

Sugli embrioni “sospesi”

Franca Meola*

ON “SUSPENDED” EMBRYO

ABSTRACT: The paper, which starts from a survey of the legislative and jurisprudential factors that over time have contributed to fueling the use of cryopreservation of residual embryos following a treatment of PMA, questions the possible fate of these, proposing a diversification of use due to their continuing suitability for implantation for procreative purposes, or the presence in them of pathological conditions impeding this.

KEYWORDS: Cryopreservation; cryopreserved embryos; embryo donation; embryo adoption; embryo experimentation

ABSTRACT: Lo scritto, che prende le mosse da una ricognizione dei fattori legislativi e giurisprudenziali che nel tempo hanno concorso ad alimentare l’impiego della crioconservazione degli embrioni residuati in esito ad un trattamento di P.M.A., si interroga sul possibile destino di questi, proponendone una diversificazione d’impiego in ragione della loro perdurante idoneità all’impianto a fini procreativi, ovvero della presenza in essi di condizioni patologiche a ciò ostative.

PAROLE CHIAVE: Crioconservazione; embrioni crioconservati; donazione di embrioni; adozione di embrioni; sperimentazione su embrioni

SOMMARIO: 1. Sui “sospesi” e le diverse prospettive di indagine in cui tale aggettivazione proietta l’analisi sul destino degli embrioni crioconservati – 2. I fattori di carattere positivo che, nel tempo, hanno concorso ad alimentare l’impiego della crioconservazione – 3. Per una diversificazione, in ragione della *ratio*, della condizione degli embrioni ugualmente “sospesi” – 4. La sorte degli embrioni crioconservati tra “non idoneità” all’impianto e “scarto” – 5. Sul destino degli embrioni “non assolutamente idonei all’impianto”: tra problematiche contingenti ... – 5.1. ... e questioni prospettive – 5.2. *Segue*: sulle possibilità ed i limiti di una loro adozione – 5.3. *Segue*: sulla regolamentazione della donazione dei gameti – 5.4. *Segue*: dalla donazione dei gameti a quella degli embrioni – 6. Sul destino degli embrioni “scartati” – 6.1. *Segue*: su un loro possibile utilizzo a fini di ricerca e/o sperimentazione alla luce della giurisprudenza costituzionale – 6.2. *Segue*: sulla possibilità di destinare gli embrioni non più

* Ricercatrice t.d., lett. a) di Istituzioni di diritto pubblico – Università degli Studi della Campania “L. Vanvitelli”. Mail: franca.meola@libero.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo. Questo saggio riproduce, con integrazioni e aggiornamenti, la relazione sul tema: *L’embrione sospeso. Aspetti giuridici, tenuta nel corso del 5° Congresso Nazionale della S.I.R.U. (Società Italiana della Riproduzione Umana), Come, quando e perché: la presa in carico della coppia infertile. Dalla scienza alla persona, svoltosi a Rimini il 26-28 Maggio 2022.*

impiantabili alla ricerca scientifica ed alla sperimentazione in forza del dettato normativo di cui alla l. n. 10/2020 – 7. Dal “poema dantesco” alla “vulgata partenopea”: qualche considerazione di sintesi.

A coloro che
«essendo stati intenzionalmente chiamati alla vita,
dovrebbero morire senza essere mai nati»¹
e a quelli che, al contrario, sono comunque
«destinati a
non essere portati a nascita»²

1. Sui “sospesi” e le diverse prospettive di indagine in cui tale aggettivazione proietta l’analisi sul destino degli embrioni crioconservati

Più recentemente impiegata³ per riaccendere una discussione di ormai risalente datazione⁴, l’aggettivazione che qualifica come “sospesi” quegli embrioni che, formati in esito ad un trattamento di P.M.A., non vengono infine trasferiti in utero, e restano perciò “crioconservati” *sine die*, non è solo assai diversa da quella terminologia che più comunemente li definisce “abbandonati” “avanzati”, ma anche “sovranumerari”, ovvero “residuali”. Piuttosto, a differenza delle espressioni

¹ L’espressione è utilizzata dal COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *L’adozione per la nascita (APN) degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (P.M.A.)*, Roma, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l’informazione e l’editoria, 18 novembre 2005, 3.

² L’espressione è tratta dal COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Destino degli embrioni derivanti da PMA e non più impiantabili*, Roma, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l’informazione e l’editoria, 26 ottobre 2007, 3.

³ In effetti, riferita agli embrioni, l’espressione “sospesi” è stata utilizzata nel corso del predetto Congresso per dare il titolo sia alla sessione dei lavori del Precongresso a cura del GIS “Sicurezza e Qualità”, *L’embrione “sospeso”. Gestione e analisi del rischio*, sia ad alcune relazioni tenute nello svolgimento dei predetti lavori, e precisamente: *L’embrione sospeso. Aspetti burocratici dei Centri di PMA*, di A. ALLEGRA; *L’embrione sospeso. Aspetti clinici*, di A. MARINO; *L’embrione sospeso. Aspetti giuridici*, di F. MEOLA; *L’embrione sospeso: Aspetti comparativi*, di S. PENASA; *L’embrione sospeso: Aspetti embriologici*, di M. IACCARINO.

⁴ Il tema oggetto del presente contributo, ossia il “destino” degli embrioni crioconservati, è sempre stato oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina. Già anni prima del varo della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (“Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”, in G.U. n. 45 del 24.02.2004), in ragione del largo impiego delle diverse tecniche di P.M.A. e del numero sempre crescente di embrioni crioconservati in quanto non impiantati in utero (su cui vedi *infra*), di tale *vexata quaestio* discutevano M. ACIERNO, *Il potere di disposizione sugli embrioni prima dell’impianto*, in *Questione giustizia*, 3, 1999, 463 ss.; E. PALMERINI, *La sorte degli embrioni in vitro: in assenza di regole, il ricorso ai principi*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2, 1, 1999, 225 ss.; ed E. SGRECCIA, *Nei congelatori, embrioni o ovuli?*, in *Medicina e morale*, 3, 2001, 439 ss. All’indomani poi dell’intervento legislativo del 2004, e delle problematiche che, sotto tale profilo, ha fin da subito posto l’atto normativo in questione (su cui vedi *infra*), esso è stato particolarmente attenzionato da A. CONTI, P. DELBON, F. POLICINO, *La sperimentazione sugli embrioni umani: linee di tendenza etico-giuridiche in Europa*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 3, 2005, 549 ss.; Z. SEREBROVSKA, M.L. DI PIETRO, A. BOMPIANI, *Fecondazione artificiale e crioconservazione degli embrioni*, in *Medicina e Morale*, 2006, 13 ss.; F. MANTOVANI, *Embrioni crioconservati: quale futuro?*, in *Iustitia*, 3, 1, 2013, 191 ss. Più di recente, però, la riflessione sul tema e con essa la ricerca di possibili soluzioni al problema del destino degli embrioni crioconservati hanno subito una forte accelerazione per effetto di taluni interventi della Corte costituzionale, e delle successive deroghe da questa apposte al divieto assoluto di crioconservazione di cui all’art. 14, co. 1, legge n. 40/2004 (su cui vedi *infra*).

appena ricordate, quella utilizzata anche qui allo scopo di delineare il tema oggetto della riflessione cui ci si appresta, pare chiaramente prestarsi ad offrire spunti utili non soltanto ad intendere la condizione in cui tali embrioni attualmente versano, ma anche a definirne per il futuro il destino. Quasi naturalmente, infatti, riferita agli embrioni non impiantati, l'espressione *de qua*, nel fotografarne la peculiare situazione di “stasi” in cui ad oggi sono ancora relegati per effetto di un articolato normativo dai vuoti in questo senso assolutamente rilevanti, pare suggerire un accostamento lessicale in grado di proiettare la questione concernente il loro destino verso un possibile superamento di quella condizione di sospensione in cui ad ora sono costretti.

Nel linguaggio partenopeo, in effetti, l'espressione *de qua*, che richiama un'ormai risalente usanza sociale della tradizione napoletana, quella del “caffè sospeso”, in cui un avventore di un bar paga un caffè espresso a beneficio di uno sconosciuto che potrà usufruirne, a sua insaputa, nel corso della giornata, rimanda ad un chiaro atto di liberalità, e dunque ad un'attribuzione a favore di altro soggetto, compiuta spontaneamente e per puro spirito di generosità, senza quindi essere obbligato e senza conseguire alcun corrispettivo. Sicché, in questa sua accezione di significato, riferita agli embrioni di cui ci si sta occupando, la formula “sospesi” pare sollecitare una soluzione della loro condizione nel segno di un'apertura all'applicazione in ambito dell'istituto della “donazione”, quale presupposto utile, ed anzi propriamente necessario, ad una loro adozione.

Tuttavia, è indubbio che, adoperato quale aggettivo sostantivato, il termine “sospesi” rimanda pure ad altra espressione, forse ancor più nota della prima, il cui significato però è diametralmente opposto a quello di cui sin qui si è detto. Esso, infatti, riporta alla mente il verso “color che son sospesi” di dantesca memoria, in questo senso alludendo alla sorte di quanti sono destinati per l'eternità a un “duol senza martiri” per una colpa che non fu scelta personale⁵. Impiegata in questi termini, allora, l'espressione *de qua* finisce chiaramente per inibire la ricerca di qualsiasi strada utile a trarre gli embrioni non impiantati fuori da quella condizione di stagnazione in cui attualmente si trovano, cristallizzandone lo stato, e costringendoli perciò in un vero e proprio limbo in cui lo stato immobile ed immutabile in cui sono è destinato a protrarsi per un tempo indefinito.

La diversità dei significati riconducibili al concetto in esame (che sarebbe più corretto intendere come opposti), e con essa l'alterità delle prospettive in cui esso proietta l'indagine spingono allora ad interrogarsi sulle possibilità ed i limiti di un qualche impiego, tra quelli qui delineati, degli embrioni *de quibus* che, già alla luce del contesto normativo e giurisprudenziale attuale, possa sottrarli a quel fatale *exitus*, incerto nel *quando* ma drammaticamente certo nell'*an*, a cui, naturalmente, sembrano destinati. E ciò a partire da una ricostruzione dei fattori di carattere positivo che, nel tempo, hanno concorso ad alimentare l'impiego della crioconservazione, quale tecnica finalizzata a preservare la vitalità degli embrioni non impiantati, e perciò stesso a problematicizzare le conseguenze del ricorso ad essa.

2. I fattori di carattere positivo che, nel tempo, hanno concorso ad alimentare l'impiego della crioconservazione

Indiscutibilmente, quello della sorte degli embrioni crioconservati è un problema che, come spesso accade quando si tratta di questioni legate al ricorso alle tecniche di P.M.A., affonda le proprie radici

⁵ Dante Alighieri, *Inferno (Divina Commedia)*, vv. 43-126.

in quelle scelte infine positivate dal regolatore pubblico nella legge 40/2004, molte delle quali sono fin da subito apparse irragionevoli, contraddittorie, ovvero *tout court* illegittime.

Certo, non può negarsi, anche perché metodologicamente scorretto, che, già prima dell'approvazione della legge in questione, la crioconservazione degli embrioni che, formati per effetto del già diffuso ricorso alle tecniche di P.M.A., non venivano infine più impiantati per le più varie ragioni (rifiuto della madre all'impianto, della coppia alla realizzazione di un ulteriore progetto genitoriale, impedimento di salute della madre, ovvero raggiungimento da parte di questa di un'età che non consente più obiettivamente lo sviluppo di una gravidanza priva di rischi, etc.), rappresentava una metodica di uso corrente nella prassi medica.

