ripeto che, in questa materia, bisogna distinguere fra l'azione lesiva, che è anteriore alla nascita, e l'evento di danno, che si manifesta al momento della nascita. Non occorre, per

³⁷⁰ G. Alpa, *Le persone e la famiglia*, cit., p. 229.

³⁷¹ C.M. Bianca, *Diritto civile. La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 2002, p. 222 ss.

³⁷² Cass. civ., sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741, in *Contr. Impr.*, 2009, 3, p. 537 ss., con nota di F. Galgano, *Danno da procreazione e danno al feto, ovvero quando la montagna partorisce un topolino*; in NGCC, 2009, p. 501 ss., in *Dir. fam.*, 2009, 3, p. 1159 ss., con nota di G. Ballarani, *La Cassazione riconosce la soggettività giuridica del concepito: indagine sui precedenti dottrinali per una lettura "integrata" dell'art. 1 c.c.*; in *Foro it.*, 2010, 1, c. 141 ss.; in *Resp. civ. prev.*, 2009, 10, p. 2063 ss., con nota di M. Gorgoni, *Nascituro e responsabilità sanitaria*.

³⁷³ Nella lettura della Corte, riecheggiano gli insegnamenti di S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012, p. 142: «Si può comprendere che, di fronte agli eccessi della dogmatica che avevano via via sterilizzato la forza storica e teorica dell'invenzione del soggetto, riducendolo a uno scheletro che isolava l'individuo e lo separava da ogni contesto, si avvertisse il bisogno di far ricomparire nella dimensione giuridica la vita con i suoi protagonisti, rifiutando l'astrattezza e la trascendenza del soggetto che, nelle più diverse sistemazioni dei concetti, ne avevano fatto una sorta di "immacolata concezione" o, per meglio dire, ne avevano tentato sempre più intensamente una fondazione metafisica».

³⁷⁴ Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Giur. It.*, 2013, 4, p. 796 ss., con nota di D. Carusi, *Revirement in alto mare: il "danno da procreazione" si «propaga» al procreato?*; ibidem, con nota di G. Cricenti, *Il concepito e il diritto di non nascere*; in *Riv. dir. civ.*, 2013, 6, con nota di F.D. Busnelli, *Verso una giurisprudenza che si fa dottrina. Considerazioni in margine al revirement della Cassazione sul danno da c.d. "nascita malformata"*.

³⁷⁵ Si tratta di impostazione ermeneutica, tuttavia, già seguita dalla Corte dei Conti, 19 febbraio 1957, in causa Rossilli.

riconosce il diritto al risarcimento del danno, mettere in discussione l'art. 1, comma 1°, c.c.: il danno ingiusto, risarcibile a norma dell'art. 2043, è cagionato al nato, non al nascituro»³⁷⁶.

Anzi, ha sostenuto la Corte, se si attribuisse al concepito la natura di soggetto risulterebbe irrazionale la disciplina sulla interruzione volontaria della gravidanza, che accorda preminenza alla salute della gestante.

Con la medesima pronuncia, poi, si chiarisce che l'art. 1 l. n. 40/2004 reca una formulazione impropria, la quale non fa altro che confermare che il concepito non è soggetto di diritto bensì oggetto di protezione.

La Suprema Corte, intervenuta dopo pochi anni sul diritto a non nascere se non sano, conferma che non vi è alcuna esigenza di ascrivere soggettività giuridica al concepito per affermare la titolarità di un diritto in capo al nato³⁷⁷.

È fuor dubbio che il Parlamento abbia elaborato una serie cospicua di divieti corredati da sanzioni penali, ciononostante non costituisce un *unicum* per una entità non soggettiva: «esistono norme a tutela dell'ambiente, ma ciò non significa che "l'ambiente" sia un soggetto di diritto e che, quindi, possa essere titolare di diritti. [...] Esistono anche leggi, piuttosto severe, che tutelano il patrimonio artistico ma il patrimonio artistico non ha diritti, e così via. Non ci sono ragioni per ritenere che in questo caso le cose vadano in maniera diversa»³⁷⁸.

A sostegno della soggettività si annoverano anche le citate fonti sovranazionali e delle Raccomandazioni che il Consiglio e il Parlamento europeo hanno adottato negli ultimi decenni del secolo scorso.

Il pensiero corre alle Raccomandazioni n. 1046 del 1986³⁷⁹ e n. 1100 del 1989³⁸⁰, con cui il Consiglio d'Europa ha escluso l'impiego commerciale o industriale degli

³⁷⁶ F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, Padova, 2009, p. 946 ss.; id., *Danno da procreazione e danno al feto, ovvero quando la montagna partorisce un topolino*, cit., p. 538.

³⁷⁷ Cass. civ., SS.UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, in *Dir. fam. pers.*, 2015, 3, p. 759 ss.; in *Giur. it.*, 2016, c. 3, con nota di D. Carusi, *Omessa diagnosi prenatale: un contrordine ... e mezzo delle Sezioni Unite*; *ibidem*, 2016, 1, p. 1 ss., con nota di P. Carbone-V. Carbone, *Legittimati ai danni da nascita indesiderata: onere probatorio sulle malformazioni*; in *Resp. civ. prev.*, 2016, 1, p. 152, con nota di M. Gorgoni, *Le Sezioni Unite definiscono la disciplina del danno da "nascita indesiderata"*.

³⁷⁸ P. Tincani, *op. ult. cit.*, p. 38.

³⁷⁹ Raccomandazione dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa sull'uso degli embrioni umani, 24 settembre 1986, n. 1046.

³⁸⁰ Raccomandazione dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa sulla utilizzazione degli embrioni e feti umani nella ricerca scientifica, 12 aprile 1989, n. 1100.

embrioni, alle Risoluzioni del 1989³⁸¹ sulla ingegneria genetica e del 1993³⁸², 1998³⁸³, 2000³⁸⁴ sulla clonazione di embrioni umani, nonché la Convenzione di Oviedo del 1997³⁸⁵ e, infine, la direttiva del 1998 sulla protezione delle invenzioni biotecnologiche³⁸⁶.

È bene specificare che in tutte queste fonti non si prende posizione sulla natura giuridica dell'embrione, in quanto rappresenta un tema eticamente sensibile su cui difetta un *consensus* internazionale, perciò si lascia la normazione alla discrezionalità del singolo stato.

Allora è un altro l'elemento valorizzato a sostegno della tesi della soggettività prenatale: la dignità. Difatti, in tali fonti è ricorrente l'affermazione secondo cui è necessario il rispetto della dignità della persona umana. Da questo "riconoscimento" ricorrente deriva allora il diritto al rispetto della dignità, quale garanzia fondamentale per la blastocisti.

Come è noto, la dignità della persona umana non trova un espresso ed autonomo referente normativo nel dettato costituzionale italiano, come nella Costituzione tedesca, in cui tale valore³⁸⁷ è annoverato tra le clausole intangibili³⁸⁸. Tuttavia, la dignità compare

³⁸¹ Risoluzione del Parlamento europeo sui problemi etici e giuridici della manipolazione generica, 5 maggio 1989, e Risoluzione del Parlamento europeo concernente la fecondazione artificiale in "vivo" e in "vitro", 5 maggio 1989.

³⁸² Risoluzione del Parlamento europeo sulla clonazione dell'embrione umano, 3 dicembre 1993.

³⁸³ Risoluzione del Parlamento europeo sulla clonazione umana, 15 gennaio 1998.

³⁸⁴ Risoluzione del Parlamento europeo sulla clonazione umana, 7 settembre 2000.

³⁸⁵ Convenzione per la protezione dei Diritti dell'Uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti delle applicazioni della biologia e della medicina: Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina, Oviedo, 4 aprile 1997, n. 164. La Convenzione è stata integrata da tre protocolli aggiuntivi: il Protocollo sul divieto di clonazione di esseri umani, Parigi, 12 gennaio 1998; il Protocollo relativo al trapianto di organi e tessuti di origine umana, Strasburgo, 4 dicembre 2001; il Protocollo addizionale sulla ricerca biomedica, Strasburgo, 25 gennaio 2005. Tuttavia, la Convenzione di Oviedo non è stata ratificata dallo Stato italiano: la Convenzione è stata resa esecutiva con legge parlamentare di autorizzazione alla ratifica, l. 28 marzo 2001, n. 145, ma non ancora ratificata dallo Stato italiano, in quanto non sono stati adottati gli strumenti di adattamento dell'ordinamento ai principi e alle norme contenute nella Convenzione e nei Protocolli. Sul punto, Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Giust. Civ.*, 2007, 11, p. 2366; *ibidem*, 2008, 7-8, p. 1727 ss., con nota di D. Simeoli, *Il rifiuto di cure: la volontà presunta o ipotetica del soggetto incapace*. Come è stato osservato dalla Suprema Corte, alla fonte, ossia all'accordo valido sul piano internazionale, ma non ancora eseguito dallo Stato, può assegnarsi una funzione ausiliaria sul piano ermeneutico: esso dovrà cedere di fronte a norme interne contrarie, e può essere utilizzato nell'interpretazione di norme interne al fine di dare a queste una lettura il più possibile ad esso conforme.

³⁸⁶ Direttiva 98/44/CE del Parlamento e del Consiglio sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, 6 luglio 1998.

³⁸⁷ M. Trimarchi, *L'ermeneutica della dignità, Atti del convegno in ricordo di Vincenzo Scalisi*, Messina, 15 giugno 2019 in *Riv. dir. civ.*, 2020, 2, p. 482.

³⁸⁸ Si tratta delle clausole di eternità della Costituzione tedesca, le quali non possono essere modificate o abrogate, sono dunque sottratte e non assoggettabili alle fluttuazioni di transeunti maggioranze politiche. In questo senso, P. Häberle, voce *Stato costituzionale*, in *Enc. Giur.*, Roma, 2000, p. 6. Per un approfondimento sul punto, v. M. Dogliani, *Clausole di eternità e revisione totale nel pensiero di Peter Häberle*, in S. Gambino-G. D'Ignazio, *La revisione costituzionale e i suoi limiti*, Milano, 2007, p. 197 ss.

nel testo fondamentale³⁸⁹ e, segnatamente, nell'art. 3, nella sua accezione sociale, nell'art. 32, con riferimento alla tutela della salute, successivamente nell'art. 36, che la declina nell'attività lavorativa e commerciale, ed infine nell'art. 41³⁹⁰.

Si tratta di principio generale, definito spesso «*Grundnorm* (...)», ragione oggettiva del riconoscimento di diritti³⁹¹, «che viene ricollegat[o] alla libertà, all'uguaglianza e ai diritti inviolabili» e, secondo l'impostazione interpretativa trasversale ai plessi di regole dell'ordinamento, costituisce il fondamento dei diritti della persona, base dei diritti inviolabili e quindi dell'intero ordinamento.

Dice Vincenzo Scalisi: «La dignità si inserisce nella prospettiva generale, personalistica del nostro sistema costituzionale»³⁹², si tratta di «un concetto propriamente normativo, dotato di intrinseca prescrittività, un concetto non individuabile a priori e neppure definibile una volta per tutte attraverso l'indicazione di una supposta soglia elementare, universale, di un non meglio definito contenuto minimo non bilanciabile, o, ancora, come è stato detto, di un preteso nucleo duro resistente, quasi a prefigurare una sorta di scomposizione fra una parte statica, fissa, e una parte, invece, variabile e contingente. L'unità della persona nella storica e irripetibile individualità del suo essere non ammette scomposizioni o frazionamenti e il dover essere della dignità ha la funzione di riflettere e preservare siffatta unità».

Quando il costituente si riferisce alla dignità lo fa per indicare il rispetto dovuto alla persona nella sua integralità, giustificato dalla necessità di avversare l'esperienza «ancora bruciante delle sperimentazioni naziste»³⁹³ nei campi di Dachau e Auschwitz³⁹⁴.

L'opportunità di un simile principio nella Costituzione italiana è segnalata da Aldo Moro, il quale evidenziava alla Commissione per la Costituzione che la dignità attiene alla libertà individuale: non solo il cittadino non può essere assoggettato a pratiche sanitarie «ma si pone un limite al legislatore, impedendo pratiche sanitarie lesive della dignità

³⁸⁹ P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, III ed., Napoli, 2006, p. 436 ss.

³⁹⁰ S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 155.

³⁹¹ P. Zatti, *Maschere del diritto*, cit., p. 33-34.

³⁹² V. Scalisi, *L'ermeneutica della dignità*, Milano, 2018.

³⁹³ G. Alpa, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 220 ss.

³⁹⁴ Esperienze, queste, che come sostiene, A. Falzea, voce *Fatto vitale*, in *Teoria Generale del diritto*, Milano 1985, p. 505, hanno condotto all'adozione del Codice di Norimberga, poi il Codice internazionale di etica medica.

umana. Si tratta, prevalentemente del problema della sterilizzazione e di altri problemi accessori”³⁹⁵.

Onde evitare violazioni multiformi e cangianti, rispetto a quelle realizzate dalla “congiunzione tra potere politico e potere medico, violentemente rivelata dalla storia nazista”³⁹⁶, il costituente ha predisposto formulazioni ampie, volte a presidiare la persona umana da imprevedibili e sempre diverse forme di aggressione.

Ciò chiarito, la dignità della persona umana per essere presidiata ha bisogno sì del requisito della umanità³⁹⁷, ossia di appartenenza alla specie di essere umano, ma anche il requisito della persona in senso giuridico, sicché prima di discorrere di dignità occorre individuare il soggetto e non viceversa.

Questa affermazione rievoca gli insegnamenti di Giorgio Oppo, il quale, in tempi non sospetti, già dichiarava: «con il concepimento vi è [...] il germe della persona umana non la *persona* e neanche *l'uomo*, non vi è, neanche in nome della diversità del nuovo individuo e del suo codice genetico fin dal concepimento. Così il chicco di grano disfatto nella terra non è la pianta né la spiga, anche se “darà molto frutto”»³⁹⁸.

Per prestare la massima tutela giuridica alla blastocisti, allora, non occorre ampliare il concetto giuridico di persona. Anzi, se l’interprete cedesse a tale fascinazione rischierebbe di incorrere, in virtù del principio di precauzione, nel pericolo che tale principio vuole eludere. In altri termini, discutere di persone o di diritto soggettivo come tecniche di protezione massima finisce per creare un pericolo nuovo, ossia riconoscere diritti sull’uomo solo perché non è qualificabile alla stregua di persona³⁹⁹.

Peraltro, se è vero che secondo rigore logico-giuridico, è la legge a individuare le persone per il diritto, è anche vero che «l’attribuzione di personalità suppone sempre un sostrato di fatto che possa sorreggerla e al quale la personalità possa essere riferita, essendo inconcepibile, anche nella realtà giuridica, personalità del nulla o della mera speranza che il nulla si converta in esistenza»⁴⁰⁰.

La considerazione appena svolta trova avallo nell’art. 1 della Dichiarazione Universale dei diritti umani delle Nazioni Unite: “*All human beings are born free and equal*

³⁹⁵ Resoconti della discussione del 28 gennaio 1947, Commissione per la Costituzione.

³⁹⁶ S. Rodotà, *La vita e le regole*, cit., p. 271.

³⁹⁷ F. Mantovani, *Persona (Delitti contro la)*, in *Umanità e razionalità del diritto penale*, cit., p. 789.

³⁹⁸ G. Oppo, *L’inizio della vita umana*, cit., § 8.

³⁹⁹ In questo senso, G. Oppo, *op. ult. cit.*, § 8. L’A. sostiene, nel successivo § 14, che l’uomo non è “l’ovulo fecondato”.

⁴⁰⁰ G. Oppo, *Persone e famiglia*, cit., p. 9-10.

in dignity and rights". Non si può enfatizzare la dignità senza considerare che la disposizione richiede il presupposto della nascita (*are born*).

Sicché si avverte una singolare circolarità nell'argomento della dignità⁴⁰¹, impiegato a sostegno della soggettività dell'embrione.

In secondo luogo, non appare chiaro, nelle fonti unionali richiamate, se il rispetto della dignità risulti invocato anche per la blastocisti extrauterina o solo *pro futuro*, in ragione di "chi" l'embrione diverrà una volta soddisfatte tutte le condizioni oppure, ancora, per i soli soggetti coinvolti nelle procedure di modificazione genetica e di commercializzazione degli embrioni.

Si dubita allora che il richiamo alla dignità possa costituire un chiaro argomento a sostegno della soggettività dell'embrione.

Quando le fonti internazionali offrono protezione alla vita umana fin dall'inizio non lo fanno al pari di una persona fisica: anzi sarebbe contraria alla dignità della persona umana quanto consentito dalle stesse fonti, ossia la crioconservazione in eterno, lo scarto di embrioni affetti da patologie genetiche gravi all'esito di diagnosi genetiche preimpianto, l'impianto contestuale di più embrioni con possibile perimento di uno o più cellule nell'esecuzione dell'impianto, la previsione della destinazione degli embrioni abbandonati al Centro Nazionale per il loro impiego ai fini di ricerca per la soluzione di problemi di infertilità e subfertilità.

Con maggiore impegno esplicativo, è possibile osservare che se l'embrione è trasversalmente considerato un soggetto di diritto, depositario della dignità umana sin dalla fase in cui è una blastocisti in coltura crioconservata, allora non sarebbe sufficiente la riserva di legge per la sua ibernazione, ma la limitazione della sua libertà dovrebbe essere garantita pure da una riserva di giurisdizione, a norma dell'art. 13 cost.

Ancora, le fonti richiamate impiegano volutamente affermazioni di principio, al fine di consentire allo Stato Membro di esercitare in via discrezionale il proprio potere di normazione anche nell'ambito della medicina e della biologia. Più precisi e idonei a descrivere uno statuto sono semmai le limitazioni alla ricerca scientifica e alla sperimentazione, quale il divieto di utilizzazione a scopo di lucro del corpo e delle cellule o il divieto di brevettazione di embrioni a fini industriali e commerciali.

⁴⁰¹ S. Rodotà, *La vita e le regole*, cit., p. 269.

Infatti, l'ampiezza delle declamazioni e dei principi cui si ricorre in queste fonti, ivi compreso il richiamo alla dignità umana, è tesa ad armonizzare la pletora eterogenea dei modelli di normazione degli Stati Membri⁴⁰²: hanno matrice comune il modello rigido italiano ed il liberale modello britannico; rispettano tali fonti e valori tanto le prime discipline francesi e tedesche quanto le più recenti e liberali normative che in questi stati ora abilitano la ricerca sugli embrioni⁴⁰³.

Altro argomento a sostegno della soggettività embrionaria si ricava dall'analisi della giurisprudenza in materia. Più volte le alte corti sono state chiamate a pronunciarsi sull'impiego ed il trattamento degli embrioni, in alcune di queste occasioni hanno attribuito alla blastocisti natura di soggetto o, più pilatescamente, di "altro".

Nel 2015⁴⁰⁴, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme sanzionatorie della legge 40 nella parte in cui criminalizzavano anche la selezione di embrioni funzionale ad evitare l'impianto di blastocisti affette da patologie genetiche gravi. Nella stessa occasione, invece, è stata dichiarata infondata la questione sull'art. 14, in punto di soppressione embrionaria attraverso la destinazione alla ricerca scientifica.

La parte motiva della sentenza muove dalla premessa secondo cui l'embrione, «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». Quindi, non si ammette la destinazione alla ricerca perché comporterebbe la soppressione e conseguentemente un «*vulnus* alla tutela della dignità dell'embrione (ancorché) malato», che non trova giustificazione nel generale interesse antagonista, in quanto la ricerca scientifica di cui agli artt. 9, 33 e 34 cost. costituisce interesse nazionale, ma non anche un diritto della personalità dell'individuo.

Dice la Corte, che all'embrione si accorda tutela e dignità, perché si tratta di 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, e tale dignità costituisce, comunque, un valore di rilievo costituzionale «riconducibile al precetto generale dell'art. 2 Cost.».

⁴⁰² *Infra* cap. 3 §§ 2, 2.1., in cui si evidenzia la distinzione tra due categorie di modelli, i liberali inclusi nella c.d. British way, i protezionisti inclusi nella c.d. French way, impiegando la classificazione di F.D. Busnelli.

⁴⁰³ *Infra* cap. 3 §§ 2.1 e 2.2.

⁴⁰⁴ Corte cost., n. 229/2015, cit.

In un secondo arresto la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla ricerca clinica sulle blastocisti abbandonate soprannumerarie richiesta dalla paziente sulle proprie blastocisti, ha affermato che «la questione, così 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 tenore latamente tecnico-scientifico»⁴⁰⁵.

In questa pronuncia la Consulta appare ancora più sibillina, in quanto dopo avere enumerato gli argomenti a favore e contro la soggettività della blastocisti, conclude che una scelta così tanto divisiva sul piano etico e scientifico, priva di soluzioni uniformi in ambito europeo, rientra tra le scelte che solo il legislatore è chiamato a adottare.

La dottrina, che segue la teoria della soggettività dell’embrione, valorizza gli elementi a favore enumerati dalla Corte costituzionale.

In particolare, si evidenzia il richiamo al principio di precauzione, il quale da sé solo dovrebbe condurre alla conclusione per cui l’embrione «sia ben più che mero materiale biologico» e, continua la Corte, «lo scienziato dovrebbe decidere non già di “non fare”, ma di “fare altro”»⁴⁰⁶.

Ancora, si valorizza pure la riflessione attorno alla crioconservazione: è vero che l’ibernazione della blastocisti non rappresenta una forma idonea di protezione rispetto alla naturale estinzione, tuttavia, dice la Corte, «il rispetto dovuto alla vita (ancorché solo “*in nuce*”) non dovrebbe consentire di equiparare l’“uccidere” al “lasciar morire”»⁴⁰⁷.

Si tratta, però, di un riepilogo delle tesi disponibili in dottrina e non di una affermazione riferibile alla Consulta. Sicché il risultato raggiunto attraverso siffatto argomento non appare attendibile.

Peraltro, anche laddove si volesse ritenere che la Corte costituzionale abbia fatto proprie siffatte considerazioni sarebbe difficile trarne un sicuro argomento a sostegno della tesi della soggettività: la Consulta impiega un linguaggio volutamente generico ed ampio, pressoché pilatesco, al fine di non invadere la sfera legislativa e rispettare la separazione dei poteri.

⁴⁰⁵ Corte cost., 13 aprile 2016, n. 84, in *Foro it.*, 2016, c. 1519 ss., con nota di G. Casaburi, *La Corte costituzionale e la l. 40/04: un ritorno all’ordine?*

⁴⁰⁶ Corte cost., n. 84/2016, cit., § 10.2.

⁴⁰⁷ Corte cost., n. 84/2016, cit., § 10.2.

È vero che il tema della natura giuridica delle cellule riproduttive specializzate risulta complesso, tuttavia la Corte costituzionale ricorre, in entrambe le pronunce, a molte negazioni proprio per non affermare nulla.

La Consulta richiama, a sostegno delle proprie conclusioni, le argomentazioni rese dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, nel celebre caso *Parrillo c. Italia*⁴⁰⁸.

Nell'occasione la Grande Camera è stata chiamata a pronunciarsi sul ricorso proposto da una paziente, la quale si era sottoposta alla procedura di P.M.A., senza portarla a conclusione attraverso il *transfer* di embrioni. Con il trattamento la paziente conseguiva cinque embrioni, mantenuti in crioconservazione per tredici anni, nel corso dei quali il marito della ricorrente moriva all'esito di un attentato in una base militare di Nassiriya. La paziente, allora, ha richiesto al giudice nazionale di donare gli embrioni conseguiti alla ricerca scientifica, in ragione degli artt. 9, 33 e 34 cost. Tuttavia, la richiesta è stata respinta in ragione dell'art. 13 l. n. 40/2004. Per questo motivo è stata lamentata la violazione dell'art. 8 CEDU dinanzi alla Corte europea, sulla base della qualificazione degli embrioni crioconservati alla stregua di beni ai sensi dell'art. 1 Protocollo n. 1 CEDU⁴⁰⁹.

La Grande Camera allora ha operato una analisi complessiva della disciplina italiana, tenuto conto dei lavori preparatori, della incidenza delle declaratorie di illegittimità costituzionale della Consulta e delle fonti sovranazionali. All'esito di siffatta disamina, la Corte EDU ha escluso la sussistenza del diritto della ricorrente alla donazione per la ricerca, poiché questo non è incluso nell'art. 8 CEDU.

Segnatamente, la Corte ha ritenuto che il divieto di sperimentazione di cui all'art. 13 l. n. 40/2004, da cui origina la preclusione di donazione ai fini di ricerca, costituisce un'ingerenza nel diritto della ricorrente al rispetto della sua vita privata. È stato sottolineato, a tale proposito, che all'epoca in cui la ricorrente è ricorsa alla fecondazione in vitro non esistevano disposizioni giuridiche che disciplinassero la donazione degli

⁴⁰⁸ Corte EDU, Grande Chambre, 27 agosto 2015, ric. n. 46470/11, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, 3, p. 609-616, con nota di V. Zagrebelsky, *Parrillo c. Italia. Il destino degli embrioni congelati tra Convenzione europea dei diritti umani e Costituzione*; in *Dir. pen. cont.*, 30 settembre 2015, con nota di V. Tigano, *Divieto di sperimentazione sugli embrioni umani e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*.

⁴⁰⁹ Il citato art. 1 Prot. 1 CEDU dispone: «Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende»

embrioni non impiantati ottenuti mediante tale tecnica. Conseguentemente, fino all'entrata in vigore di tale legge, non era impedito alla ricorrente di donare i suoi embrioni alla ricerca scientifica.

Ciononostante, il diritto di donazione delle proprie cellule alla ricerca introdotto nel 2004 non rientra tra i diritti fondamentali protetti dall'art. 8 CEDU, in quanto non riguarda un aspetto particolarmente importante dell'esistenza e dell'identità della ricorrente: «benché il diritto rivendicato dalla ricorrente di decidere il destino dei suoi embrioni riguardi il suo desiderio di contribuire alla ricerca scientifica, non lo si può tuttavia considerare una circostanza che interessa la ricorrente direttamente»⁴¹⁰.

La Corte EDU, tuttavia, non esclude la destinazione degli embrioni alla ricerca scientifica per due ragioni: la destinazione deve derivare dal consenso informato, che deve prevedere siffatta modalità di impiego; l'art. 8 CEDU non consente alla paziente di destinare i propri embrioni alla ricerca, non si esclude che altre disposizioni e fonti possano consentire alla medesima la destinazione citata.

Per quanto qui interessa, la Corte EDU elude il tema dello *status* dell'embrione *in vitro*, poiché non è stato ritenuto dirimente nel caso di specie.

A ben vedere, la pronuncia richiamata esclude solo l'applicazione dell'art. 1 prot. 1 CEDU, invocato dalla ricorrente come base legale del suo potere di disposizione degli embrioni, e lo fa sulla base della «portata economica e patrimoniale di tale articolo, gli embrioni umani non possono essere ridotti a "beni" ai sensi di tale disposizione»⁴¹¹.

Secondo una lettura attenta della pronuncia, la Corte EDU non esclude che tali cellule siano cose in senso giuridico. Semmai nella pronuncia si chiarisce che è l'art. 1 Protocollo 1 CEDU a non trovare applicazione, poiché protegge i beni del proprietario da forme di espropriazione, in considerazione esclusiva della natura patrimoniale dei medesimi. La disposizione si riferisce, allora, ad una limitata frangia di beni e non al *genus* delle *res*.

Sono semmai le opinioni concorrenti e dissenzienti a criticare l'approdo della maggioranza, in ragione di un supposto *status* dello zigote senza soluzione di continuità: nell'opinione concorrente del giudice Pinto, ad esempio, si legge che embrione non è cosa

⁴¹⁰ Corte EDU, Parrillo c. Italia, cit., § 192.

⁴¹¹ Corte EDU, Parrillo c. Italia, cit., § 215.

ma un “altro”. Si tratta di inquadramento che rievoca un altro pronunciamento della Corte EDU, nel caso Costa e Pavan c. Italia⁴¹² sulla diagnosi genetica preimpianto.

Ciononostante, neppure l’ “altro” possiede una capacità descrittiva dello *status* dell’embrione.

Ulteriore argomento impiegato per propugnare la tesi della soggettività attiene al principio di precauzione⁴¹³.

Questa argomentazione può essere così sintetizzata: poiché non si dispone, allo stato attuale della scienza e della tecnica, di sufficienti conoscenze in ordine al momento in cui finisce la cellula umana ed inizia la persona umana, occorre proteggere l’embrione sin dal momento della sua formazione. «Non solo occorre adottare la soluzione più rigorosa rispetto al dubbio, ma pure quella più generosa nei confronti della persona umana per evitare decisioni nette che si possano rivelare di lì a poco sbagliate»⁴¹⁴.

È stato sostenuto, allora, che si individua la continuità della realtà biologica prenatale⁴¹⁵ a partire dalla commistione delle cellule riproduttive: prima di questo momento si hanno dei gameti, separati e sottoposti al controllo di ciascun donatore; all’esito della compiuta fecondazione, invece, vi è un “*quid novi*”⁴¹⁶, un patrimonio

⁴¹² Corte EDU, Sez. II, 28 agosto 2012, ric. n. 54270/10, Costa e Pavan c. Italia, in *Riv. dir. internaz.*, 2013, p. 119 ss.

⁴¹³ P. D’Addino Serravalle, *Questioni biotecnologiche e soluzioni normative*, Napoli, 2003, p. 66-69; P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 754 ss.; A. Simoncini, *Alcune note sulla fecondazione medicalmente assistita, principio di precauzione e incostituzionalità degli effetti referendari*, in Aa.Vv., *La procreazione assistita: problemi e prospettive*, Brindisi, 2005, p. 407 ss.

⁴¹⁴ A. Baldassarre, *Lo statuto costituzionale dell’embrione*, in Aa.Vv., *La tutela dell’embrione*, G. Biscontini-L. Ruggeri (a cura di), Napoli, 2002, p. 36.

⁴¹⁵ Cfr. F.D. Busnelli, *Lo statuto del concepito*, in *Dem. Dir.*, 1988, p. 213 ss.; F. Parente, *La «biogiuridicità» della vita nascente tra «libertà» della ricerca biomedica e «dinamismo» della tutela dei valori esistenziali dell’uomo*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 2, p. 444-471; L. Violini, *Bioetica e laicità, Relazione al Convegno annuale dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, Napoli, 26-27 ottobre 2007, in *associazionedeicostituzionalisti.it*, p. 25; L. Palazzani, *la dignità dell’embrione umano come problema*, in Aa.Vv., *La tutela giuridica della vita prenatale*, R. Rossano-S. Sibilla (a cura di), Torino, 2005, p. 117; G. Baldini, *Libertà procreativa e fecondazione artificiale. Riflessioni a margine delle prime applicazioni giurisprudenziali*, Napoli, 2006, p. 149-155; G. Toscano, *L’embrione tra ontologia e diritto*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, 2, p. 653 ss.; A. Ciervo, *Legislatori irragionevoli e giudici senza cuore. l’accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita tra giurisprudenza e valori costituzionali*, in *Giur. cost.*, 2008, 4, p. 3669 ss. In ambito psicologico, sulla base di non meglio precisate argomentazioni, la tesi è stata sostenuta da L. Canova, *Possibili evoluzioni psicopatologiche nei bambini nati con la procreazione artificiale*, in *Dir. famiglia*, 2001, 2, p. 669 ss.: «Tra il periodo fetale e neonatale esiste un continuum: dal primitivo nucleo mentale, psicofisiologico si sviluppa il Sé mentale del neonato». La teoria ha trovato un grande sostegno nel Concilio Vaticano II, v. J. Ratzinger, *Il rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione*, Torino, 1987, p. 11-12.

⁴¹⁶ F. Gazzoni, *op. ult. cit.*, p. 180.

genetico autonomo, non suscettibile di distinzioni a seconda della fase. Tra fecondazione, annidamento in utero e nascita non si verifica alcun “salto di qualità”⁴¹⁷.

Questa continuità caratterizza ogni individuo, «inizia con l’embrione unicellulare e finisce con il cadavere»⁴¹⁸.

Tutte le fasi di differenziazione della cellula specializzata sono “guidate” dal nuovo apparato genetico⁴¹⁹, che viene a crearsi con la fusione nucleare dei gameti. Sicché con la fusione, l’embrione diviene il «centro di unificazione di tutti i processi e funzioni vitali che si svolgono nel nuovo essere»⁴²⁰.

In altri termini, è con la fecondazione che si configura l’essere umano, il genoma conferisce le potenzialità morfogeniche che saranno attuate durante l’intero processo di sviluppo⁴²¹. Le eventuali distinzioni e graduazioni⁴²² della biologia, a parere dei sostenitori di questa tesi, non ostano alla continuità biologica in discorso, poiché non incidono in alcun modo sul corredo della blastocisti.

La tesi del *continuum* è stata impiegata a partire dalla discussione parlamentare al fine di avversare la distinzione tra pre-embrione ed embrione, impiegata nell’ordinamento britannico, nonché per avversare e criminalizzare le tecniche di clonazione umana⁴²³.

La teoria del *continuum* ha, peraltro, trovato qualche adesione in giurisprudenza.

Il pensiero corre alla *concurring opinion* del giudice Pinto de Albuquerque, nel caso Parrillo c. Italia⁴²⁴: «la dignità umana impone di rispettare “l’unicità e la diversità” di ogni essere umano, secondo la formulazione della Dichiarazione universale sul genoma umano

⁴¹⁷ F. Parente, *La «biogiuridicità» della vita nascente tra «libertà» della ricerca biomedica e «dinamismo» della tutela dei valori esistenziali dell’uomo*, cit., p. 458, n. 22: «il processo di formazione dell’essere umano si può configurare come unitario, ininterrotto, non soggetto alla determinazione di una soglia che comporta, da un lato, un fattore ineliminabile di opinabilità e, dall’altro, l’attribuzione alla legge (allo Stato, o agli scienziati) del potere di decidere sul dato pregiuridico che il diritto è chiamato a riconoscere».

⁴¹⁸ F. Gazzoni, *op. ult. cit.*, p. 180.

⁴¹⁹ F. Mantovani, *The use of gametes, embryos and fetuses*, in *Umanità e razionalità del diritto penale*, cit., p. 1489. L’A. descrive la tesi personalistica dell’embrione come soggetto e ne sintetizza l’approccio: «In architectural terms, the zygote is the draughtsman, director and builder of the new human being».

⁴²⁰ A. Serra, *Embrione umano, scienza e medicina*, in *Civiltà cattolica*, 1987, 2, p. 250; id., *Pari dignità all’embrione umano nell’Enciclica Evangelium*, in *Medicina e morale*, 1995, 4, p. 809; G.M. Carbone, *Alcune Quaestiones disputatae sull’embrione umano*, in *Divus Thomas*, 1998, 1, p. 106 ss.

⁴²¹ Il principio di precauzione e l’argomento del continuum sono stati richiamati anche dal Comitato Nazionale per la Bioetica, *Identità e statuto dell’embrione umano*, 26 giugno 1996.

⁴²² G. Lisella-F. Parente, *Persona fisica*, in P. Perlingieri, *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, Napoli-Roma, 2012, p. 101.

⁴²³ *Supra* cap. 1.

⁴²⁴ Corte EDU, Parrillo c. Italia, cit., opinione concordante del giudice Pinto de Albuquerque, § 33.

e i diritti umani. In altre parole, ogni essere umano è molto di più di una combinazione unica di informazioni genetiche trasmesse dai suoi progenitori».

L'argomento del *continuum* biologico ha trovato accoglimento anche nella giurisprudenza domestica, ad esempio in alcuni approdi dei giudici amministrativi⁴²⁵.

In specie, nel 2005 il TAR Lazio si è pronunciato su un ricorso teso a censurare la mancanza di una nozione di embrione all'interno delle linee guida ministeriali, tale da rendere incerto lo spazio applicativo delle procedure ammesse.

Il giudice amministrativo romano, però, disattende la censura, la considera inammissibile con un *iter* motivazionale peculiare. In primo luogo, il TAR conferma il difetto di una nozione di embrione suscettibile di impiego nelle procedure, tanto nella legge quanto nelle linee guida. Del pari la definizione non è reperibile tra gli orientamenti emergenti nella letteratura scientifica in ambito medico: queste fonti non identificano il momento a decorrere dal quale si forma un organismo nuovo, semmai tali studi ricorrono alle nozioni di zigote, morula, di blastocisti o embrioblasto. Neppure soccorre la distinzione operata in considerazione della comparsa del sistema nervoso, ossia tra la fase antecedente e la fase successiva alla comparsa della stria primitiva.

Esula dalla biologia la possibilità di ascrivere all'embrione la soggettività, dice il TAR, perché deve essere frutto di una scelta del legislatore: la natura di soggetto o di oggetto rappresenta una convenzione umana e normativa. per questo motivo, si tratta di un compito che non può essere demandato alle linee guida attuative della legge, ancorché redatte avvalendosi dell'Istituto Superiore della Sanità.

Dopo aver affermato che quella della soggettività dell'embrione costituisce scelta di esclusivo appannaggio legislativo, il giudice amministrativo, *incidenter tantum*, devia dal suo *iter* motivazionale ed afferma che «appare invece indubbio [...] che il processo biologico è un *continuum* che comincia, in condizioni normali con la fecondazione, e cioè con l'unione del gamete paterno con quello materno (o, meglio, dei due DNA) e procede senza salti di qualità»⁴²⁶.

Si tratta di una affermazione che è stata poi reiterata dalla giurisprudenza successiva, con cui il TAR Lazio ha di fatto espropriato il legislatore della sua discrezionalità.

⁴²⁵ TAR Lazio, sez. III-ter, il 9 maggio 2005, n. 3452, cit., c. 517 ss.; in *Fam. dir.*, 2007, 1, p. 87 ss., con nota di P. Vipiana, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di procreazione medicalmente assistita, prima e dopo la legge n. 40/2004*.

⁴²⁶ TAR Lazio, n. 3452/2005, cit., § 4.

È conclusione, poi, difficilmente difendibile sul piano logico: se si afferma che esula dalla biologia la possibilità di dire se e quando l'embrione è persona e poi si accorda rilievo ad un assunto malamente traslato dalla letteratura scientifica. Il “dogma dell'indifferenziazione”⁴²⁷ è appunto un dogma, che cela il suo referente nelle credenze, non invece nell'ordinamento giuridico.

Non si comprende, da ultimo, quale sia l'addentellato normativo o l'argomento giuridico che consenta al giudice di pervenire a siffatta affermazione “indubbia”.

L'argomento del *continuum* biologico, che non trova conferme nella scienza e non trova argomenti nel diritto, ha trovato cittadinanza anche in alcuni pronunciamenti della Consulta.

In specie, in occasione della questione di legittimità costituzionale delle norme che vietano la sperimentazione sugli embrioni, la Consulta ha affermato che vietare o consentire la ricerca sugli embrioni costituisce una scelta discrezionale del legislatore, così come pure normare il potere di disposizione in capo ai pazienti del trattamento di PMA. Tuttavia, ha osservato che: «sarebbe, comunque, giuridicamente inaccettabile la pretesa dei genitori di considerarsi “proprietari” degli embrioni che abbiano generato come se questi fossero mero materiale biologico e non loro figli, e che si dona (a fini di ricerca scientifica) “qualcosa”, ma non si dona “qualcuno”, sia pure allo stato embrionale»⁴²⁸.

Dunque, seppure “in punta di piedi”, la Corte tratteggia uno statuto giuridico. Anziché ricorrere in via esplicita alle categorie di soggetto ed oggetto, si è fatto ricorso a qualcuno e qualcosa, senza tuttavia fornire un *iter* argomentativo capace di orientare l'interprete nella comprensione dell'affermazione.

Non solo, in quanto la Corte prosegue affermando che «la sperimentazione si basa necessariamente sul consenso informato del paziente e, quindi, quella sull'embrione sarebbe illecita, dato che questi, qualora sia considerato persona, non può prendere una decisione su ciò che lo concerne, tanto meno quando questa implichi la sua estinzione»⁴²⁹.

L'argomento del *continuum* biologico risulta criticabile sotto più aspetti.

Anzitutto, questa narrativa, che identifica la persona nel suo patrimonio genetico, «contrasta con una evidenza scientifica che mostra come la costruzione della personalità

⁴²⁷ P. Zatti, *Maschere del diritto volti della vita*, cit., p. 175.

⁴²⁸ Corte cost., n. 84/2016, cit., § 10.2.

⁴²⁹ Corte cost., n. 84/2016, cit., § 10.2.

sia il risultato di una complessa interazione tra dati genetici e dati ambientali, sì che la situazione di diritto e la relativa garanzia dovrebbero riguardare piuttosto questo aspetto, e non la semplice salvaguardia di un dato biologico»⁴³⁰.

L'argomento "biologico" della continuità viene, poi, smentita da acquisizioni scientifiche ormai risalenti: fino a quando la cellula specializzata non perde la totipotenzialità, ossia al raggiungimento del quattordicesimo giorno dalla fecondazione dell'ovocita, è possibile la divisione gemellare monozigotica⁴³¹. Dunque, non è vero che dalla fecondazione fino al cadavere non vi è rilevanza per le differenziazioni e si ha già un individuo, perché in questo segmento temporale si possono conseguire due o più gemelli per divisione⁴³².

La tesi del *continuum* viene avversata da autorevole dottrina, che osserva come «non vale appellarsi all'unità e continuità del processo vitale, perché essa non significa identità delle situazioni nelle quali il processo si svolge»⁴³³. In specie, osservano i critici del *continuum*, una cosa è ostacolare l'interruzione di una gravidanza in atto e altra è l'imposizione di una gravidanza mediante trasferimento coattivo di un embrione, in ragione di un supposto principio di uguaglianza⁴³⁴.

La continuità biologica è pure smentita dalle linee guida. Con il D.M. del 2015, il Ministro della salute ha fornito le indicazioni sulle procedure di procreazione assistita ammesse, corredandole con un allegato recante prototipi di scheda clinica e di scheda di laboratorio che i centri P.M.A. devono utilizzare per la registrazione dei dati dei pazienti e della procedura. In disparte il problema di compressione della autonomia del medico e del biologo, nella scheda di laboratorio sono incluse distinte voci, tra cui "*Numero ovociti inseminati*", "*Numero ovociti fertilizzati*", "*Numero degli embrioni e loro stadio di sviluppo al momento del transfer*". Sembra allora che tali linee guida orientino l'operatore a considerare ciascuno stadio, a distinguere pure quelle fasi tanto ravvicinate da essere confuse quali l'inseminazione e la fecondazione, oltre che lo sviluppo in blastocisti ed il trasferimento intrauterino. Ciascuna fase, infatti, sarà portatrice di regole proprie, in punto di consenso, revoca, crioconservazione, diagnosi genetica preimpianto.

⁴³⁰ S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 169.

⁴³¹ *Supra* cap. 1.

⁴³² C. Flamigni, *Le tappe dell'evoluzione biologica*, in Aa.Vv., *Il governo del corpo. Trattato di Biodiritto*, cit., p. 1292.

⁴³³ G. Oppo, *Persona e famiglia*, cit., p. 97.

⁴³⁴ G. Oppo, *op. ult. cit.*, p. 98.

La riconsiderazione della tutela soggettiva della blastocisti⁴³⁵ muove, poi, dalla valorizzazione della distinzione che il codice civile fa nella “tutela reale” di concepito e concepturo. Quest’ultimo è «mera *spes hominis*, un costrutto giuridico ideale, privo di un substrato biofisico»⁴³⁶.

L’argomento speso per difendere una disciplina iperprotettiva dell’embrione scade nella irrazionalità: se feto, concepito e concepturo si fanno rientrare nella medesima “persona” o soggetto allora appare incongrua una tutela più forte per il solo embrione e più debole per il feto.

Così «si crea uno *status* giuridico superiore per l’embrione e inferiore per il feto»⁴³⁷. Peggio, si attribuisce all’embrione prodotto con le tecniche di fecondazione artificiale uno *status* superiore a quello procreato naturalmente.

Diversamente, la corretta applicazione dell’argomento del *continuum* dovrebbe comportare l’applicazione della disciplina prevista per il feto sin dal momento della fecondazione in vitro, senza spazi residui per il concepturo, per la diversa disciplina della sepoltura, per la diversa applicazione di interruzione di gravidanza e contraccezione d’emergenza.

In aggiunta, risulta irrazionale la concezione statica e fissa del *continuum* se solo si considera che nell’ordinamento complessivamente inteso si riserva alla persona fisica una tutela differenziata a seconda dell’età e dello stadio di sviluppo: ne sono esempi la disciplina della successione e delle donazioni, del contratto e dei negozi, della responsabilità aquiliana.

Non solo, perché la processualità della tutela della persona è insita anche le disposizioni penali⁴³⁸: si pensi alla disciplina dell’imputabilità, alle fattispecie di

⁴³⁵ A. Falzea, voce *Fatto vitale*, cit., p. 530 afferma la rilevanza giuridica dei fatti vitali, tra i quali «si pongono in posizione eminente quelli che scandiscono il tempo della vita umana – dal concepimento alla morte, attraverso gli stati della vita intrauterina (già distinta in stati nella regolamentazione dell’aborto) e della vita extrauterina (nella quale si succedono varie età dell’uomo e con esse le esigenze della vita materiale) – con le situazioni biologiche connesse della maternità».

⁴³⁶ F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997, p. 27. In questo senso, v. pure C. Puccini, *Istituzioni di medicina legale*, Milano, 2003, p. 361.

⁴³⁷ G. Alpa, *Le persone e la famiglia*, cit., p. 229.

⁴³⁸ Per un approfondimento sul punto, v. D. Pulitanò, *Diritto penale. Parte speciale. Vol. I. Tutela penale della persona*, III ed., Torino, 2019, p. 89 ss., specificamente p. 104-105. L’A. afferma: «per quanto concerne la tutela dell’embrione, i problemi della PMA riguardano una situazione solo affine ma non identica a quelle in cui si pone il problema della interruzione di gravidanza. L’embrione non impiantato non è ancora nella situazione in cui (...) (vi è) l’esistenza di un individuo vivente. L’embrione in vitro non rientra in questa definizione, non essendo di per sé capace di vita autonoma senza bisogno di interventi esterni. Per svilupparsi, l’embrione in vitro ha bisogno di essere impiantato, cioè di un intervento esterno». L’argomento penalistico è valorizzato pure da G. Oppo, *op. ult. cit.*, p. 99. *Contra*, L. Eusebi, *Laicità e dignità umana nel diritto penale*, in *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007, p. 193.

abbandono di minore e di atti sessuali con minorenne, alle circostanze aggravanti che operano una graduazione della pena in ragione del fatto commesso in danno di minore, ai rapporti tra l'omicidio, all'infanticidio, al procurato aborto e la soppressione embrionaria⁴³⁹.

La processualità⁴⁴⁰ dell'ordinamento rispetto alla persona smentisce l'argomento della continuità biologica, poiché è irrazionale la tutela assoluta della vita nascente a fronte di una tutela graduale e proporzionata della persona fisica già nata⁴⁴¹.

4.1. L'embrione come fanciullo.

Nel solco della tesi dell'embrione come soggetto si pone la teoria che propugna l'inquadramento della blastocisti nello statuto giuridico del fanciullo⁴⁴², come un "giovanissimo essere umano"⁴⁴³.

Si tratta di una teoria che – è giusto anticiparlo sin d'ora - si espone alle medesime critiche illustrate in precedenza. Difatti, se va negata la soggettività alla blastocisti e se va esclusa la corrispondenza tra concepito e *concepturus*, pare fuor dubbio che l'embrione non vada inquadrato nel paradigma giuridico della persona, ancorché considerata nel primo segmento della vita, in ragione della particolare condizione di vulnerabilità in cui versa.

La teoria in discorso, infatti, si atteggiava come una impostazione ermeneutica marcatamente "utilitaristica". In specie, l'equiparazione dell'embrione al fanciullo potrebbe consentire all'interprete di fare applicazione del principio della tutela del superiore interesse del minore⁴⁴⁴.

⁴³⁹ P. Zatti, *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, 2009, p. 21.

⁴⁴⁰ P. Zatti, *Questioni della vita nascente*, cit., p. 1307. L'A. afferma che la stessa espressione vita nascente indica un tempo entro il quale la presenza della vita si manifesta in un processo che si conclude con la nascita. non si tratta di un tempo chiusa tra inizio e fine ma di più fasi.

⁴⁴¹ L'argomento sarà valorizzato nel § 6.

⁴⁴² Nella relazione accompagnatoria al disegno di legge n. 950 recante la disciplina per la Modifica dell'articolo 1 del codice civile in materia di riconoscimento della capacità giuridica del concepito, di iniziativa dei Senatori Gasparri, Quagliariello, Mallegni, Gallone al Senato, XVIII Legislatura, si legge: «Si può dunque attribuire il nome di «bambino» anche all'embrione e al feto umano («bambino non ancora nato»), così come comunemente si fa per il neonato e il ragazzo che frequenta la scuola materna, le scuole elementari e persino le scuole secondarie. Dunque, la Convenzione sui diritti del fanciullo si applica anche al concepito». La relazione è disponibile sul sito istituzionale del Senato della Repubblica. In questo senso, L. Eusebi, *Problemi aperti circa le condotte incidenti sulla vita umana*, in *Riv. it. med. legale*, 2012, 3, p. 855 ss.; S. Privitera, *Riflessioni sullo status morale e dico dell'embrione*, in *Riv. teologia morale*, 1998, p. 89 ss.

⁴⁴³ S. Privitera, *Riflessioni sullo status morale e dico dell'embrione*, cit., p. 89 ss.

⁴⁴⁴ R. Senigaglia, *Vita prenatale e autodeterminazione: alla ricerca di un ragionevole bilanciamento tra interessi contrapposti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1554 ss.; S. Cacace, *Le diverse facce della genitorialità e un*

Sicché ogni forma di bilanciamento tra l'interesse dell'embrione fanciullo e quello dei pazienti, dei donatori, della gestante può trovare regola dirimente nel *best interest of the child*. Il principio, affetto da una condizione genetica di genericità, restituisce all'interprete il potere di individuare di volta in volta l'interesse e di attribuirne il peso specifico necessario per prevaricare l'interesse contrario.

Non solo, in quanto l'eventuale abbandono della blastocisti in stato di crioconservazione, per morte o rinuncia, potrebbe condurre all'applicazione della disciplina in materia di adozioni, in virtù di una equiparazione dell'embrione soprannumerario residuale al fanciullo "in stato di abbandono".

È stata ventilata la possibilità di applicare analogicamente⁴⁴⁵ le regole in materia di adozione di minori, che richiedono lo stato di abbandono, al fine di recuperare gli embrioni soprannumerari abbandonati in stato di crioconservazione *sine die*.

La donazione per l'adozione della blastocisti era contemplata nel progetto di legge approvato alla Camera il 26 maggio 1999 ma non è stato ripreso poi nel testo finale. Anche detta c.d. donazione per la nascita (A.P.N.)⁴⁴⁶, si caratterizza per una donazione anonima delle cellule crioconservate (c.d. *embryo-sharing*⁴⁴⁷), avente natura solidaristica ed altruistica, in favore di altri soggetti aderenti alle tecniche di P.M.A., come accade per la donazione di gameti⁴⁴⁸. Questi ultimi, in possesso dei requisiti richiesti, acquisiscono il controllo sull'embrione e ne richiedono il trasferimento uterino o la crioconservazione in attesa di impianto.

unico interesse, quello del minore. così vicini ad un cortocircuito giuridico, in *Riv. it. med. legale*, 2016, 3, p. 913 ss.

⁴⁴⁵ Così L. Eusebi nel parere del C.N.B., L'adozione per la nascita (A.P.N.) degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (P.M.A.), 18 novembre 2005, postilla n. 2: « Il prof. Eusebi osserva rispetto al punto 7 del documento che andrebbe considerata l'ipotesi, in analogia alla disciplina vigente per i minorenni, in cui la richiesta di APN provenga da una donna la quale abbia un legame familiare con la donna che (per decesso o altra causa) non abbia potuto realizzare il trasferimento degli embrioni».

⁴⁴⁶ E. Ioratti Ferrari, *Tutela della vita prenatale nel contesto della gravidanza*, in Aa.Vv., *Il governo del corpo. Trattato di Biodiritto*, cit., p. 1619; M.G. Cabitza, *Lo statuto dell'embrione: tra dignità umana e progresso scientifico*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, 2, p. 620 ss. Il nome dell'istituto di cui si discorre deriva dal parere del Comitato Nazionale per la Bioetica, L'adozione per la nascita (APN) degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (P.M.A.), 18 novembre 2005.

⁴⁴⁷ F. Shenfield-G. Pennings-C. Sureau-J. Cohen-P. Devroey-B. Tarlatzis, *Gamete and embryo donation*, in *Human Reproduction*, 2002, 17, 5, p. 1408.

⁴⁴⁸ Sul punto si consenta il rinvio a S.P. Perrino, *La donazione di cellule riproduttive e l'indennità per spese e inconvenienti*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 4, p. 1308 ss.; id., *Note a margine del D.P.R. 23 agosto 2019 n. 131: le nuove disposizioni in materia di donazioni di cellule riproduttive a cinque anni dalla Corte cost. n. 162/2014*, in *BioLaw Journal*, 2020, 1, p. 311 ss.; id., *Fecondazioni postume e destinazione delle cellule riproduttive alla ricerca*, in *BioLaw Journal*, 2020, 2, p. 237 ss.

Questa forma di adozione mediante donazione è tesa ad incoraggiare la nascita degli embrioni già prodotti ed evitare nuovi cicli di fecondazione assistita.

La procedura proposta si inserisce, in virtù del mancato ricorso ai propri gameti, tra le forme di fecondazione eterologa, senza integrare – secondo i suoi sostenitori - una forma di surrogazione della maternità, in quanto la genitorialità è attribuita a coloro che ricevono l'embrione e acconsentono al trasferimento uterino.

Si fa applicazione, in tal caso, della genitorialità sociale per quanto concerne la paternità, mentre non è così per la madre. Qui lo *status filiationis* è attribuito rispetto alla madre ai sensi dell'art. 269 c.c. ed in conformità con i recenti approdi della Cassazione a Sezioni Unite⁴⁴⁹: è madre colei che porta a compimento la gestazione.

Emergono dunque rilevanti peculiarità rispetto all'adozione, vuoi per il legame biologico ancorché non genetico con la madre, vuoi per i requisiti di accesso.

La percorribilità della donazione per la nascita è stata vagliata anche dal Comitato nazionale per la Bioetica⁴⁵⁰.

A sostegno della adozione per la donazione, è stato osservato che la crioconservazione può condurre al perimento del 30-35% degli esemplari crioconservati, la cui produzione ha avuto e continua ad avere un costo economico e fisico elevato e la cui crioconservazione richiede ulteriori fondi. Sicché «la possibilità di far nascere anche un solo embrione giustifica il ricorso all'innovativo istituto e che la finalità della A.P.N. non è

⁴⁴⁹ Cass. civ., SS.UU., 8 maggio 2019, n. 12193, rv. 653931 – 04, in *NGCC*, 2019, 1, p. 737, con nota di U. Salanitro; in *Foro it.*, 2019, 1, c. 1951, con nota di G. Casaburi; in *Famiglia*, 2019, 345, con nota di M. Bianca; in *Fam. dir.*, 2019, 7, p. 653 ss., con nota di M. Dogliotti, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*; *ibidem*, con nota di G. Ferrando, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*; in *Dir. fam. pers.*, 2019, 3, p. 1098 ss., con nota di A. Spadafora, *Procreare semper licet?*; *ibidem*, 2020, 2, p. 393 ss., con nota di D. Mazzamuto, *La decisione delle Sezioni Unite: i nuovi fronti della "genitorialità sociale"*. Occorre tuttavia ricordare che il divieto di gestazione per altri è nuovamente stato sottoposto al vaglio della Consulta da Cass. civ., sez. I, 29 aprile 2020, n. 8325, in *Dir. fam. pers.*, 2020, 3, p. 960 ss. Questione di legittimità dell'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004, sollevata solo pochi mesi dopo la pronuncia della Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, in *Foro it.*, 2019, 1, c. 3782, con nota di G. Casaburi; in *Corr. giur.*, 2019, p. 1460, con nota di G. Recinto; in *NGCC*, 2020, 1, p. 548, con nota di I. Barone. La questione era stata sollevata da Trib. Pordenone 4 luglio 2018 e Trib. Bolzano 3 gennaio 2019, entrambe in www.articolo29.it.

⁴⁵⁰ C.N.B., *Identità e statuto dell'embrione umano*, 22 giugno 1996, § 9.2 «la legge potrebbe sottrarre la disponibilità di tali embrioni alla coppia che ha accettato la loro formazione, ma non è più disposta ad accettare il loro trasferimento in utero, e stabilire che [...] vengano congelati e messi a disposizione di eventuali altre coppie intenzionate ad assicurare il loro trasferimento»; C.N.B., *L'adozione per la nascita (APN) degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (P.M.A.)*, 18 novembre 2005, § 5: «l'espressione utilizzata ha il merito, richiamando l'adozione legittimante e la sua disciplina, di porre in primo piano i valori di solidarietà, generosità e responsabilità e irrevocabilità dell'atto che dovrebbero caratterizzare il comportamento dei genitori o del genitore deciso a portare a nascita un embrione residuale e abbandonato»; C.N.B., *Destino degli embrioni derivanti da PMA e non più impiantabili*, 27 ottobre 2007.

certo quella dell'incremento demografico, ma della massimizzazione del rispetto nei confronti della vita umana prenatale».

Con la cessazione della crioconservazione, dunque, si può determinare il perimento delle cellule, ciò però può accadere anche nella riproduzione naturale: durante la fecondazione sessuata molteplici gameti maschili soccombono, mentre mensilmente vengono espulsi gli ovociti non fecondati; vengono espulsi poi gli zigoti che non riescono nell'attecchimento alle pareti uterine e pure le blastocisti che non superano la fase di adesione all'utero.

Inoltre, anche durante la fecondazione artificiale *in vivo*, ossia senza crioconservazione, si verifica un perimento di embrioni: taluni sono troppo deboli, altri non sopravvivono più di qualche ora alla inseminazione e, ancora, alcuni non riescono nell'annidamento in utero in favore di altri.

Il C.N.B. nega all'embrione la natura di bene sottoposto al potere di disposizione latamente proprietario dei pazienti futuri genitori, poiché ciò colliderebbe "contro il di lui interesse".

L'unica alternativa possibile alla ibernazione *sine die* è rappresentata da questa forma di donazione ibridata con l'adozione: «è l'unico mezzo per far nascere il concepito, non può certo considerarsi accanimento terapeutico, posto che questo implica il ricorso a mezzi sproporzionati per proseguire una vita o forse meglio, per simulare una prosecuzione di vita, già esaurita o comunque condannata a terminare in brevissimo termine. Invece nulla è più proporzionato per un concepito che l'utero, l'unica "residenza" che gli offre la possibilità di sopravvivere e poi di nascere»⁴⁵¹.

Si tratta, tuttavia, di una soluzione applicabile alle sole blastocisti non affette da "gravi anomalie irreversibili dello sviluppo"⁴⁵², lasciando insoluto il dubbio sulla sorte degli embrioni soprannumerari "malati". Con riferimento a queste ultime, il Comitato reputa necessario preliminarmente individuare un consenso comune attorno alla «morte organismica dell'embrione» per addivenire alla conclusione attorno alla loro eventuale destinazione.

A sostegno della adozione per la nascita si pongono anche alcune interrogazioni parlamentari⁴⁵³: vari senatori e deputati hanno richiesto al Ministro della salute di dare

⁴⁵¹ C.N.B., L'Adozione per la Nascita, cit., § 6.3.

⁴⁵² C.N.B., Destino degli embrioni, cit., § 1-2.

⁴⁵³ Atto Camera Interrogazione a risposta scritta 4-03491 presentata da M.A. Farina Coscioni, 8 luglio 2009, seduta n.199; Interrogazione a risposta scritta 4-00980 presentata da D. Poretti, 13 gennaio

conto della spesa per la creazione della Biobanca nazionale per gli embrioni abbandonati, del numero di blastocisti residuali italiane e della destinazione di queste ultime.

All'esito di tali interrogazioni, il Ministro della salute⁴⁵⁴ ha affermato la necessità di individuare una destinazione alternativa alla conservazione eterna; nel rispetto dei divieti contenuti nella legge, tesi a sanzionare la distruzione e la destinazione alla sperimentazione, residua solo l'opzione della adozione per la nascita. Si tratta, peraltro, di una opzione già nota ad altri ordinamenti, seppure meno diffusa dell'ovodonazione⁴⁵⁵.

Tuttavia, come si legge dalla relazione sullo stato di attuazione della l. n. 40/2004⁴⁵⁶, questa soluzione non può essere adottata fino all'attivazione della Bio-banca nazionale presso l'Ospedale Maggiore di Milano e fino al compiuto trasferimento da parte dei centri P.M.A. delle *paillettes* di blastocisti residuali.

A ciò si aggiunga che nonostante l'attivazione di un registro nazionale, l'operazione di stima e di raccolta appare problematica: i dati dei pazienti sono riservati e protetti, non è dato sapere il numero esatto di embrioni abbandonati e risulta conseguentemente inibito alla Biobanca nazionale compulsare tutti i centri autorizzati per l'invio delle *paillettes* residuali. Peraltro, non è stato mai specificato se i costi del trasferimento alla Bio-banca nazionale gravino in capo a quest'ultima oppure al singolo centro P.M.A.

Nonostante il favore mostrato in ambito politico, l'adozione per la nascita non è stata menzionata nella legge e tantomeno nelle recenti Linee guida. Si rammenti, poi, che il Ministero della salute ha provveduto ad aggiornare il modulo del consenso ivi contenuto, all'esito delle numerose declaratorie di illegittimità costituzionale. In disparte, anche qui, i profili di eccentricità e di incompatibilità di un modello prestampato con le regole generali dell'autodeterminazione terapeutica⁴⁵⁷, nei nuovi moduli non si offre alcun espresso riferimento alla donazione per l'adozione tra le forme di destinazione delle cellule. L'unica destinazione alternativa alla P.M.A. resta la conservazione in vitro: «deve

2009, seduta n.122; Interrogazione Gigli e Sberna n. 3-02000, concernente intendimenti del Governo in merito al regime degli embrioni soprannumerari, con particolare riferimento alla possibilità di adozione degli stessi, 10 febbraio 2016, seduta n. 566.

⁴⁵⁴ Ministro della salute, question time, 13 dicembre 2017, resoconto stenotipico disponibile sul sito istituzionale della Camera.

⁴⁵⁵ *Infra* cap. 3.

⁴⁵⁶ Relazione del Ministro della Salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita - anno 2019 con riferimento alle attività dell'anno 2017 nei centri PMA e all'utilizzo dei finanziamenti nell'anno 2018, p. 35 ss.

⁴⁵⁷ *Supra* cap. 1.

altresì essere illustrato e discusso il rischio di produrre embrioni soprannumerari, con la conseguenza di destinare quelli in eccedenza alla crioconservazione»⁴⁵⁸.

Vieppiù che in senso opposto all'A.P.N. si è espressa la Commissione di studio degli embrioni crioconservati⁴⁵⁹. La commissione è stata chiamata a vagliare le varie destinazioni possibili per evitare la crioconservazione eterna della cellula specializzata. Problema questo crescente a fronte del progressivo ricorso alla crioconservazione.

La Commissione si è polarizzata attorno a due soluzioni alternative alla preservazione in vitro: l'adozione per la nascita e la destinazione alla ricerca scientifica. Ciononostante, nella relazione finale la Commissione non fornisce avallo all'istituto in commento. Diversamente, si confida nel progresso scientifico: la scienza deve individuare ed affinare i «criteri e metodologie per diagnosticare la morte o comunque la perdita di vitalità degli embrioni crioconservati: si arriverà così a superare l'attuale paradosso, legalmente inevitabile, di una crioconservazione che potrebbe non avere mai un termine».

L'Adozione per la nascita invece trova alcuni ostacoli, a parere della Commissione. In particolare, è stata dedicata una riflessione attorno alle modalità di abbandono della blastocisti. Secondo la Commissione è tramite il consenso che si imprime una destinazione nell'embrione crioconservato e, del pari, se ne determina lo stato di abbandono.

Tuttavia, in ragione del generale diritto all'autodeterminazione ed in virtù delle regole contenute nella l. n. 219/2017, il consenso è sempre revocabile. Allora se l'abbandono può aversi solo mediante una determinazione contenuta nel consenso informato questo non può mai dirsi definitivo come richiesto ai fini dell'adozione. Semmai «per definire come irrevocabile tale rinuncia, e per qualificare gli embrioni come in stato di abbandono definitivo, si può solo ipotizzare l'emergenza di elementi oggettivi di carattere medico e scientifico, che qualificando l'impianto come inesigibile e/o ineseguibile giustificano in termini di definitività il venire meno dell'obbligo legale di impianto»⁴⁶⁰. Lo stato di abbandono si verificherebbe esclusivamente in caso di morte del

⁴⁵⁸ D.M., 28 dicembre 2016, n. 265, All. n. 1, § 21.

⁴⁵⁹ Commissione di studio sugli embrioni crioconservati nei centri di p.m.a., nominata con Decreto del Ministro del Lavoro della Salute e delle Politiche Sociali, 25 giugno 2009, Relazione finale, 8 gennaio 2010, il documento è consultabile in http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_minpag_658_documenti_documento_1_fileAllegatoDoc.pdf.

⁴⁶⁰ Commissione di studio sugli embrioni crioconservati nei centri di p.m.a., relazione finale, cit., § 4-5. Sul punto, v. Opinione dissenziente di Amedeo Santosuosso e Carlo Alberto Redi sulla "relazione finale" approvata a maggioranza, 8 gennaio 2010, § 4, 10. Il testo della dissenting opinion alla relazione finale della Commissione è consultabile in http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_minpag_658_documenti_documento_1_fileAllegatoDoc.pdf. Critico

paziente cui è attribuito il controllo, neppure la sopravvenuta incapacità della paziente a portare a termine la gravidanza potrebbe giustificare la definitività del consenso.

Si osserva però che siffatta impostazione, seguita dalla Commissione, non risulta conforme alla disciplina del consenso nella fecondazione assistita: nella relazione sembra tratteggiarsi un consenso alla crioconservazione autonomo dalle regole contenute nell'art. 6 l. n. 40/2004, speciali e derogatorie rispetto alla l. n. 219/2017⁴⁶¹. Così non è, perché nel modulo di consenso informato i pazienti si determinano non solo a fecondare gli ovociti, ma anche a crioconservarli.

Difatti, la legge 40 delinea un consenso eccentrico, espresso da un centro di imputazione composito, in cui due pazienti si determinano ad un trattamento, che a sua volta condiziona la filiazione, si fonda su moduli redatti dal Ministero, ma soprattutto soggiace ad un termine, coincidente con la fecondazione dell'ovocita, all'esito del quale non si ammette alcuna revoca e neppure il disconoscimento del figlio. Semmai è il consenso del donatore, tratteggiato oggi dal D.P.R. n. 131/2019 ad essere sempre revocabile da parte del donatore.

In secondo luogo, la Commissione considera non applicabile l'adozione per la nascita in considerazione del numero di embrioni abbandonati.

È bene fare qualche stima, per comprendere la conclusione raggiunta.

Secondo gli ultimi dati forniti dal Ministero, nel 2015 gli embrioni abbandonati ammontavano ad un totale di 34.490 esemplari, rispetto ai quali si stima un accumulo di almeno 10.000 embrioni abbandonati ulteriori nel successivo anno⁴⁶². In questo numero, però, non vengono computate le cellule crioconservate in attesa di impiego o in attesa di determinazione da parte della coppia di aderenti alle procedure.

Tuttavia, non pare convincente neppure l'argomento numerico: equivale a dire che non è praticabile l'adozione di minori perché ci sono troppi minori da adottare.

In senso opposto, invece, si osserva che la soluzione proposta da questa tesi ha il merito di attuare il principio di gradualità contenuto nella l. n. 40/2004.

sull'impostazione in esame F.D. Busnelli, *Nascere (o anche "morire") con dignità: un traguardo problematico per l'embrione*, in *NGCC*, 2017, 3, p. 403.

⁴⁶¹ G. Resta, *La disposizione del corpo. Regole di appartenenza e di circolazione*, in *Il governo del corpo. Trattato di Biodiritto*, cit., p. 84 ss.; G. Ferrando, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico*, in *Aa.Vv., Studi in onore di P. Rescigno*, Milano, 1998, p. 199 ss.

⁴⁶² I dati sono stati forniti dall'allora Ministro della Salute Lorenzin, nel corso di un *question time*. L'interrogazione a risposta immediata in assemblea, G.L. Gigli, n. 3/02000 è consultabile in <https://aic.camera.it/aic/scheda.html?numero=3-02000&ramo=C&leg=17>.

Allora si rende necessaria un'analisi attenta della teoria dell'embrione fanciullo, la quale si fonda su variegata argomentazioni.

4.1.1. Gli argomenti contrari all'embrione fanciullo.

Si cominci dalla nozione giuridica di fanciullo contenuta nella Convenzione sui diritti del fanciullo⁴⁶³. La Convenzione, all'art. 1, definisce come tale «ogni essere umano avente un'età inferiore a diciott'anni, salvo che abbia raggiunto prima la maturità in virtù della legislazione applicabile».

Isolatamente considerata la nozione sembra non fare riferimento alcuno alla blastocisti o, ancor prima, alla vita nascente.

Occorre scomporre la definizione autentica offerta dall'art. 1.

L'art. 1 non fa riferimento alla persona, ma ad ogni essere umano. Se è fuor dubbio, come si è detto, che l'embrione appartiene alla specie allora non si può escludere l'applicazione della disposizione anche alla blastocisti.

A sostegno di tale conclusione si è detto che per l'interpretazione dell'art. 1 occorre procedere ad una lettura combinata del citato enunciato con quanto specificato dal Preambolo: nel terzo paragrafo si individua il fanciullo in colui che «a causa della sua mancanza di maturità fisica e intellettuale», è ritenuto bisognoso «di una protezione e di cure particolari, ivi compresa una protezione legale appropriata, sia prima che dopo la nascita»⁴⁶⁴.

Ecco che allora al criterio anagrafico si somma il criterio funzionale, è fanciullo il soggetto che versa in condizione di vulnerabilità in ragione della sua immaturità, a partire dalla vita prenatale.

Da ciò discende che il fanciullo non è solo il minore ma anche l'essere umano prima ed a prescindere dalla nascita, il cui "superiore interesse" deve essere tutelato⁴⁶⁵.

⁴⁶³ Così, R. Senigaglia, *Vita prenatale e autodeterminazione: alla ricerca di un "ragionevole" bilanciamento tra interessi contrapposti*, cit., p. 1557.

⁴⁶⁴ Corte cost., 10 febbraio 1997, n. 35, in *Giur. it.*, 1997, 1, p. 348.

⁴⁶⁵ Si veda, in proposito, R.C. Barra, *Lo statuto giuridico dell'embrione umano*, in *Jus. 2000*, 164, il quale osserva: "questa dichiarazione non fu respinta dagli Stati che firmarono, dunque deve considerarsi in conformità con lo spirito della Convenzione". Così anche R. Senigaglia, *Vita prenatale e autodeterminazione*, cit., 1589, che parla di prevalenza dell'interesse superiore dell' "embrione/concepito".

A ciò si aggiunga quanto previsto dalla Dichiarazione dei Diritti del fanciullo, che al quarto principio accorda cura e protezione tanto nella fase prenatale quanto nella fase successiva.

Le fonti internazionali sembrano deporre allora per una tutela soggettiva autonoma alla vita in formazione, accostando la fase prenatale a quella del fanciullo in considerazione della sua peculiare vulnerabilità.

Eppure, la lettura appena illustrata appare forzata.

Sebbene fondata su precisi referenti normativi, questi sono contenuti nel Preambolo o tra principi generali nonché tra fonti che fanno ricorso a termini generici, in ragione della loro applicazione tra tutti gli stati aderenti.

Appaiono davvero poche le norme a sostegno di questa impostazione e, peraltro, la nozione di fanciullo non consente di selezionare con precisione le norme applicabili.

Soprattutto, si tratta di una teoria tesa ad ascrivere all'embrione la soggettività che non possiede neppure il concepito.

Ancora, se si tratta di fonti applicabili a tutti gli stati aderenti, tra cui, come più volte è stato ricordato, non c'è *consensus* sullo statuto giuridico dell'embrione, a cui non si vuole imporre una natura giuridica e si intende lasciare il potere di normare la materia alla discrezionalità del legislatore, allora non si comprende come da fonti tese a proteggere il fanciullo si possa pretendere una presa di posizione nitida sulla blastocisti.

È stato sostenuto, poi, che le disposizioni delle Dichiarazioni e Convenzioni menzionate sono volte a tutelare una "vita orientata verso la nascita"⁴⁶⁶. Rievocano, dunque, la continuità biologica. In particolare, l'embrione dovrebbe essere protetto al pari di un "fanciullo"⁴⁶⁷ perché «naturalisticamente – e, dunque, anche giuridicamente – l'embrione starebbe al bambino, come il bambino all'adolescente, come l'adolescente all'adulto».

La tesi prescinde *sic et simpliciter* dall'apporto fisico allo sviluppo dell'embrione da parte della donna, come totalizzante ed infungibile⁴⁶⁸, prescinde dall'aborto e dalle eventuali degenerazioni dell'embrione⁴⁶⁹.

⁴⁶⁶ T. Padovani, *Leggi complementari penali*, cit., p. 627.

⁴⁶⁷ Così L. Eusebi, *Embrione e tecniche procreative, il problema eugenetico, i criteri della generazione umana: profili giuridici*, in *Atti del convegno "La procreazione assistita: problemi e prospettive"*, Roma, 2005.

⁴⁶⁸ Si veda P. Tincani, *op. ult. cit.*, p. 49.

⁴⁶⁹ In questo senso T. Padovani, *Leggi complementari penali*, Milano, 2007, p. 623-624. Sull'aleatorietà, v. M. Rizzuti, *Il problema di definire la vita nascente*, in Aa.Vv., *Le definizioni nel diritto*, p. 263-264: "Agli embrioni crioconservati, benché esistenti in natura, sarà più ragionevole applicare la disciplina dei concepturi, che è conformata allo scopo di regolare situazioni caratterizzate da forte

E allora, ancora una volta, è prioritario l'inquadramento giuridico dell'embrione, mentre solo successivamente è possibile determinare se alla blastocisti possono applicarsi le norme poste a tutela dei fanciulli e dei minori.

La possibilità di inquadramento dell'embrione come fanciullo è stata, poi, avversata a chiare lettere dalla giurisprudenza in sede civile.

Il Tribunale di Milano⁴⁷⁰, chiamato a pronunciarsi sulla responsabilità dell'Azienda Ospedaliera per l'accidentale soppressione di embrioni crioconservati, discute di un danno da perdita di *chances* di procreazione. Il Collegio procede a tale chiara affermazione sulla scorta degli approdi comunitari, affermando come «non si possa *ancora* individuare un soggetto giuridicamente definibile come figlio dell'aspirante madre»⁴⁷¹.

Negata l'attualità di un fanciullo e di un figlio, viene a difettare il primo presupposto per l'applicazione analogica delle disposizioni in materia di adozioni, la causa della adozione piena: l'abbandono di cui all'art. 8.

In aggiunta, è vero che la l. 4 maggio 1983, n. 184, recante la disciplina dell'adozione indica lo stato di abbandono del minore tra i suoi presupposti⁴⁷², tuttavia il significato della locuzione impiegata appare assai diverso ed ampio da quello assunto per gli embrioni soprannumerari. Si fa riferimento ad una condizione di abbandono materiale e morale, che ricorre sia in caso di rifiuto intenzionale o irrevocabile di assolvere i doveri genitoriali, ma anche in caso di incapacità di assicurare al minore quel minimo di cure materiali, calore affettivo, aiuto psicologico per lo sviluppo e formazione della personalità⁴⁷³. Non si tratta di una scelta espressa con il modulo del consenso informato o mediante un aggiornamento della propria determinazione terapeutica.

Peraltro, la valutazione dello stato di abbandono deve essere effettuata in via complessiva ed in concreto: non può essere trascurata la posizione dei nonni o di parenti tenuti a provvedere al minore.

aleatorietà e futurità della nascita". L'A. precisa anche che "diverso è il problema della definizione dell'embrione agli specifici fini della legge sulla procreazione medicalmente assistita, che sono poi quelli di contrastarne ogni forma di reificazione, dalla commercializzazione all'utilizzo a fini di ricerca scientifica".

⁴⁷⁰ Trib. Milano, 21 maggio 2013, in *NGCC*, n. 12/2013, con nota di A. Negro, *Note sul danno da perdita di embrioni*. Tale pronunciamento formerà oggetto di autonoma valutazione nella analisi della teoria processuale, *infra* § 6.

⁴⁷¹ Corte eur. dir. Uomo, 28 agosto 2012, ric. 54270/10, in *Giur. It.*, 2012, c. 1993. Conformemente si vedano anche: Corte eur. dir. Uomo, 10 aprile 2007, ric. 25579/05, in *NGCC*, 2007, 1, p. 1238; Corte eur. dir. Uomo, 1° aprile 2010, ric. 57813/00, *Fam. dir.*, 2010, p. 977; Corte Giust. UE, 18 ottobre 2011, n. 34, in *Fam. dir.*, 2012, p. 221; Trib. Cassino, 2 marzo 2010, in *www.leggiditalia.it*.

