

## Fecondazioni postume e destinazione delle cellule riproduttive alla ricerca

Stefania Pia Perrino\*

POST MORTEM FERTILISATION AND RESEARCH ON REPRODUCTIVE CELLS

ABSTRACT: The Author analyses the *post mortem* fertilisation treatments, which are forbidden by the l. no. 40/2004. Since the legal framework was provided in 2004, the jurisprudence has started an erosive interpretation of the law. However, the jurisprudence focuses only on one of the *post mortem* treatments. For such reasons, the Author analyses the new law on *post mortem* donation for research, l. no. 10/2020, in order to verify the compatibility of the new rules on reproductive cells and spare embryos.

KEYWORDS: *Post mortem* fertilization; spare embryos; reproductive cells; embryo-donation; research on embryos

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La disciplina della fecondazione *post mortem* – 3. Gli embrioni e le cellule sovranumerari abbandonati – 4. La donazione di tessuti e cellule *post mortem* – 5. Sull'applicazione della l. n. 10/2020 alle cellule riproduttive e agli embrioni abbandonati

### 1. Premessa

**S**edici anni fa, il legislatore italiano ha approvato la legge recante le norme in materia di fecondazione assistita, l. 19 febbraio 2004, n. 40, e, sebbene sottoposta sin dalla sua entrata in vigore a numerose censure, il legislatore non è mai intervenuto al fine di adeguare il dettato normativo ai moniti della Consulta nonché alle innumerevoli “sopravvenienze” scientifiche e sociali. Diversamente, sono stati adottati diversi regolamenti attuativi, ossia le note linee guida, recanti la menzione delle declaratorie di incostituzionalità e delle nuove tecniche ammesse, quali la fecondazione eterologa, le indagini genetiche preimpianto, le donazioni di cellule riproduttive. Recentemente, un nuovo tema è entrato al centro della discussione sull'impiego delle tecniche di fecondazione artificiale. Il pensiero corre alle tecniche di fecondazione *post mortem* e, più in generale, all'impiego postumo delle cellule riproduttive.

---

\* Dottoranda di ricerca in Diritto Privato, Università degli Studi di Milano – Bicocca. Mail: [s.perrino@campus.unimib.it](mailto:s.perrino@campus.unimib.it).

## 2. La disciplina della fecondazione *post mortem*

L'art. 5<sup>1</sup> l. n. 40/2004 prescrive che le tecniche di procreazione assistita possono essere utilizzate su pazienti di sesso diverso, in età potenzialmente fertile, 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. Le disposizioni, ciononostante, non forniscono alcuna nozione di fecondazione *post mortem*.

Una simile lacuna è di particolare rilievo poiché questo tipo di tecnica<sup>2</sup> può essere declinata in una serie eterogenea di procedure<sup>3</sup>. Si pensi, ad esempio, all'impiego di embrioni crioconservati in conformità alle disposizioni anticipate del *partner* deceduto, all'utilizzo dei gameti crioconservati sulla base di un consenso espresso durante il procedimento di fecondazione artificiale oppure 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 scientifica<sup>4</sup> come *posthumous sperm retrieval*, non è stata mai sottoposta al vaglio della giurisprudenza italiana, sebbene disponibile da quasi settanta anni. Si tratta di 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 immediatamente successive al decesso. Una volta abbassata la temperatura corporea si rallenta il decadimento dei tessuti e delle cellule, consentendo così il prelievo da parte di medici autorizzati di gameti ancora viabili per la fecondazione in vitro o la inseminazione<sup>5</sup>.

A fronte della moltitudine di tecniche astrattamente riconducibili al *genus* della fecondazione *postuma*, l'interprete è chiamato a verificare la latitudine applicativa del divieto.

In adesione alle coordinate di cui all'art. 12 disp. prel. c.c., l'indagine deve iniziare dall'interpretazione letterale e sistematica del dettato normativo.

L'art. 5 consente l'accesso alla fecondazione assistita a soggetti viventi. Valorizzando l'impiego del verbo "accedere" nella disposizione in commento, il legislatore sembra inquadrare la procreazione

<sup>1</sup> Per una lettura dell'art. 5, l. n. 40/2004, si veda U. SALANITRO, *I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 10, 2016, 1360 ss.

<sup>2</sup> *Post mortem assisted reproduction* o più comunemente *posthumous sperm retrieval*.

<sup>3</sup> In questo senso, si veda L. D'AVACK, *Il progetto filiazione nell'era tecnologica. Percorsi etici e giuridici*, III ed., Torino, 2016, 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 pretenda che i genitori siano entrambi viventi». In ordine alla pluralità di metodiche riconducibili al *genus* della fecondazione *post mortem* si veda pure M. FACCIOLI, voce *Procreazione Medicalmente Assistita*, in *Digesto Discipline Privatistiche*, sez. civ., Agg. III, Torino, 2007, 1051 ss.

<sup>4</sup> Sul punto, si veda R.D. ORR, M. SIEGLER, *Is posthumous semen retrieval ethically permissible?*, in *Journal of Medical Ethics*, 28, 5, 299-302.

<sup>5</sup> Benché inapplicata, prima della entrata in vigore della legge, autorevole dottrina aveva sostenuto l'ammissibilità del prelievo da persona defunta per il successivo impianto del gamete maschile per il conseguimento della gravidanza da parte della moglie; in questo senso T. AULETTA, *Fecondazione artificiale: problemi e aspettative*, in *Quadrimestre*, 1986, 22 ss.; V. LOJACONO, voce *Inseminazione artificiale*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXI, Milano, 1971, 759.

artificiale entro un *iter* dalla durata variabile, il cui avvio è condizionato dalla presenza dei requisiti soggettivi richiesti dall'art. 5.

Dunque, la vitalità, la maggiore età, l'età potenzialmente fertile, il rapporto di coniugio o di convivenza e la diversità di sesso devono sussistere in capo agli aderenti nel momento in cui si rivolgono al centro P.M.A. per avviare i cicli di fecondazione assistita.

Se così è, l'esegesi consente di includere nel divieto solo l'esecuzione di una procedura di espianto di gameti per l'utilizzo procreativo da soggetto deceduto<sup>6</sup>. In quest'ultima circostanza, non solo mancherebbe il requisito soggettivo di cui all'art. 5, ma verrebbe meno la funzione terapeutica di cui all'art. 4, che ammette il ricorso alle tecniche di procreazione assistita per rimuovere le cause impeditive alla procreazione, circoscritte ai casi di sterilità ed infertilità e non anche estese all'impossibilità derivante dalla sopravvenuta morte.

Il successivo art. 12, comma 2, diversamente, sembra sanzionare un numero più ampio di tecniche, in quanto punisce chiunque realizzi a qualsiasi titolo i predetti trattamenti a coppie i cui componenti non sono entrambi viventi. La sanzione amministrativa pecuniaria non è comminata all'uomo e alla donna aderenti alle tecniche di P.M.A., come chiarito dall'art. 12, comma 8, l. n. 40/2004, bensì al personale medico sanitario che «applica le tecniche», in uno con la revoca dell'autorizzazione della clinica o del centro per la durata di un anno.

La fecondazione postuma rappresenta una delle procedure più gravemente punite in considerazione del delta edittale e dell'impatto della revoca dell'autorizzazione sul centro P.M.A. Ciononostante, il dettato normativo lascia i professionisti e gli interpreti della materia con notevoli dubbi poiché è tanto generico da non soddisfare in alcun modo il requisito di necessaria certezza e di prevedibilità<sup>7</sup> in ordine alle tecniche ammesse.

---

<sup>6</sup> In questo senso, si veda G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Rivista di diritto civile*, 2, 2005, 105 ss.

<sup>7</sup> Per tutti, F. MANTOVANI, *Il principio di tassatività*, in *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2015, 61 ss., l'A. evidenzia come secondo un ricorrente pensiero, che risale a Feuerbach, la norma penale può operare come comando e la pena può avere una funzione intimidatrice solo nella misura in cui i fatti vietati siano indicati con chiarezza e i destinatari della norma abbiano la possibilità di conoscerne il contenuto.

I principi di determinatezza e tassatività<sup>8</sup>, come è stato osservato in più sedi, devono illuminare anche le fattispecie sanzionatorie amministrative, in adesione all'approccio marcatamente sostanziale o autonomistico, avviato dai giudici di Strasburgo nel caso *Engel c. Paesi Bassi*<sup>9</sup>.

Dunque, riscontrato il carattere punitivo e non riparatorio e l'elevato grado di afflittività della sanzione, in applicazione degli *Engel criteria*<sup>10</sup>, non può che sostenersi la natura sostanzialmente penale della sanzione e dunque la necessaria applicazione delle garanzie di cui all'art. 25 Cost.