Anzi, in carenza di qualsiasi limite legale⁶:

⁶ Come è noto, dal punto di vista normativo la fase anteriore all'approvazione della legge n. 40/2004 è stata da più parti intesa come un vero e proprio "Far West procreativo", che avrebbe consentito a medici e biologi di abbandonarsi all'impiego delle più diverse tecniche procreative ed alle più disparate sperimentazioni senza limiti. In realtà, è scorretto pensare che, prima dell'intervento legislativo del 2004, mancassero norme incidenti in materia, e finalizzate pertanto a disciplinare possibilità e limiti della P.M.A. Più precisamente, a regolamentare l'applicazione delle tecniche di fecondazione assistita prima del 10 marzo 2004 sono state: – Circolare ministeriale adottata dal Ministro della Sanità Degan il 1° marzo 1985 sui «Limiti e condizioni di legittimità dei servizi per l'inseminazione artificiale nell'ambito del Servizio sanitario nazionale» (meglio nota come «circolare Degan»). Con riferimento ai centri di fecondazione assistita presenti nelle strutture pubbliche, tale circolare limitava l'impiego delle nuove tecniche riproduttive, ammettendo solo quelle di tipo omologo, e riservando l'accesso ad esse alle sole coppie unite in matrimonio. Al contrario, in queste stesse strutture non era possibile, poiché vietata, effettuare la fecondazione eterologa. Naturalmente ciò di converso implicava la possibilità per tutte le coppie, sposate o conviventi *more uxorio*, di poter accedere alla fecondazione eterologa, rivolgendosi ai centri privati. – Circolare n. 19 del 27 Aprile 1987 adottata dal Ministro Donat Cattin, sulle «Misure di prevenzione della trasmissione di HIV e altri agenti patogeni attraverso seme umano impiegato per la Fecondazione artificiale». Tale circolare regolamentava la raccolta di seme a fini di fecondazione con intervento di un donatore, di cui veniva garantito l'anonimato, rinviando ad atti successivi, mai peraltro adottati, la definizione dei requisiti dei centri. – Circolare n. 17 del 10 Aprile 1992 del Ministro De Lorenzo avente ad oggetto «Misure di prevenzione della trasmissione di Hiv e di altri agenti patogeni nella donazione di liquido seminale impiegato per la fecondazione assistita umana e nella donazione d'organo, di tessuti e di midollo osseo». L'approvazione di tale circolare, che ha sostituito quella adottata dal Ministro Donat Cattin, è di fatto scaturita dalla necessità di aggiornamento della precedente circolare alla luce delle successive acquisizioni scientifiche del tempo, «anche in considerazione di altre situazioni di trasmissione dell'HIV e di altri agenti patogeni quali la donazione d'organo, di tessuti e di midollo osseo». – Due ordinanze del Marzo 1997, e precisamente: Ordinanza del Ministro della Sanità del 5 Marzo 1997, sul «Divieto di commercializzazione e di pubblicità di gameti ed embrioni umani» (in G.U. Serie Generale n. 55 del 07.03.1997). Ordinanza del Ministro della Sanità del 5 Marzo 1997, sul «Divieto di pratiche di clonazione umana e animale» (in G.U. Serie Generale n. 55 del 07.03.1997). L'efficacia di tali ordinanze è stata più volte prorogata. L'una, con più ordinanze, ugualmente finalizzate a concedere una «Proroga dell'efficacia dell'ordinanza 5 marzo 1997 concernente il divieto di commercializzazione e di pubblicità di gameti ed embrioni umani», e, più precisamente, con: ordinanza del 4 giugno 1997 (in G.U. Serie Generale n. 132 del 09.06.1997); ordinanza del 04 settembre 1997 (in G.U. Serie Generale n. 215 del 15.09.1997); ordinanza del 23 gennaio 1998 (in G.U. Serie Generale n. 28 del 04.02.1998); ordinanza del 22 dicembre 1999 (in G.U. Serie Generale n. 12 del 17.01.2000); ordinanza dell'08 dicembre 2001 (in G.U. Serie Generale n. 25 del 30.01.2002); ordinanza del 10 dicembre 2003 (in G.U. Serie Generale n. 35 del 12.02.2004). L'altra pure con una serie successiva di ordinanze tutte in tema di «Proroga dell'efficacia dell'ordinanza ministeriale 5 marzo 1997 relativa al divieto di pratiche di clonazione umana o animale», e specificamente con: ordinanza del 04.09.1997

«tale pratica trovava ampio ed incontrollato riscontro nei protocolli di P.M.A. seguiti al tempo e si prestava ai fini più disparati, tra i quali, in particolare, quello di produrre un numero di embrioni (una “scorta”) sufficiente per effettuare indagini genetiche preimpianto e, all’esito di queste, selezionare gli embrioni non affetti da malattie genetiche; rispondeva all’esigenza di evitare i rischi sulla salute della donna e del nascituro derivanti da ripetute stimolazioni ormonali o da possibili gravidanze plurigemellari; o ancora, mirava a creare embrioni il cui trasferimento in utero veniva posticipato, vuoi per ragioni mediche connesse alla salute della madre – che consigliavano di non procedere all’immediato avvio della gravidanza –, vuoi per ragioni di mera opportunità fatte proprie dai genitori, chiamati così a decidere, in accordo con

(in G.U. Serie Generale n. 215 del 15.09.1997); ordinanza del 23.01.1998 (in G.U. Serie Generale n. 28 del 04.02.1998); ordinanza del 30.06.1998 (in G.U. Serie Generale n. 160 dell’01.07.1998); ordinanza del 22 dicembre 1998, (in G.U. Serie Generale n. 303 del 30.12.1998); ordinanza del 25 giugno 1999, (in G.U. Serie Generale n. 154 del 03.07.1999); ordinanza del 22 dicembre 1999, (in G.U. Serie Generale n. 12 del 17.01.2000); ordinanza del 22 giugno 2000, (in G.U. Serie Generale n. 152 dell’01.07.2000); ordinanza del 22 dicembre 2000, (in G.U. Serie Generale n. 28 del 03.02.2001); ordinanza del 27 giugno 2001 (in G.U. Serie Generale n. 166 del 19 luglio 2001); ordinanza del 4 dicembre 2002 (relativamente però alla sola «Proroga dell’efficacia dell’ordinanza concernente il divieto di pratiche di clonazione umana»); in G.U. Serie Generale n. 304 del 30.12.2002); ordinanza del 30 maggio 2003 (in G.U. Serie Generale n. 158 del 10.07.2003). La prima vieta ogni forma di remunerazione nella cessione di gameti, embrioni. La seconda, invece, vieta tutti gli esperimenti finalizzati alla clonazione umana o animale e fa obbligo ai centri pubblici e privati, che praticano la P.M.A., di comunicare al Ministero una serie di notizie (responsabile del centro, tipi di attività espletati ecc.). L’inosservanza di questi obblighi è sanzionata con il divieto di praticare ogni tecnica di procreazione assistita.

– Due ordinanze del dicembre del 2001 dell’allora Ministro della Salute, Girolamo Sirchia.

L’una datata 18 dicembre 2001 «Proroga dell’efficacia dell’ordinanza concernente il divieto di commercializzazione e di pubblicità di gameti ed embrioni umani e dell’ordinanza concernente il divieto di importazione e di esportazione di gameti o di embrioni umani» (in G.U., Serie Generale n. 25 del 30.01.2002).

L’altra del 21 dicembre 2001, avente ad oggetto «Proroga dell’efficacia dell’ordinanza concernente il divieto di pratiche di clonazione umana» (in G.U., Serie Generale n. 30 del 05.02.2002).

– Il Codice deontologico dell’Ordine professionale dei Medici, approvato dalla Federazione il 3 ottobre 1998, vincolava gli appartenenti a tale ordine professionale all’osservanza di alcune norme, in particolare vietando al medico, “nell’interesse del bene del nascituro”, di attuare:

- forme di maternità surrogata;
- forme di fecondazione assistita al di fuori di coppie eterosessuali stabili;
- forme di fecondazione assistita in donne in menopausa non precoce;
- forme di fecondazione assistita dopo la morte del padre.

Sempre per il codice, era vietata ogni pratica di fecondazione assistita ispirata a pregiudizi razziali, non era consentita alcuna selezione di gameti ed era bandito ogni sfruttamento commerciale, pubblicitario, industriale di gameti, embrioni o feti, nonché la produzione di embrioni ai soli fini di ricerca. Erano inoltre vietate pratiche di fecondazione assistita in studi, ambulatori e strutture sanitarie prive di idonei requisiti. Il medico che violava le summenzionate regole veniva sottoposto a procedimento disciplinare da parte dell’Ordine. Alla luce della diversità e molteplicità di atti comunque incidenti in materia di P.M.A., di cui si è fatta qui menzione, è evidente che la credenza, pure assai diffusa, di un vero e proprio vuoto normativo, colmato solo in conseguenza dell’approvazione della legge n. 40/2004, è assolutamente erronea. In realtà, ciò che è mancato, per lungo tempo, è stata una disciplina in grado di guardare alle nuove metodiche procreative nella loro diversità e complessità, risolvendo quindi le problematiche connesse alla loro diffusione entro una cornice normativa unitaria. E tanto proprio al fine di evitare che il caos normativo prodotto da atti di diversa natura e di vario contenuto potesse favorire il proliferare di situazioni giuridicamente assai problematiche.

il medico, non solo il momento di formazione degli embrioni ma anche quello del loro trasferimento in utero»⁷.

Tuttavia, da un legislatore attento, che interviene in un campo, quale quello in esame, non solo assai delicato, ma nel quale si erano già ampiamente registrate le problematiche di cui si sta trattando, ci si sarebbe aspettati non soltanto la “presa in carico” della sorte di questi stessi embrioni, ma pure la positivizzazione di scelte atte, per il futuro, ad evitare l’insorgenza del problema, ovvero a regolamentare puntualmente il destino degli embrioni che sarebbero venuti formandosi in conseguenza dell’impiego delle nuove metodiche procreative che si apprestava a disciplinare.

Ed invece, già nella sua formulazione originaria, l’articolato normativo della legge 40 ha finito addirittura per alimentare il problema.

Basti in questo senso anche solo considerare i molti limiti della previsione in tema di crioconservazione, di cui all’art. 14, commi 1 e 3, della legge n. 40/2004.

È noto, al riguardo, che al perentorio e fermo divieto di crioconservazione degli embrioni fissato in *incipit* a tale articolo (art. 14, co. 1), lo stesso testo di legge deroga nella sola ipotesi in cui si tratti di embrioni il cui trasferimento «non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione» (art. 14, co. 3).

Inopinabilmente, al riguardo potrebbe obiettarsi che la disposizione legislativa che la contempla, configura espressamente il ricorso alla crioconservazione in termini di misura meramente transitoria, in attesa di un trasferimento in utero degli embrioni “da realizzarsi non appena possibile”. Sicché, la possibilità che a partire da qui si alimenti non solo la pratica della crioconservazione ma anche e soprattutto il problema a ciò conseguenziale del destino degli embrioni che versano in tale condizione pare oggettivamente perdere spessore.

Tuttavia, è altrettanto indubbio che, laddove le condizioni di salute della madre, ostative all’impianto, perdurino dopo la crioconservazione degli embrioni, rendendone quindi impossibile il trasferimento in utero, la misura della crioconservazione a cui si è fatto ricorso è naturalmente destinata a perdere il carattere temporaneo ad esso attribuito dalla legge, per trasformarsi in una condizione di stasi *sine die*⁸.

Ed è già qui che il dubbio concernente il destino degli embrioni formati e non impiegati a fini procreativi inizia ad acquistare una certa corposità.