⁴⁷² C.M. Bianca, *Diritto civile. La famiglia*, VI ed., Milano, 2017, p. 459 ss.

⁴⁷³ Cass. civ., 10 luglio 2013, n. 17096; Cass. civ., 12 aprile 2013, n. 8930.

Come è stato evidenziato, poi, i requisiti soggettivi di accesso alle tecniche di procreazione assistita divergono non poco da quelli previsti in materia di adozione: gli adottanti devono essere legati da un rapporto di coniugio, non richiesto dalla l. n. 40/2004; a norma dell'art. 6 l. adoz. i genitori adottivi devono avere un'età superiore ai diciotto anni ma non superiore di quarantacinque e difficilmente queste soglie risultano applicabili per i pazienti di un trattamento di P.M.A. È vero che questo limite rappresenta un limite derogabile, ma solo quando il giudice accerti un danno grave e non altrimenti evitabile per il minore.

Sarà allora sufficiente considerare che il limite di età previsto dalla disciplina delle adozioni dei minori potrebbe risultare assai restrittivo per molti dei pazienti aderenti alle tecniche di fecondazione artificiale e l'eventuale deroga non è possibile poiché il grave pregiudizio non è accertabile.

In definitiva, anche a voler sostenere la natura di fanciullo, e così non è per le ragioni già illustrate, l'adozione per la nascita non appare una strada percorribile quantomeno attraverso l'applicazione analogica della disciplina delle adozioni. Semmai è necessaria l'adozione di una normativa *ad hoc*.

Venuta meno la funzione perseguita dalla teoria esaminata, l'inquadramento della blastocisti nella categoria del fanciullo diviene ultronea.

5. L'embrione come "cosa in senso giuridico"⁴⁷⁴.

Tra le tesi massimaliste, funzionali ad un inquadramento dell'embrione secondo il metodo dell'adattamento, si annovera l'impostazione esegetica che inquadra l'embrione nella categoria delle cose.

Si tratta di una tesi che inquadra i *biomaterials*⁴⁷⁵ tra le cose fuori commercio e che muove dalla critica alla teoria dell'embrione come soggetto o concepito.

Secondo i sostenitori⁴⁷⁶ di tale teoria, «l'esperienza dimostra che non è "soggettivizzando", bensì "oggettivizzando" che si ottiene la migliore tutela; è attribuendo

⁴⁷⁴ La locuzione è di S. Pugliatti, voce *Cosa*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, § 7.

⁴⁷⁵ Il termine è sovente impiegato nella letteratura britannica per indicare questa peculiare categoria di cellule, disciplinata dallo HFEA 1990; per tutti, I. Goold, M. Quigley, *Human Biomaterials: The Case for a Property Approach*, in Aa.Vv., *Persons, Parts and Property: How Should we Regulate Human Tissue in the 21st Century*, Oxford-Portland, 2014, 235 ss.; M. Quigley, *Self-Ownership, Property Rights, and the Human Body*, Cambridge, 2018, 65 ss.

⁴⁷⁶ C.M. Mazzoni, *La tutela reale dell'embrione*, in *NGCC*, 2003, p. 457 ss.

lo statuto di oggetto (o di cosa) che si sottrae, ad esempio, la persona al mercato. Il diritto civile conosce la categoria delle cose fuori commercio, e la usa per sottrarre alcune di esse alla libera disponibilità dello scambio. La persona o il corpo sono pensati, dalla tradizione, come cose fuori dal commercio»⁴⁷⁷.

La tesi pone la *res* al di fuori della logica dominicale.

Questa teoria impone di comprendere correttamente quale sia l'angolo prospettico e di tenere distinti i concetti di bene e cosa.

Anzitutto, è bene muovere da una considerazione generale capace di cogliere le ragioni dell'inquadramento entro il paradigma di cosa: l'ordinamento italiano non reca una nozione tecnico-giuridica di cosa⁴⁷⁸.

Se un riferimento al lessema non è contenuto in una norma generale definitoria, qualche suo accenno si può reperire nelle disposizioni che regolano l'obbligazione del venditore di consegnare la cosa al compratore, artt. 1476 e 1477 c.c.⁴⁷⁹, nella disciplina della petizione di eredità, a norma dell'art. 535 c.c., o nelle regole del legato, art. 649 ss. c.c., e del pegno, art. 2784 c.c.

Ancora, il legislatore si riferisce alla cosa e non al bene nel diritto penale: si pensi agli artt. 624 e ss. c.p.⁴⁸⁰ che menzionano la "cosa mobile", negli archetipi legali del furto⁴⁸¹, del furto in abitazione, della rapina⁴⁸², del danneggiamento⁴⁸³, della ricettazione, oppure all'art. 392 c.p., che incrimina l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni, ossia l'autotutela privata con violenza sulle cose⁴⁸⁴, nonché nella disciplina delle confische e del sequestro⁴⁸⁵.

⁴⁷⁷ G. Cricenti, *I diritti sul corpo*, Napoli, 2008, p. 68. Così anche P. Tincani, *op. ult. cit.*, p. 49 ss.

⁴⁷⁸ C.M. Bianca, *Diritto civile. La proprietà*, II ed., Milano, 2017, p. 36.

⁴⁷⁹ Secondo C. Sdanga, *Dei beni in generale*, in P. Schlesinger-F.D. Busnelli, *Commentario Codice Civile*, 2015, p. 43, nelle norme citate si offre la distinzione più nitida tra cose e beni, in quanto si impiega il primo lessema per indicare le entità corporali e i secondi quando sia necessario, ad esempio, includere le attività e i crediti.

⁴⁸⁰ F. Mantovani, *Patrimonio (Delitti contro il)*, in *Enc. giur.*, XXXI, Milano, 1990; id., *Diritto penale*, Padova, 1988, p. 213. Secondo l'A. «cosa è ogni entità naturale del mondo esteriore [...] le stesse parti del corpo una volta separate da esso».

⁴⁸¹ F. Mantovani, *Furto*, in *Umanità e razionalità del diritto penale*, cit., p. 695-698. L'A. ricomprende tra le cose mobili anche la *res* staccata per mano dell'agente dal "complesso immobiliare".

⁴⁸² F. Mantovani, *Rapina*, in *Enc. giur.*, XXV, 1991, § 3.1.

⁴⁸³ F. Mantovani, *Danneggiamento o deterioramento di cose altrui*, in *Umanità e razionalità del diritto penale*, cit. p. 641.

⁴⁸⁴ Nelle fattispecie appena menzionate la cosa costituisce l'oggetto materiale e non l'oggetto giuridico o bene giuridico tutelato dall'ordinamento. Sul punto, v. S. Pugliatti, *op. ult. cit.*, § 10; G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. I delitti contro il patrimonio*, vol. II, VI ed., Torino, 2014, p. 27; F. Mantovani, voce *Furto*, in *Dig. disc. pen.*, 1991, § 4.

⁴⁸⁵ Per una ricognizione generale, nel diritto civile, amministrativo, penale ed internazionale, v. S. Pugliatti, *op. ult. cit.*, § 4.

Si evidenzia, tuttavia, nei casi appena elencati una promiscuità⁴⁸⁶ terminologica, una varietà di significati, talvolta antinomia e talaltra sinonimia⁴⁸⁷ tra i due termini ricorrenti.

Quanto precedentemente illustrato, allora, non consente di fare sicuro affidamento su tali disposizioni normative, quali referenti idonei a fornire un significato all'interprete ed a strutturare l'autonoma categoria.

Il legislatore codicistico, all'art. 810 c.c., ha preferito fornire la nozione di bene: «Sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti». Si tratta di una norma tanto ambigua da aver generato contrasti interpretativi⁴⁸⁸, «incarnando la norma una definizione molto più incline a creare problemi che a porvi rimedio»⁴⁸⁹.

Secondo taluni interpreti la disposizione appena citata non possiede un carattere generale bensì solo relativo⁴⁹⁰: la nozione di bene non svolge alcuna funzione di qualificazione dei beni in senso giuridico, semmai ha una funzione meramente descrittiva utile per tracciare una distinzione tra il soggetto e l'oggetto del diritto.

Secondo altri, costituisce *res* tutto ciò che diverge dal soggetto di diritto⁴⁹¹. Non assume, invece, rilevanza la distinzione tra bene e cosa, in ragione dell'«eteroclitico utilizzo dei due termini nei vari libri del codice»⁴⁹².

Tuttavia, secondo diversi interpreti, dalla disposizione richiamata si può trarre un diverso insegnamento: la cosa costituisce un *genus*, di cui i beni possono costituire una

⁴⁸⁶ B. Biondi, *op. ult. cit.*, p. 16.

⁴⁸⁷ C. Sdanga, *op. ult. cit.*, p. 43.

⁴⁸⁸ M. Allara, *Dei beni*, Torino, 1984, p. 21 ss.; Id, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, Torino, 1958, p. 274; non è mancato chi ha reputato inutile una nozione di cosa, cfr. B. Biondi, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982, p. 6: «cosa è qualunque entità estranea al soggetto pensante, che esiste o è soltanto pensata o pensabile». Precisa lo stesso A. che una «tale nozione non serve affatto per il diritto giacché nulla dice di giuridicamente rilevante». L'A. offre la seguente definizione: «dal punto di vista giuridico-positivo cosa è qualunque entità, materiale od immateriale, che sia giuridicamente rilevante (...) Cosa è il riferimento oggettivo del diritto soggettivo». Per una pregevole ricostruzione del serrato dibattito e delle teorie, v. C. Sdanga, *op. ult. cit.*, p. 43 ss.

⁴⁸⁹ A. Gambaro, *I beni*, in P. Schlesinger, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2012, p. 7.

⁴⁹⁰ In questo senso, S. Pugliatti, *Beni immobili e beni mobili*, Milano, 1967, p. 213 ss.: «Dal punto di vista tecnico l'impegno non ci sembra favorevolmente apprezzabile, proprio perché una definizione del genere, avente per oggetto un concetto generale, non facilmente definibile, esula dalla funzione pratica della normazione. Senza dire - e qui non intendiamo indugiare - che presa per sé la definizione è scarsamente precisa e poco esauriente». L'A. evidenzia la necessità di una teoria giuridica delle cose, autonoma da quella dei beni, semmai si tratta di un tema che non ha ricevuta una idonea elaborazione da parte della dottrina, fino a rimanere del tutto in ombra. Ed è pure l'opinione di U. Natoli, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, Milano, 1965, p. 77 s. il quale ritiene che si debba «escludere ogni possibile appiglio testuale tendente ad attribuire all'art. 810 un valore generale» e che la definizione dell'art. 810 abbia un «valore meramente relativo».

⁴⁹¹ B. Biondi, *I beni*, cit., p. 6.

⁴⁹² C. Sdanga, *Dei beni in generale*, in P. Schlesinger-F.D. Busnelli, *Commentario Codice civile*, Milano, 2015, p. 4; V. Zeno Zencovich, voce *Cosa*, in *Dig. disc. priv.*, IV, Milano, 1952, p. 145.

specie, ovverosia tutte le entità materiali o ideali giuridicamente rilevanti poiché suscettibili di formare oggetto di diritti⁴⁹³.

Dice Francesco Galgano: «punto di partenza del discorso (sui beni in senso giuridico) è ora il rapporto fra l'uomo in quanto portatore di bisogni e le cose che sono adatte a soddisfare i suoi bisogni. Per indicare questa attitudine delle cose a soddisfare i bisogni umani si suole adoperare, tradizionalmente, il concetto di bene»⁴⁹⁴.

Nella nozione codicistica si ricomprendono non soltanto le entità cosali idonee a soddisfare direttamente o indirettamente gli interessi della persona che su di essa dispone di un potere, ma più specificamente nella categoria si includono le cose materiali che possono formare oggetto di diritti e le energie recanti un valore economico. Conseguentemente, i beni in senso giuridico non coincidono con le cose sia per l'inclusione di entità immateriali come le energie sia per la esclusione di tutte le cose insuscettibili di una valutazione economica.

E allora il bene in senso giuridico rievoca anche il concetto di bene in senso economico: come autorevole dottrina ha asservato⁴⁹⁵, la scienza economica considera beni non tutte le entità cosali disponibili, ma solo quelle da cui è possibile conseguire un'utilità. Questa concezione permea la nozione codicistica ed espande la portata della categoria oltre la materialità.

Il concetto giuridico del bene è allora a tratti più ampio e a tratti più ristretto di quello che identifica la cosa in senso giuridico⁴⁹⁶: tra le molteplici entità cosali, sono beni per il codice civile e sono conseguentemente destinatari del relativo statuto soltanto le cose materiali e le energie, purché recanti un valore economico e che la persona aspira a fare oggetto del proprio diritto.

Questa impostazione esegetica si è aperta un varco nel serrato dibattito in auge dopo l'emanazione del codice, in ragione di un approccio funzionale alle definizioni. Il metodo definitorio più frequentemente impiegato dal legislatore è, infatti, quello per *genus et differentiam*, che fonda la sua categorizzazione sul rapporto che intercorre tra il genere e la sua specie⁴⁹⁷.

⁴⁹³ G. Alpa, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 324: «Quando una cosa può formare oggetto di diritti, si definisce con termine tecnico, bene (art. 810 c.c.). La categoria delle cose e la categoria dei beni in senso giuridico non sono quindi coincidenti».

⁴⁹⁴ F. Galgano, *Diritto privato*, XIII ed., Padova, 2006, p. 104.

⁴⁹⁵ Per un approfondimento sul tema, S. Pugliatti, voce *Beni*, in *Enc. Dir.*, V, Milano, 1959, p. 173 ss.; G. Cassano, *I beni. Tentativo di sintesi e aspetti qualificatori*, in *Vita notarile*, 2007, 2, p. 862-877.

⁴⁹⁶ C.M. Bianca, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2020, p. 157 ss.

⁴⁹⁷ C. Sganga, *op. ult. cit.*, p. 46.

In questo modo di intendere, cosa e bene sono due insiemi diversi, che si intersecano, ma non versano in un rapporto di identità⁴⁹⁸. Non si tratta di cerchi concentrici, in quanto esistono beni che non sono cose e cose che non sono beni⁴⁹⁹ in senso giuridico.

La cosa identifica, è stato sostenuto, su un piano pre-giuridico e neutrale⁵⁰⁰, «l'entità materiale indispensabile per calamitare il processo di qualificazione, solo all'esito del quale si registra il bene giuridico»⁵⁰¹.

Nella intersezione tra le categorie, l'entità cosale diventa un bene giuridico agli occhi dell'interprete, perché suscettibile di essere oggetto di diritti, elemento materiale su cui si esplicano i poteri dei soggetti. Si ritiene, infatti, che la nozione di bene «rifletta sul piano del diritto la nozione di bene economico»⁵⁰².

Allora, come è stato autorevolmente sostenuto, giacché la nozione di bene rileva in principal modo per il regime di appartenenza⁵⁰³, il legislatore si occupa solo di quelle cose che possono formare «materia di possibile conflitto fra gli uomini»⁵⁰⁴.

Laddove, invece, tra i due insiemi non vi è alcuna interferenza, la cosa non è bene, non può formare oggetto di diritti, ma è qualificabile alla stregua di una porzione di realtà in senso naturale, corporeo⁵⁰⁵, che può essere elemento di considerazione da parte del diritto, in ragione di una peculiare protezione accordata.

A queste due nozioni corrisponde la nota distinzione tra *bona* e *res*⁵⁰⁶.

I *bona* sono i beni patrimoniali, i quali rilevano per il loro valore economico, compongono la sfera giuridica di un soggetto e concorrono a formare il patrimonio di quest'ultimo.

⁴⁹⁸ G. Alpa, *op. ult. cit.*, p. 324.

⁴⁹⁹ S. Pugliatti, *op. ult. cit.*, § 11; id., *Gli istituti del diritto civile*, Milano, 1942, p. 297 ss.

⁵⁰⁰ S. Pugliatti, *Immobili e pertinenze nel progetto del secondo libro del codice civile*, in *Riv. dir. agr.*, 1939, 1, p. 33.

⁵⁰¹ L. Francario, *I beni in generale*, cit., p. 5.

⁵⁰² C.M. Bianca, *Istituzioni di diritto privato*, cit., p. 157.

⁵⁰³ O.T. Scozzafava, *Dei beni*, in P. Schlesinger, *Commentario*, cit., p. 126; id., *I beni*, in P. Perlingieri, *Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, 2007, p. 1 ss.

⁵⁰⁴ F. Galgano, *Diritto privato*, XIII ed., Padova, 2006, p. 105; L. Francario, *I beni in generale*, in N. Lipari-P. Rescigno, *La proprietà e il possesso*, Milano, 2009, p. 4.

⁵⁰⁵ C.M. Bianca, *op. ult. cit.*, p. 158.

⁵⁰⁶ S. Pugliatti, voce *Beni*, cit., p. 173 ss. Nel § 3, l'A. evidenzia come pure nella terminologia giuridica tedesca si faccia ricorso alla coppia beni e cose, ossia di *Gut* o *Güter* e *Sache*. Il termine da ultimo richiamato viene inteso come assorbente ed esclusivo, tuttavia ristretto alle sole cose corporali: il § 90 BGB dispone "*Sachen im Sinne Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände*". Diversamente, il termine *Güter* viene impiegato dal BGB per istituti determinati.

Nel linguaggio giuridico si adoperava il termine *bona*, al plurale, per indicare il complesso di sostanze, facoltà o componenti del patrimonio, oppure il termine veniva impiegato con un aggettivo qualificativo, idoneo a selezionare specifiche cose all'interno del patrimonio, al fine di individuare le regole ed il trattamento applicabile.

Tra questi si annoveravano tanto le *res corporales (quae tangi possunt)* quanto quelle *incorporales (quae tangi non possunt)*, come i diritti di credito.

La *res* si declinava entro due categorie, in senso materiale o immateriale, tuttavia i giuristi romani facevano solitamente riferimento alla *res* in senso materiale: «per i Romani [...] la cosa è una porzione definita di materia»⁵⁰⁷.

Questa distinzione non è stata recepita dalla codificazione italiana. Anzi, il Libro III del codice attualmente vigente è stato redatto in via adesiva all'art. 414 del codice del 1865⁵⁰⁸ e, per questo motivo, risulta ancora sagomato attorno ad una economia agricola, ad una proprietà statica di cose che avevano una nozione fisica, naturalistica. Non si poneva, dunque, la necessità di una indagine attorno al perimetro applicativo della categoria in discorso.

L'abbandono di una simile concezione era stato accennato nel progetto preliminare del codice, tuttavia i riferimenti alla cosa sono stati successivamente obliterati. Nel progetto si leggeva: «Cose nel senso della legge sono tutti gli oggetti corporali o altre entità naturali suscettibili di appropriazione o di utilizzazione»⁵⁰⁹.

È solo con l'evoluzione dell'economia italiana che emerge l'esigenza di una proprietà dinamica, in cui gli oggetti del diritto sono tanto le cose in senso fisico quanto le attività, le creazioni intellettuali, gli aspetti della personalità. Si dice, infatti, che la nozione di bene sia storicamente relativa: dipende dalla capacità di utilizzo delle risorse da parte dell'uomo, dagli strumenti tecnologici a disposizione, dai bisogni della civiltà⁵¹⁰.

Le cose appena enumerate, allora, non formano tutte oggetto di diritto: non lo sono le cose comuni, di cui nessuno ha interesse a farle oggetto di diritto proprio⁵¹¹, oppure le

⁵⁰⁷ G. Grosso, *Le cose*, Torino, 1941, p. 7.

⁵⁰⁸ L. Bigliazzi Geri-U. Breccia-F.D. Busnelli-U. Natoli, *Diritto civile. Diritti reali*, Torino, 2007, p. 3: «è dunque giocoforza concludere che la definizione dell'art. 810 non ha valore generale, non diversamente da quanto faceva l'art. 406 c.c. del codice del 1865, ma vale soltanto a delimitare la sfera oggettiva dei diritti reali e quindi l'ambito di applicazione della regolamentazione contenuta nel libro terzo».

⁵⁰⁹ A. Butera, *Il codice civile italiano. Libro della proprietà. Parte prima*, Torino, 1941, p. 19. Tale definizione riprende chiaramente quella proposta dal F. Maroi, voce *Cosa*, in *Dig. disc. civ.*, IV, Torino, 1938, p. 357.

⁵¹⁰ F. Galgano, *op. ult. cit.*, p. 105.

⁵¹¹ F. Galgano, *op. ult. cit.*, p. 105, sul punto l'A. è critico, in quanto la tendenza è quella della appropriazione anche delle *res communes omnium*. Basterà pensare al caso dell'etere: in passato, in difetto

*res extra commercium*⁵¹², come le parti separate dal corpo, rispetto alle quali l'ordinamento inibisce la possibilità di farle oggetto di diritto⁵¹³.

Si pensi, ad esempio, al cadavere⁵¹⁴. La vita della persona volge al termine con la cessazione delle funzioni dell'encefalo, tuttavia l'ordinamento continua ad offrire qualche forma di protezione: «il corpo umano, colla morte, diviene una cosa sottoposta a disciplina giuridica. Una cosa, deve notarsi, la quale, non potendo essere oggetto di diritti privati patrimoniali, è da classificarsi tra quelle *extra commercium*»⁵¹⁵.

Dunque, correttamente intendendo la cosa come priva della veste patrimoniale, che pertiene alla diversa categoria dei *bona* riferibile al solo libro III del c.c.⁵¹⁶, occorre comprendere se l'embrione, a prescindere dalla sua fase, possa qualificarsi alla stregua di una *res*, ossia porzione della realtà materiale.

Questa accezione rievoca il concetto di cosa così come impiegato in sede penale, per tale intendendosi l'oggetto materiale su cui ricade la condotta umana⁵¹⁷: «In generale è definibile cosa, nel senso del diritto penale, ogni oggetto corporale o fisico: in altri termini, ogni entità fisica del mondo esterno, che presenti i caratteri della definitezza spaziale e della esistenza autonoma»⁵¹⁸. Il diritto considera il cadavere al pari di un

di una disciplina specifica in materia di concessioni radiotelevisive, si dubitava della possibilità di annoverare l'etere tra i beni giuridici e di attribuire diritti sotto forma di concessioni, ossia mediante le c.d. *new properties*. Questo serrato dibattito ha raggiunto un momento di svolta con la disciplina specifica volta a regolare il settore (l. n. 223/1990). Prima di questo momento, già la giurisprudenza aveva riconosciuto qualche rilevanza giuridica, sebbene limitatamente alla tutela possessoria: cfr. Pret. Roma, 27 gennaio 1977, in *Giur. merito*, 1977, p. 485; Cass. civ., SS.UU., 3 aprile 1990, n. 2727, rv. 045910 – 01, in *Italgire*.

⁵¹² S. Pugliatti, voce *Cosa*, cit., p. 633.

⁵¹³ P. Zatti, *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza*, in *NGCC*, 2007, 1, p. 10: «La categoria del corpo-cosa, e della proprietà sul corpo, viene per contro difesa dalla considerazione che solo un principio della «realtà» del corpo, in qualche modo della sua distinzione dall'io, permetterebbe di definire precisamente i limiti dei diritti sul corpo; altro è escludere il corpo dalla categoria delle merci, altro è negarne la cosalità. [...] Tuttavia, è necessario un chiarimento. Che la separazione delle parti, la loro considerazione come oggetto di dono, conduca all'utilizzazione del modello proprietario, non deve necessariamente suscitare scandalo o repulsione».

⁵¹⁴ Cass. civ., Sez. I, 9 maggio 1969, n. 1584, rv. 340480 – 01, in *Foro it.*, 1969, 1, c. 3193: «Il cadavere, anche se e da classificare tra le cose *extra commercium* in virtù della tutela che la legge accorda al sentimento etico-sociale della pietà per i defunti, può tuttavia costituire oggetto di diritti e, in particolare, del diritto di disposizione da parte del 'de cuius' per ciò che attiene alla destinazione della salma. Tale diritto rientra tra quelli sulla personalità per loro natura assoluti ed intrasmissibili mediante le forme ordinarie, che disciplinano il trapasso del patrimonio».

⁵¹⁵ A. De Cupis, voce *Cadavere (diritto sul)*, in *Dig. disc. priv.*, 1988, § 1.

⁵¹⁶ S. Pugliatti, *op. ult. cit.*, p. 173 ss.

⁵¹⁷ F. Mantovani, *op. ult. cit.*, § 4.

⁵¹⁸ G. Fiandaca-E. Musco, *op. ult. cit.*, p. 28. L'A., tuttavia, evidenzia la progressiva espansione del significato attribuito al lessema: in origine il diritto penale non poteva che fare riferimento a cose intese in senso puramente materiale, perché l'ordinamento era posto a presidio di una economia prevalentemente agricola. Successivamente, con l'avanzamento dello sviluppo tecnologico industriale, istanze di tutela ulteriori sono state evidenziate, con riferimento – ad esempio – ai beni cosiddetti informatici (dati, informazioni e programmi) oppure all'energia (con riferimento a cui il problema è stato risolto dal comma

oggetto di diritto privato non patrimoniale, in quanto individua e determina il modo e la forma della sua normale destinazione⁵¹⁹.

La distinzione tra beni e cose, allora, assume particolare importanza, poiché come è stato spesso evidenziato, la dottrina e la giurisprudenza hanno ripetutamente escluso che la blastocisti sia un bene, suscettibile di valutazione economica, che entra a far parte del patrimonio del paziente che aderisce al procedimento di fecondazione assistita o da parte della clinica autorizzata. Tuttavia, i formanti non escludono che l'embrione possa essere qualificato come una cosa.

Il profilo problematico che si prospetta a questo punto è il seguente: difetta un regime generale delle cose, sicché quando l'interprete ascrive questo *status* resta insoluto il problema delle regole applicabili. Di volta in volta, allora, sarà chiamato all'ulteriore operazione di ricerca di un inquadramento entro una categoria più specifica ed a reperire le regole idonee a regolare il rapporto.

Questa è la ragione che ha condotto taluni a proporre l'inquadramento alla stregua delle parti distaccate dal corpo⁵²⁰.

5.1. Le applicazioni giurisprudenziali della teoria dell'embrione come *res*.

Le difficoltà evidenziate nella ricerca di uno *status* altro e diverso da quello di soggetto sono state evidenziate in alcune recenti vicende al vaglio del Tribunale di Milano in sede penale.

Difatti, nel corso dei procedimenti che si vanno ad illustrare, diversi giudici di merito e di legittimità hanno preso posizione sulla natura giuridica degli ovociti e della blastocisti, giungendo ad esiti del tutto disomogenei.

La prima vicenda riguarda l'applicazione del reato di rapina di cui all'art. 628 c.p. agli ovociti, in cui la violenza, che rappresenta l'elemento costitutivo del reato, è integrata

2° dell'art. 624 c.p.). Nonostante la ravvisata evoluzione, però, non è mutata la nozione di cosa: le energie sono state ricomprese tra gli oggetti materiali della condotta illecita mediante un apposito comma, i beni informatici rimangono esclusi dalla nozione di cosa e si è resa necessaria l'introduzione di fattispecie di reato specifiche per la loro protezione.

⁵¹⁹ A. De Cupis, *op. ult. cit.*, § 1. L'A. descrive il diritto sul cadavere come un diritto spettante ai familiari, inerente alla destinazione delle spoglie, si tratta di un diritto diverso da quello che spetta al soggetto sulle parti staccate dal proprio corpo.

⁵²⁰ *Infra* § 5.1.

dalla coattiva fecondazione della cellula con la conseguente formazione dell'embrione⁵²¹. Il secondo procedimento, invece, attiene alla cessione onerosa di ovociti ed embrioni.

In entrambi i casi, non solo i gameti non fecondati sono stati sussunti nella categoria generale delle cose, ma, per quanto qui interessa, è stato disposto il sequestro e poi la confisca del prodotto e delle cose pertinenti al reato, ovverosia degli embrioni conseguiti in contrasto con le disposizioni di legge⁵²². Ciò deve indurre l'interprete ad interrogarsi attorno alla applicabilità delle misure ablativo in esame anche alla blastocisti, in qualità di entità cosale estranea al mondo dei beni e, parimenti, alla categoria dei soggetti.

In virtù della peculiare complessità delle vicende occorre sommariamente descriverne i passaggi⁵²³.

Nel primo caso, secondo la prognosi accusatoria, la paziente si è volontariamente sottoposta ad un ciclo di stimolazione ovarica per il conseguimento di oociti da donare, in cambio di un rimborso spese corrisposto dalla clinica, pari a circa mille euro. Tuttavia, la donatrice ha revocato il proprio consenso prima della esecuzione del *pick up*, in ragione delle implicazioni etiche della donazione. Ciononostante, il medico responsabile della clinica, insieme ai suoi concorrenti nel reato, ha prima costretto la paziente a subire il trattamento, integrando il reato di violenza privata, poi, dopo averla sedata, ha prelevato gli ovociti necessari e, infine, contro il consenso della paziente li ha fecondanti per destinarli a coppie di utenti del centro, realizzando così la rapina.

Il GIP, sulla base del panorama conoscitivo della pubblica accusa, ha disposto il sequestro delle cose citate.

Per addivenire a tale decisione il giudice ha qualificato gli ovociti come *res*, sulla base di innumerevoli precedenti che hanno contribuito al sedimentarsi di una nozione di cosa mobile. In particolare, è stato affermato: « per cosa mobile - secondo la nozione desumibile, nella sua massima estensione, dall'art. 624 cpv. c.p. - deve intendersi qualsiasi entità di cui *in rerum natura* sia possibile una fisica detenzione, sottrazione, impossessamento od appropriazione, e che a sua volta possa spostarsi da un luogo ad un altro o perché ha l'attitudine a muoversi da sé oppure perché può essere trasportata da

⁵²¹ Si badi: il capo di imputazione è mutato nel corso delle fasi del procedimento penale. Si riporta sommariamente il capo così come descritto nella sentenza di condanna.

⁵²² Trib. Milano, sez. VIII pen., 31 maggio 2018, Pres. Ponti, Est. Iannelli, inedita.

⁵²³ I casi in esame saranno oggetto di analisi nel § 6, nella valorizzazione dell'argomento giurisprudenziale a sostegno della tesi processuale.

un luogo ad un altro o, ancorché non mobile *ab origine*, resa tale da attività di mobilitazione ad opera dello stesso autore del fatto, mediante sua avulsione od enucleazione»⁵²⁴.

Nella pronuncia si opera non solo un richiamo alla teoria della mobilitazione⁵²⁵ bensì il giudice procede ad un inquadramento di queste peculiari parti dell'organismo riproduttivo nella categoria concettuale dei frutti di cui all'art. 820 c.c.⁵²⁶.

La tesi in discorso è stata sostenuta in dottrina per superare l'*impasse* determinato dalla difficoltà, riscontrata in letteratura, di individuare un addentellato normativo capace di giustificare la reificazione delle parti staccate dal corpo e il loro regime⁵²⁷.

Seguendo questa corrente, allora, il giudice del merito ha fatto ricorso alla disciplina della fruttificazione⁵²⁸. L'istituto richiamato, infatti, non richiede la proprietà sulla cosa madre, sul corpo quindi, perché il frutto nasce con la separazione dal corpo: «con la separazione muta non solo la situazione materiale della parte, ma anche la situazione giuridica di essa (diventando, [...] bene-nuovo)»⁵²⁹.

La parte del corpo separata, sia essa organo, tessuto o cellula, diviene autonoma cosa in senso giuridico che mantiene una «relazione di appartenenza» con il corpo vivente

⁵²⁴ Cass. pen., sez. II, 1° giugno 2010, n. 20647, rv. 247270 – 01, § 3, in *Italggiure*, la pronuncia, tuttavia, opera una distinzione tra la concezione civilistica di bene mobile e il bene mobile nel diritto penale, operando una sovrapposizione dei concetti di *res* e bene. In specie, nella medesima pronuncia si legge al § 3: «la nozione penalistica di cosa mobile non coincide con quella civilistica, rivelandosi per certi aspetti più ridotta e, per altri, più ampia: è più ridotta laddove non considera cose mobili le entità immateriali - come, appunto, le opere dell'ingegno e i diritti soggettivi - che, invece, l'art. 813 c.c., assimila ai beni mobili; è più ampia, laddove comprende beni che, originariamente immobili o costituenti pertinenze di un complesso immobiliare (queste ultime assoggettate dall'art. 818 c.c., al regime dei beni immobili), siano mobilitati, divenendo quindi asportabili e sottraibili e, pertanto, potenzialmente oggetto di appropriazione. Ulteriore conferma di ciò si desume - come sopra si è accennato - dall'art. 624 cpv. c.p., che considera cosa mobile anche l'energia, elettrica o di altra natura, munita di valore economico: infatti, come si evince dalla relazione ministeriale sul progetto del codice penale (vol. 2, p. 438 e ss.), il legislatore avvertì l'esigenza di chiarire la connotazione materiale di un bene come l'energia che, fino a quel momento, aveva fatto sorgere dubbi in molti autori di dottrina»; Cass. pen., Sez. II, 4 ottobre 2007, n. 36592, rv. 237807, in *Italggiure*; in generale sul concetto di cosa mobile a fini penalistici v. altresì Cass. pen., Sez. II, 8 novembre 1984, n. 9802, rv. 166566, in *Italggiure*; Cass. pen., Sez. I, 14 novembre 1974, n. 8514, rv. 128491, in *Italggiure*.

⁵²⁵ F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, p. 206; A. De Cupis, *I diritti della personalità*, in Trattato Cicu Messineo, Milano, 1982, p. 178; id., voce *Corpo (atti di disposizione del)*, in *Dig. disc. priv.*, IV, Torino, 1959, p. 854 ss. C.M. Bianca, *Diritto civile. La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 1978, p. 163; F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1977, p. 52; S. Rossi, *Corpo umano (atti di disposizione sul)*, in *Dig. disc. priv.*, p. 250.

⁵²⁶ G. Criscuoli, *L'acquisto delle parti staccate dal proprio corpo e gli artt. 820 e 821*, in *Dir. fam. pers.*, 1985, 1-2, p. 266 ss.; L. Francario, *I beni in generale*, cit., p. 54. Come conferma l'A., l'elenco dei frutti naturali operato dal codice (prodotti agricoli, legna, parti degli animali, prodotti delle miniere, cave e torbiere) ha natura esemplificativa; in secondo luogo, non occorre la proprietà della cosa madre per legittimare l'acquisto a titolo originario dei frutti.

⁵²⁷ *Infra* § 5.1.

⁵²⁸ G. Criscuoli, *op. ult. cit.*, p. 272 ss.

⁵²⁹ G. Criscuoli, *op. ult. cit.*, p. 273.

da cui deriva⁵³⁰. Sicché il paziente diviene titolare del potere di controllo e disposizione della parte prodotta dal corpo e separata. Difatti, è ormai noto che «da almeno cinquant'anni insegniamo che non esiste la proprietà, ma le proprietà; che la proprietà delle cose «sacre», del sepolcro, dei beni artistici, dei beni ambientalmente protetti, dei ricordi di famiglia sono ciascuna diversa dalle altre e configurate sulle caratteristiche anche «moralì» del bene. Da questo punto di vista, una «proprietà corporale» può essere costruita su misura per le esigenze specifiche di quegli aspetti del diritto del corpo che possano rendersi compatibili con la considerazione del corpo-oggetto, anche in combinazione con il divieto di trarre profitto di cui all'art. 3 della Carta dei diritti dell'UE»⁵³¹.

Peraltro, il richiamo alla teoria della fruttificazione e all'art. 820 c.c.⁵³² è stato propugnato dalla Pubblica accusa in ragione delle caratteristiche degli ovociti: la loro esistenza consegue ad un rapporto di derivazione dalla entità madre; costituiscono una entità cosale autonoma dotata di una struttura propria; l'apparato femminile produce e scarta ciclicamente le cellule riproduttive allorché non impiegate in un procedimento di fecondazione naturale o artificiale. Dunque, sono cose solo temporaneamente detenute all'interno del corpo.

Impugnata l'ordinanza emessa in sede cautelare, il Tribunale del Riesame ha dissentito con tale qualificazione.

Contestando la qualificazione giuridica di ovociti alla stregua di "cosa mobile", la difesa dell'imputato ha impugnato l'ordinanza perché sono stati ritenuti inconferenti i precedenti richiamati, riferiti all'avulsione o all'enucleazione di un complesso immobiliare di cui il bene fa parte e non al corpo umano in vita, insuscettibile di mobilitazione. La teoria delle parti staccate dal corpo e la sua giustificazione alla stregua della fruttificazione, dunque, non potrebbe avere seguito poiché manca una cosa-madre e la proprietà su di essa.

Il Tribunale del riesame ha condiviso le argomentazioni difensive. In specie, è stata ritenuta, da un lato, non idonea l'applicazione di un reato contro il patrimonio con riferimento al corpo e alle parti del corpo: ciò non perché l'ovocita sia cosa o soggetto,

⁵³⁰ P. Zatti, *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza. Dalla sovranità alla proprietà*, in Aa.Vv., *Per uno statuto del corpo*, C.M. Mazzoni (a cura di), Milano, 2008, p. 71; id., *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza*, in NGCC, 2007, p. 1 ss; id., *Principi e forme del "governo del corpo"*, in Aa.Vv., *Il governo del corpo. Trattato di Biodiritto*, cit., p. 99.

⁵³¹ P. Zatti, *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza*, cit., p. 10.

⁵³² P. Barcellona, voce *Frutti (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 215.

bensì perché la sottrazione dell'ovulo non determina un danno al patrimonio. Dall'altro, poi, il giudice osserva: «la giurisprudenza richiamata riguarda una ipotesi di avulsione ed enucleazione di un bene che da immobile diventa mobile. Ebbene una analogia con il corpo umano non è possibile. Finché in vita il corpo umano non è una cosa e si differenzia dai beni immobili e mobili. Così gli organi e le parti del corpo vivente (tra cui gli ovociti) non possono essere considerati cose mobili riconducibili alla normativa dei reati contro il patrimonio. Una volta cessato di vivere il corpo diviene cadavere e per esso l'ordinamento prevede norme apposite (tra cui gli artt. 410 – 413 c.p.). Le parti del corpo, gli organi, diventano cose una volta separate ma non sono tali sino a che fanno parte del corpo vivente»⁵³³.

All'esito di un ricorso per Cassazione proposto dalla Pubblica Accusa, la Suprema Corte ha aderito, almeno in parte, al *dictum* del Tribunale del Riesame, osservando che il concetto di cosa mobile non può trovare applicazione alle parti del corpo umano, fintanto che la persona è ancora in vita. È vero che, dice la corte, le parti del corpo, come gli organi espianati, diventano cose, ma tali non sono fintanto che fanno parte del corpo vivente.

Con specifico riferimento agli ovociti prodotti nel corpo della donna e destinati ad essere espulsi o trasformati fecondazione, la Cassazione osserva che «è discutibile la loro assimilazione agli organi del corpo umano, tuttavia fanno indiscutibilmente parte del “circuito biologico dell'essere umano» e «non possono essere considerati “cose”, solo temporaneamente detenute dalla donna all'interno del proprio corpo»⁵³⁴.

Celebratosi il dibattimento ed accertata la penale responsabilità dell'imputato, la sezione VIII penale del Tribunale di Milano prende le distanze dalle statuizioni rese in sede cautelare e condanna il medico responsabile ed i suoi correi per il reato di violenza privata e rapina, disponendo la confisca degli embrioni, prodotto del reato.

In specie, è stato osservato che non sussiste «alcuna antinomia, quantomeno in astratto, a qualificare come *res* una parte del corpo umano: semplicemente – si afferma – detta qualificazione è giuridicamente possibile soltanto ove la parte del corpo sia stata distaccata. Prima del distacco, la parte è sottratta al novero delle *res*, poiché organicamente inserita nell'essere umano come entità fisica»⁵³⁵.

⁵³³ Trib. Milano, 25 maggio 2016, Pres. Tacconi, in *Dir. pen. cont.*, 2017, con nota di A. Vallini, *La rilevanza penale di una sottrazione violenta di ovociti da donna non consenziente*.

⁵³⁴ Cass. pen., sez. fer., 23 settembre 2016, n. 39541, Rv. 267990 – 01, in *Italggiure*; in *Giur. pen. web*, 2016, 10, con nota di M. Aliatis, *Prelievo forzoso di ovociti: rapina o violenza privata?*

⁵³⁵ Trib. Milano, sez. VIII pen., 31 maggio 2018, cit., § 1.11.1., p. 99.

Trova adesione, ancora una volta, la teoria delle parti distaccate dal corpo o della mobilitazione⁵³⁶. Spiega il giudice: si tratta di una teoria che è stata elaborata nella materia penale e specificamente con riferimento alla fattispecie di furto, tuttavia questa ha trovato applicazione con riferimento a tutti i reati contro il patrimonio.

Alla stregua di questa teoria, la nozione di cosa si espande, fino a ricomprendere tanto le entità cosali che esistono già sul piano fenomenico in via autonoma senza alcuna operazione “maieutica” da parte dell’uomo, quanto le parti di un *unicum*, ossia di una cosa immobile, all’esito di una operazione di distacco per mano dell’agente, che le renda apprezzabili per la loro corporalità⁵³⁷ ancorché prive di valore economico⁵³⁸.

La cosa-madre, secondo orientamento giurisprudenziale compatto e secondo la dottrina maggioritaria⁵³⁹, è anche il corpo. Si tratta di un *unicum* da cui, per il tramite di un fatto naturale o per un trauma oppure per l’esecuzione di procedure di avulsione ed espianto determinato da esigenze di carattere terapeutico, è possibile separare alcune sue parti⁵⁴⁰: si pensi al plasma, ai denti, ai capelli, al latte, alle unghie⁵⁴¹, al rene, al liquido seminale⁵⁴², ai tessuti ossei, cartilaginei e corneali⁵⁴³.

A supporto della applicazione di questa teoria al caso della rapina degli ovociti è stato richiamato un risalente precedente, relativo alla sottrazione di una protesi dentaria ad un cadavere. Nel caso menzionato, la Cassazione ha affermato: «la “cosa mobile” va intesa in senso realistico, dovendosi considerare tali non solo tutte le cose di per sé mobili, cioè quelle che hanno l’attitudine a muoversi da se medesime o ad essere trasportate da luogo a luogo, ma anche le cose che possono essere mobilitate ad opera dello stesso ladro mediante la loro avulsione od enucleazione, o ricorrendo ad analoghe attività materiali»⁵⁴⁴.

⁵³⁶ A. De Cupis, *I diritti della personalità*, II ed., Milano, 1982, p. 177 ss. A. Barba, *sub art. 5 c.c.*, in Aa.Vv., *Codice civile commentato*, P. Rescigno (a cura di), X ed., Milano, 2018, p. 41; C.M. Bianca, *op. ult. cit.*, p. 163; F. Santoro-Passarelli, *op. ult. cit.*, p. 52.

⁵³⁷ F. Mantovani, *op. ult. cit.*, § 4.

⁵³⁸ F. Mantovani, *op. ult. cit.*, § 6.

⁵³⁹ S. Rossi, voce *Corpo umano (atto di disposizione sul)*, cit., § 10.

⁵⁴⁰ F. Mantovani, *op. ult. cit.*, § 4.

⁵⁴¹ G. Raimondi, *Ritorno alla città*, Milano, 1958, p. 19 ss. L’A. narra di un uomo che, tagliandosi le unghie, ne raccoglieva i frammenti in una scatola. A causa dello strano “affetto” del raccoglitore costituiva una cosa in senso giuridico e un bene di sua proprietà.

⁵⁴² A. Falzea, voce *Fatto vitale*, cit., p. 510.

⁵⁴³ G. Criscuoli, *L’acquisto delle parti staccate del proprio corpo e gli artt. 820 e 821 c.c.*, cit., p. 266-267.

⁵⁴⁴ Cass. pen., Sez. II, 8 novembre 1984, n. 9802, Rv. 166566 – 01, in *Italggiure*.

Attraverso la mobilitazione si determina, allora, la reificazione della parte, ancorché si tratti di mobilitazione illecita.

Si osserva che il richiamo del precedente relativo al furto di protesi dentaria da cadavere risulta non perfettamente calzante. Tuttavia, si evidenzia che la pronuncia menzionata si pone nel solco di una consolidata corrente ermeneutica di stampo pretorio: in specie, è da considerarsi risalente l'affermazione secondo cui l'enucleazione della cornea comporta l'acquisto della proprietà della stessa a partire dal momento del distacco⁵⁴⁵ da parte del paziente.

Non assumono rilievo le critiche secondo cui l'ovulo non preesiste alla condotta, in quanto la teoria della mobilitazione si applica anche in tali casi⁵⁴⁶, e, parimenti, non trovano fondamento quelle tesi secondo cui la teoria della mobilitazione non possa trovare applicazione per il corpo umano: a prescindere dai casi specifici in cui ha trovato applicazione, la teoria mira a provvedere un inquadramento giuridico delle cose distaccate ma anche create per il tramite di una manipolazione umana, come accade con l'avulsione dell'ovulo.

Ancora, con riferimento alla cosa-madre quale cosa immobile, si rievoca quella dottrina accreditata che attribuisce al termine di cui all'art. 820 c.c. «un significato chiaramente traslato, indicativo di ogni entità, animata o inanimata, dotata di produttività»⁵⁴⁷.

Le conclusioni del Tribunale milanese sono state successivamente confermate dalla Corte d'Appello e dalla Cassazione⁵⁴⁸.

In appello, tuttavia, la Corte ha aggiunto come sia pacifico il potere di controllo della donna sugli ovociti e ciò è desumibile da tutta la normativa sugli atti di disposizione di organi, sangue e gameti: la donna è «unica titolare del diritto di disporne»⁵⁴⁹. La corte allinea il proprio convincimento ad alcune disposizioni delle linee guida attuative della l. n. 40/2004.

⁵⁴⁵ Trib. Napoli, 14 marzo 1972, in *Dir. Giur.*, 1972, p. 394. La pronuncia ha avuto il merito di chiarire che con l'espanto della cornea non si determina l'acquisto della proprietà della parte del corpo enucleata da parte dell'operatore oculista, in ragione della operatività dell'occupazione. Sul punto, v. G. Criscuoli, *op. ult. cit.*, p. 268.

⁵⁴⁶ Cfr. G. Criscuoli, *op. ult. cit.*, p. 272 ss.

⁵⁴⁷ Così G. Criscuoli, *op. ult. cit.*, p. 272 ss.

⁵⁴⁸ Cass. pen., sez. II, 30 dicembre 2020, n. 37818, in *Giur. Pen.*, 21 gennaio 2021, con nota di S.P. Perrino, *Sulla configurabilità della rapina di ovociti*; in *Sist. Pen.*, 22 gennaio 2021, con nota di E. Pezzi, *Caso Antinori: la Cassazione applica la teoria della "mobilitazione" ed estende il concetto di "cosa mobile" ex art. 628 c.p. agli ovociti*.

⁵⁴⁹ Corte d'Appello Milano, 11 luglio 2019, inedita, p. 120.

La Cassazione ha considerato efficace l'iter argomentativo del Tribunale e della Corte d'Appello di Milano.

La Suprema Corte ha affermato che gli ovociti sono «parte del corpo suscettibili di valutazione patrimoniale, quindi cose mobili in senso realistico, comprensive cioè anche delle "cose che possono essere mobilitate ad opera dello stesso ladro mediante la loro avulsione od enucleazione, o ricorrendo ad analoghe attività materiali" (teoria della "mobilizzazione", pag. 72 della sentenza di primo grado), come peraltro affermato nella sentenza emessa da questa Corte nella fase cautelare (Sez. F, n. 39541 del 17/08/2016, Rv. 267990)».

Alla stregua della teoria della mobilizzazione, poi, si afferma che non è affatto inibita la reificazione dell'ovulo, anzi la trasformazione della parte del corpo in entità cosale è attività configurabile tanto a fronte di condotte lecite del detentore o a fronte dell'avulsione periodica e fisiologica, quanto all'esito di una condotta illecita realizzata da parte del soggetto attivo.

Nell'argomentare l'ammissibilità della reificazione dell'ovocita, la Cassazione ha preso atto proprio della evoluzione che ha riguardato la disciplina della fecondazione artificiale, contenuta nella l. 19 febbraio 2004, n. 40. Questo è il vero tratto che caratterizza come innovativo e dinamico l'approccio ermeneutico della Cassazione, ovverosia la puntuale valorizzazione della declaratoria di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa, contenuto nell'art. 4, comma 3°, l. n. 40/2004⁵⁵⁰.

⁵⁵⁰ Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Foro it.*, 2014, c. 2343, con nota di G. Casaburi, *Requiem (gioiosa) per il divieto di fecondazione eterologa: l'agonia della l. 40/04*; in *Fam. dir.*, 2014, 753 ss. con nota di V. Carbone, *Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*; in *Europa dir. priv.*, 2014, p. 1105 ss., con nota di C. Castronovo, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*; in *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 1005 ss., con nota di L. D'Avack, *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*; in *NGCC*, 2014, p. 393 ss., con nota di G. Ferrando, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*; in *Corr. Giur.*, 2014, p. 1068 ss., con nota di G. Ferrando, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione «eterologa»*; in *Riv. dir. intern.*, 2014, p. 1123, con nota di S. Tonolo, *Il diritto alla genitorialità nella sentenza della Corte costituzionale che cancella il divieto di fecondazione eterologa: profili irrisolti e possibili soluzioni*; in *NGCC*, 2016, 10, p. 1360 ss., con nota di U. Salanitro, *I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete*; in *Studium Iuris*, 2014, 11, p. 1243-1257, con nota di 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*; L. Risicato, *La Corte costituzionale supera le esitazioni della CEDU: cade il divieto irragionevole di fecondazione eterologa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1487 ss.; F. Basile, *I donatori di gameti*, in *NGCC*, 2015, 2, p. 223-240; M. D'Amico-M.P. Costantini, *L'illegittimità costituzionale della «fecondazione eterologa» (Analisi critica e materiali)*, Milano, 2014, p. 25 ss.; in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 825 ss., con nota di A. Vallini, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione «eterologa»*.

Il legislatore considera lecito e disciplina, con il D.P.R. 131/2019⁵⁵¹, la mobilitazione delle cellule riproduttive detenute per destinarle ad altri soggetti, mediante una donazione volontaria e gratuita.

Proprio valorizzando tali regole e presupposti applicativi della reificazione, la Cassazione esclude ogni dubbio in ordine alla possibilità di separare gli ovuli dal corpo e destinarli a terzi in via solidale, come “cose in senso giuridico”, secondo la nota accezione di Pugliatti.

È stata, infine, confermata dalla Cassazione la confisca degli embrioni.

Vari i profili di rilevanza delle pronunce appena richiamate.

Anzitutto, i giudici di merito e di legittimità hanno espressamente operato un inquadramento degli ovuli espianati dal corpo e separati mediante avulsione nella categoria della cosa in senso giuridico.

In secondo luogo, la Corte d’Appello ha individuato un potere di controllo che rievoca la “nebulosa dell’appartenenza” di Paolo Zatti. Inoltre, questo potere di controllo viene ascritto per gli ovuli in capo alla donna, per i gameti al donatore e per gli embrioni alla coppia di pazienti. La coppia è un centro di imputazione complesso, che opera decisioni in caso di ricorso a tecniche di fecondazione omologa, mentre il potere spetta alla sola paziente di sesso femminile in tutte le altre procedure e in caso di assenza del partner.

Infine, si procede indirettamente ad inquadrare anche l’embrione nella categoria della cosa in senso giuridico, attraverso l’applicazione della disciplina della confisca del prodotto del reato.

La seconda vicenda giudiziaria muove da una complessa indagine condotta dalla Procura della Repubblica di Milano attorno ad un traffico di ovociti e di embrioni tra centri P.M.A. italiani e stranieri⁵⁵².

All’esito della fase procedimentale, la pubblica accusa ha disposto il sequestro del prodotto del reato e delle cose pertinenti al reato, tra cui un certo numero di gameti e di embrioni presso una nota clinica milanese.

⁵⁵¹ Si consenta il rinvio a S.P. Perrino, *Note a margine del D.P.R. 23 Agosto 2019 N. 131: le nuove disposizioni in materia di donazioni di cellule riproduttive a cinque anni dalla Corte Cost. N. 162/2014*, in *BioLaw Journal*, 2020, 1, p. 311-319.

⁵⁵² Si consenta il rinvio a S.P. Perrino, *Gli embrioni “corpo del reato” e gli aventi diritto alla restituzione*, in *Dir. pers. fam.*, 2018, 4, p. 1382 ss.

In seguito alla impugnazione del provvedimento, però, il Tribunale del riesame ha ritenuto assente il *fumus commissi delicti* e ha ordinato la restituzione agli aventi diritto, senza tuttavia chiarire chi essi siano.

Si è posto allora il dubbio in ordine all'individuazione dell'avente diritto alla restituzione. Per fronteggiare la citata questione ermeneutica, il Pubblico Ministero ha avanzato un'ulteriore istanza al Tribunale del Riesame, la quale però ha incontrato il limite dell'esaurimento della fase cautelare ed il venir meno della competenza di suddetto giudice.

Sicché la Pubblica Accusa ha depositato un ricorso ai sensi dell'art. 263, comma 3°, c.p.p., ritenendo il giudice civile competente per la decisione e dovendosi apprestare una particolare tutela agli embrioni sottoposti a sequestro, privi di una qualificazione giuridica chiara e, dunque, privi di un destinatario del dissequestro.

Sottoposta la questione al giudice civile, il PM ha evidenziato la sussistenza di una profonda incertezza in ordine all'individuazione dei soggetti aventi diritto alla restituzione del materiale biologico. Si tratta, infatti, di un'attività che non va confusa con l'identificazione dei pazienti del centro PMA, secondo la documentazione sanitaria e contabile della clinica.

Nell'argomentare ciò, è stata sottolineata la necessità di ricorrere ad un primo criterio interpretativo, consistente nella distinzione tra le tipologie di materiale biologico sequestrato: da una parte, le cellule riproduttive e, dall'altra, le blastocisti.

Con riferimento alla prima categoria, la restituzione agli aventi diritto non può prescindere dalle modalità con cui i medesimi sono pervenuti nella disponibilità dei pazienti o della clinica.

La ragione è da identificarsi nel principio della donazione volontaria⁵⁵³ e gratuita (*Voluntary and unpaid donation* – cd. VUD). Il carattere performante della garanzia della gratuita e volontaria donazione dei gameti trova riscontro nella Direttiva 2004/23/CE, recepita nell'art. 12, D.lgs. 6 novembre 2007, n. 191, e rappresenta un fattore non solo di natura etica ma anche diretto a «contribuire a livelli di sicurezza più elevati per i tessuti e le cellule e di conseguenza alla tutela della salute umana»⁵⁵⁴.

⁵⁵³ *Supra* cap. 1.

⁵⁵⁴ Così si legge nella Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni sull'attuazione delle direttive 2004/23/CE, 2006/17/CE e 2006/86/CE che stabiliscono le norme di qualità e di sicurezza per i tessuti e le cellule umani, Bruxelles, 21 aprile 2016, in ec.europa.eu/transparency.

Sulla scorta di tale considerazione, il PM avverte: seppure in apparenza riconducibili a taluni pazienti, secondo le indicazioni contenute nella documentazione clinica, occorre tenere conto anche della titolarità biologica di ciascun gamete crioconservato. Se non ancora fecondato e riconducibile al paziente, questi ne è l'avente diritto; diversamente, se il materiale è stato ottenuto ricorrendo a pagamento, l'avente diritto alla restituzione del materiale biologico è il donatore.

Simili considerazioni valgono pure per gli embrioni: la restituzione non può prescindere da una verifica sulla provenienza dei gameti impiegati nella procedura. Laddove l'embrione sia stato conseguito ricorrendo a cellule riproduttive ottenute in violazione della L. n. 40/2004⁵⁵⁵, il medesimo non può più essere restituito alla coppia di aspiranti genitori, perché costituente il prodotto del reato. Tuttavia, non può essere restituito neppure tenendo conto della titolarità genetica dei gameti impiegati, poiché le due cellule specializzate si sono ormai fuse creando un *unicum* inscindibile, su cui nessuno può vantare un diritto di proprietà, dice la Pubblica Accusa.

Ecco che tale importante distinguo consentirebbe al PM di prospettare solo una parziale esecuzione del dissequestro, mentre spetta al giudice civile chiarire chi sia l'avente diritto alla restituzione degli embrioni.

Il Pubblico Ministero ravvisa la pregiudizialità della questione, individua una controversia potenziale sulla proprietà delle cose sequestrate e rimette la decisione al giudice civile a norma dell'art. 263 comma 3 c.p.p.⁵⁵⁶.

La potenziale controversia viene prefigurata tra il medico responsabile del centro P.M.A., imputato nel procedimento penale che ha condotto al sequestro delle cellule, depositario dei campioni e unico soggetto che ha impugnato il decreto di sequestro probatorio, e le coppie di pazienti della clinica, le quali hanno acquistato gli embrioni, secondo quanto emerso dalla documentazione e dalle fatture in atti. Questi ultimi, pur non essendosi contrapposti alle richieste del medico responsabile del centro PMA, hanno

⁵⁵⁵ Si pensi, a titolo esemplificativo, alle ipotesi di acquisto di uno dei due gameti oppure al prelievo ovocitario prescindendo da un consenso informato o mediante costrizione all'ovodonazione.

⁵⁵⁶ L'art. 263 c.p.p. disciplina il procedimento per la restituzione delle cose sequestrate. La restituzione è disposta dal giudice se non vi sono dubbi sull'appartenenza dei beni sottoposti a sequestro. Mentre "in caso di controversia sulla proprietà delle cose sequestrate" il comma 3° prevede che il giudice rimetta la "risoluzione al giudice civile del luogo competente in primo grado, mantenendo nel frattempo il sequestro". Il comma 4° prevede, però, che durante la fase delle indagini preliminari sia il Pubblico Ministero precedente a provvedere con decreto motivato, con cui dispone o respinge la restituzione. Contro tale provvedimento il comma 5° prevede il potere di opposizione dell'interessato. Nulla si dice su di una eventuale controversia in ordine alla proprietà delle cose sottoposte al sequestro nella fase delle indagini preliminari.

manifestato il preciso interesse alla restituzione degli embrioni mediante (reiterate) istanze al P.M., vantando un potere su di essi in ragione di un nesso di “pertinenzialità”.

Il Tribunale di Milano⁵⁵⁷ ha dichiarato inammissibile il ricorso del Pubblico Ministero, ritenendo la condizione processuale priva dei caratteri richiesti dall’art. 263, comma 3°, c.p.p., conformemente alla tralatizia interpretazione offerta dai precedenti giurisprudenziali⁵⁵⁸.

Il Tribunale di Milano ha aderito alla lettura più rigorosa⁵⁵⁹ dell’art. 263 c.p.p.

In specie, nei suoi precedenti la Corte di Cassazione ha attribuito alla laconica espressione utilizzata nella norma («in caso di controversia sulla proprietà delle cose sequestrate») il significato della *necessaria preventiva pendenza* di una causa civile, vertente sulla proprietà dei beni da parte dei litiganti o – comunque – la sua instaurazione, affinché il giudice penale possa rimettere gli atti al giudice civile, fermo restando la permanenza delle cose in sequestro.

L’interpretazione assai restrittiva deriva dalla natura speciale della disposizione. In questo ordine di idee, viene a mancare una lite in sede civile tra gli interessati per le cose in sequestro e quindi il giudice penale procede autonomamente alla restituzione agli aventi diritto.

Il Giudice conclude non solo rigettando il ricorso, bensì individuando due possibilità in capo al Pubblico Ministero, previste dai seguenti commi dell’art. 263 c.p.p. La prima consiste nel potere di decidere autonomamente in ordine alla restituzione del materiale biologico nei confronti degli aventi diritto. La seconda impone al PM di attendere l’opposizione da parte delle coppie di pazienti/committenti al rigetto delle istanze di restituzione.

Da quanto appena descritto, non emerge in via diretta una qualificazione dell’embrione, tuttavia in via indiretta è possibile trarre una importante indicazione di

⁵⁵⁷ Trib. Milano, sez. I civ., 3 aprile 2017, in *Dir. pers. fam.*, 2018, 4, p. 1382 ss.

⁵⁵⁸ Cass. Pen., sez. II, 8 luglio 2015, n. 38418, in *Italggiure*, Rv. 264532; Cass. Pen., sez. II, 30 settembre 2014, n. 44960, in *Italggiure*, Rv. 260318; (pur richiamando la questione in sede esecutiva) Cass. Pen., sez. I, 16 aprile 2014, n. 23333, in *Italggiure*, Rv. 259917.

⁵⁵⁹ Cass. pen., sez. II, 6 giugno 2013, n. 26914, Rv. 255747; Cass. pen., sez. III, 11 ottobre 2007, n. 41879, Rv. 237939; Cass. pen., sez. II, 31 ottobre 2003 n. 221, Rv. 227863; Cass. pen., sez. II, 18 novembre 1993, n. 2468, Rv. 196777. In particolare, nella pronuncia richiamata emerge una assimilazione della fattispecie di cui all’art. 263 comma 3 c.p.p. all’art. 324 comma 8 c.p.p. ed il parallelismo trova eco nella sentenza n. 41879/2007: «In tema di riesame, il principio di cui all’art. 324, comma 8, c.p.p. secondo cui, nel caso di contestazione della proprietà, il giudice penale rinvia la decisione della controversia al giudice civile, mantenendo nel frattempo il sequestro, presuppone che il giudice adempia all’onere di accertare la reale esistenza di una controversia, che deve essere effettiva e, quindi, già instaurata oppure instauranda, non essendo sufficiente la mera sussunzione di una tale contestazione».

indagine: nessuno dei giudici chiamati a vagliare la complessa vicenda, così come quella precedentemente illustrata, ha statuito l'inapplicabilità del sequestro e poi della confisca agli embrioni, semmai si sono posti dubbi in ordine alla contestazione dei reati così come qualificati dal capo di imputazione. L'applicabilità del mezzo di ricerca della prova costituisce un *prius* rispetto al *posterius* del *fumus commissi delicti*.

Vi è da chiedersi, allora, se la disciplina del sequestro e della confisca possano trovare applicazione alle cose in senso giuridico⁵⁶⁰, al fine di trarre una utile indicazione per l'analisi che si sta conducendo attorno alla natura della blastocisti.

Si cominci con il sequestro probatorio.

Il vincolo di indisponibilità materiale e giuridica⁵⁶¹ in esame costituisce un mezzo di ricerca della prova, teso ad assicurare al processo penale gli elementi necessari per la ricostruzione del fatto oggetto di accertamento. Si tratta di una apprensione coattiva che ha per oggetto il c.d. corpo del reato e le cc.dd. cose pertinenti al reato⁵⁶².

Il corpo del reato va inteso come la *res* sulla quale o mediante la quale il reato è stato commesso oppure costituente il prezzo, il prodotto, il profitto del reato. Si tratta di tutte le cose che hanno un rapporto immediato con il reato.

Le cose pertinenti al reato vanno intese, invece, come tutte le *res* occorrenti per la dimostrazione del reato, delle modalità di preparazione o di esecuzione, le cose necessarie per la conservazione delle tracce, per la identificazione del colpevole, per l'accertamento di tutti gli elementi del fatto, riferibili alla fattispecie in via indiretta.

Si espropriano, in entrambi i casi, porzioni di realtà materiale, come il denaro⁵⁶³, le merci con marchi contraffatti⁵⁶⁴, i beni della società fallita⁵⁶⁵, gli esemplari vivi o morti di animali e piante⁵⁶⁶, ma anche le tracce biologiche che non richiedano l'esecuzione coattiva del prelievo di reperti organici, come capelli, sangue, cute, saliva e liquido seminale⁵⁶⁷.

⁵⁶⁰ V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, V ed., Torino, 1981, p. 385; M. Trapani, voce *Confisca*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1988, p. 4 s.; A. Alessandri, voce *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, 1989, Torino, p. 39 ss.

⁵⁶¹ G. Grasso, sub art. 240, in *Commentario sistematico al codice penale*, vol. III, II ed., a cura di M. Romano-G. Grasso-T. Padovani, Milano, 1994; L. Della Ragione, *Manuale di diritto processuale penale*, Roma, 2019, p. 262 ss.; R. Garofoli, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XV ed., Molfetta-Roma, 2018, p. 1409 ss.

⁵⁶² O. Dominionioni, *Il diritto delle prove*, in O. Dominionioni-P. Corso-A. Gaito-G. Spangher-G. Dean-G. Garuti-O. Mazza, *Procedura penale*, II ed., Torino, 2012, p. 307 ss.

⁵⁶³ Cass. pen., sez. VI, 16 giugno 1992, n. 1794, rv. 190665.

⁵⁶⁴ Cass. pen., sez. V, 19 dicembre 2003, n. 48648, rv. 227584.

⁵⁶⁵ Cass. pen., sez. V, 28 luglio 1992, n. 1326, rv. 191501.

⁵⁶⁶ Cass. pen., sez. III, 31 gennaio 1997, n. 4152, rv. 207036.

⁵⁶⁷ Cass. pen., sez. II, 19 ottobre 2007, n. 38903, rv. 238223.

L'entità oggettuale del sequestro probatorio è identica nella confisca di cui all'art. 240 c.p.

L'applicazione della disciplina del sequestro probatorio e della confisca, allora, conforta la tesi dell'embrione come *res* in senso giuridico *extra commercium* e, peraltro, non si tratta di una applicazione isolata. Il sequestro degli embrioni ha formato oggetto del sindacato della Corte EDU in due importanti casi: Knecht c. Romania⁵⁶⁸ e Nedescu c. Romania⁵⁶⁹. In entrambe le vicende è risultato fuor dubbio applicabile il sequestro dei gameti e delle blastocisti crioconservate.

Nel primo caso, il giudice europeo ha negato la violazione dell'art. 8 CEDU, ossia il rispetto della vita privata dei ricorrenti, e ha affermato che la misura del sequestro e della successiva confisca degli embrioni prodotti violando le disposizioni di legge collima con la prevenzione del crimine, la protezione della salute e dei diritti di libertà degli altri operatori del settore⁵⁷⁰. Si tratta, allora, di una misura coerente con la *rationes* di cui all'art. 8, § 2, CEDU.

Anche nel secondo caso, la Corte EDU conferma la compatibilità del sequestro delle blastocisti in stato di crioconservazione alle regole sancite dalla Convenzione. Tuttavia, viola l'art. 8 CEDU la condotta delle autorità indipendenti nazionali ostativa, ma senza base legale, alla consegna dei campioni ai pazienti, all'esito del dissequestro disposto dall'autorità giudiziaria.

L'inquadramento adottato da tutti i precedenti giurisprudenziali richiamati ha qualche corollario applicativo⁵⁷¹. La categoria, infatti, consente di individuare alcune disposizioni del codice civile, idonee a risolvere controversie tra soggetti che vantano un interesse sull'entità cosale. In particolare, l'art. 1145 c.c. dichiara senza effetto il possesso delle cose fuori commerci. Sicché applicando la norma alle vicende di sequestro e confisca dei *biomaterials*, è possibile escludere che la clinica, il biologo, l'operatore che esegue

⁵⁶⁸ Corte EDU, sez. III, 2 ottobre 2012, ric. n. 10048/10, Knecht c. Romania, in *Biodiritto*, 2 ottobre 2012, con nota di L. Busatta, *Knecht v. Romania: PMA*.

⁵⁶⁹ Corte EDU, sez. IV, 16 gennaio 2018, ric. n. 70035/10, Nedescu c. Romania, in *Biodiritto*, 16 aprile 2018, con nota di V. Lorenzato, *Nedescu v. Romania: il sequestro di embrioni, nel corso di procedimenti penali, contrasta con il diritto alla vita privata*.

⁵⁷⁰ Corte EDU, Knecht c. Romania, cit., § 57: «the measure pursued a legitimate aim, namely the prevention of crime, the protection of health or morals and the protection of the rights and freedom of others in the context of a clinic operating without the required licence necessary in such a sensitive field as assisted reproduction procedures. The aim of the measure as such has not been in dispute between the parties, who concentrated their arguments on the necessity for the interference».

⁵⁷¹ S. Pugliatti, voce *Cosa*, cit., p.634-636.

l'espianto possano acquisire la proprietà delle paillettes conservate, ancorché crio-preserved per un considerevole lasso di tempo.

5.2. Il referente normativo della teoria dell'embrione come *res*.

Nel solco della teoria dell'embrione inteso come *res* in senso giuridico ed *extra commercium* si pone una delle poche norme dedicate alla blastocisti dalla l. n. 40/2004: il pensiero corre all'art. 12, comma 6°.

La norma merita di essere richiamata per plurime ragioni a fondamento della tesi dell'embrione come *res extra commercium*, sino ad assurgere ad addentellato normativo giustificativo della teoria.

Come è stato osservato in precedenza, la l. n. 40/2004 regola, da un lato, le tecniche di fecondazione artificiale e, dall'altro, provvede ad uno scarno reticolato per il trattamento dell'embrione *extra uterum*.

Tra le disposizioni che compongono questo reticolato si annovera l'art. 12, comma 6°, il quale non solo vieta la surrogazione della maternità ma anche la realizzazione, l'organizzazione o la pubblicizzazione del commercio di gameti o embrioni⁵⁷². Si tratta di fattispecie autonoma di reato, rispetto alla surrogazione della maternità, ancorché corredata dalla medesima cornice editale.

L'elaborazione dogmatica si è concentrata sull'annosa questione della gestazione per altri⁵⁷³, allo stato ancora controversa entro tutti i formanti⁵⁷⁴, mentre solo raramente

⁵⁷² E. Dolcini, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in Aa.Vv., *Il governo del corpo. Trattato di Biodiritto*, cit., p. 1563 ss.

⁵⁷³ *Ex multis*, M. Dogliotti, *Maternità «surrogata»: contratto, negozio giuridico, accordo di solidarietà?*, in *Fam. dir.*, 2000, 2, p. 151 ss.; G. Ponzanelli, *Il caso Baby M, la "surrogate mother" e il diritto italiano*, in *Foro it.*, 1988, 4, c. 97; U. Salanitro, *Procreazione medicalmente assistita*, in E. Gabrielli, *Commentario del codice civile. Della Famiglia*, Torino, 2010, p. 505 ss.; id., *Favor minoris, impugnazione del riconoscimento e maternità surrogata. per un'interpretazione costituzionalmente orientata*, in *Giust. civ.*, 8 febbraio 2018, p. 3 ss.; id., *L'ordine pubblico dopo le Sezioni Unite: la Prima Sezione si smarca... e apre alla maternità surrogata*, in *Corr. giur.*, 2020, 7, p. 902 ss.; id., *A strange loop. La procreazione assistita nel canone della Corte costituzionale*, in *NGCC*, 2020, 1, p. 206 ss.; L. d'Avack, *La maternità surrogata: un divieto "inefficace"*, in *Dir. fam. pers.*, 2017, 1, p. 139 ss.

⁵⁷⁴ Negli ultimi anni le questioni afferenti alla surrogazione della maternità e lo *status filiationis* del nato hanno coinvolto non solo autorevole dottrina ma anche (e ripetutamente) la Cassazione a Sezioni Unite e la Corte costituzionale: Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *NGCC*, 2019, p. 737 ss.; Cass. civ., sez. I, 22 aprile 2020, n. 8029 in *Fam. dir.*, 2020, 7, p. 675 ss.; Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in *NGCC*, 2018,

è stato preso in considerazione l'altro e diverso divieto di cessione onerosa di embrioni e gameti.

Il divieto è stato valorizzato solo al fine di negare la configurabilità del donatore professionale e per negare cittadinanza ad un compenso o un rimborso per la donazione di gameti. La disposizione è stata, poi, impiegata per avversare la tesi che descrive l'embrione quale bene, senza tuttavia operare una analisi della diversa teoria dell'embrione come *res extra commercium*.

Fatta eccezione per tali sporadiche applicazioni, la fattispecie è stata ignorata e varie sono le ragioni.

A parere di taluno, la cessione dell'embrione, per la realizzazione della gravidanza da parte della paziente che intende diventare madre, realizzerebbe una forma di surrogazione della maternità⁵⁷⁵.

Si tratta, però, di una ricostruzione che non merita consenso, in quanto la maternità surrogata si realizza quando una coppia di pazienti si rivolge ad una donna per la gestazione. Più precisamente, nel caso di surrogazione parziale l'embrione, futuro figlio della coppia dei committenti, ha un legame genetico con la partoriente, poiché si ricorre ad uno dei suoi ovociti. Nella surrogazione totale, anche detta maternità surrogata gestazionale, si utilizzano solo gameti della coppia di genitori committenti ed il nascituro non avrà alcun legame genetico con la madre uterina.

Si comprende allora che il discrimine tra embrio-donazione e gestazione per altri è l'identità della gestante: se la paziente committente riceve l'embrione donato e porta

1, p. 540 ss.; Corte cost., 15 novembre 2019, n. 237, in *Fam. dir.*, 2020, p. 235 ss.; Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, in *Foro it.*, 2019, 1, c. 3782. A ciò si aggiunga che il reato di surrogazione della maternità entra ciclicamente, a differenza del resto delle disposizioni della legge n. 40/2004, in discussione in Parlamento. Al Senato della Repubblica: DDL 2296, Disciplina del divieto di maternità surrogata, presentato il 23 marzo 2016, su proposta di V.M.D. D'Ascola; DDL 2270, Disposizioni volte a vietare il ricorso alla pratica della maternità surrogata all'estero, presentato il 3 marzo 2016, su proposta di S. Candiani. Alla Camera dei Deputati: PDL 3684, Disposizioni in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano, presentato il 18 giugno 2016, su proposta di G. Gigli; PDL 3756, Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano, presentato il 18 aprile 2016, su proposta di G. Meloni; PDL 3686, Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, in materia di affidamento e adozione dei minori, nonché all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, concernenti il reato di surrogazione di maternità, presentato il 21 marzo 2016, su proposta di P. Binetti; PDL 3770, Modifiche alla legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di reati di surrogazione di maternità e di commercio di cellule e tessuti di origine umana nonché in materia di accesso alle informazioni sulle proprie origini, presentato il 21 aprile 2016, su proposta di E.M. Roccella.

⁵⁷⁵ Sul punto, cfr. CNB, L'adozione per la nascita (APN) degli embrioni crioconservati e residui derivanti da procreazione medicalmente assistita (P.M.A.), 18 novembre 2005.

avanti la gravidanza ella è madre ai sensi dell'art. 269 c.c., si realizza una donazione e non una surrogazione della maternità.

Sussiste, invece, la gestazione per altri quando è madre, c.d. intenzionale, colei che non ha condotto la gestazione ma desidera realizzare mediante la gravidanza altrui il proprio progetto familiare.

Sicché il divieto di cessione onerosa mantiene la sua autonomia dalla surrogazione della maternità, sanzionata dalla medesima norma di legge.

In secondo luogo, la disposizione è rimasta nell'ombra in ragione del divieto di fecondazione eterologa: poiché in origine la legge vietava il ricorso a tecniche di fecondazione mediante l'impiego di gameti donati, la cessione di cellule riproduttive diveniva un'ipotesi di rara verificaione. Il divieto di fecondazione eterologa, però, è venuto meno, consentendo il ricorso ad uno o entrambi i gameti donati da parte di soggetti terzi alla coppia di committenti, sicché la cessione embrionaria gratuita può configurarsi entro una tecnica di tipo eterologo parziale o totale. Ciononostante, secondo una certa interpretazione, condivisa dalla giurisprudenza di merito⁵⁷⁶, la declaratoria di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa avrebbe abrogato il divieto di cessione onerosa contenuto nell'art. 12, comma 6°. In altri termini, è ammessa la donazione dei gameti, dunque la cessione di tutte le cellule riproduttive, ciò detto non si esclude l'attribuzione di un ristoro economico per la cessione, come accade in Spagna o altri ordinamenti oppure come già previsto per altre forme di donazioni di cellule.

Sul punto, però, è recentemente intervenuta la Suprema Corte. È proprio muovendo dalle conclusioni raggiunte dalla Consulta nella sentenza che dichiarava l'illegittimità del divieto di eterologa che la Cassazione trae il proprio convincimento: la Corte costituzionale ha inciso esclusivamente sull'art. 4, comma 3°, l. n. 40/2004, mentre non ha inciso sulle altre disposizioni, ivi comprese quelle sanzionatorie.

Quindi, è stato inciso esclusivamente il divieto di eterologa. Anzi, per negare il difetto di lacune normative all'esito della declaratoria, la Cassazione ha ricordato che si applicano alla fecondazione eterologa tutte le norme già previste per la fecondazione di tipo omologo.

Peraltro, dice la corte, «la sanzione per la commercializzazione dei gameti, di cui alla L. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, nell'originaria previsione del 2004, era coerente

⁵⁷⁶ Trib. Milano, ufficio GIP, 20 luglio 2018, inedita.

con l'illiceità della fecondazione eterologa, il cui divieto si perfezionava con la disposizione della sanzione penale per la commercializzazione dei gameti che costituiva lo strumento necessario per la pratica di fecondazione vietata. Ora la Corte costituzionale ha eliminato il divieto e ha affermato che la fecondazione di tipo eterologo è un diritto costituzionale [...], ma ha poi ribadito che la sanzione penale rimane applicabile perché permane il divieto di commercializzazione di gameti»⁵⁷⁷.