Oltre al difetto citato, è possibile riscontrare un'evidente aporia sistematica nella disciplina dei divieti in violazione del principio di uguaglianza sostanziale per i nati. Per ragioni non dissimili a quelle che hanno condotto al divieto di procreazione *post mortem*, la l. n. 40/2004 ha vietato<sup>11</sup> la fecondazione

<sup>8</sup> In dottrina sono emerse due distinte impostazioni esegetiche: la prima distingue tali principi, ciò in quanto la determinatezza imporrebbe la descrizione della fattispecie in termini chiari e precisi; mentre la tassatività vieterebbe al legislatore di formulare elencazioni esemplificative di fatti o di casi obbligandolo a elencazioni esclusive. Secondo tale impostazione, una norma costruita mediante una elencazione "chiusa" potrebbe essere indeterminata laddove, per es., contenesse due termini contraddittori; e, d'altro canto, una norma scritta in modo chiaro e preciso potrebbe essere costruita in forma esemplificativa: per tutti cfr. F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, 3 ss. I sostenitori della seconda tesi obiettano, invece, che la distinzione così nitidamente tracciata sul piano teorico tende a sfumare. Secondo quest'ultima impostazione esegetica i canoni di precisione, determinatezza e tassatività costituiscono declinazione del medesimo principio, corollari del principio di legalità di cui all'art. 25 comma 2 Cost.; in questo senso cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo digesto italiano*, XIX, Torino, 1974, 46, e Id., *Legalità e crisi: l'art. 25, co. 2 e 3 della Costituzione rivisitato alla fine degli anni 70*, in *Questione criminale*, 1980, 184 ss.; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1980, 50 ss.; M. ROMANO, *sub Art. 1*, in *Commentario sistematico del codice penale, vol. I (Art. 1-84)*, Milano, 2004, 41 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, 85 ss.

<sup>9</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 giugno 1976, *Engel and Others v. the Netherlands*, ric. nn. 5100/71, 5101/71, 5102/71, § 81-82.

<sup>10</sup> *Ex multis*, F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 30 marzo 2015; A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, *ivi*, 2 aprile 2015; V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Osservatorio AIC*, maggio 2015.

<sup>11</sup> Il divieto menzionato è stato dichiarato illegittimo dalla Corte cost., 10 giugno 2014 n. 162, rv. 37994-6, in *Italgire*; con nota di G. CASABURI, *Requiem (gioiosa) per il divieto di fecondazione eterologa: l'agonia della l. 40/04*, in *Foro it.*, 2014, 2343; con nota di V. CARBONE, *Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*, in *Famiglia e diritto*, 2014, 753 ss.; con nota di C. CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*, in *Europa e diritto privato*, 2014, 1105 ss.; con nota di L. D'AVACK, *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2014, 1005 ss.; con nota di G. FERRANDO, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2014, 393 ss.; 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 *Rivista di diritto internazionale*, 2014, 1123; con nota U. SALANITRO, *I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 10, 2016, 1360 ss.; con nota di R. VILLANI, *La caduta del divieto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo: le ragioni della sua incostituzionalità e i successi «indirizzi operativi» della conferenza delle regioni*, in *Studium Iuris*, 11, 2014, 1243-1257. Per un approfondimento sul tema, si vedano L. RISICATO, *La Corte costituzionale supera le esitazioni della CEDU: cade il divieto irragionevole di fecondazione eterologa*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, 1487 ss.; F. BASILE, *I donatori di gameti*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2, 2015, 223-240; M. D'AMICO, M.P. COSTANTINI, *L'illegittimità costituzionale della «fecondazione eterologa» (Analisi critica e materiali)*, Milano, 2014, 25 ss.

con donazione di gameti da parte di terzi. Malgrado la scelta procreativa dei pazienti, la legge individua un rapporto di filiazione tra il nato da tecniche allogeniche ed i genitori intenzionali, a tutela del nato. Questa regola, tuttavia, non trova applicazione in caso di fecondazione *post mortem*. Sicché il divieto, previsto proprio a presidio del nato, non si accompagna a regole capaci di tutelare il figlio una volta sopravvenuta la nascita. Anzi, le presunzioni del diritto civile appaiono obsolete ed inoperanti dinanzi al fenomeno delle fecondazioni postume e, in generale, con il più frequente impiego della crioconservazione.

Oltre all'individuazione della relazione parentale, la carenza di precisione e chiarezza del dettato normativo pone non pochi ostacoli al riconoscimento dei diritti ereditari<sup>12</sup>, poiché l'art. 462 c.c. conferisce rilevanza successoria solo ai casi di avvenuto concepimento al momento della morte.

Ecco che, allora, l'imprecisione di cui è affetto l'art. 12 evidenzia un problema definitorio più profondo nella l. n. 40/2004: la disposizione sconta il difetto di una serie di nozioni idonee ad orientare l'interprete. Manca, sia nella legge sia nelle linee guida, una definizione unitaria di trattamento di fecondazione, non è chiaro, poi, se le tecniche come FIVET, ICSI, GIFT<sup>13</sup> o anche la crioconservazione possano ritenersi procedure autonome o, in alternativa, ascritte in un unico *iter* di P.M.A.; difetta, infine, una nozione di concepimento, idonea ad ascrivere l'embrione in vitro nella categoria giuridica del concepito oppure in una autonoma.

Tutte, a ben vedere, riconducibili alla più grave lacuna: manca nella legge lo statuto giuridico dell'embrione coltivato in provetta.

A fronte di tali considerazioni, l'operazione esegetica è frustrata; ciononostante possono essere proposti due spunti interpretativi per delimitare la portata applicativa dell'art. 12.

*In primis*, è possibile valorizzare il rinvio dell'art. 12, comma 2, all'art. 5, il quale fa riferimento ai requisiti soggettivi nella fase di accesso: la sanzione deve trovare applicazione solo quando difettano i presupposti al momento del *pick up* delle cellule e non anche nelle successive fasi, quali la fecondazione mediante fusione dei pronuclei, la crioconservazione, il trasferimento in utero oppure le indagini genetiche preimpianto.

In secondo luogo, la *ratio legis* del divieto ha rilievo decisivo sulla portata del combinato disposto.

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 e così evitare che il nato da fecondazione assistita venga ad esistenza già orfano biologico<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> A. NATALE, *La capacità di succedere*, in G. BONILINI (a cura di), *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, I, Milano, 2009, 896.

<sup>13</sup> Le tecniche citate nel testo sono enumerate nelle Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, D.M. 1° luglio 2015, in G.U. 14 luglio 2015, n. 161. Per un approfondimento sulle tecniche, si vedano F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, 4 ss.; N. RIVA, *Diritti e procreazione medicalmente assistita. Un esame della normativa italiana*, Roma, 2012, 15 ss.

<sup>14</sup> In questo senso, T. AULETTA, *Fecondazione artificiale: problemi e aspettative*, in *Quadrimestre*, 1986, 22; P. STANZIONE, *Procreazione assistita e regole civilistiche*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, II, Milano, 1998, 865; L. D'AVACK, *Il progetto della filiazione nell'era tecnologica*, cit., 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». In senso opposto, C.M. BIANCA, *Nuove tecnologie genetiche, regole giuridiche, e tutela*

La prima ragione giustificativa del divieto era, dunque, la tutela del diritto alla bigenitorialità e per questo il divieto andrebbe esteso a qualunque forma di impiego di cellule riproduttive dopo la morte di uno degli aderenti ai trattamenti di P.M.A., pena il contrasto con gli artt. 29 e 30 Cost.

Conseguentemente, sono da considerare illeciti i procedimenti avviati dopo la morte ma anche gli accordi tra coniugi o partner funzionali alla fecondazione postuma, poiché al figlio è riconosciuto il diritto costituzionale di essere mantenuto, educato ed istruito da entrambi i genitori<sup>15</sup>.

Inoltre, l'inserimento del divieto rispondeva ad esigenze di certezza del diritto<sup>16</sup> e di uguaglianza del nato da P.M.A. rispetto ai concepiti mediante la procreazione naturale. Infatti, come si legge nelle relazioni al D.D.L. Bolognesi<sup>17</sup>, il quale designa la struttura primigenia della l. n. 40/2004, il divieto persegue lo scopo di applicare la disciplina sullo *status filiationis* contenuta nel codice civile<sup>18</sup> anche al nato da fecondazione artificiale.

In questo modo si intendeva implementare un trattamento egualitario, con l'attribuzione di un ruolo superfluo alle differenze sostanziali intercorrenti tra il procedimento procreativo artificiale e quello naturale.

---

*dell'essere umano*, in *Giurisprudenza di merito*, 1987, 967; P. ZATTI, *Interesse del minore e doppia figura genitoriale*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1997, 86; P. PERLINGIERI, *L'inseminazione artificiale, tra principi costituzionali e riforme legislative*, in R. CALVO, A. CIATTI (a cura di), *Trattato dei contratti*, Milano, 2014, 145 ss.; S. RODOTÀ, *Diritti della persona, strumenti di controllo sociale, e nuove tecnologie riproduttive*, in *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Padova, 1989, 138.

<sup>15</sup> S. LENER, *Per un divieto generale dell'inseminazione artificiale umana*, in *Civiltà cattolica*, 4, 1959, 27 ss.; M. CALOGERO, *La procreazione artificiale. Una ricognizione dei problemi*, Milano, 1989, 130 ss.; *contra*, V. LOJACONO, *Inseminazione artificiale*, in *Enciclopedia del diritto*, XXI, Milano, 1971, 757; R. CLARIZIA, *Procreazione artificiale e tutela del minore*, Milano 1988, 134 ss.