Se, infatti, non può negarsi che, trattando degli embrioni non impiantati per effetto di insuperabili problematiche di salute della madre, è la stessa disposizione legislativa in parola a consentirne la crioconservazione, è altrettanto incontrovertibile che, nella sua portata letterale, tale previsione non sembrerebbe consentire una legittimazione di questa loro condizione per un tempo indefinito, che, però, di fatto, finisce per divenire tale e mettere perciò stesso in discussione la *voluntas legislatoris*, contraria ad una praticabilità generalizzata e senza limiti di tale tecnica.

⁷ Così, M.P. IADICICCO, *La «scelta tragica» sul destino degli embrioni non impiantati tra discrezionalità del legislatore e vaglio del giudice costituzionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2016, 188.

⁸ In tal senso, M.P. IADICICCO, *La «scelta tragica» sul destino degli embrioni non impiantati tra discrezionalità del legislatore e vaglio del giudice costituzionale*, cit., 190.

Uguali problematiche trovano del resto attecchimento nel disposto del 5 comma dello stesso articolo, che, come è noto, riconosce alla coppia il diritto di essere informato sullo stato di salute dell’embrione in ogni fase di applicazione delle tecniche di P.M.A. In ragione di tale previsione, infatti, è indubbio che, laddove a tali scopi non sia possibile effettuare la biopsia sull’embrione, questi non potrà essere impiantato, e dovrà, invece, essere crioconservato. Sicché, anche per tale via, la legge, che pur espressamente fissa un preciso divieto al riguardo, in assenza di ulteriori e diverse previsioni di impiego di questi stessi embrioni, finisce per rendere comunque possibile il ricorso alla pratica *de qua*, e perciò stesso favorire lo sgretolamento del divieto da essa stessa posto.

D’altro canto, neppure nulla la legge dice in ordine alla sorte degli embrioni prodotti per effetto del ricorso alle nuove tecnologie riproduttive, laddove, successivamente alla loro formazione, vengano meno i presupposti soggettivi di accesso alle tecniche in capo alla coppia che abbia fatto ricorso alla P.M.A.⁹.

A tacere delle ulteriori ipotesi, che negli anni hanno trovato una loro pur controversa definizione giudiziaria¹⁰, ad oggi l’interrogativo investe in particolare le conseguenze connesse al mutamento di sesso

⁹ In effetti, valutata nella sua portata letterale, e quindi senza tener conto dei successivi interventi di carattere interpretativo dei giudici ordinari, anche il dettato dell’art. 5 della legge n. 40/2004, in cui sono positivizzati i requisiti soggettivi di accesso alle tecniche di P.M.A., pone, nella prospettiva di indagine prescelta, interrogativi di non poco spessore. Come è noto, tale disposizione limita l’accesso alle nuove tecnologie riproduttive alle sole «coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi». Conseguentemente, in ragione del tenore testuale della disposizione, il venir meno di uno di questi requisiti avrebbe dovuto essere interpretato quale causa di inutilizzabilità dell’embrione crioconservato. Ad inverare tale ipotesi: il divorzio o la separazione della coppia, ovvero la morte di uno dei partner, ma anche il superamento dell’età fertile oppure ancora (come nel caso che si va considerando nel testo) il mutamento di sesso di uno dei partner. In tutti questi casi, in effetti, pur in assenza di un’esplicita rinuncia all’impianto da parte della coppia, si sarebbe dovuto concludere per l’inutilizzabilità a fini procreativi dell’embrione prodotto a mezzo del ricorso alla P.M.A.

¹⁰ Come si è accennato alla nota precedente, la disposizione in cui sono positivizzati i requisiti soggetti di accesso alle nuove metodiche procreative è stata oggetto di successivi interventi della magistratura ordinaria, che si è già più volte espressa riguardo agli effetti che sul prosieguo del trattamento, ed in particolare sull’impianto in utero dell’embrione già prodotto e crioconservato, spiega l’intervenuto decesso del partner maschile, ovvero il venir meno del rapporto coniugale (ovvero *more uxorio*) della coppia che ha fatto ricorso alle tecniche di P.M.A. Le pronunce intervenute sia sull’uno che sull’altro profilo hanno in entrambi i casi concluso per il prosieguo del trattamento e l’utilizzo dell’embrione a fini procreativi, delineando un certo indirizzo giurisprudenziale che ha alimentato un vivace dibattito dottrinale, specie con riguardo all’ipotesi dell’impianto in utero dell’embrione crioconservato, a seguito della rottura del rapporto di coppia. Intanto, con riferimento alla problematica prassi della fecondazione *post mortem*, è bene ricordare che il *leading case* italiano è ormai risalente, in quanto datato 1999. Al tempo, il Tribunale di Palermo emise un provvedimento d’urgenza con cui autorizzò il Centro di Fecondazione assistita del noto ginecologo Ettore Cittadini ad impiantare embrioni prodotti anni prima attraverso la P.M.A. nell’utero di una donna rimasta vedova a seguito di un infarto del marito. Per approfondimenti sulla vicenda giudiziaria *de qua*, Tribunale di Palermo, ordinanza 8 gennaio 1999, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1999, 226 ss., con note di A. MIRANDA, “Tragic choice” in Italy: *brevi note in tema di esecuzione post mortem del contratto di procreazione medicalmente assistita*, e G. GIAIMO, *Brevi riflessioni su una gravidanza indotta per decisione del giudice*. Per ulteriori osservazioni critiche al riguardo, cfr. A. MARTINI, *Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2006, 225 ss.; E. QUADRI, *La nuova disciplina della procreazione assistita*, in AA.VV. (a cura di), *La procreazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi*, Milano, 2005, 57 ss.; P. PERLINGIERI, F. PROSPERI, *Famiglia e rapporti parentali*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2012, 890 ss. Più di recente, ad autorizzare l’impianto intrauterino di embrioni in donna vedova è stato, invece, il Tribunale di

di uno dei *partner* della coppia che, in possesso di tutti i requisiti cui la legge subordina le possibilità di accesso alle nuove tecnologie riproduttive, abbia fatto originariamente ricorso alla procreazione assistita, per poi sciogliersi in conseguenza delle nuove scelte di genere fatte da uno dei due.

Certamente residuale, il caso, tuttavia, non può non essere comunque oggetto di disamina, ben potendo ipotizzarsi che, verificatasi i presupposti in presenza dei quali è legittimamente consentito il ricorso alla crioconservazione (art. 14, co. 3), questa condizione finisca poi per stabilizzarsi non per il perdurare delle difficoltà di salute della donna, ma per le diverse scelte di vita che, in ragione del proprio orientamento sessuale, uno dei due *partner* fa.

In questo caso, a tenore della norma, che limita l'utilizzo di tali tecniche, riservandolo alle sole «coppie di maggiorenni di sesso diverso», sembrerebbe doversi concludere che il venir meno, per il profilo in questione, dell'elemento soggettivo sia causa di inutilizzabilità degli embrioni prodotti, che, quindi, non potranno essere impiegati a fini procreativi da parte della stessa coppia che ne ha determinato la formazione.

Tale conclusione, però, lascia comunque privo di risposta l'interrogativo concernente la sorte di quegli stessi embrioni. Se, infatti, è indubbio che, come appena evidenziato, questi non potrà più essere impiegato per il soddisfacimento delle esigenze procreative della coppia, è altrettanto evidente che, nel silenzio della legge, neppure nessuno dei due *partner* potrà singolarmente impiegarlo per quegli stessi scopi. E ciò a prescindere da chi abbia operato un cambiamento della propria identità sessuale. Laddove, infatti, a fronte della nuova scelta di genere operata dalla *partner*, fosse l'uomo ad avanzare una tale pretesa, questa non potrebbe che risultare frustrata, stante il divieto di accesso alla maternità surrogata, che sola potrebbe effettivamente consentire a questi la realizzazione del proprio desiderio di genitorialità. Nell'ipotesi contraria, invece, in assenza di qualsivoglia prescrizione legislativa sul

Lecce, ordinanza 21 – 24 giugno 2019. Per un commento di tale decisione, cfr. D. GIUNCHEDI, *L'impianto intrauterino degli embrioni dopo il decesso del marito*, in www.giustiziacivile.com. Tuttavia, sebbene all'apparenza simili, i casi di cui si è fatto qui cenno, sono assolutamente diversi, ed «ogni tentativo di assimilazione è assolutamente opinabile. E non soltanto per ragioni di carattere temporale, stante la più risalente datazione del caso palermitano rispetto all'approvazione della legge n. 40 del 2004 e la conseguente positivizzazione del divieto di fecondazione *post mortem*. Piuttosto, diversamente da quanto risulta dalla vicenda dedotta alla cognizione del giudice leccese, nel caso definito dal Tribunale del capoluogo siciliano la morte del marito era sopravvenuta nel corso dell'applicazione della tecnica, dopo l'impianto del primo dei tre embrioni prodotti (e crioconservati per essere impiegati uno dopo l'altro fino alla gravidanza) e durante il termine di attesa necessario ad eseguire il secondo trasferimento»; in tal senso, sia consentito rinviare a F. MEOLA, *Quando si dice non più. Ragionando sugli artt. 5, comma 1, e 6, commi 1 e 3, della legge n. 40 del 2004*, in *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 1, 2021, nota 20. Con riguardo, invece, alla richiesta di impianto in utero degli embrioni crioconservati da parte della donna, nonostante l'intervenuta rottura del rapporto di coppia, si ricordi che con essa si sono ancora di recente confrontati dapprima il Tribunale di Perugia (ordinanza cautelare del 28 novembre 2020, inedita), e poi il Tribunale di S. Maria C.V. (ordinanza cautelare dell'11 ottobre 2020; nonché Tribunale di S. Maria C.V., ordinanza collegiale del 27 gennaio 2021. Il testo delle ordinanze pronunciate dal Tribunale di S. Maria C.V. è pubblicato sul sito della rivista *Biolaw Journal*, Biodiritto.org). Per una ricostruzione di tali vicende ed un commento delle stesse, sia consentito di nuovo rinviare a F. MEOLA, *Quando si dice non più. Ragionando sugli artt. 5, comma 1, e 6, commi 1 e 3, della legge n. 40 del 2004*, cit.; nonché Id., *Il consenso informato al trattamento di PMA e la sua irrevocabilità: a proposito di alcune recenti ordinanze ... "da ignorare"*, in Cortisupremeesalute.it, 2021, 2. Ulteriori commenti di tali ordinanze sono stati offerti da R.S. BONINI, *Procreazione medicalmente assistita: vittime del consenso*, ed E. GRASSO, *Il tempo del consenso: alcune riflessioni comparative sul diritto all'impianto dell'embrione crioconservato e conteso*, entrambi in *Politica del diritto*, 3, 2021, rispettivamente 475 ss. e 489 ss.

punto, la pretesa della donna, che avanzasse comunque richiesta di impianto in utero dell’embrione crioconservato, sembrerebbe dover esser rigettata, stante il venir meno di quella coppia che è la sola, per legge, a poter accedere alle tecniche di P.M.A. E ciò non soltanto in ragione della rottura del rapporto, ma anche per l’assenza di quell’alterità di genere che la legge ritiene essenziale ai fini della realizzazione di un progetto filiale. Né parrebbe possibile, in questa stessa ipotesi, far leva sul consenso comunque prestato dal *partner* alla fecondazione e sulla sua irrevocabilità, posto che, nel caso di specie, ai dubbi già espressi in quelle che sono state definite ipotesi di “paternità costretta”¹¹, verrebbero a sommarsi quelle stesse ragioni di contrarietà che, ad oggi, nel nostro ordinamento, osteggiano la filiazione da parte di coppie *omosex*¹².