Conseguentemente, l'ordinamento accoglie la cessione tanto di embrioni quanto di gameti a terzi, purché si tratti di una donazione volontaria e gratuita.

Nondimeno, è stato osservato che neppure un rimborso per le spese vive e gli inconvenienti è configurabile in quanto «lo Stato non si è avvalso della possibilità di stabilire un'indennità per i donatori come consentito dalla Direttiva medesima all'art. 12, comma 2⁵⁷⁸, come invece, a titolo esemplificativo, ha fatto con riguardo al trapianto di midollo osseo con la L. n. 62 del 2011, norme di carattere speciale che non possono valere quanto al diverso campo della procreazione medicalmente assistita. Di talché, allo stato, alcuna forma di indennizzo è prevista nel caso di donazione di gameti, che deve avvenire, si ripete, su base volontaria e improntata a gratuità»⁵⁷⁹.

Sicché il gamete e l'embrione possono formare oggetto di donazione volontaria e gratuita ma non di cessione onerosa, che integrava e continua ad integrare reato.

Persistente il divieto di commercio degli ovociti e degli embrioni e regolata la donazione di tali cellule ad opera del D.P.R. n. 131/2019⁵⁸⁰, la disposizione consente al giurista di sostenere la tesi della cosa in senso giuridico, in quanto sono reperibili disposizioni specifiche per la categoria.

La donazione costituisce negozio giuridico unilaterale e solidaristico del donatore anonimo, sempre revocabile, quantomeno fino al momento della fecondazione dell'ovocita e della formazione della blastocisti.

⁵⁷⁷ Cass. pen., sez. III, 6 giugno 2019, n. 36221, in *Ilpenalista.it*, 7 ottobre 2019, con nota di G. Caspani, *Procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo: statuto sanzionatorio identico a quello della PMA omologa*.

⁵⁷⁸ La direttiva 2004/23/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, sulla definizione di 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 umani, all'art. 12 prevede la "gratuità" e "volontarietà" della donazione dei tessuti e cellule umane, precisa, al comma 2, che i donatori possono solo ricevere "una indennità strettamente limitata a far fronte alle spese e inconvenienti risultanti dalla donazione. In tal caso gli Stati membri stabiliscono le condizioni alle quali viene concessa l'indennità».

⁵⁷⁹ Cass. pen., n. 36221/2019, cit., § 5.

⁵⁸⁰ *Supra* cap. 1.

Il negozio, inquadrabile tra le prestazioni c.d. super-etiche⁵⁸¹, ha per oggetto una entità cosale individuata dal legislatore e presidiata con particolari regole a tutela del genoma umano.

L'art. 12, comma 6°, l. n. 40/2004, allora, diviene la chiave di volta per la teoria dell'embrione inteso come *res*: il legislatore si premura di non assegnare un valore economico teso a far diventare merce l'entità materiale, mentre non vieta la circolazione⁵⁸² *extra commercium*⁵⁸³ tanto dei gameti quanto delle blastocisti, ciò in quanto risponde ad esigenze di alto valore sociale e protette dall'ordinamento.

Si giunge così all'ulteriore profilo di rilevanza del divieto di commercio di ovociti.

In primo luogo, si osserva che il legislatore del 2004, nel recepire le direttive comunitarie in materia, non richiama le disposizioni sanzionatorie relative alla tratta di persone o all'acquisto e alienazione di schiavi⁵⁸⁴: le condotte incriminate dagli artt. 601 e 602 c.p. sono pressoché sovrapponibili, tuttavia sembra divergere l'oggetto materiale della condotta denotata da disvalore e riprovevolezza.

Il traffico di embrioni è equiparato a quello di gameti, mentre non c'è identità tra il traffico di esseri umani e il traffico di blastocisti.

Nondimeno, mentre gli artt. 601 e 602 c.p. possono integrare il reato presupposto per la responsabilità amministrativa degli enti, a norma del d.lgs. 231/2001, così non è per il divieto di commercio di *biomaterials*. La l. n. 40/2004, difatti, prevede all'art. 12, comma 10°, la revoca dell'autorizzazione al centro P.M.A.: la mancata inclusione della fattispecie di cui al comma 6° tra i reati presupposto provoca un vuoto di responsabilità a favore dell'ente nel cui interesse e/o vantaggio viene posto in essere il reato di commercio, con la conseguente impossibilità di applicazione delle sanzioni pecuniarie e, soprattutto, interdittive.

⁵⁸¹ Per una ricostruzione della categoria, A. Palazzo, *Gratuità e attuazione degli interessi*, in Aa.Vv., *I contratti gratuiti*, A. Palazzo- S. Mazzaresse (a cura di), Torino, 2008, p. 17.

⁵⁸² G. Resta, *La disposizione del corpo. Regole di appartenenza e di circolazione*, in Aa.Vv., *Il governo del corpo. Trattato di Biodiritto*, cit., p. 844 ss.; G. Resta, *Contratto e persona*, in *Trattato del Contratto. Interferenze*, vol. VI, Milano, 2006, p. 1-59.

⁵⁸³ M. Comporti, *Le cose, i beni ed i diritti reali*, in Aa.Vv., *Istituzioni di diritto privato*, M. Bessone (a cura di), Torino, 2005, p. 331 che include il corpo umano, il cadavere, il sangue, nella categoria delle *res extra commercium*.

⁵⁸⁴ F. Mantovani, *La legislazione penale sulle nuove frontiere della schiavitù*, in *Umanità e razionalità del diritto penale*, cit. p. 769.

In secondo luogo, il legislatore del 2017 che ha introdotto nel codice penale il reato di traffico di organi o parti di organi prelevati da persona vivente⁵⁸⁵ non ha determinato l'*abolitio criminis* del divieto di commercio di ovociti e di embrioni, di cui all'art. 12, comma 6°, l. n. 40/2004.

Anche in questo caso, è possibile verificare l'identità delle condotte incriminate, tuttavia è apprezzabile la differenza oggettuale delle due fattispecie⁵⁸⁶.

Infine, si osservi come tali disposizioni penali non siano richiamate neppure *quoad poenam*. Difatti, i reati previsti ai sensi degli artt. 601, 601-bis e 602 c.p. recano un delta edittale assai elevato rispetto alla forbice prevista dall'art. 12: si tratta di cornici che superano di ben dieci volte nel minimo e nel massimo le pene comminate per il commercio di ovociti e di embrioni, ancorché «straordinariamente severe»⁵⁸⁷.

Sulla base di tutti questi rilievi, emerge una entità cosale che si ascrive nella categoria delle *res extra commercium*⁵⁸⁸, il cui trattamento è pari a quello riservato ai gameti.

L'orientamento interpretativo appena illustrato reca una base normativa e riceve il sostegno della più recente giurisprudenza; per tali ragioni risulta essere la tesi preferibile tra le teorie che seguono il metodo dell'adattamento. Ciononostante, non va esente da osservazioni critiche.

Anzitutto, la teoria delle cose in senso giuridico ha ricevuto una scarsa elaborazione, sicché il risultato ottenuto non appare del tutto esplicativo.

In seconda analisi, non chiarisce quale sia il potere entro la "nebulosa di appartenenza"⁵⁸⁹ e chi eserciti il potere sulle cose individuate.

Infine, sfugge a questa tesi la gradualità⁵⁹⁰.

La teoria dell'embrione inteso come *res* equipara ogni fase, ogni embrione, ogni cellula alla cosa. Non vi è distinzione tra gamete e blastocisti, non si accorda rilevanza al

⁵⁸⁵ Si osservi che l'art. 601-bis c.p. è stato inserito nel codice penale dall'art. 1 della legge 11 dicembre 2016, n. 236 con decorrenza dal 07 gennaio 2017.

⁵⁸⁶ In questo senso, Trib. Milano, sez. VIII, 31 maggio 2018, inedita, p. 101-102.

⁵⁸⁷ E. Dolcini, *op. ult. cit.*, p. 105 ss.

⁵⁸⁸ S. Pugliatti, *voce Cosa*, cit., p. 633 ss.

⁵⁸⁹ P. Zatti, *Principi e forme del «governo del corpo»*, cit., p. 100-101. L'A. efficacemente osserva che «l'appartenenza è categoria ben più ampia della proprietà, ed è essa stessa ambigua, tesa tra il "mio" come non-me e il "mio" come parte di me»; proprio l'ambiguità della appartenenza viene colta come valore, come «ricchezza del linguaggio giuridico», capace a sua volta «di sostenere l'impatto dell'ambiguità del corpo».

⁵⁹⁰ M. Zanchetti, *op. ult. cit.*, p. 1754 ss.

contesto⁵⁹¹ e, dunque, alla crioconservazione, alla diagnosi genetica preimpianto, all'abbandono, allo scarto, alla donazione.

Inoltre, non si attribuisce alcuna rilevanza alle disposizioni civilistiche sul concepturo e tantomeno alle disposizioni penalistiche che vietano la sola soppressione embrionaria e non anche la soppressione di gameti.

Dunque, la tesi ha il merito di individuare la macrocategoria per la collocazione dell'embrione, ma non la specie nel genere delle *res extra commercium*.

5.3. L'embrione come parte del corpo.

«Di chi è il corpo? Della persona interessata, della sua cerchia familiare, di un dio che l'ha donato, di una natura che lo vuole inviolabile, di un potere sociale che in mille modi se ne impadronisce, di un medico o di un magistrato che ne stabiliscono il destinato? E di quale corpo stiamo parlando?»⁵⁹². L'interrogativo è posto da Stefano Rodotà dopo l'introduzione della legge n. 40/2004 e induce il giurista a chiedersi: "quale corpo?".

Un altro grande maestro del diritto, Angelo Falzea, pure, subisce la fascinazione della indagine sul trattamento giuridico del corpo, evidenziando una cesura tra la concezione anatomica in senso comune e la concezione giuridica della "parte del corpo"⁵⁹³.

L'interrogativo rievoca, infatti, alcuni casi posti all'attenzione della magistratura, nella applicazione dell'art. 583 c.p. in caso di lesione della milza. La giurisprudenza non ha qualificato la milza come organo⁵⁹⁴, diversamente lo ha ritenuto una parte integrante e non autonoma dell'organo diffuso emopoietico e dell'apparato reticoloistiocitario⁵⁹⁵.

Dunque, può sembrare fuor dubbio che al corpo umano appartengano i suoi organi, tessuti e cellule, tuttavia l'anatomia giuridica del corpo presenta non pochi elementi di asimmetria rispetto alla sua configurazione biologica.

⁵⁹¹ P. Zatti, Questioni della vita nascente, cit., p. 1307 ss.

⁵⁹² S. Rodotà, *La vita e le regole*, cit., p. 73.

⁵⁹³ A. Falzea, *I fatti giuridici della vita materiale*, in Aa.Vv., *Il diritto e la vita materiale. Atti dei Convegni Lincei*, Roma, 1984; in *Riv. dir. civ.*, 1982, 1, p. 415.

⁵⁹⁴ M. Dogliotti, voce *Organo*, cit., § 1.

⁵⁹⁵ Pret. Barra, 10 dicembre 1987, n. 564, inedita.

Si osservi che l'ordinamento italiano non disciplina in via unitaria il corpo, lo "disgrega" in numerose leggi⁵⁹⁶ per ciascun tipo di organo o tessuto o per l'espianto e il trapianto o per la donazione, lo stoccaggio e l'approvvigionamento o, ancora per l'importazione e l'esportazione⁵⁹⁷.

Una frammentazione⁵⁹⁸ su cui ha certamente influito la rapsodica attuazione delle direttive⁵⁹⁹ europee in materia⁶⁰⁰.

⁵⁹⁶ È talmente copiosa la produzione legislativa in materia di trapianti da vivo in Italia da avere costituito un vero e proprio «microcosmo normativo estraneo al corpo del codice civile», tale da alimentare dialettiche autonome. Sul punto, cfr. G. Resta-V. Zeno Zencovich, *Informazione, consenso e responsabilità nei trapianti da vivente: prospettive nazionali e comunitarie*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, p. 965-986. Peraltro, la fuga dal codice, in favore della legislazione speciale frammentata, secondo taluni autori, ha determinato la scarsa diffusione delle pratiche di trapianto da vivo in Italia. Così, Moscati, *Trapianto di organi*, in *Dizionari di diritto privato*, N. Irti (a cura di), Milano, 1980, p. 812 ss.

⁵⁹⁷ Si elencano, a titolo esemplificativo, le leggi vigenti in materia di trapianto di organi e innesto di tessuti e cellule: la l. 6 marzo 2001, n. 52, recante le disposizioni sulla donazione del midollo ed integrante le disposizioni normative in materia di prelievo di cellule staminali, midollari e periferiche; l. 21 ottobre 2005 n. 219, recante la nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati; l. 12 agosto 1993, n. 301, sull'innesto della cornea; l. 16 dicembre 1999, n. 483, sui trattamenti per il trapianto parziale di fegato; l. 26 giugno 1967, n. 458, contenente la disciplina sul trapianto del rene tra persone viventi; l. 19 settembre 2012 n. 2012 in materia di trapianto di polmoni, pancreas e intestino; D.P.R. 23 agosto 2019, n. 131, Regolamento di attuazione della direttiva 2012/39/UE della commissione, del 26 novembre 2012, che modifica la direttiva 2006/17/CE per quanto riguarda determinate prescrizioni tecniche relative agli esami effettuati su tessuti e cellule umani. Sul punto, si rinvia a S. Rossi, voce *Corpo umano (atto di disposizione sul corpo)*, cit., p. 216 ss.; M. Dogliotti, voce *Organo*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1995, p. 181 ss.; P. Vercellone, voce *Trapianti di tessuti e organi*, in *Dig. disc. priv.*, Agg. II, Torino, 2003, p. 1267 ss.; F. Mantovani, *Trapianti*, in *Umanità e razionalità del diritto penale*, cit., p. 1537 ss.; id., *Donazioni e trapianti: prospettiva penalistica*, in *Aa.Vv., Il governo del corpo. Trattato di Biodiritto*, cit., p. 1135 ss.

⁵⁹⁸ In questo senso, v. P. Zatti, *Maschere del diritto*, cit., p. 85: "Al giurista che osserva la relazione con il corpo si apre un panorama incomparabile rispetto anche al recente passato. Un vasto repertorio di norme – che nascono dalle fonti internazionali e sopranazionali, dalle leggi, dalle fonti deontologiche, dalla giurisprudenza – forma uno 'statuto del corpo' che continuamente evolve".

⁵⁹⁹ Direttiva 23/2004/CE sulla definizione delle norme di qualità e sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani. Alla citata Direttiva si accompagnano le Direttive attuative 2006/17/CE e 2006/86/CE.

⁶⁰⁰ D.Lgs. 6 novembre 2007, n. 191, Attuazione della Dir. 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 umani; D. Lgs. 25 gennaio 2010, n. 16 Attuazione delle direttive 2006/17/CE e 2006/86/CE, che attuano la direttiva 2004/23/CE per quanto riguarda le prescrizioni tecniche per la donazione, l'approvvigionamento e il controllo di tessuti e cellule umani, nonché per quanto riguarda le prescrizioni in tema di rintracciabilità, la notifica di reazioni ed eventi avversi gravi e determinate prescrizioni tecniche per la codifica, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani; D. Lgs. 30 maggio 2012, n. 85, Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 25 gennaio 2010, n. 16, recante attuazione delle direttive 2006/17/CE e 2006/86/CE, che attuano la direttiva 2004/23/CE per quanto riguarda le prescrizioni tecniche per la donazione, l'approvvigionamento e il controllo di tessuti e cellule umani, nonché per quanto riguarda le prescrizioni in tema di rintracciabilità, la notifica di reazioni ed eventi avversi gravi e determinate prescrizioni tecniche per la codifica, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani.

All'esito di questa frammentazione l'interprete è indotto a chiedersi cosa sia il corpo in senso giuridico, quale sia la sua estensione, quale sia il potere su di esso spendibile, chi sia il titolare di tale potere e, infine, quale sia la sua base giuridica.

Tra gli interrogativi relativi alla estensione del corpo umano si annovera anche quello relativo alla vita prenatale. In particolare, una risalente dottrina⁶⁰¹ qualificava il feto e l'embrione, senza soluzione di continuità, quale *portio viscerum matris*⁶⁰². La tesi in discorso qualificava la vita prenatale quale parte del corpo della gestante, per affermare che si tratta di parte di cui la paziente può "disporre" liberamente.

La tesi della *portio viscerum* è stata, compattamente, superata⁶⁰³ tanto in ragione dell'art. 5 c.c., che vieta atti di disposizione del corpo non consentiti e tesi a provocare una diminuzione permanente, quanto alla stregua delle innumerevoli limitazioni imposte dalla legge alla esecuzione della interruzione volontaria della gravidanza da parte della gestante.

Tuttavia, non è stato risolto il dubbio in ordine alla estensione del corpo giuridificato⁶⁰⁴ e alle sue parti. Per questo motivo appare utile analizzare l'elaborazione giuridica delle parti del corpo e verificare se tra queste possa essere inclusa anche la blastocisti.

Il corpo, cogliendo gli insegnamenti tramandati da Ulpiano⁶⁰⁵, è una «*res extra commercium*, irriducibile a merce, sottratto alla logica del mercato, alla *commodification*»⁶⁰⁶. Si tratta della medesima categoria entro cui la teoria poc'anzi illustrata colloca l'embrione.

L'ordinamento dedica al regime del corpo l'art. 32 Cost., ma anche l'art. 5 c.c., oltre alle disposizioni penali in materia di lesioni personali.

⁶⁰¹ A. La Torre, *Ego e alter nell'interruzione della gravidanza*, in *Giust. civ.*, 2010, 1, p. 3 ss.

⁶⁰² Secondo l'adagio latino "Partus, antequam edatur, mulieris portio est, vei viscerum", ossia prima che la prole venga alla luce, è parte della donna, o delle sue viscere. Si tratta di un passo di Ulpiano, D. 25, 4, 1, sotto il titolo De inspiciendo ventre custodiendoque partu. Per il commento di questo passo e del più ampio testo che lo contiene, v., da ultimo P. Ferretti, *In rerum natura esse in rebus humanis nondum esse. L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*, Milano, 2008, p. 155-159. Funditus, F. Mantovani, *Persona (Delitti contro la)*, in *Umanità e razionalità del diritto penale*, cit. p. 785 ss.; id., *Diritti del concepito e diritto penale*, ibidem, p. 1464 ss.

⁶⁰³ Per la confutazione dell'assunto che inquadra il feto quale mera parte del corpo della madre, v. P. Zatti, *Quale statuto per l'embrione?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, p. 458; F. Brunetta D'Usseaux, *Esistere per il diritto. La tutela giuridica del non nato*, Milano, 2001, p. 85 ss.

⁶⁰⁴ Si deve l'espressione agli attenti studi di Stefano Rodotà, *Il corpo giuridificato*, in Aa.Vv., *Il governo del corpo. Trattato di Biodiritto*, cit., p. 51 ss. L'A. si richiama all'espressione di A. Hyde, *Bodies of Law*, Princeton N.J., 1997.

⁶⁰⁵ È di Ulpiano il noto adagio *Nemo membrorum suorum dominus esse videtur*. Cfr. Ulpiano, frg. 13, Dig. IX, 2.

⁶⁰⁶ S. Rodotà, *La vita e le regole*, cit., p. 95.

La regola codicistica presidia l'integrità fisica da atti di disposizione idonei ad alterare il corpo mediante sottrazione⁶⁰⁷, ovvero sia a provocare una diminuzione permanente dell'unità fisica.

La disposizione è stata introdotta nel codice del 1942 all'esito di un peculiare dibattito e ha rappresentato, per l'epoca, una vera innovazione rispetto al *Code civil* napoleonico e al codice del 1865, che difettavano di norme attinenti alla sfera corporea dell'uomo.

In specie, l'elaborazione di procedure sempre più sofisticate nell'ambito medico-chirurgico ha comportato la più agile esecuzione di separazioni di parti del corpo per la cessione a terzi. L'accelerazione delle tecniche chirurgiche ha provocato, però, un vuoto di disciplina ed i formanti sono stati chiamati a confrontarsi con il tema della cessione onerosa di parti del corpo.

È stato autorevolmente sostenuto: «La fine del XX secolo resterà nella storia del diritto come l'epoca in cui la riflessione giuridica ha dovuto riscoprire il corpo, mentre il sistema di pensiero in cui si muoveva era stato costituito, duemila anni prima, perché non se ne parlasse, perché non si dovesse dunque pronunciarsi sulla sua natura giuridica [...]; senza l'irruzione delle biotecnologie, la storia dello statuto dell'uomo nel diritto civile sarebbe stata quella della censura del suo corpo»⁶⁰⁸.

L'*occasio legis* dell'art. 5 c.c. si è verificata nel 1934 allorché la Suprema Corte è stata chiamata a pronunciarsi sull'inedito caso dell'espianto di una ghiandola sessuale maschile dal corpo di uno studente universitario per il trapianto a vantaggio di un ricco committente. Mentre quest'ultimo veniva indotto all'esecuzione dell'impianto dalla promessa di una virilità rinvigorita, il giovane "donatore" veniva indotto dalla remunerazione pari a diecimila lire. Si tratta del c.d. innesto Voronoff⁶⁰⁹.

⁶⁰⁷ S. Rossi, voce *Corpo umano (atto di disposizione sul)*, cit., § 3; M.C. Venuti, *Gli atti di disposizione del corpo*, cit., p. 21 ss.; S. Rodotà, *op. ult. cit.*, p. 85, il quale acutamente osserva come l'art. 5 c.c. non tenga conto delle nuove tecnologie che consentono le alterazioni per addizione, come nel caso dell'impiego di sostanze dopanti, di fumo passivo e attivo, dell'impiego di impianti elettronici per la reintegrazione di funzioni perdute, dell'impianto di microchip per il rilevamento delle condizioni di salute e dell'alterazione delle funzioni organiche, la marchiatura artistica come l'installazione di *piercing* o l'attività di tatuaggio o *branding*. Sul punto, M. Piccinni, *Il corpo artefatto: le "marchiature artistiche" tra integrità e autodeterminazione*, in Aa.Vv., *Il governo del corpo. Trattato di Biodiritto*, cit., p. 601 ss.; S. Bonini, *Il doping*, *ibidem*, p. 621 ss.

⁶⁰⁸ J.P. Baud, *Il caso della mano rubata*, C.M. Mazzoni (a cura di), Milano, 2003, p. 50 ss.

⁶⁰⁹ Dal nome dell'autore della procedura Serge Abrahamovitch Voronoff. Cfr. M. Donati, voce *Voronoff (Serge)*, in *Enc. Treccani*, 1937. Per gli aspetti giuridici dell'espianto, M.C. Venuti, *Gli atti di disposizione del corpo*, cit., p. 21; S. Rodotà, *La vita e le regole*, cit., p. 84; id., *Il corpo giuridificato*, cit., p. 53; C.G.O. Frattari, *I diritti sul corpo tra prerogative individuali e interessi pubblici. Il caso dell'innesto Voronoff*, in *NGCC*, 2020, p. 101 ss.

È vero che l'integrità della ghiandola superstite può assicurare al giovane la continuità fisiologica e biologica dell'organo della procreazione, è però altrettanto vero che la spermatogenesi a cui provvedono i testicoli, nonché la funzione endocrina degli stessi, nel caso andavano considerate necessariamente alterate a causa di detta menomazione, oltre al danno potenziale costituito dalla ridotta riserva funzionale dell'organo, affidata alla sola ghiandola superstite.

Tuttavia, in difetto di una disposizione, come l'art. 5 c.c., l'espianto remunerato ai fini di successivo innesto non vantava l'antigiuridicità richiesta dalla struttura del reato, in ragione della applicazione della causa di giustificazione del consenso dell'avente diritto.

La Cassazione ha preso atto della questione proiettata nel futuro sottoposta al suo vaglio e ha affermato: «nei casi di lesione alla integrità, che comportano un pregiudizio di una certa rilevanza al corpo, la morale sociale valuta come lecito il consenso solo a condizione che concorra uno scopo di particolare valore sociale e il vantaggio alla salute di un'altra persona è di per sé uno scopo di particolare valore sociale [...]. Attesa l'importanza sociale del bene dell'integrità personale, la morale sociale non ritiene sufficiente a giustificare il sacrificio uno scopo non immorale, ma esige addirittura che l'atto sia volto a realizzare un risultato vantaggioso per la collettività»⁶¹⁰.

È stata tratteggiata, così, la via per il legislatore codicistico e fornita la primigenia indicazione dei principi della gratuità, volontarietà e solidarietà degli atti di disposizione del corpo nell'ordinamento italiano.

L'art. 5 c.c. va allora coordinato con le discipline specifiche in materia di espianto ai fini di trapianto o per la destinazione solidaristica o per studio e ricerca⁶¹¹.

Il corpo così giuridificato si compone di una pletora cospicua di parti, talune recanti l'attitudine ad essere separate dallo stesso. Quindi, il corpo si espande⁶¹² oltre la sagoma dell'individuo e si moltiplica⁶¹³ negli organi, nei tessuti e nelle cellule da esso separati⁶¹⁴, mediante la natura ciclica espulsione, come accade per i denti, per i capelli o per gli ovociti,

⁶¹⁰ Cass. pen., 31 gennaio 1934, in *Foro it.*, 1934, 2, c. 146 ss. con nota di G. Arangio Ruiz, *Contro l'innesto Woronoff da uomo a uomo*. Sul punto, cfr. F. Maroi, *sub art. 5 c.c.*, in M. D'Amelio, *Commentario del codice civile*, Firenze, 1940, p. 97.

⁶¹¹ G. Resta, *op. ult. cit.*, p. 809 ss. L'A. descrive l'art. 5 c.c. come "ormai" un tassello, neanche troppo importante, in un più complesso novero di regole e principi, di fonte non soltanto interna ma anche e sempre più internazionale, in ragione di una progressiva erosione della disposizione.

⁶¹² P. Zatti, *Principi e forme del "governo del corpo"*, in Aa.Vv., *Il governo del corpo. Trattato di Biodiritto*, cit., p. 114.

⁶¹³ S. Rodotà, *Il corpo giuridificato*, cit., p. 60.

⁶¹⁴ G. Resta, *La disposizione del corpo. Regole di appartenenza e di circolazione*, in Aa.Vv., *Il governo del corpo. Trattato di Biodiritto*, cit., p. 805 ss.

oppure per avulsione o espianto, attraverso l'opera maieutica dell'uomo⁶¹⁵. Il corpo diviene «istituzionalmente distribuito»⁶¹⁶.

Tra queste parti corporali destinate a proiettare il corpo al di fuori della propria unità si annoverano i capelli, i denti, le parti del fegato, il rene, il cordone ombelicale, le cellule ematiche, i campioni di midollo osseo e tutte le parti cui è possibile ricorrere per studi anatomici⁶¹⁷.

Si tratta di tutti gli organi, i tessuti e le cellule suscettibili di separazione in ragione di uno scopo di particolare valore sociale ed in virtù di una previsione di legge, ex l'art. 5 c.c.

Tanto il codice quanto le leggi speciali dedicate ai trapianti, però, non individuano il regime per il trattamento di queste parti ed il tema ha indotto grandi interpreti alla elaborazione di alcune soluzioni esegetiche.

Secondo la più risalente tesi dello *ius in se ipsum*⁶¹⁸, l'ordinamento distingue l'uomo dal corpo: si verifica uno sdoppiamento che vede distinte le due proiezioni ordinamentali del corpo e della persona.

La persona è il soggetto di diritto, cui l'ordinamento attribuisce i diritti della personalità, tra cui il diritto alla salute; il corpo va inteso, invece, come entità cosale di supporto per il soggetto. Il primo, allora, vanta un diritto di proprietà sul secondo, che si estende anche sulle parti che da esso vengono divise, senza soluzione di continuità, poiché queste erano e continuano ad essere nella sfera giuridica patrimoniale, *sub specie* dominicale, del soggetto.

La tesi è stata profondamente criticata⁶¹⁹ ricorrendo a molteplici argomentazioni.

⁶¹⁵ Per un approfondimento sulla estensione del corpo oltre i confini della sua unità fisica v. S. Rodotà, *La vita e le regole*, cit., p. 80.

⁶¹⁶ S. Rodotà, *Il corpo giuridificato*, cit., p. 62.

⁶¹⁷ S. Pugliatti, *op. ult. cit.*, § 8.

⁶¹⁸ F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, p. 206; id., *Il problema giuridico della trasfusione di sangue*, in *Foro it.*, 1938, 4, c. 92; id., *Usucapione della proprietà industriale*, Milano, 1938, p. 54. In particolare, l'A. inquadrava il sangue, prelevato per la trasfusione e la cessione a terzi, quale cosa e parte del corpo umano, suscettibile di cessione a terzi. Si tratta di una tesi avanzata in un periodo storico in cui era ammessa la donazione professionale di sangue: dopo la terza cessione, il paziente poteva conseguire un corrispettivo economico. Tale previsione è stata abrogata: *supra* cap. 1. Ciononostante, la tesi di Carnelutti non richiedeva un corrispettivo economico per configurare come entità cosale oggetto di proprietà del soggetto. In questo senso, anche V. Degni, *Sulla trasfusione obbligatoria del sangue*, in *Foro it.*, 1938, c. 129; id., *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Trattato Vassalli*, 1939, 1, Torino, p. 139 ss. *Contra*, S. Rodotà, *op. ult. cit.*, p. 56; P. Zatti, *Maschere del diritto*, cit., p. 65.

⁶¹⁹ *Ex Multis*, cfr. P. Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 182; A. De Cupis, *I diritti della personalità*, II ed., Milano, 1982, p. 177 ss.; P. D'Addino Serravalle, *Atti di disposizione del corpo a tutela della persona umana*, Camerino, 1983, p. 16.

Anzitutto, si svaluta l'esecuzione di una procedura tesa all'espianto o all'avulsione della parte dal corpo. Non si tiene conto della *ratio* che giustifica la separazione, la sua causa: per vero, va diversamente inteso l'evento traumatico di origine naturale che comporta la caduta di un dente dal prelievo di sangue per l'innesto nel paziente che ne abbisogna per la sopravvivenza. Come è noto, infatti, il consenso informato alla procedura medica imprime una destinazione nei *biomaterials*, conseguentemente è ritenuta illecita ogni attività contraria al tipo di utilizzo consentito dalla determinazione del soggetto.

In secondo luogo, non assume rilievo la funzione esclusivamente solidaristica ad essa sottesa. La frammentata disciplina dei trapianti e delle donazioni di organi, tessuti e cellule soggiace a precise regole comunitarie tese ad evitare che lo scopo di lucro determini l'elusione delle regole di sicurezza previste in materia.

Secondo taluni, poi, pure abbracciando la dualità uomo-corpo e a voler ritenere sottoposto a diritto di proprietà il corpo, come entità oggettiva speculare al soggetto titolare di diritti, la teoria diviene incoerente nella estensione del diritto di proprietà anche alle parti staccate. Non si tratta più di corpo, ma di cosa altra e diversa in ragione della perdita di unità⁶²⁰.

Infine, la tesi non presenta un addentellato normativo idoneo a giustificare la proprietà sul corpo.

Secondo una diversa opzione esegetica, adesiva alla dogmatica tedesca, le parti del corpo diventano cosa esterna all'unità con la separazione realizzata da un professionista, subiscono così una trasformazione in senso giuridico e soggiacciono alle regole che caratterizzano il possesso⁶²¹.

La teoria in discorso valorizza la funzione esclusivamente solidaristica della separazione e rileva come l'espianto determini la formazione di una *res nullius* per *derelecto*. Si presume, all'atto dell'espianto, una volontà di abbandonare la parte separata, mentre è posto in capo al soggetto che si priva della parte provare il difetto dell'*animus dereliquendi*.

⁶²⁰ G. Criscuoli, *op. ult. cit.*, p. 268.

⁶²¹ C.M. Bianca, *op. ult. cit.*, p. 163-168, l'A. opera una distinzione tra regime giuridico delle spoglie umane e parti del corpo separate da essere umano vivente: la parte staccata viene trasformata con la separazione in cosa esterna, che non offre alcun godimento e interesse di scambio, infatti sono di regola destinate alla eliminazione, sicché appare fondata la presunzione di abbandono. Le parti staccate possono essere gestite come cose e sono suscettibili di possesso. Diversamente nel caso del cadavere, l'A. nega la possibilità dei privati di possederlo o di disporne come cosa propria, anzi le spoglie umane si ritiene siano di proprietà pubblica, soggiacciono alla polizia funeraria o alle esigenze di insegnamento o di sperimentazione. In senso conforme, M. Dogliotti, *op. ult. cit.*, p. 81.

Formata l'entità cosale inquadrata secondo l'insegnamento di Ulpiano, non vi sono ostacoli per individuare il *titulus adquirendi* nello schema della occupazione, a norma degli artt. 922 e 923 c.c.

La tesi, ancorché autorevolmente sostenuta, non è stata accolta con favore dalla dogmatica. In specie, è stato osservato che non è possibile affermare la sussistenza di un generale *animus dereliquendi* all'atto di separazione e, sebbene il comportamento di abbandono possa essere presunto secondo le regole generali della occupazione, l'*animus* in discorso non appare conforme alle regole in materia. Si tratta di procedure che hanno precise funzioni e finalità, che non lasciano spazio alla presunzione di abbandono.

Inoltre, sembra distonico ascrivere l'onere probatorio della carenza dell'*animus dereliquendi* proprio al diretto interessato dall'espianto.

La tesi, peraltro, non ha incontrato il favore della giurisprudenza, che ha confutato l'inquadramento alla stregua di *res nullius* e l'applicabilità dell'occupazione⁶²², seguendo le citate osservazioni critiche.

Sempre in accordo con la dogmatica teutonica, taluni autori⁶²³ hanno affermato, invece, che la separazione giustifica l'acquisto della proprietà delle cose separate, il distacco fa sì che l'entità diventi cosa autonoma, che abbandona il corpo sottoposto alla sfera personale per venire a far parte della sfera patrimoniale: «il fatto da cui dipende l'immediato sorgere del diritto [...] (e) può qualificarsi tra i fatti da cui il diritto sorge originariamente [...]. La parte staccata esce dalla sfera giuridica strettamente personale per entrare immediatamente in quella patrimoniale facente capo alla stessa persona, senza passare per la condizione di *res nullius*».

L'acquisto a titolo originario avvantaggia la stessa persona il cui corpo è attinto dalla procedura medica di espianto o dal trauma da cui deriva la separazione.

Si tratta di un acquisto di diritto a titolo originario, mentre va negata cittadinanza ad una presunzione di abbandono della parte del corpo quando non sia provata la conoscenza preventiva della ulteriore destinazione della stessa.

Peraltro, secondo quanto sostenuto, non occorre l'abbandono per determinare l'acquisto della proprietà, perché si tratta di parti che «rientravano in una preesistente sfera giuridico-personale»⁶²⁴.

⁶²² Trib. Milano, sez. I civ., 17 aprile 1961, in *Temi*, XXXVII, Milano, 1961, p. 141 ss.,

⁶²³ A. De Cupis, *op. ult. cit.*, p. 178.

⁶²⁴ A. De Cupis, *op. ult. cit.*, p. 181.

La tesi, accreditata in dottrina, è stata avallata da giurisprudenza ormai risalente. In particolare, il Tribunale di Milano⁶²⁵ ha stabilito che il paziente ha diritto ad ottenere la consegna dei pezzi anatomici derivati da interventi chirurgici sul suo corpo, poiché è l'unico soggetto cui spetta disporne. In questo senso si è pronunciato pure il Tribunale di Napoli, secondo cui è il paziente ad acquistare la proprietà della parte staccata dal suo corpo all'atto stesso del distacco⁶²⁶.

Il Tribunale di Milano ha affermato che la proprietà va ascritta al paziente sottoposto a procedura di avulsione di una propria parte a scopi terapeutici, cionondimeno il regime diverge allorquando l'attività sanitaria viene esercitata da «un istituto di cura avente anche finalità scientifiche», nel qual caso le esigenze della ricerca scientifica, meritano di trovare adeguato riconoscimento e correlativa tutela giuridica⁶²⁷.

In questo senso si è posta pure una più recente pronuncia del Tribunale di Napoli, con cui è stato negato il diritto dominicale del paziente sui propri tessuti conservati dalla clinica. Il diritto di proprietà, su determinate cellule, sarebbe in contrasto con l'interesse della comunità scientifica alla conservazione della parte del corpo per acclerate finalità di studio. Quest'ultimo rappresenta un interesse meritevole di tutela⁶²⁸ nell'ordinamento italiano e presidiato a livello costituzionale.

Ciò detto, tali pronunce non individuano il regime di controllo delle cliniche sui tessuti destinati a finalità di studio, né indicano l'addentellato normativo giustificativo di siffatto potere⁶²⁹.

⁶²⁵ Trib. Milano, sez. I civ., 17 aprile 1961, cit., p. 141 ss.

⁶²⁶ Trib. Napoli, 14 marzo 1972, in *Dir. Giur.*, 1972, p. 39. *Contra*, Trib. Napoli, 14 gennaio 2005, in *Dir. Giur.*, 2008, p. 300 ss., con nota di C. Ghionni, *Le parti separate dal corpo umano tra proprietà e diritto alla salute*.

⁶²⁷ Trib. Milano, 7 aprile 1966, in *Temi*, 1966, p. 303.

⁶²⁸ Trib. Napoli, 14 gennaio 2005, in *Dir. giur.*, 2008, p. 300.

⁶²⁹ Vi è chi si richiama agli ordinamenti di *common law*, in cui risultano notevolmente più diffuse le biobanche tese alla conservazione dei *biomaterials*. Nei centri autorizzati di tali ordinamenti non si acquista la proprietà all'esito del prelievo, ma un potere di controllo dei tessuti e delle cellule secondo l'antico modello della *stewardship*. Il "donatore", inquadrato nella figura del *settlor*, cede il controllo sui campioni alla biobanca, quest'ultima agisce così in qualità di *trustee* (gestita da una fondazione pubblica no-profit), assume l'obbligo di amministrazione dei *biomaterials* in adesione al vincolo fiduciario, in uno con l'obiettivo del benefit-sharing collettivo. La collettività, allora, diviene il *beneficiary* del trust, di cui fa parte in questo caso lo stesso donatore. Una parziale applicazione di tale sistema è stata realizzata nel progetto UK biobank. Si tratta di biobanca che si qualifica proprietaria dei *biomaterials* («legal owner of the database and the sample collection»), tuttavia soggiace a stringenti vincoli e realizza un peculiare *public-private charitable model*, mediante il quale si cercano di perseguire gli obiettivi di pubblico interesse. Per un approfondimento, I. Rapisarda, *Brevi note sullo statuto giuridico del materiale biologico umano*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 2, p. 625-664.

Nonostante il *favor* dei formanti, anche la più accreditata tra le tesi è destinataria di critiche.

Coglie nel segno l'osservazione secondo cui la teoria appena esaminata reca un nuovo modo di acquisto a titolo originario, sprovvisto di una base legale sicura. È stato osservato che la teoria di De Cupis appena descritta «non ci spiega quale sia il presupposto legale sulla cui base essa attribuisce al 'distacco' il valore di causa o titolo dell'acquisto proprietario delle separate parti corporali; o, più semplicemente come quel fatto lo si possa considerare un legittimo modo di acquisto della proprietà di quelle certe "cose"»⁶³⁰.

Non soccorre allo scopo il richiamo del diritto d'autore.

Secondo qualcuno, infatti, è possibile assimilare le parti del corpo staccate alle opere d'ingegno, con il fine di recuperare una base giuridica alla tesi poc'anzi illustrata, individuata negli artt. 2576 c.c. e 6 l. n. 360/1941.

La parte separata dal corpo umano diverrebbe, secondo questa tesi, una cosa "per creazione", secondo la peculiare modalità con cui si verifica la separazione ad opera del medico. È proprio con la "creazione" del medico che si verifica l'acquisto della proprietà sul *novum* da parte del soggetto sottoposto a trattamento.

È evidente come questo correttivo alla teoria di De Cupis operi una interpretazione analogica inibita, in quanto si fa applicazione non a casi simili ma a cose distinte nella consistenza oggettiva, nella modalità di produzione, nell'utilizzazione, nelle *rationes* sottese alla formazione e all'impiego.

Peraltro, secondo questa tesi è solo con la creazione che l'autore può difendere la paternità della propria opera, mentre nel caso della parte del corpo il soggetto vanta il diritto alla integrità fisica già prima del momento della separazione.

Più convincente appare l'impostazione esegetica che appunta la base giuridica nella disciplina dei frutti, ai sensi dell'art. 820 c.c.⁶³¹

Le parti del corpo soddisfano, infatti, i due requisiti della derivazione dalla cosa madre e della autonomia dalla medesima per il godimento⁶³². Non rileva, invece, che alcune parti possono non essere capaci di prodursi ciclicamente, poiché la ricorrenza o la periodicità della produzione del frutto nonché la conservazione della capacità produttiva della cosa madre non si annoverano tra i requisiti necessari della fruttificazione⁶³³.

⁶³⁰ G. Criscuoli, *op. ult. cit.*, p. 270.

⁶³¹ G. Criscuoli, *op. ult. cit.*, p. 272 ss.

⁶³² P. Barcellona, *op.cit.*, p. 215 ss.

⁶³³ P. Barcellona, *op.cit.*, p. 214.

L'art. 821 c.c. individua nella separazione il *modus acquirendi* a titolo originario e riserva la proprietà sui frutti in capo al proprietario della cosa madre, salvo che sia prevista una diversa attribuzione in capo a soggetti terzi.

Non occorre, però, la proprietà della cosa madre per l'acquisto della proprietà del frutto, è sufficiente invece una relazione qualificata dal diritto che legittimi l'acquisto della proprietà del frutto. È proprio il codice a fornire conferma: sono reperibili numerosi referenti normativi in tal senso⁶³⁴, essendo sufficiente un diritto di godimento sulla cosa madre, come nel caso dell'enfiteuta o dell'usufruttuario, o anche un rapporto di tipo obbligatorio, come nel caso del locatario, dell'affittuario, del creditore anticretico, del mezzadro o del possessore in buona fede.

Si tratta della tesi che ha ricevuto avallo da parte della più recente giurisprudenza⁶³⁵.

A questo punto, è necessario procedere alla verifica della collocazione della blastocisti nella categoria delle parti del corpo, come specie nel *genus* di *res extra commercium*.

Tale inquadramento deriva da numerose fonti: l'art. 3 § 2 CDFUE e l'art. 21 Convenzione di Oviedo che prevedono «il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro». Tali fonti vengono richiamate dalla dottrina e dalla giurisprudenza nella gestione di cellule riproduttive ed embrioni, vengono poste alla base del divieto di cessione onerosa di tali entità e vengono valorizzate per affermarne la natura di *res extra commercium*.

Sono, poi, le direttive europee in materia ad indurre l'interprete a verificare se anche l'entità embrionaria, costituisca una parte del corpo, al pari di organi, tessuti e cellule umane.

In specie, con il d.lgs. 6 novembre 2007, n. 191⁶³⁶, è stata data attuazione alla direttiva sulla donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani; nell'art. 3 del citato d.lgs. sono state inserite apposite norme definitorie, idonee a individuare le cellule ed i tessuti.

⁶³⁴ Il pensiero corre agli artt. 52,53-56, 324, 959, 984, 1021, 1148, 1615, 1635-1636, 1960, 2155, 2791 c.c.

⁶³⁵ Trib. Milano, sez. VIII penale, 31 maggio 2018, inedita, p. 100-101.

⁶³⁶ *Supra* cap. 1.

Per tessuti si intendono «tutte le parti costituenti del corpo umano formate da cellule», mentre per cellule si intendono le cellule umane singole o un insieme di cellule umane non collegate da alcuna forma di tessuto connettivo. Sicché se il tessuto è una parte del corpo, lo sono anche le sue componenti, le cellule, ivi comprese le riproduttive.

L'art. 2 d.lgs. 191/2007, però, induce a dubitare di tale conclusione. Si specifica che «alle cellule riproduttive, ai tessuti e alle cellule fetali e alle cellule staminali embrionali, si applicano le disposizioni vigenti in materia. Per la conservazione si applicano le disposizioni di cui al presente decreto in quanto compatibili» (art. 2, comma 3). Dunque, per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo e la lavorazione di questi peculiari *biomaterials* si dovrà fare riferimento alle leggi speciali in materia, tra cui la l. n. 40/2004 e il recente D.P.R. n. 131/2019, mentre per la sola conservazione è possibile fare applicazione del d.lgs. n. 191/2007.

Non si comprende, tuttavia, se il rinvio alle leggi speciali possa privare di rilevanza le definizioni generali di tessuti e cellule appena illustrate.

Si ritiene che l'art. 2, nel tratteggiare l'ambito di applicazione, abbia tenuto distinto il rinvio ad altre leggi, *ex* comma 3°, dalle esclusioni. Soccorre a questo scopo lo studio comma 4°, che enumera i casi esclusi dalla disciplina del decreto: «Il presente decreto non si applica a: a) tessuti e cellule utilizzati per un trapianto autologo nell'ambito dello stesso intervento chirurgico; b) sangue e suoi componenti secondo la definizione del decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 191, e successive modificazioni; c) organi o parti di organi, qualora la loro funzione sia quella di essere utilizzati per lo stesso scopo dell'organo intero nel corpo umani».

Conseguentemente, non appare esclusa l'applicazione del d.lgs. n. 191/2007, quantomeno per quanto concerne le disposizioni generali di cui al suo Capo I, alle cellule riproduttive e agli embrioni. Sicché le definizioni ivi contenute potranno costituire un importante ausilio per l'interprete.

Anche la giurisprudenza di merito può essere valorizzata per l'inclusione delle cellule riproduttive e la blastocisti tra le parti del corpo. Il pensiero corre ad una recente pronuncia del Tribunale di Milano⁶³⁷ in sede penale, confermata successivamente dalla Corte d'Appello⁶³⁸.

⁶³⁷ Trib. Milano, sez. VIII, 31 maggio 2018, pres. Ponti, *inedita*, 101. Il testo della citata sentenza è stato cortesemente messo a disposizione per scopi didattici dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale Ordinario di Milano.

⁶³⁸ Corte d'Appello di Milano, sez. III, 11 luglio 2019, pres. Mandrioli, *inedita*, 119 ss.

Per pervenire all'accertamento della responsabilità penale dell'imputato per il reato di rapina degli ovociti della persona offesa, il collegio ha affermato che l'ovocita, dopo l'esecuzione di una procedura di *pick up*, è una parte separata dal corpo, mentre non costituisce una parte integrante dell'organo riproduttivo.

Dice tribunale milanese, queste particolari cellule vanno distinte dagli «“organi” o delle “parti di organi”» che trovano una puntuale definizione nell'art. 2 della Convenzione di Santiago di Compostela del 25 marzo del 2015 ed una specifica protezione nell'art. 601 - *bis* c.p., introdotto dall'art. 1 l. n. 236/2016.

Il gamete, sia se espulso fisiologicamente sia se separato all'esito di un *pick up* funzionale alla fecondazione assistita, non è parte integrante dell'organo ma è da considerare autonomamente come cellula riproduttiva e, segnatamente, come parte del corpo distaccata. Ne consegue che i gameti non rientrano tra le esclusioni di cui all'art. 3, comma 4, lett. c) d.lgs. 191/2007, ma tra le parti del corpo definite dall'art. 2 del medesimo decreto.

Se queste coordinate interpretative appaiono risolutive per l'inserimento delle cellule riproduttive tra le parti del corpo, qualche dubbio sembra permanere per l'embrione.

L'embrione può essere considerato come «un insieme di cellule umane», queste ultime costituenti parti separate dall'organismo umano e specificate, nel corso della fecondazione artificiale, ad opera di un biologo. Per il tramite della specializzazione delle due entità cosali necessarie si consegue una *res* altra e diversa, non collegata ad alcun tessuto connettivo fino al momento dell'innesto in utero per l'induzione della gravidanza.

Ciononostante, il suo trattamento è eccentrico. Dall'accessione delle due entità cosali e dalla specificazione realizzata dal medico deriva una entità sottoposta al controllo di una coppia, un potere di controllo che deriva dal consenso informato al trattamento, in ragione della sua formazione per scopi terapeutici.

Si tratta di un potere di controllo che diverge dalla proprietà sotto molteplici profili. In primo luogo, la coppia esercita congiuntamente il proprio potere, ma la donna può ostacolare l'impianto e se sopravvissuta alla morte del *partner* continua a conservare il potere sulla blastocisti. Così non è per il *partner* di sesso maschile che non può procedere, se sopravvissuto alla *partner*, alla gravidanza addominale o alla surrogazione della maternità e parimenti non può ostacolare l'impianto in utero se non ha revocato il consenso prima della fecondazione dell'ovulo.

La blastocisti ha, poi, vincoli di destinazione: non è possibile la distruzione, non è possibile la modificazione genetica, non è ammessa la destinazione alla ricerca scientifica. Sono ammesse semmai la destinazione all'impianto in utero, alla diagnosi genetica preimpianto e alla crioconservazione.

Il potere è poi limitato nel tempo: la clinica deve periodicamente sollecitare gli aderenti a fornire la propria determinazione in ordine all'impiego delle cellule, il loro trasporto in altro centro autorizzato oppure l'abbandono definitivo. Il potere di controllo della coppia o del soggetto superstite sussiste fintanto che viene reiterata la propria determinazione alla conservazione del campione. Diversamente, si verifica l'abbandono dell'embrione con la rinuncia definitiva da parte dei pazienti o il mancato conseguimento di un consenso dopo almeno un anno di ricerche documentate⁶³⁹.

E allora si può azzardare l'inclusione dell'embrione nella nozione di cellule di cui all'art. 3 d.lgs. 191/2007, in cui rientrano «le cellule umane singole o un insieme di cellule umane non collegate da alcuna forma di tessuto connettivo».

Si tratta di una definizione che ben si attaglia a quelle cellule che non hanno alcuna *chance* di essere collegate ad un tessuto connettivo, come i gameti non suscettibili di alcun impiego nella fecondazione umana per il riscontro di patologie gravi, per la scarsa viabilità al trasferimento, per abbandono da parte del paziente oppure per la loro creazione *contra legem*.

La teoria appena esaminata risulta, però, essere scarsamente considerata dalla dottrina.

Anzitutto, la teoria non chiarisce quale sia il regime di tutela delle parti del corpo: dunque, chiarita la natura appare ancora controverso se la "appartenenza" della parte determini una tutela proprietaria o personalistica, alla stregua del diritto all'autodeterminazione terapeutica.

In specie, non è chiaro se l'utilizzazione non autorizzata della parte del corpo, e segnatamente delle cellule riproduttive specializzate o meno, consenta alla parte di agire

⁶³⁹ A norma dell'art. 2 del D.M. 4 agosto 2004 recante le Linee guida per la procreazione medicalmente assistita, tutte le *paillettes* di embrioni abbandonati devono essere trasferite presso la Biobanca Nazionale con sede a Milano, con oneri a carico di quest'ultima, dunque a carico dello Stato, e non più a carico delle cliniche autorizzate: «Gli embrioni definiti in stato di abbandono sono, invece, trasferiti dai centri di procreazione medicalmente assistita unicamente alla Biobanca Nazionale situata presso il Centro trasfusionale e di immunologia dei trapianti dell'Istituto di ricovero e cura a carattere scientifico "Ospedale Maggiore" di Milano». Sede in cui sono stati pure trasferiti gli embrioni confiscati all'esito di un recente procedimento penale per l'inedita applicazione del reato di rapina degli oociti della persona offesa. Così Trib. Milano, sez. VIII, 31 maggio 2018, cit., p. 128.

per la retroversione dei profitti illegittimamente lucrati oppure si debba ritenere ammissibile unicamente il *droit de défense*, ossia l'azione risarcitoria, subordinata all'onere probatorio del coefficiente psicologico del dolo o della colpa⁶⁴⁰.

Più che di proprietà in senso tradizionale e codicistico, monolitica e incapace di riflettere la funzione⁶⁴¹, si può constatare l'emersione di una "nuova proprietà", una vicenda assimilabile per alcuni aspetti all'amministrazione c.d. *stewardship* o a quella del *trust*, in cui la clinica esercita le funzioni di *trustee*, il donatore conferisce, in qualità di *settlor*, le proprie cellule, le quali vengono gestite nell'interesse dei beneficiari, ossia della coppia aderente alle tecniche di P.M.A. Opzione, questa compatibile, con la revocabilità del consenso e con la invocata elaborazione di una c.d. «proprietà corporale»⁶⁴².

Si aggiunga poi che la teoria che inquadra trasversalmente le cellule e le blastocisti tra le parti del corpo non valorizza il diverso regime riservato a seconda del contesto⁶⁴³: non si distingue l'embrione abbandonato da quello ancora sottoposto al controllo dei pazienti committenti, così come è privo di rilievo il diverso trattamento dell'embrione in vivo da quello crio-preserved in vitro oppure l'embrione conseguito in violazione dei protocolli di sicurezza o contro le previsioni contenute nella l. n. 40/2004.

6. La tesi processuale⁶⁴⁴: l'applicazione del metodo della innovazione.

⁶⁴⁰ Trib. Napoli, 14 gennaio 2005, cit., p. 300, con nota di C. Ghionni, *Le parti separate dal corpo umano tra proprietà e diritto alla salute*. L'A. rigetta nitidamente la qualificazione in termini dominicali della porzione di tessuto conservato in paraffina per la peculiarità della parte del corpo separata e per le ragioni della conservazione. Difatti nella pronuncia la restituzione del campione non avviene in ragione della appartenenza bensì in virtù degli artt. 2 e 32 cost., in ragione del diritto alla corretta informazione sul proprio stato di salute.

⁶⁴¹ G. Resta, *op. ult. cit.*, p. 819.

⁶⁴² P. Zatti, *op. ult. cit.*, p. 132.

⁶⁴³ P. Zatti, *La sperimentazione sull'embrione: una prospettiva giuridica*, in *Bioetica. Riv. interdisc.*, 1993, p. 65; C. Piciocchi, *La procreazione medicalmente assistita tra biologia e volizione nella sentenza n. 84 del 2016 della Corte costituzionale*, in *Studium iuris*, 2016, 12, p. 1437-1445; P. Tincani, *La legge 40 e la civiltà giuridica*, in *Aa.Vv.*, *La procreazione assistita, dieci anni dopo. Evoluzioni e nuove sfide*, cit., p. 49.

⁶⁴⁴ Si segnala che l'aggettivo "processuale", selezionato per individuare la teoria esaminanda, non fa riferimento al processo, quale sede di accertamento e di attuazione dei diritti. Diversamente, l'aggettivo è stato scelto poiché si riferisce al processo evolutivo che precede la nascita, caratterizzato da diversi segmenti temporali, contesti applicativi delle cellule e degli embrioni, nonché differenziate discipline applicabili. Non solo, in quanto il termine è impiegato al fine di contrapporre la teoria processuale alle teorie fondate sulla continuità biologica e genetica: *Infra* cap. 2 § 3 ss. La tesi è stata così denominata, in aggiunta, perché si colloca all'interno del più ampio orientamento c.d. gradualista, inaugurato in passato, durante la discussione per la introduzione di una disciplina per gli embrioni umani. Il gradualismo è stato per lungo tempo minoritario, specie con l'entrata in vigore della l. 19 febbraio 2004, n. 40: *Supra* cap. 1 § 2. Siffatta corrente ha riacquisito nuovamente attualità all'esito dell'erosione pretoria della legge, della menzionata "fuga dalla legge 40" ed in considerazione di un quadro normativo letto in chiave sistematica ed evolutiva. In questo senso si pongono, pure, alcune teorie elaborate in altri ordinamenti, quali le teorie di S. Harmon, G. Laurie, C. McMillan (*infra* cap. 3), nel solco del gradualismo, contrapposto al c.d. funzionalismo tuziorista: così M. Gorgoni, *La distruzione accidentale di embrioni da annidare: ciò che la sentenza non dice*, in *Resp. civ.*,

«La continuità non si presta facilmente, sul piano logico, ad essere tradotta in stati discreti, ma nel terreno pratico che il diritto, vincolato ai suoi limiti e bisognoso di limitazioni, tenta di ordinare, una separazione convenzionale può trovare sia ragione che misura, proporzione, giustificazione nella storia del corpo umano nascente»⁶⁴⁵.

Riscontrata l'incompatibilità delle categorie tradizionali ed evidenziata la tutela processuale in numerosi plessi dell'ordinamento, l'interprete più attento è chiamato a seguire il metodo della innovazione⁶⁴⁶, a perseguire un «diritto faticoso, che non allontana da sé la vita, ma cerca di penetrarvi; che non fissa una regola immutabile, ma disegna una procedura»⁶⁴⁷.

Per questa ragione, si propone lo studio e l'elaborazione dogmatica della teoria processuale, ossia di un'opzione esegetica in accordo con la quale il trattamento giuridico dell'entità cellulare diverge per fasi, per contesti applicativi, per segmenti temporali prestabiliti dalla legge.

A seconda dei casi, è possibile distinguere le regole applicabili, poiché diverso è il trattamento che l'ordinamento riserva all'embrione viabile all'impianto rispetto a quello cui è preclusa l'applicazione in un procedimento di fecondazione artificiale, all'embrione prodotto in vivo rispetto a quello conseguito in vitro e che deve essere necessariamente sottoposto a crioconservazione, all'embrione in attesa di impianto rispetto all'embrione residuale abbandonato o all'embrione prodotto in conformità delle disposizioni normative o all'embrione "prodotto del reato" oppure conseguito mediante la violazione dei protocolli di sicurezza.

Diversa è la fase o il contesto diversa è la disciplina relativa alla destinazione della cellula, alla revoca del consenso informato all'impiego, alla sepoltura, all'applicazione delle regole codicistiche previste in materia di donazione o di successioni mortis causa; diverso è pure il titolare del potere di controllo sulla blastocisti.

prev., 2013, 4, p. 1242 ss., § 4 e ss. Infine, il lemma è stato individuato in ragione del suo significato nella lingua italiana: processo s. m. [dal lat. processus -us, propr. «avanzamento, progresso», der. di procedere «procedere». Il significato giuridico di processo come accertamento e attuazione dei diritti deriva, invece, dal latino medievale (ellissi di processus iudici «svolgimento del giudizio»); diversamente, in questa sede, si allude al suo significato generale come svolgimento, sviluppo, successione di fenomeni che presenti una certa unità o si svolga in modo omogeneo e regolare.

⁶⁴⁵ P. Zatti, *Questioni della vita nascente*, cit., p. 1321.

⁶⁴⁶ G. Alpa, *Introduzione*, cit., p. 6 ss.

⁶⁴⁷ S. Rodotà, *Dal soggetto alla persona. Trasformazioni di una categoria giuridica*, in *Fil. pol.*, 2007, 3, p. 375.

In accordo con questa tesi, va rifiutata l'idea di un unico *status* per i diversi segmenti che compongono la vita nascente ed accordata rilevanza a distinti statuti giuridici delle cellule riproduttive e degli embrioni.

Vari sono gli argomenti a supporto della tesi che si va illustrando: la processualità è insita nel diritto civile, poiché già nella codificazione del 1942 si offre un angolo prospettico al giurista di non scarso rilievo nella distinzione tra *infans conceptus* e *concepturus*.

Non solo, in quanto le numerose leggi speciali e di settore disseminano nell'ordinamento tracce della processualità: basterà pensare alle diverse disposizioni sulla sepoltura che fanno riferimento al prodotto del concepimento, alle distinte normative sulla contraccezione d'emergenza, della pillola abortiva e della interruzione volontaria di gravidanza, oltre che alla differente tassazione sulle successioni e donazioni in favore di concepito e concepturo.

La teoria processuale trae conforto anche dallo studio del diritto penale⁶⁴⁸, tanto nei delitti quanto nelle pene. In particolare, la protezione del bene vita si fa graduale nel codice Rocco, nella legge sulla interruzione volontaria della gravidanza, nelle disposizioni sanzionatorie annoverate nella l. n. 40/2004; in diverso modo si atteggia il dovere di intervento del medico a salvaguardia della vita nascente, fino ad incontrare un divieto di accanimento terapeutico fino alla ventiquattresima settimana.

Si badi, però, la processualità non è una assoluta novità nello studio della materia: autorevoli voci della dottrina civilistica italiana⁶⁴⁹ hanno aderito ad un approccio gradualista⁶⁵⁰. Il gradualismo, contrapposto al funzionalismo tuziorista⁶⁵¹ e alle teorie in vario modo adesive all'argomento della continuità biologica, accorda rilevanza alle diverse fasi e ai diversi contesti in cui versa la vita nascente. Queste diverse situazioni in cui versa la cellula richiedono un differente trattamento giuridico delle cellule, per non eludere le peculiarità e le diverse applicazioni di tali entità.

⁶⁴⁸ M. Zanchetti, *op. ult. cit.*, p. 1754; T. Padovani, *sub art. 19*, in *Commentario alla legge 22 maggio 1978 n. 194*, C.M. Bianca-F.D. Busnelli (a cura di), in *NGCC*, 1978, 6, p. 1709 ss.

⁶⁴⁹ G. Alpa, *op. ult. cit.*, p. 6.

⁶⁵⁰ Per la contrapposizione tra gradualismo e funzionalismo tuziorista, cfr. M. Gorgoni, *La distruzione accidentale di embrioni da annidare: ciò che la sentenza non dice*, in *Resp. civ., prev.*, 2013, 4, p. 1242 ss., § 4 e ss.

⁶⁵¹ M. Gorgoni, *op. cit.*, § 4.

Il gradualismo⁶⁵² ha ricevuto adesione già in epoca antecedente alla introduzione della l. n. 40/2004 e prima del consolidamento dell'orientamento giurisprudenziale attorno alla natura giuridica del concepito.

Varie sono state, per vero, le declinazioni di questo approccio. In particolare, secondo alcuni è necessario distinguere tra l'embrione in vitro, l'embrione soprannumerario e l'embrione impiantato⁶⁵³, tra l'embrione sano e l'embrione affetto da patologie gravi riscontrate da diagnosi preimpianto; secondo altri, invece, è necessario considerare il contesto di applicazione delle cellule⁶⁵⁴.

Queste tesi – come è noto - non hanno ricevuto adesione nel dettato normativo successivamente adottato. Tuttavia, si ripropongono oggi, con innegabile attualità, all'esito della progressiva erosione dell'impianto normativo ad opera della Consulta e della mutazione genetica subita dalla legge, venuti meno gli innumerevoli divieti "a presidio" dell'embrione. Ecco perché si propone oggi, nel solco del gradualismo, la teoria processuale, atta ad evidenziare nel dettato normativo le fasi del processo che coinvolge la blastocisti e le regole applicabili a seconda del segmento e del contesto.

6.1. L'argomento privatistico.

Nella disamina che precede sono state evidenziate molteplici norme a fondamento della processualità ordinamentale.

Il primo esempio è rappresentato dal gruppo di disposizioni codicistiche, solo sommariamente illustrate, che riserva un diverso trattamento alle due entità individuate dalla dogmatica sotto il nome di concepturo e concepito.

L'art. 320 c.c. attribuisce la rappresentanza in tutti gli atti civili e l'amministrazione dei beni ai genitori congiuntamente oppure a chi esercita la responsabilità genitoriale in via esclusiva. Il potere può essere esercitato tanto con riferimento al figlio nato quanto in

⁶⁵² Questa impostazione ha contraddistinto in particolar modo il pensiero di Stefano Rodotà, cfr. S. Rodotà, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007, p. 24 ss.

⁶⁵³ S. Rodotà, *Problemi posti dalla tutela giuridica dell'embrione in una società pluralista*, in Aa.Vv., *Quale statuto per l'embrione umano? Problemi e prospettive*, Milano, 1992, p. 129.

⁶⁵⁴ P. Zatti, *Principi e forme del "governo del corpo"*, cit., p. 99 ss.; id., *Questioni della vita nascente*, cit., p. 1307 ss.

favore del concepito, rientra nell'ufficio della responsabilità genitoriale e perdura fino alla maggiore età o cessa anticipatamente con l'emancipazione.

La disposizione non trova applicazione al concepturo, ossia all'embrione *extra uterum*: oltre che nel codice, pure volgendo lo sguardo alla l. n. 40/2004 si appura la mancanza di una norma dedicata specificamente a tale segmento della vita umana nascente.

Oltre che negare l'estensione analogica di siffatta norma in quanto di natura eccezionale, dunque di stretta interpretazione, si può pure ritenere che un simile potere sia inutile per una entità cosale conservata in azoto liquido, mentre la disposizione conserva rilievo laddove l'evento della nascita sia distante pochi mesi.

Ancora, un simile potere appare ultroneo se ricollegato ad un'altra disposizione che rievoca la distinzione tra concepito e concepturo. Si fa riferimento all'art. 784 c.c., dedicato alla donazione ai nati e ai concepturi.

La norma rileva qui per vari profili.

Anzitutto, il comma 2° opera un rinvio espresso all'art. 320 c.c., appena illustrato, per attribuire il potere di accettazione della donazione ai futuri genitori del concepturo. Un rinvio, questo, limitato esclusivamente al potere di accettazione e non anche ai poteri generali di rappresentanza e amministrazione dei beni. Si legge infatti: «l'accettazione della donazione a favore di nati, benché non concepti, è regolata dalle disposizioni degli articoli 320 e 321». Simili considerazioni valgono per l'art. 643 c.c. in punto di amministrazione dei beni da parte dell'erede o del sostituto e non da parte del futuro genitore, allorquando i beni vengono destinati al concepturo⁶⁵⁵.

In secondo luogo, il rinvio sarebbe inutile se l'art. 320 c.c. trovasse applicazione in via trasversale e assoluta a tutta la vita nascente e cioè laddove si confondessero nato e concepturo.

Successivamente, si evidenzia come il comma 3° dell'art. 784 c.c. operi una distinzione nella disciplina dei frutti della cosa donata⁶⁵⁶: questi sono attribuiti al donatario se concepito, mentre confluiscono nel patrimonio del donante se il beneficiario della donazione è il concepturo. Non solo, in quanto la riserva a favore del donante perdura oltre il concepimento, sino al momento della nascita del donatario.

⁶⁵⁵ G. Oppo, *Note sull'istituzione dei non concepti*, cit., p. 72 ss.; id., *L'inizio della vita umana*, cit., p. 501 ss.

⁶⁵⁶ G. Oppo, *op. ult. cit.*, p. 66.

In questo modo, il legislatore codicistico ha evitato l'apposizione di vincoli di destinazione *sine die* a detrimento della circolazione della ricchezza e della garanzia dei creditori, prendendo atto della notevole differenza che passa tra il nascituro e il non ancora concepito.

E allora è possibile chiudere il cerchio: il potere di amministrazione dell'esercente la responsabilità genitoriale sulle situazioni giuridiche del concepturo non trova ragion d'essere e l'ordinamento guarda con sfavore all'attribuzione di situazioni giuridiche soggettive ad una entità eventuale sottoposta a così tante condizioni future e incerte antecedenti alla nascita⁶⁵⁷. Si è resa necessaria una disposizione eccezionale *ad hoc*, come l'art. 784 c.c., per consentire la donazione al concepturo e riservare al futuro genitore qualche potere.

Ci si concentri ora sulla disciplina successoria.

L'art. 462 c.c., centro tolemaico del dibattito sulla soggettività dell'embrione, individua tra coloro che sono capaci di succedere⁶⁵⁸ i soli nati e i concepiti al tempo dell'apertura della successione, non anche i concepturi, ben lontani dall'utero materno⁶⁵⁹.

Il rilievo di questa disposizione per la teoria processuale non si esaurisce nella precisa individuazione dei destinatari, tra cui non figura l'embrione extra-uterino, ma nella presunzione di cui al capoverso. Il comma 2°, infatti, afferma che si presume concepito al momento della apertura della successione la persona nata entro trecento giorni dalla morte del *de cuius*.

La disposizione in esame rievoca la presunzione di concepimento⁶⁶⁰ di cui all'art. 232 c.c., alla stregua della quale si presume concepito durante il matrimonio il nato nel termine di trecento giorni dalla data dello scioglimento, annullamento e cessazione degli effetti civili del matrimonio, salvo prova contraria. Si fa riferimento alla durata media di una gravidanza umana.

Intervenuta la nascita dopo i trecento giorni, i coniugi e gli eredi possono provare il concepimento del figlio in costanza di matrimonio, ai sensi dell'art. 234 c.c.

Queste norme non hanno nulla a che fare con l'embrione extrauterino prodotto con una fecondazione artificiale: il termine appare oltremodo breve, il test genetico non può

⁶⁵⁷ G. Alpa-A. Ansaldo, *Le persone fisiche*, cit., p. 254.

⁶⁵⁸ L. Coviello, voce *Capacità di succedere a causa di morte*, cit., p. 54 ss.; C.M. Bianca, *Diritto civile*, cit., p. 478 ss.

⁶⁵⁹ G. Bonilini, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, cit., p. 890 ss.

⁶⁶⁰ A. Aprile-P. Benciolini, *Gravidanza, parto, nascita: questioni medico-legali nell'ottica del biodiritto*, in Aa.Vv., *Il governo del corpo. Trattato di Biodiritto*, cit., p. 1772.

soccorrere in caso di fecondazione artificiale posto che si ricorre frequentemente a gameti di soggetti terzi, ma, e soprattutto, la l. n. 40/2004 fonda la genitorialità sul consenso informato espresso dai pazienti dei trattamenti di P.M.A. e, dunque, sulla genitorialità intenzionale.

Volendo, allora, trarre l'abbrivio dalle presunzioni impiegate dal codice del 1942, il concepito è l'entità embrionaria durante la fase di gestazione della durata di nove mesi nel ventre materno, mentre è concepturo l'embrione, che non ha ancora avuto adesione nelle pareti uterine, e che trova una disciplina, per quanto lacunosa, nella l. n. 40/2004.

Maggiore attenzione merita la disciplina del riconoscimento.

Il codice civile consente il riconoscimento prenatale del figlio nato fuori dal matrimonio, a norma dell'art. 254 c.c.⁶⁶¹, mediante una dichiarazione all'ufficiale dello stato civile o con atto pubblico oppure, ancora, mediante testamento.

L'embrione impiantato, considerato concepito alla stregua delle disposizioni codicistiche, è soggetto al riconoscimento del genitore, si determina lo *status* giuridico di figlio⁶⁶², ma non solo in quanto si riconosce anche alla madre il potere di agire, anche prima della nascita, con l'azione tesa alla dichiarazione giudiziale della paternità.

Laddove non bastassero le disposizioni appena esaminate per distinguere il concepito dal concepturo, si ricorda che la legge 40 prevede una disciplina specifica sul punto. In specie, è il consenso informato degli aderenti alle procedure di P.M.A. a fondare il rapporto parentale con il figlio, senza ricorrere a presunzioni e legami genetici.

La fecondazione artificiale è poi applicabile ai conviventi *more uxorio* legati da un rapporto affettivo stabile, sicché non occorre il matrimonio tra i soggetti né tantomeno il riconoscimento del figlio, anzi dopo la fecondazione dell'ovulo non si ammette revoca o disconoscimento del figlio. Il legislatore del 2004 è intervenuto in questo frangente per evitare che la revoca del consenso al trattamento da parte di uno dei pazienti potesse provocare un vuoto di tutela, proprio perché l'art. 254 c.c. non trova applicazione prima del concepimento e, dunque, al concepturo nella fase antecedente al trasferimento uterino.

E allora non solo il codice civile abbraccia la processualità ma così fa pure la l. n. 40/2004, esaminata in controluce, all'esito delle numerose pronunce della Consulta, e

⁶⁶¹ S. Patti, *Diritto privato*, cit., p. 80.

⁶⁶² C.M. Bianca, *Diritto civile. La famiglia*, cit., p. 401.

restituisce all'interprete una tutela graduale, processuale, progressiva della vita umana nascente.

Le disposizioni civili appena esaminate non esauriscono la prospettiva processuale dell'ordinamento.

Infatti, si può trarre argomento anche dalla generale disciplina della capacità di agire⁶⁶³: la persona fisica non viene ad esistenza già provvista della maturità sufficiente per agire in via responsabile e decidere dei propri interessi, occorre attendere al conseguimento di una maturità sociale. Questo traguardo solitamente varia per ogni individuo, tuttavia il legislatore «fissa un termine unico»⁶⁶⁴: con il compimento del diciottesimo anno di età il soggetto dismette i panni di incapace legale, a prescindere dalla sua effettiva maturità, e consegue la piena capacità di agire.

Dunque, prima della maggiore età convenzionalmente si ritiene che il minore sia incapace negoziale, incapace di stare in giudizio, incapace di compiere e ricevere atti giuridici leciti potenzialmente pregiudizievoli. Prima della maggiore età l'ordinamento limita l'autonomia del minore a prescindere dalla sua effettiva maturità con una funzione protettiva, a tutela di una persona fisica di cui si presume la condizione di peculiare vulnerabilità. Una limitazione che deriva dal diritto romano⁶⁶⁵ che nello *ius civile* già proteggeva in modo non dissimile gli *impuberes*.

Solo in via eccezionale al minore sono riservati spazi di autonomia⁶⁶⁶: in specie, l'ordinamento consente al minore di compiere atti di micro-contrattualità, senza richiedere l'autorizzazione da parte dei genitori, oppure facoltizza il compimento di atti giuridicamente rilevanti, come l'esercizio di diritti e di azioni che dipendono dal rapporto di lavoro oppure atti espressivi di scelte di carattere personale, come accade per l'iscrizione ad un partito politico oppure ad un sindacato e più in generale quegli atti negoziali con cui il minore esercita le proprie libertà fondamentali e partecipa alla vita di relazione secondo le esigenze della sua personalità.

Nessuno dubita che si tratti di un essere umano, parimenti non si dubita che si tratti di persona fisica, tuttavia l'ordinamento è chiamato a sezionare la realtà fenomenica

⁶⁶³ A. Belvedere, *Minore età. Diritto privato e processuale*, in *Dig. disc. priv.*, V, Torino, 1984, p. 53 ss.; C. Ruperto, voce *Età*, in *Enc. dir.*, 1967, 15, p. 85 ss.

⁶⁶⁴ C.M. Bianca, *Diritto civile. La famiglia*, cit., p. 253.

⁶⁶⁵ M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 156 ss.

⁶⁶⁶ Per una disamina sul punto, cfr. C.M. Bianca, *Diritto civile. La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 2002, p. 236 ss.; A. Belvedere-M. De Cristofaro, *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, Milano, 1980, F. Giardina, *La condizione giuridica del minore*, Napoli, 1984.

per provvedere ad una formalizzazione delle tutele occorrenti. Ancora una volta appare profetico e trasversale il pensiero di Paolo Zatti: «nel terreno pratico che il diritto, vincolato ai suoi limiti e bisognoso di limitazioni, tenta di ordinare, una separazione convenzionale può trovare sia ragione che misura, proporzione, giustificazione nella storia del corpo»⁶⁶⁷.

Ulteriore gruppo di norme rilevanti va individuato nella disciplina della filiazione: l'ordinamento, specie all'esito della riforma occorsa nel 2012, provvede ad uno statuto del figlio, cui sono ricollegati «diritti e obblighi verso il genitore a tutela di una essenziale esigenza di solidarietà della persona»⁶⁶⁸.

A norma dell'art. 315-*bis* c.c. il figlio ha diritto al mantenimento, all'educazione, all'istruzione, all'assistenza morale, all'ascolto e alla crescita nella propria famiglia. Diritti, questi, che «tutelano interessi essenziali della persona nel tempo della sua crescita e della sua formazione»⁶⁶⁹.

6.2. L'argomento pubblicistico: l'emersione di nozioni giuridiche, di fasi temporali e di tutele ordinamentali gradualali nel processo caratterizzante la vita nascente.

Nel corso della disamina della teoria dell'embrione come concepito e come soggetto di diritto sono state valorizzate una serie di disposizioni normative, apparentemente prive di connessioni, quali la disciplina della sepoltura, le regole sulla contraccezione d'emergenza e sull'aborto farmacologico. Si tratta, infatti, di fonti normative scarsamente⁶⁷⁰ valorizzate da parte degli interpreti per la costruzione di uno statuto giuridico dell'embrione eppure la loro sovrapposizione produce in controtela una immagine nitidamente processuale della vita nascente. In queste fonti, anzi, il legislatore

⁶⁶⁷ P. Zatti, *op. ult. cit.*, p. 1321.

⁶⁶⁸ C.M. Bianca, *op. ult. cit.*, p. 359.

⁶⁶⁹ C.M. Bianca, *op. ult. cit.*, p. 363.

⁶⁷⁰ Per la valorizzazione della contraccezione di emergenza si veda F. Gazzoni, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito*, cit., p. 168 ss.; la valorizzazione della disciplina della sepoltura con riferimento alle epoche della gestazione, cfr. A. Aprile-P. Benciolini, *op. cit.*, p. 1769 ss.

ha individuato precisi segmenti temporali e nozioni distinte che differenziano il trattamento giuridico della blastocisti.

Si inizi la rassegna con la sepoltura.