<sup>16</sup> G. FURGIELE, *La fecondazione artificiale*, in *Quadrimestre*, 1989, 251.

<sup>17</sup> 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 tema, 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 crioconservazione degli 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 biomedica. 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.

<sup>18</sup> 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».

Questo sforzo interpretativo, alla ricerca delle *rationes* della l.n. 40/2004, non appare sufficiente, in quanto, come è noto, la discussione attorno alla introduzione della disciplina della fecondazione assistita in Italia è stata ben più travagliata<sup>19</sup>. Sicché un'analisi più attenta deve considerare i risultati raggiunti dagli esperti in materia nelle commissioni di studio avvicendatesi tra gli anni '80 e '90.

In particolare, si fa riferimento alle Commissioni Santosuosso (1983-1984)<sup>20</sup>, Guzzanti (1994)<sup>21</sup> e Busnelli (1995-1996)<sup>22</sup>, dai nomi dei rispettivi presidenti, le cui relazioni conclusive e le proposte di legge condensano l'esame dei problemi giuridici ed etici derivanti dalle nuove scoperte della medicina riproduttiva.

Risultati, questi, che assumono particolare rilievo se si considera che i lavori delle Commissioni Santosuosso e Busnelli furono presi ad esempio per la redazione del D.D.L. Bolognesi e la successiva l. n. 40/2004.

In queste sedi non veniva posto un divieto assoluto all'esecuzione delle tecniche di fecondazione *post mortem*: tanto la Commissione Santosuosso quanto la Commissione Busnelli concludevano nel senso della liceità dell'impianto di un embrione già formato. Diversamente, ciò che veniva considerato riprovevole e, dunque, precluso era l'espianto *post mortem* di cellule per la fertilizzazione dell'ovocita e per il successivo trasferimento uterino, in difetto di ogni determinazione da parte del defunto e nel perseguimento dell'esclusivo interesse della *partner* sopravvissuta.

Dalla proposta interpretazione letterale e teleologica deriva che il legislatore, pur ricorrendo ad una tecnica redazionale fin troppo ermetica, ha vietato la citata *posthumous sperm retrieval*, ma non anche l'impiego di cellule ed embrioni già conseguiti e crio-preserved per il futuro impiego da parte degli aderenti alle procedure in vita.

In questo senso si è posta anche la giurisprudenza di merito e di legittimità.

La prima pronuncia in materia risulta precedente alla adozione della legge sulla procreazione medicalmente assistita, su un caso vagliato fino a quel momento solo su un piano teorico dalla dottrina e sul quale l'opinione degli interpreti era tutt'altro che pacifica<sup>23</sup>. Più precisamente, l'ordinanza conclusiva della vicenda giudiziaria «è stata emessa in un periodo, a cavallo tra la fine del 1998 ed i primi mesi del

<sup>19</sup> D. MILANI, «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*, 1, 2015, 117 ss.

<sup>20</sup> Le relazioni conclusive della Commissione di esperti nominata nel 1983 possono essere reperite in *Giurisprudenza italiana*, 4, 1986, 33 ss. Sul punto, F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, 16 ss. Le proposte di legge sono consultabili su *Giurisprudenza italiana*, 2, 1986, 57 ss.

<sup>21</sup> 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, 171-202.

<sup>22</sup> 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, 203-264. Si veda, F.D. BUSNELLI, *Fecondazione assistita: la proposta della commissione ministeriale*, in *Corriere giuridico*, 5, 1997, 501 ss. Lo schema della proposta di legge è consultabile in G. BALDINI, G. CASSANO, *Persona, biotecnologie e procreazione*, Milano, 2002, 542 ss.

<sup>23</sup> Per la ricostruzione del dibattito, si rinvia a G. BALDINI, *Ricognizione dei profili problematici in tema di fecondazione artificiale post mortem*, in *Rassegna di diritto civile*, 1995, 725 ss.

1999, che, in Italia, ha coinciso con la discussione nelle aule parlamentari del disegno di legge in materia di fecondazione assistita»<sup>24</sup>.

Nell'occasione, una vedova - che aveva fatto ricorso alle tecniche di fecondazione artificiale di tipo omologo - adiva il Tribunale di Palermo<sup>25</sup> dopo la morte del marito: la ricorrente richiedeva un provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c., affinché fosse eseguito il trasferimento degli embrioni nel proprio utero e così superare il rifiuto opposto dal Centro di Medicina della Riproduzione<sup>26</sup>.

La corte ha inquadrato il rapporto tra la clinica e gli aderenti alle tecniche in un «contratto di opera professionale [...] avente ad oggetto la formazione "in vitro" di embrioni ed il successivo impianto» il quale «conserva validità anche dopo la morte del marito». Per questa ragione persiste il diritto del coniuge sopravvissuto di richiedere l'impianto e di accedere alla fecondazione postuma e se così non fosse, dice la corte, sarebbe frustrato il diritto del nascituro e il diritto della moglie e futura madre: «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».

La decisione elude l'annoso problema dell'inquadramento giuridico dell'embrione: il giudice, infatti, non considera la distinzione che l'embriologia opera tra le fasi evolutive delle cellule riproduttive specializzate e il feto, neppure considera il differente trattamento riservato agli embrioni dalla disciplina vigente e lo statuto giuridico del feto, di cui all'art. 1 c.c. ed integrato dalle *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*, di cui alla l. 22 maggio 1978, n. 194<sup>27</sup>. In tal modo, senza alcuna motivazione sul punto, è stato equiparato l'embrione *in vitro* all'embrione già adeso alle pareti uterine della madre in fase di gestazione.

La successiva pronuncia è stata adottata dal Tribunale di Bologna<sup>28</sup>, anni dopo l'introduzione della legge 40. Questa pronuncia ha avuto il merito di definire più nitidamente il momento in cui si "accede" alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, ciononostante il giudicante ha ommesso di considerare, ancora una volta, la questione di fondo, ossia lo *status* dell'embrione nella legge introdotta ed il potere di "controllo" conferito agli aderenti alle tecniche di P.M.A. sulle proprie cellule riproduttive conservate *in vitro*.

Anche nella vicenda al vaglio del giudice bolognese, una coppia di coniugi accedeva a procedure di fecondazione assistita, dopo un impianto con esito negativo venivano crioconservati gli embrioni prodotti e mai abbandonati, atteso il reiterato consenso alla crioconservazione nel corso degli anni. Dopo anni dal ricorso alla fecondazione artificiale e dopo la morte del marito, la vedova richiedeva il trasferimento uterino ma l'ente ospedaliero opponeva alla medesima il divieto di fecondazione *post mortem*

<sup>24</sup> R. NATOLI, *L'impianto di embrioni post mortem tra scontri ideologici e prezzi da pagare (a proposito di un'ordinanza palermitana)*, in *Diritto di famiglia*, 4, 1999, 1175 ss.

<sup>25</sup> Trib. Palermo, 8 gennaio 1999, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1, 1999, 221 ss.; in *Famiglia e diritto*, 1, 1999, 52 ss. Per il commento alla pronuncia, si veda G. CASSANO, *Diritto di procreare e diritto del figlio alla doppia figura genitoriale nella inseminazione artificiale post mortem*, in *Famiglia e diritto*, 4, 1999, 384 ss.

<sup>26</sup> La clinica opponeva alla ricorrente il rifiuto in ragione dell'art. 11 del Codice di Autoregolamentazione per la Procreazione medicalmente assistita del 1998, il quale vietava la fecondazione *post mortem*, al pari dell'art. 12 l. n. 40/2004.

<sup>27</sup> G. CASSANO, *op. ult. cit.*, 389.

<sup>28</sup> Trib. Bologna, sez. I, 16 gennaio 2015, con nota di A. SCALERA, *Sulla legittimità dell'impianto post mortem di embrioni crioconservati*, in *Famiglia e diritto*, 5, 2015, 489 ss.



introdotto dalla l. n. 40/2004. Per questo motivo, veniva depositato il ricorso di cui all'art. 700 c.p.c. affinché fosse ordinato l'*embryo-transfer*.

Il giudice di prime cure rigettava il ricorso in sede cautelare<sup>29</sup>, mentre successivamente la Sezione I del Tribunale di Bologna accoglieva il reclamo della donna e legittimava la medesima ad ottenere l'impianto. In particolare, è stato affermato che il trattamento di procreazione assistita consiste in un *unicum*, di cui le diverse forme di fecondazione, la crioconservazione e l'eventuale successivo impianto, rappresentano fasi e segmenti che possono avere un'esecuzione differita nel tempo. Eseguito il *pick up* dei gameti su pazienti ancora in vita e completata la specializzazione delle cellule in conformità all'art. 5 l. n. 40/2004, allora non risulta precluso il successivo trasferimento intrauterino degli embrioni, ancorché a distanza di anni e dopo la morte di uno dei pazienti. Quest'ultima attività costituisce solo la conclusione di un *iter* avviato tempo prima e sospeso grazie alla conservazione in azoto liquido delle cellule.