¹¹ Il riferimento, qui, è ai casi (di cui si è detto nella nota immediatamente precedente) decisi dapprima dal Tribunale di Perugia, e poi dal Tribunale di S. Maria C.V. Entrambi i giudizi, in effetti, vengono intentati dal partner maschile della coppia, che, dopo aver prestato il proprio assenso al ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, ai fini della realizzazione di un progetto filiale, prima che tale trattamento si completi a mezzo dell’impianto in utero degli embrioni formati, manifesta la ferma volontà di interrompere la ricerca del figlio, revocando il consenso originariamente manifestato ai fini dell’impiego delle nuove metodiche procreative. Conseguentemente, pur a fronte della riconoscibilità, all’interno delle ordinanze in commento, di talune specificità argomentative che valgono a marcarne la singolarità, è indubbio che le vicende giudiziarie da cui le ordinanze infine pronunciate sono state provocate hanno ugualmente richiamato l’attenzione dell’interprete sulla revocabilità del consenso al trattamento di P.M.A. alla luce del dato letterale della legge n. 40/2004, ed in particolare della disposizione (art. 6) che, dopo aver specificato le modalità di espressione del consenso della coppia a tal tipo di trattamento, stabilisce infine che la volontà di avvantaggiarsi delle nuove metodiche procreative può essere revocata da ciascuno dei *partners* «fino al momento della fecondazione dell’ovulo» (art. 6, comma 3, ult. cpv.). Su tali casi giudiziari, per un approfondimento, sia nuovamente consentito rinviare a F. MEOLA, *Quando si dice non più. Ragionando sugli artt. 5, comma 1, e 6, commi 1 e 3, della legge n. 40 del 2004*, cit.; nonché ID., *Il consenso informato al trattamento di PMA e la sua irrevocabilità: a proposito di alcune recenti ordinanze ... “da ignorare”*, cit.

¹² L’ipotesi qui considerata presenta in realtà tratti di assoluta peculiarità, che non hanno ad oggi costituito oggetto di specifica attenzione da parte del legislatore che pure, occupandosi di coppie *omosex*, ha inevitabilmente finito per affrontare anche la questione della filiazione da parte di tali nuove formazioni sociali. Sul punto, però, con riferimento alle scelte intanto positivate del legislatore, risulta immediatamente necessario un chiarimento. In effetti, la legge 20 maggio 2016, n. 76 (“Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze”, in G.U. n. 118 del 21 maggio 2016), meglio nota come “legge Cirinnà”, pare presupporre l’impossibilità della filiazione nell’unione civile tra persone dello stesso sesso. In realtà, questa prospettiva è assolutamente errata. Nell’unione civile tra persone dello stesso sesso, infatti, può esservi filiazione, tanto adottiva [ex articolo 44, lett. d), legge n. 184 del 1983. Cfr. C., s.u., 12193/2019], quanto “biologica”, con discendenza genetica del figlio da una sola delle persone civilmente unite (nel caso in cui l’ovulo provenga da una donna della coppia omosessuale, ma la gravidanza sia portata a termine dall’altra donna della coppia, e l’atto di nascita del figlio sia formato in un ordinamento straniero, per le regole del quale entrambe le donne possano essere indicate come madri. Cfr. per tutte, sul punto, C. 19599/2016), o anche con discendenza genetica del figlio da entrambe le persone civilmente unite; e, in quest’ultimo caso, sia per mezzo di tecniche di procreazione medicalmente assistita, sia senza il ricorso a tali tecniche di procreazione. In tema, e solo al fine di offrire qualche indicazione bibliografica, utile ad un approfondimento del tema, per come affrontato nel nostro sistema ordinamentale specie a seguito dell’approvazione della legge sulle unioni civili, si rinvia, quanto alla dottrina civilistica a: L. LENTI, *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 2016, 1707 ss.; C. CERSOSIMO, *Ordine pubblico e filiazione omogenitoriale*, in *Famiglia*, 1, 2, 2017, 104 ss.; V. BARBA, *Unione civile e adozione*, in *Famiglia e diritto*, 2017, 381 ss.; G.F. BASINI, *Filiazione e adozione nell’unione civile*, in G. BONILINI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, Milano, V, 2017, 395 ss.; E. BILOTTI, *Convivenze, unioni civili, genitorialità, adozioni*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2017, 873 ss.; G. PERLINGIERI, *Discriminazione di coppie omosessuali?*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 1, 2019, 1 ss. Per quel che concerne, invece, la dottrina

Sicché, valutata in questa prospettiva, la sorte degli embrioni *de quibus* pare davvero “nebulosa”.

E tale sembrerebbe potersi definire anzitutto la scelta a favore di una loro perdurante crioconservazione, posto che essa è sì necessitata, ma urta comunque contro il dettato legislativo, in contrasto col quale il ricorso a tale pratica da vietato finisce in questo modo addirittura per alimentarsi.

Né diversamente aggettivabile pare il destino di altri embrioni che, sempre a causa di miopi scelte legislative, tradottesi in un dettato normativo carente di coerenza e completezza, risulta ad ora oggettivamente indefinito.

Si rifletta, al riguardo, sul divieto di revoca del consenso all’impianto di cui all’art. 6, comma 3, e di qui sul limite contro cui si infrange la volontà contraria alla realizzazione di un progetto genitoriale di ciascuno dei *partner* della coppia una volta che sia intervenuta la fecondazione dell’ovulo¹³.

Al di là dei molti dubbi di legittimità che la disposizione *de qua* ha sollevato in molta parte della dottrina¹⁴, ma anche tra i giudici che in questi anni si sono confrontati con essa, per essere tenuti a farne applicazione nella definizione di talune vicende giudiziarie di indubbia complessità¹⁵, tale previsione ha fin da subito posto agli interpreti anche un problema di natura pratico-operativa di notevole importanza.

pubblicistica, cfr. L. GIACOMELLI, in *Osservatorio costituzionale*, 3, 2018, 37 ss.; F. RESCIGNO, “Omnia non vincit Amor”. *Riflessioni sulla giurisprudenza costituzionale italiana ed austriaca in tema di coppie omosessuali*, in *Federalismi.it*, 5, 2018, 16 ss.; M. MANETTI, *La decostituzionalizzazione del paradigma eterosessuale nella genitorialità da PMA*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 2019, 2613 ss.; S. CARABETTA, *Coppie «same sex» ed omogenitorialità*, in *OIDU - Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 4, 2020, 946 ss.; D. LORENZETTI, *I limiti alla procreazione medicalmente assistita alla luce della giurisprudenza costituzionale. La sentenza 221/2019 e la conferma del divieto per le coppie omosessuali di accedere alla PMA*, in *Sanità Pubblica e Privata*, 1, 2020, 60 ss.

¹³ Si ricordi che, ai sensi dell’art. 6, comma 3, ultima alinea, legge n. 40/04: «La volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma fino al momento della fecondazione dell’ovulo».

¹⁴ A proposito dei dubbi di legittimità posti dal dettato dell’art. 6, co. 3, legge n. 40/2004, sia consentito rinviare a F. MEOLA, *Quando si dice non più. Ragionando sugli artt. 5, comma 1, e 6, commi 1 e 3, della legge n. 40 del 2004*, cit.; Id., *Il consenso informato al trattamento di PMA e la sua irrevocabilità: a proposito di alcune recenti ordinanze ... “da ignorare”*, cit.

¹⁵ Qui, in particolare, il riferimento è al Tribunale di Firenze (ordinanza n. 166 del 7 dicembre 2012, in G.U., 17 luglio 2013, Prima serie speciale n. 29, 65-76), che, in tempi successivi alla dichiarazione di inammissibilità resa nel 2009 dalla Corte costituzionale in esito alla definizione della questione di legittimità sollevata nei riguardi della disposizione del comma 3 dell’art. 6 della legge n. 40/2004 nella parte in cui stabilisce che la richiesta di procedere alla P.M.A. “può essere revocata fino al momento della fecondazione dell’ovulo”, per difetto di motivazione sulla rilevanza nel giudizio *a quo* [Corte costituzionale, sentenza n. 151 dell’08 maggio 2009, punto 8 del *Considerato in diritto*, in *Consultaonline.it* (all’indirizzo Giurcost.org)], ha nuovamente richiamato i giudici costituzionali alla necessità di valutare la legittimità di tale disposizione senza tuttavia ottenere risposta ai propri dubbi. Anche in tale occasione, infatti, la Corte non ha affrontato, nel merito, i dubbi di costituzionalità dedotti, al riguardo, alla propria cognizione [Corte costituzionale, sentenza n. 84 del 22 marzo 2016, punto 6.1 del *Considerato in diritto*, in *Consultaonline.it* (all’indirizzo Giurcost.org)]. In tempi più recenti, poi, con la disposizione *de qua* si sono confrontati pure il Tribunale di Perugia (ordinanza cautelare del 28 novembre 2020, inedita), ed il Tribunale di S. Maria C.V. (ordinanza cautelare dell’11 ottobre 2020; nonché Tribunale di S. Maria C.V., ordinanza collegiale del 27 gennaio 2021. Il testo delle ordinanze pronunciate dal Tribunale di S. Maria C.V. è pubblicato sul sito della rivista *Biolaw Journal*, al sito Biodiritto.org); su cui vedi *supra* nota n. 8. Tuttavia, a differenza del Tribunale fiorentino, quello perugino, e con esso quello sammaritano, hanno optato per un’applicazione letterale del disposto in questione, piuttosto che per una remissione degli atti alla Corte costituzionale, al fine di vagliare la fondatezza dei dubbi posti da quello stesso dettato normativo.

All'interno, infatti, di un testo normativo dai contenuti già particolarmente stringenti in ordine al destino degli embrioni non impiantati, in quanto oggetto di un divieto assoluto di soppressione, ma anche di crioconservazione (con la sola eccezione, prevista nel comma 3 dell'art. 14, concernente la ricorrenza di particolari condizioni di salute della donna), tale disposizione nulla dice a proposito del destino degli embrioni non impiantati a causa del rifiuto da parte della madre a riceverne il trasferimento in utero. Sicché, quali che siano le ragioni della donna, che possono essere le più varie, ed anzi anche le più deplorevoli, il destino di tali embrioni, già naturalmente inciso da una simile scelta, resta pure assolutamente indefinito in punto di diritto, stante il silenzio serbato dalla legge in ordine alle conseguenze di tale rifiuto.

Del resto, a ben riflettere, non solo la legge non prevede alcuna sanzione nei riguardi della donna che si oppone all'impianto, ma neppure avrebbe mai potuto legittimamente prospettare un'esecuzione coattiva dell'impianto. Ed infatti, anche qualora si insistesse nel voler ricavare dalla lettera dell'art. 6 un obbligo in capo al medico e ai genitori, si tratterebbe evidentemente di un obbligo non coercibile, in quanto l'impianto coattivo dell'embrione si risolverebbe in un trattamento sanitario obbligatorio sicuramente irrispettoso della persona umana, giacché capace di degradare il corpo della madre a mera incubatrice, senza contare che esso non sarebbe funzionale a garantire il diritto alla vita dell'embrione, evidentemente esposto al successivo ricorso da parte della donna all'interruzione volontaria della gravidanza, anche in considerazione delle circostanze in cui è avvenuto il concepimento¹⁶.

Adottando un approccio alla problematica *de qua* assolutamente diverso da quello legislativo e sostanzialmente più pratico, i decreti ministeriali del 2004¹⁷ e del 2008¹⁸, con cui, nel rispetto di quanto previsto dalla stessa legge¹⁹, sono state al tempo adottate le Linee guida in materia di P.M.A., hanno consentito la crioconservazione non solo degli embrioni non trasferiti per cause di forza maggiore relative allo stato di salute della donna – conformemente a quanto già previsto dall'art. 14, co. 3, della legge n. 40/04 – ma anche di quelli il cui trasferimento risultava comunque non attuato, evidentemente per il rifiuto da parte della madre ad ottenerne l'impianto²⁰.