Il citato D.P.R. n. 285/1990 reca il Regolamento di Polizia mortuaria, nel quale l'età della gravidanza⁶⁷¹ diviene il discrimine tra l'obbligo e le facoltà di sepoltura.

La disciplina stabilisce diverse regole per la sepoltura dei prodotti del concepimento, dei prodotti abortivi e, infine, dei feti. Si tratta, per vero, di nozioni mai impiegate dal legislatore, tuttavia il regolamento individua termini precisi per perimetrare ciascun concetto e, a ben vedere, questi rievocano altri segmenti temporali in uso in ben note fonti normative.

Sicché attraverso queste inedite locuzioni è possibile allineare i concetti già in uso in altre discipline vigenti e si comprende come l'ordinamento già rechi in sé un trattamento diviso per fasi di quel procedimento sintetizzato nell'espressione vita nascente.

Il primo concetto è il prodotto del concepimento, questo individua l'embrione annidato in utero fino alla ventesima settimana di gestazione dal momento della fecondazione. Il prodotto del concepimento non deve essere sepolto, secondo le modalità prescritte dal regolamento, semmai sono coloro che sarebbero dovuti diventare genitori a poter richiedere la sepoltura. Dunque, la sepoltura è facoltativa e condizionata alla richiesta degli aventi diritto.

Successivamente vengono citati i prodotti abortivi ossia l'embrione intrauterino di età gestazionale tra la ventesima e la ventottesima settimana, il quale viene espulso all'esito della interruzione della gravidanza. In tal caso è previsto un obbligo di sepoltura, che non richiede una istanza da parte di coloro che sarebbero dovuti diventare genitori, anzi la sepoltura può avere luogo contro la volontà di questi ultimi.

La disposizione non fa distinzione alcuna tra interruzione volontaria della gravidanza successiva al terzo mese e aborto procurato contro il consenso della gestante, sicché si ritiene che la norma trovi applicazione in entrambi i casi.

E allora si comprende pure che per cc.dd. prodotti abortivi il legislatore non intende indicare tutti gli embrioni impiantati ed espulsi all'esito di una interruzione volontaria della gravidanza, ma solo quelli tra la ventesima e ventottesima settimana.

⁶⁷¹ A. Aprile-P. Benciolini, *op. cit.*, p. 1773.

Superata la ventottesima settimana, e dunque a partire dal sesto mese, il legislatore abbandona il termine prodotto abortivo in luogo del lemma feto.

Il regolamento di Polizia mortuaria appena illustrato rievoca alcuni segmenti temporali già impiegati *aliunde* dal legislatore: il pensiero corre ai termini di trecento e di centottanta giorni di cui agli artt. 232 e ss. c.c.⁶⁷²; in secondo luogo, si richiama il termine in cui viene meno l'obbligo di rianimazione⁶⁷³ del nato prematuro e sorge il divieto di accanimento terapeutico in capo al medico.

Sicché si discute di un prodotto del concepimento al centottantesimo giorno o alla ventesima settimana, ci si riferisce al prodotto abortivo tra la ventesima e la ventottesima settimana e solo successivamente al feto. La disciplina rievoca la concezione di Giorgio Oppo, il quale distingueva tra l'entità embrionaria ed il feto⁶⁷⁴.

Dunque, è l'ordinamento stesso a smentire il dogma della continuità illustrato in precedenza e è il legislatore ad operare una selezione delle soglie temporali giuridicamente rilevanti. La processualità non è imposta dall'interprete e non costituisce un pretesto per la mercificazione o reificazione degli embrioni e dei tessuti fetali, diversamente è già parte integrante del sistema, il quale merita di essere letto in modo organico e sistematico.

A questo punto si devono collegare le nozioni ed i termini appena illustrati ad altre discipline.

Nel 2000 è stata deliberata la commercializzazione di un noto farmaco contenente un ormone sintetico (*levonorgestrel*), teso ad agire sulla mucosa endometriale per ostacolare l'annidamento dell'embrione alle pareti uterine. Si tratta della contraccezione d'emergenza, volgarmente nota come la "pillola del giorno dopo"⁶⁷⁵.

Attualmente, il farmaco può essere assunto anche oltre le settantadue ore dalla inseminazione ovverosia fino a cinque giorni, senza la necessità di prescrizione medica, senza il riscontro della gravidanza in atto.

Il tema rileva per due aspetti.

⁶⁷² A. Aprile-P. Benciolini, *op. cit.*, p. 1772.

⁶⁷³ M. Zanchetti, *op. cit.*, p. 1754.

⁶⁷⁴ G. Oppo, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, p. 499.

⁶⁷⁵ B. Pezzini, *op. cit.*, p. 1680 ss.

Anzitutto, la contraccezione d'emergenza va tenuta distinta dalla interruzione di gravidanza: l'ormone impedisce proprio l'avvio della gravidanza, difatti secondo taluno si dovrebbe più propriamente discutere di contra-gestazione⁶⁷⁶.

Ad ogni modo, la distinzione tra contraccezione d'emergenza e interruzione volontaria è stata evidenziata dal TAR Lazio nel 2001⁶⁷⁷ che ha escluso il contrasto delle delibere dell'AIFA per la commercializzazione del farmaco con la l. n. 194/1978.

Il dato evidenzia una differenza tra i contesti in cui versa l'embrione ed il conseguente diverso trattamento ad esso riservato. Particolare attenzione viene fornita all'annidamento in utero.

Il secondo aspetto di rilievo è di tipo temporale: l'ormone può essere assunto, senza prescrizione, anche da parte di minorenni, senza ricovero, senza spazi per l'obiezione di coscienza, fino a cinque giorni dalla inseminazione. Dunque, si discorre di contraccezione fino al quinto giorno, successivamente si discute di interruzione volontaria della gestazione.

Dopo il quinto giorno è inibita l'assunzione dell'ormone ostativo alla gravidanza, mentre è ammessa la somministrazione del mifepristone, ossia del farmaco RU486 con cui è possibile conseguire l'aborto farmacologico⁶⁷⁸. Farmaco autorizzato in commercio a partire dal 2009⁶⁷⁹ e che soggiace alle regole della l. n. 194/1978 sulla interruzione volontaria della gravidanza.

Coerentemente, questo diverso medicinale è soggetto a prescrizione medica limitativa, risulta utilizzabile esclusivamente in ambiente ospedaliero in *day hospital* o in strutture assimilabili, comprese le strutture identificate all'art. 8 della l. n. 194/1978 e, infine, secondo quanto deliberato dall'AIFA, può essere prescritto fino alla nona settimana⁶⁸⁰.

Quanto appena evidenziato smentisce – ancora e con più vigore – l'argomento della continuità ed il suo supposto fondamento nell'ordinamento: l'ordinamento distingue le

⁶⁷⁶ B. Pezzini, *op.cit.*, p. 1681, n. 73.

⁶⁷⁷ TAR Lazio, 12 ottobre 2001, n. 8465, in *Giust. civ.*, 2002, 1, p. 2977.

⁶⁷⁸ B. Pezzini, *op.cit.*, p. 1682 ss.

⁶⁷⁹ Agenzia Italia del Farmaco, Delibera di autorizzazione all'immissione in commercio del farmaco mifepristone (Mifegyne), nel dosaggio da 200 mg (A.I.C. n. 038704019 e A.I.C. n. 038704021) a seguito della conclusione positiva della procedura europea n. FR/H/137/01/E002 in GG.UU., 9 dicembre 2009, n. 286.

⁶⁸⁰ Agenzia Italiana del Farmaco, Modifica delle modalità di impiego del medicinale per uso umano «Mifegyne» a base di mifepristone (RU486), Determina 12 agosto 2020, n. 865 (20A04486), in GG.UU. 14 agosto 2020, n. 203. In ragione della necessità di smaltimento delle scorte, la determina ha modificato il precedente termine pari alla settima settimana portandolo alla nona settimana.

fasi della vita nascente, individuando termini entro cui è ammesso un diverso trattamento dell'embrione a seconda dell'età gestazionale.

Zigote e morula possono essere espulsi fino al quinto giorno con la contraccezione d'emergenza. La blastocisti annidata può essere rimossa con aborto farmacologico o tradizionale sino al sessantatreesimo giorno; successivamente si ammette solo l'interruzione volontaria della gravidanza nelle condizioni di legge. Tuttavia, fino alla ventesima settimana non è imposta la sepoltura, è solo a partire da questo momento che la sepoltura diviene obbligatoria e si individua l'obbligo di rianimazione da parte del medico, poi a decorrere dalla ventottesima settimana, ossia attorno al settimo mese di gestazione, la legge individua il feto.

Portato all'ordine il mosaico frammentato di discipline dedicate alla vita nascente si scorge che l'ordinamento accoglie già una tutela processuale della entità oggetto della presente disamina.

Occorre procedere oltre.

Lo studio della natura giuridica dell'embrione, entro le corroborate e monolitiche categorie di cosa e persona, è tradizionalmente condotto volgendo lo sguardo alle fattispecie penale poste a presidio del bene giuridico della vita. Tuttavia, è stato sostenuto che proprio lo «studio della tutela penale che l'ordinamento italiano appresta a difesa del concepito rileva una sorta di progressività»⁶⁸¹.

Seguendo la scansione temporale, entro cui è possibile la configurazione dei reati "di settore", si annoverano la soppressione embrionaria, il procurato aborto⁶⁸², l'infanticidio e, infine, l'omicidio.

La soppressione embrionaria, spesso indicata con l'appellativo di embrionicidio⁶⁸³, è punita dall'art. 14, comma 1° e 6°, con la reclusione fino a tre anni e la multa, e va riferita alla condotta lesiva dell'embrione *extra uterum*, prima dell'impianto e della eventuale gravidanza.

È bene, però, che l'interprete si impegni un'*actio finium regundorum*, in quanto lo spazio applicativo della soppressione appare assai ridotto.

⁶⁸¹ M. Zanchetti, *Dovere di soccorso nel parto prematuro e nell'interruzione di gravidanza*, cit., p. 1754.

⁶⁸² M. Zanchetti, *Interruzione della gravidanza: profili penalistici*, cit., p.1689.

⁶⁸³ A. Vallini, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino, 2012, p. 5 ss.

Da un lato, la clausola di sussidiarietà espressa fa salvi i casi previsti e consentiti dalla l. n. 194/1978, sicché non rileva la soppressione embrionaria realizzata mediante contraccezione d'emergenza e, parimenti, mediante aborto tradizionale o farmaceutico.

Dall'altro, si ritiene esclusa dal perimetro sanzionatorio tracciato dalla soppressione embrionaria pure – a talune condizioni – la riduzione embrionaria di gravidanze plurime⁶⁸⁴. In altri termini, quando si palesi una grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della paziente non prevedibile al momento della fecondazione o quando si palesi un pericolo per la salute psico-fisica della medesima, non è possibile procedere coattivamente all'*embryo-transfer* con conseguente possibilità di perdita di viabilità delle blastocisti.

Tra questi due casi riduttivi dello spazio punitivo dell'embrionicidio, la Corte costituzionale ne ha individuato un terzo⁶⁸⁵, attraverso l'interpretazione costituzionalmente orientata del dettato normativo: l'indagine genetica pre-impiantato. La procedura citata viene «normalmente effettuata nel terzo giorno successivo (da 62 a 64 ore dopo) alla penetrazione dello spermatozoo nell'oocita, quando nell'embrione sono presenti da sei a otto cellule: il primo atto dell'indagine consiste nell'asportazione di una o due cellule (blastomeri), un'operazione che comporta qualche pericolo per il futuro sviluppo dell'embrione»⁶⁸⁶.

Si tratta di una tecnica che non collide con il divieto di selezione a scopo eugenetico, in quanto si tratta di uno strumento diagnostico con finalità conoscitive dello stato di salute, neutrale rispetto al successivo impiego della blastocisti affetta da mutazioni⁶⁸⁷.

A queste considerazioni deve sommarsi pure una osservazione ulteriore: l'eventuale soppressione per lo studio e la ricerca sull'embrione non integra il reato in discorso, ma la diversa fattispecie di cui all'art. 13, ossia la sperimentazione su embrioni umani.

Quest'ultima fattispecie si configura, con buona pace della terminologia ad alto tasso tecnico, con la distruzione della corona dell'embrione per il prelievo di linee di cellule staminali embrionali. Queste cellule sono particolarmente utili nella ricerca scientifica per la loro attitudine a differenziarsi in ogni cellula dell'organismo umano e per

⁶⁸⁴ A. Aprile, *Interruzione volontaria della gravidanza: casistica medico-legale*, in Aa.Vv., *Il governo del corpo. Trattato di Biodiritto*, cit., p. 1724-1725.

⁶⁸⁵ Corte cost., n. 151/2009, cit., cfr. *supra* cap. 1.

⁶⁸⁶ E. Dolcini, *op. ult. cit.*, p. 1564.

⁶⁸⁷ C. Cassani, *La diagnosi genetica preimpianto e la sua rilevanza penale*, in *Ind. pen.*, 2009, p. 87-137.

la potenzialità di dare origine a ogni tipo istologico presente nell'organismo di cui fa parte⁶⁸⁸.

Queste linee cellulari, che non possono essere conseguite dai ricercatori italiani ma solo importate dall'estero, vanno distinte dall'embrione: sicché non integra soppressione embrionaria e tantomeno sperimentazione l'utilizzo delle cellule staminali embrionali importate⁶⁸⁹.

Verificatosi, poi, l'annidamento in utero, il codice penale punisce il procurato aborto, che si declina nella interruzione della gravidanza dolosa, preterintenzionale o colposa senza il consenso della gestante oppure l'aborto con il consenso della paziente ma in contrasto con i limiti di legittimità stabiliti dalla l. n. 194/1978⁶⁹⁰.

La disciplina, in passato contenuta nella legge del 1978, è oggi confluita nel codice penale all'esito dell'attuazione della delega relativa alla riserva di codice, di cui all'art. 3-bis c.p., senza una sostanziale modifica delle fattispecie tipiche di reato.

Ad ogni modo, tanto negli artt. 17 ss. l. n. 194/1978 quanto negli attuali 593-bis e 593-ter c.p. lo spazio di illiceità è contrassegnato dalla gravidanza. Le fattispecie sono poste a presidio del bene giuridico della incolumità del feto e della salute della madre, cumulativamente e mai alternativamente, sicché per la configurazione dell'illecito rileva l'età gestazionale, non dal momento del concepimento ma dal momento dell'annidamento in utero della blastocisti prodotta, tanto con fecondazione sessuata quanto con procreazione artificiale: «l'aborto configura una condotta circoscrivibile al tempo della gravidanza, periodo che termina con il parto, e più precisamente con l'inizio del parto»⁶⁹¹.

Si osservi pure che, in ossequio al principio di proporzionalità, la fattispecie riserva una sanzione superiore al doppio della pena massima prevista per l'embrionicidio, tuttavia si tratta di forme di aggressione «punite meno gravemente rispetto ai [...] (delitti) postnatalizi»⁶⁹².

In via successiva, il discrimine tra l'interruzione della gravidanza, quale che sia l'elemento soggettivo che caratterizza l'agente, e l'omicidio è l'inizio del parto: con la

⁶⁸⁸ C. Flamigni, *Le tappe dell'evoluzione biologica*, in Aa.Vv., *Il governo del corpo. Trattato di Biodiritto*, cit., p. 1290 ss.

⁶⁸⁹ E. Dolcini, *op. ult. cit.*, p. 1568-1569.

⁶⁹⁰ Per una disamina, cfr. M. Zanchetti, *Interruzione della gravidanza*, cit., p. 1703 ss.

⁶⁹¹ M. Zanchetti, *op. ult. cit.*, p. 1692-1693.

⁶⁹² M. Zanchetti, *op. ult. cit.*, p. 1690.

rottura del sacco amniotico⁶⁹³ o con le doglie⁶⁹⁴ o con l'inizio delle contrazioni più ravvicinante nel tempo che importano la dilatazione del collo dell'utero oppure con l'inizio dell'intervento per il parto cesareo⁶⁹⁵, a seconda del caso, la morte del feto va inquadrata nella fattispecie di omicidio *ex art. 575 o 589 c.p.* oppure di infanticidio *ex art. 578 c.p.*

Anche qui è possibile apprezzare uno scarto cospicuo tra i delta edittali delle fattispecie poste a confronto.

Sulla base delle considerazioni illustrate, anche il diritto penale accoglie una tutela progressiva della vita nascente, ossia la teoria processuale, che accorda all'embrione tanti *status* quanti sono i segmenti di sviluppo rilevanti, e trae convincimento sia dalla pluralità di fattispecie individuate sia dal disvalore contrassegnato dalle diverse e proporzionali sanzioni comminate.

Infine, vanno richiamate le più volte citate⁶⁹⁶ Raccomandazioni n. 1046 del 1986 e n. 1100 del 1989 del Consiglio d'Europa. Sulla base di tali fonti il legislatore italiano ha introdotto il divieto di sperimentazione e facoltizzato la ricerca clinica sugli embrioni a norma dell'art. 13, l. n. 40/2004.

Il Consiglio, con la prima Raccomandazione, è intervenuto per la prima volta sul tema dell'impiego di embrioni e di feti umani: sin dal 1986 il Consiglio auspica il ricorso agli embrioni e ai feti umani nella ricerca per i soli scopi terapeutici, quale *extrema ratio*, e invoca la proibizione della produzione di embrioni in vitro per la destinazione esclusiva alla ricerca scientifica. Con la seconda raccomandazione, il Consiglio d'Europa è tornato sull'impiego di embrioni e feti umani nella ricerca e ha afferma che l'embrione umano, secondo le conoscenze raggiunte dalla embriologia, dispone di una identità genetica, tuttavia subisce un processo di sviluppo embrionale.

A simili affermazioni, il Consiglio è giunto pure con la risoluzione n. 1352 del 2003: più precisamente, nella risoluzione è stato affermato che gli Stati membri sono chiamati alla promozione della ricerca scientifica, tuttavia tale attività richiede uno svolgimento compatibile con il rispetto della «vita degli esseri umani in tutti gli stadi dello sviluppo».

⁶⁹³ A. Cadoppi-P. Veneziani, *Elementi di diritto penale. Parte speciale*, Padova, 2004, p. 254 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale*, Padova, 2005, p. 24 ss.; Aa.Vv., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, 2006, p. 324.

⁶⁹⁴ Cass. pen., sez. VI, 20 giugno 2019, n. 27539, rv. 276790 - 01

⁶⁹⁵ E.M. Ambrosetti, *L'infanticidio e la legge penale*, Padova, 1992, p. 42.

⁶⁹⁶ *Supra* cap. 1.

Anche tali fonti confortano la tesi processuale qui in elaborazione: lo sviluppo dell'essere umano si caratterizza per la sua gradualità, per fasi prenatalizie e postnatalizie, le quali richiedono una proporzionale tutela da parte del legislatore. Nelle fasi che precedono la nascita l'entità embrionaria e i tessuti fetali costituiscono due stadi distinti e tali cellule e tessuti possono essere destinati alla ricerca, cionondimeno occorre il perseguimento di finalità specifiche, ossia le funzioni diagnostiche, cliniche e terapeutiche, le quali consentono una adeguata protezione della vita nascente.

6.3. L'argomento comparatistico.

A sostegno della teoria processuale risulta particolarmente utile l'analisi di taluni ordinamenti stranieri, i quali sono stati inquadrati dalla dogmatica⁶⁹⁷ entro due gruppi: le discipline della c.d. *French way* e le normative adesive alla c.d. *British way*.

Le prime risultano più diffuse nell'Europa continentale e sono state considerate, similmente all'ordinamento francese, più restrittive per gli operatori del settore e – al contempo – protezionistiche rispetto all'entità embrionaria.

Siffatte normative vantano (*rectius*: vantavano) un cospicuo numero di divieti, quali il divieto di surrogazione della maternità, di clonazione e ibridazione, di soppressione embrionaria e cessione onerosa, di accesso delle coppie *same sex* alla fecondazione o da parte di donne singole, di destinazione alla ricerca, di diagnosi genetica preimpianto, di fecondazione eterologa, di selezione cellulare, talvolta accompagnati da elevate sanzioni amministrative interdittive e pecuniarie.

Diversamente, le leggi della *British way* hanno optato per discipline più liberali per i centri autorizzati alla esecuzione delle tecniche ma, soprattutto, rispetto all'impiego delle cellule riproduttive e delle blastocisti già formate nella ricerca scientifica.

Si tratta di normative che recano un numero davvero cospicuo di definizioni, di disposizioni e di termini tesi ad individuare il segmento temporale entro cui si esplica il potere di controllo sulle cellule da parte di ciascun soggetto individuato dalla legge.

In tali ordinamenti sono stati redatti veri e propri testi unici, in cui il legislatore rinuncia a adattare regole e istituti tradizionali⁶⁹⁸. Inoltre, con queste leggi vengono istituite le Autorità amministrative indipendenti, dotate di particolari poteri di

⁶⁹⁷ F.D. Busnelli-E. Palmerini, voce *Clonazione*, Agg., in *Dig. disc. priv.*, Torino, 2000, § 7, n. 73.

⁶⁹⁸ G. Alpa, *Introduzione*, cit., p. 6 ss.

autorizzazione e vigilanza, ma anche indipendenza dall'esecutivo ed *expertise* di alto livello specialistico, al fine di comprendere le istanze degli operatori del settore.

Si tratta, poi, di normative che hanno il pregio di prevedere obblighi di aggiornamento periodico della disciplina da parte del legislatore: il riferimento corre alle clausole di aggiornamento o di gestione delle sopravvenienze scientifiche, sociali e giuridiche. Si pensi ad esempio alla scoperta della fecondazione dell'ovocita senza inseminazione, che si esplica senza il gamete maschile, che ha comportato la riforma del 2008 nello Human Fertilisation and Embriology Act del 1990 vigente nel Regno Unito, oppure all'avvento della CRISPR-cas9, che consente la modifica genetica mediante l'impiego di una proteina sintetica con la conseguente possibilità di rimuovere le deviazioni genetiche, che ha comportato l'avvio di un dibattito in Spagna e l'autorizzazione all'*editing* genetico da parte del Ministero. Si pensi pure ai moniti della Corte Europea dei diritti dell'Uomo, che con la celebre pronuncia nel caso S.H. contro Austria ha invocato una maggiore sensibilità dei legislatori aderenti alla convenzione rispetto alle innovazioni scientifiche in materia, che ha imposto una revisione critica dell'ordinamento austriaco.

Tuttavia, questi ordinamenti sono stati esaminati approfonditamente dalla dottrina italiana, sia nella fase di discussione della l. n. 40/2004, al fine di individuare modelli utili cui trarre ispirazione per la successiva normativa, sia nella fase successiva, per addivenire ad una interpretazione delle disposizioni contenute nella legge introdotta capace di non isolare l'ordinamento italiano e non incentivare il c.d. turismo procreativo.

Ciononostante, l'esame comparato impone all'interprete di addivenire ad una lettura dinamica ed evolutiva, anziché statica, degli ordinamenti stranieri, poiché a differenza di quanto accaduto in Italia, i legislatori stranieri sono intervenuti soventemente per la riforma della disciplina del trattamento degli embrioni e della fecondazione artificiale, sia in considerazione dell'ulteriore avanzamento scientifico occorso nell'ultimo ventennio sia in ragione di una maggiore sensibilità ai moniti delle Corti europee ed alle istanze scientifiche e sociali.

Per queste ragioni, come si vedrà nel prosieguo⁶⁹⁹, la *summa divisio* illustrata tra gli ordinamenti non appare più attuale. A ben vedere, è l'*Italian way* a rappresentare oggi il paradigma più restrittivo, sanzionatorio e protezionistico d'Europa. Diversamente,

⁶⁹⁹ *Infra* cap. 3.

anche le discipline originariamente più rigide – come quella teutonica - hanno subito evoluzioni ed elaborazioni notevoli, oltre a consentire più ampie forme di destinazione degli embrioni, ivi compresa la destinazione alla ricerca scientifica delle blastocisti residuali abbandonate.

È proprio nell'analisi dell'evoluzione di queste normative che si apprezza l'adesione ad una tutela processuale: il trattamento delle cellule e degli embrioni non risulta compatto e trasversale ma adeguato al contesto. Una simile impostazione ha ricevuto, poi, avallo anche da parte della giurisprudenza.

La teoria processuale, si osservi, trova particolare applicazione nell'ordinamento britannico. Si tratta della disciplina che ha rappresentato l'archetipo per le normative europee, costituisce la regolamentazione più avanzata in materia per la sua attenzione ad ogni sfaccettatura del trattamento delle cellule riproduttive e degli embrioni e la disciplina più attenta all'autodeterminazione terapeutica dei pazienti che si sottopongono ai trattamenti e dei donatori che decidono di cedere le proprie cellule.

Dallo studio di tali regole una certa parte della dottrina britannica si è fatta sostenitrice della processualità.

Per l'esame di tutti questi profili si rinvia al capitolo successivo.

6.4. L'argomento giurisprudenziale.

Possono essere enumerati molteplici pronunciamenti in sede pretoria a sostegno della teoria qui in commento.

Anzitutto, a sostegno della processualità, risulta particolarmente eloquente l'erosione della l. n. 40/2004 ad opera della Consulta. Proprio all'esito della disamina testé condotta attorno alle sentenze della Corte costituzionale, è possibile affermare che le disposizioni colpite dalle declaratorie rappresentavano alcuni dei pilastri fondamentali per l'argomento della continuità biologica. Il riferimento corre al divieto di crioconservazione, al divieto di fecondazione eterologa e al divieto di sperimentazione, *sub specie* di diagnosi genetica preimpianto.

La loro estromissione dal dettato normativo impone necessariamente un diverso trattamento delle cellule. Difatti, ciò ha già richiesto l'introduzione di specifiche regole per la donazione dei gameti, di cui al D.P.R. n. 131/2019, l'aggiornamento dei moduli del consenso informato, la previsione del rinnovo del consenso durante la crioconservazione, un sistema di tracciamento più efficiente realizzato con il Registro nazionale, infine, l'individuazione delle patologie e delle condizioni per la esecuzione delle diagnosi genetiche preimpianto.

La stessa possibilità di eseguire indagini diagnostiche per lo scarto degli embrioni affetti da patologie genetiche gravi trasmissibili impone all'interprete di rimeditare i risultati raggiunti pochi anni fa dalla riflessione dogmatica.

Si osservi poi che la blastocisti sottoposta alle indagini diagnostiche e in cui sia stata riscontrata patologia grave ostativa all'impianto non soggiace alla medesima disciplina delle altre cellule specializzate. Questo embrione non può essere impiantato se arreca un pregiudizio alla madre e non può essere coartato il trasferimento nell'utero, anzi deve essere crioconservato e destinato alla Biobanca centrale milanese per il suo studio ed il suo impiego per la ricerca condotta da questo polo specialistico.

Oltre alle pronunce della Consulta, però si annoverano molteplici arresti della giurisprudenza di legittimità e di merito nonché della CGUE in cui i giudici, senza arrogarsi il potere che compete al legislatore, hanno svolto una analisi attenta dell'ordinamento e restituito all'interprete una fotografia del reticolato normativo compatibile alla teoria processuale.

Per meglio comprendere gli *iter* argomentativi adoperati si procede nel prosieguo ad una analisi ordinata dei casi e delle pronunce.

6.4.1. Il caso *blackout* e l'accidentale “perdita di idoneità” delle blastocisti.

I casi *blackout* costituiscono per molti ordinamenti vicende poste all'attenzione della giurisprudenza e in cui i giudici sono stati costretti a confrontarsi con la *vexata*

quaestio della natura giuridica dell'embrione. Così è stato in Italia, ma anche in Germania⁷⁰⁰, Francia⁷⁰¹, Inghilterra⁷⁰², Scozia⁷⁰³, Stati Uniti⁷⁰⁴ e Israele⁷⁰⁵.

Queste vicende, tuttavia, hanno avuto un impatto assai più incisivo sul dibattito in questi stati, sino a diventare *leading case* in materia. Diversamente, in Italia non vi è stata la medesima valorizzazione dell'approdo giurisprudenziale. Probabilmente, la ragione va ricercata nella difficoltà di inquadrare il *dictum* della corte tra le categorie tradizionali di cosa e persona, mentre la pronuncia appare più coerente con la teoria della processualità.

Si riassume così la vicenda. Una coppia di coniugi si è sottoposta ad un ciclo di fecondazione presso un noto ospedale milanese, qui sono stati conseguiti alcuni embrioni e successivamente crioconservati, in attesa dell'impianto previsto per il giorno successivo. Nella notte, però, si è verificato un corto circuito presso la clinica: con l'interruzione della corrente elettrica negli incubatori, in cui si trovavano gli embrioni, ed a causa del blocco dell'alimentazione della corrente, durato per l'intera notte, le blastocisti venivano giudicate inidonee al trasferimento.

I coniugi hanno deciso allora di agire in giudizio contro l'Azienda Ospedaliera e richiedere la condanna al risarcimento del danno derivante dalla violazione degli obblighi contrattuali accessori della clinica, tra cui la custodia delle *paillettes* di blastocisti, nonché per il «danno da perdita di un figlio»⁷⁰⁶, in considerazione delle probabilità di successo dell'impianto e della successiva gestazione.

⁷⁰⁰ Infra cap. 3 § 2.2.

⁷⁰¹ Cour administrative d'Appel Douai, 6 dicembre 2005, n. 04da00376, in www.revuegeneraledudroit.eu; Tribunal administrative Amiens, 9 marzo 2004, n. 021451, in *Dalloz*, 2004, p. 1051 ss., in *Quad. dir. pol. eccles.*, 2004, p. 619 ss.

⁷⁰² Infra cap. 3 § 3.3.

⁷⁰³ Infra cap. 3 § 3.5.

⁷⁰⁴ Superior Court of Rhode Island, *Frisina c. Women and Infants Hosp. of R.I.*, No. Civ. A. 95-4037, Civ. A. 95-4469, Civ. A. 95-5827, 2002 WL 1288784, in <http://law.justia.com/cases/rhode-island/superior-court/2002/95-4037.html>. Nella vicenda in esame, la Superior Court ha rigettato la richiesta di risarcimento del danno morale derivante dalla perdita di pre-embrioni, ossia di embrioni in coltura fino al quattordicesimo giorno dalla fecondazione, qualificati dai ricorrenti come proprietà insostituibile: « This Court finds that the plaintiffs are seeking to recover for the physical loss of their pre-embryos rather than for the loss of the possibility of achieving pregnancy as claimed by the defendant. Moreover, the Court finds merit in the argument raised by plaintiffs that recovery for damages for emotional distress based on the "loss of irreplaceable property," the loss of their pre-embryos, is permissible under the Rhode Island Supreme Court's holding in *Hawkins v. Scituate Oil*, 723 A.2d 771 (R.I. 1999). (...) Accordingly, defendant's motion for summary judgment on the issue of damages for emotional harm due to the loss of irreplaceable property must be, and, is denied».

⁷⁰⁵ J. Siegel-Itzkovich, *Tel Aviv hospital destroys frozen embryos by mistake*, in *BMJ*, 2003, 4, p. 326 ss.: l'A. analizza la vicenda occorsa nel 2002 presso il Tel Aviv Rabin Medical Centre-Hasharon Campus, ove, a seguito dell'impropria chiusura del contenitore dell'azoto liquido, andavano persi circa 500 embrioni.

⁷⁰⁶ Trib. Milano, V sez. civ. 21 maggio 2013, n. 7085, giud. Migliaccio, in *Danno & Resp.*, 2014, 2, p. 422 ss., con nota di A. Mendola, *Il danno non patrimoniale da "perdita di attesa della persona"*; in *Resp. civ.*

Il Tribunale di Milano, tuttavia, ha negato la configurabilità di un simile danno nel caso di specie. Anzi il giudice ha affermato che la lesione nel caso «non è identificabile, sia pure per assimilazione, con la perdita di un figlio, posto che la legge sulla procreazione medicalmente assistita consente e tutela l'attuazione del diritto alla procreazione per le coppie sterili o infertili [...]. Accertate dunque la fondamentale rilevanza costituzionale dell'interesse leso e l'indubbia gravità della lesione, che ha inciso sulla possibile origine di una o più vite, non sussistono dubbi circa l'esistenza del pregiudizio morale conseguentemente sofferto da entrambi gli attori».

Semmai, è stato osservato, le parti hanno subito «un grave colpo psicologico ed una forte sofferenza dell'anima, dolore non meramente temporaneo, alimentato dal permanente dubbio circa la possibile realizzazione della loro speranza nell'occasione; pertanto (viene liquidato una somma) in via equitativa, a titolo di danno non patrimoniale morale, aldilà delle stimate probabilità di successo della tecnica di fecondazione assistita». La sofferenza è resa ancora più acuta dalla difficoltà di conseguire nuovi embrioni e di portare a termine una gestazione geriatrica.

Non solo, perché il giudice ambrosiano ha accertato pure l'inadempimento dell'obbligazione contrattuale da parte dell'A.O. convenuta in giudizio: «la stessa era contrattualmente obbligata ad opportunamente colturarli e custodirli, in modo che si conservassero integri e vitali per il successivo trasferimento ed impianto in utero, oggetto specifico dell'obbligazione assunta, al fine di realizzare la tecnica di fecondazione medicalmente assistita richiesta». Obbligazione complessa, questa, rientrante nel contratto socialmente tipico di spedalità tra struttura e coppia di pazienti aderenti a procedure di P.M.A.

A nulla rileva la brevità dell'evento interruttivo dell'energia elettrica, necessaria per il funzionamento delle incubatrici, in quanto la convenuta avrebbe dovuto effettuare i doverosi controlli sul corretto funzionamento e sulla efficienza della alimentazione, secondo i livelli qualitativi sanciti dal d.lgs. 191/2007, «tanto più necessari per la delicatezza del materiale biologico contenuto negli incubatori».

Un'obbligazione, quella di custodia, che deriva tanto dal contratto quanto dalla legge, dice il giudice, in quanto l'art. 14 vieta espressamente la soppressione (dolosa) degli embrioni.

prev., 2014, 3, p. 1054 ss., Aa.Vv., *Profili medico-legali e giuridici circa due casi di scongelamento accidentale di ovociti ed embrioni crioconservati*.

Infine, è stato riconosciuto alla coppia di pazienti il danno patrimoniale, con riferimento esclusivo alle spese sostenute per condurre il ciclo di fecondazione assistita.

Emergono alcuni profili di rilievo della pronuncia⁷⁰⁷.

Anzitutto viene smentita la tesi dell'embrione come soggetto o fanciullo o figlio: la blastocisti non è persona, non è soggetto, non è concepito, a nulla rileva la probabilità di verifica della nascita, perché non è neppure iniziata la gestazione.

Viene poi smentita la tesi dell'embrione come bene in senso giuridico: all'embrione non è assegnato alcun valore economico, difatti il danno patrimoniale liquidato consta delle sole spese mediche sostenute per la produzione delle blastocisti.

In secondo luogo, rileva la distinzione – sullo sfondo - tra embrione crioconservato e in attesa di eventuale impianto e concepito. Il giudice non fa mai menzione del concepito, con cui tradizionalmente è confuso l'embrione, non richiama mai la tutela del concepito, quale categoria giuridica in cui si include l'embrione quale che sia la sua fase, non richiama i precedenti a presidio dei diritti riconosciuti al concepito.

Vieppiù che il giudice si riferisce alle blastocisti in qualità di materiale biologico, richiamandone lo statuto contenuto nel d.lgs. 191/2007 teso a regolare il trattamento di organi, tessuti e cellule. Difatti, non si parla mai di morte o perdita di vitalità, quanto piuttosto di perdita di idoneità al trasferimento.

La sentenza è molto breve, non spende molti argomenti sulla condizione giuridica dell'embrione⁷⁰⁸, si limita ad inquadrare la cellula specializzata nella sua funzione tesa a soddisfare il progetto genitoriale. Tuttavia, da questa scarsa traccia è possibile trarre l'importante insegnamento secondo cui l'embrione crioconservato non è depositario della medesima tutela ascritta al nascituro, poiché rileva il contesto in cui versa la cellula specializzata. Questa soggiace ai doveri di custodia e controllo della biobanca presso cui è conservata, alla stregua del d.lgs. 191/2007, al pari delle altre cellule ed insiemi di cellule disciplinati e tutelati dall'ordinamento, e l'inadempimento di questi obblighi importa la frustrazione dell'interesse protetto al loro utilizzo.

6.4.2. Lo scambio colposo delle blastocisti crioconservate.

⁷⁰⁷ Per una lucida disamina della pronuncia, cfr. M. Gorgoni, *La distruzione accidentale di embrioni da annidare: ciò che la sentenza non dice*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 4, p. 1242 ss.

⁷⁰⁸ M. Gorgoni, *op. cit.*, p. 1242 ss.

Nel 2014 e nel 2016 il Tribunale di Roma è stato chiamato a sindacare, prima in sede cautelare⁷⁰⁹ poi nel giudizio di cognizione⁷¹⁰, una vicenda unica nel suo genere, che si va così sintetizzando.

Due coppie hanno fatto accesso alle tecniche di fecondazione artificiale presso un noto ospedale romano, sono stati rispettivamente attivati i cicli di fecondazione “omologa” e, dunque, ciascuna coppia ha fatto ricorso alle proprie cellule riproduttive per superare le condizioni di sub-fertilità e produrre, conseguentemente i propri embrioni da impiantare.

Ciononostante, a causa di un errore sono state scambiate le *paillettes* di embrioni da trasferire nell’utero di ciascuna paziente e, per questo, sono state eseguite due accidentali fecondazioni eterologhe.

All’esito dell’*embryo-transfer*, però, solo una delle pazienti ha conseguito la gravidanza, addirittura gemellare, e, una volta riscontrato l’errore, la coppia che non ha ottenuto l’annidamento della blastocisti altrui in utero ha adito il giudice affinché fosse dichiarato lo *status filiationis* rispetto ai nati dall’altrui gravidanza, in ragione del legame genetico.

La pronuncia ha sicuramente avuto un maggior rilievo, quantomeno nell’esegesi dottrinale, per lo studio della genitorialità genetica, biologica, intenzionale e legale nonché per l’indagine attorno all’applicabilità delle regole codicistiche che disciplinano lo *status filiationis* anche ai casi di filiazione da riproduzione asessuata artificiale. Difatti, come è stato candidamente osservato dal giudice, «il diritto non contempla e non disciplina in modo esplicito la fattispecie in esame»⁷¹¹.

La vicenda ha generato un intenso dibattito giuridico e sociale, inoltre ha condotto la Regione Lazio⁷¹² a richiedere un parere al Comitato Nazionale per la Bioetica⁷¹³, senza individuare tuttavia soluzioni tecnico giuridiche capaci di orientare il giudice.

⁷⁰⁹ Trib. Roma, I Sez. civile, 8 agosto 2014, Giud. Albano, in *NGCC*, 2020, p. 58 ss., con nota di A. Figone, *Fecondazione eterologa per errore: ancora sullo scambio degli embrioni*.

⁷¹⁰ Trib. Roma, 10 maggio 2016, Giud. Pratesi, in *NGCC*, 2020, p. 46 ss., con nota di V. Vietri, *Scambio di embrioni: la genitorialità nell’epoca della PMA*.

⁷¹¹ Trib. Roma, 8 agosto 2014, cit., p. 59.

⁷¹² La Regione Lazio ha opportunamente qualificato lo scambio come evento avverso, seguendo la nomenclatura contenuta nelle norme sulla donazione, stoccaggio e conservazione delle cellule e dei tessuti e delle Linee Guida del 2008.

⁷¹³ C.N.B., *Considerazioni bioetiche sullo scambio involontario di embrioni*, 11 luglio 2014, <http://bioetica.governo.it/italiano/documenti/pareri-e-risposte/considerazioni-bioetiche-sullo-scambio-involontario-di-embrioni/>.

Nondimeno, le pronunce assumono rilievo per la teoria processuale, in considerazione delle argomentazioni adottate dal giudice romano per rigettare le istanze dei pazienti.

Nel primo caso, gli attori, che non conseguito la gravidanza, hanno esperito un ricorso ai sensi dell'art. 700 c.p.c. affinché «venisse ordinato ai sig.ri XXX e XXX di fornire tutte le informazioni relative allo stato di salute dei nascituri nonché a dove e quando avverrà il parto affinché possano formare l'atto di nascita dal quale risultino genitori, nonché di consegnare i gemelli al momento della nascita ai ricorrenti quali genitori genetici». A loro volta, i convenuti hanno richiesto il rigetto del ricorso, configuratasi una fattispecie – ancorché assai peculiare – di fecondazione eterologa.

La domanda cautelare non ha trovato accoglimento, tuttavia il giudice ha rilevato che la vicenda non può essere semplicisticamente ricondotta ad una eterologa. Questa, dice il giudice, è cosa diversa, è una eterologa “da errore”, in cui «manca, almeno *ab origine*, la volontà di sottoporsi a tale tecnica di PMA ed il preventivo consenso informato, anche se non può ritenersi priva di rilevanza, come si vedrà, la successiva consapevolezza di quanto accaduto e la decisione di portare comunque avanti la gravidanza».

L'organo giudicante rileva opportunamente come il consenso informato alla fecondazione imprima nei gameti una destinazione precisa e, anche una volta uniti e specializzati entro l'embrione, questa destinazione permane e non devia per effetto di errori o deliberati utilizzi devianti rispetto alla originaria determinazione del titolare genetico delle cellule. Se è vero che i pazienti hanno acconsentito all'impiego dei propri gameti per una fecondazione, nel modulo di consenso questi hanno espresso la propria determinazione all'impiego autologo e non alla donazione a terzi.

Tuttavia, si evidenzia pure che una volta sopravvenuta la gestazione, dunque l'annidamento uterino, non si può più fare applicazione delle regole sulle cellule, trovano spazio, invece, le disposizioni a tutela della maternità e, sopraggiunta la nascita, le norme sullo stato di figlio. Anche se in queste ultime norme il legislatore codicistico ha accordato rilievo alla maternità gestazionale e alla paternità genetica, nella filiazione asessuata sono individuate regole speciali: lo *status filiationis* non può che discendere dal consenso espresso e, dunque, dall'impegno assunto dai pazienti. Si fa riferimento alla genitorialità intenzionale e alla maternità uterina. A questo punto «resta il dramma umano dei genitori

che si erano rivolti all'ospedale per trovare soddisfazione al loro diritto alla procreazione ed a formare una famiglia, che potrà trovare tutela solo risarcitoria»⁷¹⁴.

Per quanto qui interessa, il giudice romano richiama via via i nuovi interessi in bilanciamento, le nozioni di embrione, concepito e nato nelle discipline, i termini di decadenza per le azioni esperibili, le fonti normative per ciascun segmento, sicché individua in via gradata, per ciascuna fase, le regole applicabili all'embrione, così confermando la teoria processuale.

Nella seconda pronuncia, sul medesimo fatto e tra le stesse parti, non innova il *dictum* precedente, ma ha il merito di evidenziare una lacuna normativa in ordine al *droit de défense* delle proprie cellule dall'utilizzazione deviante rispetto alla destinazione impressa con il consenso informato: «Altro gruppo di valori di rango primario che la vicenda evoca, e sui quali in particolare il giudice del reclamo ha posto l'accento, si rinvencono nella tutela della dignità umana, alla salute ed all'autodeterminazione della gestante, prerogative tutte in evidente ed insanabile conflitto con la tesi della prevalenza delle origini genetiche sul legame biologico creato dalla gestazione, sia nella prospettiva (in verità inaudita) della imposizione di una continuazione forzata della gravidanza destinata a concludersi con la separazione dai minori dopo la nascita (o, per usare la terminologia a suo tempo adottata dagli attori, con la loro consegna ai genitori genetici), sia in quella, diversa ma non meno contraddittoria, della conservazione del diritto della gestante ad autodeterminarsi nella fase della gravidanza ancora utile per l'interruzione ai sensi della legge 194 del 1978»⁷¹⁵.

6.4.3. Il sequestro e la confisca degli embrioni.

Si richiamano a conferma della teoria processuale anche le illustrate⁷¹⁶ vicende sulla rapina di ovociti e sul traffico e cessione onerosa di embrioni.

Nelle vicende sopra illustrate, la blastocisti prodotta contro il consenso della paziente o dietro la corresponsione di somme a titolo di corrispettivo o senza le misure di

⁷¹⁴ Trib. Roma, 8 agosto 2014, cit., p. 62.

⁷¹⁵ Trib. Roma, 10 maggio 2016, cit., p. 48.

⁷¹⁶ Supra § 5.1.

sicurezza richieste dalla legge, costituisce prodotto del reato. E questo rappresenta uno dei contesti differenziati dell'embrione.

La cellula specializzata, nella condizione che qui si rappresenta, non è idonea al trasferimento uterino o alla sua utilizzazione durante cicli di fecondazione. Diversamente, si ammette la crioconservazione presso la Biobanca nazionale e, eventualmente, l'utilizzazione per la ricerca attorno alle condizioni di infertilità e sterilità.

Anche laddove vi fosse l'individuazione di un avente diritto alla restituzione, come è stato evidenziato dinanzi al giudice italiano, così come avanti alla Corte EDU nei casi Knecht e Nedescu⁷¹⁷, non sarebbero garantiti trasferimenti tra biobanche in condizioni di sicurezza.

E allora mentre gli embrioni viabili all'impianto in utero possono essere destinati alla fecondazione, alla crioconservazione e alla diagnosi genetica preimpianto a seconda della determinazione espressa nel modulo di consenso informato, il trattamento delle blastocisti costituenti il prodotto del reato diverge. Queste ultime soggiacciono alla scarsa disciplina riservata agli embrioni residuali in stato di abbandono oppure alle cellule in cui sia stata riscontrata una patologia grave geneticamente trasmissibile.

A conferma di ciò, si rammentano le conclusioni dei giudici milanesi, i quali dopo aver accertato i reati contestati nei capi di imputazione, non hanno consegnato gli embrioni ai donatori di gameti o ai pazienti il cui consenso è stato estorto o che hanno finanziato l'acquisto delle cellule, diversamente è stata disposta la confisca degli embrioni presso la Biobanca nazionale.

Sicché occorrerà attendere la prossima relazione sullo stato di attuazione della legge per comprendere se e quale destinazione sarà data agli embrioni in discorso da parte della Biobanca nazionale.

6.4.4. La nozione e la protezione brevettuale dell'embrione dinanzi alla CGUE.

La teoria processuale trova sostegno in altre vicende, questa volta lontane dalle aule giudiziarie italiane. Si fa riferimento ai casi Oliver Brüstle contro Greenpeace⁷¹⁸ e International Stem Cell Corporation contro Comptroller General of Patents, Designs and

⁷¹⁷ Supra § 5.1.

⁷¹⁸ CGUE, Grande Sezione, 18 ottobre 2011, ric. n. C-34/10, Oliver Brüstle c. Greenpeace, in curia.europa.eu; in *Fam. dir.*, 2012, 3, p. 221 ss., con nota di A. Scalera, *La nozione di "embrione umano" all'esame della Corte UE*.

Trade Marks⁷¹⁹, entrambi sottoposti al sindacato della Grande Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione europea.

Seguendo l'ordine temporale delle pronunce, si analizza il primo caso.

Il sig. Brüstle è stato per lungo tempo titolare di un brevetto tedesco, depositato nel 1997, relativo a cellule neurali isolate e depurate, ma anche al procedimento di produzione di queste a partire da cellule staminali embrionali e, infine, alla loro utilizzazione per il trattamento di anomalie neurali.

Nel fascicolo del brevetto depositato dal sig. Brüstle è stato indicato che l'impianto di tali cellule nel sistema nervoso costituisce un metodo promettente per il trattamento di numerose malattie neurologiche, tra cui il morbo di Parkinson.

Tuttavia, proprio per poter rimediare alle anomalie neurali è necessario impiantare cellule ancora in grado di evolversi, che si conseguono dagli embrioni umani. Per questo, nell'*affaire* Brüstle contro Greenpeace, quest'ultima ha incardinato un procedimento di annullamento del brevetto citato.

Conseguito l'annullamento del brevetto, Brüstle decide di adire il *Bundesgerichtshof* che sospende il procedimento e sottopone alla Corte di Giustizia alcune questioni pregiudiziali, vertenti sull'interpretazione dell'art. 6, § 2, lett. c), della direttiva 98/44/CE, sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche.

Si rammenta che in Germania, gli embrioni residuali ottenuti fino al 2007 possono essere destinati alla ricerca sulla base delle previsioni di legge, sicché non è controversa la destinazione, bensì si pone il problema di una protezione giuridica della attività scientifica condotta. Più precisamente, «nel campo dell'ingegneria genetica, la ricerca e lo sviluppo esigono una notevole quantità di investimenti ad alto rischio che soltanto una protezione giuridica adeguata può consentire di rendere redditizi», come recita il Preambolo della direttiva poc'anzi citata.

Si evince, dunque, un cortocircuito normativo: la legge consente la ricerca ma impedisce lo sfruttamento economico dei suoi risultati da parte del ricercatore, ostacolando la brevettabilità dell'invenzione conseguita dall'embrione. Ciò avvantaggia

⁷¹⁹ CGUE, Grande Sezione, 18 dicembre 2014, ric. n. C-364/13, *International Stem Cell Corporation contro Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, in *eur-lex.europa.eu*; in *Foro it.*, 2015, 2, c. 90; in *Dir. fam. pers.*, 2015, 2, p. 395 ss.; in *Quad. cost.*, 2015, p. 213-216, con nota di S. Penasa, *La Corte di giustizia e la ri-definizione normativa di "embrione umano"*; in *Giur. it.*, 2015, p. 1897-1906, con nota di R. Romandini, *La brevettabilità del materiale biologico ottenuto da partenoti*.

chi successivamente sfrutta la scoperta dello scienziato, depotenziando così lo stimolo alla ricerca scientifica.

La legge tedesca, peraltro, impiega una nozione precisa ancorché ampia di embrione: l'art. 8, n. 1, dell'ESchG⁷²⁰ definisce l'embrione umano come l'ovulo umano fecondato, in grado di svilupparsi, sin dalla fusione dei nuclei, nonché qualsiasi altra cellula estratta da un embrione detta «totipotente», vale a dire in grado, in presenza delle altre condizioni necessarie a tal fine, di dividersi e di svilupparsi fino a diventare persona.

Si è posto allora il dubbio in ordine alla riconducibilità delle cellule staminali embrionali nella nozione giuridica di embrione.

In particolare, il *Bundesgerichtshof* chiede alla Corte «come debba essere intesa la nozione di “embrioni umani” di cui all'art. 6, n. 2, lett. c), della direttiva (...): a) Se siano compresi tutti gli stadi di sviluppo della vita umana a partire dalla fecondazione dell'ovulo o se debbano essere rispettate ulteriori condizioni, come, ad esempio, il raggiungimento di un determinato stadio di sviluppo; b) Se siano compresi in tale nozione anche i seguenti organismi: ovuli umani non fecondati in cui sia stato impiantato un nucleo proveniente da una cellula umana matura; ovuli umani non fecondati, stimolati attraverso la partenogenesi a dividersi e svilupparsi; c) Se siano comprese anche cellule staminali ricavate da embrioni umani nello stadio di blastocisti».

Inoltre, viene chiesto alla Corte «come si debba intendere la nozione di “utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali”: se essa comprenda qualsiasi sfruttamento commerciale nell'accezione dell'art. 6, n. 1, della direttiva, in particolare anche un'utilizzazione finalizzata alla ricerca scientifica»⁷²¹.

Dice la CGUE, non c'è alcuna nozione di embrione nella direttiva e non c'è un consenso tra i vari paesi sul punto, tuttavia, la fonte normativa richiamata non riserva espressamente a questi ultimi l'individuazione della definizione, quindi per l'applicazione armonica in tutta l'Unione si rende necessaria l'individuazione di una nozione unica, ancorché limitata alla disciplina delle invenzioni biotecnologiche e tenuto conto delle *rationes* sottese alla direttiva.

Per queste ragioni, costituisce embrione umano: l'ovulo sin dalla fase della sua fecondazione, l'ovulo umano non fecondato in cui sia stato impiantato il nucleo di una

⁷²⁰ *Infra* cap. 3.

⁷²¹ CGUE, Oliver Brüstle contro Greenpeace, cit., § 23.

cellula umana matura e l'ovulo umano non fecondato indotto a dividersi e a svilupparsi attraverso la partenogenesi⁷²².

Da una prima lettura⁷²³, la definizione offerta dalla Corte europea costituisce una delle applicazioni più incontroverse della teoria della continuità, ossia della tesi dell'embrione come concepito, tutelato "fin dall'inizio". Tuttavia, questa costituisce una lettura parziale e miope.

A ben vedere la Corte di Giustizia conferma la teoria della processualità: il trattamento dell'embrione dipende dal contesto⁷²⁴. Ai fini della brevettabilità e dunque della protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, è embrione anche l'ovulo non fecondato ed indotto alla divisione cellulare per partenogenesi così come l'embrione ottenuto dalla fusione per elettrocuazione di due ovuli. Entità che nell'ordinamento italiano costituiscono non embrioni ma cloni e chimere⁷²⁵.

E la teoria processuale trova ulteriore conforto nelle successive conclusioni sulle cellule staminali embrionali: queste non rientrano nella definizione giuridica dell'embrione, la loro inclusione semmai spetta al giudice nazionale, in considerazione degli sviluppi della scienza.

Peraltro, dice la corte di Lussemburgo, la nozione di embrione appena tratteggiata «non riguarda (...) le invenzioni a finalità terapeutiche o diagnostiche che si applicano e che sono utili all'embrione umano», casomai è inibito proteggere l'invenzione biotecnologica con una domanda di brevetto, perché in quest'ultimo la finalità di ricerca scientifica non può essere distinta da uno sfruttamento industriale e commerciale⁷²⁶.

Infine, proprio a fondamento della teoria processuale si osserva che la CGUE esclude la brevettabilità di tutte quelle cellule idonee ad avviare il processo di sviluppo, che conduce successivamente ad un essere umano: ogni «organismo tale da dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano come l'embrione creato mediante fecondazione di un ovulo».

⁷²² Supra cap. 1.

⁷²³ A. Scalera, *La nozione di "embrione umano" all'esame della Corte UE*, cit., p. 221 ss.; P.I. D'Andrea, *La Corte di Giustizia CE e la ricerca sulle cellule staminali embrionali*. Nota a Gr. Sez., 18 ottobre 2011, C-34/10, Olivier Brüstle c. Greenpeace e V.,

⁷²⁴ P. Zatti, *Questioni della vita nascente*, cit., p. 1307 ss.

⁷²⁵ Supra cap. 1.

⁷²⁶ Sono state in questo modo disattese le conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot, presentate il 10 marzo 2011, ric. n. C-34/10, Oliver Brüstle contro Greenpeace, in curia.europa.eu., la quale auspicava la possibilità di protezione brevettuale alle invenzioni biotecnologiche non funzionali allo sfruttamento industriale ma tese alla ricerca e alla soluzione di condizioni patologiche riguardanti gli embrioni stessi.

E allora non costituisce embrione, in senso giuridico e ai fini della applicazione della direttiva, la cellula priva dell'attitudine ad evolversi in una persona.

Anche nella seconda vicenda giudiziaria, la CGUE è stata chiamata ad interpretare l'art. 6, § 2, lettera c), della direttiva 98/44/CE, sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche e pure con questa pronuncia ha escluso la brevettabilità dell'embrione umano: «il corpo umano, in ogni stadio della sua costituzione e del suo sviluppo, comprese le cellule germinali, la semplice scoperta di uno dei suoi elementi o di uno dei suoi prodotti, nonché la sequenza o sequenza parziale di un gene umano, non sono brevettabili»⁷²⁷. Tuttavia, ha escluso, conformemente al precedente, l'applicazione del divieto alle cellule prive di idoneità allo sviluppo e, dunque, ha consentito la protezione brevettuale alle invenzioni biotecnologiche derivanti.

La questione è emersa nell'ambito di una controversia tra l'International Stem Cell Corporation (ISCO) e il Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks: quest'ultimo ha negato alla società ISCO la registrazione di brevetti nazionali, con validità in Inghilterra e Galles, perché le domande di registrazione risultavano relative all'attivazione partenogenetica di ovociti e dunque la produzione senza fecondazione di embrioni.

La società cui è stata negato il brevetto opera nel Regno Unito, in cui è lecita la soppressione, la clonazione e la ricerca sugli embrioni a norma dello HFEA 1990⁷²⁸, dove la ricerca rappresenta un importante settore economico, di cui lo stato rappresenta uno dei *leader* sulla scena internazionale.

Dopo la pronuncia Brüstle, il Comptroller esclude la brevettabilità di linee cellulari conseguite da partenoti di mammiferi, la decisione viene impugnata dalla società *bio-tech* ed emerge la questione pregiudiziale, perché la società ISCO osserva dinanzi alla High Court of Justice, Chancery Division, Patents Court, che «la partenogenesi consiste nell'attivazione di un ovocita, in assenza di spermatozoi, attraverso un insieme di tecniche chimiche ed elettriche. Tale ovocita, denominato «partenote», sarebbe in grado di dividersi e di svilupparsi. Tuttavia, stando alle attuali conoscenze scientifiche, i partenoti di mammiferi non potrebbero mai svilupparsi a termine in quanto, a differenza di un ovulo fecondato, essi non contengono DNA paterno, il quale è necessario per lo sviluppo

⁷²⁷ CGUE, International Stem Cell Corporation contro Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks, cit., § 16.

⁷²⁸ Infra cap. 3.

del tessuto extraembrionale. Per quanto concerne i partenoti umani, sarebbe stato dimostrato che essi si sviluppano solo fino allo stadio della blastocisti, in circa cinque giorni»⁷²⁹.

Dunque, il partenote non è idoneo allo sviluppo compiuto in un essere umano.

La Corte di Giustizia allora è tornata sulla nozione di embrione, ai fini della applicazione della direttiva, e rievoca il suo precedente pronunciamento, escludendo che il partenote privo della capacità di sviluppo compiuto in un essere umano possa essere inquadrato alla stregua di embrione.

Ancora una volta, i giudici di Lussemburgo operano una lettura riferita al contesto, ossia alla protezione brevettuale delle invenzioni biotecnologiche, dunque riferita esclusivamente all'impiego delle cellule nell'ambito scientifico.

In aggiunta, specificano nuovamente la rilevanza della distinzione che corre tra le cellule che hanno l'attitudine di evolversi in un essere umano e quelle ne sono sprovviste e che arresteranno il proprio sviluppo dopo pochi giorni.

Le vicende, particolarmente complesse ed innovative, evidenziano la carenza di una nozione trasversale di embrione: il trattamento delle cellule riproduttive e delle blastocisti non può essere determinato a prescindere dal contesto, della fase, della capacità di sviluppo della cellula. In questi casi, emerge la necessità di adottare la teoria processuale.

7. Considerazioni conclusive.

Alla luce della ricognizione finora operata appare evidente come l'embrione entri nella dimensione giuridica ed imponga all'interprete una rottura con le categorie elaborate e corroborate dagli studiosi della teoria generale del diritto.

Le varie opzioni ermeneutiche, succedutesi nel tempo tra gli esegeti, hanno fatto uso congiunto o distinto delle varie norme, dei divieti e delle sanzioni, delle dichiarazioni di principio e delle prescrizioni impartite nel 2004. Tuttavia, queste teorie si sono smarrite nel dedalo della legislazione di dettaglio, senza mettere a fuoco la complessità del fenomeno osservato.

⁷²⁹ CGUE, International Stem Cell Corporation contro Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks, cit., § 17.

La teoria che descrive l'embrione come un concepito, un nascituro, un feto, estende in via approssimativa una categoria da cui lo stesso legislatore aveva escluso il concepturo, il non concepito. La tesi elude, poi, la gradualità nella tutela emergente dall'analisi del diritto civile, del diritto penale, delle disposizioni tributarie, delle norme sulla sepoltura, della contraccezione e dell'interruzione della gravidanza.

Le teorie che inquadrano l'embrione nella categoria giuridica della persona o del fanciullo operano una qualificazione approssimativa e per eccesso, inoperante pure per il concepito, in virtù di una tutela assoluta per l'embrione, destituita di fondamento dalla analisi delle destinazioni possibili e ammesse della blastocisti.

Diverse considerazioni valgono per le tesi che inquadrano l'embrione nella cosa in senso giuridico e tra le parti del corpo, tuttavia anche in tali casi non mancano i profili di criticità: le tesi non consentono di orientare l'interprete nella soluzione dei quesiti, in quanto rappresentano categorie non compiutamente elaborate e che rinviano alla disciplina della singola *res extra commercium* e della singola parte del corpo.

Invece, dal coordinamento delle disposizioni disseminate nell'ordinamento si apprezzano le sequenze, le fasi e i contesti che diversificano le regole riservate alla cellula riproduttiva umana specializzata. Ciò ha condotto a valorizzare l'approccio gradualista e ad elaborare una teoria detta processuale.

La tesi processuale costituisce una applicazione del metodo della innovazione, la medesima persegue non un fine utilitaristico, quanto piuttosto l'applicazione di canoni di proporzionalità, di certezza del diritto e di prevedibilità, non solo per l'interprete ma anche per gli operatori e gli utilizzatori di tali cellule.

Gli statuti dell'embrione, in questa teoria, sono tratti dalla ricostruzione attenta delle discipline applicabili alla vita nascente.

In accordo con questa impostazione, il gamete e l'ovocita si ascrivono tra le parti separate dal corpo, la cui disciplina è contenuta nel D.M. n. 256 del 2016 e nel D.P.R. n. 131 del 2019, a seconda della provenienza della cellula.

All'esito della fecondazione si individua l'embrione, il cui trattamento diverge a seconda del contesto applicativo.

L'embrione viabile per l'impianto soggiace alla disciplina contenuta nella l. n. 40/2004, alle disposizioni in materia di contraccezione di emergenza e alla sepoltura dei "prodotti del concepimento". Diversamente, l'embrione abbandonato, l'embrione conseguito da reato, dalla violazione dei protocolli di sicurezza e scartato da diagnosi

genetiche preimpianto non soggiacciono a tutte le regole di cui alla legge citata. Si tratta di embrioni non idonei o non suscettibili ad una applicazione nell'utero materno e, dunque, privi dell'attitudine a diventare persona.

Siffatte blastocisti, secondo quanto previsto dalle linee guida, vengono destinate alla Biobanca nazionale per il loro mantenimento in crioconservazione o la loro destinazione a progetti di ricerca con finalità diagnostica e terapeutica, in conformità all'art. 13, comma 2° e 3°, l. n. 40/2004.

Una simile cellula specializzata, poi, non può essere annoverata nella categoria degli embrioni, secondo la nozione fornita dalla Corte di Giustizia. Si tratta di una cellula specializzata che, secondo la CGUE, non possiede l'attitudine a divenire una persona poiché è precluso, anzi vietato, il suo impianto e, dunque, è ammesso il suo impiego nella ricerca.

Sulla base di tali considerazioni divergono pure i titolari del potere di controllo sulle cellule.

Gli embrioni viabili soggiacciono ad un potere di controllo esercitato dal paziente, sono impiegati in conformità con le destinazioni su di essi impresse attraverso il consenso informato e questo potere risulta esercitato dal paziente in via mediata dal centro P.M.A. autorizzato. Tali blastocisti, una volta trasferite e subita l'adesione alle pareti uterine, sono sottoposte alla disciplina applicabile al feto.

Il trattamento di tali blastocisti diverge da quello riservato all'embrione crioconservato, il quale resta sottoposto al controllo dei pazienti, fintanto che persiste la determinazione al mantenimento per il successivo impiego in un ciclo di fecondazione o per la sua conservazione in stato di ibernazione. Durante tutto il periodo di conservazione in azoto liquido sussiste un dovere di custodia da parte del centro P.M.A. autorizzato, in conformità con i protocolli di sicurezza previsti dalla frammentata normativa di settore.

Gli embrioni abbandonati residuali, a loro volta, differiscono. Attraverso l'abbandono derivante dalla morte del paziente titolare del controllo oppure dalla sua determinazione negativa, le blastocisti diventano entità sotto il controllo della Biobanca nazionale, sita presso l'Ospedale Maggiore di Milano. All'ente è inibita la sperimentazione, l'alterazione genetica, la clonazione, la soppressione embrionaria, mentre è consentita la ricerca scientifica e la modifica genetica con le finalità diagnostiche e terapeutiche presidiate dalla legge e dalle fonti sovranazionali. L'entità embrionale, in questo ultimo

contesto, acquisisce una fruizione collettiva ancorché vincolata dalle disposizioni normative.

La riflessione giuridica, così delineata, guarda alla vita nascente entro una dimensione dinamica, tuttavia attenta al principio di legalità.

CAPITOLO 3

RIFLESSIONI DI NATURA COMPARATA E PROSPETTIVE *DE IURE* CONDENDO

SOMMARIO: 1. L'assenza di consenso europeo ed internazionale; 2. Riflessioni di natura comparata; 2.1. La tutela dell'embrione nell'ordinamento francese; 2.2. La tutela dell'embrione nell'ordinamento tedesco; 2.3. La tutela dell'embrione nell'ordinamento austriaco; 2.4. La tutela dell'embrione nell'ordinamento spagnolo; 3. La tutela dell'embrione nell'ordinamento britannico; 3.1. Il Warnock Report; 3.2. Lo Human Fertilisation and Embriology Act 1990; 3.3. La tutela dell'autodeterminazione nello HFEA: il consenso informato; 3.4. La regola dei 14 giorni (14-day rule); 3.5. Lo statuto dell'embrione nella disciplina britannica; 3.6. L'abbandono della logica binaria nelle moderne teorie britanniche; 4. Prospettive de iure condendo per l'ordinamento italiano.

1. L'assenza di consenso europeo ed internazionale.

Le tecniche messe a punto dalla medicina e dalla ingegneria nella produzione di embrioni in vitro «sollevano delicate questioni di ordine etico per le quali non esiste un consenso su scala europea» e per questo motivo «agli Stati in linea di principio deve essere riconosciuto un ampio margine di apprezzamento»⁷³⁰. Questo l'adagio reiterato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nelle complesse questioni vertenti sull'inizio e sul fine vita.

Nella nota vicenda Paradiso e Campanelli contro Italia, tuttavia, la Grande Camera ha rinviato alle indicazioni fornite nella pronuncia S.H. contro Austria⁷³¹. Nella pronuncia citata, pur senza condannare lo Stato austriaco per la restrittiva disciplina della fecondazione eterologa, la corte di Strasburgo ha auspicato un'apertura maggiore del diritto alla dimensione tecnico-scientifica, rispetto alla quale il legislatore è chiamato ad

⁷³⁰ Corte EDU, Grande Camera, 24 gennaio 2017, Paradiso e Campanelli c. Italia, ric. N. 25358/12, in www.giustizia.it, § 183-184.

⁷³¹ *Supra* cap. 1.

un'opera di aggiornamento periodico e meditato, onde evitare la celere obsolescenza del rigido dato normativo a detrimento dei destinatari della legge.

Si auspica una contaminazione tra diritto e scienza, «la cui “necessità costituzionale” è testimoniata dal fatto che, se non rispettata a monte all'interno del procedimento legislativo, essa è recuperata e imposta a valle attraverso le logiche del giudizio di legittimità costituzionale o addirittura per effetto dell'applicazione diretta dei principi costituzionali»⁷³².

2. Riflessioni di natura comparata.

Sulla scorta di quanto illustrato, l'argomento comparatistico può essere utile per analizzare l'approccio impiegato dal legislatore straniero e così comprendere le modalità di utilizzo delle nozioni scientifiche nella trama normativa.

L'esame delle normative straniere consente poi di cogliere le differenti tutele apprestate nelle discipline che hanno ispirato la legge 40 e come le medesime si sono evolute nel corso dei decenni, a differenza della disciplina italiana.

L'analisi, inoltre, permette di apprezzare il diverso approccio nella costruzione dello statuto giuridico riservato all'embrione, individuare le lacune *de iure condito* della legge italiana e, da ultimo, tratteggiare alcune osservazioni *de iure condendo*.

Per questo motivo, si propone lo studio degli ordinamenti francese, tedesco, austriaco e spagnolo, in primo luogo. Selezionati perché considerati dalla dottrina maggioritaria come gli ordinamenti più simili all'esperienza italiana, ma, come si avrà modo di osservare nel prosieguo, ciascuna delle regolamentazioni è notevolmente mutata rispetto al suo originale impianto, al fine di fronteggiare le “sopravvenienze” in ambito scientifico, sociale e giuridico.

Particolare attenzione, in secondo luogo, sarà dedicata all'ordinamento britannico, applicato nelle c.d. *Home nations*, quali Inghilterra, Scozia, Galles e Irlanda del Nord. Tale ordinamento è stato selezionato in quanto rappresenta l'esempio di disciplina più lontana dall'esperienza italiana, ma al contempo il dettato normativo più avanzato nell'opera di

⁷³² S. Penasa, *La legge della scienza*, cit., p. 3.

integrazione della scienza nelle regole giuridiche, oltre che la disciplina ispiratrice della maggior parte delle attuali normative, europee e non, in materia⁷³³.

In tal caso, la comparazione consentirà all'interprete di appurare come, pure in considerazione delle profonde differenze tra l'ordinamento italiano e la legge britannica, i dubbi sull'inquadramento sistematico dell'embrione permangono e le teorie sulla sua natura giuridica del medesimo siano molteplici. Ciononostante, il legislatore britannico è riuscito nell'impresa, quantomai ardua per il biodiritto, a costruire un razionale, organico e dinamico *corpus* di norme tese a regolamentare ogni aspetto riguardante le cellule riproduttive e gli embrioni, dalla procreazione assistita alla ricerca scientifica. In questo modo, il giurista non è chiamato a risolvere i dubbi interpretativi sulla base della categoria generale entro cui l'embrione si colloca.

2.1. La tutela dell'embrione nell'ordinamento francese.

L'ordinamento francese ha avviato il suo processo di integrazione delle scoperte scientifiche della medicina riproduttiva nel 1994.

Come in Italia, le pratiche di fecondazione artificiale risultavano all'epoca già diffuse da decenni e già sottoposte all'attenzione dei tribunali⁷³⁴.

Le disposizioni introdotte negli anni '90 costituiscono la sintesi delle opinioni espresse in sede di consultazione popolare e, segnatamente, nell'ambito degli *état généraux de la bioéthique*.

⁷³³ Lo studio della materia è stato approfondito mediante un periodo di ricerca presso la University of Edinburgh, in Scozia, polo di eccellenza per lo studio della disciplina giuridica britannica dedicata alle cellule riproduttive e agli embrioni, su invito del Prof. Gerard Porter, docente di Medical Law, direttore del dipartimento di Ethics and Integrity della Edinburgh Law School, nonché componente del Mason Institute for Medicine, life sciences and the Law.

⁷³⁴ Tribunal Grande Instance de Créteil, 1° agosto 1984, in *Dir. fam.*, 1984, p. 1058 ss., la vicenda, nota ormai nella letteratura come *affaire Parpalaix*, concerneva l'ammissibilità della fecondazione *post mortem*. Nel caso in esame, i giudici del TGI Créteil hanno escluso la liceità della fecondazione postuma, in difetto della prova del consenso del marito defunto alla fecondazione di tale tipo, in ragione della peculiarità dei contratti impiegati nella prassi dai Cecos, ossia dei Centre d'études et de conservation de l'oeuf et du sperme humain. In particolare, era ormai diffuso l'impiego di contratti di adesione alle tecniche di fecondazione assistita recanti una clausola che richiede, ai fini della restituzione dell'embrione o della cellula, la presenza ed il rinnovo del consenso di entrambi gli aderenti alle tecniche, così da impedire al singolo di impiegare la cellula o l'embrione in assenza o dopo la morte del partner. Sul tema sono pure intervenuti il Tribunal Grande Instance de Toulouse, 26 marzo 1991, in *JCP*, 1991, 2, n. 21807, con riferimento alla ammissibilità della fecondazione *post mortem* determinata dall'utilizzo postumo dello sperma crioconservato del partner deceduto; Tribunal Grande Instance de Rennes, 30 giugno 1993, in *JCP*, 1993, 2, n. 22250, con riferimento all'impiego postumo di embrioni crioconservati. Per una analisi del tema, si veda Rubellin-Devichi, Procreation médicalement assistée, assistance médicale à la procreation: trop de législation?, in *JCP*, 1994, 1, n. 3771.

Il legislatore francese, diversamente da quello italiano, non ha introdotto una legge dedicata esclusivamente alla procreazione medicalmente assistita, ha invece predisposto un reticolato normativo⁷³⁵ composito e di più ampio respiro, contenuto nelle c.d. *lois bioéthique*.

Le leggi citate recano la disciplina del trattamento e della donazione degli elementi e dei prodotti del corpo umano⁷³⁶, in secondo luogo, le norme sulla fecondazione assistita (c.d. assistenza medica alla procreazione) e sulla diagnosi genetica preimpianto. Con il citato intervento normativo è stato modificato, poi, il Codice della sanità pubblica e normate le donazioni di sangue e midollo osseo, tessuti e cellule che trovano un simile trattamento anche nell'ordinamento italiano, nonostante la separata disciplina.

Le tecniche di fecondazione assistita sono consentite a prescindere dal riscontro di condizioni di infertilità o sterilità, questo uno dei tratti più significativi della legge francese. Si tratta di procedure cui non viene riconosciuta una funzione squisitamente terapeutica, difatti varie possono essere le ragioni giustificative che spingono all'adesione a tali tecniche. Più in generale i trattamenti di procreazione assistita vengono intesi come strumento per la realizzazione di un programma familiare perseguito dagli aderenti, in conformità all'art. 8 CEDU, e ciò non solo per le coppie coniugate o stabilmente conviventi di diverso sesso, come accade a norma della l. n. 40/2004, ma anche per le persone singole e per le coppie *same sex*.

Le *lois bioéthique* non prevedono limitazioni al numero di embrioni da produrre all'esito dell'adesione alle tecniche, né è previsto l'obbligo di trasferimento uterino di tutti gli embrioni prodotti. Conseguentemente la produzione di embrioni sovrannumerari rispetto a quelli impiantabili ha indotto il legislatore a prevedere la crioconservazione dei gameti e degli embrioni.

Non sono previsti termini massimi o intermedi per il deposito in crioconservazione presso le bio-banche e l'impiego delle cellule crioconservate può dar luogo alla fecondazione *post mortem*.

Ad ogni modo, laddove non impiantate in via intrauterina, le cellule specializzate rimangono nella disponibilità dei pazienti aderenti ai trattamenti. Sicché il legislatore, pur

⁷³⁵ L. 94-654 del 29 luglio 1994, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, in *Legifrance.gouv.fr*.

⁷³⁶ Le leggi hanno modificato il codice della sanità pubblica, dunque prevedono anche le regole della donazione di sangue e midollo osseo e dell'espanto e trapianto di organi.

non avendo previsto una disciplina rigida per il deposito e la custodia delle cellule in crioconservazione, contrassegnata da termini perentori per la clinica e gli aderenti, attribuisce alla coppia, e non alla clinica o alla bio-banca, il potere di disposizione dei gameti e degli embrioni, anche in difetto di un legame genetico con le medesime.

La legge, sul punto, si fa carico di individuare le sorti dell'embrione soprannumerario: i pazienti aderenti alle procedure di P.M.A. dovranno essere interpellati dalle cliniche autorizzate annualmente, per fornire la propria determinazione.

Con l'atto di destinazione in discorso i soggetti citati sono ammessi a decidere tra il mantenimento in crioconservazione in attesa di futuro impianto, anche successivo al decesso di uno dei due, e la distruzione dell'embrione, la donazione alla ricerca o per la donazione per l'altrui adozione.

Nonostante il "potere di disposizione" degli aderenti sull'embrione crioconservato, la disciplina non è priva di garanzie, in quanto la determinazione attorno alle sorti delle cellule è preceduta da un vaglio di legittimità da parte del giudice, con il limite del merito. Dunque, l'opportunità della destinazione prescelta è insindacabile da parte dell'autorità giudiziaria, che diviene organo deputato alla legalità del procedimento di crioconservazione.

Il legislatore ha sancito i principi di volontarietà, gratuità e anonimato delle donazioni (art. 2), escludendo peraltro qualsiasi responsabilità del donatore in caso di revoca del consenso alla donazione e all'impiego del proprio gamete. Il dato non è di poco momento: basti considerare il dibattito generato dalla carenza di una simile disposizione nell'ordinamento italiano⁷³⁷.

Il costo delle procedure, inoltre, può essere rimborsato dal Servizio Sanitario nazionale francese. Tale beneficio difetta di limitazioni di età e in ordine al numero di procedimenti attivabili, come previsto nel recente intervento normativo italiano⁷³⁸.

La disciplina reca uno strumento teso a rendere più dinamiche le disposizioni normative: sono state introdotte delle clausole funzionali all'aggiornamento periodico. Non soltanto sono previsti termini per la riforma, ma tali interventi normativi sono stati resi obbligatori.

⁷³⁷ *Supra* cap. 1.

⁷³⁸ *Supra* cap. 1.

Con simili clausole di gestione delle sopravvenienze scientifiche si rende atto dovuto e ricorrente, in segmenti temporali predeterminati dalla legge stessa, pari a cinque anni, il raccordo del dato normativo ai più recenti approdi scientifici, sociali e giuridici.