A tale impostazione esegetica il giudice perviene dalla lettura dell'art. 5, coordinato con quanto previsto dalle linee guida del 2015<sup>30</sup>, secondo cui «la donna ha sempre il diritto ad ottenere il trasferimento degli embrioni crioconservati». Specifica il Tribunale di Bologna, «le suddette linee guida, peraltro, non stabiliscono limiti di sorta a tale facoltà, la quale dipende, secondo la lettera della normativa, dalla volontà esclusiva della donna (non essendo in alcun modo richiesto il consenso del marito o di altri soggetti)» e pur in considerazione della *mens legis*, deve ritenersi prevalente «l'interesse alla tutela del concepito sul modello ordinario della genitorialità bi-parentale»<sup>31</sup>.

A simili conclusioni è pervenuto recentemente pure il Tribunale di Lecce<sup>32</sup>.

La possibilità di ultimare la fecondazione in vitro, anche all'esito del decesso del partner di sesso maschile, dice il giudice pugliese, deriva proprio dal divieto di soppressione embrionaria, dal termine per la revoca del consenso fissato alla fecondazione dell'ovocita, dal divieto di crioconservazione oltre i limiti dell'art. 14, ridisegnati dalla Corte costituzionale, nonché dal diritto della donna di conseguire sempre l'impianto di embrioni crioconservati, come sancito anche dalle linee guida del 2015. Se il divieto deve essere letto quale regola armonica nel sistema, deve essere accordata prevalenza all'impiego degli embrioni ibernati.

Di tali approdi ermeneutici ha fatto applicazione anche la Suprema Corte per la rettifica dell'atto di nascita del figlio nato da fecondazione *post mortem*<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> Trib. Bologna, sez. I, 21 maggio 2014, con nota di L. ATTADEMO, *Il trasferimento intrauterino di embrioni crioconservati anni dopo la formazione degli stessi e la morte del padre*, in *Corriere giuridico*, 7, 2015, 933 ss.

<sup>30</sup> D.M., 1° luglio 2015, *Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita – art. 7 legge n. 40/2004*, in *G.U.*, 14 luglio 2015, n. 161.

<sup>31</sup> A. D'ALOIA, P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, in P. ZATTI e S. RODOTÀ (a cura di), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, 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 *Digesto civile*, 2, Agg. III, Torino, 2007, 1051 ss.

<sup>32</sup> Trib. Lecce, 24 giugno 2019, n. 2190, in *D&G*, 8 agosto 2019; con nota di D. GIUNCHEDI, *L'impianto intrauterino degli embrioni dopo il decesso del marito*, in *Giustizia Civile*, 10 dicembre 2019.

<sup>33</sup> Cass. civ., sez. I, 15 maggio 2019, n. 13000, in *D&G*, 16 maggio 2019; con nota di A. FIGONE, *Fecondazione omologa post mortem: nell'atto di nascita la paternità in capo al padre defunto*, in *Ilfamilarista*, 20 novembre

La Cassazione ha affermato la sussistenza dello *status filiationis* del nato da tali tecniche rispetto al defunto padre, allorquando quest'ultimo abbia validamente prestato il consenso alla P.M.A. prima della formazione dell'embrione, poiché tale consenso non è stato e non può essere revocato dopo la fecondazione dell'ocita.

Diversamente, osserva la prima sezione, non appaiono applicabili quelle disposizioni del codice civile (art. 234 c.c.) riferibili alla sola procreazione naturale.

Le regole codicistiche, come è noto, sono state formulate in un periodo storico in cui le scoperte della medicina riproduttiva apparivano essere il prodotto delle fantasie del romanziere Aldous Huxley, ne *Il mondo nuovo*<sup>34</sup>. Si tratta di disposizioni volte ad ascrivere una relazione parentale tra soggetti avvinti da un legame biologico accertato per il tramite di presunzioni e che appaiono desuete ed irrilevanti nella procreazione artificiale, in quanto il legame *de qua* è agevolmente determinabile.

Dunque, sulla base di tali considerazioni, la legge 40 presenta una disciplina alternativa, speciale rispetto alle norme contenute nel codice civile e da quest'ultimo si differenzia perché ascrive una particolare valore alla genitorialità intenzionale, ridimensionando la rilevanza del dato biologico e genetico.

### 3. Gli embrioni e le cellule sovrannumerari abbandonati

La *querelle* in ordine alla portata del divieto di fecondazione *post mortem* costituisce solo uno degli innumerevoli interrogativi<sup>35</sup> sorti attorno alla l. n. 40/2004. Dubbi che per gli *stakeholders* rappresentano veri e propri ostacoli per l'impiego delle cellule riproduttive e che hanno avuto come ricaduta un massivo ricorso alla crioconservazione.

Come osservato da autorevole dottrina<sup>36</sup>, «[l]a legge prefigura un vero e proprio “percorso diagnostico-terapeutico” che “lega le mani al medico”».

2019; 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*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 3, 2019, 1229 ss.

<sup>34</sup> Il riferimento alla società biotecnocratica di Huxley non è casuale, il romanzo distopico, infatti, è stato citato nella relazione accompagnatoria alla proposta di legge n. 2465 che i deputati Patria e Crosetto hanno presentato alla Camera dei Deputati nel corso della XIV Legislatura, recante le *Norme per la tutela dell'embrione e la dignità della procreazione assistita*: «Settanta anni fa, nel 1932, veniva pubblicato il libro “Il mondo nuovo” di Aldous Huxley: un testo che si inseriva in quel filone di letteratura cosiddetta “utopistica”, che ha avuto fortuna nella prima metà del secolo scorso, al quale appartengono anche “1984” di Orwell, “Il padrone del mondo” di Benson, “L'Anticristo” di Soloviev, e il cui filo conduttore era la narrazione, in chiave critica, delle modalità di vita in uno Stato totalitario del quale, allorché quelle opere venivano scritte, si poteva già scorgere qualche germe. Fra queste opere, “Il mondo nuovo” è però la più riuscita perché, a differenza, per esempio, di “1984”, che fa coincidere l'oppressione dell'uomo, nel suo stadio ultimo, con uno stalinismo così opprimente da occupare i momenti intimi della vita privata, “Il mondo nuovo” va oltre nella capacità di preveggenza, e descrive la società biotecnocratica, al cui interno medicina, biologia e genetica svolgono il compito di importanti strumenti di pianificazione sociale. [...] se dopo la caduta dei muri, la carica “profetica” dei romanzi di Orwell si è affievolita, non altrettanto può dirsi per le opere di Huxley: ogni giorno apprendiamo dai mass media le notizie, divulgate con enfasi, di interventi generici sulle cellule germinali, nella prospettiva, talora enunciata dagli stessi sperimentatori, della selezione genetica degli esseri umani, dei casi delle “mamme-nonne”, delle ipotesi di costruzione di monstra, di ibridi uomo-animale, e poi ancora di gestazioni di animali da parte di donne, e così via al di là di ogni immaginazione».

<sup>35</sup> L. CHIEFFI, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Torino, 2018, 30.

<sup>36</sup> G. FERRANDO, *La fecondazione assistita. Regole e principi*, in M. AZZALINI (a cura di), *La procreazione assistita, dieci anni dopo. Evoluzioni e nuove sfide*, Ariccia, 2015, 133-134.

A partire dalla pronuncia del 2009, con cui la Consulta ha dichiarato incostituzionale il divieto di crioconservazione embrionaria<sup>37</sup>, il Ministero della salute ha riscontrato un aumento considerevole della conservazione *in vitro* degli embrioni, un numero cresciuto di quasi dieci volte nell'arco di un solo anno e di trenta volte nel corso di cinque anni dalla sentenza.

Solo una parte di questa imprecisata quantità di cellule riproduttive è stata impiegata, come si evince dalle Relazioni annuali del Ministro della salute<sup>38</sup>, per la conclusione di un *iter* di procreazione medicalmente assistita. Un numero cospicuo di embrioni ancora in azoto liquido è considerato, invece, in stato di abbandono.

Numerose le ragioni dell'abbandono: la coppia entra in crisi, si riscontra una scarsa viabilità delle cellule riproduttive oppure di uno degli embrioni conseguiti all'esito della fecondazione dell'oocita, sopravviene la morte di uno dei due aderenti, la donna supera l'età potenzialmente fertile, cambiano i progetti familiari, all'esito di indagini genetiche preimpianto si riscontra una patologia grave ereditaria per cui si decide di non procedere all'impianto, il cattivo funzionamento dei contenitori criogenici non consente di garantire la sicurezza dell'impianto, la clinica si oppone alla fecondazione *post mortem* e, infine, la violazione delle disposizioni contenute nella l. n. 40/2004, da parte del medico responsabile, può aver condotto alla confisca degli esemplari crioconservati<sup>39</sup>.