¹⁶ Art. 4, legge 22 maggio 1978, n. 194, “Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza” (in G.U. n. 140 del 22 maggio 1978).

¹⁷ Decreto del Ministero della salute, 21 luglio 2004 n. 15165, “Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita”, in G.U. n. 191 del 16 agosto 2004.

¹⁸ Decreto del Ministero della salute, 11 aprile 2008 n. 31639, “Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita”, in G.U. n. 101 del 30 aprile 2008.

¹⁹ A tal riguardo, si ricordi che l'art. 7, co. 3, legge n. 40/04, stabilisce che: «il Ministero della salute, avvalendosi dell'Istituto superiore di sanità, e previo parere del Consiglio superiore di sanità, definisce, con proprio decreto, da emanare entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, linee guida contenenti l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita».

²⁰ Disponendo, infatti, in tema di “Crioconservazione degli embrioni: modalità e termini”, le Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita adottate sia nel 2004 che nel 2008 hanno stabilito che: «Si dovranno considerare due diverse tipologie di embrioni crioconservati: la prima, quella degli embrioni che sono in attesa di un futuro impianto, compresi tutti quelli crioconservati prima dell'entrata in vigore della legge n. 40/2004, e la seconda, quella degli embrioni per i quali sia stato accertato lo stato di “abbandono”. In entrambi i casi le spese da sostenere per il congelamento saranno a carico del Centro di procreazione medicalmente assistita. Si verificheranno condizioni diverse solo per la conservazione». Quindi, per guidare l'interprete nell'individuazione degli embrioni abbandonati le stesse Linee guida hanno precisato: «Per definire lo stato di abbandono di un embrione si deve verificare una delle seguenti condizioni: a) il centro deve avere una rinuncia scritta al futuro impianto

Tuttavia, una simile previsione non solo ha fin da subito posto problemi di carattere “gerarchico”, relativi cioè ai rapporti tra fonti giuridiche di diverso rango, ma ha altresì caricato il personale medico-sanitario di ulteriori responsabilità, esponendolo al rischio di incorrere nella pesante sanzione conseguente alla violazione del persistente divieto di crioconservazione.

Sicché, valutato in questa prospettiva, il disposto dell’art. 6, co. 3, della legge n. 40/04, ha finito per sommare a quelli immediatamente denunciati in relazione anzitutto alle esigenze di salvaguardia dei beni della salute e della vita della madre, ulteriori dubbi di costituzionalità più direttamente riconducibili alle conseguenze della revoca del consenso al trattamento, e, di qui, all’indeterminatezza dello *status* dell’embrione di cui la madre abbia rifiutato l’impianto.

E tali dubbi si sono accentuati in conseguenza del varo delle nuove Linee guida in materia, adottate nel 2015²¹. Il decreto in cui queste sono contenute, infatti, non contiene alcuna previsione assimilabile a quella di cui si è detto.

Ad oggi, quindi, la ricerca di quale sia il destino degli embrioni il cui trasferimento risulta non attuato per il rifiuto opposto dalla madre è ancora più complessa; o comunque la loro crioconservazione, cui generalmente si ricorre, si realizza in un vuoto normativo carico di conseguenze sia di ordine economico che giuridico davvero notevole per i centri presso cui tali embrioni sono stati formati.

Dal punto di vista economico, in quanto i costi connessi al ricorso alla crioconservazione cadranno sulle cliniche, non potendosi affermare che, nel caso di specie, ciò di cui si discute sono embrioni “abbandonati”.

Dal punto di vista giuridico, perché il ricorso a tale pratica si realizza in diretto contrasto con la previsione normativa che vieta la crioconservazione, e senza che possa in questo caso applicarsi alcuna scriminante legale (scelta medica, malattia dell’embrione etc.).

In verità, anche prima di tale più recente intervento normativo, lo spessore di tali questioni, già di per sé notevole, è andato via via accentuandosi, in conseguenza del moltiplicarsi delle possibilità di ricorso alla crioconservazione, accresciutesi in maniera significativa a seguito dell’intervento della Corte costituzionale e delle diverse deroghe da essa opposte al divieto di cui all’art. 14, comma 1, della legge n. 40/2004.

Qui il riferimento è anzitutto alla sentenza n. 151/2009²² con la quale la Corte ha, tra l’altro, cassato la disposizione (art. 14, comma 2) concernente il numero massimo (pari a tre) di embrioni da impiantare

degli embrioni crioconservati da parte della coppia di genitori o della singola donna (nel caso di embrioni prodotti con seme di donatore e in assenza di partner maschile, prima della normativa attuale) oppure b) il centro deve documentare i ripetuti tentativi eseguiti per almeno un anno di ricontattare la coppia o la donna in relazione agli embrioni crioconservati. Solo nel caso di reale, documentata impossibilità a rintracciare la coppia l’embrione potrà essere definito come abbandonato».

²¹ Decreto del Ministero della salute, 1° luglio 2015, “Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita”, in G.U. n. 161 del 14 luglio 2015.

²² Corte costituzionale, sentenza n. 151 dell’08 maggio 2009, in *Consultaonline.it* (all’indirizzo Giurcost.org). A commento, si leggano i contributi offerti da: G. DI GENIO, *Il primato della scienza sul diritto (ma non sui diritti) nella fecondazione assistita*, in Forumcostituzionale.it; L. TRUCCO, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere*, in *Consultaonline.it* (all’indirizzo Giurcost.org); D. CHINNI, *La procreazione medicalmente assistita tra “detto” e “non detto”. Brevi riflessioni sul processo costituzionale alla legge n. 40/2004*, nella Rubrica *Studi di Consulta on line* (all’indirizzo Giurcost.org); S. AGOSTA, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte*

tutti contemporaneamente in utero, originariamente contenuta nella legge n. 40/2004, sostituendo a tale iniziale previsione il più generico richiamo ad un numero non “superiore a quello strettamente necessario”. In questo senso, l’intervento caducatorio dei giudici costituzionali, che di qui in poi affida alla sola discrezionalità tecnica del medico la valutazione del numero di embrioni necessari da impiantare, caso per caso, in utero, nel rispetto della salute della donna, finisce per ciò stesso per realizzare, all’interno del tessuto normativo, relativamente alla previsione legislativa *de qua*, un primo importante “strappo”. In ragione di esso, infatti, a far data dalla pronuncia in questione il divieto di crioconservazione subisce una significativa costrizione quanto alla sua sfera di applicazione, avviandosi verso un progressivo sgretolamento.

Si dirà, a ragione, che, in realtà, prima della decisione della Consulta del 2009, il destino degli embrioni prodotti ma non impiantati si era già imposto quale problema di ordine pratico di non facile definizione in tutti i casi di revoca del consenso all’impianto da parte della donna a seguito della fecondazione dell’ovulo.

Eppure, non vi è chi non veda la diversità del contesto normativo in cui il problema in analisi è stato poi calato, per effetto di una sentenza, quale quella in commento, che può, in tema, considerarsi un vero e proprio spartiacque nella trattazione della tematica.

Prima infatti della sua pronuncia, all’evidente (ma poco ragionato) scopo di porre fine alla pratica della produzione soprannumeraria di embrioni con successiva crioconservazione di quelli non immediatamente trasferiti, largamente diffusa in passato, la legge n. 40/04 non soltanto vietava di creare, in ciascun ciclo di P.M.A., più di tre embrioni, ma negava pure la possibilità di procedere ad un loro parziale impianto. Quindi, al fine di rafforzare tali previsioni e le finalità ad esse sottese, la stessa disponeva i divieti di crioconservazione e soppressione degli embrioni, di cui all’originaria formulazione dell’art. 14, co. 1.

A seguito, invece, della sentenza n. 151/09, e della dichiarazione di incostituzionalità dell’art. 14, co. 2, limitatamente all’obbligo di produzione di massimo tre embrioni e di un loro contemporaneo impianto, e del co. 3 del medesimo articolo “nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni (...) debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della madre”, il divieto di crioconservazione subisce una prima importante deroga, stante la possibilità, ammessa dalla Corte, di ricorrere alla tecnica del congelamento nei riguardi degli embrioni prodotti ma non impiantati per scelta medica, ovvero al fine di evitare effetti pregiudizievoli sulla salute della madre ed, eventualmente, del nascituro, e comunque a prescindere dall’accertamento di anomalie o malformazioni embrionali, tali da determinarne l’inidoneità all’impianto, il quale, infatti, potrà essere effettuato successivamente, ad esempio quando la coppia deciderà di avviare una nuova gravidanza.

Diversamente, invece, è a dirsi per quegli embrioni non impiantati in quanto ritenuti inidonei in ragione degli esiti della diagnosi preimpianto, che in essi abbia riscontrato la stessa malattia genetica di cui i

cost., sent. n. 151/2009) in [Forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); DOLCINI E., *Embrioni nel numero «strettamente necessario»: il bisturi della Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, II, 2009, 950 ss.; M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, 1688 ss.; C. TRIPODINA, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la «Costituzione che non vale più la pena difendere?»*, ivi, 1696 ss. Sul tema, inoltre, tra i lavori monografici, cfr. M. D’AMICO, I. PELLIZZONE (a cura di), *I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte costituzionale*, Milano, 2010.

genitori sono affetti o portatori sani. Al riguardo certamente si ricorderà, che, riannodandosi ad una più risalente giurisprudenza, da anni impegnata nel riconoscimento dell'ammissibilità di tali pratiche, la sentenza in esame per la prima volta spiana la strada al ricorso alle indagini genetiche preimpianto, quanto meno da parte delle coppie infertili e portatrici di malattie a trasmissione genetica, per ciò stesso consentendo un ulteriore diverso distinguo nel novero degli embrioni "non portati alla nascita"²³, in cui, accanto a quelli che, non impiantati per scelta medica, vengono infine crioconservati, vi sono quelli che, in quanti affetti da anomalie e/o malformazioni, sono lasciati in cultura fino alla loro estinzione²⁴.

Altri, però, per quel che qui rileva, sono i profili di interesse della sentenza *de qua*. In questo senso, in effetti, è appena il caso di sottolineare che il ricorso agli esami diagnostici che essa legittima spinge, nella maggior parte dei casi, a produrre una quantità assai elevata di embrioni, perché ritenuta dai più strumentale ad incrementare le probabilità di produrne alcuni sani da impiantare. E ciò, come è intuitivo, determina un aumento degli embrioni crioconservati.

Tuttavia, è soprattutto a seguito e per effetto della sentenza n. 96 del 2015²⁵ che il numero degli embrioni selezionati dopo l'effettuazione di diagnosi preimpianto ha finito per accrescersi in misura esponenziale. È con tale sentenza, infatti, che la Consulta, consentendo per la prima volta l'accesso alle tecniche di P.M.A. e alla diagnosi preimpianto anche alle coppie non infertili né sterili, laddove siano portatrici di malattie geneticamente a carattere trasmissibile, finisce per ciò stesso per apporre un'ulteriore rilevante deroga al divieto di crioconservazione, scriminandone anche in questo caso l'impiego, e perciò stesso alimentando una prassi medica ed una problematica dalle dimensioni già particolarmente accentuate.

In questa stessa direzione si proiettano del resto pure gli esiti della sentenza n. 229/2015²⁶. Con essa, in effetti, la Corte, da un lato dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, commi 3, lettera b), e 4

²³ In questi termini, Corte Costituzionale, sentenza n. 84 del 13 aprile, 2016, punto 8.2 del *Considerato in diritto*, in Giurcost.org.

²⁴ Le Linee guida all'art. 13 della legge n. 40/2004, varate nello stesso anno, cit., stabiliscono che, qualora dall'indagine osservazionale vengano «evidenziate gravi anomalie irreversibili dello sviluppo di un embrione», questi non sia crioconservato, bensì lasciato in cultura fino alla sua estinzione.