La reiterata modifica del reticolato segue solitamente ad una consultazione pubblica periodica, un dialogo a più voci, tra giuristi, scienziati esperti e soggetti del panorama politico, sebbene siffatto contraddittorio costituisca una fase solo facoltativa ed eventuale. Ciononostante, si tratta di momento di raccordo capace di cogliere la visione del popolo sulle delicate questioni bioetiche distillate nel *codé de la santé publique*.

All'esito delle riforme delle *lois bioéthique*⁷³⁹, l'ordinamento francese ha consentito anche la ricerca sulle cellule staminali embrionali con la *Loi tendant à modifier la loi n. 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires*, l. n. 715 del 2013.

Si tratta di una rilevante inversione di tendenza rispetto al passato. L'impostazione protezionistica rispetto all'embrione adottata dagli ordinamenti dell'Europa continentale aveva come esempio paradigmatico quello francese, fino a meritare l'appellativo di *French way*, in contrapposizione alla impostazione libertaria, detta *English way*⁷⁴⁰.

Il particolare approccio francese si era, infatti, cristallizzato pochi anni dopo rispetto alla entrata in vigore delle leggi bioetiche, con un decreto dedicato agli studi sugli embrioni umani in vitro, il quale vietava ogni attività di menomazione della blastocisti, ossia ogni attività di studio in grado di modificare il patrimonio genetico dell'embrione o in grado di alterare la sua capacità di sviluppo⁷⁴¹.

Nel 2011 la Francia abbandona la *French way*, aprendo alla possibilità di condurre studi scientifici sugli embrioni, alle condizioni individuate dalla legge.

Nel rispetto della Convenzione di Oviedo e del suo protocollo aggiuntivo, il legislatore ha operato un bilanciamento degli interessi tra la tutela dell'embrione e l'interesse alla ricerca scientifica, attribuendo prevalenza alla seconda poiché funzionale alla tutela della salute.

⁷³⁹ Per una ricostruzione del dibattito, della consultazione popolare e delle riforme occorse sulla disciplina francese, si veda S. Penasa, *op. ult. cit.*, p. 51, 150-180, 271-272.

⁷⁴⁰ Così, F.D. Busnelli-E. Palmerini, *op. cit.*, § 7, n. 73.

⁷⁴¹ Decreto 27 maggio 1997, n. 97-613.

Più nel dettaglio, con l'intervento di riforma è stato superato il precedente sistema fondato sul divieto assoluto di ricerca, in favore di un assetto normativo che ammette la ricerca per casi tipizzati dalla legge⁷⁴².

Anche il *Code civil* francese, al pari del codice italiano, prevede all'art. 16 l'inviolabilità della persona e l'indisponibilità del corpo umano, ciononostante le regole contenute nelle *lois bioéthique* richiamate non appaiono in contrasto con il *Code* – a parere del *Conseil Constitutionnel* – poiché non intaccano i principi di inviolabilità, integrità ed assenza del carattere patrimoniale del corpo umano o, ancora, l'integrità della specie umana⁷⁴³.

Ciononostante, con la previsione di tecniche di crioconservazione, di donazione per l'adozione o per la ricerca⁷⁴⁴, di diagnosi preimpianto, di soppressione dell'embrione, oltre che di impiego ai fini di ricerca scientifica, il legislatore non ascrive all'embrione la tutela della persona fisica, non è soggetto di diritto ma semmai entità cosale sottoposta a peculiare protezione ed estranea alla categoria dei beni in senso giuridico.

Anzi il principio del rispetto della vita umana in tale fase, che va dallo stadio di cellula riproduttiva a embrione preimpianto, appare non applicabile, parimenti il principio di uguaglianza tra soggetti già nati ed embrioni in provetta non appare applicabile⁷⁴⁵.

Per questi motivi, sebbene l'ordinamento francese non assuma una posizione espressa attorno allo statuto giuridico dell'embrione, nelle regole illustrate si depone in via univoca nel senso della tutela di una *res*. Rappresentativo di tale statuto giuridico è il potere di distruzione e di disposizione da parte del titolare del potere di controllo sulla

⁷⁴² S. Hennette-Vauchez, *Words Count: How interest in Stem Cell Has Made the Embryo Available – A look at the French Law of Bioethics*, in *Medical Law Review*, 2008, 17, 1, p. 60 ss., l'A. definisce la scelta del legislatore francese di introdurre un *numerus clausus* di casi entro cui è ammessa la ricerca sugli embrioni quali forme di eccezione ad una clausola di proibizione: «exception to a prohibition clause».

⁷⁴³ Conseil Constitutionnel, 27 luglio 1994, n° 94-343-344, in *Conseilconstitutionnel.fr*.

⁷⁴⁴ La ricerca scientifica sugli embrioni, così come l'accesso a coppie non sposate, dello stesso sesso, di singoli e di soggetti non affetti da infertilità erano originariamente vietate nella struttura del 1994 ma successivamente abrogate con l'ordonnance n° 2000-548 du 15 juin 2000 relative à la partie Législative du code de la santé publique, in *Legifrance.gouv.fr* e recepite nella riforma del 2004.

⁷⁴⁵ Conseil Constitutionnel, 27 luglio 1994, n° 94-343-344, cit., § 9: «Considérant que le législateur a assorti la conception, l'implantation et la conservation des embryons fécondés in vitro de nombreuses garanties ; que cependant, il n'a pas considéré que devait être assurée la conservation, en toutes circonstances, et pour une durée indéterminée, de tous les embryons déjà formés ; qu'il a estimé que le principe du respect de tout être humain dès le commencement de sa vie ne leur était pas applicable ; qu'il a par suite nécessairement considéré que le principe d'égalité n'était pas non plus applicable à ces embryons».

blastocisti. In tal senso depongono pure le i limiti di utilizzazione e la preclusione a forme di patrimonializzazione (art. 8): «*Un embryon humain ne peut être conçu ni utilisé à des fins commerciales ou industrielles*». Si tratta di un approdo simile a quello che ha caratterizzato le pronunce della CGUE⁷⁴⁶.

Sulla tutela della vita nascente, il *Conseil constitutionnel* è stato chiamato a pronunciarsi non soltanto con riferimento alla conformità a Costituzione della disciplina della interruzione della gravidanza, ma anche in ordine alle sorti degli embrioni soprannumerari⁷⁴⁷.

Nel caso sottoposto al vaglio della Corte costituzionale francese, è stato osservato come sia un dato incontrovertito la previsione di plurime garanzie attorno all'impiego di cellule riproduttive e di embrioni da parte del legislatore, ciononostante si ritiene che a tali cellule non possano applicarsi il principio del rispetto della dignità previsto per ogni essere umano dall'inizio della sua vita ed il principio di uguaglianza. Non esiste – dice la corte - neppure un valore costituzionale invocabile per la protezione del patrimonio genetico umano.

Per le ragioni esposte, sono ammesse nell'ordinamento francese senza rischi di frizione con il dettato costituzionale le tecniche di crioconservazione, di diagnosi genetica preimpianto, nonché la distruzione degli embrioni in sovrannumero.

Il *Conseil constitutionnel* si è pronunciato pure sulla conformità costituzionale della legge sull'impiego di embrioni a scopi di ricerca⁷⁴⁸. La corte ha affermato che la nuova disciplina ha circondato l'impiego di embrioni ai fini di ricerca scientifica di garanzie idonee e sufficienti, come richiesto dalla Convenzione di Oviedo all'art. 18. Gli embrioni possono essere destinati alla ricerca solo in conformità ad un consenso validamente espresso, sulla base di una informazione compiuta in ordine al trattamento e alla destinazione, limitatamente ai casi previsti dalla legge. Dunque, sono il procedimento legalmente previsto e le connesse garanzie a legittimare la destinazione in discorso.

La destinazione alla ricerca scientifica, dice il *Conseil constitutionnel*, non risulta in contrasto con il principio di salvaguardia della dignità della persona umana. Anzi, in

⁷⁴⁶ *Supra* cap. 2 § 6.4.4.

⁷⁴⁷ Conseil constitutionnel, 27 giugno 1994, n. 343-344, in *conseil-constitutionnel.fr*.

⁷⁴⁸ Conseil constitutionnel, 1° agosto 2013, n. 674, sulla Legge che tende a modificare la legge n° 2011-814 del 7 luglio 2011 relativa alla bioetica autorizzando in determinate condizioni la ricerca sull'embrione e le cellule staminali embrionali, in *conseil-constitutionnel.fr*.

determinate condizioni la ricerca su embrioni e cellule staminali embrionali è coerente con la Costituzione.

Tali arresti e, in particolar modo, l'apertura dell'ordinamento alla ricerca scientifica sull'embrione per il conseguimento di linee cellulari depongono, seppure timidamente, nel senso della attribuzione all'embrione della natura di cosa in senso giuridico, sottoposta a pervasive garanzie costituzionali ed ordinamentali.

2.2. La tutela dell'embrione nell'ordinamento tedesco.

Anche la Germania, come detto per la Francia e come si vedrà nel prosieguo per il Regno Unito, ha adottato una legge a tutela degli embrioni⁷⁴⁹ e non una disciplina dedicata esclusivamente ad uno solo dei trattamenti sugli embrioni e sulle cellule, quale è la procreazione medicalmente assistita.⁷⁵⁰

Tali regole sono state inserite nella *Embryonenschutzgesetz*, letteralmente legge sulla tutela dell'embrione.

La legge *de qua* deve essere letta in via combinata con una serie di regole *aliunde* previste ma non meno pertinenti, ovverosia le regole contenute nel codice civile per il trattamento delle cellule, la disciplina in materia di donazione di cellule e tessuti nonché le norme sull'impiego delle cellule staminali.

Ciononostante, la legge tedesca ha sempre rappresentato l'esempio più vicino alla normativa italiana, almeno secondo le considerazioni svolte dalla dottrina⁷⁵¹ e, nel suo impianto originario, costituisce ulteriore esempio di ordinamento adesivo alla *French way*.

⁷⁴⁹ *Embryonenschutzgesetz* (ESchG), 13 dicembre 1990, adottata all'esito dei lavori della c.d. "Commissione Benda", istituita dal governo tedesco nel 1984 per lo studio e la discussione delle problematiche connesse al tema della procreazione medicalmente assistita. All'esito dei suoi lavori, la Commissione, avente natura interdisciplinare, ha concluso nel senso di precludere ogni attività di manipolazione dell'embrione, interventi di selezione ed ingegneria genetica, surrogazione di maternità e produzione di embrioni a fini scientifici. Per un approfondimento del tema, si veda cfr. Bundesminister für Forschung und Technologie, Benda Kommission, *Invitro-Fertilisation, Genomanalyse und Gentherapie: Bericht der gemeinsamen Arbeitsgruppe des Bundesministers für Forschung und Technologie und des Bundesministers der Justiz*, München, 1985. Per una analisi, si veda R. Arnold, *Questioni giuridiche in merito alla fecondazione artificiale nel diritto tedesco*, in Aa.Vv., *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, C. Casonato-T.E. Frosini (a cura di), Torino, 2006, p. 5 ss.; L. Lodevole, *Embrioni abbandonati*, cit., p. 116-121.

⁷⁵⁰ Aa.Vv., *L'illegittimità costituzionale del divieto della "fecondazione eterologa"*. *Analisi critica e materiali*, M. D'Amico-M.P. Costantini (a cura di), Milano, 2015, p. 338-339.

⁷⁵¹ A.M. Cabitza, *Lo statuto dell'embrione: tra dignità umana e progresso scientifico*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, 2, p. 620 ss.; Aa.Vv., *Le pratiche di maternità surrogata nel mondo: analisi comparatistica tra legislazioni proibizioniste e liberali*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 2, p. 683 ss.

Il *trait d'union* è rappresentato dalle modalità con cui siffatta normativa realizza la protezione dell'embrione, ossia attraverso una trama costellata da divieti e sanzioni⁷⁵², con appena tre articoli dedicati alla creazione e all'impiego degli embrioni, nonché la chiara attribuzione di una funzione eminentemente terapeutica alle tecniche di fecondazione artificiale.

Notevoli le somiglianze tra la legge tedesca e la legge italiana, quantomeno nella sua formulazione al netto degli interventi erosivi della Consulta italiana.

In particolare, sono stati sanciti i divieti di soppressione embrionaria, di creazione di un numero di embrioni superiore al necessario, di fecondazione *post mortem*, anche in tal caso al singolare nonostante la pluralità di trattamenti riconducibili al *genus*⁷⁵³, di trasferimento di più di tre embrioni in unico ciclo, di accesso a coppie non coniugate, *same sex* o a singoli. Inoltre, è preclusa la donazione di ovociti e le pratiche di surrogazione⁷⁵⁴ della maternità, di trasferimento arbitrario di embrioni, di clonazione, di ibridazione e formazione di chimere. È punita anche la formazione di embrioni per scopi diversi da quelli riproduttivi, ancorché la condotta si sia arrestata allo stadio del tentativo.

È vietata e sanzionata la selezione sessuale, anche laddove operata per ovviare alla trasmissione di malattie ereditarie, quali il diabete. Diversamente, è ammessa entro certi limiti la diagnosi genetica preimpianto, allorché il meccanismo diagnostico è teso in via esclusiva alla prevenzione di malattie genetiche ereditarie elencate dal legislatore⁷⁵⁵.

Quanto alle forme di fecondazione, ruolo principale è accordato alla fecondazione omologa. Inoltre, è ammessa la fecondazione eterologa *in vivo* e *in vitro*⁷⁵⁶, ma solo in caso di donazione di gamete maschile da parte di soggetti terzi. Tale procedura, poi, in virtù di

⁷⁵² *Ex multis*, A. Gentilomo-A. Piga-S. Nigrotti, *La procreazione medicalmente assistita nell'Europa dei quindici. Uno studio comparatistico*, Milano, 2005, p. 18.

⁷⁵³ *Supra* cap. 1.

⁷⁵⁴ Per un approfondimento sulle tipologie di gestazione per altri vietate, si veda R. Keller-H.L. Günther-P. Kaiser, *Embryonenschutzgesetz. Juristischer Kommentar mit medizinisch, in Naturwissenschaftlichen Grundlagen*, 2014.

⁷⁵⁵ BGH, 6 luglio 2010, 5 StR 386/09, in *OpenJur* 2010, rv. 11976. Secondo il Bundesgerichtshof, dunque, la diagnosi preimpianto effettuata sulle cellule embrionali pluripotenti non configurerebbe una fattispecie sanzionabile penalmente. Dopo la citata pronuncia, il legislatore ha provveduto nel 2011 ad una riforma del dettato normativo con la introduzione di una disciplina ad hoc per la diagnosi genetica preimpianto: Gesetz zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik del 21 novembre 2011. In particolare, è stato inserito l'art. 3a ESchG, recante le disposizioni in materia di Präimplantationsdiagnostikgesetz – PräimpG con la successiva adozione di uno specifico regolamento attuativo, Verordnung zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik. Sul punto, G. Bezerra Sales, *Überzählige Embryonen in der Reproduktionsmedizin*, Baden- Baden, 2014, p. 218 ss.

⁷⁵⁶ *Supra* cap. 1.

un più stringente principio di gradualità, è consentita solo in caso di esito negativo delle tecniche autologhe o omologhe.

Alla legge complementare penale si devono associare il Codice di Previdenza sociale, per quanto riguarda l'individuazione dei requisiti per l'accesso al sussidio statale in caso di ricorso alla fecondazione assistita⁷⁵⁷, e le Linee guida per la realizzazione della procreazione assistita del 17 febbraio 2006⁷⁵⁸.

Sebbene le disposizioni tedesche in materia risultino essere restrittive, sin dall'indomani della entrata in vigore è stato avviato un dibattito attorno alla liceità della ricerca scientifica sugli embrioni. La questione è stata vagliata da ben due commissioni di studio e con la riforma del 2002⁷⁵⁹ il legislatore teutonico ha consentito la ricerca scientifica sulle sole cellule staminali embrionali estratte fino al 1° gennaio 2002 e non anche sugli embrioni prodotti successivamente. Il termine è stato prorogato per consentire la ricerca sugli embrioni residuali prodotti fino al 2007.

Si tratta di una soluzione che può senza dubbio considerarsi eccentrica, poiché giustificata dalla tutela della dignità dell'embrione, ma solo a decorrere dal 2007. Tuttavia, si rivela una opzione razionale ed apprezzabile, poiché il legislatore si mostra conscio della necessità, oltre che della opportunità, di proseguire le ricerche in corso, fondate sulla manipolazione delle cellule e segnatamente delle cellule staminali embrionali già estratte. In tal modo, peraltro, è stato limitato il fenomeno degli embrioni in soprannumero abbandonati presso i centri di raccolta e le cliniche autorizzate.

Oltre al notevole numero di sanzioni pecuniarie⁷⁶⁰, dal grado afflittivo per vero assai inferiore a quelle previste dalla legge italiana, il legislatore provvede ad una definizione di embrione, ai sensi dell'art. 8.

La disposizione menzionata, lungi dall'essere un mero recepimento di una nozione scientifica, è intrisa di risvolti applicativi.

⁷⁵⁷ Sozialgesetzbuch (SGB V), §27a, Gesetzliche Krankenversicherung.

⁷⁵⁸ Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen über ärztliche Maßnahmen zur künstlichen Befruchtung, nella versione del 14 agosto 1990, modificata il 16 marzo 2017. Il testo integrale è consultabile su www.gba.de/informationen/richtlinien/1/.

⁷⁵⁹ Gesetz zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen (Stammzellgesetz) StZG, 28 giugno 2002, B.G.B., 2002, 1, p. 2277.

⁷⁶⁰ Si badi però perché le sanzioni pecuniarie previste dall'ordinamento tedesco appaiono assai più lievi delle gravose sanzioni detentive, pecuniarie e interdittive previste dall'ordinamento italiano a fronte di condotte identiche.

Il legislatore tedesco all'art. 8 individua il momento a partire dal quale le regole a presidio dell'embrione trovano applicazione. Costituisce embrione «la cellula uovo fecondata e capace di svilupparsi già dal momento della fusione dei nuclei, ma anche qualsiasi cellula totipotente prelevata da un embrione che sia capace di essere divisa e di svilupparsi in un individuo, in presenza delle opportune condizioni».

Questa fase, a partire dalla quale la legge tedesca tutela l'essere umano *in fieri*, si riscontra «nelle prime ventiquattro ore dopo la fusione nucleare» all'esito delle quali «la cellula uovo fecondata umana è considerata in grado di svilupparsi, a meno che non sia stato stabilito prima della fine di questo periodo che non può svilupparsi oltre lo stadio a cellula singola». Non si ha un embrione, secondo la legge tedesca, quando la cellula non ha l'attitudine a specializzarsi con la fecondazione, ma si ha un embrione quando si preleva una cellula dall'embrione dotata di totipotenzialità e idonea a svilupparsi.

Sicché il legislatore non fa distinzione tra embrione e pre-embrione o tra le più specifiche fasi di evoluzione della cellula specializzata all'esito della fecondazione e, per tale motivo, offre una tutela "forte" alla vita *in fieri*. Dunque, la protezione accordata all'embrione sin dalla fecondazione è assimilabile a quella riservata alla persona per l'ordinamento tedesco, a patto che vi sia l'idoneità a svilupparsi.

Tale assunto ha acquisito una particolare importanza nella applicazione in sede pretoria della legge e nella costruzione in via ermeneutica di uno statuto giuridico dell'embrione.

Emblematico è per l'appunto l'approdo della Corte costituzionale⁷⁶¹ federale che ha fatto applicazione del valore costituzionale della dignità umana, disposizione che cristallizza la grande conquista del popolo tedesco dopo la caduta del regime nazista⁷⁶².

Anche in capo alla vita in potenza, si accordano le tutele di un soggetto di diritto, in virtù dell'identità genetica che contraddistingue l'embrione dal momento della perdita della totipotenzialità e in considerazione – sostiene la giurisprudenza tedesca - della capacità dell'embrione di evolvere in persona in via autonoma sin dalla fusione dei nuclei⁷⁶³.

⁷⁶¹ BVerfGE, 28 maggio 1993, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1993, p.1751 ss.

⁷⁶² La rilevanza del riconoscimento del valore costituzionale della dignità umana si individua nella immodificabilità di tale regola.

⁷⁶³ Per un approfondimento, si veda C. Starck, *Verfassungsrechtliche Grenzen der Biowissenschaft und Fortpflanzungsmedizin*, in *Juristenzeitung*, 2002, p. 1065 ss.

L’embrione è dunque, nella definizione legislativa poc’anzi illustrata, un soggetto di diritto, a cui si riconosce la tutela costituzionale della dignità umana e il diritto alla vita, nei limiti in cui il legislatore prevede modalità di interruzione della gravidanza.

La nozione, tuttavia, rievoca le pronunce della CGUE nei casi *Brustle* e *International Stem Cell*: la blastocisti capace di svilupparsi costituisce un embrione per la legge tedesca, un soggetto di diritto ampiamente tutelato prima della nascita; la cellula specializzata priva di questa idoneità, invece, è estranea alla categoria e ricade nella categoria delle cose.

La nozione non solo è utile per comprendere l’inquadramento dell’embrione, risulta altresì rilevante per individuare le conseguenze che derivano dalla lesione arrecata agli embrioni.

Nella citata vicenda, la Corte costituzionale tedesca è stata chiamata a pronunciarsi sul c.d. caso *blackout*⁷⁶⁴, ovvero sulla responsabilità della clinica derivante da un blackout occorso nei locali di crioconservazione, da cui è conseguita la distruzione di tutti gli embrioni preservati. Si tratta di un caso costituisce la “cartina tornasole” della tutela dell’embrione, in quanto verificatosi in molti stati, europei e non, come in Inghilterra, Scozia, Australia, Israele, Germania, Francia e, come già illustrato, in Italia.

Sebbene nel nostro ordinamento il c.d. caso *blackout* non abbia avuto la risonanza che questo ha ricevuto nella letteratura e nella giurisprudenza straniera, l’analisi di tali vicende consente di individuare a quale titolo sia stato corrisposto dalle corti nazionali il risarcimento del danno per la perdita degli embrioni o delle cellule crioconservate in favore dei pazienti. In Germania, la distruzione dell’embrione, soggetto di diritto, importa la lesione del diritto costituzionale alla vita di cui all’art. 2 comma 2°.

Dal caso della distruzione degli embrioni per il cattivo funzionamento delle bio-banche differisce il caso della distruzione delle cellule riproduttive.

Il Bundesgerichtshof, nello stesso anno, è stato chiamato a pronunciarsi su un caso di distruzione delle cellule riproduttive maschili da parte della bio-banca⁷⁶⁵.

Il ricorrente, dopo aver appreso della propria patologia neoplastica, aveva deciso di crioconservare i propri gameti per un successivo utilizzo. La clinica specializzata dopo due anni dall’avvio della ibernazione dei gameti contattava i titolari dei campioni depositati per confermare la prosecuzione del deposito, reso difficoltoso per via del

⁷⁶⁴ *Supra* cap. 2.

⁷⁶⁵ Bundesgerichtshof, 9 novembre 1993, in *Familienrecht*, 1994, p. 154 ss.

raggiungimento della capienza massima. Il ricorrente rispondeva confermando la prosecuzione del deposito, ma tale conferma non veniva inserita nella cartella clinica e alla scadenza del termine il centro di raccolta distruggeva gli esemplari.

Per questo motivo, il soggetto agiva per il risarcimento del danno in ragione del danno alla integrità fisica, in violazione dell'art. 823 BGB, il quale al comma 1° prevede: «Chiunque violi intenzionalmente o negligenemente la vita, il corpo, la salute, la libertà, la proprietà o qualsiasi altro diritto di un altro è tenuto a risarcire l'altro per il danno risultante». La richiesta veniva respinta, in quanto si negava la sussistenza di una lesione del corpo, in ragione della separazione della parte e, nello specifico, dei gameti. Per tale motivo, la cellula crioconservata doveva essere considerata come «una cosa soggetta a regole proprie, e diverse da quelle che regolano il corpo nella sua integrità»⁷⁶⁶.

Sul punto la Corte di cassazione tedesca, però, raggiunge una diversa conclusione alla stregua di alcune precisazioni: vi sono casi in cui le parti del corpo si separano in modo irreversibile, come nel caso della donazione di un organo da trapiantare ad altri e più in generale nelle donazioni altruistiche; vi sono casi in cui le parti del corpo vengono separate sì, ma solo per poi essere reimpiegate nel medesimo corpo, come accade all'ovulo prelevato per la fecondazione omologa extrauterina in vitro. In quest'ultimo caso, la parte separata non soggiace al principio stabilito dalle corti di merito in quanto occorre considerare l'unità funzionale del corpo di origine, infatti l'ovulo viene separato per poi tornare nel corpo della donna e perseguire la sua funzione originaria.

Con riferimento ai gameti maschili, invece, questi vengono separati dal corpo maschile per non farvi più ritorno, ciononostante riescono a conservare la loro "unità funzionale" anche se collocati in un corpo diverso, come quello della donna, in quanto con tale collocazione, realizzata con la fecondazione dell'ovocita, si consente la realizzazione del diritto all'autodeterminazione del soggetto.

Ha osservato la corte: «da una parte, lo sperma è separato dal corpo del soggetto di diritto in maniera irreversibile; dall'altra è destinato a realizzare una tipica funzione del corpo, quella della riproduzione. Anche se la conservazione dello sperma sostituisce la funzione riproduttiva, essa ha per l'integrità del soggetto di diritto e per la sua capacità personale di realizzazione e decisione la stessa importanza di un ovulo o di un'altra parte del corpo, protetti dai §§ 823 e 847 del BGB. Allo stesso modo dell'ovulo prelevato e

⁷⁶⁶ S. Rodotà, *La vita e le regole*, cit., p. 79.

destinato ad essere reimpiantato dopo una fecondazione artificiale, nel caso considerato lo sperma rappresenta l'unica possibilità che il soggetto di diritto ha di procreare e di trasmettere le proprie informazioni genetiche». Dunque, la corte riconosce il risarcimento del danno per la lesione al corpo, ancorché “distribuito” nello spazio⁷⁶⁷.

Dunque, la giurisprudenza tedesca offre una più chiara lettura del dettato normativo: l'embrione è soggetto di diritto, tutelato come persona, alla stregua della sua definizione normativa e al netto delle regole in materia di interruzione volontaria della gravidanza nei primi tre mesi. Le cellule riproduttive, invece, sono parti del corpo, che seppure distaccate non divengono cose, per il tramite della teoria delle parti distaccate dal corpo, ma continuano ad essere parti di quel corpo, allorquando viene mantenuta la loro unità funzionale.

2.3. La tutela dell'embrione nell'ordinamento austriaco.

Anche l'Austria, durante i primi anni Novanta, ha introdotto una disciplina in materia di fecondazione artificiale, con la l. 7 luglio 1992, n. 275, *Fortpflanzungsmedizingesetz* (FMedG), ossia una legge federale per l'introduzione di norme sulle pratiche di riproduzione assistita, nonché di riforma del codice civile, della legge sul matrimonio e delle norme sulla giurisdizione.

La disciplina austriaca⁷⁶⁸, come quella italiana, è stata sottoposta al sindacato della Corte costituzionale austriaca⁷⁶⁹ e della Corte EDU. La trama normativa, tuttavia, è stata novellata in via reiterata per recepire tanto gli approdi della giurisprudenza costituzionale quanto le evoluzioni scientifiche occorse in più di venti anni di vigenza della legge⁷⁷⁰, in conformità con i principi espressi dalla Corte EDU.

⁷⁶⁷S. Rodotà, *La vita e le regole*, cit., p. 80.

⁷⁶⁸ Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG) del 4 giugno 1992, in www.ris.bka.gv.at. Per un approfondimento, si veda D.Morgan-E.Bernat, *Austrian law on procreative medicine*, in *Bull. Med. Ethics*, 1992, 83, p.; E.Bernat-E.Vranes, *The Austrian Act on Procreative Medicine: Scope, impacts, and inconsistencies*, *Journal of Assisted Reproduction and Genetics*, 1993, 10, fasc. 7, p. 449-452; E.Bernat, *Regulating "the artificial family": an Austrian compromise*, in *J. Int. Bioethique*, 1992, 3, p. 103-108.

⁷⁶⁹ VfSlg, 10 dicembre 2013, n. G16, in https://www.vfgh.gv.at/cma/vfgh-site/attachments/0/8/2/CMs1396267035063/fortpflanzungsmedizing_g16-2013ua.pdf.

⁷⁷⁰ Il pensiero corre alla Fortpflanzungsmedizingesetz-Novelle, l.n. 163 del 2004, la legge delle unioni registrate del 2009 e, infine, la FMedRAG, l. n. 35 del 2015.

Si evidenzia, allora, un approccio diffforme rispetto a quello attendista adottato dal legislatore italiano, il quale è parso insensibile alle pronunce ed ai moniti della Consulta e della Corte di Strasburgo.

La prima legge introdotta nell'ordinamento austriaco risultava molto restrittiva: erano preclusi molteplici trattamenti, quali la donazione di ovociti, la diagnosi genetica preimpianto, la fecondazione eterologa mediante donazione di gameti maschili, l'accesso alle procedure per le coppie dello stesso sesso. La legge ascriveva alla madre gestazionale la maternità, escludendo la rilevanza di gestazione per altri o della donazione di gameti, al fine di evitare lo sfruttamento e la mercificazione del corpo femminile.

Si consentiva l'accesso ai trattamenti alle sole coppie di coniugi o coppie stabili di persone di sesso diverso, al ricorrere delle condizioni previste dalla legge. Alle coppie eterosessuali di conviventi era consentito l'accesso alle tecniche in discorso solo in presenza della c.d. *eheähnliche Gemeinschaften*, letteralmente una "somiglianza" rispetto al matrimonio, che dalla dottrina veniva intesa come un rapporto duraturo e stabile⁷⁷¹.

La fecondazione artificiale, come previsto dalle disposizioni definitorie, costituiva espressamente una forma di induzione della gravidanza attraverso l'utilizzo di tecniche mediche alternative alla riproduzione sessuata impedita da condizioni di infertilità. La disciplina, dunque, aveva una funzione eminentemente terapeutica, funzionale al trattamento di specifiche patologie o, più in generale, forme di sterilità; solo alcune procedure risultavano ammesse e, conseguentemente, si determinava una disparità di trattamento tra i consociati.

L'impostazione adoperata dal legislatore austriaco ha sorpreso gli interpreti nazionali ed è stata criticata dagli *stakeholders*, in raffronto alla regolamentazione più permissiva e all'avanguardia in punto di interruzione della gravidanza risalente a soli pochi anni prima, in anticipo sui tempi anche rispetto agli altri paesi dell'Europa occidentale⁷⁷².

La conseguenza di una impostazione così restrittiva è stata quella di incentivare gli operatori del settore ad avviare collaborazioni con le cliniche P.M.A. autorizzate alle tecniche proibite in Austria, così da inviare i propri pazienti negli stati vicini per

⁷⁷¹ Sul punto, L. Lodevole, *Embrioni "abbandonati"*, cit., p. 129.

⁷⁷² F.P. Busardò-M. Gulino-S. Napoletano-S. Zaami-P. Frati, *The Evolution of Legislation in the Field of Medically Assisted Reproduction and Embryo Stem Cell Research in European Union Members*, in *BioMed. Res. Int.*, 2014, p. 1-14.

sottoporsi alle tecniche necessarie, come ancora oggi accade in Italia. Si incentivava dunque il c.d. turismo procreativo.

Dopo l'introduzione dell'istituto delle unioni registrate (*Eingetragene Partnerschaften*) per le persone dello stesso sesso nel 2009, il legislatore è intervenuto sulla normativa sulla fecondazione assistita allo scopo di escludere le coppie omoaffettive dalla schiera di pazienti ammessi, ancorché caratterizzate da un rapporto affettivo duraturo e stabile dotato di giuridica rilevanza.

Alla modifica, però, ha fatto seguito un intervento demolitorio della Corte costituzionale⁷⁷³, per la violazione del principio di uguaglianza da parte della legge.

Alla pronuncia è seguita non solo l'apertura alle coppie dello stesso sesso unite in una unione civile, ma anche ai soggetti in una relazione omoaffettiva con un rapporto affettivo stabile e conviventi.

Dopo un lungo periodo di acceso dibattito tra l'ÖVP, il partito dei conservatori, ed il partito socialdemocratico, SPÖ, in ordine alle modifiche necessarie della disciplina della fecondazione artificiale, l'*impasse* è stato superato con una serie di riforme che hanno inciso in via profonda sull'originario articolato⁷⁷⁴.

La disciplina, modificata dalla l. n. 32/2015, consente la donazione di ovociti, la diagnosi genetica preimpianto, la fecondazione eterologa, l'accesso alle tecniche di procreazione assistita anche in difetto di un rapporto di coniugio, purché i pazienti rilascino una dichiarazione con atto notarile o si presentino dinanzi all'autorità giudiziaria.

L'accesso è consentito alle coppie omoaffettive, limitatamente alle persone di sesso femminile: ciò in quanto alle donne è sufficiente il ricorso alla fecondazione eterologa, mentre alle coppie di uomini occorre la surrogazione della maternità. Tecnica, quest'ultima, ancora vietata dalla legge.

Anche in Austria la P.M.A. è consentita solo quando, secondo le attuali conoscenze scientifiche e l'esperienza, tutti gli altri trattamenti possibili e accettabili di induzione di una gravidanza sono falliti o sono vani, nonché entro i limiti di età fissati dalla legge. La normativa, dunque, soggiace ad un generale principio di gradualità. Ciononostante, gli

⁷⁷³ VfSlg, n. G16/2013, cit.

⁷⁷⁴ Per una precisa ricostruzione della evoluzione della legge austriaca in materia, si veda E. Griessler-M. Hager, *Changing direction: the struggle of regulating assisted reproductive technology in Austria*, in *Reprod. Biomed. Soc. Online*, 22 febbraio 2017, p. 68-76.

interventi di riforma hanno depotenziato, se non del tutto eliminato, la funzione terapeutica della procreazione artificiale.

Permangono, invece, i divieti di fecondazione *post mortem* e di gestazione per altri, inoltre, oltre che il divieto di commercializzazione di gameti ed embrioni e di pubblicizzazione delle tecniche di donazione degli ovociti, in conformità alla medesima *ratio* che ne giustificava la proibizione assoluta.

Per quanto concerne la ricerca scientifica sugli embrioni, l'art. 9 prevede ancora un divieto per la destinazione in discorso, in quanto le "cellule in grado di svilupparsi" devono essere impiegate esclusivamente per la procreazione artificiale. Come nella disciplina tedesca, l'idoneità allo sviluppo dell'embrione identifica l'embrione e circoscrive lo spazio applicativo della disciplina protezionistica.

La legge del 2015 prevede, in aggiunta, una specifica disciplina della donazione, con limiti di età per donatori e percipienti, regole per l'indennità per le spese e gli inconvenienti nonché sulla possibilità per il nato di conoscere le proprie origini.

L'impianto normativo in discorso non ascrive in forma esplicita interessi all'embrione né tantomeno si impegna a presidiarlo, ma secondo quanto osservato in dottrina la normativa, per quanto protezionistica, non considera la cellula specializzata «destinataria di un obbligo di protezione in senso giuridico-costituzionale»⁷⁷⁵.

Per vero, la legge austriaca non menziona l'embrione, utilizza semmai l'epiteto *entwicklungsfähige Zellen*: la legge fornisce una definizione, simile a quella tedesca, che non si riferisce all'embrione sin dal momento della fecondazione, ma offre una più intensa protezione solo alle cellule capaci di sviluppo *ex art. 1, Abs. 3*. Una nozione che rievoca la definizione di embrione fornita dalla CGUE.

Più precisamente, per *entwicklungsfähige Zelle* si intende la cellula che viene prodotta e si sviluppa all'esito della fecondazione dell'ovocita per il tramite del gamete maschile. Si tratta di una cellula che non solo è stata fecondata (c.d. zigote), ma che si è fusa con la cellula uovo ed è idonea a svilupparsi mediante divisione cellulare, per poi perdere la totipotenzialità e divenire una blastocisti.

Dunque, a ben vedere, si impiegano le distinzioni che l'embriologia opera tra le cellule uovo fecondate, le cellule che da esse si sviluppano, le cellule capaci di sviluppo e gli embrioni.

⁷⁷⁵ L. Lodevole, *Embrioni abbandonati*, cit., p. 130.

Questo punto merita di essere bene evidenziato, in quanto prima della riforma del 2015 l'oggetto di tutela della disciplina in discorso era la cellula uovo fertilizzata, all'esito della riforma l'oggetto è una fase successiva e ben più avanzata. Questo mutamento ha indotto gli interpreti ad interrogarsi attorno ad un mutato *status* per l'embrione.

A fronte di una tesi massimalista, che nega rilevanza alla mutata locuzione, si è sviluppata una corrente ermeneutica secondo cui la definizione offerta dalla novella sembra far permeare nell'ordinamento la distinzione derivante dalla embriologia tra zigote, morula, blastocisti e, più in generale, tra pre-embrione ed embrione⁷⁷⁶.

Si fa strada, dunque, l'idea per cui debba individuarsi un diverso trattamento giuridico a seconda delle fasi evolutive della cellula: prima della acquisizione della capacità di sviluppo la cellula soggiace alla disciplina riservata ai gameti, solo successivamente si applica la peculiare normativa a protezione dell'embrione.

Una ulteriore distinzione, nel solco di una impostazione processualista di protezione dell'embrione, è operata dall'art. 9, in combinato disposto con l'art. 17 FMedG. Secondo quanto stabilito dalla prima disposizione le cellule fertilizzate che non sono impiegate nei trattamenti di riproduzione artificiale umana non possono essere impiegate per scopi diversi da quelli procreativi. Il divieto citato, tuttavia, non è assoluto: poiché è ammessa la diagnosi genetica preimpianto, lo zigote non viabile è suscettibile di scarto e successiva crioconservazione. A norma dell'art. 17, la crioconservazione delle cellule in attesa di impianto o scartate e abbandonate è mantenuta fino al momento della revoca o della morte del titolare del potere di controllo.

Ad ogni modo, il legislatore prevede un termine massimo di ibernazione in azoto liquido: non si ammette il mantenimento in crioconservazione per un periodo eccedente i dieci anni. Decorsi i dieci anni, gli *überzählige Embryonen*, ossia gli embrioni abbandonati e residuali dai cicli di fecondazione assistita, devono essere distrutti.

Sebbene protetti dal divieto di ricerca scientifica e di modificazione della linea germinale, gli embrioni residuali non soggiacciono ad una protezione assoluta ma temporalmente limitata.

Quanto illustrato in punto di definizione e conservazione induce l'interprete a ritenere che lo statuto giuridico dell'embrione nella legge austriaca risulti geneticamente mutato. Lo statuto dell'embrione non risulta più unitario, ma frammentato in una serie di

⁷⁷⁶ Per una ricostruzione, L. Lodevole, *Embrioni abbandonati*, cit., p. 131 ss.

statuti distinti a seconda della fase e, per quanto sottoposti ad un regime di particolare protezione, tali blastocisti sembrano ascrivere nell'area delle *res*.

Sul punto, la giurisprudenza austriaca non sembra avere adottato opzioni esegetiche più nitide, neppure nella citata vicenda poi sottoposta al vaglio della Corte EDU, S.H. c. Austria⁷⁷⁷.

Ciononostante, dalla analisi della disciplina emerge un innovato ma altrettanto controverso approccio alla materia, caratterizzato da una protezione graduata o comunque condizionata delle cellule fecondate e, poi, capaci di sviluppo.

2.4. La tutela dell'embrione nell'ordinamento spagnolo.

In Spagna, come in Italia, l'interrogativo attorno alla natura giuridica dell'embrione non aveva una propria autonomia rispetto allo statuto del concepito prima della introduzione delle regole sulle tecniche di fecondazione artificiale.

Asimmetricamente, però, le tesi contrapposte non replicavano le categorie dogmatiche di Gaio.

In via di esemplificazione le tesi sul campo erano tre: la tesi che attribuiva la *personalidad jurídica* prima della nascita, la tesi che non accorda alcuna personalità prima della nascita e, infine, la tesi che accorda una personalità giuridica c.d. incompleta.

La prima tesi⁷⁷⁸ muoveva dalla lettura dell'art. 15 della Costituzione spagnola, in quanto la medesima riconosce a tutti il diritto alla vita, ivi compreso l'embrione sin dal momento del concepimento.

Tale impostazione è stata smentita tanto per il concepito quanto dal *Tribunal constitucional*, come si vedrà nel prosieguo, in ragione della inapplicabilità del diritto alla vita a quelle "realtà" che non rientrano nel *genus* di persona fisica secondo il diritto spagnolo.

La menzionata pronuncia, a partire dalla fine degli anni '90, ha aperto la strada alla tesi massimalista opposta, la quale non riconosce alcun diritto alla vita nascente, ancorché

⁷⁷⁷ *Supra* cap. 1 e cap. 3 § 1.

⁷⁷⁸ J. Verda Beamonte,, *La protección jurídica del concebido en el derecho español*, in *Revista Boliviana de Derecho*, 2016, 22, p. 20, consultabile online revista-rbd.com/articulos/2016/16-33.pdf.

appartenente alla specie umana. Si tratterebbe piuttosto di un bene che forma oggetto di proprietà dei futuri genitori, del pari di ogni altra parte del corpo⁷⁷⁹.

La terza tesi⁷⁸⁰, invece, ascriveva una *personalidad* incompleta alla vita *in fieri* in ragione della appartenenza alla specie umana, seppure in difetto dei presupposti che includono la vita nascente nel paradigma di persona fisica.

L'interrogativo attorno alla natura delle cellule riproduttive e degli embrioni ha acquisito autonomia rispetto allo *status* ascritto dagli interpreti al *nasciturus* solo successivamente, quando le tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno ricevuto positivo recepimento nell'ordinamento spagnolo con una disciplina in buona parte difforme dalle normative poc'anzi esaminate.

Le prime disposizioni in materia sono state introdotte con la l. 22 novembre 1988, n. 35, "*Sobre tecnica de reproducción humana asistida*"⁷⁸¹.

Tratto essenziale e caratterizzante della normativa è il seguente: sulla base delle regole introdotte, l'ordinamento spagnolo consentiva l'accesso alle procedure senza una previa verifica delle condizioni di infertilità e sterilità, senza limiti di età. I trattamenti di P.M.A. erano intesi come procedimenti funzionali all'attuazione del progetto parentale dei soggetti aderenti, dunque non recanti una funzione squisitamente terapeutica.

Se il precedente aspetto non rende unica la prima disciplina spagnola, in quanto comune all'attuale legge francese, sicuramente singolare è l'apertura della legge in commento alle tecniche di fecondazione eterologa.

Tale previsione ha reso senza ombra di dubbio la Spagna uno dei paesi *leader*, accanto al Regno Unito, per l'esecuzione delle tecniche di fecondazione assistita, per l'impiego di gameti ed embrioni crioconservati e per il numero di bio-banche per la conservazione delle cellule. Difatti, il legislatore spagnolo sin da subito si è preoccupato di disciplinare in via espressa le procedure di donazione delle cellule riproduttive, prevedendo regole specifiche per lo *screening*, lo stoccaggio e la durata del deposito. In adesione ai principi sanciti dalle fonti internazionali e al più volte illustrato principio di V.U.D. (*voluntary and unpaid donation*), le donazioni erano subordinate alla prestazione

⁷⁷⁹ E. Busquets Alibés-F. Abel Fabre-J. Craven-Bartle-P. Ferrer Salvans, P., *Consideraciones sobre el embrión humano*, in *Bioética y Debat*, 2009, 15, consultabile online in raco.cat/index.php/Bioeticadebat_es/article/viewFile/259306/346526.

⁷⁸⁰ M.M. Gonzalez-F.R. Fernandez, *El diagnóstico genético preimplantacional: aspectos jurídicos en el derecho español*, in *Revista de Derecho Privado*, 2018, 34, p. 107.

⁷⁸¹ La prima legge spagnola in materia è consultabile su www.boe.es.

di un consenso informato, libero, sempre revocabile e non coercibile, gratuito, salva l'eventuale corresponsione di un rimborso spese.

In aggiunta la disciplina consentiva l'accesso alle tecniche anche alle persone singole e alle coppie *same sex*, senza distinzione tra le coppie di sesso maschile e femminile. Ciò ha reso ancora più appetibile l'ordinamento spagnolo, giustificando un notevole flusso di turismo procreativo.

Il successivo intervento normativo è avvenuto ad opera della l. n. 45/2003 recante le norme "*Sobre tecnica de reproducciòn asistida*". In controtendenza con il precedente intervento, per limitare il numero di cellule crioconservate e limitare le pratiche che si andavano diffondendo nell'uso non normato delle cellule raccolte e non destinate a scopi procreativi, vennero introdotti una serie di divieti. Tra questi si annovera il divieto di destinazione degli embrioni a scopi di ricerca scientifica, per gli embrioni prodotti dopo il 2003, nonché una serie di limitazioni nella produzione embrionaria, tra cui la previsione di un numero massimo di embrioni suscettibili di formazione per ciascun ciclo di fecondazione assistita.

Il processo di riforma della disciplina in materia di fecondazione artificiale, però, può dirsi compiuto con l'abrogazione della prima legge in materia e l'introduzione della l. 26 maggio 2006, n. 14. Anche con riferimento a tale reticolato normativo, organico e razionale, non sono mancati ulteriori interventi, ciononostante tali modifiche non hanno impattato sul nocciolo duro della innovativa legge, la quale è tornata a ripristinare le regole che hanno caratterizzato la disciplina in materia fino al 2003.

La novella costituisce l'esito di una profonda revisione del governo socialista della precedente normativa, nel recepimento delle osservazioni della Commissione Nazionale per la Riproduzione Umana Assistita.

La Commissione aveva espresso forti critiche alle novità introdotte nel 2003: in specie, venivano criticati gli illustrati limiti alla produzione in numero non superiore a tre di ovociti prodotti in ogni ciclo riproduttivo, così come pure il divieto di destinazione alla ricerca, valido per i soli embrioni soprannumerari prodotti dopo l'entrata in vigore della nuova legge, con la conseguenza che solo gli embrioni prodotti nei cicli antecedenti alla entrata in vigore della più severa legge potevano essere utilizzati a fini di ricerca scientifica.

Da tali impostazioni critiche muove la legge del 2006.

Il tratto caratterizzante della nuova disciplina va individuato nella importanza accordata alla genitorialità intenzionale: il consenso prestato nella adesione alla procedura costituisce il presupposto della relazione parentale con il nato mediante tali tecniche, a prescindere dal legame genetico o biologico con il medesimo.

A norma dell'art. 6, l. n. 14/2006, qualsiasi donna maggiorenne e con piena capacità di agire può beneficiare delle tecniche di fecondazione assistita regolate dalla legge, previa prestazione di un consenso informato, consapevole, gratuito e in forma scritta.

Peculiare l'approccio della normativa: il destinatario della disciplina è la donna, sia coniugata sia singola sia se appartenente ad una coppia omo affettiva. La medesima potrà usufruire delle suddette tecniche, eterologa o omologa o donazione di gameti, indipendentemente dal suo stato civile ed orientamento sessuale, ex art. 6 § 1. Attesa la necessità di un consenso informato validamente prestato con la forma dell'atto pubblico o mediante testamento, si consente anche il ricorso a tecniche di fecondazione *post mortem*⁷⁸².

Si precisa poi che, una volta riscontrato un rapporto di coniugio della paziente, al coniuge verrà richiesto uno specifico consenso informato alla esecuzione dei trattamenti, salvo che non sia intervenuta la loro separazione documentata, ex art. 6 § 3, l. n. 14/2006.

A norma del successivo comma 4°, si attribuisce una peculiare posizione di garanzia in capo alla *equipe* chiamata alla esecuzione dei trattamenti, così ricomprendendo non soltanto chi effettua le procedure di *transfer* uterino ma anche chi è deputato al *pick up*, alla fecondazione, alla somministrazione dei farmaci per il trattamento e l'assistenza psicologica. Inoltre, tale posizione riguarda anche la raccolta del consenso: i sanitari divengono garanti della corretta informazione, comprensione e accettazione della paziente, della attualità e della validità del consenso prestato.

La legge elenca le tecniche di fecondazione assistita, senza che questo rappresenti un *numerus clausus*, ben potendo farsi ricorso a tecniche innovative di natura sperimentale.

L'Art. 11 § 1 della l. n. 14/2006 stabilisce che i gameti maschili potranno essere sottoposti a cicli di crioconservazione in bio-banche autorizzate. La conservazione,

⁷⁸² M.M. Gonzalez-F.R. Fernandez, *El diagnóstico genético preimplantacional: aspectos jurídicos en el derecho español*, cit., p. 94: «La procreación post mortem solo es válida en el caso de que el varón haya dado previamente su consentimiento en escritura pública o testamento y de que se produzca seis meses después de su fallecimiento».

secondo la disposizione, è mantenuta, salvo diversa determinazione del paziente, per tutta la durata della vita del donatore.

L'utilizzo di ovociti e tessuto ovarico crioconservati soggiace, però, a regole più stringenti: tali cellule e tessuti sono suscettibili di utilizzo solo previa autorizzazione da parte dell'autorità sanitaria competente.

Una volta esaminata la disciplina nei suoi tratti generali, occorre soffermarsi sulla specifica tutela apprestata all'embrione dalla l. n. 14/2006, avendo ben presente che anche la Spagna, come l'Italia ha aderito alla Convenzione di Oviedo, con le limitazioni da essa derivanti⁷⁸³.

La normativa spagnola accede alla partizione tra embrioni e pre-embrioni. La nozione di pre-embrione, per vero, era stata utilizzata, già nella precedente normativa del 1998, il suo *ubi consistam*, però, era indicato solo nella relazione di accompagnamento alla legge.

Il pre-embrione nel 1998 venne definito come «l'embrione in vitro costituito dall'insieme di cellule derivanti dalla divisione progressiva dell'oocita dal momento della fecondazione fino a 14 giorni dopo». Nozione, questa, successivamente recepita dalla legge del 2006. Fa ingresso così nel dettato normativo la c.d. *14-day rule*⁷⁸⁴, enucleata dal rapporto Warnock, con notevoli ricadute sull'inquadramento dell'embrione.

Per comprendere lo statuto giuridico dell'embrione nella legge spagnola, la nozione non pare sufficiente ma occorre guardare ai soggetti cui è attribuito il potere di disposizione e le diverse modalità di impiego, tra cui rientra non solo la ricerca scientifica ma anche la recentissima tecnica di *gene-editing*.

I soggetti aderenti alle tecniche di fecondazione assistita, dunque, la donna e, laddove espressamente aderente, anche il *partner* hanno un diritto di disporre in via esclusiva delle cellule. Il potere deriva dalla prestazione del consenso da parte della paziente committente ed eventualmente dal suo *partner*.

Ecco le destinazioni principali: le cellule possono essere destinate al trattamento procreativo o alla conservazione. Su quest'ultima occorre però distinguere tra embrioni, (*rectius* pre-embrioni) crioconservati abbandonati o meno.

Gli embrioni crioconservati e non destinati ad utilizzo procreativo possono essere sottoposti alla custodia delle bio-banche autorizzate, fino al momento in cui i medici

⁷⁸³ *Supra* cap. 1

⁷⁸⁴ *Infra* § 3.4.

responsabili ritengano che la disponente non sia in possesso dei requisiti clinici necessari ai fini della tecnica di riproduzione assistita.

Sono ammesse indagini diagnostiche preimpianto con la possibilità di destinare alla ricerca le cellule “scartate” poiché affette da patologie genetiche trasmissibili in via ereditaria.

Il comma 4° dell’art. 11, poi, prevede che in caso di non viabilità delle cellule ai fini riproduttivi, la donna o la coppia può decidere per la donazione dei pre-embrioni e, più in generale, delle cellule a fini di indagine genetica oppure per la cessazione della conservazione, senza nessun altro uso.

Fino allo stadio di pre-embrione, poi, la cellula specializzata può essere destinata alla ricerca scientifica.

Almeno ogni due anni, durante la crioconservazione, il legislatore impone al custode, clinica o bio-banca, il rinnovo o la modifica del consenso precedentemente prestato, in ordine al il destino dei campioni crioconservati, ex art. 11 § 6.

Da ultimo, la disciplina prevede ancora una volta forme di donazione dei gameti da parte di terzi, per le tecniche di fecondazione eterologa, tutelando l’anonimato e l’autodeterminazione terapeutica. È prevista, peraltro, una peculiare forma di incentivo alle donazioni: la legge prevede la corresponsione di una indennità per le spese e gli inconvenienti subiti, la quale però è commisurata in via forfetaria dal comitato regionale per la bioetica. Quale che sia l’entità della spesa sostenuta, il costo dei farmaci, la durata del trattamento, non si ammettono somme superiori a quelle espressamente previste, generalmente non superiori all’ammontare di 900,00 euro.

Nella legge non è disciplinata la c.d. clonazione terapeutica, la quale è al centro del dibattito sulla introduzione della “ricerca biomedica”, mentre l’art. 1 vieta esplicitamente «la clonazione di esseri umani con fini riproduttivi».

Da ultimo, occorre un breve cenno alla sottoposizione dei pre-embrioni al gene-editing⁷⁸⁵. Il dipartimento della Salute della Generalitat de Catalunya ha approvato un progetto di editing genetico da realizzare su embrioni umani mediante la rivoluzionaria tecnica CRISPR-cas9. Con siffatta tecnica, il team è ammesso a sopprimere alcuni pre-embrioni per lo studio dei geni nello sviluppo embrionale. Gli scienziati useranno circa 40 embrioni abbandonati, non utilizzati per le tecniche di riproduzione assistita.

⁷⁸⁵ Per la definizione, *supra* cap. 1.

Il progetto è stato approvato solo all'esito del parere favorevole della Commissione nazionale di Riproduzione assistita umana, un organo del ministero della Salute che ha impiegato 14 mesi per valutare gli aspetti etici e legali degli esperimenti.

L'impiego delle tecniche di modifica genetica attraverso la proteina sintetica CRISPR è stato ammesso per le finalità terapeutiche del progetto di ricerca approvato.

Alla stregua della disciplina esaminata, per la individuazione dello statuto occorre distinguere a seconda delle fasi del procedimento riguardante il trattamento delle cellule riproduttive.

I gameti, nella disciplina spagnola, soggiacciono al regime di cellule e tessuti. Dunque, sono beni sottoposti a una speciale disciplina in ordine alla destinazione. Si tratta di *res extra commercium*.

Similmente il pre-embrione: è ammessa la sua distruzione da parte del soggetto aderente al procedimento, senza ascrivere rilevanza alla volontà del donatore; del pari è ammessa la ricerca scientifica e, da ultimo, il controverso *editing* genetico.

Diverse considerazioni riguardano l'embrione, per tale intendendosi l'embrione che ha superato le due settimane dalla fecondazione. Superato il quattordicesimo giorno dalla fecondazione la tutela della cellula specializzata diviene più intensa nel reticolato normativo. Il potere di controllo e le destinazioni per l'impiego dell'embrione si riducono. Ciononostante, l'interesse dell'embrione non è considerato mai prevalente a quello della donna paziente, vera protagonista della disciplina. Fino al momento del trasferimento uterino, però, l'embrione è ancora un bene, sebbene assistito da più intense garanzie.

Per un inquadramento della natura giuridica di cellule, pre-embrione ed embrione nell'ordinamento spagnolo, un ulteriore strumento di interpretazione è fornito dalla esegesi in sede pretoria.

Il *Tribunal Constitucional*⁷⁸⁶ è stato chiamato a pronunciarsi, nel corso delle varie fasi evolutive della disciplina in materia di cellule riproduttive ed embrioni, proprio sullo *status* accordato alle cellule specializzate dall'ordinamento spagnolo.

Emblematica è la vicenda in cui un gruppo parlamentare ha proposto un *recurso de constitucionalidad* con riferimento alla l. n. 35 del 1998, per la asserita violazione dell'art. 15 della Costituzione spagnola.

⁷⁸⁶ Tribunal Constitucional, 17 giugno 1999, n. 116, in *BOE* 8 luglio 1999, n. 162.

Secondo i ricorrenti la Costituzione riconosce a tutti il diritto alla vita («todos tienen derecho a la vida»), ivi compreso l'embrione, e le regole contenute nella legge del 1998, sul trattamento delle cellule ancorché specializzate, integrano una violazione del dovere, costituzionalmente imposto ai poteri pubblici, di stabilire un sistema legale per la difesa della vita e di consentire la protezione effettiva della stessa («establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga la protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales»).

Conseguentemente, i ricorrenti hanno richiesto al *Tribunal* la dichiarazione di incostituzionalità di un certo passaggio contenuto nella *Exposición de Motivos de la Ley*, integrativa della legge.

A tenore della esposizione dei motivi della legge, è solo dal momento dell'avvio della gestazione che si valorizza l'embrione, mentre prima lo sviluppo embriologico si muove nell'incertezza e dunque difetta una realtà biologica («el momento de la implantación es de necesaria valoración biológica, pues, anterior a él, el desarrollo embriológico se mueve en la incertidumbre, y con él se inicia la gestación y se puede comprobar la realidad biológica que es el embrión»).

Il *Tribunal Constitucional* ha rigettato la questione e lo ha fatto mediante un'opera di perimetrazione dell'oggetto delle leggi in materia di procreazione assistita ed un richiamo ai propri precedenti attorno allo statuto giuridico del concepito⁷⁸⁷, premurandosi peraltro di distinguere il nascituro dalle fasi antecedenti.

La disciplina e la disposizione contenuta nell'esposizione dei motivi della legge non violano – dice il *Tribunal* – il diritto di tutti alla vita di cui all'art. 15 della Costituzione spagnola, in quanto la disposizione costituzionale appena citata riconosce il diritto alla vita alle sole persone nate, diversamente è stata negata in passato e va negata ancora la possibilità di estensione di questa “proprietà” al feto.

Se così è – conclude la corte – allora l'estensione del diritto alla vita va negata a maggior ragione alle fasi della vita prenatale che formano oggetto di disciplina nella legge del 1996 e poi del 1998, proprio perché le disposizioni ivi contenute si riferiscono alle tecniche riproduttive e a “realtà biologiche” che precedono la formazione del nascituro:

⁷⁸⁷ Tribunal Constitucional, 5 maggio 1994, n. 127, in *BOE*, 31 maggio 1994, n. 129; Tribunal Constitucional, 13 febbraio 1981, n. 5, in *BOE*, 24 febbraio 1981, n. 47; Tribunal Constitucional, 11 aprile 1985, n. 53, in *BOE*, 18 maggio 1985, n. 119; Tribunal Constitucional, 19 dicembre 1996, n. 212, in *BOE*, 22 gennaio 1997, n. 19.

«En efecto, si "el art. 15 C.E., en efecto, reconoce como derecho fundamental el derecho de todos a la vida, derecho fundamental del que, como tal y con arreglo a la STC 53/1985, son titulares los nacidos, sin que quepa extender esta titularidad a los nascituri" (STC 212/1996, fundamento jurídico 3º), es claro que la Ley impugnada, en la que se regulan técnicas reproductoras referidas a momentos previos al de la formación del embrión humano (vid. en este sentido la Disposición final primera de la Ley 42/1988), no desarrolla el derecho fundamental a la vida reconocido en el art. 15 C.E. Por consiguiente, la Ley 35/1988 no vulnera la reserva de Ley Orgánica exigida en el art. 81.1 C.E.».

Appare quindi evidente che l'ordinamento spagnolo riserva una protezione giuridica che muta nella sua intensità a seconda che si tratti di un embrione *in utero* o di realtà biologiche *extra uterine*, suscettibili di applicazioni eterogenee, tra cui la conservazione *in vitro*, la destinazione alla ricerca o l'applicazione ai fini di riproduzione.

Il *Tribunal* ha precisato ulteriormente che la natura delle realtà biologiche, le quali precedono lo stadio evolutivo del feto, è pari a quella che l'ordinamento accorda ai gameti, in ragione del potere di controllo su tali cellule conferito dalla legge alla donna ed in considerazione della facoltà di destinazione a scopi eterogenei espressamente previsti dalla legge, come la crioconservazione, la diagnosi genetica, la donazione e la destinazione alla ricerca.

Ne consegue che non è ammissibile attribuire a tali realtà biologiche lo statuto giuridico della persona umana, al contempo, però, va negata in tali casi la natura di bene suscettibile di valutazione patrimoniale, poiché è vietata la remunerazione delle donazioni di gameti ed embrionarie.

Semmai, dice il *Tribunal Constitucional*, con una pronuncia senza eguali nelle esperienze giuridiche analizzate nei precedenti paragrafi per la chiarezza nell'inquadramento giuridico, si tratta di un "bene costituzionalmente protetto": *«Esta misma finalidad de conservación del material reproductivo es la que explica la asimilación de los preembriones a los gametos, en orden a su puesta a disposición de los Bancos correspondientes. En este sentido cumple recordar que ni los preembriones no implantados ni, con mayor razón, los simples gametos son, a estos efectos, "persona humana", por lo que del hecho de quedar a disposición de los Bancos tras el transcurso de determinado plazo de tiempo, difícilmente puede resultar contrario al derecho a la vida (art. 15 C.E.) o a la dignidad humana (art. 10.1 C.E.), tal como, sin embargo, sostienen los recurrentes. En todo caso, su puesta a disposición de Bancos debidamente autorizados y controlados».*

Anche i giudici di merito sono stati chiamati a confrontarsi con il tema della natura giuridica degli embrioni.

In una peculiare vicenda, un'associazione adiva il Tribunale di Cordoba⁷⁸⁸ e nell'occasione richiedeva l'intervento del tribunale per i minorenni per l'emissione di misure di protezione urgenti e la nomina di un tutore provvisorio, nella persona del presidente della associazione, a tutela dei "bambini non nati in uno stato embrionale" crioconservati presso i centri di salute della città di Cordoba.

L'istanza mirava a preservare la "vita" degli embrioni congelati che, laddove sottoposti a trattamento presso la clinica, avrebbero corso il rischio di essere distrutti.

Il tribunale ha rigettato l'istanza dell'associazione in ragione della natura straordinaria del ricorso, il quale soggiace ad una stretta interpretazione, nonché per il difetto di argomentazioni a sostegno della propria istanza, per difetto di competenza del tribunale minorile, nonché per il difetto di legittimazione di parte istante.

Sebbene la pronuncia non accordi l'uno o l'altro statuto in capo agli embrioni crioconservati presso i centri autorizzati, con la medesima chiarezza adoperata dal *Tribunal Constitucional*, è possibile azzardare qualche riflessione e scorgere tra le maglie di una motivazione formale qualche profilo sostanziale attorno all'oggetto della controversia.

La citata pronuncia, infatti, pone nel nulla le tesi che ascrivono all'embrione la personalità giuridica in qualità di persona sin dal momento del concepimento e segnatamente quelle tesi che asseriscono che l'embrione meriti, in quanto vulnerabile, una tutela ordinamentale al pari di quella riservata al fanciullo⁷⁸⁹. Ciò in ragione tanto della irricevibilità del ricorso per difetto di competenza del tribunale per i minorenni quanto dell'affermazione da parte della corte per cui la permanenza dello stato di crioconservazione presso la clinica e il successivo impiego delle cellule non pregiudicano il diritto alla vita e neppure violano altri diritti umani.

Le cellule, ancorché specializzate ed abbandonate dalle coppie di pazienti che avevano intrapreso i trattamenti di fecondazione artificiale, non possono essere considerate come minori abbandonati e, dunque, suscettibili di una protezione mediante affidamento provvisorio ad un tutore individuato dal giudice.

⁷⁸⁸ Cám. de Flia. 1ª Nom. de Cba., 27 giugno 2008, n. 86, Denuncia formulada por Asociación Civil P.B. - Prevención - Recuso de apelación, in *Actualidad Jurídica*.

⁷⁸⁹ *Supra* cap. 2.

In ragione di quanto illustrato, anche in difetto di una presa di posizione attorno allo statuto e alla natura delle cellule e degli embrioni nel reticolato normativo, l'ordinamento appena illustrato accede ad una tutela processuale delle "realità biologiche", i cui contorni sono stati tracciati nitidamente dalla Corte costituzionale spagnola.

In questo processo, le prime fasi, fino al trasferimento uterino, designano molteplici realtà biologiche che costituiscono *res extra commercium*, ossia entità cosali costituzionalmente protette, prive di contenuto patrimoniale.

3. La tutela dell'embrione nell'ordinamento britannico.

La tutela giuridica dell'embrione nell'ordinamento britannico ha subito un formidabile sviluppo nel corso del tempo.

Tale processo di progressiva espansione delle regole in materia può essere, in via di semplificazione, ripartito in due grandi fasi temporali: una prima fase contraddistinta dalla enucleazione ed impiego della teoria del c.d. *quickenning*, la quale trovava adesione in una pletora di leggi tanto civili quanto penali; una seconda fase determinata dalla elaborazione del c.d. Warnock Report e dal suo recepimento nello Human Embriology and Fertilisation Act⁷⁹⁰ (nel prosieguo, H.F.E.A.). La legge *de qua* costituisce la disciplina attualmente vigente, sebbene sottoposta a significativi interventi di riforma e che si appresta ad un nuovo intervento di aggiornamento, in considerazione delle sopravvenienze del panorama scientifico.

La legge in discorso trova applicazione in Inghilterra, Scozia, Galles e Irlanda del Nord, nazioni che singolarmente considerate sono contraddistinte da ordinamenti in parte difformi. Basti considerare che Inghilterra, Irlanda del Nord e Galles⁷⁹¹ si caratterizzano per un sistema di *Common Law*, con eccezionali *statutes*, mentre il sistema scozzese è misto, ovverosia di *Common law* ma con una forte influenza del diritto romano ed un cospicuo numero di leggi scritte, gli *statutes*. Ne deriva che molte aree dell'ordinamento differiscono tra le diverse *Home nations*, si pensi alle differenze che caratterizzano il regime della proprietà e dei diritti reali e, per quanto qui interessa, per molti anni anche la tutela del feto e dell'embrione. Ciononostante, la disciplina in materia

⁷⁹⁰ Human Embriology and Fertilisation Act 1990 (HFEA), in *legislation.gov.uk*.

⁷⁹¹ M. Quigley, *Self-Ownership, Property Rights, and the Human Body*, 2018, p. 55.

di embrioni introdotta nel 1990 trova applicazione indistintamente per le menzionate nazioni.

Inghilterra, Galles e Irlanda del Nord, secondo l'impostazione tradizionale di tali ordinamenti, ascrivevano il corpo e le sue parti alla categoria delle *res nullius*, ossia al reame delle cose non appartenenti a nessuno. Nell'ordinamento scozzese, invece, vigeva il principio derivante dal diritto romano secondo cui nessuno può essere considerato proprietario delle proprie membra: *dominus membrorum suorum nemo videtur*⁷⁹².

Ciononostante, la *no property rule* ha ceduto il passo alla proprietà dei *biomaterial* per scopi accettati dall'ordinamento, quali l'acquisto per specificazione oppure occupazione in caso di donazione dei gameti ai fini di ricerca.

Occorre allora analizzare l'evoluto approccio ordinamentale rispetto agli embrioni.

Le leggi civili e penali delle *Home nations*, antecedenti allo HFEA, disciplinavano la vita nascente distinguendo il c.d. embrione formato dall'embrione non ancora formato⁷⁹³.

L'ordinamento complessivamente inteso provvedeva ad una primigenia tutela della vita nascente facendo applicazione di un criterio discrezionale, ossia la teoria del c.d. *Quickening* o tesi preformazionista⁷⁹⁴. Per *quickening* si intende il momento a partire dal quale si possono apprezzare sul piano fenomenico alcuni movimenti del feto nel grembo materno e, con l'avanzamento della gravidanza, la crescita corporea del medesimo.

Sulla base di tale "percezione", menzionata anche negli scritti aristotelici, si sosteneva l'empietà dell'aborto⁷⁹⁵. All'esito del c.d. *quickening*, infatti, le leggi addebitavano all'autore del procurato aborto una responsabilità penale e civile pari a quella riservata all'omicidio⁷⁹⁶.

Si badi, però, il procurato aborto non costituiva fattispecie sussumibile nel *genus* dell'omicidio⁷⁹⁷. Diversamente, era il grado di afflittività delle pene ad avvicinare la

⁷⁹² Ulpiano, frg. n. 13, in *Digesto*, Ad leg. Aquil., IX, 2.

⁷⁹³ B. M. Dickens, *Abortion and the Law*, London, 1966; G. Williams, *The Sanctity of Life and the Criminal Law*, Knopf, 1957

⁷⁹⁴ L. Wolpert, *Gastrulation and the evolution of development*, in W.D.Stein-F.J.Varela, *Thinking about Biology*, New York, 1993.

⁷⁹⁵ L. Loddo, *I Greci e l'aborto fra politica e prassi medica. Per una rilettura di Platone, Aristotele, Ippocrate*, in *Erga-Logoi*, 2013, 2, I, p. 106.

⁷⁹⁶ "If one strikes a pregnant woman or gives her poison in order to procure an abortion, if the fetus is already formed or quickened, especially if it is quickened, he commits homicide", così S. Thorne, *Bracton on the Laws and Customs of England*, vol. II, Belknap, 1968; A. Grubb, *Abortion law in England: the medicalization of a crime*, in *Journal of Law and Medical Ethics*, p. 146-147

⁷⁹⁷ Si veda il Malicious Shooting or Stabbing Act 1803, anche noto come Lord Ellenborough's Act 1803 ed il successivo Offences Against the Person Act 1828, in *statutes.org.uk*.

riprovevolezza dell'offesa determinata dall'aborto procurato all'omicidio. Le leggi menzionate, difatti, comminavano la sanzione della pena di morte o della colonia agricola in caso di procurato aborto, tentato o consumato, ai danni dell'embrione percepito, *post-quickening* dunque.

Simili considerazioni valevano pure per la capacità di succedere *mortis causa* e di ricevere donazione: si affermava che l'elemento discretivo era rappresentato dalla possibilità di "osservare" l'embrione crescere. In altre parole, la capacità dell'embrione a succedere sussisteva solo a partire da uno stadio di gravidanza avanzata, idoneo a rendere visibile, seppure nel grembo materno, il feto.

La teoria del c.d. *quickening*, in via non dissimile dalla c.d. *14-day rule*⁷⁹⁸, individuava un termine discretivo, fissato attorno all'ottava settimana di gravidanza circa, a decorrere dal quale l'ordinamento riservava una speciale tutela per la vita nascente, distinta da quella accordata alle persone fisiche e distinta da quella elaborata per i minori.

Dunque, ben prima dell'avvento della medicina riproduttiva e della ingegneria dei tessuti, le regole invalse in Scozia ed Inghilterra distinguevano tra persone e feto, nonostante l'appartenenza di entrambi alla specie umana.

La tesi preformazionista, però, ha presto ceduto il passo ad un approccio graduale di tutela da parte dell'ordinamento britannico civile e penale, grazie alle innovazioni e alle conoscenze rese disponibili dal progresso scientifico.

Al *quickening* si è presto sostituito il concetto di *viability*, ossia di vitalità, quale momento a partire dal quale l'ordinamento provvede ad una tutela della vita prenatale, per tale intendendosi il raggiungimento da parte del feto della capacità di nascere vivo.

Anche in tal caso, non è mancata l'individuazione di un termine iniziale: il feto era presunto *viable* dopo ventotto settimane dalla fecondazione dell'oocita⁷⁹⁹. Ne derivava, così, un criterio più preciso e dunque una maggiore prevedibilità delle conseguenze derivanti dalla lesione.

Secondo quanto illustrato, durante la prima fase evolutiva dell'ordinamento britannico, il legislatore non operava una nitida distinzione tra embrione e feto, dunque tra la cellula specializzata extra-uterina e l'embrione impiantato, correttamente fecondato e nidificato nella parete uterina.

⁷⁹⁸ *Infra* § 3.4.

⁷⁹⁹ In questo senso, si veda l'art. 1 comma 2 dell'Infant Life (Preservation) Act 1929 (ILPA), in *legislation.gov.uk*.

Con tutta evidenza, la distinzione emerge nitida con il formidabile sviluppo della medicina riproduttiva tesa a fronteggiare le cause di infertilità e sterilità. È, dunque, la creazione dell'embrione extra-uterino, mediante tecniche di fecondazione artificiale *in vivo* ed *in vitro*, ben visibile mediante un microscopio, a rendere obsolescenti le tesi del *quickenning* e della *viability*, a giustificare un approccio inedito, teso a contemperare tanto le molteplici esigenze sottese alle tecniche di procreazione medicalmente assistita quanto quelle sottese alla ricerca scientifica.

3.1. Il c.d. Warnock Report.

Dopo la nascita di Louise Brown⁸⁰⁰, primo essere umano nato all'esito di tecniche di fecondazione artificiale, durante il governo di Margaret Thatcher, il Ministro Norman Tebbit ha incaricato una Commissione di inchiesta per fronteggiare la controversa questione delle tecniche di fecondazione artificiale delle cellule riproduttive⁸⁰¹.

La Commissione, sotto la guida di Mary Warnock, membro del parlamento e filosofa, compendia al suo interno competenze interdisciplinari: era composta da sedici membri tra giuristi, scienziati e medici, ivi compresi professionisti esperti di tecniche di procreazione assistita.

Nel 1984 la Commissione ha sottoposto il suo *report* per la discussione alla *House of Lords*, con l'auspicio di una presa di posizione da parte del legislatore attorno ai più recenti e potenziali sviluppi della medicina riproduttiva, al fine di predisporre norme e garanzie, tenuto conto delle implicazioni sociali, etiche e legali dei risultati di tali tecniche.

Il c.d. rapporto Warnock ha suscitato un travolgente dibattito⁸⁰², sia tra i membri del parlamento che nella comunità internazionale⁸⁰³ e ha segnato il tracciato per la redazione del successivo *Human Fertilisation and Embriology Bill*, presentato al Parlamento nel 1989.

⁸⁰⁰ E. Jackson, *Regulating reproduction*, cit., p. 182 ss.

⁸⁰¹ La Commissione guidata da Mary Warnock fu la prima nel suo genere poiché fu la prima Commissione chiamata a effettuare una analisi delle implicazioni legali, scientifiche ed etiche delle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

⁸⁰² M. Mulkay, *The Embryo Research Debate. Science and the Politics of Reproduction*, in *Cambridge University Press*, 1997; N. Hammond-Browning, *Ethics, Embryos and Evidence: A Look Back at Warnock*, in *Medical Law Review*, 2015, 23, p. 590 ss.

⁸⁰³ *Supra* cap. 1. Per una panoramica sul punto, si veda M. Mulkay, *Frankenstein and the debate over embryo research*, in *Technology and Human Values*, 1996, 21, p. 157; M. Fox-T. Murphy, *Can Law Facilitate Embryonic Hopes?*, in *Social and Legal Studies*, 2010, 19, p. 497-498.

Inter alia, al *report* citato si deve l'elaborazione della c.d. *14-day rule*, consistente nella individuazione di un termine, ovverosia del quattordicesimo giorno dalla fecondazione dell'oocita, quale momento a partire dal quale il pre-embrione diviene embrione. Attorno al quattordicesimo si verifica la comparsa della c.d. *primitive streak*⁸⁰⁴, ossia la linea o stria primitiva, che si forma all'inizio della gastrulazione negli embrioni, consistente nel limite superiore per la divisione cellulare⁸⁰⁵.

Il documento citato può essere idealmente suddiviso in due parti.

Una prima parte destinata ad indicare l'*an*, il *quando* e il *quomodo* dell'impiego delle cellule riproduttive e degli embrioni per trattamenti di medicina riproduttiva. Una seconda tesa ad analizzare ed individuare gli spazi applicativi della ricerca scientifica sugli embrioni.

L'applicazione delle tecniche di procreazione assistita veniva ritenuta ammissibile per le coppie di coniugi che per i soggetti eterosessuali legati da un rapporto affettivo stabile e fondato su di una duratura convivenza, solo da parte di personale autorizzato, con l'utilizzo di cellule riproduttive donate.

La donazione dei gameti, secondo il *report*, doveva avvenire in forma anonima, previa raccolta di un consenso informato scritto e revocabile: si auspicava, segnatamente, la redazione di un modulo appropriato per la comprensione delle conseguenze, etiche e giuridiche, della adesione alle procedure di donazione e dell'impiego delle cellule prelevate.

Per il consenso prestato dal paziente aderente alle tecniche, inoltre, si suggeriva la previsione di verifiche periodiche, per accertare la sua stabilità al decorrere del tempo: in conformità con il consenso prestato, i campioni biologici risultano suscettibili di crioconservazione per un periodo massimo di dieci anni, onde evitare la conservazione di gameti ed embrioni *post mortem* o l'esecuzione di fecondazione artificiale *post mortem* sulla partner sopravvissuta.

⁸⁰⁴ La Commissione di inchiesta era consapevole della sussistenza di tesi contrapposte diametralmente ad una differenziazione tra embrione e pre-embrione, in specie in considerazione delle tesi sostenute dai lobbisti dello SPUC (Society for the protection of the Unborn Child) e dalla Chiesa cattolica: "*We realise that some people may think that we have set the limits, or have suggested that the barriers be erected, in the wrong places. But at least we hope that we have stated clearly what we think should be done, and exposed, as far as possible, the reasoning that lay behind our recommendations. Barriers, it is generally agreed, must be set up; but there will not be universal agreement about where these barriers should be placed. The question must ultimately be what kind of society can we praise and admire? In what sort of society can we live with our conscience clear?*".