L'attività di censimento degli embrioni abbandonati nei centri italiani è svolta da uno staff multidisciplinare con competenze in epidemiologia, statistica, ginecologia, informatica, bioetica, sociologia,

<sup>37</sup> 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 *Famiglia e diritto*, 8-9, 2009, 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 civili commentate*, 2-4, 2009, 475 ss.; con nota di G. CASABURI, in *Foro It.*, 9, 2009, c. 2301 ss.; con nota di F.R. FANTETTI, *Illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia, persone e successioni*, 8-9, 2009, 684 ss.; con nota di E. DOLCINI, *La fecondazione assistita tra prassi medica e svolte giurisprudenziali*, in *Corriere merito*, 2009, 5 ss.; con nota di G. FERRANDO, *Il diritto alla salute della donna e tutela degli embrioni: la Consulta fissa nuovi equilibri*, in *Corriere giuridico*, 9, 2009, 383 ss.; con nota di M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2009, 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 *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2009, 1696 ss.; con nota di P. VERONESI, *Giurisprudenza costituzionale*, in *Studium Iuris*, 7-8, 2009, 905 ss.; con nota di L. TRUCCO, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta decide, (almeno in parte) di decidere*, in *Giurisprudenza italiana*, 2, 2010, 281 ss.; con nota di A. PORRACCILO, *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*, 21, 2009, 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 *Giurisprudenza italiana*, 2, 2010, 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 *Diritto di famiglia e delle persone*, 3, 2009, 1021 ss.; in senso critico M. CASINI, *La sentenza costituzionale n. 151/2009: un ingiusto intervento demolitorio della legge n. 40/2004*, *ivi*, 1033-1045.

<sup>38</sup> 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), Roma, 26 giugno 2019, 132.

<sup>39</sup> Si consenta un rinvio a S. PERRINO, *Gli embrioni "corpo del reato" e gli aventi diritto alla restituzione*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 4, 2018, 1382 ss.

biologia e psicologia del Registro Nazionale PMA presso Centro Nazionale per la Prevenzione delle Malattie e Promozione della Salute (CNaPPS) dell'Istituto Superiore di Sanità.

L'attività condotta da tali esperti nel corso degli anni ha evidenziato una serie di criticità, derivanti dalla difficoltà di interlocuzione con le cliniche dislocate nelle regioni italiane e, soprattutto, derivanti dalle regole a tutela della *privacy* che non consentono di correlare i dati raccolti di anno in anno.

Secondo gli ultimi dati forniti dal Ministero della salute, 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 anno<sup>40</sup>. In questo numero, non vengono computate le cellule crioconservate in attesa di impiego o in attesa di determinazione da parte della coppia di aderenti alle procedure.

Per il trattamento delle cellule in stato di crioconservazione, le linee guida del 2004 operano una distinzione tra embrioni crioconservati in attesa di futuro impianto ed embrioni abbandonati.

Le cellule e gli embrioni in attesa di successivo trattamento e impianto soggiacciono ad un "potere di controllo" da parte degli aderenti alle tecniche di fecondazione artificiale, durante la crio-preservazione presso il proprio centro P.M.A. di riferimento. 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, conseguito all'esito delle precedenti fasi di fecondazione in vitro.

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 documentate.

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»<sup>41</sup>. 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<sup>42</sup>.

Tratteggiate le regole del monitoraggio e la sede di destinazione finale degli embrioni in stato di abbandono, le menzionate linee guida non si preoccupano di stabilire le sorti di tali embrioni, né distinguono il relativo trattamento a seconda che si tratti di embrioni viabili per un successivo impianto a fini procreativi o campioni non suscettibili di utilizzo in cicli di fecondazione.

<sup>40</sup> 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://bit.ly/3eIY9eh>.

<sup>41</sup> Art. 2 del D.M. 4 agosto 2004 recante le Linee guida per la procreazione medicalmente assistita. Per un approfondimento, si veda L. LODEVOLE, *Embrioni abbandonati*, Ariccia, 2016, 65 ss.

<sup>42</sup> Trib. Milano, sez VIII, 31 maggio 2018, pres. Ponti, *inedita*. La pronuncia è stata confermata in sede d'appello, Corte d'Appello di Milano, 11 luglio 2019, *inedita*.

Il legislatore italiano, diversamente da quanto accaduto in altri ordinamenti<sup>43</sup>, non acconsente alla distruzione degli embrioni soprannumerari abbandonati: quale che sia la ragione di abbandono, infatti, è fatto espresso divieto di soppressione embrionaria dall'art. 14 e l'eventuale violazione del divieto è sanzionata con la reclusione fino a tre anni e la multa da 50.000 a 150.000 euro.

In aggiunta, nel silenzio del legislatore qualcuno ha «ipotizza[to] tutt'al più che essi, nel loro stato di crioconservazione, debbano essere custoditi fino al momento della loro estinzione naturale»<sup>44</sup>. Una verifica che è, tuttavia, è preclusa dai divieti di cui agli artt. 13-14 l. n. 40/2004.

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.)<sup>45</sup> degli embrioni crioconservati e residui derivanti da procreazione medicalmente assistita<sup>46</sup>.

L'adozione citata consiste in una forma di donazione anonima delle cellule crioconservate, con natura solidaristica ed altruistica, in favore di altri soggetti aderenti alle tecniche di P.M.A. per 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 una forma di surrogazione della maternità, in quanto la genitorialità è attribuita a coloro che ricevono l'embrione e acconsentono al trasferimento uterino.

A sostegno della adozione per la donazione, è stato sostenuto dal C.N.B. che la conclusione della crioconservazione può condurre al perimento del 30-35% degli esemplari crioconservati, ciononostante «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 certo quella dell'incremento demografico, ma della massimizzazione del rispetto nei confronti della vita umana prenatale»<sup>47</sup>.

Si tratta di una soluzione proposta anche all'esito di alcune interrogazioni parlamentari<sup>48</sup> in ordine al numero di embrioni abbandonati italiani. In particolare, il Ministro della salute nel rendere conto della

<sup>43</sup> Anche la legge tedesca sugli embrioni, spesso equiparata dalla dottrina alla legge italiana per il rigore sanzionatorio e la moltitudine di divieti, ha previsto la destinazione alla ricerca degli embrioni prodotti fino al 2007 (inizialmente fino al 2002), così riducendo drasticamente il numero di embrioni soprannumerari in stato di abbandono; sul punto, *Gesetz zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen (Stammzellgesetz) StZG*, 28 giugno 2002, B.G.B., 2002, 1, 2277. Così pure la Francia: 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 sono state 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. Sulla compatibilità costituzionale della ricerca scientifica sugli embrioni nell'ordinamento francese, si è pronunciato il *Conseil constitutionnel*, cfr. *Conseil Constitutionnel*, 27 luglio 1994, n. 94-343-344, in *Conseilconstitutionnel.fr*.

<sup>44</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica, *L'adozione per la nascita (APN) degli embrioni crioconservati e residui derivanti da procreazione medicalmente assistita*, parere del 18 novembre 2005, in [www.governo.it/bioetica](http://www.governo.it/bioetica).

<sup>45</sup> Sul punto, si rinvia agli attenti commenti all'istituto di F.D. BUSNELLI, *Cosa resta della Legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, in *Rivista di diritto civile*, 4, 2011, 467 ss.; D. CARUSI, *In vita, «in vitro», in potenza. Verso una donazione dell'embrione soprannumerario?*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2010, 340.

<sup>46</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica, *Destino degli embrioni derivanti da PMA e non più impiantabili*, parere del 26 ottobre 2007, in [www.governo.it/bioetica](http://www.governo.it/bioetica).

<sup>47</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica, *L'adozione per la nascita (APN) degli embrioni crioconservati e residui derivanti da procreazione medicalmente assistita*, cit., § 6.4.

<sup>48</sup> Interrogazione parlamentare a risposta scritta, Poretti-Perduca, n. s.4/00980, consultabile in [http://banche-dati.camera.it/sindacatoispettivo\\_16/showxhtml.asp?idatto=8262&stile=6&highlight=1](http://banche-dati.camera.it/sindacatoispettivo_16/showxhtml.asp?idatto=8262&stile=6&highlight=1); Interrogazione a

spesa sostenuta per il monitoraggio e la creazione della bio-banca centrale, ha affermato la necessità di individuare una destinazione alternativa alla conservazione eterna e alla distruzione, da individuarsi nella citata adozione per la nascita.

In senso opposto, si è espressa la Commissione di studio degli embrioni crioconservati<sup>49</sup> la quale ha concluso i suoi lavori ormai dieci anni fa. Nella relazione finale, le speranze della Commissione non vengono riposte nella introduzione di regole chiare e precise, idonee a orientare gli interpreti, gli operatori del settore e gli aderenti alle tecniche di P.M.A. oppure nell'elaborazione di istituti nuovi sagramati attorno all'embrione *in vitro*, che sfugge, per sua natura, alla rigida dogmatica privatistica. Diversamente si confida nel progresso scientifico affinché individui «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»<sup>50</sup>.

L'Adozione per la nascita è poi ostacolata, a parere della Commissione, perché l'abbandono non può mai dirsi definitivo, in ragione della revocabilità del consenso: «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». Si tratta di una impostazione non conforme alla disciplina del consenso nella fecondazione assistita e di una interpretazione non condivisa da tutti i membri, difatti nell'opinione dissenziente si afferma l'infondatezza e l'evitabilità della ineluttabilità giuridica della ibernazione eterna degli embrioni crioconservati soprannumerari. Anzi, nell'enumerare le varie destinazioni, i dissenzienti prendono in considerazione tanto l'adozione quanto la destinazione alla ricerca scientifica per la derivazione di linee cellulari staminali.