²⁵ Corte costituzionale, sentenza n. 96 del 5 giugno 2015, in *Consulta on line* (all'indirizzo Giurcost.org). Anche tale sentenza è stata ampiamente annotata dalla dottrina. Tra i diversi contributi offerti a commento di tale pronuncia si rinvia a: E. Malfatti, *La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non "scontata" né (del tutto) condivisibile*, nella Rubrica *Studi di Consulta on line* (all'indirizzo Giurcost.org); G. Repetto, *La linea più breve tra due punti. La diagnosi preimpianto per le coppie fertili tra divieti irragionevoli e diritto alla salute*, in Diritticomparati.it; M. Giacomini, *Il sì alla diagnosi preimpianto: un punto di arrivo o un punto di partenza?*, in Forumcostituzionale.it; C. Tripodina, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in Costituzionalismo.it; S. Penasa, *L'insostenibile debolezza della legge 40: la sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale tra inevitabili illegittimità e moniti "rafforzati"*, in Forumcostituzionale.it; I. Pellizzone, *L'accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale*, in forumcostituzionale.it; C. Nardocci, *Dalla Convenzione alla Costituzione: la tacita sintonia tra le Corti. A margine di Corte cost. sent. n. 96 del 2015*, in *Biolaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2021; F. Viganò, *La sentenza della Consulta sul divieto di accesso alla fecondazione assistita per coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili (e una chiosa finale sulla questione della diretta applicazione della CEDU)*, in Dirittopenalecontemporaneo.org.

²⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 229 dell'11 novembre 2015, in *Consulta on line* (all'indirizzo Giurcost.org).

della legge n. 40/2004 nella parte in cui contempla come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa sia esclusivamente finalizzata ad evitare l’impianto di embrioni affetti da malattie genetiche, facendo per ciò stesso cadere la relativa previsione legislativa, dall’altro, invece, giudica non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento alle disposizioni di cui all’art. 14 della legge n. 40/04, che configurano il reato di soppressione dell’embrione anche quando riferito a quelli affetti da malattia genetica. In questo modo, quindi, essa finisce non soltanto per scriminare una pratica che, strumentale a garantire l’impianto in utero dei soli embrioni esenti da anomalie e/o malformazioni, risulta inevitabilmente in grado di favorire il ricorso alla crioconservazione, ma pure per pronunciarsi sulla sorte degli embrioni selezionati a seguito di indagini genetiche preimpianto. Al riguardo, infatti, correttamente è stato evidenziato che, «nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale relativa alle disposizioni della legge n. 40/04, che configurano il reato di soppressione dell’embrione anche quando riferito a quelli affetti da malattia genetica», la Corte è giunta per questa via a disporre «la crioconservazione obbligatoria e di durata indeterminata». In effetti, in sentenza, la Corte, trattando degli embrioni che, in esito a diagnosi preimpianto, risultano affetti da grave malattia genetica, nel concludere nel senso che tale condizione «non ne giustifica, sol per questo, un trattamento deteriore rispetto a quello degli embrioni sani», sicché non potrebbe mai giustificarsi alcun affievolimento della dignità dell’embrione (ancorché) malato, «quale deriverebbe dalla sua soppressione *tamquam res*», pare additare proprio in ciò, e quindi nell’esigenza di assicurare a questi una tutela non deteriore a quella riconosciuta agli embrioni soprannumerari non impiantati per scelta medica, la *ratio* giustificativa del ricorso, anche per essi, alla pratica della crioconservazione.

3. Per una diversificazione, in ragione della *ratio*, della condizione degli embrioni ugualmente “sospesi”

Se, dunque, tra gli embrioni attualmente “non portati alla nascita” devono certamente annoverarsi quelli formati e crioconservati prima dell’entrata in vigore della legge n. 40/04, ovvero quelli per i quali è risultato impossibile effettuare la biopsia, è altrettanto inopinabile che quanto fin osservato in ordine al dato normativo e giurisprudenziale di riferimento consente oggi di ampliarne, anche notevolmente, la cerchia.

In essa, infatti, prima ed a prescindere da qualsiasi intervento della Corte costituzionale, devono per legge essere ricompresi anzitutto quegli embrioni il cui trasferimento “non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione” (art. 14, co. 3). E ciò laddove la situazione ostativa all’impianto risulti indefinita nel tempo.

Per un commento di tale decisione, cfr. A. VALLINI, *Ancora sulla selezione preimpianto: incostituzionale la fattispecie di selezione embrionale per finalità eugenetiche, ma non quella di embrionicidio*, in Dirittopenalecontemporaneo.org; nonché L. CHIEFFI, *L’irragionevole obbligo di crioconservazione degli embrioni selezionati e abbandonati in seguito ad indagine genetica preimpianto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 2015, 2111 ss.

Ugualmente, in questa stessa cerchia, e sempre per effetto di un dettato legislativo poco ragionato quanto agli effetti prodotti dalle previsioni in esso positivizzate, devono pure ricondursi quegli embrioni il cui mancato impianto sia conseguenza dell'impossibilità di controllarne, a mezzo biopsia, lo stato di salute (art. 14, co. 5), il cui accertamento invece costituisce un vero e proprio diritto dei genitori.

E, sempre per legge, o meglio nel silenzio di diverse scelte legislative, in tale ambito sembra debbano altresì ricomprendersi quelli la cui crioconservazione sia conseguenza dell'impossibilità di procedere ad un loro impianto a fini procreativi da parte della coppia, la cui rottura dipenda da scelte di genere ostative alla realizzazione di un progetto genitoriale, per come immaginato dal legislatore.

Unitamente a questi, poi, nel novero degli embrioni crioconservati e non impiantati vi sono anche quelli "residuali", ossia quelli la cui produzione in soprannumero, a seguito della sentenza n. 151/09 della Corte costituzionale, sia stata pianificata e programmata dal medico e dalla donna sottoposta al trattamento di P.M.A. per garantire il buon esito dello stesso, senza esporre a pregiudizio la salute della madre o del nascituro.

Ancora, all'interno della stessa cerchia vi sono pure gli embrioni risultati affetti da una stessa malattia a trasmissione genetica dei genitori, individuata mediante diagnosi genetica pre-impianto, il cui mancato trasferimento risulta giustificato dalla necessità di scongiurare un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna, conformemente a quanto previsto, ai fini del ricorso all'aborto terapeutico, dall'art. 6 della legge n. 194/78²⁷.

Infine, stante l'impossibilità di qualsiasi coercizione al riguardo, la cerchia si chiude attraverso l'inserimento, al suo interno, di quegli embrioni il cui mancato impianto sia conseguenza della volontà della donna, che abbia in ultimo rifiutato il loro trasferimento in utero, revocando il consenso originariamente prestato allo scopo.

4. La sorte degli embrioni crioconservati tra "non idoneità" all'impianto e "scarto"

Sebbene accomunati da uno stesso stato, essendo tutti crioconservati per effetto del mancato impianto in utero, in realtà gli embrioni di cui si va trattando non si prestano ad una valutazione unitaria quanto ad una loro possibile, futura destinazione²⁸.

Vi è, infatti, una fondamentale differenza tra gli embrioni selezionati a seguito di diagnosi genetica preimpianto, e quindi scartati per essere risultati affetti da malattie e/o malformazioni, e tutti gli altri non portati a nascita per ragioni diverse e comunque indipendenti dalla ricorrenza di situazioni patologiche quali quelle di cui si è appena detto.

²⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 96 del 5 giugno 2015, cit., punto 9 del *Considerato in diritto*. In dottrina, a proposito del rinvio che, all'art. 14 comma 1, la legge n. 40/2004 fa alla l. n. 194/1978 in tema di interruzione volontaria della gravidanza, sia consentito rinviare a F. MEOLA, " ... fermo restando quanto previsto dalla legge 22 febbraio 1978, n. 194". (art. 14 1 co. Legge 19 febbraio 2004, n. 40). *Appunti su un inciso alquanto controverso*, in C. CASONATO, C. PICIOCCHI, P. VERONESI (a cura di), *Forum BioDiritto 2008. Percorsi a confronto*, Padova, 2009, 253 ss.

²⁸ Sul punto, più diffusamente, M.P. IADICICCO, *La «scelta tragica» sul destino degli embrioni non impiantati tra discrezionalità del legislatore e vaglio del giudice costituzionale*, cit., 191.

Gli embrioni selezionati a seguito di diagnosi genetica preimpianto non potranno mai essere impiantati nell’utero della madre giacché il loro trasferimento determinerebbe un grave pericolo per la salute della medesima.

Tutti gli altri, invece, non sono assolutamente inidonei all’impianto, che, infatti, ove ne ricorrano i presupposti, potrà essere effettuato in futuro previo scongelamento.

Detto diversamente, il mancato impianto dei primi è dovuto a condizioni intrinseche e patologiche dell’embrione aventi gravi ricadute sulla salute della madre; al contrario, negli altri casi, il mancato trasferimento dipende da ragioni estrinseche allo stato dell’embrione, connesse cioè o alla volontà o alle specifiche condizioni di salute della madre, ma queste circostanze non rendono tali embrioni inidonei ad un successivo impianto, potenzialmente in grado di rendere concreta la loro aspettativa di vita²⁹.

5. Sul destino degli embrioni “non assolutamente inidonei all’impianto”: tra problematiche contingenti ...

Con riferimento a quest’ultima tipologia di embrioni, non impiantati ma comunque “non assolutamente inidonei all’impianto” e crioconservati, numerose e differenti sono le questioni cui l’interprete è chiamato a dare soluzione.

Si tratta, in verità, di questioni che investono non soltanto profili di carattere per così dire “contingente”, quali la determinazione delle responsabilità connesse alla crioconservazione e la sopportazione dei relativi costi, da sempre cruccio degli operatori del comparto medico/sanitario impiegato nei centri di P.M.A., ma anche di questioni di tipo “prospettico”, trattandosi di stabilire quale possa essere, in via normativa, la migliore risposta da offrire alla necessità di assicurare adeguata tutela a tali embrioni, favorendone la destinazione ad essi più appropriata, ossia la nascita.

Pur nella loro diversità, si tratta di questioni in ogni caso complesse.

Eppure, sebbene nel silenzio della legge, con riguardo alla prime il compito dell’interprete, almeno inizialmente, risulta più semplice.

Ad aiutare questi nella definizione di questioni quali quelle sopra prospettate soccorre infatti il dettato delle Linee guida in materia di P.M.A. che, pur nel differente testo che di esse è stato successivamente approvato nel 2008, offre una chiara risposta sia in merito ai profili di responsabilità sia in relazione ai costi connessi alla crioconservazione.

²⁹ A proposito di tale distinguo, giusto quanto osservato da M.P. IADICICCO, *La «scelta tragica» sul destino degli embrioni non impiantati tra discrezionalità del legislatore e vaglio del giudice costituzionale*, cit., 191, nota 29: «Si potrebbe anche ipotizzare un’ulteriore distinzione tra embrioni “assolutamente” inidonei all’impianto, che [...] potrebbero essere destinati alla ricerca; ed embrioni che sono solo “relativamente inidonei all’impianto”, e cioè embrioni di cui la madre abbia revocato il consenso all’impianto, ma le cui eventuali anomalie e malformazioni non avrebbero gravi ricadute sulla salute psico-fisica di altre donne, pronte ad accettarli nel proprio grembo e a favorire così la nascita di un figlio, anche se malformato, e ciò sempre e solo nell’ipotesi in cui venga regolata l’adozione dell’embrione per la nascita. Rispetto a quest’ultima ipotesi – che chiama in causa delicati compiti di accertamento dello stato di salute dell’embrione e di informazione della donna che intenda accoglierlo – non sarebbe legittimo distrarre l’embrione dalla sua “destinazione privilegiata”, qual è la nascita, e dunque si dovrebbero oltremodo favorire le aspettative di vita di questo embrione sempre e necessariamente con la donna che voglia accoglierlo nel proprio corpo».