⁸⁰⁵ B. De Filippis, *Il diritto di famiglia. Leggi, prassi e giurisprudenza*, Milano, 2011, p. 1100.

In pendenza della crioconservazione, si suggeriva al legislatore di prevedere, in caso di sopravvenuta morte di uno degli aderenti alle tecniche di fecondazione, la cessione della titolarità delle cellule al *partner* sopravvissuto e, in difetto, alla bio-banca autorizzata alla conservazione.

I membri della Commissione, inoltre, concordavano attorno alla necessità di un intervento normativo da parte del legislatore britannico al fine di limitare il numero di nascite derivanti dalle cellule riproduttive donate dal medesimo donatore, rispetto al quale nessun diritto e nessun dovere può essere riconosciuto e imposto nei confronti della persona nata mediante l'impiego delle tecniche di procreazione artificiale.

Conseguentemente, il legislatore è stato invitato a farsi carico del dovere di predisporre un apparato di regole specifiche per lo *status filiationis* del nato da procreazione assistita, per tali intendendosi le regole di attribuzione dello *status* genitoriale esclusivamente ai genitori intenzionali, aderenti ai trattamenti per la cura della infertilità.

Considerata, poi, la natura terapeutica di tale tipo di impiego di cellule riproduttive e di embrioni, costituisce corollario applicativo il ricorso alle tecniche di crioconservazione delle cellule sia se donate da terze parti sia se realizzate ricorrendo ai gameti della coppia per uso futuro. Sorprende, qui, il richiamo alla funzione terapeutica per giustificare la crioconservazione, poiché in Italia la funzione ha condotto ad una scelta opposta. Nel *report*, invece, si sosteneva la necessità di crioconservare, in quanto il trasferimento uterino di molteplici embrioni non è tecnica idonea a garantire la salute del paziente, la fecondazione di plurimi ovociti in un medesimo ciclo non è coerente con gli approdi della scienza.

Durante la discussione in seno alla Commissione è sin da subito parsa controversa l'ammissibilità di una indennità da corrispondere ai donatori. Sul punto, i membri della Commissione hanno preso atto della scarsità di cellule riproduttive donate da terze parti agli aderenti ai trattamenti di fecondazione artificiale e della dipendenza del sistema dalle donazioni realizzate dai giovani universitari, in cambio di denaro.

Per questi motivi, si paventava la possibilità di introdurre un rimborso per le spese sostenute, mentre si escludeva la corresponsione di somme di altra natura, onde evitare un notevole numero di donazioni determinate dallo scopo di lucro e, al contempo, sottoposte ad un basso livello di controllo da parte degli operatori specializzati alla raccolta. Veniva così disincentivata la figura del "donatore professionale".

La Commissione si è pronunciata, inoltre, sullo spinoso tema della embrio-donazione, seppure con estrema cautela: da un lato, si richiedeva l'applicazione di tutte le garanzie auspiccate per le tecniche autorizzate di procreazione assistita e, dall'altro, si auspicava che l'eventuale ricorso alla donazione di embrioni avvenisse con una forma di adozione prenatale, dunque con l'intervento degli enti idonei a garantire la tutela degli interessi coinvolti e precludere ogni forma di abuso.

Dalla donazione embrionaria il rapporto Warnock distingue il diverso istituto della surrogazione della maternità o gestazione per altri, la quale consiste nella pratica più controversa per i lavori della Commissione di Inchiesta. Sul punto, il rapporto auspicava l'intervento del diritto penale, mediante la criminalizzazione degli accordi di surrogazione della maternità, senza, peraltro, distinguere tra contratti onerosi e gratuiti.

Nella seconda parte del *report*, i membri della Commissione hanno rivolto peculiare attenzione alla emergente questione relativa all'utilizzo di embrioni umani per la ricerca scientifica.

Ricostruito il processo evolutivo dell'embrione dalla fecondazione dell'oocita⁸⁰⁶, il rapporto Warnock accede alla sua più celebre presa di posizione: la Commissione si disinteressa alla natura dell'embrione, ma provvede direttamente ad un suo statuto giuridico, individuando lo *spatio temporis* concesso allo scienziato per l'esecuzione dell'attività di ricerca. Grazie a fitte e specifiche regole, secondo la Commissione, non occorre definire la natura per addivenire alla protezione, anzi le categorie dogmatiche mal si prestano all'inquadramento di simili cellule.

In particolare, lo sviluppo di tecniche di impiego di gameti ed embrioni conduce all'interrogativo attorno all'inquadramento giuridico dell'embrione. Ciononostante, varie possono essere le risposte a tale domanda e tutte involventi un "amalgama di giudizi fattuali e morali", sicché la Commissione elude l'interrogativo prevedendo direttamente un trattamento giuridico dedicato all'embrione, senza lasciare spazio all'interprete circa le garanzie applicabili ad un embrione in qualità di cosa o persona.

Ciò detto, permane comunque una diversa modalità di trattamento degli embrioni umani rispetto alle persone: pur appartenenti alla medesima specie, le leggi vigenti nel Regno Unito non riservano all'embrione il diritto alla vita.

⁸⁰⁶ *Supra* cap. 1.

Il dato viene ricavato da una interpretazione sistematica delle leggi penali e civili a tutela della vita e dell'integrità fisica, quali l'*Offences Against the Person Act* 1861, *Abortion Act* 1967, l'*Infant Life Preservation Act* 1929, in sede penale, e, sul profilo civilistico, il *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act* 1976.

Le citate discipline difendono la vita della persona, predispongono peculiari regole per i minori e accordano una tutela all'*unborn child*, ossia al feto o concepito, purché sia soddisfatta la condizione sospensiva del positivo esito della gravidanza con la nascita di una persona viva.

Per questi motivi, la Commissione ha ritenuto opportuna l'elaborazione in sede legislativa di uno statuto speciale ed autonomo dell'embrione, tale da non escludere in senso assoluto eventuali attività di ricerca scientifica sul medesimo.

Il criterio discrezionale proposto è quello della formazione della gastrulazione, o sia della comparsa della c.d. *primitive streak*, ossia dell'avvio del processo di formazione del sistema nervoso centrale.

Diverse autorità in campo scientifico hanno concordato che tale fase inizia a decorrere dal quindicesimo giorno dalla fecondazione dell'ovocita. Pertanto, dopo il quattordicesimo giorno deve ritenersi precluso un uso degli embrioni diverso dal trasferimento uterino. Più in generale, a partire dal quattordicesimo giorno non si ammette la coltura del pre-embrione fuori dal corpo umano, salvo che non sia preservato in stato di crioconservazione, nel qual caso si arresta, mediante congelamento in azoto liquido, lo sviluppo della cellula specializzata.

Così pure per i c.d. *spare embryos*, ovverossia gli embrioni in soprannumero, e per le cellule riproduttive donate per l'esclusivo impiego ai fini di ricerca scientifica.

Sin dal 1984 il rapporto Warnock ha evidenziato una pletora di possibili impieghi degli embrioni per scopi scientifici. Sussistenti le precipe autorizzazioni, i pre-embrioni possono essere impiegati per testare il grado di tossicità di determinate sostanze o per testare i medicinali; per la partenogenesi, consistente nella creazione di un embrione senza il ricorso a tecniche di fecondazione; per l'esecuzione della c.d. diagnosi genetica pre-impianto, al fine di prevenire l'impianto in utero di embrioni recanti patologie genetiche ereditarie o l'inopportunità di eseguire la fecondazione per patologie gravi trasmissibili.

Ammessi, a certe condizioni, l'impiego per scopi di ricerca, non si esclude neppure la cessione a titolo oneroso di cellule riproduttive ed embrioni in conformità

all'autorizzazione concessa. Si tratta di una soluzione che costituisce, per vero, il logico corollario dell'impiego ai fini di ricerca di cellule ed embrioni, altrimenti la possibilità di condurre ricerche sarebbe frustrata dalla impossibilità di cessione della invenzione biotecnologica. Tale pretesa limitazione, onde evitare atti di disposizione del corpo per scopo di lucro andrebbe esclusivamente a vantaggio dei successivi intermediari, senza in tal modo limitare lo sfruttamento economico della invenzione.

Secondo quanto sin qui illustrato, il *Warnock Report* assume un'impronta marcatamente utilitaristica, entro un delicato bilanciamento di interessi⁸⁰⁷: senza definire lo *status* morale dell'embrione, il *report* ne ha ricostruito uno speciale e inedito statuto giuridico.

Eludendo la domanda attorno alla natura giuridica dell'embrione e concentrandosi su come la legge dovrebbe trattare un embrione⁸⁰⁸, la Commissione ricorre, come in passato nelle regole sul feto, ad un approccio gradualista, ad una tutela "processuale", in combinato disposto con le norme in materia di interruzione volontaria della gravidanza e con le norme penali a tutela del bene giuridico della vita e della integrità fisica. La tutela delle fasi antecedenti alla nascita, come nell'embriologia, dipende dalla fase del processo evolutivo; queste fasi sono ben cristallizzate dal rapporto e corredate da distinte destinazioni.

L'approccio Warnock, inizialmente criticato da molti autori⁸⁰⁹, rappresenta un metodo che nel lungo periodo⁸¹⁰ non ha perso pregnanza, poiché, come ha dimostrato la ricerca scientifica, gli embrioni non possono essere ricompresi in uno statuto morale unico, né trattati come una entità assoluta sempre uguale a sé stessa, ma gli embrioni intesi in ottica processuale costituiscono una pluralità di entità⁸¹¹ ("*embryos exist as a plurality*"), i cui statuti devono essere differenziati.

⁸⁰⁷ N. Hammond-Browning, *Ethics, Embryos and Evidence*, cit., p. 588-619: "At the centre of the moral thinking behind the 1990 Act was broad utilitarianism [...]. As legislators, parliamentarians have to be utilitarian in the broadest possible sense [...]. On the committee, we thought that utilitarianism in this broad sense was the philosophy that must lie behind any legislation - weighing up harms against benefits".

⁸⁰⁸ M. Warnock, *A question of life: The Warnock report on human fertilisation and embryology*, Oxford, 1985, p. 64.

⁸⁰⁹ J.D. Biggers, *Arbitrary partitions of prenatal life*, in *Human Reprod.*, 1990, 5, p. 1-6; A. Sutton, *Ten years after the Warnock Report: is the human neo-conceptus a person?*, in *Medicina e Morale*, 1994, 3, p. 475-490.

⁸¹⁰ E. Jackson, *The Human Fertilisation and Embryology Bill*, in *Expert Review of Obstetrics and Gynaecology*, 2008, 3, p. 429

⁸¹¹ Così, F. Franklin, *Response to Marie Fox and Therese Murphy*, in *Social Legal Studies*, 2010, 19, p. 508-509: "In spite of the many criticisms of the Warnock Report for its failure to address the supposedly crucial issue of "the moral status of the human embryo" (criticisms Warnock fully anticipated and skillfully

3.2. Lo Human Fertilisation and Embryology Act 1990.

All'esito della discussione parlamentare intorno al rapporto Warnock e ad una campagna di sensibilizzazione mediatica da parte dei membri della comunità scientifica e medica⁸¹², nel 1990 il legislatore britannico ha emanato lo *Human Fertilisation and Embryology Act*.

Lo HFEA 1990 presenta un ordito composto di un preambolo esplicativo, ben quarantanove articoli, divisi in diciassette capi, a cui si sommano otto allegati, tesi a disciplinare i profili di maggiore complessità tecnica.

Secondo quanto previsto dal testo introduttivo alla legge, lo HFEA mira a regolare gli istituti, i trattamenti e i fenomeni che si pongono in connessione con gli embrioni umani ed i suoi successivi sviluppi. La disciplina, dunque, ha ad oggetto tutte le applicazioni degli embrioni, quali oggetto di tutela, e non regole esclusivamente dedicate alla procreazione medicalmente assistita. Tale approccio risulta comune all'ordinamento francese, tedesco ed austriaco.

Sin dal suo preambolo lo HFEA 1990 mostra un differente approccio, rispetto a quello prediletto dal Parlamento italiano, con riguardo alle modalità di protezione ed impiego degli embrioni e delle cellule riproduttive.

Lo HFEA viene introdotto per normare la creazione e l'impiego a vario titolo degli embrioni creati mediante modalità distinte tra loro.

Il testo compone esigenze distinte, quali la ricerca scientifica, da un lato, e la medicina riproduttiva, dall'altro⁸¹³.

Si tratta di un metodo ritenuto affatto incoerente con la tutela dell'embrione inteso in senso lato, anzi la ricerca scientifica sui pre-embrioni realizza un'attività fondamentale

answered in the original Preface to her report)...we can see in retrospect why she was wise to do so [...] *embryos exist as a plurality*. It is not possible to give them an 'absolute' status – legally or ethically any more than socially or politically”.

⁸¹² E. Jackson, *Regulating reproduction. Law, Technology and autonomy*, 2001, Portland, p. 183.

⁸¹³ Il preambolo prevede espressamente: “An Act to make provision in connection with human embryos and any subsequent development of such embryos; to prohibit certain practices in connection with embryos and gametes; to establish a Human Fertilisation and Embryology Authority; to make provision about the persons who in certain circumstances are to be treated in law as the parents of a child; and to amend the Surrogacy Arrangements Act 1985”.

per il perfezionamento delle procedure di fecondazione artificiale, quale “essenziale precursore per l’elaborazione dei trattamenti per l’infertilità”⁸¹⁴.

Il preambolo non esaurisce le peculiarità della legge in analisi, la quale, diversamente dal reticolato italiano, è molto articolato e teso a coniugare l’esigenza di applicare una legge attenta alla protezione di varie situazioni giuridiche senza, però, tradire o sminuire la dimensione scientifica propria della materia disciplinata.

Se, da un lato, risulta lodevole la sensibilità del legislatore alla complessità dei fenomeni scientifici disciplinati, dall’altro la tecnica di redazione normativa sacrifica notevolmente i canoni di chiarezza ed intellegibilità della legge, necessari per orientare una cosciente determinazione dei cittadini.

La centralità della tutela embrionaria è determinata dall’art. 1 HFEA.

La prima disposizione definisce l’embrione come quell’embrione vitale e appartenente alla specie umana, tanto se creato con fecondazione in vitro o in vivo quanto se prodotto mediante procedure altre e diverse⁸¹⁵.

Così definito l’oggetto, la legge ne specifica gli impieghi configurabili, quali l’impianto, la ricerca scientifica, lo stoccaggio mediante crioconservazione per futuro utilizzo, ma anche la distruzione.

Oltre alla nozione di embrione, il legislatore provvede, ai sensi dell’art. 2, ad introdurre la nozione di gamete, ma anche quella di madre, di padre, di trattamenti medicali e non, di accordi con le terze parti per l’approvvigionamento delle cellule.

I successivi artt. 3 e 4 enumerano i divieti vigenti in materia: è vietata l’esecuzione di tecniche da soggetti non dotati di autorizzazione governativa, l’impianto di gameti e embrioni senza il previo consenso dei pazienti e dei donatori, l’impianto di cellule staminali derivanti da embrioni o da feti o embrioni creati utilizzando le cellule staminali, la conservazione e lo stoccaggio in violazione delle regole di sicurezza vigenti, la creazione, l’impianto e la creazione di chimere⁸¹⁶, salvo che tale attività non sia stata autorizzata.

⁸¹⁴ E. Jackson, *Regulating reproduction, cit.*, p. 182. Sul punto, appare utile rammentare le parole di Mary Warnock: “...if we are to have IVF, we need research. The two very much go hand in hand”, Così, M. Warnock, *The Warnock Report and the 14-day Rule*, in *Progress Educational Trust’s, Rethinking the Ethics of Embryo Research: Genome editing, 13 days and beyond*, Londra, 7 Dicembre 2016.

⁸¹⁵ *Infra* § 3.3.

⁸¹⁶ Per *chimera* si intende il prodotto dell’impianto di un embrione umano in organismo animale e viceversa.

Infine, in virtù dell'art. 3, commi 3° e 4° è fatto espresso divieto di utilizzo a qualsiasi titolo di embrioni fecondati da più di quattordici giorni, recanti la formazione del sistema nervoso centrale, la *primitive streak*.

La violazione delle disposizioni illustrate costituisce reato, punito con la reclusione fino a dieci anni. Sebbene la pena risulti particolarmente elevata, la sanzione è per lo più riconducibile alla violazione della licenza accordata dal Ministero, la quale individua i limiti e i vincoli per le cliniche.

La specificità della trama normativa, la precisione delle licenze accordate alle cliniche P.M.A. e la cornice edittale della pena comminata per la trasgressione hanno conseguito l'effetto preventivo sperato, poiché non si individuano casi in giurisprudenza di creazione ed impiego di embrioni in contrasto alla normativa interna con conseguente applicazione delle pene detentive previste.

Lo HFEA recepisce, poi, la c.d. *14-day rule* elaborata dalla Commissione Warnock, recuperando la distinzione tra embrione e pre-embrione. In tale modo, il legislatore ha inteso allineare il più possibile le norme interne alle conoscenze biologiche raggiunte con riferimento alle prime fasi dello sviluppo umano.

Il periodo di quattordici giorni, a norma dell'art. 3 comma 4°, decorre dal giorno di fecondazione dell'oocita ("*the day on which the process of creating the embryo began*"), senza computare i giorni in cui l'embrione è stato crioconservato.

La legge istituisce, inoltre, la *Human Fertilisation and Embryology Authority*, una nuova autorità amministrativa indipendente deputata alla vigilanza del settore.

Alla HFE Authority viene demandato, in via principale, il controllo sulle pratiche che ricorrono all'utilizzo di embrioni e cellule riproduttive, ma anche la collaborazione fattiva con altre autorità del Regno Unito, degli stati membri dell'Unione Europea e con la Commissione europea, al fine di precludere l'impiego e il trasferimento illecito di gameti ed embrioni. Verosimilmente tali aspetti riceveranno una nuova configurazione all'esito della finalizzazione della Brexit.

I membri di tale autorità amministrativa indipendente ricevono un mandato della durata di tre anni e sono selezionati dal Ministro della Salute (Secretary of State), ciononostante mantengono una posizione autonoma⁸¹⁷ dal medesimo nella *compliance*

⁸¹⁷ Tali prerogative vengono espressamente indicate dal legislatore nell'Allegato 1 alla legge, consultabile sul sito istituzionale *legislation.gov.uk*. L'art. 1 prevede: "*The Authority shall not be regarded as the servant or agent of the Crown, or as enjoying any status, privilege or immunity of the Crown; and its property shall not be regarded as property of, or property held on behalf of, the Crown. The Authority shall*

verso i soggetti dediti alla creazione e all'impiego delle cellule riproduttive e degli embrioni.

In particolare, l'autorità è chiamata ad eseguire ispezioni e accertamenti per verificare la corretta applicazione della disciplina da parte degli operatori, svolgere attività promozionali congruenti con le disposizioni normative, operare un monitoraggio degli sviluppi involventi le pratiche di impiego e creazione degli embrioni e di tale attività dovrà tenere conto nella redazione di un *report* annuale all'indirizzo del Ministro della Salute.

La HFE Authority è, inoltre, deputata al rilascio delle autorizzazioni che consentono l'impiego delle cellule riproduttive e degli embrioni.

Ai sensi dell'art. 11 si distinguono differenti tipi di autorizzazioni governative, i cui contenuti risultano specificati nell'Allegato 2 alla legge. In breve, il legislatore distingue l'autorizzazione per l'esecuzione di trattamenti di medicina riproduttiva⁸¹⁸ o non medicali⁸¹⁹ (art. 13) dalle autorizzazioni funzionali alle operazioni di stoccaggio⁸²⁰ (art. 14) e di ricerca (art. 15).

È proprio questo uno dei nodi di maggiore scontro in dottrina: il legislatore ha distillato nella legge tutti gli impieghi ammissibili di cellule riproduttive ed embrioni. Così procedendo, la legge ha reso legali una vasta gamma di procedure, ma, al contempo, l'elencazione dei trattamenti sembra avere notevolmente limitato l'autonomia⁸²¹ di medici e scienziati entro i rigidi confini di una autorizzazione governativa.

In aggiunta, l'autorizzazione di tecniche altre e diverse da quelle espressamente elencate è lasciata alla discrezionalità dell'autorità di vigilanza preposta al rilascio o al rinnovo, con il rischio di frustrare le garanzie accordate dall'ordinamento britannico alla ricerca scientifica, quale *conditio sine qua non* per la soluzione dei problemi legati alla infertilità.

have power to do anything which is calculated to facilitate the discharge of its functions, or is incidental or conducive to their discharge, except the power to borrow money".

⁸¹⁸ Per trattamenti di medicina riproduttiva (*treatment, embryo testing and sex selection*) si intende non soltanto la creazione dell'embrione ma anche il procacciamento di embrioni e gameti, il trasferimento intrauterino delle cellule, l'esecuzione di diagnosi genetiche preimpianto (PGD), nonché altri e diversi test per verificare la normalità delle cellule riproduttive maschili, anche ricorrendo alla loro applicazione su oociti prelevati da animali. Inoltre, in tale categoria rientrano anche i test genetici e di selezione del sesso, per prevenire la trasmissione di malattie ereditarie madre-figlio o padre-figlia.

⁸¹⁹ Per trattamenti di medicina riproduttiva non medicali si intende il plesso di attività di approvvigionamento e distribuzione di cellule riproduttive maschili.

⁸²⁰ Per stoccaggio si intende ogni attività di crioconservazione di gameti, embrioni e *admixed embryos*.

⁸²¹ E. Jackson, *Regulating reproduction*, cit., p. 230 ss.

Simili critiche sono state mosse alla stringente disciplina attorno alla struttura ed ai contenuti essenziali per la redazione del modulo di consenso informato, di cui all'Allegato 3⁸²². Sono previsti ventinove modelli di consenso informato per tipo di impiego.

Ai sensi dell'art. 14, gli embrioni che presentano patologie non devono essere preferiti a quelli sani ed eventuali test⁸²³ sull'embrione devono essere condotti nell'interesse di quest'ultimo.

Nell'ultima parte della legge, il legislatore, ha modificato una serie di discipline ad essa collegate, quali il codice deontologico dei medici, il *Surrogacy agreements Act 1985*, che si appresta ad essere modificato nuovamente nei prossimi anni, e la legge recante le norme sull'interruzione volontaria della gravidanza⁸²⁴.

Si tratta, per vero, di un intervento corposo che alimenta il grado di complessità dell'ordinamento britannico in materia a detrimento dei canoni di chiarezza e prevedibilità. Ciononostante, la riforma di tali settori costituisce un passaggio ineludibile alla luce delle definizioni offerte dalla legge, tra tutte la *14-day rule*.

Per quanto concerne la legge in materia di interruzione volontaria della gravidanza, l'art. 37 ha previsto che l'aborto può essere praticato entro ventiquattro settimane dalla fecondazione e non più entro il termine previsto dall'*Infant Life (Preservation) Act 1929* di ventotto settimane⁸²⁵.

Il nuovo limite avvicina sensibilmente la disciplina della interruzione volontaria della gravidanza a quella degli stati dell'Europa continentale, in controtendenza con l'opzione avanguardista caratterizzante la normativa sugli embrioni.

Tale nuovo termine si accompagna alla recente introduzione dell'obbligo in capo al medico di rianimare il feto o il neonato a partire dalla ventiduesima⁸²⁶ e non più dalla ventiquattresima settimana, anticipando una tutela più forte della sopravvivenza del feto, rispetto a quella prevista dalla legge sull'aborto.

⁸²² *Infra* § 3.3.

⁸²³ I test in discorso vanno riferiti a test genetici e non all'impiego ai fini di ricerca scientifica.

⁸²⁴ *Abortion Act 1967*, in *legislation.gov.uk*.

⁸²⁵ La scelta di tale termine, secondo i resoconti dei lavori parlamentari, è determinata dal conforto di dati scientifici che supportano la capacità di sopravvivenza del feto. Il termine, secondo taluni, potrebbe andare incontro a successiva modifica poiché alcuni studi hanno dimostrato la capacità di sopravvivenza del feto in via extrauterina anche prima della ventiquattresima settimana. Così, G. Winter, *The future of artificial wombs*, in *British Journal of Midwifery*, 2017, 25, p. 416.

⁸²⁶ *The Telegraph*, *Doctors should attempt to save premature babies born after 22 weeks, medical leaders say*, 23 ottobre 2019.

3.3. La tutela dell'autodeterminazione nello HFEA: il consenso informato.

Alcune regole peculiari sono previste dallo Human Fertilisation and Embriology Act in punto di consenso informato.

L'elevato livello di precisione ed attenzione dedicata a ciascuna situazione giuridica sottoposta a consenso, fornito con il modulo appositamente predisposto dal Governo, richiede una analisi attenta della disciplina in discorso, specie in considerazione dei suoi risvolti per la ricostruzione della natura giuridica delle cellule e degli embrioni.

La ricerca scientifica o, in alternativa, i trattamenti per fronteggiare le cause di infertilità possono essere eseguiti solo all'esito della prestazione di un consenso valido⁸²⁷, effettivo, attuale, scritto, informato e sottoscritto, che consenta al paziente di conoscere e determinarsi autonomamente rispetto alla successiva destinazione delle cellule donate.

Per *effective consent*, spiega l'allegato n. 3 alla legge britannica, si intende che la determinazione del soggetto donatore o paziente non soltanto si caratterizza per i requisiti anzidetti ma parimenti non deve essere stata revocata. Dunque, il consenso produce effetti fintanto che il paziente, quale che sia, non revochi la propria determinazione al trattamento. E ciò a prescindere dall'avvenuta fecondazione.

Il consenso deve specificare non solo la destinazione di tipo oggettivo ma anche l'ambito soggettivo di impiego dei campioni prelevati: il soggetto è tenuto, infatti, a specificare se e in quale misura le cellule possono essere destinate all'impiego da parte di soggetti terzi.

All'uopo l'autorità di vigilanza ha recentemente predisposto ventinove moduli di consenso informato⁸²⁸, i quali dovranno essere utilizzati nelle cliniche per ciascun tipo di impiego delle cellule e compilati dai pazienti e dai donatori.

I moduli citati regolano il rapporto giuridico tra la clinica ed il paziente e/o donatore per quanto concerne i trattamenti di medicina riproduttiva e crioconservazione, le donazioni, gli accordi di surrogazione della maternità, la revoca del consenso, le regole

⁸²⁷ Per consenso valido si intende normalmente un consenso che soddisfa tre criteri, ovvero sia un consenso sufficientemente informato, reso da un soggetto capace e su base volontaria, così G. Laurie-E. Postan, *Rhetoric or Reality: what is the legal status of the consent form in Healthrelated Research?*, in *Medical Law Review*, 2013, 21, p.374: "valid consent is usually used to mean that which meets the three criteria of sufficient informedness, capacity, and voluntariness".

⁸²⁸ I moduli sono aggiornati e reperibili sul sito istituzionale della HFE Authority, in *hfea.gov.uk*.

in materia di genitorialità intenzionale, l'accesso alle informazioni del donatore e le donazioni mitocondriali.

I pazienti potranno optare per una crioconservazione delle cellule per un periodo di dieci anni o superiore, ma comunque non eccedente un periodo di cinquantacinque anni, decorsi i quali la clinica deve procedere alla distruzione delle cellule.

Il consenso, quand'anche particolareggiato, si accompagna ad una completa informazione in forma orale delle conseguenze morali e giuridiche della crioconservazione e richiede la presenza e la successiva sottoscrizione di un testimone.

Per quanto concerne la revoca del consenso, lo HFEA introduce norme *sui generis*⁸²⁹, specie in considerazione dell'approccio degli stati dell'Europa continentale che offrono poche e carenti regole al riguardo, data la marginalità del settore in tali ordinamenti.

In particolare, la revoca del consenso deve essere comunicata alla bio-banca, mediante un modulo apposito, ed impone al soggetto di optare per una delle conseguenze della propria determinazione, ovverosia la destinazione a terzi o solo agli aderenti o la destinazione alla ricerca o la distruzione o l'abbandono al perimento dei campioni crioconservati.

La dichiarazione di revoca, però, non deve avvenire, come in Italia, entro la fecondazione dell'oocita, bensì può avere luogo entro e non oltre l'impianto o l'impiego delle cellule riproduttive e degli embrioni. La ragione è presto detta: adottata una impostazione "processuale", che distingue tra cellule, pre-embrione, embrione, embrione viabile e non, conseguenza diretta è la possibilità di revoca del consenso all'applicazione del pre-embrione, il quale si accompagna ad una serie inferiore di garanzie e costituisce oggetto privilegiato per la ricerca scientifica, volta a conseguire linee cellulari per la cura di eterogenee patologie.

Il legislatore britannico, peraltro, ha operato una scelta elastica in punto di revoca del consenso: in virtù della eterogeneità degli impieghi e della pletora di soggetti coinvolti, ivi compresi i donatori delle cellule, appare inopportuno individuare un termine assoluto e generale per la revoca, sicché la determinazione contraria può giungere fino a che il campione non sia stato utilizzato.

⁸²⁹ E. Jackson, *Regulating Reproduction*, cit., p. 232.

I moduli consentono al donatore non soltanto di prestare o revocare il consenso, ma anche di determinare le destinazioni, di specificare a quali trattamenti di procreazione assistita si intende acconsentire, di specificare la durata e le condizioni della crioconservazione, di esplicitare il numero di donazioni, purché non superiore a dieci famiglie, di prevedere la destinazione di eventuali cellule riproduttive ed embrioni in soprannumero (c.d. *spare embryos*).

I moduli di revoca consentono una determinazione contraria all'utilizzo totale o parziale, sia sotto il profilo quantitativo che qualitativo. In altri termini, al paziente è accordata la possibilità di revocare il consenso *in toto* oppure all'utilizzo di un certo numero di embrioni. In secondo luogo, il donatore è ammesso a revocare il suo consenso all'utilizzo delle cellule in favore di trattamenti o donazioni o ricerca scientifica o training degli operatori.

Alla luce di quanto illustrato, i moduli consentono un pieno ed effettivo godimento del diritto di autodeterminazione sull'utilizzo delle cellule e, parimenti, una agile gestione dei campioni da parte la clinica percettrice.

In tal modo il legislatore sembra risolvere in radice eventuali controversie attorno all'impiego o alla restituzione delle cellule al donatore.

Tuttavia, le scelte attinenti ai campioni non costituiscono sempre appannaggio di un singolo soggetto firmatario del consenso, ma talvolta di una coppia oppure di pazienti terzi destinatari delle cellule o degli embrioni per il conseguimento di trattamenti di procreazione assistita. Sicché il legislatore ha introdotto regole tese ad un bilanciamento degli interessi contrapposti.

In specie, alla revoca del consenso il paziente consegue l'obbligo di notifica da parte del centro P.M.A. della determinazione a tutti i controinteressati, per tali intendendosi, ad esempio, il coniuge o il partner, in caso di fecondazione di tipo omologo, oppure la coppia di pazienti cui era destinato il gamete o l'embrione in caso di fecondazione eterologa.

In aggiunta, il legislatore introduce un meccanismo inedito di gestione delle revoche, il c.d. *cooling off period*. Dal giorno di comunicazione della revoca alla clinica comincia a decorrere un periodo di ripensamento, uno *spatio temporis* nel corso del quale la bio-banca non può distruggere immediatamente gli embrioni ma mantenerli in azoto liquido fino al consenso dei controinteressati oppure fino al momento della soluzione della controversia tra le parti interessate. In tali casi, la crio-conservazione deve essere

mantenuta per un periodo di tempo determinato e pari a dodici mesi, salvo che sia sopravvenuta la revoca del consenso anche da parte del partner⁸³⁰.

Durante il *cooling off period* non solo non è possibile la distruzione degli embrioni e delle cellule ma neppure un impiego distinto.

Decorso il termine di dodici mesi, la clinica deve verificare la cristallizzazione della volontà di revoca. Sicché il mancato conseguimento di un accordo tra le parti circa l'impiego successivo, la revoca del consenso all'impiego da parte dei controinteressati, il mancato spostamento presso diversa bio-banca o, ancora, la mancata risposta alla richiesta di aggiornamento del consenso importano inevitabilmente l'abbandono al perimento dei campioni.

Nonostante la cura dedicata alla tutela della determinazione dei pazienti in materia, dalla disciplina esaminata emergono dubbi esegetici di non poco momento. Non si comprende, anzitutto, se tra i controinteressati possano essere annoverati anche i team di ricercatori interessati all'impiego ai fini di ricerca dell'embrione prima della sua manipolazione o distruzione. In secondo luogo, la durata del periodo di ripensamento non sembra considerare la durata delle controversie in sede giudiziaria.

Tali questioni interpretative risultano acuite dalla ambigua natura giuridica⁸³¹ del consenso informato così descritto, tema che, per quanto rilevante, non ha mai ricevuto applicazione in sede giudiziaria nel Regno Unito⁸³², fatta eccezione per i procedimenti in sede penale⁸³³ per i reati di lesioni e di violenza privata derivanti dalla violazione delle norme sulla raccolta del consenso⁸³⁴.

⁸³⁰ Corte EDU, Grande Camera, 10 aprile 2007, *Evans c. Regno Unito*, ric. 6339/05, in *HUDOC*. Nel caso *Evans c. Regno Unito*, i giudici di Strasburgo si sono misurati con il bilanciamento tra l'interesse della ex moglie ad avere un figlio con gli embrioni crio-preserved e quello dell'ex marito a non avere una famiglia, dopo la crisi del matrimonio. *Lady Justice Arden* afferma che il diritto interno del Regno Unito, limitando la possibilità della ex moglie di utilizzare autonomamente gli embrioni della coppia, ha posto in essere un'interferenza giustificata, ai sensi del comma 2 dell'art. 8, ciò in quanto ancor più pervasiva sarebbe l'ingerenza nel diritto del padre a decidere di non diventare un genitore. Così come la maternità non può essere obbligata, allo stesso modo la paternità non può essere imposta, tanto più, dice il giudice, se ne deriva una responsabilità legale e finanziaria nei confronti di un figlio. Sul punto v. M. Ford, *Evans v. United Kingdom: what implications for the jurisprudence of pregnancy?*, in *Human Rights Law Review*, 2008, 1, p. 171-184;

⁸³¹ Per usare le parole di G. Laurie-E. Postan, *op. ult. cit.*, p. 371: "the unresolved conundrum of the legal status of consent forms".

⁸³² G. Laurie-E. Postan, *op. ult. cit.*, p. 381: "the precise legal standing of the consent form in health-related research has not been tested in the UK courts". Si veda, U.C. Gupta, *Informed consent in clinical research: Revisiting few concepts and areas*, in *Perspect Clin Res.*, 2013, 4, p. 26-32.

⁸³³ Corte EDU, *Gillberg v Sweden*, 3 aprile 2012, ric. 41723/06, in *HUDOC*.

⁸³⁴ Queen's Bench Division, *Chatterton v. Gerson*, 31 gennaio 1980, in *Westlaw Uk*; S.F. Smith, *Some recent cases on informed consent*, in *The Adelaide Law Review*, p. 419 ss.

È stato acutamente osservato, infatti, che nonostante l'ubiquità del tema del consenso nella letteratura accademica, non è ancora nota la natura giuridica dell'atto nel Regno Unito⁸³⁵.

Le tesi in campo possono riassumersi in due contrapposte opzioni esegetiche: il consenso informato può essere qualificato come accordo quasi-contrattuale per l'allocazione del diritto di proprietà oppure come base legale per la protezione dell'autodeterminazione personale⁸³⁶, dunque un puro atto di consenso.

Nonostante una lunga tradizione giuridica⁸³⁷ tesa ad escludere che, salvo peculiari eccezioni, le parti del corpo possano formare oggetto del diritto di proprietà, la prima tesi appare avallata dalla giurisprudenza in sede civile e penale.

Il pensiero corre a due noti *leading case*, ossia *R v Kelly & Anor*⁸³⁸ e *Yearworth v. North Bristol NHS Trust*⁸³⁹, i quali rilevano, come si vedrà nel prosieguo, anche per la natura giuridica degli embrioni.

Nella vicenda *R c. Kelly*⁸⁴⁰, una coppia veniva punita, in conformità al *Theft Act* 1968, per il reato di furto, per aver sottratto ad un ospedale alcune parti del corpo, ossia arti di varia natura di diversi soggetti deceduti, per il loro successivo utilizzo come calchi per sculture da esporre in una "mostra d'arte moderna".

Il caso fa applicazione della teoria delle parti distaccate dal corpo, secondo la quale una volta separata una parte dal corpo umano questa cessa di essere parte integrante dell'organismo vivente ma diviene una cosa, una *res*, suscettibile di altrui sottrazione ed impossessamento e, dunque, tale condotta può essere punita a titolo di furto.

Nella celebre vicenda, i giudici scrivono che le parti del cadavere sono idonee a formare oggetto di proprietà, se hanno acquisito differenti qualità per effetto delle

⁸³⁵ G. Laurie-E. Postan, *op. ult. cit.*, p. 376: "Despite the ubiquity of the subject of consent in the academic and professional literature, we do not know the precise legal status of consent forms used in research in the UK".

⁸³⁶ G. Laurie-E. Postan, *op. ult. cit.*, p. 371 ss.

⁸³⁷ *R v Lynn* (1788), *R v Sharpe* (1857), *Foster v Dodd* (1867), *R v Price* (1884), and *Williams v Williams* (1881-85), *R. v Bentham* (2005), in Westlaw UK.

⁸³⁸ K. Mason-G. Laurie, *Consent or Property? Dealing with the Body and Its Parts in the Shadow of Bristol and Alder Hey*, in *The Modern Law Review*, 2001, 5, p. 710-729. *Infra* § 5.

⁸³⁹ S. Harmon, *Yearworth v North Bristol NHS Trust: A Property/Medical Case of Uncertain Significance?*, in *Medicine, Health Care & Philosophy*, 2010, 13, p. 343-350; l'A. afferma: "Given the decision in *Yearworth*, the human person – the originator of tissue and bodily products – is pulled into the property matrix (...) it constitutes the first instance that an appellate court has seriously considered the question of originator property in human material, and it has done so directly where previous courts have shied away from the issue. It has apparently cleared away a controversial piece of legal artifice and extended the right of body-product ownership to originators of those products within a certain context/relationship, thereby opening up new remedial possibilities". Si veda pure K. Mason-G. Laurie, *op. ult. cit.*, p. 710 ss.

⁸⁴⁰ *Infra* § 3.5.

applicazioni di capacità, come la dissezione o tecniche di conservazione, per esibizioni o scopi di insegnamento: «*parts of a corpse are capable of being property (...) if they have acquired different attributes by virtue of the application of skill, such as dissection or preservation techniques, for exhibition of teaching purposes*»⁸⁴¹.

Il caso in esame, pur non riguardante cellule e, in specie cellule riproduttive, ha gettato la stura per la successiva applicazione della teoria delle parti distaccate dal corpo nelle successive vicende giudiziarie, proprio in quanto una forma di “*dissection*” e “*preservation*” si evince anche nel trattamento delle cellule e degli embrioni.

Ancora più interessante appare allora l’approdo raggiunto nel caso Yearworth. La vicenda rientra nel novero dei “casi blackout”⁸⁴² e con la pronuncia sembra, infatti, essere stata introdotta la possibilità per i donatori vivi di vantare un diritto di proprietà sui propri tessuti o quantomeno sulle proprie cellule riproduttive.

In particolare, sei uomini affetti da distinte patologie tumorali procedevano alla crioconservazione dei propri gameti prima di sottoporsi alla chemioterapia per il successivo utilizzo. Il mancato funzionamento del sistema di stoccaggio ha, però, condotto al perimento delle cellule prima del loro utilizzo. La soppressione delle cellule riproduttive precludeva ai ricorrenti ogni possibilità di attuazione del progetto parentale, all’esito delle cure e, per tale motivo, lamentavano la lesione del diritto di proprietà e l’inadempimento dei doveri gravanti sulla clinica deputata alla raccolta e alla crioconservazione dei gameti, ossia il NHS Trust.

Il giudice accogliendo le doglianze dei ricorrenti qualificava il rapporto alla stregua di un contratto di deposito gratuito (c.d. *gratuitous bailment*) e riscontrava due profili di responsabilità del trust: in specie, veniva ascritta al convenuto una responsabilità da inadempimento contrattuale per quanto concerneva il contratto di deposito e una responsabilità extracontrattuale per la violazione del diritto di proprietà degli istanti.

Pur nella stretta articolazione dei fatti trattati nelle vicende giudiziarie, i casi illustrati appaiono particolarmente decisivi in considerazione del principio di *stare decisis*.

Inoltre, proprio in applicazione dei principi enunciati nel primo caso *blackout* britannico, lo *Yearworth case*, il consenso informato potrebbe essere inteso come contratto di deposito gratuito tra donatore e clinica.

⁸⁴¹ K. Mason-G. Laurie, *op. ult. cit.*, p. 721.

⁸⁴² *Supra* Cap. 2 e Cap. 3 § 2.2.

Tale tesi, però, sembra obliterare gli scopi propri del consenso, quali l'impiego ai fini terapeutici e la destinazione alla ricerca scientifica; in secondo luogo il contratto di deposito, così come nel diritto italiano, presuppone che il bene venga successivamente restituito al proprietario e ciò appare escluso in caso di consenso, salvo revoca del medesimo.

Diametralmente opposto è l'angolo prospettico che caratterizza la seconda tesi del consenso come mezzo di tutela dell'autodeterminazione personale⁸⁴³.

Secondo una simile impostazione, il consenso informato consente al paziente, nel caso di donazione di cellule, di determinare la destinazione delle medesime ma fonda, in capo alla clinica o alla bio-banca, un *duty of care* o, più precisamente, fissa gli attesi standard di cura. In questo modo, il consenso informato imprime nelle cellule la destinazione desiderata dal paziente ed è idoneo a fondare un più elevato livello di diligenza dovuta da parte del medico.

Dunque, sebbene nel caso citato il giudice descrive il rapporto tra donatore e gamete alla stregua del diritto di proprietà e quello tra clinica e gamete entro un contratto di deposito, l'opzione esegetica che si va descrivendo attribuisce a tali locuzioni un valore puramente retorico, in considerazione del difetto di un preciso inquadramento.

Se il linguaggio è retorico, allora nulla osta alla natura extracontrattuale della responsabilità per la violazione degli standard previsti dal consenso informato, in considerazione dei danni effettivamente patiti dalle vittime dell'illecito.

Il danno, allora, non è arrecato alla proprietà, bensì all'autodeterminazione dei pazienti, agli interessi di coloro che hanno prestato il consenso e che, per il tramite di tale forma di manifestazione della libertà di autodeterminazione terapeutica, hanno acconsentito all'uso delle proprie cellule solo in considerazione di determinati scopi ed interessi: «*The kind of harm most likely to be engaged by departure from consent terms is harm to the participants' interest in affront to their autonomy and loss of control in determining the kind of research in which they are involved or the kinds of uses to which their data or tissues might be put*»⁸⁴⁴. La lettura della regola che nasce dal caso *Yearworth* proposta da tale corrente di pensiero appare molto simile alle conclusioni del *Bundesgerichtshof* del 1993.

⁸⁴³ S. Harmon, *Yearworth v. North Bristol NHS trust: A property case of uncertain significance?*, in *Medicine Health Care and Philosophy*, 2010, 13, p. 343-350.

⁸⁴⁴ G. Laurie-E. Postan, *op. cit.*, p. 404 ss.

La protezione della autonomia dei pazienti, peraltro, osservano i sostenitori di tale tesi, costituisce il fondamento della responsabilità risarcitoria del *Trust* in favore dei pazienti, sebbene mascherata da lesione del diritto di proprietà: in un passaggio del primo caso *blackout* la corte ha affermato di aver raggiunto la conclusione della violazione del diritto di proprietà, in ragione degli scopi impressi con il consenso sull'impiego dei gameti. Ne consegue che il danno derivante può consistere in un danno morale, che muta in un biologico nel caso in cui la sofferenza muta fino ad un disordine mentale o uno stato depressivo del paziente, come peraltro accaduto nel caso esaminato.

Ciononostante, l'impostazione appena esaminata appare minoritaria in dottrina e disattesa in giurisprudenza. Ulteriori vicende sui *blackout* e sulle cellule umane hanno avallato la tesi della violazione del diritto di proprietà⁸⁴⁵.

3.4. La regola dei 14 giorni (*14-day rule*).

Come anticipato, il rapport Warnock, prima, e lo HFEA 1990, poi, hanno introdotto nel tessuto normativo la nota e controversa *14-day rule*, letteralmente la regola dei quattordici giorni.

L'art. 4, comma 4°, implementa il citato termine. La disposizione "assume" che la linea primitiva compaia in un embrione non oltre il quattordicesimo giorno.

Le due settimane decorrono dal giorno della fecondazione dell'oocita oppure dal giorno in cui si avvia il procedimento di formazione dell'embrione, come in caso di partenogenesi o fusione mitocondriale, senza considerare il tempo in cui l'embrione è stato preservato in stato di ibernazione.

Il limite temporale tratteggia la distinzione tra pre-embrione ed embrione, perimetrando le destinazioni della cellula specializzata a seconda dalla comparsa della c.d. linea primitiva.

Con la comparsa della linea primitiva si esclude ogni forma di ricerca scientifica sull'embrione e, più in generale, si preclude il mantenimento in coltura della cellula specializzata in via extra-uterina.

Per vero, la regola dei quattordici giorni viene proposta per la prima volta nel 1979 quale limite temporale massimo per la coltura extracorporea degli embrioni umani in

⁸⁴⁵ *Infra* § 3.5.

vitro da parte dell’Ethics Advisory Board del Department of Health, Education and Welfare degli Stati Uniti⁸⁴⁶.

La regola, negli anni successivi, venne posta al centro del dibattito condotto dal Warnock Committee e suggerita nel sopracitato report per la successiva adozione della legge in materia di embrioni.

Il termine delle due settimane ha poi raccolto un cospicuo numero di consensi, quale momento individuato dal legislatore in via convenzionale ma suggerito dagli esperti in materia, fino al quale condurre ricerche sugli embrioni, in quanto fino al compimento del quindicesimo giorno la cellula specializzata opera la sua divisione cellulare. Dalla seconda settimana dalla fecondazione in poi si appunta un momento di svolta, l’embrione non può più produrre divisioni e dunque gemelli, perde la totipotenzialità e perde, in definitiva, la sua attitudine all’impiego in attività di ricerca scientifica.

La *14-day rule*, a partire dal 1979, è stata adottata dal National Institutes of Health’s Human Embryo Research Panel degli Stati Uniti.

Non solo, in quanto è stata implementata, seppure con alcune differenze, da parte in molteplici ordinamenti: Canada, Australia, Spagna, India, Giappone, Olanda, Islanda, Svezia, Slovenia, Nuova Zelanda, Cina, Corea del Sud e Singapore⁸⁴⁷.

Solo la Svizzera riduce a sette giorni il limite temporale per la coltura dell’embrione in vitro ed il suo impiego per la ricerca scientifica.

Ciò rende la regola dei quattordici giorni, e dunque la distinzione tra il trattamento riservato ai pre-embrioni e quello che contraddistingue gli embrioni, una delle regole sulle quali è stato raggiunto il più alto livello di consenso nella disciplina della scienza riproduttiva. Peraltro, adottata anche da parte di stati aderenti alla Convenzione di Oviedo, come Spagna, Islanda, Slovenia e Svizzera.

Proprio come la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell’encefalo, quale momento in cui si individua la morte nell’ordinamento italiano, alla stregua della l. n. 578/1993, anche la comparsa della linea primitiva, costituisce un termine designato dal legislatore, dunque un momento convenzionale a partire dal quale si applicano regole altre e diverse da quelle applicabili nella fase antecedente o in quella successiva.

⁸⁴⁶ M.F. Pera, *Human embryo research and the 14-day rule*, in *The Company of Biologist*, 2017, p. 1923.

⁸⁴⁷ J.B. Appleby-A.L. Bradenord, *Should the 14-day rule for embryo research become the 28-day rule?*, in *EMBO Molecular Medicine*, 2018, 9, vol. X, p. 9437.

Peraltro, la “convenzione” assunta dal legislatore è parsa a lungo giustificata dalla impossibilità materiale di condurre una coltura in vitro con esito positivo della durata superiore ai quattordici giorni⁸⁴⁸.

Per questo motivo, per decenni il limite è stato inteso come “marcatamente teorico”⁸⁴⁹.

Ciò fino a pochi anni fa.

Nei primi mesi del 2016, per la prima volta, alcuni biologi hanno mantenuto, con esiti positivi, e dunque senza pervenire alla soppressione, una coltura di embrioni in vitro fino al tredicesimo giorno⁸⁵⁰.

Dalla pubblicazione di questi primi studi, allora, il dibattito attorno alla collocazione temporale del termine ultimo per l'impiego ai fini di ricerca e coltura extrauterina è tornato in auge.

Le posizioni esegetiche si polarizzano sul tema. Secondo una prima tesi non è possibile accedere alla modifica della *14-day rule*, secondo una diversa opzione interpretativa, invece, sussistono numerosi argomenti a sostegno dell'estensione fino al ventottesimo giorno dalla fecondazione dell'oocita del termine per la coltura in vitro.

I sostenitori dello *status quo* ascrivono alla regola dei quattordici giorni ruolo performante, nella individuazione del pre-embrione. Tale termine non rappresenta l'apposizione convenzionale di un limite alla ricerca scientifica ma una regola di certezza, una linea di demarcazione dal carattere deciso in quanto con la perdita della totipotenzialità da parte del pre-embrione questo non può più addivenire a divisioni cellulari, da questo momento presenta una forma di primigenia identità che permane in caso di gestazione ed esito favorevole della medesima.

Secondo la tesi opposta, invece, l'apposizione del termine in discorso, al momento della comparsa della linea primitiva, costituisce una scelta legislativa, convenzionale, dotata di discrezionalità, non una giuridificazione dello statuto morale dell'embrione nel diritto britannico, nonché nelle legislazioni che similmente hanno impiegato la regola nella disciplina in materia di cellule riproduttive. Se la scelta costituisce una applicazione

⁸⁴⁸ S. Chan, *How to Rethink the Fourteen-Day Rule*, in *Hastings Center Report*, 24 maggio 2017, p. 5.

⁸⁴⁹ P. Monahan, *Human embryo research confronts ethical 'rule'*, in *Science*, 2016, p. 640.

⁸⁵⁰ A. Deglincerti-G. Croft-L. Pietila, *Self-organization of the in vitro attached human embryo*, in *Nature*, 2016, 533, p. 251-254; M.N. Shahbazi, *In vitro model of human implantation*, in *Nat. Cell Biol.*, 2016, 18, p. 700-708.

del potere legislativo, non si esclude che il legislatore possa recepire l'istanza in discorso, quale ulteriore applicazione della propria discrezionalità.

La stessa Baroness Mary Warnock ha affermato che – in parte – le critiche di arbitrarietà relative alla *14-days rule* non sono infondate, in quanto nel report è stato suggerito al legislatore tale termine, sulla base delle opinioni di noti esperti, in quanto si tratta del momento a partire dal quale l'embrione inizia a sviluppare il midollo spinale e il sistema nervoso centrale: «Some people have criticised the 14-day limit on the grounds that it is arbitrary and therefore irrational. The charge of arbitrariness is partly justified. We did pick on a number of days, after which we understood that the embryo began to develop more swiftly towards becoming a curled-up fetus with a spinal cord and a central nervous system»⁸⁵¹.

Per vero, nel rapporto Warnock sono riportate le opinioni di varie istituzioni ed esperti, vi era chi suggeriva la coltura fino alla identificazione del sistema centrale nervoso oppure dell'avvio dell'attività funzionale oppure al momento della chiusura del tubo neurale. Il Royal College of Obstetricians and Gynaecologists suggeriva quale termine massimo per la coltura extrauterina quello del diciassettesimo giorno, quale momento a decorrere dal quale si apprezza lo sviluppo neurale, l'ordine dei medici suggeriva il termine dei quattordici giorni, quale momento appena antecedente allo sviluppo neurale e coincidente con il suo presupposto, ovverosia la comparsa della linea primitiva: «the Royal College of Obstetricians and Gynaecologists suggested that embryos should not be allowed to develop in vitro beyond a limit of seventeen days, as this is the point at which early neural development begins. The British Medical Association favoured a limit of fourteen days and a number of groups, including the Medical Research Council and the Royal College of Physicians suggested that the limit should be at the end of the implantation stage».

Dunque, l'arbitrarietà di tale termine si individua nell'aver accordato rilevanza alle opinioni della British Medical Association, anziché ad altre autorevoli istituzioni ed esperti. La regola allora designa un termine convenzionale, benchè sostenuto da dati scientifici, al pari delle regole che identificano il momento da cui deve essere dichiarata la morte o la nascita.

⁸⁵¹ M. Warnock, *Should the 14-Day Limit on Human Embryo Research Be Extended?*, in *Bionews*, 2017, 9, p. 883 ss.

Per tali ragioni, secondo molteplici interpreti, un nuovo compromesso⁸⁵² può essere raggiunto tra diritto e scienza, specie in considerazione delle sopravvenienze scientifiche⁸⁵³ rispetto alle quali il dettato normativo è rimasto impermeabile.

L'illustrato dibattito potrebbe trovare presto una conclusione nella prossima riforma organica della materia⁸⁵⁴.

3.5. Lo statuto dell'embrione nella disciplina britannica.

Chiarite le condizioni e le modalità di impiego degli embrioni nell'ordinamento britannico, la ricostruzione dello statuto dell'embrione impone una attenta analisi della evoluzione della definizione e delle garanzie accordate al medesimo.

Come precedentemente illustrato, lo HFEA fornisce numerose definizioni relative ai soggetti ed oggetti sottoposti alle procedure regolate.

L'art. 1, recante la definizione di embrione, ha subito notevoli modifiche nel 2008.

Nella sua formulazione originaria, l'embrione era inteso come il prodotto vitale di una *completa fecondazione dell'oocita* mediante la cellula riproduttiva maschile.

L'embrione ritenuto utilizzabile per il trapianto uterino era solo quello conseguito all'esito della fecondazione di un ovulo "autorizzato" mediante gamete "autorizzato", ovverosia prelevati rispettivamente da donne e uomini, il cui patrimonio genetico non è stato alterato con trattamenti specifici sulle cellule⁸⁵⁵.

Ciononostante, la nozione di embrione di cui all'art. 1 HFEA include non soltanto il prodotto completo della fecondazione, ma anche gli embrioni formati senza alcuna fecondazione dell'oocita.

La nozione⁸⁵⁶ ha incorporato nella trama normativa gli approdi della giurisprudenza nazionale e, segnatamente, del caso Quintavalle⁸⁵⁷.

⁸⁵² S. Chan, *How to Rethink the Fourteen-Day Rule*, in *Hastings Center Report*, 14 maggio 2017, p. 6.

⁸⁵³ S. Chan, *How and Why to Replace the 14-Day Rule*, in *Curr. Stem Cell Rep.*, 16 luglio 2018, p. 2-3.

⁸⁵⁴ M. Poli, *Inghilterra, Galles e Scozia: documento consultivo relativo alla proposta di riforma della disciplina in materia di gestazione per altri*, in *BioDiritto*, 6 giugno 2019.

⁸⁵⁵ In dottrina è ancora controverso il tema della ammissibilità dell'impianto in utero di *admixed embryos*. Sul punto G. Laurie, S. Harmon-G. Porter, *Law & Medical ethics*, cit., p. 268, in cui gli Aa. sostengono che i giorni di tale divieto sono contati.

⁸⁵⁶ C. McMillan, *The Human Embryo: a processual entity in legal stasis*, 2018, Edimburgo, p. 93.

⁸⁵⁷ UKHL, R. (Quintavalle (on behalf of the ProLife Alliance) v. Secretary of State for Health, 2003, in Westlaw; A. Gruenberg, *Quintavalle in the House of Lords: A case note*, in *Judicial Review*, 2003, p. 178 ss.; J. K. Mason, *Clones and Cell Nuclear Replacements: A Quintavalle Saga*, in *Edinburgh Law Review*, 2003, 3, VII, p. 379-387.

Nel noto *leading case*, la House of Lords ha statuito che l'embrione ottenuto mediante la sostituzione del nucleo (*Cell Nuclear Replacement* o C.N.R.) rientra nella definizione di embrione di cui all'art. 1 HFEA 1990.

Il procedimento richiamato, che in via di estrema semplificazione altro non è che una tecnica di clonazione⁸⁵⁸, dà luogo alla creazione di un vero e proprio embrione, il quale non può essere distinto da quello prodotto mediante le "canoniche" procedure di fecondazione in vitro. Inoltre, secondo la Corte, il legislatore del 1990 non ha preso in considerazione metodi diversi di creazione dell'embrione e, pertanto, la definizione di cui all'art. 1 deve estesa anche agli embrioni creati in via differente, altrimenti sprovvisti di apposita disciplina.

Non sorprende l'ammissibilità di tali pratiche. Il Regno Unito non ha mai ratificato la Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina del 1997 e ha votato contro la Dichiarazione UNESCO sul Genoma Umano e sui Diritti Umani, fonti che precludono le tecniche di clonazione, poiché ritenute contrarie alla dignità umana.

Difatti, il Regno Unito è fortemente impegnato nella ricerca in questo ambito, ne rappresenta il leader indiscusso, e il Parlamento di Westminster ha approvato nel 22 gennaio 2001 la legalizzazione della creazione di embrioni per il solo scopo di ricerca scientifica.

Se questa, già di per sé complessa, era la definizione di embrione, la medesima è destinata a divenire ancora più articolata all'esito della lettura delle modifiche importate dalla riforma del 2008.

L'art. 1 descrive, oggi, l'embrione come un embrione umano *vitale*, che può derivare tanto da un processo di fecondazione di un oocita quanto da trattamenti altri e diversi che conducono al medesimo risultato.

La nozione finisce per includere anche i c.d. *admixed embryos*.

Tale tipologia di embrioni risulta anch'essa il prodotto di un procedimento che, in via di estrema sintesi, può ascriversi nell'ampio *genus* delle tecniche di clonazione e nella vasta categoria degli ibridi, ma che si differenzia dagli embrioni conseguiti con sostituzione del nucleo, come nel citato caso *Quintavalle*.

⁸⁵⁸ In questo senso, v. G.T. Laurie, S.H.E. Harmon-G. Porter, *Law & Medical ethics*, Xed., Oxford, 2016, p. 267-271.

In specie, secondo la definizione fornita dalla letteratura scientifica⁸⁵⁹, tali embrioni sono conseguiti mediante l'utilizzo di ovuli di origine animale, il cui nucleo recante il DNA viene rimosso, lasciando intatto solo il suo contenitore ed il citoplasma, così da residuare soltanto l'1% di materiale genetico di origine animale. Successivamente, il personale autorizzato è abilitato ad introdurre cellule umane epiteliali.

Appare evidente come in tali casi la creazione dell'embrione non possa avvenire mediante fecondazione, sicché la fusione viene provocata mediante elettrocuisione.

La creazione di tali embrioni è funzionale al conseguimento di cellule staminali e si ricorre a simili procedure in quanto le donazioni di ovociti sono molto rare.

Gli *admixed embryos*, però, assumono rilevanza esclusivamente per le pratiche di cui all'art. 4 HFEA, ovverosia per la ricerca scientifica sulle cellule staminali, ma non anche per l'impiego ai fini di riproduzione.

Il testo novellato dell'art. 1 HFEA precisa ulteriormente la definizione di embrione.

Segnatamente, lo HFEA si occupa del trattamento degli embrioni e delle cellule nella ricerca e nel loro impiego da parte della medicina riproduttiva, per risolvere i problemi legati alla infertilità. Dalla definizione e dalla disciplina dedicata agli embrioni viene esautorato espressamente quello derivante dalla procreazione naturale, conseguito attraverso un rapporto sessuale tra soggetti fertili, senza l'ausilio di medici e biologi.

Per tali motivi, la nozione riformata di embrione va declinata a seconda delle procedure di produzione e dell'impiego che di esso si fa.

Sulla base di quanto illustrato, la disciplina ha espressamente e deliberatamente omissa⁸⁶⁰ una nozione di embrione idonea ad inquadrarlo entro le tradizionali categorie della dogmatica civilistica, e dunque entro le categorie di cosa o di persona.

Per questo motivo, il legislatore britannico si è preoccupato di non lasciare all'interprete la ricerca di una soluzione giuridica⁸⁶¹ a vicende variamente collegate alla natura dell'embrione o della cellula impiegata.

⁸⁵⁹ Secondo la definizione offerta dal Royal College of Obstetricians and Gynecologists, l'*admixed embryo* è creato con l'impiego dell'ovulo di origine animale (bovino o coniglio) il cui nucleo contenente il DNA è stato rimosso, lasciando intatto solo la sacca ovarica e il liquido citoplasmatico. Fino all'aprile 2019 sono stati creati 155 *admixed embryos*. Per ulteriori approfondimenti sul punto, C. Dyer, *Bill allowing creation of "admixed" embryos for research passes first hurdle*, in *BMJ*, 17 maggio 2008, p. 1089; A. Nicolussi, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 1, p. 1 ss.

⁸⁶⁰ E. Jackson, *Medical Law: text, cases, and materials*, Oxford, 2016, IV ed., p. 673.

⁸⁶¹ A.J. Klotzko, *The debate about Dolly*, in *Bioethics*, vol. XI, 5, 1997, p. 437: the "Human Fertilisation and Embryology Act is a legislative tour de force in that it creates a legal framework for embryo research in the absence of moral consensus".

Come è stato osservato⁸⁶², tale statuto talvolta tratta l'embrione quale cosa (*object*) e talaltra come persona (*self sufficient subject*): «la legge (al momento) non classifica gli embrioni come proprietà [...] né come persona; omettendo di fare l'una o l'altra cosa, la legge lascia gli embrioni in una relazione ambigua con entrambe le categorie».

Sin dalla redazione del rapporto Warnock, le tesi massimaliste relative alla natura di persona o di cosa sono state ritenute incapaci di cogliere la fluidità delle evoluzioni che caratterizzano l'evoluzione dell'embrione.

Per comprendere la scarsa capacità euristica di tali tesi, caratterizzate dalla rigida adesione a categorie dogmatiche del diritto romano⁸⁶³, occorre tratteggiarne sommariamente le argomentazioni.

L'opzione esegetica che ascriveva all'embrione il medesimo statuto riservato dalla legge alle persone si fondava sull'idea che dal "momento della fecondazione" viene creato un nuovo ed unico genotipo, il quale continuerà a crescere in via autonoma, a meno che la natura o l'uomo non intervenga su tale processo continuo⁸⁶⁴.

Varie le critiche mosse a tale assunto.

⁸⁶² Attorney-General's Reference (No 3 of 1994), in M. Molan, *Cases and materials on criminal law*, IV ed., Abingdon-New York, 2007 p.101-108, 149-152, 176, 233: "the law not (at present) class embryos as property (whether or not it should is outwith the ambit of this work) nor as person; by failing to do either, the law leaves embryos to sit in awkward relation to both legal categories. As such, it is arguable that the familiar human-like qualities of embryos (amongst other things such as its 'potential'), along with its dependence upon others (namely the woman), 'the embryo' is a problematic (non)category of entity for the law. The law places it in a "category of its own": 509 not quite human, not quite inhuman, but "abhuman." Le parole sono state pronunciate dal procuratore generale entro un procedimento penale avverso l'autore di lesioni aggravate a danno di una donna in stato di gravidanza alla ventiduesima settimana e di *constructive* o *involuntary manslaughter* del figlio. I fidenti inferti alla vittima, sul viso, nell'addome e nella regione lombare hanno cagionato un aborto prematuro del figlio della donna, il quale moriva solo successivamente, a causa del parto prematuro. Sul punto, v. G.T. Laurie-S.H.E. Harmon-E.S. Dove, *Law and Medical Ethics*, Oxford, 2019, p. 405-410; M. Seneviratne, *Pre-natal injury and transferred malice: the invented other*, in MLR, 1996, p. 884 ss.

⁸⁶³ Per tutti, A. Falzea, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Vol. III, Milano, 2010, p. 331: "nel suo incardinamento individuale l'etica dei valori umani genera la categoria etico-giuridica della persona: una categoria che proviene etimologicamente dal diritto romano – dove Gaio l'ha contrapposta alle categorie delle *res* e delle *actiones*". L'incompatibilità delle rigide categorie dogmatiche con la materia in esame viene esplicitata in Aa.Vv., *Scottish Current Law Statutes Annotated*, Edinburgh, 1990, vol. III, p. 7-37: «'Conceptus' can bury the idea in the deepest obscurity of the Latin language and I put it forward as a purely neutral term meaning that which is the result of fertilisation up to the time of implantation ... One of the difficulties in the debate is that embryology, to coin a phrase, is sui generis. We are constantly trying to apply distinctions which pertain in ordinary life but which do not actually apply in a particular respect. For example, lawyers try to put everything in one of two baskets; it is either a person or a thing. However there are entities which are neither persons nor things».

⁸⁶⁴ M. Tighe, *A pandora's Box of Social and Moral Problems*, in H. Kuhse-P. Singer, *Bioethics: An Anthology*, Oxford, 1999, p. 91: "from that time when the father's sperm begins to penetrate the mother's ovum, a new life has begun and, unless man or nature intervenes, has commenced the journey of life only requiring time, optimum conditions and natural development to become a full-fledged member of the human family – male or female – with all of the characteristics unique to that person".

Anzitutto, è stato osservato come non possa discutersi propriamente di “momento della fecondazione”, poiché la fusione delle cellule riproduttive costituisce un processo⁸⁶⁵ che si espande nel corso del tempo.

In secondo luogo, non è neppure corretto attribuire all'ovulo fecondato la natura di nuova persona in quanto le cellule, da questo momento, possono dividersi e diventare due entità⁸⁶⁶.

Inoltre, alcune di queste cellule possono andare a formare la placenta o il cordone ombelicale oppure svilupparsi in una gravidanza molare, ovverosia una forma anomala di gravidanza in cui un ovulo fecondato non è in grado di svilupparsi in tessuto fetale, ma rappresenta un tumore benigno⁸⁶⁷.

È stato obiettato, in aggiunta, che solo con la comparsa della linea primitiva⁸⁶⁸, approssimativamente intorno al quattordicesimo giorno successivo alla fecondazione dell'oocita, si può parlare di una nuova entità e, peraltro, con la precisazione della natura convenzionale del termine.

L'embrione, a partire dal quindicesimo giorno, poi, non costituisce già di per sé persona, in quanto non evolverà autonomamente in una persona fisica: l'embrione dovrà aderire alle pareti dell'utero, non subire un aborto e sopravvivere alla gravidanza per almeno cinque mesi per venire alla luce ed essere considerato persona secondo il diritto⁸⁶⁹.

Infine, è l'ordito normativo prediletto dal Parlamento di Westminster a screditare la tesi in esame. L'impiego ai fini di ricerca, la possibilità di sfruttare economicamente le invenzioni biotecnologiche derivanti, di crioconservare i campioni e di disporre la distruzione degli embrioni smentiscono *claris verbis* la sua natura di persona nel diritto vigente nel Regno Unito⁸⁷⁰.

Tale conclusione deriva dallo Human Fertilisation and Embryology Act, ma parimenti dal trattamento differenziato, previsto dalle leggi civili e penali, applicato allo stadio evolutivo successivo dell'embrione, ovverosia il feto, il quale persona non è ancora.

⁸⁶⁵ J. Eberl, *The beginning of Personhood: A Thomistic Biological Analysis*, in *Bioethics*, 2000, 14, p. 134-157.

⁸⁶⁶ N. Ford, *When Did I begin?*, Cambridge, 1988, p. 117.

⁸⁶⁷ R.S. Cotran-V. Kumar-N. Fausto-F. Nelso-S.L. Robbins-A.K. Abbas, *Robbins and Cotran pathologic basis of disease*, VII ed., St. Louis, 2005, p. 1110.

⁸⁶⁸ N. Ford, *When Did I begin?*, cit., p. 172.

⁸⁶⁹ E. Jackson, *Regulating reproduction*, cit., p. 227.

⁸⁷⁰ E. Jackson, *Regulating reproduction*, cit., p. 232.

Infine, la tesi non considera in alcun modo gli embrioni creati a solo scopo di ricerca, all'esito della determinazione del Parlamento di Westminster nel 2001, e gli *admixed embryos* che non possono essere utilizzati per la fecondazione assistita.

Accantonata l'idea dell'embrione-persona, non ha convinto neppure l'opposta opzione esegetica dell'embrione-cosa. Si badi, però, tale impostazione viene descritta come massimalista poiché considera ogni fase antecedente alla nascita, quale *unicum* sottoposto alla categoria delle *res*.

La corrente interpretativa che tende a tutelare gli *human biomaterials*⁸⁷¹ muove dalla applicazione di numerosi precedenti giurisprudenziali, specie il caso Yearworth, sommariamente esaminato, il quale ha resistito nel tempo e ha costituito il fondamento per la letteratura in materia⁸⁷².

Il principio deriva, per vero da una serie di precedenti, vincolanti e persuasivi⁸⁷³, e, tra questi, il caso Doodeward contro Spence⁸⁷⁴, R. contro Kelly⁸⁷⁵, R. contro Rothery⁸⁷⁶, R. contro Welsh⁸⁷⁷, R. contro Hebert⁸⁷⁸ e, infine, il noto caso Yearworth⁸⁷⁹.

Nei casi R. c. Kelly and Lindsay, R. c. Rothery, R. c. Welsh e R. c. Hebert, si affermava la responsabilità degli imputati per il furto di parti del corpo e cellule, più in generale di *biomaterials* del proprio campione di sangue (Rothery case), del proprio campione di urina (Welsh case) e del furto di capelli all'esito di una aggressione con l'uso di un'ascia (Hebert case).

Ferma la peculiarità dei casi, nelle fattispecie di furto, le parti staccate dal corpo venivano tutelate al pari di beni, oggetti di diritto, suscettibili di esercizio del potere di

⁸⁷¹ Il termine è da attribuire a M. Quigley, *Self-Ownership, Property Rights, and the Human Body. A legal and philosophical Analysis*, Cambridge, 2018, p. 1 ss.

⁸⁷² J. Brown, *Theft, Property Rights and the Human Body – A Scottish Perspective*, *Journal Of Medical Law And Ethics*, 2013, 1, I, p. 43.

⁸⁷³ Per tali intendendosi, in virtù dello *stare decisis*, esclusivamente i precedenti o *authority* che vincolano i giudici nel principio di diritto enunciato, quando la medesima questione giuridica ha formato oggetto di una decisione da parte di una diversa autorità giudicante. In mancanza di tale doppio grado di giudizio sulla medesima questione, il precedente non è vincolante ma solo persuasivo. Per un approfondimento, M. Croce, *Precedente giudiziale e giurisprudenza costituzionale*, in *Contr. imp.*, 2006, p. 1118; B. Inzitari, *Obbligatorietà e persuasività del precedente giudiziario*, in *Contr. imp.*, 1988, p. 526.

⁸⁷⁴ High Court of Australia, 31 luglio 1908, Doodeward c. Spence, in *eresources.hcourt.gov.au*.

⁸⁷⁵ Court of Appeal (Criminal division), R. v Kelly and Lindsey, in *Medical Law Review*, 1998, 2, VI, p. 247-261. *Supra* § 3.3.

⁸⁷⁶ Court of Appeal, R. v Rothery, in *Criminal Law Review*, 1976, p. 691 ss. Per un esame approfondito delle vicende sulla sottrazione di biomaterials staccati dal corpo e suscettibili di rigenerazione, si veda M. Quigley, *Self-Ownership, Property Rights, and the Human Body*, cit., p. 66 ss.

⁸⁷⁷ A. Smith, *Stealing the Body and its Parts*, in *Criminal Law Review*, 1976, p. 622.

⁸⁷⁸ Supreme Court of Canada, R. v Hebert, in J.C.L., 1961, p. 163.

⁸⁷⁹ *Supra* § 3.3.

proprietà, proprio in applicazione della teoria delle parti staccate dal corpo e tale inquadramento è favorito dall'attitudine di queste parti distaccate di rigenerarsi.

Decisamente diversi il caso australiano Doodeward contro Spence ed il sopracitato caso inglese Yearworth.

Nella prima vicenda la sig.ra Doodeward agiva con una *action of detinue*, letteralmente azione di detenzione, contro il sig. Spence, il quale si trovava nel possesso del feto partorito dalla parte attrice ben quaranta anni prima. Il feto (*still-born*) non sopravviveva al parto a causa di una malformazione, ovverosia per la presenza di due teste: «*the subject matter of the action was the corpse of a still-born two-headed child, which the appellant had had in his possession for some years*». Il sig. Spence aveva conseguito il feto preservato in bottiglia all'esito di un'asta.

La Corte australiana ha dovuto allora verificare l'esperibilità dell'*action of detinue* per la restituzione del feto.

È stato osservato che il feto della vicenda esaminata non può essere trattato al pari della persona ed il suo cadavere neppure e tre sono state le ragioni dell'accoglimento dell'*action of detinue*.

In prima analisi, secondo la Corte, l'attività umana di applicazione delle capacità e i trattamenti sul corpo possono fornire al medesimo un carattere completamente differente, cosicché il corpo "smette" di essere tale per acquisire un nuovo significato. Se così non fosse, ricorda la corte, ne deriverebbe una conseguenza grave, ovverosia di escludere qualsiasi diritto di proprietà sulle parti del corpo detenute presso i musei o negli ospedali, rendendo tali collezioni, impiegate per scopi di studio, di ricerca, di didattica: «*Human skill or treatment bestowed upon the body may give it a totally different character, so that it ceases to be a corpse within the meaning of the rule. The consequences of holding that there can be no rights of property in a body or a part of a body so treated would be to render many of the most valuable collections in hospitals and museums liable to be carried away with impunity*».

In secondo luogo, non si controverte attorno alla proprietà di un cadavere, bensì di un "mero feto" che non è mai nato, non è mai venuto ad esistenza, non ha mai vissuto, secondo la legge, e per tale motivo non può essere trattato al pari del cadavere di una persona: «*Moreover, this was not a corpse. It was a mere foetus, never having been born. Never having lived in the legal sense, it cannot be treated as the dead body of a human being*». Tale approdo è stato raggiunto in ragione della applicazione del c.d. *quickening*,

dunque solo in caso di percezione della vita nascente da parte della partoriente si può individuare il momento del concepimento e della tutela del feto.

Da ultimo, si affermava nel caso Doodeward, la sottrazione del feto avveniva senza il consenso della gestante e ne seguiva la vendita come esemplare da collezione. Per questo motivo l'azione veniva accolta e ordinata la restituzione del feto alla madre.

Per l'esame della tesi relativa all'embrione-cosa, appare una più attenta analisi dei più recenti casi blackout.

In particolare, lo Yearworth case ha il merito di far cadere nell'ambito della proprietà le cellule riproduttive, non fecondate, e di negare rilievo alla interferenza altrui. Il controllo di tali cellule – affermano i giudici inglesi - è ascrivito al paziente, nonostante la c.d. *application of skill*. Sicché su tali beni non acquista un diritto di proprietà la clinica che ha effettuato l'espanto oppure la crioconservazione in azoto liquido, mediante la specificazione⁸⁸⁰. Diversamente, i beni rimangono nella proprietà del donatore paziente in conformità e nei limiti imposti dal consenso reso precedentemente all'espanto.

Nello Yearworth case i giudici inglesi hanno affermato *claris verbis* la sussistenza del diritto di proprietà sulla cellula del paziente. E ciò solo in considerazione di specifici elementi individuati nella storica pronuncia, proprio allo scopo di sopperire al difetto di una nozione positiva di proprietà nel *Common Law*.

Tali elementi specifici riconducibili alla proprietà sono la provenienza, lo scopo, il controllo sulla cellula attribuito dalla legge a mezzo consenso, il diritto di godimento esclusivo, la correlazione.

Elementi che vengono valorizzati in considerazione della teoria del "*bundle of rights*" o *Honore's List*⁸⁸¹, in virtù della quale sussiste il diritto di proprietà allorché si riscontrano una serie di diritti e doveri in capo al proprietario rispetto al bene, quali il diritto di possedere (*the right of Possession*), il diritto di uso (*the right of Use*), il diritto di gestire (*the right to Manage*), il diritto di percepire un guadagno o i frutti (*the right to Income*), il diritto di alienazione, consumazione, distruzione in tutto o in parte (*the right to the Capital*), il diritto di protezione da espropriazioni e da altrui attività di molestia (*the right to Security*), il diritto di godimento in via perpetua (*the Incident of Transmissibility*)

⁸⁸⁰ M. Quigley, *Self-Ownership, Property Rights, and the Human Body. A Legal and Philosophical Analysis*, Cambridge, 2018, p. 83 ss. Nella monografia, l'A. specifica che *specificatio* e *accessio*, sono modi di acquisto della proprietà derivanti dal diritto romano, ma solo per il diritto scozzese. Per quanto concerne il diritto inglese e gallese tali modalità di acquisto della proprietà sono per vero sconosciute.