La prima opzione, però, viene scartata perché «di fatto è impraticabile anche solo considerando il loro numero, oltre che per le ragioni di prudenza»<sup>51</sup>, mentre la destinazione alla ricerca viene di fatto considerata l'unica soluzione praticabile, perché «sebbene implichi la loro morte come potenziale nuovo individuo (che peraltro le altre opzioni di fatto non scongiurano), è l'unica opzione che implica la loro vita: in una forma diffusa, cellulare, in futuro questi embrioni saranno presenti come cellule in altri individui (come nella donazione di organo da cadavere) e parteciperanno alla vita di altri individui»<sup>52</sup>.

---

risposta scritta n. c.4/03491, Farina Coscioni, consultabile in [http://dati.camera.it/ocd/aic.rdf/aic4\\_03491\\_16](http://dati.camera.it/ocd/aic.rdf/aic4_03491_16); Interrogazione parlamentare a risposta diretta, Gigli, consultabile in <https://www.camera.it/leg17/410?idSeduta=0566&tipo=stenografico>.

<sup>49</sup> La Commissione citata è stata nominata con D.M. 25 giugno 2009.

<sup>50</sup> 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, § 4, 4-5, il documento è consultabile in [http://www.salute.gov.it/imgs/C\\_17\\_minpag\\_658\\_documenti\\_documento\\_1\\_fileAllegatoDoc.pdf](http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_minpag_658_documenti_documento_1_fileAllegatoDoc.pdf).

<sup>51</sup> Per le obiezioni a tale conclusione, si veda F.D. BUSNELLI, *Cosa resta della Legge 40?*, cit., 467 ss.

<sup>52</sup> Opinione dissenziente di Amedeo Santosuosso e Carlo Alberto Redi sulla "relazione finale" approvata a maggioranza il giorno 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](http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_minpag_658_documenti_documento_1_fileAllegatoDoc.pdf). Critico sull'impostazione in esame F.D. BUSNELLI, *Nascere (o anche "morire") con dignità: un traguardo problematico per l'embrione*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 3, 2017, 3, 403: «La destinazione alla

Ci si chiede allora se la destinazione alla ricerca scientifica degli embrioni, dibattuta sin dal rapporto Warnock<sup>53</sup> e dalla introduzione della c.d. *14-day rule*<sup>54</sup> in vari ordinamenti<sup>55</sup>, specie per gli embrioni non più impiantabili, ad esempio gli embrioni scartati da diagnosi genetica preimpianto, gli embrioni confiscati e gli embrioni conseguiti senza gli standard minimi di sicurezza, possa costituire la soluzione alla *vexata quaestio*.

E ci si chiede, ancora, se nuove soluzioni interpretative sul punto possano essere adottate alla luce della l. 10 febbraio 2020, n. 10, recante le norme sugli atti di disposizione del corpo e dei tessuti *post mortem*.

#### 4. La donazione di tessuti e cellule *post mortem*

Con la l. n. 10/2020<sup>56</sup> sono state introdotte le norme in materia di disposizione del proprio corpo e dei tessuti *post mortem* a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica<sup>57</sup>.

---

ricerca non può essere una fonte (“privata”) di soppressione dell’embrione; potrebbe, semmai, divenire un esito dell’avvenuto accertamento (“pubblico”) della sua “morte”, e (soltanto) come tale rispecchiare l’intento donativo dei c.d. genitori, tradotto in un protocollo di ricerca debitamente autorizzato. In ogni caso, l’embrione non gradito, malato, abbandonato, dimenticato, proprio in quanto soggetto giuridico e come tale titolare di diritti soggettivi, non potendo più ambire a nascere con dignità, deve essere messo in condizione di “morire” con dignità».

<sup>53</sup> 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*, 23, 2015, 590 ss.

<sup>54</sup> Al report citato si deve l’elaborazione della c.d. *14-day rule*, consistente nella individuazione di un termine, ovvero sia del quattordicesimo giorno dalla fecondazione dell’oocita, quale momento a partire dal quale il pre-embione diviene embrione. Attorno al quattordicesimo si verifica la comparsa della c.d. *primitive streak*, ossia la linea o stria primitiva, che si forma all’inizio della gastrulazione negli embrioni, consistente nel limite superiore per la divisione cellulare. Il periodo di quattordici giorni, a norma dell’art. 3 comma 4 dello *Human Fertilisation and Embryology Act* (HFEA) del 1990, interamente riformato nel 2008, 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. Il limite temporale tratteggia la distinzione tra pre-embione 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 vitro da parte dell’*Ethics Advisory Board del Department of Health, Education and Welfare* degli Stati Uniti.

<sup>55</sup> La *14-day rule*, a partire dal 1979, è stata adottata dal *National Institutes of Health’s Human Embryo Research Panel* degli Stati Uniti ma anche in Canada, Australia, Spagna, India, Giappone, Olanda, Islanda, Svezia, Slovenia, Nuova Zelanda, Cina, Corea del Sud e Singapore. 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-embioni 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.

<sup>56</sup> Per un primo commento alla legge, si veda L. GHIDONI, *Prime riflessioni sulle disposizioni della salma*, in *Famiglia e diritto*, 5, 2020, 523 ss.

<sup>57</sup> 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

La novella<sup>58</sup>, 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 accertata e dichiarata la morte, a norma dell’art. 1, l. 29 dicembre 1993, n. 578, con la verifica della cessazione irreversibile delle funzioni dell’encefalo<sup>59</sup>, 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.)<sup>60</sup> di cui all’art. 4, comma 6, l. 22 dicembre 2017, n. 219<sup>61</sup>, recante le norme per il consenso informato alle cure e le disposizioni anticipate di trattamento. La normativa in

---

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 (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.

<sup>58</sup> Per un commento, R. MASONI, *In G.U. disposizioni del proprio corpo post mortem*, in *IlFamiliarista*, 11 marzo 2020.

<sup>59</sup> 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.

<sup>60</sup> 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.

<sup>61</sup> Per un commento alla legge, si vedano P. ZATTI, *Brevi note sull’interpretazione della legge. (Le nuove disposizioni in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento L. 22 dicembre 2017, n. 219)*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1, 2019, 3; U. SALANITRO, *Il consenso, attuale o anticipato, nel prisma della responsabilità medica. (Le nuove disposizioni in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento L. 22 dicembre 2017, n. 219)*, *ivi*, 125; C. CASONATO, *La legge 219 fra conferme e novità*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2018, 11-12; M.N. BUGETTI, *La disciplina del consenso informato nella Legge 219/2017*, in *Rivista di diritto civile*, 1, 2019, 206; 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 *Responsabilità civile e previdenza*, 1, 2018, 8; R. CONTI, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219 in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell’art. 5 del codice civile?*, in *Consulta online*, 1, 2018; D. CARUSI, *Legge n. 219/2017, amministrazione di sostegno e rifiuto di cure: problemi di legittimità di una legge mal scritta*, in *Corriere giuridico*, 1, 2020, 17; V. TIGANO, *Il divieto di accanimento terapeutico nella sfera del diritto penale: obblighi di garanzia del medico, autodeterminazione del paziente e rischio consentito*, in *Consulta online*, 1, 2020.



materia di consenso informato e D.A.T. viene richiamata in via analogica dalla legge appena entrata in vigore.

I commi 6 e 7 stabiliscono 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 nazionale<sup>62</sup>. Per i soggetti che 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 disponente.

La revoca deve essere comunicata all'Azienda Sanitaria di appartenenza per l'aggiornamento della Banca Dati nazionale<sup>63</sup>.

In parziale aderenza alla disciplina delle D.A.T., la l. n. 10/2020 prevede l'obbligo<sup>64</sup> di nomina di un fiduciario, ovvero sia un soggetto di fiducia per il disponente.

Il disponente attribuisce al fiduciario il potere di attuare le proprie determinazioni oppure di adottare determinazioni in luogo del medesimo, ma pur sempre nell'interesse di quest'ultimo, sia in caso di morte sia in caso di sopravvenuta incapacità. Quest'ultima – però – sembra essere una svista del

---

<sup>62</sup> 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 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.

<sup>63</sup> 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.

<sup>64</sup> L'art. 4, comma 4, l. 219/2019 dispone: «Nel caso in cui le DAT non contengano l'indicazione del fiduciario o questi vi abbia rinunciato o sia deceduto o sia divenuto incapace, le DAT mantengono efficacia in merito alle volontà del disponente. In caso di necessità, il giudice tutelare provvede alla nomina di un amministratore di sostegno, ai sensi del capo I del titolo XII del libro I del codice civile». In senso opposto, si veda L. GHIDONI, *Prime riflessioni sulle disposizioni sulla salma*, cit., 526, il quale argomenta: «A tal proposito, si può osservare come la disposizione normativa sembri considerare l'indicazione del fiduciario come un elemento naturale della dichiarazione; non dimeno, riconoscere la presenza di detto carattere non consente di ritenere, la designazione medesima, imprescindibile, dovendosi considerare valida ed efficace, invero, anche la dichiarazione che ne sia sprovvista». Eppure, la disciplina ammette che la dichiarazione priva di nomina di un fiduciario mantenga precariamente efficacia fino alla nomina da parte del giudice tutelare di un amministratore di sostegno.

legislatore, determinata dalla capziosa tecnica del rinvio: difatti, si attribuirebbe al fiduciario il potere di disporre del corpo e dei tessuti prima della constatazione della morte, in via del tutto eccentrica rispetto alla disciplina dei trapianti da persone morte. Peraltro, attribuendo al soggetto un potere più ampio di quello conferito al disponente, mediante la redazione delle disposizioni anticipate di trattamento.