Ed infatti, con riferimento a tale ultimo profilo, il conferente disposto delle Linee guida *de quibus* è assolutamente chiaro nel fissare la regola in base alla quale «tutti gli embrioni che sono in attesa di un futuro impianto verranno congelati e crioconservati presso i centri dove le tecniche sono state effettuate e i relativi oneri sono carico dei medesimi centri», laddove, invece, gli embrioni definiti in stato di abbandono dovranno essere «congelati e successivamente crioconservati in maniera centralizzata con oneri a carico dello Stato». Diversamente detto, insomma, a sopportare i costi della crioconservazione degli embrioni comunque utili alla realizzazione di un progetto di filiazione dovranno essere solo ed esclusivamente i centri presso i quali gli stessi sono stati crioconservati. Sicché, ogni eventuale diversa soluzione, quale la richiesta di un contributo a carico della coppia, pure assai diffusa presso molti centri, risulta contraria al dettato normativo, e perciò illegittima. Al contrario, per gli embrioni in stato di abbandono il regime dei costi previsto dal decreto, mutando, pone ogni onere in capo allo Stato. Il tutto secondo un distinguo certamente apprezzabile, quando non addirittura opportuno.

A ciò si aggiunga che, sebbene direttamente utile a dirimere le problematiche di tipo prettamente economico connesse al ricorso alla crioconservazione, in realtà questa stessa previsione, fatta oggetto di più attenta analisi, risulta ugualmente significativa anche allo scopo di definire i profili di responsabilità connessi al ricorso alla pratica *de qua*. Ed infatti, laddove stabilisce che «tutti gli embrioni che sono in attesa di un futuro impianto verranno congelati e crioconservati presso i centri dove le tecniche sono state effettuate», il testo delle Linee guida in esame pare individuare sempre in questi centri i soggetti responsabili della loro crioconservazione. Interpretazione, questa, altresì rafforzata dal mancato trasferimento di tutti gli embrioni in stato di abbandono presso quella Biobanca Nazionale, che, *de jure*, avrebbe dovuto essere istituita presso il Centro trasfusionale e di immunologia dei trapianti dell'Ospedale Maggiore di Milano. Per questa parte, infatti, il decreto ministeriale con cui, nel 2004, sono state adottate le Linee guida in materia non è mai stato attuato. Conseguentemente, non è mai stata data attuazione a quel progetto di centralizzazione che, laddove realizzato, non solo avrebbe contribuito ad una più ordinata e controllata gestione di quella massa (ad oggi indeterminata nella quantità) di embrioni attualmente crioconservati nei diversi centri presenti in Italia, ma avrebbe altresì permesso di imputare a quest'unico soggetto ogni responsabilità di tipo gestionale.

Diversamente, le Linee guida approvate nel 2015, superando il distinguo tra embrioni in attesa di impianto ed embrioni in stato di abbandono, stabiliscono che «tutti gli embrioni non immediatamente trasferiti verranno congelati e crioconservati presso i centri dove le tecniche sono state effettuate e i relativi oneri sono a carico dei medesimi centri», rinviando per il resto a quanto previsto nel paragrafo E.9 dell'Accordo Stato-Regioni stipulato il 15 marzo 2012³⁰.

E qui il compito dell'interprete inizia a complicarsi.

Tale accordo, infatti, contiene una regolamentazione parzialmente diversa, sia per quanto riguarda la qualificazione degli embrioni crioconservati sia per quel che concerne l'imputazione dei costi connessi alla crioconservazione. Anzitutto, esso si riferisce a «tutti gli embrioni che sono in attesa di un futuro impianto», che vanno «congelati e crioconservati presso i Centri dove vengono effettuate le tecniche»,

³⁰ Si tratta dell'Accordo avente ad oggetto «Requisiti minimi organizzativi, strutturali e tecnologici delle strutture sanitarie autorizzate di cui alla legge 19 febbraio 2004, n. 40 per la qualità e la sicurezza nella donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di cellule umane».

con onori per la cui determinazione si rimanda alla «normativa vigente». Quindi, tratta degli «embrioni, definiti “in stato di abbandono”, prodotti prima della legge 40», rispetto ai quali, invece, è la Regione ovvero la Provincia autonoma di competenza ad esser chiamata «a stabilire i criteri per allocare i costi di crioconservazione». Ebbene, di là dalla distanza che separa il riparto nuovamente operato dall’Accordo *de quo* tra «embrioni in attesa di un futuro impianto» ed «embrioni, definiti “in stato di abbandono”, prodotti prima della legge 40» dall’unitaria considerazione che di essi ne fa le Linee guida del 2015, parlando di «embrioni non immediatamente trasferiti», è indubbio che, già sotto tale profilo, le previsioni contenute nel primo sollevano tutta una serie di dubbi. Essi, in particolare, concernono la precisazione che l’Accordo fa, definendo come embrioni abbandonati quelli prodotti prima dell’entrata in vigore della legge 40. Si tratta in effetti di una precisazione di cui non «non è facile comprendere il senso». Essa, infatti, «si rileva sotto il profilo dell’individuazione dei soggetti competenti a regolare il regime dei costi, ma non influisce nell’immediato e praticamente sullo stato degli embrioni abbandonati, per i quali si dispone in ogni caso la crioconservazione. Non è chiaro, in particolare, se detti embrioni, prodotti prima della legge n. 40, debbano oramai ritenersi inidonei all’impianto (in considerazione dell’eccessiva durata della crioconservazione?) o se, invece, anche per questi, i centri di PMA debbano sopportare i costi di congelamento in vista di una futura richiesta di impianto»³¹. Parimenti problematico, è, inoltre, il rinvio che, per quanto concerne i costi, lo stesso Accordo fa alla «normativa vigente». In effetti, fino al 2015 tale normativa era quella contenuta nelle già citate Linee guida ministeriali del 2008, poi sostituite da quelle approvate il 1° luglio 2015. Queste, però sul punto nulla dispongono, limitandosi a richiamare l’Accordo del 2012 che, a sua volta, rinvia alle Linee guida del 2008. Sicché, per effetto di un opinabile uso della tecnica del rinvio ad altre fonti³², la questione dei costi sembrerebbe oggi doversi definire lungo la duplice direttiva precedentemente indicata, ponendo, quindi, gli oneri economici a carico dei centri di P.M.A. laddove si tratti di embrioni in attesa di futuro impianto, ovvero a carico dello Stato laddove, invece, si tratta di embrioni in stato di abbandono. Tuttavia, alla luce delle considerazioni prima svolte, un simile regime dei costi sembra mal conciliarsi con la qualificazione degli embrioni crioconservati di cui ai testi da ultimo richiamati, delineando sul punto un quadro normativo dai tratti non perfettamente definiti.

5.1. ... e questioni prospettiche

Se già per i profili fin qui considerati le Linee guida mostrano tutti i propri limiti, non offrendo risposte chiare e dirette a talune delle più pressanti domande quotidianamente poste dalla crioconservazione di embrioni “non assolutamente inidonei all’impianto”, addirittura per le questioni definite “prospettiche” il contributo da esse offerte ai fini della loro definizione è parso fin da subito assolutamente liminare, essendo circoscritto alla specificazione dei presupposti in presenza dei quali può dirsi accertato quello stato di abbandono dell’embrione, prodromico ad avviare la discussione su quale possa essere la sua destinazione.

³¹ M.P. IADICICCO, *La «scelta tragica» sul destino degli embrioni non impiantati tra discrezionalità del legislatore e vaglio del giudice costituzionale*, cit.,

³² Sull’uso della tecnica del rinvio ad altre fonti da parte delle Linee guida ministeriali del 2015, e sulle problematiche a ciò connesse, cfr. B. LIBERALI, *Il problematico intervento delle Linee guida ministeriali e regionali nelle materie in cui viene in rilievo l’evoluzione scientifica*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2016, 252 ss.

In effetti, sul punto, il decreto del 2004, dopo aver puntualizzato che occorre distinguere due diverse tipologie di embrioni crioconservati, ossia quella degli embrioni «che sono in attesa di un futuro impianto, compresi tutti quelli crioconservati prima dell'entrata in vigore della legge n. 40/2004», e quella «degli embrioni per i quali sia stato accertato lo stato di "abbandono"», specifica, a tale ultimo proposito, che, per definire lo stato di abbandono di un embrione, devono ricorrere delle precise condizioni. In particolare, al riguardo, il decreto stabilisce che il centro «deve avere una rinuncia scritta al futuro impianto degli embrioni crioconservati da parte della coppia di genitori o della singola donna (nel caso di embrioni prodotti con seme di donatore e in assenza di partner maschile, prima della normativa attuale)», oppure «deve documentare i ripetuti tentativi eseguiti per almeno un anno di ricontattare la coppia o la donna in relazione agli embrioni crioconservati», con l'ulteriore specificazione che «solo nel caso di reale, documentata impossibilità a rintracciare la coppia l'embrione potrà essere definito come abbandonato».

Tuttavia, tale previsione, che pure torna nel decreto con cui nel 2008 sono state aggiornate le Linee guida ministeriali in tema di P.M.A., non solo viene messa in discussione nella Relazione finale della Commissione di Studio sugli "Embrioni crioconservati nei centri di PMA" del 2010, nominata dall'allora Ministro della Salute e delle Politiche Sociali, ma, forse anche per le conclusioni cui tale commissione perviene al tempo³³, finisce addirittura per scomparire nel testo delle Nuove Linee guida adottate nel 2015.

Sicché, anche solo a proposito del profilo che si va trattando, il contributo delle norme ministeriali da eliminare si annulla completamente, lasciando privo di soluzione il dubbio su quali siano (o meglio debbano essere) le situazioni al ricorrere delle quali, essendo ormai inopinabile l'impossibilità di procedere ad un impianto degli embrioni crioconservati appunto perché "abbandonati", si possa iniziare a valutare come dare soddisfazione tanto alle aspettative di vita dell'embrione rimasto ormai "orfano" quanto al desiderio dei genitoriali di altra coppia (ma anche della donna *single*) pronta ad accoglierlo.

5.2. *Segue: sulle possibilità ed i limiti di una loro adozione*

Sebbene, rispetto al profilo da ultimo richiamato, sarebbe utile anche solo un intervento ministeriale che si limitasse a far chiarezza al riguardo, è evidente, invece, che la definizione del destino degli embrioni "non assolutamente inadatti all'impianto" non può che spettare all'organo parlamentare, la cui

³³ In effetti, prendendo posizione sulla "rinuncia" quale presupposto utile alla dichiarazione di abbandono degli embrioni, la Commissione di Studio sugli "Embrioni crioconservati nei centri di PMA", nominata con Decreto del Ministro del Lavoro della Salute e delle Politiche Sociali il 25 giugno 2009, ammonisce: «La rinuncia espressa o tacita all'impianto non consente da sola di qualificare gli embrioni in stato di abbandono (o comunque di definitivo abbandono). Anzitutto la rinuncia, quando è meramente volontaria, contrasta con l'obbligo legale dell'impianto, e perciò sembra incoerente che l'ordinamento precluda la possibilità dell'adempimento (seppur tardivo) di un obbligo che esso stesso ha posto. Inoltre, negare la possibilità di una revoca di tale rinuncia contrasterebbe, da un lato, con un elementare principio di libertà e, dall'altro, con l'interesse dell'embrione all'impianto. L'irrevocabilità della rinuncia, pertanto, dovrebbe essere integrata da un elemento oggettivo, di carattere medico-scientifico, che giustifichi in termini di definitività il venire meno dell'obbligo di impianto. L'irrevocabilità della rinuncia dovrebbe quindi essere, anzitutto, l'effetto di una valutazione condotta sulla base di rigorosi parametri medico-sanitari, in relazione ai quali la donna sia giudicata non più fisicamente idonea alla gravidanza, a causa dei pericoli che correrebbe la sua salute». Il testo di tale Relazione è consultabile all'indirizzo: https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_minpaq_658_documenti_documento_1_fileAllegatoDoc.pdf.

discrezionalità in materia, anche in quanto più volte rimarcata dalla Corte costituzionale, non sembra possa essere in alcun modo negata o anche solo scardinata³⁴.