⁸⁸¹ A.M. Honoré, *Ownership*, in *The Nature and Process of Law. An introduction to legal philosophy*, P. Smith (a cura di), New York-Oxford, 1993, p. 370 ss.

in via indeterminata e *sine die* (*the Incident of Absence of Term*), il divieto di atti emulativi (*the Prohibition of Harmful Use*), il divieto di atti lesivi della garanzia patrimoniale generica (*the Liability of Execution*) e, infine, una serie di caratteri residuali, da individuare caso per caso, al netto di divieti espressi circa l'applicabilità del diritto di proprietà sul bene.

Sebbene tale teoria non abbia ricevuto un riconoscimento in *statutes* o regole scritte, il suo recepimento in precedenti vincolanti, alla stregua dello *stare decisis*, ne ha cristallizzato i dettami. Sicché una volta riscontrati i diritti illustrati o almeno quanti più diritti in capo al soggetto che lamenta la lesione della propria situazione giuridica soggettiva allora il giudice può riconoscere un risarcimento del danno al proprietario e imporre la restituzione della cosa.

I giudici inglesi, nel caso *Yearworth*, appaiono consci della eccentricità della pronuncia resa, rispetto alla tradizionale *no-property rule*, ed affermano che gli sviluppi nella scienza medica richiedono una nuova analisi dell'approccio del *Common law* alla materia della proprietà di parti o prodotti del corpo umano vivente.

Proseguendo ulteriormente nella analisi, la citata pronuncia procede poi ad affermare anche la responsabilità del depositario dello *human biomaterial*. Il rapporto tra bio-banca e paziente viene inquadrato in un contratto e, segnatamente, un contratto di deposito, non invece in un rapporto regolato esclusivamente da un atto di consenso. Conseguenza diretta allora è rappresentata dalla responsabilità da inadempimento contrattuale della bio-banca e non extracontrattuale, per la condotta negligente in violazione del diritto di autodeterminazione terapeutica del paziente.

Questa tesi, come anticipato, ha incontrato forti dissensi nella dottrina più autorevole e ciò per vari ordini di motivi.

In primo luogo, all'interprete non può sfuggire come la vicenda abbia ad oggetto cellule riproduttive non fecondate, crioconservate in visione di un futuro impiego, dunque non è vicenda in grado di attribuire alle successive fasi della vita prenatale la natura di cosa, sottoposta a diritto di proprietà del donatore o del paziente che aderisce alle tecniche di procreazione assistita. In aggiunta, il caso *Yearworth* non descrive né approfondisce l'*ubi consistam* della proprietà al fine di sondare la sua applicabilità alle

cellule: nel caso si afferma che la proprietà altro non è che una conveniente descrizione globale di una serie di diritti in capo ad una persona su cose fisiche e di altra natura⁸⁸²

I giudici non si interrogano sulla natura delle cellule e non verificano l'applicabilità della teoria del *bundle of rights* a oggetti non chiaramente sussunti all'interno di una categoria giuridica di matrice dogmatica. La sentenza, è stato affermato ancora più plasticamente, omette di considerare la questione che da sempre resta sullo sfondo, ovverosia la natura morale e/o giuridica dell'oggetto su cui ricadono i poteri che derivano dal diritto di proprietà. Con tali omissioni il giudicante sembra *bypassare* le notevoli difficoltà che importa l'operazione di sussunzione della cellula o tessuto nel "reame della proprietà"⁸⁸³ per accordare, nel segno della giustizia sostanziale, una più forte tutela al ricorrente sotto il profilo della autodeterminazione.

A ben vedere, secondo gli interpreti critici del principio sancito dallo *Yearworth case*, la tutela apprestata nella vicenda si serve dei rimedi in materia di proprietà per apprestare una più solida garanzia al consenso del paziente, altrimenti frustrato o quantomeno non ampiamente tutelato dalla disciplina che tutela la posizione giuridica del paziente.

In secondo luogo, il caso *Yearworth* sembra fare applicazione del concetto della proprietà come di una "metafora"⁸⁸⁴ per indicare una forma di controllo, invece che di una categoria giuridica.

Tali ultime affermazioni, lungi dall'essere provocazioni di colore, sembrano cogliere la cifra della vaghezza e della complessità del discorso proprietario applicato in via trasversale alle cellule umane, agli organi umani e, più in generale, ai *biomaterials*.

Infatti, l'approccio appare particolarmente semplicistico e vago allorché si comprende che sebbene la disciplina in materia di embrioni e cellule umane di cui allo HFEA 1990, così come modificato nel 2008, risulti applicabile all'intero Regno Unito, le nozioni generali assunte a significazione dei concetti di cosa, di bene mobile, di proprietà differiscono tra Inghilterra, Scozia, Galles e Irlanda del Nord.

⁸⁸² «The concept of ownership is no more than a convenient global description of different collections of rights held by persons over physical and other things». Chiaro il riferimento alla teoria di Honoré, nelle parole della corte. La questione è attentamente esaminata da S. Harmon, *Yearworth v. North Bristol NHS trust: A property case of uncertain significance?*, cit., p. 7.

⁸⁸³ M. Quigley, *Property and the body: Applying Honoré*, in *Journal of Medical Law and Ethics*, 2007, 33, p. 632.

⁸⁸⁴ S. Harmon, *Yearworth v. North Bristol NHS Trust: A property/medical case of uncertain significance?*, cit., p. 6.

Pure a volere operare una analisi della disciplina applicabile in tali nazioni costitutive del Regno Unito, il percorso dell'interprete è reso ancora più impervio dalla carenza di una qualsiasi definizione giuridica positiva di bene mobile, corporale, patrimoniale o, ancora, di proprietà.

Tali concetti, infatti, vengono ricavati dal sedimentarsi di precedenti vincolanti, di precedenti derivanti dal diritto penale non parimenti dotati di efficacia vincolante, dall'utilizzo di opinioni di autorevoli accademici, come Honoré e, per quanto concerne l'ordinamento scozzese, da una limitata influenza delle nozioni di diritto romano.

Anche il secondo caso *blackout*⁸⁸⁵, questa volta scozzese, non ha avuto ad oggetto embrioni, come accaduto in Italia e in Germania, bensì gameti. Nella vicenda, il cattivo funzionamento del centro di raccolta non ha provocato la soppressione dei campioni conservati, ma il loro danneggiamento irreversibile, tale da non consentirne alcun utilizzo. Si parla, nel caso in esame, di una *debacle* criogenica⁸⁸⁶.

In via non dissimile dalla vicenda Yearworth, nel caso Holdich la parte attrice aveva crioconservato i propri gameti a causa della diagnosticata patologia neoplastica e vedeva frustrate le possibilità di divenire padre all'esito di un malfunzionamento della bio-banca. Il ricorrente, allora, domandava il risarcimento del danno da perdita di *chance* di paternità, per la lesione del diritto di autodeterminazione, in ragione della condotta negligente di controparte e, separatamente, lamentava la violazione del contratto di deposito gratuito. Anche in tale caso si lamentava poi la violazione del diritto di proprietà della parte attrice, in applicazione del principio di Bell, che regola la proprietà sui beni mobili nella *Scots Law*⁸⁸⁷.

Per fare applicazione del precedente Yearworth, è stato osservato che sarebbe un risultato straordinario e sconveniente se si negasse tutela ad un paziente che aderisce alle tecniche di crioconservazione in Scozia, mentre si accorda la medesima tutela in

⁸⁸⁵ Outer House, Court of session, Richard Holdich v. Lothian Health Board, 19 dicembre 2013, in *scotcourt.gov.uk*. Il recepimento del precedente vincolante Yearworth nell'ordinamento scozzese è stato aspramente criticato dal convenuto prima e dalla dottrina poi come tentativo di traslare il principio inglese nella diversa disciplina civilistica scozzese: *the pursuer is "trying to put a kilt on Yearworth"*.

⁸⁸⁶ Outer House, Court of session, Richard Holdich v. Lothian Health Board, cit., § 12: «*as a result of the cryogenic debacle*».

⁸⁸⁷ G.J. Bell, *Principles of the Law of Scotland*, Edimburgo, 1899, p. 499 ss.: «*The original modes of acquisition depend either on the first effectual apprehension of the subject having no owner; or on a natural, accidental, or intentional change, by which a new subject of property is produced ... As to things not hitherto appropriated, the general rule is, that they belong to the occupant; quod nullius est, fit occupantis. Shells, pearls, pebbles, or precious stones on the sea shore; animals ferae naturae, beasts, birds, fish,—fall under this rule*».

Inghilterra, specie se si considera che in entrambe gli stati trova applicazione lo HFEA: «*It would be extraordinary and unfortunate if a man whose sperm was stored in Scotland had no right of action, whereas his brother in England did have the right in terms of Yearworth, all in the context of a United Kingdom-wide statute*».

I giudici scozzesi, allora, per riconoscere il diritto di proprietà in capo alla parte attrice operano una attenta lettura della regola di Ulpiano, secondo cui nessun uomo può essere proprietario del proprio corpo. In particolare, secondo la corte, il brocardo secondo cui *dominus membrorum suorum nemo videtur* non fonda la *no-property rule* sul corpo e, dunque, non esclude che il corpo e le sue parti possano essere oggetto del diritto di proprietà, al contrario la regola di Ulpiano enfatizzava che non si accordavano rimedi nella *lex Aquilia* per i danni provocati alla persona libera per la violazione del diritto di proprietà ma si accordavano per i danni provocati allo schiavo, oggetto di proprietà dell'uomo libero. Inoltre, e questo il punto di particolare interesse, il principio non escludeva che il pretore potesse concedere in via analogica un'azione, e segnatamente un'*actio utilis*, all'uomo libero leso nella sua integrità fisica, rimedio di natura non extracontrattuale: «*Ulpian's principle that no one should be regarded as owning his or her own body or body parts is capable of being misunderstood. The principle does not mean — as Yearworth might suggest to the unwary — that living human bodies cannot be owned. On the contrary, as Ulpian emphasises, while the free man has no action under the property-damage provisions of lex Aquilia for injury to his own body he does have a remedy for injury to the slave who is his property; the non-ownership principle was not so entrenched that it prevented the praetor (or an interpolator) from giving an action by analogy, actio utilis, to the injured free man; and there were non-aquilian remedies or sanctions for the mutilated limbs and broken bones of free men*».

Superato il limite della *no-property rule* di Ulpiano e ammessa la configurabilità di una tutela proprietaria anche sul corpo umano, in via astratta, i giudici verificano se sulle cellule l'istante aveva i poteri riconducibili al *bundle of rights*, di cui al caso Yearworth.

I giudici hanno negato, nel caso concreto, che il rapporto tra paziente ed il centro di raccolta potesse ascriversi entro un contratto di deposito gratuito, mentre si è stato riconosciuta la risarcibilità del danno non patrimoniale, per le sofferenze inferte nel paziente nonché per la lesione dell'autodeterminazione terapeutica.

Il secondo caso *blackout*, allora, si allontana sensibilmente dalle conclusioni raggiunte nel precedente Yearworth, accogliendo una soluzione più simile a quelle

recepite dalle corti dell'Europa continentale. Il caso Holdich consente all'interprete di dubitare della teoria massimalista dell'embrione come bene o come *res* e di verificare la tenuta di impostazioni più moderate.

Nonostante la natura vincolante dei casi sui furti dei *biomaterials* e dei principi sanciti nella vicenda Yearworth, appare evidente come sia impossibile individuare una definizione applicabile alle cellule e agli embrioni quali cose o beni, disciplinati da una legge applicabile a tutto il Regno Unito, allorquando la medesima definizione di bene o proprietà appare cangiante, e talvolta assente, una volta superati i confini territoriali di ciascuna delle c.d. *Home nations*.

In secondo luogo, si ricorre in via altalenante, a seconda degli scopi perseguiti nel caso concreto, alla specificazione e alla occupazione, come modi di acquisto della proprietà. Peraltro, il ricorso alla specificazione, quale modalità di acquisto della proprietà, sembra non essere pertinente al caso di specie, in quanto nel caso di espianto ai fini di crioconservazione per successivo utilizzo la cellula riproduttiva è semplicemente preservata in azoto liquido a -196°, il biologo non esercita alcuna modificazione irreversibile che rende materialmente diversa la cellula⁸⁸⁸.

La specificazione si può semmai verificare se considerate le cellule riproduttive beni mobili suscettibili di valutazione economica, si realizza una c.d. *application of skill* del biologo, quale tecnica dal valore economico superiore a quella delle cellule, e dalla commistione si produce inscindibilmente un embrione. Neppure, però, in tal caso si realizza un acquisto della proprietà da parte del *manufacturer* in quanto questi non ha nessun potere autonomo di controllo e disposizione della cosa specificata, questa soggiace comunque ai soggetti che hanno prestato il consenso, nei limiti e nei termini imposti dalla determinazione terapeutica del paziente, e, dopo cinquantacinque anni di crioconservazione senza utilizzo e diversa opzione, la legge impone il dovere e non il potere di distruzione dell'embrione.

Tale dovere risulta imposto dalla legge, lo HFEA, e dal consenso informato, nonché sorretto dalla sanzione della perdita della licenza da parte della clinica P.M.A.

⁸⁸⁸ Contra D. Johnston, *The renewal the old*, in *Cambridge Law Journal*, 1997, p. 80 ss.; N. Whitty, *Rights of personality, property rights, and the human body in Scots law*, in *Edinburgh Law Review*, 2005, p. 227.

Oltre alla critica mossa ai *leading case* in materia, al fine di superare la tesi massimalista dell'embrione-bene, si deve pure richiamare una interpretazione teleologica e sistematica dell'ordinamento.

Nel Warnock Report, struttura fondamentale della legge del 1990, si perviene alla conclusione per cui *"un embrione non è una persona, ma non è neppure il nulla"* e, data la peculiare natura, occorre che il diritto ne accordi una quale tutela. Se questa tutela non può essere pari a quella che caratterizza la protezione della vita e della integrità psico-fisica delle persone fisiche, dall'altro lato si afferma che il concetto di proprietà degli embrioni umani sembra essere inopportuno⁸⁸⁹.

3.6. L'abbandono della logica binaria nelle moderne teorie britanniche.

Seguendo le argomentazioni svolte, la logica binaria, in cui si contendono il campo le nozioni di cosa o persona e che accompagna il giurista e, tradizionalmente, il civilista sin dalla nota semplificazione di Gaio (*personae, res, actiones*), è stata accantonata per far spazio a opzioni interpretative diverse, composite, sostanziali e dinamiche.

Sgomberato così il campo, la contesa attorno allo *status* dell'embrione involve principalmente due tesi moderne.

Secondo una prima moderna e maggioritaria opzione esegetica l'embrione è *tertium genus*, corredato da uno statuto speciale che riguarda indistintamente tutti gli embrioni: *"the law places [the embryo] in a category of its own"*⁸⁹⁰.

Si tratta di una tesi che compone contrapposte esigenze: la tutela della libertà di ricerca scientifica, con conseguente sfruttamento economico della invenzione biotecnologica da essa derivante, l'impiego degli admixed embryos, la creazione di embrioni a scopo esclusivo di ricerca, da un lato, ed il diritto alla salute riproduttiva e all'attuazione del progetto parentale quale declinazione della propria personalità, dall'altro.

Per questo motivo, la tesi del *tertium genus* fa applicazione congiunta di regole proprietarie e garanzie che l'ordinamento appresta alla vita umana.

⁸⁸⁹ Rapporto Warnock, cit., §10.11: "the concept of ownership of human embryos seems to us to be undesirable"

⁸⁹⁰ Attorney-General's Reference (No 3 of 1994), in M. Molan, *Cases and materials on criminal law*, IV ed., Abingdon-New York, 2007, p. 233.

L'introduzione di un terzo tipo, di un concetto nuovo interposto tra quelli di cosa e persona, elude i limiti di ciascuna categoria, al fine di apprestare non una maggiore quanto piuttosto la migliore tutela all'embrione, secondo i valori ed i principi condivisi nell'ordinamento.

L'approccio inaugurato dallo HFEA 1990 consente ai soggetti interessati di avere un "controllo"⁸⁹¹ sulle cellule riproduttive e sugli embrioni, che si declina nel potere di disposizione e godimento esclusivo, ma che non si caratterizza per la sussistenza di tutti o quantomeno i più rilevanti poteri che si individuano nel *bundle of rights* di Honoré.

Il controllo sull'embrione, infatti, non assoluto ed imprescrittibile: non è assoluto in quanto la legge importa limitazioni alle modalità di impiego da parte del personale autorizzato e da parte del soggetto aderente, dunque si limita il cd. *right of using*, nonché limita nei confini del consenso informato le modalità di godimento, e dunque il c.d. *right of income*.

Peraltro, una volta decorsi i primi quattordici giorni dalla fecondazione, non si ammette più alcuna forma di distruzione o impiego dell'embrione e, parimenti, risulta vietata ogni forma di coltura dell'embrione fuori dal corpo, dopo le due settimane dalla fecondazione.

Si aggiunga, poi, che una volta impiegato nelle tecniche di trasferimento nel corpo della donna e intervenuta la sua adesione alla parete uterina, il "controllo" sull'embrione diviene una forma attenuata di controllo sul feto che si ascrive alla donna soltanto, unico *dominus* del proprio corpo per i successivi sei mesi e per il tramite della disciplina in materia di aborto.

Al decorrere dei sei mesi, il feto viene protetto dall'ordinamento: laddove leso nella integrità la condotta del soggetto attivo è punita alla stregua del procurato aborto. Poi con il distacco della placenta ed il parto, sia avvia la tutela della vita del nato al pari di una persona fisica, ancorché ne consegua un decesso immediato.

Il potere di "controllo" attribuito dalla legge sugli embrioni non è, poi, imprescrittibile in quanto al decorrere di cinquantacinque anni dalla crioconservazione i soggetti a cui l'ordinamento ascrive il potere di controllo sulle cellule o sugli embrioni perdono tale situazione giuridica rispetto ai tessuti e la legge impone la distruzione da parte della clinica.

⁸⁹¹ L. Graeme-H. Shawn-D. Edward, *Law and Medical Ethics*, Edimburgo, 2019, p. 492.

Secondo autorevole dottrina, però, l'uso di tale approccio importa esiti "bizzarri" e non sempre coerenti⁸⁹².

In specie, la legge ascrive ai donatori e ai pazienti, a seconda dei casi, un diritto di uso e di disposizione delle cellule che «assomiglia molto alla proprietà»⁸⁹³. Allo stesso tempo, però, il diritto accede ad una parziale personificazione dell'embrione e del feto allo scopo di attribuire a costoro il diritto a succedere *mortis causa* e conseguire i beni dei propri "genitori".

A ciò si somma anche il diritto del "concepito" durante la gestazione così come il diritto riconosciuto all'embrione ancora crioconservato⁸⁹⁴ ad essere risarcito per la perdita del genitore prima del parto, a condizione che intervenga in via successiva la sua nascita, proprio come accade in Italia.

Sul punto occorre una precisazione.

In una controversia relativa al risarcimento per la perdita del marito e genitore, è stato riconosciuto che anche se un feto non è riconosciuto dalla legge come una persona in vita ciononostante viene a questi attribuito un interesse protetto, dipendente dalla condizione della nascita. Lo stesso *status* – ha assertedo la giurisprudenza – deve essere attribuito all'embrione, tanto nel caso in cui l'embrione abbia due o quattro o più cellule quanto nel caso in cui si tratta di un feto sviluppato nell'utero materno. Soluzione, questa, che appare confortata dalla carenza di una nozione di concepimento nell'ordinamento.

Il caso, si badi, è stato sottoposto al vaglio e deciso della *Tasmanian Supreme Court*⁸⁹⁵ e per questo motivo ha un rilievo persuasivo anche nell'ordinamento britannico in ragione dell'adesione al *Commonwealth*, ma non parimenti vincolante.

La soluzione preferita dall'orientamento maggioritario nel Regno Unito, però, depone nel senso di ritenere non risarcibile il danno da perdita del congiunto e non sussistente il diritto ad ereditare in capo all'embrione ancora non trasferito in utero ed ancora in stato di crioconservazione. Ciò in quanto il nato da tecniche di fecondazione artificiale acquista lo *status filiationis* rispetto al padre defunto solo in caso di rapporto di coniugio con la madre o in caso di fecondazione *post mortem*, con espressa

⁸⁹² E. Jackson, *Regulating reproduction*, cit., p. 235.

⁸⁹³ I. Kennedy, *Treat me right: Essays in Medical Law and Ethics. Commentary*, in *Medical Law Review*, 1991, 6, p. 99-131.

⁸⁹⁴ E. Jackson, *Regulating reproduction*, cit., p. 235 ss.

⁸⁹⁵ Supreme Court of Tasmania (TASSC), 22 aprile 1996, *Re Estate of the Late K and Re the Administration*, in *University of Tasmania Law Review*, 1996, 15, I, p. 131 ss., con nota di D. Chalmers, *Inheritance Rights of Embryos*. Si veda pure J. d'Almaine-F.N. Zaal, *Inheritance Rights for Posthumously Procreated Children: A Growing Challenge for the Law*, in *PEP*, 2018, 21, p. 2-25.

determinazione e consenso del padre. In difetto di un rapporto coniugale o in mancanza di determinazioni da parte del padre aderente alle tecniche di fecondazione, la relazione parentale è negata dalla legge e, segnatamente, dall'art. 28 HFEA. Si discute allora di frammentazione della genitorialità biologica da quella legale-intenzionale⁸⁹⁶ e ciò accade nonostante la possibilità di riscontrare per il tramite di indagini genetiche il legame tra nato e aderente alle tecniche e nonostante la prestazione del consenso alle tecniche di fecondazione artificiale.

La regola appare coerente con la profonda tutela dell'autodeterminazione terapeutica accordata dalla legge agli aderenti alle tecniche P.M.A., con la definizione di "padre" contenuta nello HFEA e in particolare alla precisione con cui i ventinove moduli di consenso informato consentono di destinare a precisi impieghi le proprie cellule.

La citata bizzarria, additata da taluno come il "purgatorio"⁸⁹⁷ dell'embrione, deve essere interpretata in considerazione del diverso periodo storico in cui tali tutele sono state approntate: le leggi che ascrivono un potere quasi proprietario ai futuri genitori sono state introdotte solo a partire dal 1990 nella necessità di regolare un fenomeno controverso, mentre le regole che attribuiscono al concepito diritti condizionati sospensivamente alla nascita esistono e ricevono applicazione da centinaia di anni.

Questo statuto "speciale" sembra fare proprie le coordinate ermeneutiche fornite dal rapporto Warnock. Più volte nel *report* si fa menzione del c.d. *slippery slope*⁸⁹⁸, consistente letteralmente pendio scivoloso o pericoloso, che caratterizza il problema definitorio e statutario prima del feto e poi dell'embrione. Per questo non si individua la nozione giuridica di embrione e si rigetta un suo inquadramento dogmatico; si preferisce costruire una normativa completa, del tutto nuova, che non richiede all'interprete lo sforzo esegetico del reperimento di una natura giuridica, per consentire al diritto di interfacciarsi con le scoperte scientifiche.

Di questa tesi, la *14-day rule*⁸⁹⁹ rappresenta il corollario più evidente, almeno secondo alcuni interpreti⁹⁰⁰, consistente nella attribuzione di determinate forme di

⁸⁹⁶ E. Jackson, *Regulating reproduction*, cit., p. 236-237.

⁸⁹⁷ C. McMillan, *The Human Embryo: a processual entity in legal stasis*, Edimburgo, 2018, p. 218.

⁸⁹⁸ Si tratta di argomento ampiamente diffuso nella giurisprudenza americana e oggetto di ampio dibattito dottrinale. Consiste nel decidere oggi di vietare una data azione per il pericolo di dovere accettare in futuro azioni peggiori. In questo senso, v. G. Cricenti, *Il sé e l'altro. Bioetica del diritto civile*, Roma, 2012, p. 97 ss.

⁸⁹⁹ *Infra* § 6.

⁹⁰⁰ P. Monahan, *Human embryo research confronts ethical 'rule'*, in *Science*, 2016, p. 640.

destinazione al pre-embrione e limiti di destinazione più forti una volta trascorse le due settimane dall'avvio della fecondazione.

La tesi dello statuto speciale non ha contorni definiti, talvolta appare claudicante e asservita a ragioni di giustizia sostanziale.

Nonostante la prevalenza di questa tesi, non sono mancate soluzioni interpretative più trasparenti, che attribuiscono rilevanza al processo che precede la nascita.

Una seconda e più recente impostazione ermeneutica, infatti, contesta la tesi del *tertium genus* e di un unico "statuto speciale". Diversamente, si sostiene, non si può correttamente fare applicazione di uno statuto unico per tutti gli embrioni, poiché un simile approccio pare smentito dalle diverse modalità di tutela apprestate agli *human biomaterials*.

Segnatamente, si afferma come la definizione o l'inquadramento dell'embrione entro una categoria sola non considera la molteplicità delle possibilità biologiche e procedure che sono state rese disponibili dallo HFEA 1990: «*Defining embryos, or categorising them, arguably does not account for the multiplicity of biological possibilities and pathways that are available under the 1990 Act (as amended)*»⁹⁰¹.

Ecco che allora l'embrione umano viene inteso come una entità sottoposta ad uno sviluppo processuale e ciascuna delle sue fasi diviene rilevante poiché la legge tratta diversamente i vari segmenti.

Nel solco di questa opzione esegetica vi è chi discute di una natura duale⁹⁰²: embrioni suscettibili di formare un feto mediante trasferimento uterino ed embrioni da intendere come insieme di cellule che in passato risultavano idonei a formare vita nascente ma che, all'esito della perdita di tale attitudine, costituiscono un oggetto, se non l'oggetto privilegiato, della ricerca scientifica. In questa seconda categoria si ascrivono gli *admixed embryos* e gli embrioni creati al solo scopo di ricerca.

Questa impostazione richiama i criteri di idoneità allo sviluppo impiegati nella disciplina tedesca ed austriaca nella definizione di embrione e la nozione della CGUE di embrione per la tutela brevettuale.

La legge britannica infatti pone particolare enfasi sulla destinazione, quale che sia, procreativa, terapeutica, di ricerca e così via. Sulla base della determinazione del soggetto

⁹⁰¹ C. McMillan, *Human embryo in vitro: a processual entity in legal stasis*, cit., p. 248.

⁹⁰² S. Devaney, *Stem Cell Research and the Collaborative Regulation of Innovation*, Abingdon-New York, 2014, p. 116.

che dispone delle sue cellule, la funzione impressa nell'embrione con il consenso informato, il legislatore prevede un apparato distinto ed elaborato di regole.

Sicché non è il legislatore ad accordare lo statuto giuridico all'embrione, diversamente la legislazione consente al donatore o aderente alle tecniche di dare forma giuridica all'embrione: «*the legislation allows the progenitors to help to shape the legal status of embryos*». Solo in ragione della destinazione legalmente tipizzata che si ammette in capo a tali soggetti un potere simile a quello proprietario.

Per questo non si ammette una pacifica convivenza tra regole a protezione della vita nascente e regole quasi-proprietarie, gli statuti vanno distinti e fondano due diverse entità.

Sempre nel solco della tesi processuale, si colloca poi chi individua più di due entità.

Anzitutto, vanno tenute distinte le cellule riproduttive, non specializzate mediante fecondazione o altre tecniche idonee a produrre l'embrione, secondo la legge britannica. Questo segmento è quello più vicino al reame delle cose, segnatamente delle cose mobili, in applicazione della *regola iuris* derivante dal caso Yearworth. Ne deriva che *admixed embryos* ed embrioni destinati sin dalla loro creazione per la ricerca sono cose. Successivamente, occorre articolare il discorso distinguendo l'embrione *in vitro* e l'embrione concepito mediante procreazione naturale.

Per quanto riguarda l'embrione *in vitro*, occorre muovere dallo *status* del pre-embrione, il quale può essere sottoposto ad una serie di destinazioni. Le destinazioni rilevano per lo statuto giuridico nelle modalità che si semplificano di seguito.

In specie, il pre-embrione può essere destinato alla procreazione o alla ricerca scientifica.

Quando il pre-embrione è destinato ad attività di ricerca, sebbene formato inizialmente per la procreazione, il medesimo torna a gravitare tra le entità cosali sottoposte ad un potere di controllo latamente proprietario. Ciò in quanto si attribuisce al ricercatore il potere di distruggere e manipolare il pre-embrione. Una volta condotta la ricerca sul pre-embrione e conseguito il prodotto delle manipolazioni, il risultato della ricerca può essere ceduto e dunque utilizzato perseguendo scopi commerciali, mediante i c.d. brevetti *biotech*. Difatti, come è stato osservato «perché la ricerca possa essere usata

nella pratica clinica è necessario coinvolgere l'industria biotecnologica, cosa che richiede la protezione brevettuale»⁹⁰³.

Tale possibilità, peraltro, è stata riconosciuta nel noto caso International Stem Cell sottoposto al vaglio della CGUE⁹⁰⁴: «l'articolo 6, paragrafo 2, lettera c), della direttiva 98/44, deve essere interpretato nel senso che un ovulo umano non fecondato il quale, attraverso la partenogenesi, sia stato indotto a dividersi e a svilupparsi non costituisce un «embrione umano», ai sensi della suddetta disposizione, qualora, alla luce delle attuali conoscenze della scienza, esso sia privo, in quanto tale, della capacità intrinseca di svilupparsi in essere umano, circostanza che spetta al giudice nazionale verificare».

In difetto, allora, della accertata capacità intrinseca di svilupparsi in essere umano, nulla osta alla brevettabilità del prodotto della ricerca. In tal modo, il brevetto ascrive al prodotto della ricerca la natura di artefatto⁹⁰⁵ e, dunque, lo statuto giuridico della *res*.

Per quanto, invece, concerne il pre-embrione destinato a scopi procreativi occorre una ulteriore attenta articolazione a seconda che il medesimo venga destinato all'impianto oppure alla crioconservazione o, ancora, a tecniche di diagnosi genetica preimpianto.

Nel caso di sottoposizione del pre-embrione a indagini diagnostiche il pre-embrione può essere scartato, laddove riscontrate patologie genetiche trasmissibili, oppure impiegato per il compimento del trattamento di procreazione medicalmente assistita.

Lo "scarto" del pre-embrione può condurre gli aderenti alle tecniche di fecondazione assistita a destinarlo alla ricerca, con lo statuto giuridico anzidetto, alla distruzione, con identiche considerazioni in ordine allo statuto giuridico poc'anzi illustrato, oppure alla crioconservazione. Anche in caso di crioconservazione, una volta spirato il termine massimo di cinquantacinque anni, la bio-banca è tenuta alla sua distruzione. Sicché anche in tal caso la legge non prevede alcuna altra forma di tutela del pre-embrione affetto da patologie trasmissibili, l'epilogo riservato a tale cellula specializzata è sempre quello della distruzione, immediata o rinviata, senza conseguenze sanzionatorie per alcuno dei soggetti coinvolti. Anzi è posto un dovere di distruzione, al

⁹⁰³ H. Rose-S. Rose, *Geni, cellule e cervelli. Speranze e delusioni della nuova biologia*, 2014, p. 238.

⁹⁰⁴ CGUE, Grande Sezione, 18 dicembre 2014, C-364/13, International Stem Cell Corporation c. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks, in *Quaderni costituzionali*, 2019, 1, p. 213-215, con nota di S. Penasa, *La Corte di giustizia e la ri-definizione normativa di «embrione umano»*.

⁹⁰⁵ J.K. Mason, *Human Life and Medical Practice*, in *Edinburgh University Press*, 1988, p. 94.

decorrere del termine perentorio previsto dalla legge. Dunque, anche in tal caso il pre-embrione è oggetto di diritto.

Quando, invece, la diagnosi genetica preimpianto non riscontra patologie o non vengono eseguite indagini sull'embrione, il pre-embrione può essere destinato alle tecniche di fecondazione artificiale, anche dopo un periodo di crioconservazione.

Nel caso in cui vi sia crioconservazione, il pre-embrione soggiace al potere degli aderenti alle tecniche, entro le destinazioni prefigurate dalla legge. Tale entità non acquista diritti successori condizionati alla nascita e non ha diritto al risarcimento del danno per la perdita del genitore, condizionato alla nascita, fintanto che perdura lo stato di crioconservazione.

Dopo cinquantacinque anni, se tali soggetti nulla dispongono in ordine alla destinazione dell'embrione, perdono il potere sul medesimo. Con la perdita del potere degli aderenti alla P.M.A. non nasce un potere di disposizione della clinica o bio-banca sul pre-embrione, diversamente sorge un'obbligazione *ex lege* in capo a tali enti, consistente nella distruzione dell'embrione.

Dunque, in questa fase si individua propriamente una categoria tra le *res* e le *personae*, tratteggiata dallo HFEA.

Nel caso in cui invece il pre-embrione subisce il trasferimento in utero, l'embrione non è più nella "disponibilità" del *partner*, uomo o donna che sia, poiché la legge britannica, come peraltro accade in Italia, attribuisce poteri sul corpo solo alla gestante. Da questo momento, la gestante può decidere di portare a compimento o meno la gravidanza fino allo spirare della ventiquattresima settimana. Ancora non si evince un soggetto di diritto.

A partire dal momento in cui è precluso l'aborto, il feto acquista il più volte citato statuto speciale, la natura di soggetto di diritto ancorché non ancora persona. Il feto può ereditare e conseguire il risarcimento del danno, laddove si verifichi la condizione sospensiva della nascita. L'embrione smette di essere "*disposal*", per gravitare, entro il suo statuto speciale, quanto più vicino allo statuto delle persone fisiche.

A completamento dello schema illustrato occorre precisare che lo statuto appena tratteggiato viene attribuito anche all'embrione concepito mediante procreazione naturale. La tutela apprestata dall'ordinamento è processuale: fino alla ventiquattresima settimana la protezione del feto è recessiva dinanzi alle scelte della gestante, successivamente la tutela apprestata è quanto più vicina a quella accordata alla persona

fisica già nata, difatti si prevede l'obbligo di rianimazione del personale medico sanitario in caso di nascita prematura.

La tesi appena esaminata appare certamente articolata, di difficile collocazione nelle semplificazioni accademiche, la medesima però ha il merito di valorizzare il dettato normativo e chiarire quelle bizzarrie prodotte dalla applicazione indiscriminata di uno statuto speciale all'intero processo che l'embrione subisce dalla fecondazione dell'ovulo fino alla gestazione.

Qui il pragmatismo svolge un ruolo principale⁹⁰⁶. Secondo la tesi appena esaminata, l'approccio non può che essere processuale se la legge prevede regole diverse per ciascuna fase della vita prenatale.

L'opzione esegetica allora costituisce l'esempio più vicino di integrazione del dettato normativo alle regole proprie del sapere scientifico.

4. Prospettive *de iure condendo* per l'ordinamento italiano.

La ricostruzione dello statuto giuridico dell'embrione negli ordinamenti stranieri, in specie quello britannico, restituisce all'interprete notevoli suggestioni.

Anzitutto, le tesi moderne smentiscono l'inquadramento dell'embrione e poi del concepito entro la categoria dogmatica del soggetto di diritto: quando accade, la giurisprudenza impiega un linguaggio retorico oppure determinato dalla incapacità di decidere tra le antiche categorie di Gaio, *res* e *persona*.

Le considerazioni riportate, invece, depongono nel senso di un potere di "controllo" sulle cellule in capo prima ai donatori e agli aderenti alle tecniche di fecondazione assistita e poi alla clinica e ai ricercatori. Un potere più o meno ampio, a seconda della direttrice perseguita dall'ordinamento, che avalla - con maggiore trasparenza e minore significato simbolico - la descrizione di cellule, pre-embrioni, embrioni e feto entro la categoria della cosa e, anzi, in una dimensione dinamica quale «oggetto di una tutela "progressiva"»⁹⁰⁷.

Altro dato chiaro derivante dalla precedente analisi è rappresentato dalla obsolescenza precoce che caratterizza le normative e, conseguentemente, la necessità che

⁹⁰⁶ J.K. Mason-G. Laurie, *Consent or property: dealing with the body and its parts in the shadow of Bristol and Alder Hey*, in *Mod. Law Rev.*, 2001, 64, p. 710-729.

⁹⁰⁷ G. Iorio, *Corso di diritto privato*, II ed., Milano, 2018, p. 153.

il legislatore doti la legge di meccanismi di gestione delle sopravvenienze, scientifiche ma anche sociali e giuridiche. Se in altri ordinamenti, tale meccanismo è rappresentato dall'inserimento di disposizioni recanti l'obbligo di aggiornamento ciclico e da interventi organici da parte del legislatore, tale attività è stata compiuta nell'ordinamento italiano da parte della giurisprudenza, in via – però – erosiva e non additiva, in conformità alla propria funzione.

La previsione, di cui all'art. 7, di regolamenti recanti le linee guida per l'attuazione del dettato normativo in via triennale non ha ricevuto un tempestivo recepimento e, allorquando emanati, i decreti ministeriali hanno recepito i *dicta* della Consulta, senza operare una revisione critica, peraltro preclusa, del dettato normativo.

Sicché la l. n. 40/2004 è rimasta impermeabile, al netto delle declaratorie di illegittimità costituzionale, alle innovazioni, alle scoperte della scienza ed ai mutamenti sociali, a fronte di una corale invocazione di un intervento di riforma da parte della giurisprudenza e della dottrina.

La mancanza di interventi e la periodica erosione ad opera delle Alte corti hanno evidenziato l'emersione di aporie e storture nel risultante ordito ordinamentale, con la conseguenza di ingenerare carenze sotto il profilo della certezza e della intellegibilità del dettato normativo, a detrimento degli *stakeholders*.

Un ulteriore dato è restituito all'interprete dall'analisi comparata: l'ordinamento italiano, a differenza degli ordinamenti stranieri ancorché appartenenti a sistemi di *Common Law*, è stato sottoposto ad un incessante vaglio da parte della giurisprudenza di merito, di legittimità e comunitaria, unico nel suo genere. Il dato evidenzia l'opacità del dettato normativo, che ancora sprigiona dibattiti esegetici di non poco momento, ed un indubitabile difetto di coordinamento tra diritto e scienza.

Allora le considerazioni svolte in ordine alla teoria processuale e le suggestioni derivanti dall'esame di ordinamenti vicini e lontani all'esperienza italiana inducono ad un ripensamento della intera struttura che caratterizza la l. n. 40/2004 e la costruzione di una disciplina dedicata specificamente ad embrioni e cellule riproduttive.

Si propone dunque una nuova legge organica in materia, dedicata non solo alla procreazione medicalmente assistita e alle tecniche che ne costituiscono una declinazione, bensì un reticolato avente ad oggetto le peculiari cellule esaminate finora.

La proposta disciplina, nel solco dell'esempio britannico, francese e tedesco, nonché nella tradizione comunitaria, deve recare in apertura una serie di definizioni

normative. Occorre, in specie, una definizione di cellula riproduttiva, di embrione, di madre, di padre, di donatore, di trattamento⁹⁰⁸.

La precisazione non vuole essere un esercizio puramente accademico, bensì persegue i principi di precisione e di chiarezza.

In specie, l'individuazione delle nozioni di madre e padre consente all'interprete di individuare senza opacità le relazioni parentali, che faticano a delinearsi alla luce delle regole tratte dal codice civile. Nozioni, queste, che non possono essere fondate sul legame biologico e genetico, atteso che le tecniche di fecondazione artificiale consentono a soggetti sterili o infertili o portatori di malattie trasmissibili di procreare mediante il

⁹⁰⁸ Le regole definitorie possono essere schematizzate così:

Definizioni.

Comma 1. Cellule riproduttive. Le cellule riproduttive sono l'ovocita ed il gamete, dalla cui fusione dei pronuclei si forma l'embrione.

Comma 2. Pre-embrione (extrauterino). Il pre-embrione è il prodotto della fecondazione dell'oocita, realizzata dai soggetti autorizzati dalla presente legge in vitro, fino alla gastrulazione, ovverosia alla comparsa della linea primitiva, attorno al quattordicesimo. Tale cellula specializzata può essere impiegata ai fini di ricerca scientifica. Sono inclusi nella categoria gli embrioni soprannumerari abbandonati in via definitiva e gli embrioni scartati all'esito di diagnosi genetiche preimpianto. Nei quattordici giorni dalla fecondazione artificiale non devono essere computati i periodi di crioconservazione.

Comma 3. Embrione. L'embrione è la cellula specializzata, all'esito della fecondazione determinata dalla fusione dei nuclei di oocita e gamete, che ha superato i quattordici giorni di coltura dalla fertilizzazione. Tale cellula specializzata non può essere impiegata ai fini di ricerca scientifica e non può essere mantenuta in coltura. L'embrione può essere destinato solo a tecniche di fecondazione assistita per la riproduzione.

Comma 3. Feto. Il feto è l'embrione adeso alle pareti uterine, che ha superato con esito positivo il terzo mese di gestazione, disciplinato dal codice civile in qualità di concepito. Si rinvia alle norme codicistiche riferite al concepito e alle norme in materia di interruzione volontaria della gravidanza.

Comma 4. Aderente alle tecniche. È aderente alle tecniche il soggetto che, per le finalità perseguite dall'art. 2, aderisce alle tecniche disciplinate dalla presente legge, previa prestazione del consenso informato e responsabile. L'aderente ha il diritto di controllo sulle cellule proprie o a lui donate. Il controllo viene esercitato in conformità alle regole previste dalla presente legge, in conformità alle destinazioni previste dalla presente legge, le cellule e gli embrioni sono sottoposti al controllo dell'aderente ancorché prodotti con gameti donati. Tale diritto non può essere esercitato spirati i termini massimi per la crioconservazione delle cellule.

Comma 5. Donatore. Il donatore è il soggetto che dona altruisticamente, volontariamente, spontaneamente, gratuitamente le proprie cellule riproduttive per l'impiego nei trattamenti di cui ai Capi II-VII.

Comma 6. Madre. È madre colei che aderisce alle tecniche di fecondazione artificiale per addivenire alla fecondazione ai fini di riproduzione (madre d'intenzione), anche in difetto di un legame genetico o biologico con il nato. Non acquista diritti la madre genetica non aderente, non acquista diritti la madre gestazionale. La presente legge non esclude che il nato da tecniche di gestazione per altri possa avere due madri.

Comma 7. Padre. È padre colui che aderisce alle tecniche di fecondazione artificiale per addivenire alla procreazione (padre d'intenzione), anche in difetto di un legame genetico o biologico con il nato. Non acquista diritti il padre genetica non aderente. La presente legge non esclude che il nato da tecniche di gestazione per altri possa avere due padri.

Comma 8. Trattamenti. Le procedure di cui ai Capi II-VII costituiscono trattamenti, alla stregua dell'art. 1 l. 219/2017.

Comma 9. Embrione abbandonato o soprannumerario.

L'embrione abbandonato è la cellula specializzata che gli aderenti non intendono destinare ad alcuna delle finalità della presente legge, inclusi gli embrioni abbandonati prima della vigenza della l. n. 19 febbraio 2004 e durante la vigenza di quest'ultima.

ricorso alle donazioni di gameti da parte di terzi. Il legame che qui il legislatore è chiamato a disciplinare è fondato sulla genitorialità intenzionale e sul consenso informato ai trattamenti, il quale assume una nuova accezione.

Le nozioni di cellula riproduttiva e di embrione, invece, hanno un diverso peso per la disciplina. Anzitutto, consentono di individuare il centro prospettico di tutela della disciplina, come accade nelle discipline sulla donazione, trattamento e conservazione di altre cellule, tessuti e organi. In questo modo la definizione consente di regolare i confini della disciplina e risolvere i dubbi in ordine alla successione di leggi nel tempo.

Peraltro, la nozione di embrione, la quale, si auspica, sia mutuata dalle conoscenze dalla medicina riproduttiva, come accaduto nel Regno Unito, consente di implementare con trasparenza la tutela “processuale”, già insita nell’ordinamento italiano, ma ad oggi opaca nel tentativo di eludere l’individuazione del suo statuto giuridico.

Tra le definizioni, poi, occorre quella di trattamenti.

Appare quanto mai opportuno chiarire nel dettato normativo quali trattamenti sulle cellule riproduttive sono consentiti e, in aggiunta, se le tecniche di fecondazione artificiale costituiscono trattamenti alla stregua della l. n. 219/2017.

Il dato assume particolare rilevanza se solo si considera l’impatto dell’applicazione della legge in materia di consenso informato alle tecniche di fecondazione artificiale, ulteriormente ampliato dalla l. n. 10/2020⁹⁰⁹.

In secondo luogo, il legislatore è chiamato a chiarire le finalità perseguite dalle disposizioni in materia di cellule riproduttive ed embrioni⁹¹⁰. La *querelle*, come è stato evidenziato⁹¹¹, ha impegnato e continua ad impegnare le corti di merito e di legittimità alla ricerca di una o più *rationes* nel rapsodico reticolato normativo e nel dibattito parlamentare che ha preceduto per decenni la l. n. 40/2004.

⁹⁰⁹ *Supra* cap. 1.

⁹¹⁰ Finalità delle disposizioni sull’impiego di cellule riproduttive ed embrioni.

Comma 1. Finalità dei trattamenti di fecondazione e crioconservazione. I trattamenti di cui alla presente legge sono volti a superare le condizioni di sterilità o infertilità, ad ovviare alla trasmissione di patologie genetiche ereditarie, a consentire agli aderenti l’attuazione di un responsabile progetto parentale.

Comma 2. Finalità della ricerca. La ricerca sulle cellule e sugli embrioni è funzionale al superamento di condizioni di sterilità o infertilità o alla cura di patologie per cui non sono previsti altri metodi, in attuazione dell’art. 9 Cost. Si ammette l’impiego di cellule e pre-embrioni soprannumerari abbandonati non altrimenti utilizzabili per gli scopi previsti dalla l. n. 10/2020.

⁹¹¹ *Supra* cap. 1.

In aggiunta, un ordito normativo chiaro e prevedibile dovrebbe enumerare tra le disposizioni generali anche le deroghe al codice civile⁹¹², in ossequio al principio di uguaglianza sostanziale, troppo spesso eluso da applicazioni giurisprudenziali in difetto di coordinate ermeneutiche fondate sulla lucida comprensione dell'unicità che contraddistingue simili trattamenti.

Per lo stesso motivo appare utile l'individuazione, tra le disposizioni preliminari, delle destinazioni⁹¹³ di impiego di cellule riproduttive ed embrioni ammesse ed i limiti ad esse. La precisazione è resa opportuna dai reiterati pronunciamenti della Corte EDU, in cui è stato individuato nella natura "sensibile" della materia un vero e proprio limite per il potere del giudice, quale che sia, mentre è solo il legislatore ad essere depositario della discrezionalità occorrente per la definizione delle applicazioni delle cellule in discorso. La disposizione contribuirebbe alla intellegibilità della disciplina per i destinatari finali della legge, tanto pazienti quanto professionisti, e conseguentemente avrebbe un sicuro effetto defatigante per le corti, in sede interpretativa e sanzionatoria.

Si auspica poi una disciplina razionale ed organica del consenso informato, in un capo autonomo dedicato alla protezione longitudinale dell'autodeterminazione terapeutica⁹¹⁴.

⁹¹² Deroghe al codice civile. Sono derogati dalla presente legge le disposizioni di cui agli artt. 231-279 cod. civ., trova applicazione la regola della genitorialità intenzionale. L'art. 1, comma 2°, cod. civ. non trova applicazione a pre-embrioni ed embrioni. Gli artt. 320, 462, 687 e 715 cod. civ. non si applicano a pre-embrioni ed embrioni, fatta eccezione per l'art. 462 comma 3° cod. civ.

⁹¹³ Destinazioni delle cellule riproduttive.

Comma 1. Fecondazione artificiale. Le tecniche di fecondazione artificiale consentono agli aderenti di procreare avviando a forme di sterilità o infertilità, alla trasmissione di patologie e ad ogni altra condizione ostativa.

Comma 2. Donazione. Le donazioni di cellule ed embrioni consentono agli aderenti di procreare avviando a forme di sterilità o infertilità, alla trasmissione di patologie e a condizioni fisiologiche ostative. La donazione è volontaria e gratuita, sono ammesse forme di rimborso per le spese e gli inconvenienti con le modalità previste in materia di donazione di midollo osseo.

Comma 3. Diagnosi genetica preimpianto. La diagnosi genetica preimpianto consente di verificare la presenza di patologie genetiche ereditarie gravi, al fine di evitare l'impianto in utero.

Comma 4. Ricerca scientifica. La presente legge attua la tutela costituzionale della ricerca scientifica e consente che questa sia condotta su cellule riproduttive e sui pre-embrioni di cui all'art. 1, per il trattamento delle condizioni di sterilità e per il trattamento di patologie non altrimenti curabili.

⁹¹⁴ Consenso informato.

Comma 1. Consenso e tutela dell'autodeterminazione. Il consenso ai trattamenti disciplinati dalla presente legge è valido se libero, incondizionato, attuale, scritto, informato e sottoscritto, da aderente o donatore, dal responsabile del centro P.M.A., che consenta al paziente di conoscere e determinarsi autonomamente rispetto alla successiva destinazione delle cellule. Il consenso si accompagna ad una completa informazione in forma orale e scritta delle conseguenze morali e giuridiche della crioconservazione. Occorre la presenza e la successiva sottoscrizione di un testimone.

Comma 2. Rinvio alla legge sul consenso informato. Si osservano le disposizioni di cui all'art. 1, l. n. 219/2017.

La tutela dell'autodeterminazione terapeutica deve attraversare anche la disciplina sugli embrioni e, nel farlo, non può considerare soltanto gli aderenti alle procedure, quali i genitori intenzionali del nato da procreazione artificiale, ma anche i donatori. Per questo si auspica non la “fuga dalla legge”, come accaduto con il D.P.R. 131/2019 sull’attuazione delle direttive comunitarie sulla donazione dei gameti, bensì l’attrazione in un unico testo delle regole sul trattamento delle cellule riproduttive e sugli embrioni.

Simmetricamente, appaiono opportune le regole relative alla revoca del consenso⁹¹⁵. Ad oggi, talune disposizioni sul punto possono essere individuate nel D.M. 130/2019, ossia il Regolamento recante la disciplina degli obiettivi, delle funzioni e della struttura del Sistema informativo trapianti (SIT) e del Registro nazionale dei donatori di cellule riproduttive a scopi di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.

Tale fonte costituisce ulteriore esempio di “fuga dalla legge” e dunque una fonte che contribuisce alla frammentazione della disciplina e al difetto di intellegibilità delle regole in materia. Anche di tali regole, tese alla protezione dell'autodeterminazione del donatore in punto di revoca, si auspica il recepimento nel nuovo reticolato normativo.

A completamento delle disposizioni in ordine all'autodeterminazione, occorrono regole chiare in ordine all'impiego *post mortem* delle cellule riproduttive e degli embrioni residuali, oltre che l'individuazione dello strumento e del procedimento idoneo a garantire la destinazione postuma, come le Disposizioni Anticipate di Trattamento nella l. n. 10 del 2020.

In aggiunta, a soluzione del dubbio ermeneutico già illustrato, occorrono regole più nitide in ordine alla ammissibilità e consistenza del rimborso per le spese e gli inconvenienti in favore del donatore. In tal modo evitando *querelle* interpretative in ordine all'applicazione di sanzioni per la cessione onerosa di gameti.

⁹¹⁵ Revoca del consenso.

Comma 1. Revoca alla fecondazione omologa. Gli aderenti possono revocare il proprio consenso, autonomamente, fino all'impiego del pre-embrione.

Comma 2. Revoca alla fecondazione eterologa. Gli aderenti possono revocare il proprio consenso, autonomamente, fino all'impiego del pre-embrione.

Comma 3. Revoca alla fecondazione postuma. La revoca per la fecondazione postuma avviene con le modalità previste dalla l. 219/2020 e l. 10/2020.

Comma 4. Revoca alla donazione cellulare. La revoca alla donazione può avvenire fino all'impiego altrui.

Comma 5. Revoca alla donazione embrionaria. La revoca dell'embrione-donazione può avvenire fino all'impiego altrui.

Comma 6. Rinvio ai moduli allegati ai regolamenti attuativi. Il consenso e la revoca devono essere esercitati con le modalità previste e la modulistica prevista dai regolamenti attuativi.

Successivamente appare opportuna una enumerazione delle tecniche ammesse⁹¹⁶ dall'ordinamento sulle cellule e sugli embrioni quali, ad esempio, la fecondazione omologa, la fecondazione eterologa, le fecondazioni *post mortem*, la donazione di gameti da parte di terzi, la diagnosi genetica preimpianto, la crioconservazione⁹¹⁷, la donazione

⁹¹⁶ Tecniche ammesse.

Comma 1. Fecondazione autologa o omologa. La fecondazione autologa o omologa consiste nella produzione di embrioni mediante i gameti degli aderenti. La tecnica è ammessa.

Fecondazione eterologa. La fecondazione allogenica o eterologa consiste nella produzione di embrioni di gameti donati. La tecnica è ammessa.

Comma 2. Fecondazioni postume. La fecondazione post mortem consiste nell'impiego di pre-embrioni prodotti mentre gli aderenti erano in vita, sussistenti disposizioni anticipate di trattamento sull'impiego del pre-embrione. Il nato da fecondazione postuma è figlio del defunto. La tecnica è ammessa. Le cellule riproduttive crioconservate e gli embrioni crioconservati che non formano oggetto di disposizioni anticipate di trattamento non possono essere impiegate dall'aderente rimasto in vita e possono essere distrutte, donate o destinate alla ricerca. Non sono ammesse forme di prelievo da morto di cellule riproduttive mediante crioconservazione del cadavere.

Comma 3. Gestazione per altri (GPA). Sono ammesse le procedure di gestazione per altri. È ammessa la gestazione per altri assoluta e parziale, previo consenso informato e garantita la gratuità. Sono previste forme di rimborso delle spese a carico degli aderenti. Per gestazione per altri assoluta si intende l'impiego di gameti degli aderenti con gestazione in utero altrui. Per gestazione parziale si intende impiego del gamete maschile dell'aderente e ovocita della gestante. Per R.O.P.A., Reproduction Ovum Partner Assisted, si intende l'impiego di un ovulo di una delle aderenti alla fecondazione, fecondato con il gamete donato da altri, e trasferito nell'utero dell'altra aderente alle tecniche. Costituisce forma di gestazione per altri e soggiace alle medesime regole.

Comma 4. Status filiationis del nato da GPA. Si applicano le regole della genitorialità intenzionale. Sono genitori coloro che aderiscono alle tecniche, a prescindere dal legame biologico o genetico e a prescindere dal sesso degli aderenti. Devono essere garantite le modalità di conoscenza delle proprie origini al compimento del venticinquesimo anno di età del nato o per ragioni connesse allo stato di salute del nato.

Regole sulla donazione cellulare ed embrionaria

Comma 5. Donazione di cellule riproduttive. È ammessa la donazione delle cellule riproduttive per le destinazioni previste dalla presente legge, in via anonima, volontaria e gratuita, salvo forme di rimborso delle spese e degli inconvenienti, secondo le disposizioni previste per la donazione di midollo osseo e cellule ematiche. La donazione è revocabile fino al momento del suo impiego e fino al momento della fusione con altri gameti.

Comma 6. Donazione di embrioni. È ammessa la donazione di pre-embrioni da parte degli aderenti alle tecniche per le destinazioni previste dalla presente legge. La donazione è anonima, volontaria e gratuita.

Comma 7. Destinazione di cellule ed embrioni post mortem. È ammessa la donazione di cellule e pre-embrioni nelle modalità previste dalla l. n. 10/2020.

Comma 8. Responsabilità del donatore. Il donatore è tenuto ad informare il centro di raccolta delle patologie conosciute nonché astenersi dalla donazione in presenza di patologie gravi. Il donatore non è responsabile per la diffusione della patologia che la clinica avrebbe dovuto riscontrare con gli screening obbligatori. Il donatore risponde per i danni cagionati all'esito della donazione per dolo. Il centro di raccolta, la bio-banca e la clinica devono assicurare alti standard di qualità, eseguire i test previsti dal D.P.R. 131/2019 ancorché già eseguiti dal centro di provenienza. I centri devono assicurare la gratuità e la volontarietà delle donazioni.

Comma 9. Importazione ed esportazione di cellule ed embrioni. È ammessa l'importazione e l'esportazione di cellule e pre-embrioni, solo in conformità all'autorizzazione prevista dall'autorità di vigilanza. Le donazioni, importazioni ed esportazioni di gameti e pre-embrioni devono garantire gli standard di qualità previsti dalla legge italiana e delle direttive. I costi sono a carico delle cliniche, dei centri autorizzati e delle bio-banche.

Comma 10. Registro nazionale. Il registro nazionale consente di tracciare gli embrioni crioconservati abbandonati, donati, destinati alla ricerca. Si rinvia alle previsioni contenute nel D.M. 130/2019.

⁹¹⁷ Regole per la crioconservazione.

degli embrioni in soprannumero, la ricerca sugli embrioni soprannumerari definitivamente abbandonati e sugli embrioni scartati all'esito di diagnosi genetica preimpianto, l'*editing* genetico per finalità diagnostiche e terapeutiche.

Per ciascuna le regole divergono, basti pensare alle regole relative al consenso e alla revoca, ai termini per la crioconservazione. Pertanto, non è sufficiente una disciplina generale applicabile in medesima misura a tutti i citati trattamenti.

In aggiunta si auspica una depenalizzazione degli illeciti contenuti nella l. n. 40/2004. Il reticolato normativo del 2004 ha mostrato tutta la sua inefficienza sul piano preventivo, sia perché ha compulsato forme di turismo procreativo sia in considerazione della scarsa precisione, determinatezza e prevedibilità, condizione inidonea a rappresentare al soggetto – con certezza – la natura riprovevole della propria condotta e le conseguenze della medesima, così da orientare la propria scelta.

Viene in soccorso il modello britannico sul punto. In particolare, si suggerisce la predisposizione di un sistema privo di sanzioni penali o se comunque previste costituenti effettivamente una *extrema ratio*, ciò in quanto la prevenzione è conseguita mediante il sistema di autorizzazione e revoca ad opera dell'Autorità di vigilanza istituita all'uopo⁹¹⁸.

Comma 1. Le cliniche, i centri autorizzati e le bio-banche devono assicurare gli standard di qualità per le cellule depositate. Le cliniche sono responsabili della distruzione, dispersione, destinazione ad altri contro il consenso, modificazione, perdita di viabilità delle cellule crioconservate, a norma degli artt. 1766 ss. cod. civ. La crioconservazione deve essere condotta secondo gli standard previsti dalla migliore scienza e tecnica disponibile.

Comma 2. Termini di durata massima della crioconservazione. La crioconservazione può essere mantenuta per dieci anni. Ogni dieci anni deve essere richiesto il rinnovo del consenso alla crioconservazione agli aderenti. La clinica o il centro autorizzato o la bio-banca devono conseguire il consenso informato alla crioconservazione, in caso di destinazione diversa da parte di uno degli aderenti, il depositario deve notificare tale determinazione ai controinteressati. Sono controinteressati gli altri aderenti alle tecniche e l'autorità di vigilanza. Gli aderenti possono destinare le cellule conservate alla ricerca, ad ulteriore crioconservazione, alla donazione per altri in forma anonima e gratuita, alla distruzione. Il periodo massimo di crioconservazione è pari a cinquantacinque anni. Decorso questo termine senza destinazione il depositario deve distruggere le cellule, salvo diversa disposizione dell'autorità di vigilanza.

Comma 3. Donazione degli embrioni soprannumerari. Le cellule e i pre-embrioni in sovrannumero crioconservati possono essere donati ad altri in forma anonima e gratuita. All'esito della destinazione altruistica, occorre la notificazione dell'atto di consenso all'autorità di vigilanza e l'invio delle cellule al CNT per la destinazione ad altri aderenti a tecniche di fecondazione assistita.

Comma 4. Raccolta degli embrioni soprannumerari da parte del CNT. Le cellule donate devono essere raccolte presso la bio-banca nazionale, predisposta presso l'Ospedale Maggiore di Milano.

Comma 5. Destinazione alla ricerca degli embrioni e cellule definitivamente abbandonati. Le cellule in sovrannumero e i pre-embrioni possono essere destinati alla ricerca in via gratuita e anonima. La destinazione può avvenire anche *post mortem*, con le modalità previste dalla l. n. 10/2020. I pre-embrioni affetti da patologie gravi non impiantati in cicli di fecondazione assistita non possono essere donati ad altri, possono essere crioconservati, soppressi o destinati alla ricerca, anche con le forme della destinazione *post mortem* secondo le modalità previste dalla l. n. 10/2020.

⁹¹⁸ Autorità di vigilanza per la fecondazione e la ricerca scientifica. È istituita l'Autorità di vigilanza per la fecondazione e la ricerca scientifica presso il Ministero della Salute. È garantita l'indipendenza dal

La violazione delle regole della nuova legge determinerebbe la revoca della licenza concessa alla clinica autorizzata alla esecuzione delle procedure poc'anzi delineate. Nell'autorizzazione, infatti, sono specificate le regole di condotta e le tecniche ammesse, l'Autorità verifica il rispetto delle clausole della licenza e, in caso di violazione, può sanzionare la clinica mediante la revoca della licenza, la durata della sanzione e l'opportunità di una nuova autorizzazione⁹¹⁹.

Il dettato normativo dovrebbe presentare più chiare disposizioni relative alla ricerca scientifica⁹²⁰. Tra i numerosi divieti vigenti, infatti, il legislatore delinea all'art. 13

Ministero dei suoi membri, in carica per cinque anni, rinnovabili in via non superiore ad un mandato. L'autorità amministrativa indipendente ha poteri di vigilanza, di controllo, di ispezione, di sanzione, di advocacy e di regolamentazione, garantisce la tutela dell'autodeterminazione e della salute degli aderenti e dei donatori. L'autorità di vigilanza, sentiti l'ordine dei medici e gli esperti in materia, differenzia moduli per la prestazione del consenso e li pubblica sulla banca dati nazionale di cui all'art. 3 l. 24/2017, le informazioni ivi contenute devono essere completate dalla informazione resa in forma orale e completa da parte del medico responsabile del procedimento di trattamento delle cellule e degli embrioni.

⁹¹⁹ Autorizzazione per la gestione di cellule riproduttive ed embrioni

Comma 1. Modalità di conseguimento della licenza. L'autorità di vigilanza verifica la sussistenza dei requisiti di legge per il conseguimento dell'autorizzazione alla conservazione di cellule e tessuti. Possono eseguire le attività di cui alla presente legge solo i soggetti autorizzati, ivi comprese le attività di crioconservazione, di ricerca e di gene-editing. Si considerano autorizzati i centri già in possesso dell'autorizzazione da parte del Ministero della Salute al momento della entrata in vigore della presente legge.

Comma 2. Sanzioni per la violazione della licenza. La violazione delle previsioni di legge e delle condizioni di cui all'autorizzazione è punita con una sanzione pecuniaria ed interdittiva. Le sanzioni pecuniarie vengono applicate agli operatori che hanno violato le previsioni della licenza e sono comminate per quote, in numero non inferiore a cento, né superiore a mille, ciascuna quota ha valore non inferiore a mille e non superiore a diecimila, con le modalità previste dal d.lgs. 231/2001. La misura e il numero delle quote sono determinati secondo la gravità del fatto, la gravità della responsabilità e le condotte riparatorie svolte. Le sanzioni sono applicate dall'autorità di vigilanza.

⁹²⁰ Ricerca scientifica.

Comma 1. Cellule per la ricerca scientifica. Le cellule e i pre-embrioni crioconservati abbandonati in via definitiva, gli embrioni conseguiti da reato e confiscati prima della presente legge, tutti gli embrioni destinati alla ricerca a causa della impossibilità del loro utilizzo in tecniche di fecondazione assistita, tutti le cellule non altrimenti utilizzabili possono essere impiegate per attività di studio, di formazione e di ricerca.

Comma 2. Limiti. Tutte le cellule per la ricerca devono essere registrate nel registro nazionale dal CNT. Il CNT provvede a destinare le cellule e gli embrioni alla ricerca, assicurando la tracciabilità delle cellule, mediante la sua collaborazione con l'autorità di vigilanza.

Diagnosi genetica preimpianto.

Comma 1. La diagnosi è tecnica diagnostica che consente agli operatori autorizzati la presenza di malattie genetiche trasmissibili in via ereditaria nei pre-embrioni, se rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lett. b) della l. n. 194/1978 in materia di interruzione volontaria della gravidanza. I regolamenti attuativi elencano le patologie gravi che impongono l'esecuzione della diagnosi genetica. Le indagini diagnostiche preimpianto possono essere eseguite nel corso dei trattamenti per la fecondazione, al fine di evitare la trasmissione di patologie gravi, i soggetti autorizzati devono interloquire con gli aderenti per il conseguimento del consenso alla diagnosi genetica preimpianto. Le indagini devono essere condotte sugli embrioni allorché gli aderenti accedano alle tecniche di fecondazione allo scopo di evitare la trasmissione di patologie trasmissibili.

Comma 2. Selezione sessuale. Sono ammesse forme di selezione solo ed esclusivamente allo scopo di evitare la trasmissione di patologie genetiche trasmissibili, quali il diabete e le altre malattie gravi previste dai regolamenti di attuazione.

Comma 3. Costi a carico del SSN.

una distinzione tra sperimentazione e ricerca clinica ammessa. Tra le due procedure l'elemento discrezionale sembra essere la finalità diagnostica e terapeutica, che pure giustifica l'editing genetico sulle cellule e sulle blastocisti. Tuttavia, la disposizione appare generica e atecnica e, per tale ragione, non può avere cittadinanza nella legge, poiché contraddittoria rispetto ai regolamenti di attuazione ed obsoleta rispetto al panorama europeo, pur nel rispetto della Convenzione di Oviedo. Peraltro, altri stati aderenti alla Convenzione di Oviedo ammettono la ricerca scientifica sugli embrioni soprannumerari abbandonati, in considerazione della regola dei quattordici giorni e, per tale ragione, la citata fonte non costituisce ostacolo alla previsione di regole sulla ricerca scientifica sulle cellule riproduttive specializzate o meno.

Da ultimo, il dettato normativo deve recare una clausola di gestione delle sopravvenienze⁹²¹. Il legislatore italiano, al pari degli ordinamenti della *Western legal tradition* esaminati, è chiamato a prevedere una disposizione che tenga conto delle evoluzioni in ambito scientifico, giuridico e sociale, per il tramite di «clausole di verifica periodica» o «clausole di rinvio alla scienza»⁹²².

I costi dei trattamenti di cui alla presente legge, fatta eccezione per quelli derivanti dalla ricerca scientifica, sono a carico del SSN, nei limiti individuati dalla legge. Si rinvia alla Legge 28 dicembre 2015, n. 208 - art.1, comma 556, recante le disposizioni sull'aggiornamento dei LEA.

Regola dei quattordici giorni. Fino alla gastrulazione, ovvero alla comparsa della linea primitiva nel pre-embrione attorno al quattordicesimo giorno la cellula specializzata può essere mantenuta in coltura, distrutta, destinata alla ricerca, donata ad altri. Dal quindicesimo giorno il mantenimento in coltura è vietato. Non si computano i giorni di crioconservazione.

Limiti alla tutela brevettuale

Comma. 1 Non possono essere brevettate invenzioni biotecnologiche sugli embrioni. Possono essere brevettate invenzioni biotecnologiche su cellule e pre-embrioni non suscettibili di sviluppo.

Attività di manipolazione degli embrioni e di sperimentazione vietate.

Comma 1. Clonazione La clonazione consiste nella produzione artificiale di un pre-embrione con le stesse caratteristiche genetiche di altro già esistente. Tale tecnica è vietata in aderenza alle previsioni della Convenzione di Oviedo.

Comma 2. Ibridazione. L'ibridazione consiste nella fusione dell'ovocita animale e cellule umane mediante elettrocuisione. Tali tecniche sono vietate per la fecondazione artificiale e il successivo trasferimento in utero.

Comma 3. Gene-editing. Il gene-editing consiste in una tecnica di alterazione del genoma umano a fronte di alterazioni presenti nel codice. La tecnica può essere realizzata con la proteina CRISPR al fine di eliminare nel pre-embrione le patologie gravi che giustificano la diagnosi genetica pre-impianto e per la ricerca scientifica. Le tecniche di Gene-editing possono essere realizzate solo con autorizzazione del Ministero dell'Autorità amministrativa indipendente preposta alla vigilanza del settore, sentito il Comitato Nazionale per la Bioetica.

⁹²¹ Clausola di aggiornamento ciclico della legge.

Comma 1. Ogni cinque anni si prevede l'aggiornamento della presente legge, in considerazione delle sopravvenienze scientifiche, giuridiche e sociali, previo parere del Comitato Nazionale per la Bioetica.

Forme di consultazione pubblica. In via propedeutica all'aggiornamento obbligatorio della legge di cui al precedente articolo, possono essere avviate forme di consultazione pubblica e di esperti in materia, in via facoltativa ed eventuale.

⁹²² S. Penasa, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 355 ss. Le clausole di gestione

In applicazione di simili meccanismi discendono due effetti distinti. In primo luogo, il dettato normativo, tratteggiato alla stregua di competenze scientifiche divenute desuete o a fronte di disposizioni nuove per il diritto di famiglia e per il trattamento delle cellule e gli embrioni, non può trovare applicazione o tantomeno muovere un rimprovero e comminare sanzioni. In secondo luogo, “la clausola di gestione delle sopravvenienze scientifiche, giuridiche e sociali” impone al legislatore in via ciclica una rimeditazione delle disposizioni normative, in considerazione delle opinioni dei più accreditati esperti di ciascun campo, così da fornire la migliore tutela da apprestare a cellule ed embrioni, senza il rischio di aporie a danno degli *stakeholders* o creative impostazioni esegetiche in sede pretoria condizionate dalle peculiarità del caso concreto.

Simili regole consentono di superare le critiche aprioristiche derivanti dal principio di precauzione o dal principio del tuziorismo⁹²³, i quali hanno imposto per lungo tempo l'applicazione dello statuto della persona fisica alle cellule riproduttive senza considerare l'illogicità dell'operazione analogica e senza riservare la migliore tutela possibile a tali fasi evolutive.

La tecnica delle clausole di gestione delle sopravvenienze, mutuata dai meccanismi rimediali alle sopravvenienze contrattuali, costituisce la valvola necessaria ed imprescindibile per il diritto della scienza.

Meccanismi di aggiornamento assimilabili sono espressamente previsti negli ordinamenti esaminati ed in particolare nella disciplina francese, tedesca e britannica.

Tale previsione costituisce l'applicazione effettiva dei principi sanciti dalla Corte EDU nella vicenda S.H. c. Austria, nonché l'approccio auspicabile nel diritto della scienza.

delle sopravvenienze scientifiche sono state impiegate non solo in Francia e Regno Unito ma anche a livello extra-europeo, ad esempio l'ordinamento canadese, nel Canadian Assisted Human Reproduction Act, prevede la revisione della legge con periodicità triennale: l'art. 72 prevede infatti che «the administration of this Act shall, within three years after the coming into force of section 21, be reviewed by any committee of the Senate, the House of Commons or both Houses of Parliament that may be designated or established for that purpose. The committee shall undertake a comprehensive review of the provisions and operation of this Act and shall, within a year after the review is undertaken or within such further time as the Senate, the House of Commons or both Houses of Parliament may authorize, submit its report on the review including a statement of any changes to this Act or its administration that the committee recommends». Per un approfondimento sul tema, si veda C. Casonato, *Procreazione assistita e pluralismo: l'esempio dell'Assisted Human Reproduction Act canadese*, in C. Casonato-T.E. Frosini, *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, 2006, p. 24

⁹²³ *Supra* cap. 2.