Proseguendo nell'analisi della novella, va rilevato che l'impiego delle parti del corpo donate o dei tessuti non può avere fine di lucro, semmai, specifica l'art. 7 cpv., sono ammesse donazioni di denaro da parte di privati esclusivamente in favore degli enti per sovvenzionare la ricerca scientifica.

Ancora una volta il difetto di *clare loqui* da parte del legislatore induce a dubitare dello spazio applicativo del divieto di scopo di lucro. Non è dato comprendere se si include nel divieto anche l'eventuale sfruttamento economico dei risultati della ricerca e include anche l'impiego ai fini di lucro da parte di soggetti terzi a coloro i quali hanno condotto la ricerca.

Nei lavori preparatori si specifica solo che nel divieto sono ricomprese le risorse messe a disposizione mediante donazione diretta ad un progetto di ricerca, nell'ambito del quale si ricorra all'uso di corpi di defunti.

Per la soluzione di tali quesiti occorre cautela, in quanto si rende necessario attendere il regolamento di attuazione di cui all'art. 8<sup>65</sup>, nonché l'utile approccio ermeneutico della giurisprudenza e l'analisi della dottrina più attenta.

Qualche considerazione può essere svolta, analizzando le varie destinazioni delle parti del corpo individuate dalla legge. Difatti, il tratto più emblematico della legge è sicuramente la configurazione di forme di destinazione "fisse".

Al disponente, così come pure al fiduciario, non si attribuisce un potere di disposizione assoluto: l'art. 1, l. n. 10/2020 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*<sup>66</sup>.

In tal modo, pare escluso l'espianto propedeutico alla fecondazione postuma, nelle forme di cui alla l. n. 10/2020, ciò in quanto nessuna delle destinazioni può essere intesa come comprensiva di quella procreativa.

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. La disposizione, lo si ricorda, impone una sorta di *cooling off period*: «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».

<sup>65</sup> La definizione delle norme attuative viene demandata ad un regolamento da emanarsi entro tre mesi dall'entrata in vigore del provvedimento.

<sup>66</sup> 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.

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)<sup>67</sup>.

Tutto quanto illustrato, tuttavia, non pare scartare, salva una diversa previsione del regolamento di attuazione, l'applicabilità della disciplina alle cellule riproduttive. Una soluzione, questa, che pare di non poco momento per gli embrioni e le cellule riproduttive abbandonate e non utilizzabili per cicli di fecondazione assistita.

## 5. Sull'applicazione della l. n. 10/2020 alle cellule riproduttive e agli embrioni abbandonati

Tanto premesso, occorre ora verificare l'applicabilità della legge in commento alle cellule e agli embrioni sovranumerari abbandonati o non destinati all'utilizzo procreativo.

Sono due i dubbi interpretativi che vanno risolti preliminarmente.

Bisogna chiedersi se rispettivamente le cellule riproduttive e gli embrioni rientrano tra le parti del corpo o i tessuti umani. In secondo luogo, va verificata la compatibilità della destinazione degli embrioni alla ricerca scientifica con le sanzioni e i divieti posti dalla l. n. 40/2004.

L'operazione ermeneutica che si propone è articolata.

Sebbene possa sembrare fuor dubbio che al corpo umano appartengano i suoi organi, tessuti e cellule, l'ordinamento italiano non disciplina in via unitaria il corpo, lo "disgrega" in numerose leggi 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'esportazione<sup>68</sup>. Una frammentazione su cui ha certamente influito la rapsodica attuazione delle direttive<sup>69</sup> europee in materia<sup>70</sup>.

<sup>67</sup> 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».

<sup>68</sup> 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)*, in *Digesto Discipline Privatistiche*, sez. civ., Agg. VII, Torino, 2012, 216 ss.; M. DOGLIOTTI, voce *Organo*, in *Digesto Discipline Privatistiche*, sez. civ., Torino, 1995, 181 ss.; P. VERCELLONE, voce *Trapianti di tessuti e organi*, in *Digesto Discipline Privatistiche*, sez. civ., Agg. II, Torino, 2003, 1267 ss.

<sup>69</sup> 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.

<sup>70</sup> Decreto Legislativo 6 novembre 2007, n. 191, *Attuazione della direttiva 2004/23/CE sulla definizione delle norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani*; D.Lgs. 25 gennaio 2010, n. 16 *Attuazione delle*

È proprio dall'attuazione di queste direttive che deriva la risposta al quesito.

Con il d.lgs. 6 novembre 2007, n. 191, 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 sono state inserite apposite norme definitorie, idonee a individuare le cellule e i tessuti. Queste nozioni positive regolano i confini di applicazione della l. n. 10/2020.

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, e pertanto vanno incluse nell'oggetto della l. n. 10/2020.

L'art. 2 d.lgs. 191/2007, però, induce a dubitare di tale conclusione. Sebbene la citata normativa regolamenti il trattamento e la conservazione di tutti i tessuti e le cellule umani «[a]lle 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*<sup>71</sup> 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.

Non si comprende, tuttavia, se il rinvio alle leggi speciali possa privare di rilevanza le definizioni generali di cui all'art. 3 del menzionato decreto legislativo.

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 di cui al comma 4: «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 e, tantomeno, le disposizioni generali di cui al suo Capo I che, diversamente, potranno costituire un importante ausilio per l'interprete anche con riferimento alle cellule riproduttive, fetali e staminali embrionali.

---

*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.*

<sup>71</sup> Il termine è sovente impiegato nella letteratura britannica per indicare questa peculiare categoria di cellule, disciplinata dallo HFEA 1990; per tutti, I. GOULD, 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.

È risolutiva, sul punto, una recente pronuncia del Tribunale di Milano<sup>72</sup>, confermata successivamente dalla Corte d'Appello<sup>73</sup>.

Per pervenire all'accertamento della responsabilità penale dell'imputato per il reato di rapina degli ovociti della persona offesa, all'esito della sottrazione delle cellule, la sedazione e la fecondazione delle medesime contro il suo consenso, il collegio ha affermato che l'ovocita, quand'anche separato dal corpo mediante una procedura di espianto, è una "parte del corpo".

A ciò, ha aggiunto il tribunale milanese, che 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. Per tale ragione, il gamete, sia se espulso fisiologicamente sia se distaccato 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.

I dubbi, diversamente, permangono per l'inclusione dell'embrione tra le parti del corpo. Sebbene l'embrione possa essere considerato come «un insieme di cellule umane», sono numerose le tesi avanzate sulla natura giuridica dell'embrione nel corso del tempo e l'enigma del suo inquadramento sta alla base dell'interrogativo della liceità della ricerca scientifica<sup>74</sup> sullo zigote.

Si può azzardare, però, l'inclusione 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». Definizione che ben si attaglia a quelle cellule che non hanno alcuna *chance* di essere collegate ad alcun tessuto connettivo, come i gameti non suscettibili di alcun impiego nella fecondazione umana.

Per quanto concerne il secondo interrogativo, la compatibilità della destinazione alla ricerca scientifica con l'ordinamento italiano, l'indagine deve partire dall'esame dell'art. 13, l. n. 40/2004.

La disposizione vieta la sperimentazione, la produzione di embrioni preordinata a fini di ricerca o sperimentazione o comunque fini diversi da quelli procreativi e terapeutici per superare condizioni di sterilità ed evitare la diffusione di patologie genetiche ereditarie. Sono pure vietate forme di clonazione, ibridazione e selezione a scopo eugenetico.

<sup>72</sup> 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.

<sup>73</sup> Corte d'Appello di Milano, sez. III, 11 luglio 2019, pres. Mandrioli, *inedita*, 119 ss.

<sup>74</sup> *Ex multis*, G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Rivista di diritto civile*, 2, 2005, 105 ss.; F.D. BUSNELLI, E. PALMERINI, voce *Clonazione*, cit., § 7-8; F.D. BUSNELLI, *Il problema della soggettività del concepito a cinque anni dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2, 2010, 185 ss.; P. RESCIGNO, voce *Capacità giuridica*, in *Digesto Discipline Privatistiche, sez. civ.*, Agg. II, Torino, 1998, 221; ID., *Note in margine alla legge sulla procreazione assistita*, in Aa.Vv., *La fecondazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi*, Milano, 2005, 31 ss.; N. LIPARI, *Legge sulla procreazione assistita e tecnica legislativa*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2005, 578; P. PERLINGIERI, *la tutela dell'embrione*, in ID., *La persona e i suoi diritti*, Napoli, 2005, 315 ss.; P. ZATTI, *Quale statuto per l'embrione*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1990, 437 ss.