Bibliografia

- Aa.Vv., *Aspetti medico-legali e normativi dei prodotti dell'ingegneria dei tessuti*, Milano, 1998, p. 139 ss.;
- Aa.Vv., *Il governo del corpo. Trattato di Biodiritto*, P. Zatti-S. Rodotà (a cura di), Milano, 2011;
- Aa.Vv., *In vita, in vitro, in potenza: lo sguardo del diritto sull'embrione: atti del Convegno di Genova*, 2011;
- Aa.Vv., *L'illegittimità costituzionale del divieto della "fecondazione eterologa". Analisi critica e materiali*, M. D'Amico-M.P. Costantini (a cura di), Milano, 2015, p. 338-339;
- Aa.Vv., *La bioetica. Questioni morali e politiche per il futuro dell'uomo*, M. Mori (a cura di), Milano, 1991;
- Aa.Vv., *La fecondazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi*, Milano, 2005;
- Aa.Vv., *La relazione di cura dopo la legge n. 219/2017. Un approccio interdisciplinare*, M. Foglia (a cura di), Pisa, 2019;
- Aa.Vv., *Le pratiche di maternità surrogata nel mondo: analisi comparatistica tra legislazioni proibizioniste e liberali*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 2, p. 683 ss.;
- Aa.Vv., *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, M. D'amico – B. Liberali (a cura di), Napoli, 2016, p. 7-150;
- Aa.Vv., *Profili medico-legali e giuridici circa due casi di scongelamento accidentale di ovociti ed embrioni crioconservati*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 3, p. 1054 ss.;
- Aa.Vv., *Quale statuto per l'embrione umano. Problemi e prospettive*, M. Mori (a cura di), Milano, 1992;
- Aa. Vv., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, 2006, p. 324;
- Aa. Vv., *The International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization Revised Glossary in ART Terminology*, in *Human Reproduction*, 2009, 24, p. 2683 ss.;
- Aa.Vv., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, 2006, p. 324;

- Aa.Vv., *Fondazione ontologica del diritto e "natura della cosa"*, A. Mazzei E T. Opocher (a cura di), 2011;
- Aa.Vv., *Scottish Current Law Statutes Annotated*, Edinburgh, 1990;
- Aa.Vv., *The International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization Revised Glossary in ART Terminology*, in *Human Reproduction*, 2009, 24, p. 2683 ss.
- Aa. Vv., *Valore della persona e giustizia contrattuale. Scritti in onore di Adriano De Cupis*, Milano, 2005, p. 285 ss.;
- Adamo U., *Costituzione e (processo del) fine vita*, in *Dig. Disc. Priv.*, 2019.
- Ainis M., *I referendum sulla procreazione assistita. Atti del Convegno*, 10 dicembre 2004, Roma, 2005;
- Alessandri A., voce *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, 1989, Torino, p. 39 ss.;
- Aliatis M., *Prelievo forzoso di ovociti: rapina o violenza privata?* in *Giur. pen. web*, 2016, 10;
- Allara M., *Dei beni*, Torino, 1984, p. 21 ss.;
- Allara M., *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, Torino, 1958;
- Alpa G., *Introduzione. I diritti della persona*, in *NGCC*, 2020, 1, p. 5 ss.
- Alpa G., *Lo statuto dell'embrione tra libertà, responsabilità, divieti*, in AA.VV., *La fecondazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi*, Milano, 2005, 139;
- Alpa G., *Lo statuto dell'embrione tra libertà, responsabilità e divieti*, in *Soc. dir.*, 2004, 1, p. 13 ss.;
- Alpa G., *Manuale di diritto privato*, XI ed., Milano, 2020;
- Alpa G.-A. Ansaldo, *Le persone fisiche. Artt. 1-10*, in *Il Codice Civile. Commentario*, P. Schlesinger-F.D. Busnelli (a cura di), Milano, 2013, p. 193 ss.;
- Alpa G.-G. Resta, *Le persone e la famiglia. Vol. 1. Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in Aa.Vv. *Trattato di diritto civile*, R. Sacco (a cura di), Milano, 2006, p. 114 ss.;
- Ambrosetti E.M., *L'infanticidio e la legge penale*, Padova, 1992, p. 42 ss.;
- Appleby J.B.-A.L. Bradenord, *Should the 14-day rule for embryo research become the 28-day rule?*, in *EMBO Molecular Medicine*, 2018, 9, vol. X, p. 9437;

- Aprile A.- Benciolini P., *Gravidanza, parto, nascita: questioni medico-legali nell'ottica del biodiritto*, in Aa. Vv., *Il governo del corpo. Trattato di Biodiritto*, Milano, 2011, p. 1772;
- Aprile A., *Interruzione volontaria della gravidanza: casistica medico-legale*, in Aa.Vv., *Il governo del corpo. Trattato di Biodiritto*, P. Zatti-S. Rodotà (a cura di), Milano, 2011, p. 1724-1725;
- Arangio Ruiz G., *Contro l'innesto Woronoff da uomo a uomo*, in *Foro it.*, 1934, 2, c. 146 ss.;
- Aristotele, *De generatione animalium*, tr. it. di A. Russo, in *Aristotele. Opere*, Roma-Bari 1973, vol. II, c. 3, p. 1014 ss.
- Arnold R., *Questioni giuridiche in merito alla fecondazione artificiale nel diritto tedesco*, in Aa.Vv., *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, C. Casonato-T.E. Frosini (a cura di), Torino, 2006, p. 5 ss.;
- Ascone G-L. Rossi Carleo, *La procreazione artificiale: prospettive di una regolamentazione legislativa nel nostro Paese*, Napoli, 1986;
- Astone A., *Autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento nella legge 22 dicembre 2017 n. 219*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, 4, p. 1508 ss;
- Auletta T., *Diritto di famiglia*, V ed., Torino, 2020;
- Azzalini M., *Il consenso "complesso" nella procreazione medicalmente assistita*, in Aa.Vv., *La procreazione assistita dieci anni dopo. Evoluzioni e nuove sfide*, Ariccia, 2015, p. 157-199;
- Azzalini M., *Legge n. 219/2017: la relazione medico-paziente irrompe nell'ordinamento positivo tra norme di principio, ambiguità lessicali, esigenze di tutela della persona, incertezze applicative*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 8 ss.;
- Bagni S., *L'argomento comparatistico nel diritto parlamentare sulla procreazione assistita*, in *Politica del diritto*, 2008, 4, p. 635-668;
- Baldassarre A., *Lo statuto costituzionale dell'embrione*, in Aa.Vv., *La tutela dell'embrione*, G. Biscontin-L. Ruggeri (a cura di), Napoli, 2002, p. 36 ss.;
- Baldini G., *Fecondazione eterologa: la questione (inesistente) del presunto vuoto normativo*, in *Altalex*, 27 giugno 2014;
- Baldini G., *Libertà procreativa e fecondazione artificiale. Riflessioni a margine delle prime applicazioni giurisprudenziali*, Napoli, 2006, pp. 149-155;

- Ballarini G., *La Cassazione riconosce la soggettività giuridica del concepito: indagine sui precedenti dottrinali per una lettura "integrata" dell'art. 1 c.c.*, in *Dir. fam.*, 2009, p. 1159 ss.;
- Barba A., *sub art. 5 c.c.*, in Aa.Vv., *Codice civile commentato*, P. Rescigno (a cura di), X ed., Milano, 2018, p. 41;
- Barcellona P., voce *Frutti (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 215 ss.;
- Barra R.C., *Lo statuto giuridico dell'embrione umano*, in *Jus. 2000*, p. 164 ss.;
- Basile F., *I donatori di gameti*, in *NGCC*, 2015, 5, p. 223-240;
- Baud J.P., *Il caso della mano rubata*, C.M. Mazzoni (a cura di), Milano, 2003, p. 50 ss.;
- Bell J.C., *Principles of the Law of Scotland*, Edimburgo, 1899, p. 499 ss.;
- Belvedere A., *Minore età. Diritto privato e processuale*, in *Dig. disc. priv.*, V, Torino, 1984, p. 53 ss.;
- Belvedere A.-M. De Cristofaro, *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, Milano, 1980;
- Bernat E., *Das österreichische Fortpflanzungsmedizingesetz wurde liberalisiert: Eckpunkte des Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetzes 2015*, in *Gynäkologische Endokrinologie*, 2016, 14, p. 686-691;
- Bernat E., *Regulating "the artificial family": an Austrian compromise*, in *J. Int. Bioethique*, 1992, 3, p. 103-108;
- Bernat E.-E.Vranes, *The Austrian Act on Procreative Medicine: Scope, impacts, and inconsistencies*, *Journal of Assisted Reproduction and Genetics*, 1993, 10, fasc. 7, p. 449-452;
- Bezerra Sales R., *Überzählige Embryonen in der Reproduktions medizin*, Baden- Baden, 2014, p. 218 ss.;
- Bianca C.M., *Diritto civile. La famiglia*, VI ed., Milano, 2017;
- Bianca C.M., *Diritto civile. La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 2002;
- Bianca C.M., *Diritto civile. La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 1978;
- Bianca C.M., *Diritto civile. La proprietà*, II ed., Milano, 2017, p. 36 ss.;
- Bianca C.M., *Diritto civile. Vol. II*, Milano, n. 255, p. 478 ss.;
- Bianca C.M., *Disconoscimento del figlio nato da procreazione assistita: la parola della Cassazione*, in *Gius. Civ.*, 1999, 5, p. 1317 ss.;

- Bianca C.M., *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2018;
- Biggers J.D., *Arbitrary partitions of prenatal life*, in *Human Reprod.*, 1990, 5, p. 1-6;
- Biggs H., *Designer babies: where should we draw the line?*, in *Journal of Medical Ethics*, 2004, 30, p. 80.
- Bigliazzi Geri L.-U. Breccia-F.D. Busnelli-U. Natoli, *Diritto civile. Diritti reali*, Torino, 2007;
- Bilancetti M.-Bilancetti F., *La responsabilità penale e civile del medico*, Padova, 2013;
- Biondi B., *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982;
- Biondi Dal Monte F., *Famiglia, fecondazione eterologa e diritti in bilanciamento nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in Aa.Vv., *La fecondazione vietata. Sul divieto legislativo di fecondazione eterologa*, A. Cossiri-G. Di Cosimo (a cura di), Roma, 2013, p. 71-85;
- Bompiani, Cittadini, De Cecco, Flamigni, Isidori, Menchini, Fabris, *Problemi di sterilità e tecniche di fecondazione assistita*, in Comitato Nazionale per la Bioetica, *La fecondazione assistita*, 17 febbraio 1995, p. 13;
- Bondolfi A., *Alcune considerazioni di metodo attorno al cosiddetto «statuto dell'embrione»*, in Aa.Vv., *Quale statuto per l'embrione umano? Problemi e prospettive*, Convegno internazionale, Milano, gennaio 1991, p. 59 ss.;
- Bonfante P., *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1966;
- Bonilini G., *Trattato di diritto delle successioni e donazioni. La successione ereditaria*, Milano, 2009;
- Bonini S., *Il doping*, in Aa.Vv., *Il governo del corpo. Trattato di Biodiritto*, P. Zatti-S. Rodotà (a cura di), Milano, 2011, p. 621 ss.;
- Borsellino P., *Bioetica tra morali e diritto*, Milano, 2009;
- Brown J., *Theft, Property Rights and the Human Body – A Scottish Perspective*, *Journal Of Medical Law And Ethics*, 2013, 1, I, p. 43;
- Brunetta D'Usseaux F., *Esistere per il diritto. La tutela giuridica del non nato*, Milano, 2001, p. 85 ss.;
- Busardò F.P.-M. Gulino-S. Napoletano-S. Zaami-P. Frati, *The Evolution of Legislation in the Field of Medically Assisted Reproduction and Embryo Stem Cell Research in European Union Members*, in *BioMed. Res. Int.*, 2014, p. 1-14;

- Busnelli F.D., *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 4, p. 459 ss.;
- Busnelli F.D., *Il problema della soggettività del concepito a cinque anni dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *NGCC*, 2010, 4, p. 185 ss.;
- Busnelli F.D., *Le alternanti sorti del principio della dignità umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 5, p. 1071 ss.;
- Busnelli F.D., *Lo statuto del concepito*, in *Dem. Dir.*, 1988, p. 213 ss.;
- Busnelli F.D., *Nascere (o anche "morire") con dignità: un traguardo problematico per l'embrione*, in *NGCC*, 2017, 3, p. 393 ss.;
- Busnelli F.D., *Nascere (o anche «morire») con dignità: un difficile traguardo per l'embrione*, in *Persona e famiglia. Scritti di F.D. Busnelli*, Pisa, 2017, p. 129 ss.;
- Busnelli F.D., *Verso una giurisprudenza che si fa dottrina. Considerazioni in margine al revirement della Cassazione sul danno da c.d. "nascita malformata"*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 6;
- Busnelli F.D.-E. Palmerini, voce *Clonazione*, *Agg.*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 2000, p. 142 ss.;
- Busquets Alibés E.-F. Abel Fabre-J. Craven-Bartle-P. Ferrer Salvans, P., *Consideraciones sobre el embrión humano*, in *Bioética y Debat*, 2009, 15;
- Butera A., *Il codice civile italiano. Libro della proprietà. Parte prima*, Torino, 1941, p. 19;
- Buzzi F.-G. Tassi, *La procreazione medicalmente assistita. Normativa, giurisprudenza e aspetti medico legali*, Milano, 2011, p. 133-134.
- Cabitz A.M., *Lo statuto dell'embrione: tra dignità umana e progresso scientifico*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, 2, p. 620 ss.;
- Cacace S., *Le diverse facce della genitorialità e un unico interesse, quello del minore. così vicini ad un cortocircuito giuridico*, in *Riv. it. med. legale*, 2016, 3, p. 913 ss.;
- Cadoppi A.-P. Veneziani, *Elementi di diritto penale. Parte speciale*, Padova, 2004, p. 254 ss.;
- F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale*, Padova, 2005, p. 24 ss.;
- Caggiano I.A., *Lo scambio di embrioni e le modalità di formazione dello status di figlio: il caso emblematico dell'Ospedale Pertini*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2017, 1, p. 299 ss.;
- Caggiano I.A., *Tipologie di procreazione, stato di filiazione e conseguenze patrimoniali*, Pisa, 2017;

- Campiglio C., *Norme italiane sulla procreazione assistita e parametri internazionali: il ruolo creativo della giurisprudenza*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 2014, 3, p. 481-516;
- Canestrari S., *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una "buona legge buona"*, in *Corr. giur.*, 2018, p. 302 ss.;
- Canova L., *Possibili evoluzioni psicopatologiche nei bambini nati con la procreazione artificiale*, in *Dir. famiglia*, 2001, 2, p. 669 ss.;
- Capoluongo F., *Il problema degli embrioni residui*, in *Fam. Dir.*, 2010, 1069;
- Carapezza Figlia G., *Tutela dell'embrione e divieto di brevettabilità, un caso di assiologia dirimente nell'ermeneutica della Corte di Giustizia*, in *Dir. fam.*, 2012, p. 20;
- Carbone G.M., *Alcune Quaestiones disputatae sull'embrione umano*, in *Divus Thomas*, 1998, 1, p. 106 ss.;
- Carbone P.-V. Carbone, *Legittimati ai danni da nascita indesiderata: onere probatorio sulle malformazioni*, in *Giur. It.*, 2016, 1, c. 1;
- Carbone V., *Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*, in *Fam. dir.*, 2014, 753 ss.;
- Carbonnier J., *Flessibile diritto*, Milano, 1997, p. 169;
- Carnelutti F., *Il problema giuridico della trasfusione di sangue*, in *Foro it.*, 1938, 4, c. 92 ss.;
- Carnelutti F., *Nuovo profilo della istituzione dei nascituri*, in *Foro it.*, 1954, 4, c. 57 ss.;
- Carnelutti F., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, p. 206 ss.;
- Carnelutti F., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, p. 206;
- Carnelutti F., *Usucapione della proprietà industriale*, Milano, 1938, p. 54 ss.;
- Carrato A., *Diagnosi preimpianto: l'applicazione giurisprudenziale della sentenza n. 96/2015 della Consulta*, in *Fam. dir.*, 2017, 6, p. 535-558;
- Carresi F., voce *Nascituri*, in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino, 1984;
- Carusi D., *La corte costituzionale e lo statuto dell'embrione* in *Giur. it.*, 2017, 2, p. 307-310;
- Carusi D., *La corte costituzionale e lo statuto dell'embrione: un ritorno all'ordine?*, in *Giur. it.*, 2017, 2, c. 307-310;
- Carusi D., *Omessa diagnosi prenatale: un contrordine ... e mezzo delle Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2016, c. 3;

- Carusi D., *Revirement in alto mare: il “danno da procreazione” si «propaga» al procreato?*, in *Giur. It.*, 2013, 4, c. 796 ss.;
- Casaburi G., *«Requiem» (gioiosa) per il divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa: l'agonia della l. 40/04*, in *Foro it.*, 2014, 1, c. 2324 ss.;
- Casaburi G., *Ancora sulla l. n. 40 del 2004: divieto di crioconservazione degli ovociti fecondati*, in *Corr. mer.*, 2005, p. 529-881 ss.;
- Casaburi G., *Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151. Nota di richiami*, in *Foro It.*, 2009, 9, c. 2301 ss.;
- Casaburi G., *La Corte costituzionale e la l. 40/04: un ritorno all'ordine?*, in *Foro it.*, 2016, c. 1519 ss.;
- Casaburi G., *Procreazione assistita: il Tribunale di Cagliari dà la luce verde alla diagnosi preimpianto* in *Corr. merito*, 2008, p. 313 ss.;
- Casaburi G., *Ricerche embrionali: una occasione perduta della Corte europea. Osservazioni a Corte eur. Diritti dell'uomo 27 agosto 2014, A.P.*, in *Foro It.*, 2015, 10, c. 453 ss.;
- Casini C.-M. Casini-M.L. Di Pietro, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”. Commentario*, Torino, 2004;
- Casini M., *La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ed il superamento della cd. “Teoria del preembrione”*, in *Dir. fam.*, 2012, p. 38;
- Casini M., *La sentenza costituzionale n. 151/2009: un ingiusto intervento demolitorio della legge n. 40/2004*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, 3, p. 1033-1045;
- Casini M.-M.L. Di Pietro, *La commercializzazione del Norlevo: dal decreto n. 510/2000 del 26 settembre 2000 del Ministro della sanità alla sentenza n. 8465/2001 12 ottobre 2001 del Tar Lazio*, in *Dir. fam. pers.*, 2002, 2-3, p. 428 ss.;
- Casonato C., *Procreazione assistita e pluralismo: l'esempio dell'Assisted Human Reproduction Act canadese*, in C. Casonato-T.E. Frosini, *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, 2006, p. 24 ss.;
- Cassani C. *La diagnosi genetica preimpianto e la sua rilevanza penale*, in *Ind. pen.*, 2009, p. 87-137;
- Cassano G., *I beni. Tentativo di sintesi e aspetti qualificatori*, in *Vita notarile*, 2007, 2, p. 862-877;
- Castronovo C., *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*, in *Europa dir. priv.*, 2014, p. 1105 ss.;

- Catalano P., *Il nascituro tra diritto romano e diritti statali*, in A. Tarantino (a cura di), *Culture giuridiche e diritti del nascituro*, Milano, 1997, p. 89 ss.;
- Catalano P., *Osservazioni sulla persona dei nascituri alla luce del diritto romano (da Giuliano a Texeira de Freitas)*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, p. 45 ss.;
- Chan S., *How and Why to Replace the 14-Day Rule*, in *Curr. Stem Cell Rep.*, 16 luglio 2018, p. 2-3.
- Chan S., *How to Rethink the Fourteen-Day Rule*, in *Hastings Center Report*, 24 maggio 2017, p. 5 ss.;
- Chieffi L., *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Torino, 2018;
- Chieragato, *La resistenza del divieto di donazione di embrioni alla ricerca scientifica tra margine di apprezzamento europeo e deferenza al legislatore*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4 giugno 2016;
- Chinni D., *La procreazione medicalmente assistita tra "detto" e "non detto". Brevi riflessioni sul processo costituzionale alla legge n. 40/2004*, in *Giur. It.*, 2010, 2, c. 289 ss.,
- Cian G.-A. Trabucchi, *sub art. 1, Commentario breve al codice civile*, Padova, 1995, p. 86 ss.;
- Cicconi M.-T. Mangiulli-G. Montanari Vergallo-P. Frati-G. Bolino, *Profili medico-legali e giuridici circa due casi di scongelamento accidentale di ovociti ed embrioni crioconservati*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 3, p. 1054 ss.;
- Ciervo A., *Legislatori irragionevoli e giudici senza cuore. l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita tra giurisprudenza e valori costituzionali*, in *Giur. cost.*, 2008, 4, p. 3669 ss.;
- Clarizia R., *Procreazione artificiale*, in *Dig. Disc. priv., sez. civ.*, XV, 1997, p. 313 ss.;
- Comporti M., *Le cose, i beni ed i diritti reali*, in Aa.Vv., *Istituzioni di diritto privato*, M. Bessone (a cura di), Torino, 2005, p. 331 ss.;
- Corti I., *La maternità per sostituzione*, in Aa.Vv., *Il governo del corpo. Trattato di Biodiritto*, S. Rodotà-P. Zatti (a cura di), Milano, 2011, p. 1479 ss.
- Cossiri A., *La demolizione giurisprudenziale della legge 40/2004*, in Aa.Vv., *La fecondazione vietata. Sul divieto legislativo di fecondazione eterologa*, A. Cossiri-G. Di Cosimo (a cura di), Roma, 2013, p. 41 ss.;
- Cotran R.S.-V. Kumar-N. Fausto-F. Nelso-S.L. Robbins-A.K. Abbas, *Robbins and Cotran pathologic basis of disease*, VII ed., St. Louis, 2005, p. 1110 ss.;

- Coviello L., voce *Capacità di succedere a causa di morte*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 54 ss.;
- Coviello L., voce *Capacità di succedere a causa di morte*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 54 ss.;
- Cricenti G., *I diritti sul corpo*, Napoli, 2008;
- Cricenti G., *Il concepito e il diritto di non nascere*, in *Giur. it.*, 2013, 4, c. 813 ss.;
- Cricenti G., *Il sé e l'altro. Bioetica del diritto civile*, Roma, 2012, p. 14 ss.;
- Criscuoli G., *L'acquisto delle parti staccate dal proprio corpo e gli artt. 820 e 821*, in *Dir. fam. pers.*, 1985, 1-2, p. 266 ss.;
- Croce M., *Precedente giudiziale e giurisprudenza costituzionale*, in *Contr. imp.*, 2006, p. 1118;
- D'Addino Serravalle P., *Atti di disposizione del corpo a tutela della persona umana*, Camerino, 1983, p. 16.
- D'Addino Serravalle P., *Questioni biotecnologiche e soluzioni normative*, Napoli, 2003, p. 66-69;
- d'Almaine J.-F.N. Zaal, *Inheritance Rights for Posthumously Procreated Children: A Growing Challenge for the Law*, in *PEP*, 2018, 21, p. 2-25.
- D'amico M.-B. Liberali, *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, Napoli, 2016;
- D'Amico M.-M.P. Costantini, *L'illegittimità costituzionale del divieto della "fecondazione eterologa". Analisi critica e materiali*, Milano, 2014;
- d'Avack L., *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, 3, 1005 ss.
- d'Avack L., *Il potere sul corpo. Limiti etici e giuridici*, Torino, 2015;
- d'Avack L., *Il progetto filiazione nell'era tecnologica. Percorsi etici e giuridici*, I ed., Torino, 2012;
- d'Avack L., *Il progetto filiazione nell'era tecnologica. Percorsi etici e giuridici*, III ed., Torino, 2016
- d'Avack L., *Il progetto filiazione nell'era tecnologica. Percorsi etici e giuridici*, II ed., Torino, 2014.

- d'Avack L., *L'ordinanza di Salerno: ambiguità giuridiche e divagazioni etiche*, in *Dir. fam. pers.*, 2010, p. 1737 ss.;
- d'Avack L., *La consulta orienta la legge sulla P.M.A. verso la tutela dei diritti della madre*, in *Dir. famiglia*, 2009, 3, p. 1021 ss.;
- d'Avack L., *La maternità surrogata: un divieto "inefficace"*, in *Dir. fam. pers.*, 2017, 1, p. 139 ss.;
- d'Avack L., *La maternità surrogata: un divieto "inefficace"*, in *Dir. fam. Pers.*, 2017, 1, p. 139 ss.;
- D'Aloia A.-P. Torretta, *La procreazione come diritto della persona*, in Aa.Vv., *Trattato di biodiritto*, P. Zatti e S. Rodotà (a cura di), Milano, 2011, p. 1353 ss.;
- Daniels D.J., *The history of eugenics*, in *Issues in Science & Technology*, 2016, 32, p. 45-49;
Proctor P., *Racial Hygiene*, Cambridge, 2000, p. 97.
- de Albuquerque P.P., *I diritti umani in una prospettiva europea. Opinioni concorrenti e dissenzienti (2011-20125)*, Torino, 2016, p. 114-115
- De Cupis A., *I diritti della personalità*, in *Trattato Cicu Messineo*, Milano, 1982, p. 177 ss.;
- De Cupis A., voce *Cadavere (diritto sul)*, in *Dig. disc. priv.*, 1988;
- De Cupis A., voce *Corpo (atti di disposizione del)*, in *Dig. disc. priv.*, IV, Torino, 1959, p. 854 ss.;
- De Filippis B., *Il diritto di famiglia. Leggi, prassi e giurisprudenza*, Milano, 2011, p. 1100;
- De Rossi R., *Procedimento di restituzione delle cose sequestrate*, in *Proc. pen. gius.*, n. 1/2015, 69;
- De Stefani F., *La difesa del medico*, in *Off. dir.*, 2014, p. 5;
- De Tilla M.-L. Militeri-U. Veronesi, *Fecondazione eterologa*, Vicenza, 2015;
- Deglincerti A.-G. Croft-L. Pietila, *Self-organization of the in vitro attached human embryo*, in *Nature*, 2016, 533, p. 251-254;
- Degni V., *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Trattato Vassalli*, 1939, 1, Torino, p. 139 ss.;
- Degni V., *Sulla trasfusione obbligatoria del sangue*, in *Foro it.*, 1938, c. 129;
- Della Bella S., *La svolta: il Tribunale di Cagliari e il Tribunale di Firenze ammettono la diagnosi preimpianto* in *Fam. pers. succ.*, 2008, 5, p. 419 ss.;

- Della Ragione L., *Manuale di diritto processuale penale*, Roma, 2019, p. 262 ss.;
- Devaney S., *Stem Cell Research and the Collaborative Regulation of Innovation*, Abingdon-New York, 2014, p. 116;
- Di Marzio F., *Hybris, vanitas, jus. Rifare l'umano*, in *Giust. Civ.*, 2018, 1, p. 99 ss.;
- Di Pietro M.L.-E. Sgreccia, *Procreazione assistita e fecondazione artificiale tra scienza, bioetica e diritto*, Brescia, 1999;
- Di Pietro M.L.-M. Casini, *Il dibattito parlamentare sulla "procreazione medicalmente assistita"*, in *Medicina e Morale*, 2002, 4, p. 620 ss.;
- Dickens B.M., *Abortion and the Law*, London, 1966; G. Williams, *The Sanctity of Life and the Criminal Law*, Knopf, 1957;
- Dogliani M., *Clausole di eternità e revisione totale nel pensiero di Peter Häberle*, in S. Gambino-G. D'Ignazio, *La revisione costituzionale e i suoi limiti*, Milano, 2007, p. 197 ss.
- Dogliotti M., *Ancora sull'inseminazione eterologa e sull'azione di disconoscimento. Nota a Corte d'appello Brescia 10 maggio 1995*, in *Fam. dir.*, 1996, 11, p. 34 ss.
- Dogliotti M., *Il Tribunale di Cremona si pronuncia sull'inseminazione eterologa*, in *Fam. dir.*, 1994, 2, p. 179 ss.;
- Dogliotti M., *Inseminazione eterologa e azione di disconoscimento: una sentenza da dimenticare*, in *Fam. e dir.*, 1994, p. 175 ss.;
- Dogliotti M., *La Corte costituzionale interviene sulla produzione e sul trasferimento degli embrioni a tutela della salute della donna*, in *Fam. dir.*, 2009, 8-9, p. 764-771;
- Dogliotti M., *La legge sulla procreazione assistita: problemi vecchi e nuovi*, in *Fam. dir.*, 2004, 2, p. 117-121;
- Dogliotti M., *Le "Linee guida" del Ministero della salute sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. dir.*, 2004, 5, p. 508-509;
- Dogliotti M., *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, in *Fam. dir.*, 2019, 7, p. 653 ss., con nota di M.;
- Dogliotti M., *Maternità «surrogata»: contratto, negozio giuridico, accordo di solidarietà?*, in *Fam. dir.*, 2000, 2, p. 151 ss.;
- Dogliotti M., *Procreazione assistita: le Linee guida*, in *Fam. dir.*, 2008, 5, p. 749 ss.;

- Dogliotti M., *Una prima pronuncia sulla procreazione assistita: tutte infondate le questioni di legittimità costituzionale?*, in *Fam. dir.*, 2004, 4, p. 384-386;
- Dogliotti M., voce *Organo*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1995, p. 181 ss.;
- Dolcini E., *Embrione, Pre-embrione, Ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 2, p. 440 ss.;
- Dolcini E., *Embrioni nel numero strettamente necessario: il bisturi della Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, p. 1021 ss.;
- Dolcini E., *Fecondazione assistita e diritto penale*, Milano, 2008, p. 105-108;
- Dolcini E., *Fecondazione eterologa: ancora un'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale*, in *DPC*, 14 gennaio 2011;
- Dolcini E., *La fecondazione assistita tra prassi medica e svolte giurisprudenziali*, in *Corriere merito*, 2009, p. 5 ss.;
- Dolcini E., *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in Aa.Vv., *Trattato di biodiritto*, S. Rodotà-P. Zatti, Milano, 2011, p. 1556 ss.;
- Dolcini E., *Strasburgo-Firenze-Roma: il divieto di fecondazione eterologa si avvia al capolinea?*, in *DPC*, 21 ottobre 2010;
- Dolcini E., *Stretto d'assedio il divieto di fecondazione assistita di tipo eterologo*, *ibidem*, 14 febbraio 2011;
- Dominioni O., *Il diritto delle prove*, in O. Dominioni-P. Corso-A. Gaito-G. Spangher-G. Dean-G. Garuti-O. Mazza, *Procedura penale*, II ed., Torino, 2012, p. 307 ss.;
- Donati M., voce *Voronoff (Serge)*, in *Enc. Treccani*, 1937;
- Dyer C., *Bill allowing creation of "admixed" embryos for research passes first hurdle*, in *BMJ*, 17 maggio 2008, p. 1089 ss.;
- E. Jackson, *Medical Law: text, cases, and materials*, IV ed., Oxford, 2016;
- Eberl J., *The beginning of Personhood: A Thomistic Biological Analysis*, in *Bioethics*, 2000, 14, p. 134-157;
- Eusebi L., *Crioconservazione e adottabilità degli embrioni umani*, in Aa.Vv., *Embrioni crioconservati quale futuro? Atti del X Congresso Nazionale 23-24 Novembre 2012*, in *Quaderni di scienza e vita*, 2013, 11, p. 57-64;

- Eusebi L., *Embrione e tecniche procreative, il problema eugenetico, i criteri della generazione umana: profili giuridici*, in *Atti del convegno "La procreazione assistita: problemi e prospettive"*, Roma, 2005;
- Eusebi L., *Laicità e dignità umana nel diritto penale*, in *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007, p. 193.
- Eusebi L., *Problemi aperti circa le condotte incidenti sulla vita umana*, in *Riv. it. med. legale*, 2012, 3, p. 855 ss.;
- Faccioli M., *Procreazione medicalmente assistita*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 2007, 2, agg. III, p. 1051 ss.;
- Fadda C., *Diritto delle persone e della famiglia*, Napoli, 1910, p. 17 ss.;
- Falletti E., *La diagnosi genetica preimpianto: una ricostruzione di dottrina e di giurisprudenza nazionale ed europea*, in *Corriere giuridico*, 2013, 2, p. 234-242;
- Falzea A., *I fatti giuridici della vita materiale*, in Aa.Vv., *Il diritto e la vita materiale. Atti dei Convegni Lincei*, Roma, 1984, in *Riv. dir. civ.*, 1982, 1, p. 415 ss.;
- Falzea A., *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939;
- Falzea A., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Vol. III, Milano, 2010;
- Falzea A., voce *Capacità*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 8 ss.;
- Falzea A., voce *Capacità*, in *Teoria generale del diritto*, Milano 1985, p. 143 ss.
- Falzea A., voce *Fatto vitale*, in *Teoria Generale del diritto*, Milano 1985, p. 505 ss.;
- Fantetti F.R., *Illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, 8-9, p. 684 ss.;
- Fattori G., *Il rovesciamento giurisprudenziale delle norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Interpretazione evolutiva e dilemma contro-maggioritario*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, fasc. I, 2015, p. 143-167;
- Ferlin A.-C. Krausz, *La diagnosi genetica preimpianto: stato dell'arte*, in *L'Endocrinologo*, 2015, 16, p. 167-172;
- Ferrando G., *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*, in *NGCC*, 2014, p. 393 ss.;
- Ferrando G., *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico*, in Aa.Vv., *Studi in onore di P. Rescigno*, Milano, 1998, p. 199 ss.;

- Ferrando G., *Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte costituzionale*, in *NGCC*, 2009, 2, p. 761;
- Ferrando G., *Il "caso Cremona": autonomia e responsabilità nella procreazione*, in *Giur. it.* 1994, 1, p. 995 ss.;
- Ferrando G., *Il diritto alla salute della donna e tutela degli embrioni: la Consulta fissa nuovi equilibri*, in *Corr. giur.*, 2009, 9, p. 383 ss.;
- Ferrando G., *La fecondazione assistita nel dialogo tra le Corti*, in *NGCC*, 2016, 1, p. 165-170;
- Ferrando G., *La fecondazione assistita. Regole e principi*, in Aa.Vv., *La procreazione assistita, dieci anni dopo*, Ariccia, 2015, p. 134 ss.;
- Ferrando G., *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione «eterologa»*, in *Corr. Giur.*, 2014, p. 1068 ss.;
- Ferretti P., *In rerum natura esse in rebus humanis nondum esse. L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*, Milano, 2008, p. 155-159;
- Fiandaca G.-E. Musco, *Diritto penale. I delitti contro il patrimonio*, vol. II, VI ed., Torino, 2014;
- Figone A., *Fecondazione eterologa per errore: ancora sullo scambio degli embrioni*, in *NGCC*, 2020, p. 58 ss.;
- Figone A., *Fecondazione omologa post mortem: nell'atto di nascita la paternità in capo al padre defunto* in *Ilfamiliarista*, 20 novembre 2019;
- Figone A., *Illegittimo il divieto di indagini preimpianto sull'embrione*, in *Fam. Dir.*, 2008, 5, p. 506 ss.;
- Fiorentino F., *La diagnosi genetica preimpianto: problemi pratici e questioni applicative in campo medico*, in Aa.Vv., *Tecnologie riproduttive e tutela della persona. Verso un comune diritto europeo per la bioetica*, G. Baldini-M. Soldano (a cura di), Firenze, 2007, p. 115 ss.;
- Flamigni C., *Il secondo libro della sterilità. La fecondazione assistita*, Torino, 2008;
- Flamigni C., *Le tappe dell'evoluzione biologica*, in Aa.Vv., *Il governo del corpo. Trattato di Biodiritto*, P.Zatti-S. Rodotà (a cura di), p. 1292 ss.;
- Flamigni C., *Le tappe dell'evoluzione biologica*, in Aa.Vv., *Il governo del corpo. Trattato di Biodiritto*, P. Zatti-S Rodotà (a cura di), Milano, 2011, p. 1290 ss.;
- Flamigni C.-M. Mori, *La fecondazione assistita dopo 10 anni di legge 40. Meglio ricominciare da capo!*, Torino, 2014;

- Foglia M., voce *Diritto a non nascere (se non sano)*, in *Dig. disc. priv.*, 2018;
- Forabosco A., *Le diagnosi prenatali e preimpianto*, Aa.Vv., *Il governo del corpo*, S. Canestrari (a cura di), Milano, 2011, p. 1468 ss.;
- Ford M., *Evans v. United Kingdom: what implications for the jurisprudence of pregnancy?*, in *Human Rights Law Review*, 2008, 1, p. 171-184;
- Ford N., *When Did I begin?*, Cambridge, 1988, p. 117 ss.;
- Fox M.-T. Murphy, *Can Law Facilitate Embryonic Hopes?*, in *Social and Legal Studies*, 2010, 19, p. 497-498;
- Francario L., *I beni in generale*, in N. Lipari-P. Rescigno, *La proprietà e il possesso*, Milano, 2009, p. 4 ss.;
- Franklin F., *Response to Marie Fox and Therese Murphy*, in *Social Legal Studies*, 2010, 19, p. 508 ss.;
- Frattari C., *I diritti sul corpo tra prerogative individuali e interessi pubblici. Il caso dell'innesto Voronoff*, in *NGCC*, 2020, p. 101 ss.;
- Galgano F., *Danno da procreazione e danno al feto, ovvero quando la montagna partorisce un topolino*, in *Contr. Impr.*, 2009, 3, p. 537 ss.;
- Galgano F., *Diritto privato*, XIII ed., Padova, 2006;
- Galgano F., *Trattato di diritto civile*, Padova, 2009;
- Gallo F.-C. Lalli, *Il legislatore cieco. I paradossi della legge 40 sulla fecondazione assistita*, Lavis, 2012.
- Galton F., *Inquiries into Human Faculty and Its Development*, Londra, 1869;
- Gambaro A., *I beni*, in P. Schlesinger, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2012, p. 7 ss.;
- Gandolfi G., *Profili civilistici della fecondazione "artificiale"*, in *Scritti di diritto privato*, Milano, 1994, p. 155 ss.;
- Gangi C., *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Milano, 1964, p. 267 ss.;
- Garofoli R., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XV ed., Molfetta-Roma, 2018;
- Gatto A., *Surrogazione di maternità e diritto del minore al rispetto della propria vita privata e familiare*, in *Dir. fam. pers.*, 2015, 3, 1091;
- Gazzoni F., *Manuale di diritto privato*, ed. XVIII, Napoli, 2017, p. 429;

- Gazzoni F., *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, 1, p. 168 ss.;
- Gentilomo A.-A. Piga-S. Nigrotti, *La procreazione medicalmente assistita nell'Europa dei quindici. Uno studio comparatistico*, Milano, 2005;
- Ghionni C., *Le parti separate dal corpo umano tra proprietà e diritto alla salute*, in *Dir. Giur.*, 2008, p. 300 ss.;
- Giacomini M., *Il sì alla diagnosi preimpianto: un punto di arrivo o un punto di partenza?*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 28 giugno 2015, p. 3 ss.;
- Giardina F., *La condizione giuridica del minore*, Napoli, 1984;
- Gill J.-S. Lee, *Parrillo v Italy: Is there life in the European Court of Human Rights?* in *Oxford Journal of Law and religion*, 2015, p. 1 ss.;
- Giunchedi D., *L'impianto intrauterino degli embrioni dopo il decesso del marito* in *Gius. Civ.*, 10 dicembre 2019;
- Gonzalez M.M.-F.R. Fernandez, *El diagnóstico genético preimplantacional: aspectos jurídicos en el derecho español*, in *Revista de Derecho Privado*, 2018, 34, p. 107;
- Goold I.-M. Quigley, *Human Biomaterials: The Case for a Property Approach*, in Aa.Vv., *Persons, Parts and Property: How Should we Regulate Human Tissue in the 21st Century*, Oxford-Portland, 2014, 235 ss.;
- Gorgoni M., *La distruzione accidentale di embrioni da annidare: ciò che la sentenza non dice*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 4, p. 1242 ss.;
- Gorgoni M., *Le Sezioni Unite definiscono la disciplina del danno da "nascita indesiderata"*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 1, p. 152 ss.;
- Gorgoni M., *Nascituro e responsabilità sanitaria*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 10, p. 2063 ss.;
- Graeme L.-H. Shawn-D. Edward, *Law and Medical Ethics*, Edimburgo, 2019;
- Grasso G., sub art. 240, in *Commentario sistematico al codice penale*, vol. III, II ed., a cura di M. Romano-G. Grasso-T. Padovani, Milano, 1994;
- Griessler E.-M. Hager, *Changing direction: the struggle of regulating assisted reproductive technology in Austria*, in *Reprod. Biomed. Soc. Online*, 22 febbraio 2017, p. 68-76;
- Grillo P., *Mille euro per donare i gameti: tutti assolti ma il processo è da rifare* in *D&G*, 20 agosto 2019;
- Grosso G., *Le cose*, Torino, 1941, p. 7;

- Grosso G.-A. Burdese, *Le successioni. Parte generale*, Torino, 1977, p. 106-179;
- Grubb A., *Abortion law in England: the medicalization of a crime*, in *Journal of Law and Medical Ethics*, p. 146-147;
- Gruenberg, *Quintavalle in the House of Lords: A case note*, in *Judicial Review*, 2003, p. 178 ss.;
- Guazzarotti A., *Fecondazione eterologa, aborto e diagnosi preimpianto. La Corte Edu abbandona il "consenso europeo" nelle materie eticamente sensibili?*, in Aa.Vv., *La fecondazione vietata. Sul divieto legislativo di fecondazione eterologa*, A. Cossiri-G. Di Cosimo (a cura di), Roma, 2013, p. 57-85;
- Gupta U.C., *Informed consent in clinical research: Revisiting few concepts and areas*, in *Perspect Clin Res.*, 2013, 4, p. 26-32;
- Häberle P., voce *Stato costituzionale*, in *Enc. Giur.*, Roma, 2000, p. 6;
- Hadolt B., *Reproduktionstechnologiepolitik in Österreich: Die Genese des Fortpflanzungsmedizingesetzes 1992 und die Rolle von ExpertInnen*, in *IHS Sociological Series Working Paper*, 2005, 74, p. 62 ss.;
- Hammond-Browning N., *Ethics, Embryos and Evidence: A Look Back at Warnock*, in *Medical Law Review*, 2015, 23, p. 588 ss.;
- Harmon S., *Yearworth v North Bristol NHS Trust: A Property/Medical Case of Uncertain Significance?*, in *Medicine, Health Care & Philosophy*, 2010, 13, p. 343-350;
- Hassemer W., *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi*, 2005, 10, p. 125-140;
- Hennette-Vauchez S., *Words Count: How interest in Stem Cell Has Made the Embryo Available – A look at the French Law of Bioethics*, in *Medical Law Review*, 2008, 17, 1, p. 60 ss.;
- Honoré A.M., *Ownership*, in *The Nature and Process of Law. An introduction to legal philosophy*, P. Smith (a cura di), New York-Oxford, 1993, p. 370 ss.;
- Huxley A., *Brave new world*, Londra, 1932;
- Hyde A., *Bodies of Law*, Princeton N.J., 1997;
- Iadicicco M.P., *La lunga marcia verso l'effettività e l'equità nell'accesso alla fecondazione eterologa e all'interruzione volontaria di gravidanza*, in *Osservatorio AIC*, 2018, 1, p. 1-60;
- Iannone R.F., *La lesione del diritto ad una procreazione cosciente e responsabile*, *Officina del diritto*, 2016, p. 29 ss.;

- Iannone R.F., *Omessa o tardiva diagnosi prenatale: profili risarcitori*, in *Off. dir.*, 2016, 5;
- Inzitari B., *Obbligatorietà e persuasività del precedente giudiziario*, in *Contr. imp.*, 1988, p. 526 ss.;
- Ioratti Ferrari E., *Tutela della vita prenatale nel contesto della gravidanza*, in Aa.Vv., *Il governo del corpo. Trattato di Biodiritto*, P. Zatti-S. Rodotà, Milano, 2011, p. 1619 ss.;
- Iorio G., *Corso di diritto privato*, III ed., Torino, 2018;
- Ivone V., *Vulnerabilità del corpo e diritto al consenso*, Napoli, 2013;
- Jackson E., *Medical Law: text, cases, and materials*, IV ed., Oxford, 2016;
- Jackson E., *Regulating reproduction. Law, Technology and autonomy*, 2001, Portland;
- Jackson E., *The Human Fertilisation and Embryology Bill*, in *Expert Review of Obstetrics and Gynaecology*, 2008, 3, p. 429 ss.;
- Jinek M., K. Chylinski, I. Fonfara, M. Hauer, J.A. Doudna, E. Charpentier, *A programmable dual-RNA-guided DNA endonuclease in adaptive bacterial immunity*, in *Science*, 17 agosto 2012, vol. 337, 6096, p. 816-821;
- Johnston D., *The renewal the old*, in *Cambridge Law Journal*, 1997, p. 80 ss.; N. Whity, *Rights of personality, property rights, and the human body in Scots law*, in *Edinburgh Law Review*, 2005, p. 227;
- Johnston D., *The renewal the old*, in *Cambridge Law Journal*, 1997, p. 80 ss.;
- Karp G.-N. J. Berrill, *Embriologia generale e differenziamento*, Padova, 1986, p. 305 ss.;
- Keller R.-H.L. Günther-P. Kaiser, *Embryonenschutzgesetz. Juristischer Kommentar mit medizinisch*, in *Naturwissenschaftlichen Grundlagen*, 2014;
- Kelsen H., *La dottrina pura del diritto*, trad. it., a cura di M.G. Losano, Torino, 1966, p. 198 ss.;
- Kennedy I., *Treat me right: Essays in Medical Law and Ethics. Commentary*, in *Medical Law Review*, 1991, 6, p. 99-131;
- Klotzko A.J., *The debate about Dolly*, in *Bioethics*, vol. XI, 5, 1997, p. 437 ss.;
- La Torre A., *Ego e alter nell'interruzione della gravidanza*, in *Giust. civ.*, 2010, 1, p. 3 ss.;
- Lamarque E., *Referendum sulla procreazione assistita: l'inammissibilità del quesito totale*, in *Quad. cost.*, 2005, 2, p. 382 ss.;

- Laurie G., *Patenting Stem Cells of Human Origin*, in *European Intellectual Property Review*, 26, 2, p. 59 ss.;
- Laurie G.-E. Postan, *Rhetoric or reality: what is the legal status of the consent form in healthrelated research?*, in *Medical Law Review*, 2013, p. 371 ss.;
- Laurie G.T.-S.H.E. Harmon-G. Porter, *Law & Medical ethics*, X ed., Oxford, 2016;
- Lenti L., *La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità*, Padova, 1993;
- Lisella G.-F. Parente, *Persona fisica*, in P. Perlingieri, *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, Napoli-Roma, 2012, p. 101;
- Loddo L., *I Greci e l'aborto fra politica e prassi medica. Per una rilettura di Platone, Aristotele, Ippocrate*, in *Erga-Logoi*, 2013, 2, I, p. 106;
- Lodevole L., *Embrioni abbandonati*, Ariccia, 2016;
- Long J., *La Corte europea dei diritti dell'uomo censura l'Italia per la difesa a oltranza dell'anonimato del parto: una condanna annunciata*, in *NGCC*, 2013, 1, p. 113 ss.;
- Lorenzato V., *Nedescu v. Romania: il sequestro di embrioni, nel corso di procedimenti penali, contrasta con il diritto alla vita privata*, in *Biodiritto*, 16 aprile 2018;
- Lugarà R., *Fecondazione eterologa: dal riconoscimento del diritto alla sua (in)effettività*, in *Osservatorio AIC*, 6 marzo 2015, p. 4 ss.;
- Lugarà R., *L'abbandono dei LEA alle regioni: il caso della procreazione medicalmente assistita*, in *Osservatorio AIC*, 16 marzo 2015.
- Maffei D., *Prometeo incatenato: la redazione non informata, o informata per modo di dire, e l'attenuata vincolatività delle DAT*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 5, p. 1436 ss.;
- Malfatti E., *Ancora una questione di costituzionalità sul divieto di fecondazione eterologa, tra incertezze generate dalla corte costituzionale (ord. n. 150/2012) ed esigenze del "seguito" alle pronunce di Strasburgo*, in *DPC*, 29 aprile 2013;
- Malfatti E., *La Corte di pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non "scontata" né (del tutto) condivisibile*, in *Consulta online*, 2015, 2, p. 536 ss.;
- Manetti M., *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giur. cost.*, 2009, 3, p. 1688 ss.;
- Mantovani F., *Danneggiamento o deterioramento di cose altrui*, in *Umanità e razionalità del diritto penale*, 2008, Padova, p. 641 ss.;

- Mantovani F., *Diritti del concepito e diritto penale*, in *Umanità e razionalità del diritto penale*, Padova, 2008, p. 1464 ss.;
- Mantovani F., *Diritto penale*, Padova, 1988;
- Mantovani F., *Diritto penale. Parte speciale*, Padova, 2005;
- Mantovani F., *Donazioni e trapianti: prospettiva penalistica*, in Aa.Vv., *Il governo del corpo. Trattato di Biodiritto*, P. Zatti-S. Rodotà (a cura di), Milano, 2011, p. 1135 ss.
- Mantovani F., *Donazioni e trapianti: prospettiva penalistica*, in Aa. Vv., *Il governo del corpo. Trattato di Biodiritto*, P. Zatti-S. Rodotà (a cura di), Milano, 2011, p. 1135 ss.;
- Mantovani F., *Furto*, in *Umanità e razionalità del diritto penale*, Padova, 2008, p. 695-698;
- Mantovani F., *La fecondazione assistita tra il «diritto alla prole» e il «diritto ai due genitori»*, in *Ind. Pen.*, 1990, p. 417 ss.;
- Mantovani F., *La legislazione penale sulle nuove frontiere della schiavitù*, in *Umanità e razionalità del diritto penale*, Padova, 2008, p. 769 ss.
- Mantovani F., *Patrimonio (Delitti contro il)*, in *Enc. giur.*, XXXI, Milano, 1990;
- Mantovani F., *Patrimonio (Delitti contro il)*, in *Enc. giur.*, XXXI, Milano, 1990;
- Mantovani F., *Persona (Delitti contro la)*, in *Umanità e razionalità del diritto penale*, Padova, 2008, p. 785 ss.;
- Mantovani F., *Rapina*, in *Enc. giur.*, XXV, 1991;
- Mantovani F., *The use of gametes, embryos and fetuses*, in *Umanità e razionalità del diritto penale*, Padova, 2008, p. 1489 ss.;
- Mantovani F., *Trapianti*, in *Umanità e razionalità del diritto penale*, Padova, 2008, p. 1537 ss.;
- Mantovani F., *Umanità e razionalità del diritto penale*, Padova, 2008, p. 1 ss.;
- Mantovani F., voce *Furto*, in *Dig. disc. pen.*, 1991;
- Manzini V., *Trattato di diritto penale italiano*, V ed., Torino, 1981;
- Margaria A. – Zagrebelsky V., *Procreazione medicalmente assistita e genitorialità: le direttrici della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Minori giustizia*, 2017, 1, p. 140-145;
- Maroi F., *sub art. 5 c.c.*, in M. D'Amelio, *Commentario del codice civile*, Firenze, 1940, p. 97 ss.;

- Maroi F., voce *Cosa*, in *Dig. disc. civ.*, IV , Torino, 1938, p. 357 ss.;
- Marzano M., *La guerra dei giudici*, in *La Repubblica*, 28 agosto 2014.
- Mason J.K., *Clones and Cell Nuclear Replacements: A Quintavalle Saga*, in *Edinburgh Law Review*, 2003, 3, VII, p. 379-387;
- Mason J.K., *Human Life and Medical Practice*, in *Edinburgh University Press*, 1988, p. 94 ss.;
- Mason J.K.-Laurie G., *Consent or Property? Dealing with the Body and Its Parts in the Shadow of Bristol and Alder Hey*, in *The Modern Law Review*, 2001, 5, p. 710-729;
- Masoni R., *In G.U. disposizioni del proprio corpo post mortem*, in *IlFamiliarista*, 11 marzo 2020.
- Mastropaolo F., *Ingegneria genetica*, in *Dig. Priv.*, 1993, Torino, 1993, p. 449 ss.;
- Mastropaolo F., voce *Ingegneria genetica*, in *Dig. Disc. Priv.*, IV agg., Torino, 2011, p. 430 ss.;
- Masumeci A., *La legge 40/2004 tra giudici ordinari e Corte costituzionale. Un dialogo difficile ma necessario*, in Aa.Vv., *La procreazione assistita, dieci anni dopo*, M. Azzalini (a cura di), Ariccia, 2013, p. 73-102.
- Mazzamuto D., *La decisione delle Sezioni Unite: i nuovi fronti della "genitorialità sociale"*, in *Dir. fam. pers.*, 2020, 2, p. 393 ss.;
- Mazzoni C.M., *La tutela reale dell'embrione*, in *NGCC*, 2003, p. 457 ss.;
- Mazzoni C.M.-M. Piccinni, *La persona fisica*, in *Trattato di diritto privato*, G. Iudica-P. Zatti (a cura di), Milano, 2016, p. 79 ss.;
- McMillan C., *The Human Embryo: a processual entity in legal stasis*, 2018, Edimburgo;
- Mendola A., *Il danno non patrimoniale da "perdita di attesa della persona"* in *Danno & Resp.*, 2014, 2, p. 422 ss.;
- Messineo A., *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948;
- Milani D., «Veluti si Deus daretur»: *la legge n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita dal dibattito parlamentare all'articolato*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2015, 1, p. 117-142;
- Molan M., *Cases and materials on criminal law*, IV ed., Abingdon-New York, 2007;
- Monahan P., *Human embryo research confronts ethical 'rule'*, in *Science*, 2016, p. 640 ss.;
- Morgan D.-E.Bernat, *Austrian law on procreative medicine*, in *Bull. Med. Ethics*, 1992, p. 83 ss.;

- Moscati E., *Trapianto di organi*, in *Dizionari di diritto privato*, N. Irti (a cura di), Milano, 1980, p. 812 ss.
- Mulkay M., *Frankenstein and the debate over embryo research*, in *Technology and Human Values*, 1996, 21, p. 157;
- Mulkay M., *The Embryo Research Debate. Science and the Politics of Reproduction*, in *Cambridge University Press*, 1997;
- Naddeo F., *Accesso alle tecniche*, in Aa.Vv., *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004*, n. 40, P. Stanzone-G. Sciancalepore (a cura di), Milano, 2004, p. 38-49;
- Natoli U., *La proprietà. Appunti delle lezioni*, Milano, 1965;
- Negro A., *Note sul danno da perdita di embrioni* in *NGCC*, 2013, 12, p. 1088 ss.;
- Nicolussi A., *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 1, p. 1 ss.;
- Niro R., *I tre casi che hanno dato luogo alle questioni di legittimità costituzionale*, in Aa.Vv., *La fecondazione vietata*, A. Cossiri-G. Di Cosimo (a cura di), Roma, 2013, p. 94-101;
- Oppo G., *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, 1, p. 499 ss.;
- Oppo G., *Note sull'istituzione di non concepiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, 1, p. 66 ss.;
- Oppo G., *Persona e famiglia. Scritti giuridici*, Padova, 1992;
- Oppo G., *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 1, p. 99 ss.;
- Orr R.D.-M. Siegler, *Is posthumous semen retrieval ethically permissible?*, in *Journal of Medical Ethics*, 28, 5, p. 299-302;
- Padovani T., *Leggi complementari penali*, Milano, 2007;
- Padovani T., *sub art. 19*, in *Commentario alla legge 22 maggio 1978 n. 194*, C.M. Bianca-F.D. Busnelli (a cura di), in *NGCC*, 1978, 6, p. 1709 ss.;
- Pagliaro A., *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, vol. II, Milano, 2009, p. 118 ss.;
- Palazzani L., *Introduzione alla biogiuridica*, Giappichelli, Torino, 2002;
- Palazzani L., *La dignità dell'embrione umano come problema*, in Aa.Vv., *La tutela giuridica della vita prenatale*, R. Rossano-S. Sibilla (a cura di), Torino, 2005, p. 117 ss.;

- Palazzani L., *La legge italiana sulla procreazione assistita: aspetti filosofico-giuridici*, in *Dir. fam. e pers.*, 1999, p. 757 ss.;
- Palazzo A., *Gratuità e attuazione degli interessi*, in Aa.Vv., *I contratti gratuiti*, A. Palazzo- S. Mazzaresse (a cura di), Torino, 2008, p. 17 ss.;
- Palmieri M., *Maternità surrogata: la prima pronuncia italiana*, in *Foro it.*, 1990, 1, c. 298 ss.;
- Papanti Pelletier P., *Il problema della qualificazione giuridica del concepito*, in Aa.Vv., *Procreazione assistita. Problemi e prospettive*, Fasano, 2005;
- Pardini C., *La libertà di ricerca scientifica e tutela dell'embrione*, in *NGCC*, 2016, 5, p. 790-798;
- Parente F., *La «biogiuridicità» della vita nascente tra «libertà» della ricerca biomedica e dinamismo» della tutela dei valori esistenziali dell'uomo*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 2, p. 444-471;
- Pascucci L., *L'errore nell'impianto di embrioni: l'eccezionalità del caso entro od oltre i paradigmi legali esistenti?*, in *Giur. it.*, 2016, 10, p. 2111 ss.;
- Patti S., *Diritto Privato*, II ed., Milano, 2019;
- Pelosi A.C., *La patria potestà*, Milano, 1965;
- Penasa S., *La Corte di giustizia e la ri-definizione normativa di "embrione umano" in Quad. cost.*, 2015, p. 213-216;
- Penasa S., *La Corte europea dei diritti dell'uomo di fronte al fattore scientifico: analisi della recente giurisprudenza in materia di procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza*, in *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2013, 1, p. 235-270;
- Penasa S., *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2015;
- Pera M.F., *Human embryo research and the 14-day rule*, in *The Company of Biologist*, 2017, p. 1923 ss.;
- Perlingieri P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, III ed., Napoli, 2006, p. 436 ss.;
- Perlingieri P., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972;
- Perlingieri P., *Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, 2007;

- Perrino S.P., *Fecondazioni postume e destinazione delle cellule riproduttive alla ricerca*, in *BioLaw Journal*, 2020, 2, p. 237 ss.;
- Perrino S.P., *Gli embrioni "corpo del reato" e gli aventi diritto alla restituzione* in *Dir. fam. pers.*, 2018, 4, p. 1382 ss.;
- Perrino S.P., *Il diritto all'autodeterminazione nella procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, 3, p. 823 ss.;
- Perrino S.P., *La donazione di cellule riproduttive e l'indennità per spese e inconvenienti*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 4, p. 1308 ss.;
- Perrino S.P., *Note a margine del D.P.R. 23 agosto 2019 n. 131: le nuove disposizioni in materia di donazioni di cellule riproduttive a cinque anni dalla Corte cost. n. 162/2014*, in *BioLaw Journal*, 2020, 1, p. 311 ss.;
- Perrino S.P., *Sulla configurabilità della rapina di ovuli*, in *Giur. pen.*, 21 gennaio 2021;
- Pessina A., *La disputa sull'adozione degli embrioni umani. Linee per una riflessione filosofica*, in *Medicina e Morale*, 2013, 6, p. 1099-1112;
- Pezzini B., *Inizio e interruzione della gravidanza*, in Aa.Vv., *Il governo del corpo. Trattato di Biodiritto*, P. Zatti-S. Rodotà (a cura di), Milano, 2011, p. 1680 ss.;
- Picchianti R., *Diritti umani, infertilità e procreazione assistita*, Siena, 2008.
- Piccinni M., *Il corpo artefatto: le "marchiature artistiche" tra integrità e autodeterminazione*, in Aa.Vv., *Il governo del corpo. Trattato di Biodiritto*, P. Zatti-S. Rodotà (a cura di), Milano, 2011, p. 601 ss.;
- Piciocchi C., *La procreazione medicalmente assistita tra biologia e volizione nella sentenza n. 84 del 2016 della Corte costituzionale*, in *Studium iuris*, 2016, 12, p. 1437-1445;
- Pinto de Albuquerque, *I diritti umani in una prospettiva europea. Opinioni concorrenti e dissenzienti (2011-2015)*, Torino, 2016;
- Poli L., *La diagnosi genetica preimpianto al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo* in *Riv. dir. intern.*, 2013, p. 119 ss.;
- Poli M., *Inghilterra, Galles e Scozia: documento consultivo relativo alla proposta di riforma della disciplina in materia di gestazione per altri*, in *BioDiritto*, 6 giugno 2019.
- Ponzanelli G., *Il caso Baby M. la "surrogate mother" e il diritto italiano* in *Foro it.*, 1988, 4, c. 97 ss.;
- Ponzanelli G., *La "forza" e la "purezza" degli status: disconoscimento di paternità e inseminazione eterologa*, in *Fam. dir.*, 1994, p. 186 ss.;

- Porracciolo A., *Cade il vincolo di tre embrioni per impianto e sulle modalità di applicazione decide il medico - Nella creazione di materiale genetico resta il limite dello "strettamente necessario"*, in *Guida al diritto*, 2009, 21, p. 36 ss.;
- Porter G.-M.K. Smith, *Preventing the selection of "deaf embryos" under the Human Fertilisation and Embryology Act 2008: problematizing disability?*, in *New Genetics and Society*, 2013, 32, p. 171-189;
- Privitera S., *Riflessioni sullo status morale e dico dell'embrione*, in *Riv. teologia morale*, 1998, p. 89 ss.;
- Proctor P., *Racial Hygiene*, Cambridge, 2000;
- Puccini C., *Istituzioni di medicina legale*, Milano, 2003;
- Pugliatti S., *Beni immobili e beni mobili*, Milano, 1967;
- Pugliatti S., *Gli istituti del diritto civile*, Milano, 1942;
- Pugliatti S., *Immobili e pertinenze nel progetto del secondo libro del codice civile*, in *Riv. dir. agr.*, 1939, 1, p. 33 ss.;
- Pugliatti S., voce *Beni*, in *Enc. Dir.*, V, Milano, 1959, p. 173 ss.;
- Pugliatti S., voce *Cosa*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, § 7 ss.;
- Pugliese G., *Istituzioni di diritto romano*, II ed., Torino, 1998, p. 209 ss.;
- Pulitanò D., *Diritto penale. Parte speciale. Vol. I. Tutela penale della persona*, III ed., Torino, 2019, p. 89 ss.;
- Quigley M., *Self-Ownership, Property Rights, and the Human Body. A legal and philosophical Analysis*, Cambridge, 2018;
- Raimondi G., *Ritorno alla città*, Milano, 1958;
- Rapisarda I., *Brevi note sullo statuto giuridico del materiale biologico umano*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 2, p. 625-664;
- Ratzinger J., *Il rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione*, Torino, 1987;
- Razzano G., *L'essere umano allo stato embrionale e i contrappesi alla sua tutela. In margine alla sentenza della Corte costituzionale n. 151/2009 e all'ordinanza del Tribunale di Bologna del 29 giugno 2009*, in *Giur. it.*, 2010, 2, p. 295 ss.;
- Rescigno P., *Una legge annunciata per la procreazione assistita*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 98;

- Resta G., *La disposizione del corpo. Regole di appartenenza e di circolazione*, in *Il governo del corpo. Trattato di Biodiritto*, P. Zatti-S. Rodotà (a cura di), Milano, 2011, p. 844 ss.;
- Resta G., *Contratto e persona*, in *Trattato del Contratto. Interferenze*, vol. VI, Milano, 2006, p. 1-59
- Resta G.-V. Zeno Zencovich, *Informazione, consenso e responsabilità nei trapianti da vivente: prospettive nazionali e comunitarie*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, p. 965-986;
- Risicato L., *La Corte costituzionale supera le esitazioni della CEDU: cade il divieto irragionevole di fecondazione eterologa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1487 ss.;
- Riva N., *Diritti e procreazione assistita: le ragioni della legge n. 40/2004*, in *Sociologia del Diritto*, 2010, 37, p. 39-64;
- Riva N., *Diritti e procreazione medicalmente assistita. Un esame della normativa italiana*, Roma, 2012;
- Rivera I., *La Corte costituzionale torna sulla sperimentazione sugli embrioni*, in *Giur. It.*, 2017, 2, p. 311-315;
- Rizzuti M., *Il problema di definire la vita nascente*, in Aa.Vv., *Le definizioni nel diritto. Atti delle giornate di studio 30-31 ottobre 2015*, F. Cortese-M. Tomasi (a cura di), 2016, p. 263 ss.;
- Rodotà S., *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007;
- Rodotà S., *Dal soggetto alla persona. Trasformazioni di una categoria giuridica*, in *Fil. pol.*, 2007, 3, p. 375;
- Rodotà S., *Il corpo giuridificato*, in Aa.Vv., *Il governo del corpo. Trattato di Biodiritto*, P. Zatti-S. Rodotà (a cura di), Milano, 2011, p. 51 ss.;
- Rodotà S., *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012;
- Rodotà S., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, I ed., Milano, 2006.
- Rodotà S., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, III ed., Milano, 2018;
- Rodotà S., *Problemi posti dalla tutela giuridica dell'embrione in una società pluralista*, in Aa.Vv., *Quale statuto per l'embrione umano? Problemi e prospettive*, M. Mori (a cura di), Convegno internazionale, Milano, 1992, p. 129 ss.;
- Romandini R., *La brevettabilità del materiale biologico ottenuto da partenoti*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1897-1906;

- Romano C., *Legge in materia di disposizioni anticipate di trattamento: l'ultrattività del volere e il ruolo del notaio*, in *Notariato*, 2018, p. 18 ss.;
- Rose H.-S. Rose, *Geni, cellule e cervelli. Speranze e delusioni della nuova biologia*, Torino, 2014;
- Rossetti M., *La nuova responsabilità sanitaria nella giurisprudenza di legittimità*, *Atti del Convegno di Roma*, 27 novembre 2019, p. 13;
- Rossi S., *Corpo umano (atti di disposizione sul)*, in *Dig. disc. priv.*, p. 250 ss.;
- Ruperto C., voce *Età*, in *Enc. dir.*, 1967, 15, p. 85 ss.;
- Ruscello F., *La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. dir.*, 2014, 6, p. 628-642;
- Salanito U., *A strange loop. La procreazione assistita nel canone della Corte costituzionale*, in *NGCC*, 2020, 1, p. 206 ss.;
- Salanito U., *Azioni di stato e favor minoris tra interessi pubblici e privati*, in *NGCC*, 2018, 1, p. 557 ss.;
- Salanito U., *Favor minoris, impugnazione del riconoscimento e maternità surrogata. per un'interpretazione costituzionalmente orientata*, in *Giust. civ.*, 8 febbraio 2018, p. 3 ss.;
- Salanito U., *I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete*, in *NGCC*, 2016, 10, p. 1360 ss.;
- Salanito U., *L'ordine pubblico dopo le Sezioni Unite: la Prima Sezione si smarca... e apre alla maternità surrogata*, in *Corr. giur.*, 2020, 7, p. 902 ss.;
- Salanito U., *Procreazione medicalmente assistita*, in *Comm. Cod. Civ.*, L. Balestra (a cura di), Torino, 2010, p. 150 ss.;
- Salanito U., *Procreazione medicalmente assistita*, in E. Gabrielli, *Commentario del codice civile. Della Famiglia*, Torino, 2010, p. 505 ss.;
- Santise M., *Personalità, soggettività e capacità giuridica: la posizione del concepito*, in *Id.*, *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, IV ed., Milano, 2018, p. 29 ss.;
- Santoro Passarelli F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1982;
- Santoro-Passarelli F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997;
- Santosuosso F., *La fecondazione artificiale nella donna*, in *Acta geneticae medicae et gemellologiae: twin research*, Milano, 1961, p. 506 ss.;

- Santosuosso F., *La fecondazione artificiale umana*, Milano, 1984;
- Santosuosso F., *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004;
- Scalera A., *La nozione di "embrione umano" all'esame della Corte UE*, in *Fam. dir.*, 2012, 3, p. 221 ss.;
- Scalera A., *La proposta di legge sulle dichiarazioni anticipate di trattamento*, in *Fam. dir.*, 2010, p. 627 ss.;
- Scalera A., *Sulla legittimità dell'impianto post mortem di embrioni crioconservati* in *Fam. dir.*, 2015, 5, p. 488 ss.;
- Scalisi V., *L'ermeneutica della dignità*, Milano, 2018.
- Scarcella, *Punibile il "commercio di gameti" in violazione del principio di "gratuità" della donazione*, in *Quotidiano Giuridico*, 11 settembre 2019;
- Scia F., *Indagini genetiche preimpianto e procreazione medicalmente assistita*, in *Il Foro Napoletano, Quaderni*, 2, Napoli, 2012;
- Sciancalepore G., *Norme in materia di procreazione assistita: principi generali*, in Aa.Vv., *Procreazione assistita, commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, P. Stanzione-G. Sciancalepore (a cura di), Milano, 2004, p. 16 ss.;
- Scozzafava O.T., *I beni*, in P. Perlingieri, *Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, 2007, p. 1 ss.;
- Sdanga C., *Dei beni in generale*, in P. Schlesinger-F.D. Busnelli, *Commentario Codice Civile*, 2015, p. 43 ss.;
- Seneviratne M., *Pre-natal injury and transferred malice: the invented other*, in *MLR*, 1996, p. 884 ss.;
- Senigaglia R., *Vita prenatale e autodeterminazione: alla ricerca di un ragionevole bilanciamento tra interessi contrapposti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1554 ss.;
- Serra A., *Embrione umano, scienza e medicina*, in *Civiltà cattolica*, 1987, 2, p. 250 ss.;
- Serra A., *Pari dignità all'embrione umano nell'Enciclica Evangelium*, in *Medicina e morale*, 1995, 4, p. 809 ss.;
- Sesta M., *Norme imperative, ordine pubblico e buon costume: sono leciti gli accordi di surrogazione?*, *ivi*, 2000, 2, p. 293 ss.;
- Sesta M., *Studi in onore di Antonino Cataudella*, III, Napoli, 2013;

- Sganga C., *Dei beni in generale*, in P. Schlesinger-F.D. Busnelli, *Commentario Codice civile*, Milano, 2015, p. 4 ss.;
- Sgaramella V., *Non più cose, non ancora persone. Gli embrioni tra brevetti e funerali*, Il Mulino, 2012, 2, p. 280-288;
- Shahbazi M.N., *In vitro model of human implantation*, in *Nat. Cell Biol.*, 2016, 18, p. 700–708;
- Shenfield F.-G. Pennings-C. Sureau-J. Cohen-P. Devroey-B. Tarlatzis, *Gamete and embryo donation*, in *Human Reproduction*, 2002, 17, 5, p. 1408 ss.;
- Siegel J.-Itzkovich, *Tel Aviv hospital destroys frozen embryos by mistake*, in *BMJ*, 2003, 4, p. 326 ss.;
- Simeoli D., *Il rifiuto di cure: la volontà presunta o ipotetica del soggetto incapace.*, Giust. civ., 2008, 7-8, p. 1727 ss.;
- Simoncini A., *Alcune note sulla fecondazione medicalmente assistita, principio di precauzione e incostituzionalità degli effetti referendari*, in Aa.Vv., *La procreazione assistita: problemi e prospettive*, Brindisi, 2005, p. 407 ss.;
- Smith A., *Stealing the Body and its Parts*, in *Criminal Law Review*, 1976, p. 622 ss.;
- Smith F., *Some recent cases on informed consent*, in *The Adelaide Law Review*, p. 419 ss.;
- Soldano M., *Genitori oggi con la procreazione assistita. Italia ed Europa a confronto: tra politica, diritti, scienza e coscienza*, Milano, 1999, p. 10 ss.;
- Soldano M., *La riproduzione medicalmente assistita: normative italiane ed europee a confronto*, Milano, 1999;
- Spadaro A., *La sentenza Brüstle sugli embrioni: molti pregi e...altrettanti difetti (in dialogo con Lorenza Violini)*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, 2, p. 438-441;
- Stanzione P., *La disciplina giuridica dei trapianti. Legge 1^a aprile 1999 n. 91*, Milano, 2000;
- Stanzione P., *sub art. 1 c.c.*, in *Commentario al Codice Civile Cendon*, 2009, p. 468 ss.;
- Starck C., *Verfassungsrechtliche Grenzen der Biowissenschaft und Fortpflanzungsmedizin*, in *Juristenzeitung*, 2002, p. 1065 ss.;
- Stolfi G., *I nascituri non concepiti*, in *Ann. Univ. Macerata*, 1930, VI, p. 109 ss.;
- Sutton A., *Ten years after the Warnock Report: is the human neo-conceptus a person?*, in *Medicina e Morale*, 1994, 3, p. 475-490;
- Talamanca M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990;

- Tarquini G., *Procreazione medicalmente assistita*, in *Ginecologia e ostetricia forense*, 2004, 2, p. 35 ss.;
- Tedesco M., *La procreazione medicalmente assistita*, in Aa.Vv., *Fecondazione eterologa*, Milano, 2015, p. 12-21;
- Tega D., *Referendum sulla procreazione assistita: del giudizio di ammissibilità per valori*, in *Quad. cost.*, 2005, 2, p. 385 ss.
- Tettamanzi D., *Bambini fabbricati. Fertilizzazione in vitro, embryo transfer*, Casale Monferrato, 1985, p. 80 ss.;
- Thorne S., *Bracton on the Laws and Customs of England*, vol. II, Belknap, 1968;
- Tiganò V., *De dignitate non disputandum est? La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla PMA*, in *DPC*, 8 maggio 2016;
- Tigano V., *Divieto di sperimentazione sugli embrioni umani e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. pen. cont.*, 30 settembre 2015;
- Tiganò V., *Il divieto della fecondazione eterologa di nuovo al vaglio della Consulta: l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Catania*, in *DPC*, 15 maggio 2013;
- Tighe M., *A pandora's Box of Social and Moral Problems*, in H. Kuhse-P. Singer, *Bioethics: An Anthology*, Oxford, 1999, p. 91;
- Tincani P., *La legge 40 e la civiltà giuridica*, in Aa.Vv., *La procreazione assistita dieci anni dopo*, M. Azzalini (a cura), Roma, 2015, p. 51 ss.;
- Tincani P., *La legge 40 e la civiltà giuridica*, in Aa.Vv., *La procreazione assistita, dieci anni dopo. Evoluzioni e nuove sfide*, M. Azzalini (a cura di), Roma, 2015, p. 38 ss.;
- Tonolo S., *Il diritto alla genitorialità nella sentenza della Corte costituzionale che cancella il divieto di fecondazione eterologa: profili irrisolti e possibili soluzioni*, in *Riv. dir. intern.* 2014, p. 1123 ss.;
- Toscano G., *L'embrione tra ontologia e diritto*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, 2, p. 653 ss.;
- Trabucchi P., *Inseminazione artificiale (diritto civile)*, in *NDI*, VIII, 1962, p. 732 ss.;
- Trapani M., voce *Confisca*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1988, p. 4 ss.;
- Trimarchi M., *L'ermeneutica della dignità, Atti del convegno in ricordo di Vincenzo Scalisi*, Messina, 15 giugno 2019 in *Riv. dir. civ.*, 2020, 2, p. 482 ss.;

- Tripodina C., *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *BioDiritto*, 2014, 2, p. 67 ss.;
- Tripodina C., *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la Costituzione che non vale più la pena di difendere?*, in *Giur. cost.*, 2009, 3, p. 1696 ss.;
- Trucco L., *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta decide, (almeno in parte) di decidere*, in *Giur. it.*, 2010, 2, p. 281 ss.;
- Ugolino F., *La Corte di Strasburgo ha respinto il ricorso del governo italiano sulla richiesta di riesame della sentenza con cui la stessa corte ha rigettato la legge sulla procreazione assistita*, in *Civitas Europa*, I, 2013, pp. 237-238;
- Vallini A., *Il curioso (e doloroso) caso delle coppie fertili portatrici di malattie ereditarie, che potevano ricorrere all'aborto, ma non alla diagnosi e selezione preimpianto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 3, p. 1457 ss.;
- Vallini A., *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino, 2012;
- Vallini A., *La rilevanza penale di una sottrazione violenta di ovociti da donna non consenziente*, in *Dir. pen. cont.*, 2017;
- Vallini A., *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 825 ss.;
- Vallini A., voce *Procreazione medicalmente assistita*, in *Enc. dir.*, 2016, p. 696-724;
- Vercellone P., voce *Trapianti di tessuti e organi*, in *Dig. disc. priv.*, Agg. II, Torino, 2003, p. 1267 ss.;
- Verda Beamonte J., *La protección jurídica del concebido en el derecho español*, in *Revista Boliviana de Derecho*, 2016, 22, p. 20;
- Veronesi P., *Giurisprudenza costituzionale*, in *Studium Iuris*, 2009, 7-8, p. 905 ss.;
- Veronesi P., *Uno statuto costituzionale del corpo*, in *Aa.Vv., Il governo del corpo. Trattato di Biodiritto*, P. Zatti-S. Rodotà (a cura di), Milano, 2011, p. 165;
- Verri A., *Anche il Tribunale di Firenze, dopo quelli di Milano e Catania, rimette alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale della fecondazione eterologa* in *DPC*, 15 maggio 2013;
- Verri A., *Il Tribunale di Milano rimette nuovamente alla Corte costituzionale la questione concernente la legittimità costituzionale della fecondazione eterologa*, in *DPC*, 15 aprile 2013;

- Vietri V., *Scambio di embrioni: la genitorialità nell'epoca della PMA* in NGCC, 2020, p. 46 ss.;
- Viganò F., *La sentenza della Consulta sul divieto di accesso alla fecondazione assistita per coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili (e una chiosa finale sulla questione della diretta applicazione della CEDU)*, in DPC, 8 giugno 2015;
- Villani R., *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*, 2014, 11, p. 1243-1257;
- Villani R., *La procreazione assistita*, Torino, 2004;
- Villani R., *Procreazione assistita e Corte Costituzionale: presupposti e conseguenze (dirette ed indirette) del recente intervento della Consulta sulla disciplina della L. n. 40/2004*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2009, 3-4, p. 475 ss.;
- Violini L., *Bioetica e laicità, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, Napoli, 26-27 ottobre 2007, in associazioneideicostituzionalisti.it, p. 25 ss.;
- Violini L., *Regioni ed eterologa: i livelli essenziali di assistenza, il coordinamento politico interregionale e le scelte regionali in materia*, in *Istituzioni del federalismo*, 2015, p. 36 ss.;
- Violini L.-A. Osti, *Gli argomenti contro l'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa. Il problema del bilanciamento con i diritti familiari del concepito e con il valore della dignità umana*, in Aa.Vv., *La fecondazione vietata*, A. Cossiri-G. Di Cosimo (a cura di), Roma, 2013, p. 105-124;
- Vipiana P., *Orientamenti giurisprudenziali in tema di procreazione medicalmente assistita, prima e dopo la legge n. 40/2004* in *Fam. dir.*, 2007, 1, p. 87 ss.;
- Vitali P.-A.L. Tranquilli, *Complicanze mediche legate a gestazioni multiple*, in *Riv. It. Ost. Gin.*, 2009, 21, p. 27-33;
- Warnock M., *A question of life: The Warnock report on human fertilisation and embryology*, Oxford, 1985, p. 64 ss.;
- Warnock M., *Should the 14-Day Limit on Human Embryo Research Be Extended?*, in *Bionews*, 2017, 9, p. 883 ss.;
- Warnock M., *The Warnock Report and the 14-day Rule*, in *Progress Educational Trust's Rethinking the Ethics of Embryo Research: Genome editing, 13 days and beyond*, Londra, 7 Dicembre 2016;

- Whity N., *Rights of personality, property rights, and the human body in Scots law*, in *Edinburgh Law Review*, 2005, p. 227 ss.;
- Williams P.L.-C. P. Wendel-Smith, *Embriologia*, Milano, 1981, p. 145 ss.;
- Winter G., *The future of artificial wombs*, in *British Journal of Midwifery*, 2017, 25, p. 416 ss.;
- Wolpert L., *Gastrulation and the evolution of development*, in W.D.Stein-F.J.Varela, *Thinking about Biology*, New York, 1993;
- Zagrebelsky V., "Parrillo c. Italia". *Il destino degli embrioni congelati tra Convenzione europea dei diritti umani e Costituzione*, in *Dir. um. Dir. int.*, 2015, 3, p. 609 ss.;
- Zanchetti M., *Dovere di soccorso nel parto prematuro e nella interruzione di gravidanza*, in Aa. Vv., *Il governo del corpo. Trattato di Biodiritto*, P. Zatti-S. Rodotà (a cura di), Milano, 2011, p. 1754 ss.;
- Zappatore F., *Fecondazione omologa c.d. post mortem: regole e principi di determinazione dello status filiationis in una recente pronuncia di legittimità*, in *Dir. Pers. Fam.*, 2019, 3, p. 1117 ss.;
- Zatti P., *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza*, in *NGCC*, 2007, 1, p. 10 ss.;
- Zatti P., *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza. Dalla sovranità alla proprietà*, in Aa.Vv., *Per uno statuto del corpo*, C.M. Mazzoni (a cura di), Milano, 2008, p. 71 ss.;
- Zatti P., *Il diritto «materialista» e la continuità della vita prenatale*, in *Testimonianze, I diritti dell'embrione*, 2000, 412, p. 43 ss.;
- Zatti P., *La sperimentazione sull'embrione: una prospettiva giuridica*, in *Bioetica. Riv. interdisc.*, 1993, p. 63 ss.;
- Zatti P., *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, 2009;
- Zatti P., *Maternità e surrogazione*, in *NGCC*, 2000, 2, p. 193 ss.;
- Zatti P., *Principi e forme del "governo del corpo"*, in Aa.Vv., *Il governo del corpo. Trattato di Biodiritto*, P. Zatti-S. Rodotà (a cura di), Milano, 2011, p. 99 ss.;
- Zatti P., *Quale statuto per l'embrione?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, p. 458 ss.;
- Zatti P., *Questioni della vita nascente*, in Aa.Vv., *Il governo del corpo. Trattato di Biodiritto*, P. Zatti-S. Rodotà (a cura di), Milano, 2011, p. 1307 ss.;
- Zatti P., *Trattato di diritto di famiglia. Famiglia e matrimonio*, II ed., Milano, 2011;

Zatti P., *Verso un diritto per la bioetica*, in Aa.Vv., *Una norma giuridica per la bioetica*, Mazzoni (a cura di), Bologna, 1998, p. 63 ss.;

Zeno Zencovich V., voce *Cosa*, in *Dig. disc. priv.*, IV, Milano, 1952, p. 145 ss.

Zeno-Zencovich V., *Sub art. 8*, in *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, S. Bartole-B. Conforti-G. Raimondi (a cura di), Padova, 2001, p. 307 ss.;