Diversamente, è ammessa la ricerca clinica e sperimentale sull'embrione umano per «finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche [...] volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative».

Il fondamento del divieto in esame va rintracciato in una serie di fonti internazionali a protezione della vita *in fieri*.

Si fa riferimento alla *Convenzione di Oviedo sui Diritti dell'Uomo e la biomedicina*<sup>75</sup>, alla *Risoluzione del Parlamento europeo sulla fecondazione artificiale in vivo e in vitro*<sup>76</sup>, alla *Raccomandazione relativa all'utilizzazione di embrioni e di feti umani a fini diagnostici, terapeutici, scientifici, industriali e commerciali*<sup>77</sup>, nonché alla *Raccomandazione sulla ricerca scientifica relativamente agli embrioni e ai feti umani*.

Si tratta allora di una condotta riprovevole in quanto lesiva della soggettività ascritta all'embrione, ancorché non impiantato e connesso alle pareti uterine della madre.

Eppure, in questa sede si dubita dell'assolutezza del divieto in discorso.

Lo stesso art. 18 Convenzione di Oviedo non esclude che gli Stati aderenti possano disciplinare la ricerca sugli embrioni in vitro, purché – se prevista – sia circondata da garanzie idonee a tutela della cellula specializzata: «Quando la ricerca sugli embrioni in vitro è ammessa dalla legge, questa assicura una protezione adeguata all'embrione».

Come illustrato in precedenza, gli embrioni soprannumerari abbandonati, in mancanza di una determinazione espressa da parte del paziente-aderente alle tecniche P.M.A. al mantenimento in stato di crioconservazione presso il centro, devono essere trasferiti alla Biobanca Nazionale, in cui è prevista l'attivazione di un centro di raccolta. Una volta trasferiti al centro nazionale, tali cellule specializzate sono destinate ad attività di ricerca sulle «cause patologiche, psicologiche, ambientali e sociali dei fenomeni della sterilità e della infertilità e favorire gli interventi necessari per rimuoverle nonché per ridurne l'incidenza»<sup>78</sup>.

Dunque, se è vero che la legge 40 non ammette forme di distruzione e sperimentazione su embrioni e cellule, in determinate e stringenti condizioni si consente la destinazione alla ricerca scientifica. Orbene, il divieto da assoluto diviene relativo.

Nulla si dice con riferimento ai soli gameti, con o senza condizioni patologiche riscontrate, ostative all'impiego in procedure di procreazione medicalmente assistita.

Si propone, allora, una soluzione differenziata.

Per i gameti abbandonati e non destinati a scopi procreativi, in difetto di una espressa esclusione da parte del regolamento di attuazione, si ritiene applicabile la l. n. 10/2020, in conformità con le

<sup>75</sup> Convenzione per la protezione dei Diritti dell'Uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti dell'applicazioni della biologia e della medicina, Oviedo, 4 aprile 1997, Trattato aperto alla firma degli Stati membri, degli Stati non membri i quali hanno partecipato alla sua elaborazione e dell'Unione europea e all'adesione degli altri Stati non membri.

<sup>76</sup> Risoluzione approvata il 16 marzo 1989, in GUCE C n. 96 del 17 aprile 1989, 171.

<sup>77</sup> Raccomandazione del Parlamento europeo n. 1046 del 24 settembre 1989.

<sup>78</sup> Ministero della salute, *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), in [www.salute.gov.it](http://www.salute.gov.it).

disposizioni anticipate di trattamento del soggetto titolare del potere di “controllo”, individuato secondo le regole contenute nella l. n. 40/2004, nelle linee guida e nel D.P.R. n. 131/2019.

Appare più articolato il ragionamento con riferimento agli embrioni abbandonati, in ragione del divieto di soppressione embrionaria.

Gli embrioni, quando soprannumerari abbandonati in via definitiva, scartati all’esito delle indagini genetiche preimpianto o confiscati, possono essere destinati alla ricerca mediante disposizioni anticipate, ma ciò non è sufficiente a superare il divieto di legge. Occorre che le cellule specializzate siano destinate alla Bio-Banca nazionale e che vi sia un apposito provvedimento di destinazione alla ricerca scientifica.

Tali forme di destinazione non appaiono in netto contrasto con il dettato normativo, trattandosi non di cellule formate con lo scopo della loro destinazione alla ricerca, bensì residue da cicli di P.M.A., non viabili per la fecondazione e, dunque, destinate alla crioconservazione *ab aeterno*.

Si tratta di una soluzione non difforme da quella impiegata in Spagna recentemente<sup>79</sup>. Il dipartimento della Salute della *Generalitat de Catalunya* ha approvato un progetto di *editing* genetico<sup>80</sup> da realizzare su embrioni umani abbandonati mediante la rivoluzionaria tecnica Crispr. Con siffatta tecnica, il team è ammesso a sopprimere alcuni embrioni che non hanno raggiunto il quattordicesimo giorno dalla fecondazione, per lo studio dei geni nello sviluppo embrionale. Gli scienziati useranno circa quaranta embrioni abbandonati, non utilizzati per le tecniche di riproduzione assistita.

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 più di un anno per valutare gli aspetti etici e legali degli esperimenti.

Dunque, per offrire garanzie agli embrioni, in conformità con le previsioni della Convenzione di Oviedo, non occorre un divieto assoluto, bensì un procedimento trasparente, che prende avvio con le D.A.T. del paziente, prosegue con l’invio delle *paillettes* contenenti le cellule alla Bio-Banca nazionale, nel rispetto dell’autodeterminazione del soggetto titolare del potere di controllo, e si conclude con un provvedimento del Ministro della Salute, sentito il Comitato nazionale della Bioetica, in ordine alla destinazione allo studio, alla formazione e alla ricerca scientifica ex l. n. 10/2020.

<sup>79</sup> Sul punto si veda C.M. ROMEO CASABONA, I. DE MIGUEL BERIAIN, A.D. SÁNCHEZ, *Gene Editing from the Perspective of Spanish Law*, in J.TAUPITZ, S.DEURING, *Rechtliche Aspekte der Genom-Editierung an der menschlichen Keimbahn. Veröffentlichungen des Instituts für Deutsches, Europäisches und Internationales Medizinrecht, Gesundheitsrecht und Bioethik der Universitäten Heidelberg und Mannheim*, 47, Berlin-Heidelberg, 2020, 389-411. Si veda anche il parere del Comité de Bioética de España, *Statement issued by the spanish bioethics committee on genome editing in humans*, consultabile in <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/en/CBE%20On%20Genome%20Editing%20In%20Humans.pdf>.

<sup>80</sup> A partire dalla prima mappatura del genoma umano, completata nel 2003, l’ingegneria biomedica ha avviato un sostanzioso numero di ricerche attorno al c.d. editing genetico. In specie, con la scoperta della proteina CRISPR-cas 9, ossia *Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeats*, è stato possibile conseguire modificazioni genetiche anche sull’uomo mediante una proteina programmabile, per la rimozione delle mutazioni genetiche produttive di condizioni patologiche e alla sostituzione, quali l’HIV o la distrofia laterale amiotrofica (SLA) 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*, 337, 6096, 17 agosto 2012, 816-821.

In aggiunta, la destinazione alla ricerca non pare avversata neppure dalle considerazioni svolte dalla Corte costituzionale<sup>81</sup>, la quale ha negato la destinazione alla ricerca degli embrioni, non in senso assoluto ma in ragione della natura discrezionale della scelta, che compete al legislatore. Ha affermato la Consulta: «unicamente al legislatore, infatti, compete la valutazione di opportunità (sulla base anche delle “evidenze scientifiche” e del loro raggiunto grado di condivisione a livello sovranazionale) in ordine, tra l’altro, alla utilizzazione, a fini di ricerca, dei soli embrioni affetti da malattia – e da quali malattie – ovvero anche di quelli scientificamente “non biopsabili”; alla selezione degli obiettivi e delle specifiche finalità della ricerca suscettibili di giustificare il “sacrificio” dell’embrione».

L’applicazione della novella sulle destinazioni *post mortem* anche alle cellule riproduttive potrebbe rappresentare, dunque, una risposta alla insoluta questione delle cellule e degli embrioni abbandonati, nonché un indubbio ausilio alla ricerca scientifica italiana, promossa dagli artt. 9, 33 e 34 Cost.

---

<sup>81</sup> Corte cost., 13 aprile 2016, n. 84, rv. 38829-31, in *Italggiure*; con nota di D. CARUSI, *La corte costituzionale e lo statuto dell’embrione*, in *Giurisprudenza italiana*, 2017, 2, 307-310; con nota di I. RIVERA, *La Corte costituzionale torna sulla sperimentazione sugli embrioni*, *ivi*, 311-315; con nota di C. PARDINI, *La libertà di ricerca scientifica e tutela dell’embrione*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 5, 2016, 790-798; 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 *Diritto penale contemporaneo*, 8 maggio 2016; con nota di E. CHIEREGATO, *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.