È indubbio, però, che, in tutti questi anni, tale discrezionalità è stata poco o male esercitata da parte del legislatore, nonostante i numerosi appelli, che, soprattutto in funzione correttiva del testo approvato nel 2004, gli sono stati rivolti da molta parte della dottrina. E senza alcuna particolare attenzione nei confronti dei successivi interventi caducatori del Giudice delle leggi, che, nel tempo, hanno completamente decostruito l’impianto della legge, tanto da marcare la necessità di un ripensamento complessivo, in via legislativa, delle scelte già positivizzate in materia.

Ciò, peraltro, non ha impedito che quello stesso dibattito si spostasse in altre sedi, tentando di trovare in esse soluzioni, diverse da quelle legislative, ed ispirate alla necessità di un più giusto bilanciamento tra i diversi interessi rilevanti in tema.

Ne sia riprova il fatto che, già nei tempi immediatamente successivi alla promulgazione della legge n. 40/2004, la *vexata quaestio* concernente la sorte degli embrioni crioconservati ha interessato non soltanto molta parte della dottrina, fin da subito consapevole dei molti limiti presenti al riguardo all’interno del testo normativo *de quo*, ma anche l’organo consultivo del Governo per le questioni bioetiche, il quale, infatti, nel 2005, con il documento sull’“Adozione per la Nascita (APN)”, tentando di sanare un importante vuoto legislativo, ha tracciato un solco importante nella direzione di un possibile impiego degli embrioni crioconservati funzionale ad assicurare loro il soddisfacimento della propria aspettativa di vita³⁵.

La c.d. “adozione prenatale”, da esso proposta, consente, infatti, ai genitori adottivi di garantire la gestazione ed il parto del figlio biologicamente differente dalla madre gestante e partoriente, così da rendere quella che è una mera aspettativa di vita una possibilità dotata di una qualche concretezza.

Ovviamente, il C.N.B. è ben consapevole che, anche al proprio interno, vi sono opinioni del tutto discordanti in merito a quale sia o meglio debba essere lo statuto dell’embrione ed il grado di tutela a questi spettante. Ciononostante, esso è pure perentorio nell’affermare che, laddove non vi sono interessi antagonisti all’impianto e all’avvio di una gestazione, l’interesse prioritario dell’embrione che deve trovare soddisfacimento è l’ottenimento della nascita. E tale interesse, secondo i membri del C.N.B., non potrebbe che essere garantito dall’intervento «di eventuali altre coppie intenzionate ad

³⁴ Una prima espressa affermazione di tal genere si ritrova in Corte Costituzionale, sentenza 26 settembre 1998, n. 347, punto 4 del *Considerato in diritto*, in *Consultaonline.it* (all’indirizzo Giurcost.org). Più di recente, essa viene ribadita in Corte costituzionale, sentenza 10 giugno 2014 n. 162, punto 5 del *Considerato in diritto*, in *Consulta on line* (all’indirizzo: Giurcost.org).

³⁵ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *L’adozione per la nascita (APN) degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (P.M.A.)*, cit. In effetti, nel documento *de quo* (1, 2), premesso che «la legge nulla dice in positivo sul futuro destino degli embrioni congelati e abbandonati, lasciando ipotizzare tutto al più che essi, nel loro stato di crioconservazione, debbano essere custoditi fino al momento della loro estinzione naturale (momento peraltro allo stato attuale indeterminabile da parte della scienza)» si avverte la necessità di «riconoscere che la L. 40 su questo punto ha bisogno di essere integrata. Se sono vite umane a pieno titolo è giusto dare agli embrioni la possibilità di nascere, anche attraverso quella pratica, per alcuni obiettivamente conturbante, che il CNB ha denominato Adozione per la nascita (APN). Il diritto alla nascita non può che prevalere su ogni considerazione etica e giuridica in senso contrario, che pur metta in corretta evidenza i non piccoli problemi che scaturiscono da questa soluzione».

assicurare il loro trasferimento e la loro nascita»³⁶, stante la difficoltà (quando non addirittura l'impossibilità) di configurare altri rimedi ugualmente utili a soddisfare l'aspettativa di vita dell'embrione. Né d'altra parte, come già osservato dalla dottrina proprio a commento di tale documento, sarebbe preferibile «perpetrare *sine die* la conservazione in azoto liquido dello stesso o, ancor meno, attenderne l'estinzione, facendo così svanire definitivamente qualsiasi speranza di essere impiantato e venire alla luce»³⁷.

È questa, del resto, una posizione perfettamente in linea con precedenti orientamenti dello stesso Comitato, il quale, già nel 1996³⁸, nel prendere in considerazione il problema degli embrioni crioconservati in stato di abbandono, sul presupposto che il prodotto del concepimento debba essere considerato vita umana, «alla quale l'ordinamento giuridico è tenuto a garantire le condizioni più favorevoli allo sviluppo e alla nascita»³⁹, ha sottolineato la necessità di garantire loro una possibilità di vita e di sviluppo, prospettando una soluzione anticipatoria di quella poi meglio delineata nel documento in commento.

Né, a contrastare l'ammissibilità della pratica adottiva, soccorrono invincibili obiezioni di carattere etico. Nella valutazione attenta che di queste fanno i membri del Comitato, tali obiezioni paiono infatti perfettamente superabili, in ragione dell'intento che, in questi casi, muove la scelta a favore dell'adozione, sicché, se è indubbio che l'A.P.N. potrebbe «esporrebbe gli embrioni residuali, congelati sì, ma viventi, al rischio di morire o di non essere comunque usati a fini procreativi», è altrettanto vero che «l'intenzione di chi scongelasse un embrione per dargli la possibilità di una APN è evidentemente orientata alla sua nascita e non alla sua morte, pur se è prevedibile, come effetto non intenzionale della pratica, la possibilità dell'insuccesso o della mancata realizzazione della stessa»⁴⁰. E comunque, ricorda la Consulta, il congelamento e il successivo scongelamento degli embrioni sono previsti dalla stessa legge. Conseguentemente, nel caso in cui l'obiezione in questione fosse reputata di qualche pregio, si dovrebbe pervenire alla conclusione, paradossale ed inaccettabile, di negare alla donna, impedita a un

³⁶ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *L'adozione per la nascita (APN) degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (P.M.A.)*, cit., 4.

³⁷ Così, M.P. IADICICCO, *La «scelta tragica» sul destino degli embrioni non impiantati tra discrezionalità del legislatore e vaglio del giudice costituzionale*, cit., 192, 193.

³⁸ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Identità e statuto dell'embrione umano*, Roma, Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per l'informazione e l'editoria, 22 giugno 1996. In realtà, di embrioni il Comitato Nazionale di Bioetica si è occupato anche in molti altri documenti, che hanno considerato vari, ma connessi, profili. Tra questi, si ricordino: *Dichiarazione sulla possibilità di brevettare cellule di origine embrionaria umana*, 25 febbraio 2000; *Protezione dell'embrione e del feto umani. Parere del CNB sul progetto di Protocollo dei Comitati di bioetica del Consiglio d'Europa e impiego terapeutico delle cellule staminali*, 31 marzo 2000; *Parere su ricerche utilizzando embrioni umani e cellule staminali*, 11 aprile 2003; *Considerazioni bioetiche in merito al c.d. "ootide"*, 15 luglio 2005; il già citato *L'adozione per la nascita (APN) degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (P.M.A.)*; *Destino degli embrioni derivanti da procreazione medicalmente assistita e non più impiantabili*, 26 ottobre 2007. Tutti tali documenti sono liberamente consultabili sul sito istituzionale dell'Esecutivo, all'indirizzo: Governo.it.

³⁹ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *L'adozione per la nascita (APN) degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (P.M.A.)*, cit., 4.

⁴⁰ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *L'adozione per la nascita (APN) degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (P.M.A.)*, cit., 6.

impianto immediato dell’embrione, la possibilità di realizzarlo successivamente, grazie allo scongelamento del suo embrione congelato in stato di necessità e urgenza. Al tempo stesso, neppure si potrebbe fondatamente propendere per l’inaccettabilità della pratica adottiva, considerandola una sorta di accanimento terapeutico nei confronti degli embrioni, che addirittura suggerirebbe l’idea della liceità del “lasciar[li] morire” dopo il loro scongelamento, senza effettuarne il trasferimento in utero. Basti in questo senso considerare che tale trasferimento è l’unico mezzo per far nascere il concepito, sicché esso non può certo considerarsi accanimento terapeutico. Del resto, osservano i redattori del documento in esame, «questo implica il ricorso a mezzi sproporzionati per proseguire una vita o forse meglio, per simulare una prosecuzione di vita, già esaurita o comunque condannata a terminare in brevissimo termine», laddove, invece, «nulla è più proporzionato per un concepito che l’utero, l’unica “residenza” che gli offre la possibilità di sopravvivere e poi di nascere»⁴¹. Né, sempre al fine di contrastare l’ammissibilità della pratica in esame, potrebbe seriamente affermarsi la sua inutilità agli scopi per i quali è stato ideato, sostenendo che il ricorso all’adozione non sarebbe comunque in grado di far nascere un numero rilevante di embrioni, da un lato a causa della morte a cui, per effetto dello scongelamento, andranno incontro molti, e dall’altro in ragione delle scarse probabilità che le domande di A.P.N. presentate siano numericamente tali da soddisfare l’aspettativa di vita di tutti gli embrioni crioconservati. A tanto, infatti, è facile replicare che «la possibilità di far nascere anche un solo embrione giustifica il ricorso all’APN e che la finalità della APN non è certo quella dell’incremento demografico, ma della massimizzazione del rispetto nei confronti della vita umana prenatale»⁴².

Argomentata in questi termini, l’accettabilità etica della proposta finalizzata all’introduzione dell’A.P.N. in funzione risolutoria, almeno pro-parte, del problema del destino degli embrioni residuali si traduce allora non soltanto nell’avvertenza della doverosità di una ampia promozione dell’istituto della A.P.N. e di un significativo sostegno alle coppie che ne facciano richiesta, ma anche e soprattutto nell’invito, rivolto al legislatore, di tradurre questa soluzione in termini giuridici, tracciandone le coordinate principali.

In particolare, però, per quel che qui rileva, la regolamentazione cui il Comitato di Bioetica pensa, compendiandola nell’espressione “adozione per nascita”, «ha il merito, richiamando l’adozione legittimante e la sua disciplina, di porre in primo piano i valori di solidarietà, generosità e responsabilità e irrevocabilità dell’atto che dovrebbero caratterizzare il comportamento dei genitori o del genitore deciso a portare a nascita un embrione residuale e abbandonato»⁴³.

In questo senso, quindi, e per riallacciare il filo che lega le considerazioni che si vanno svolgendo alle notazioni fatte in premessa, essa già ha il pregio di caratterizzare il destino degli embrioni “sospesi” in senso maggiormente conforme a quello spirito altruistico con cui, da sempre, nell’usanza partenopea si accompagna l’offerta di un caffè ad uno sconosciuto.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *L’adozione per la nascita (APN) degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (P.M.A.)*, cit., 4.

5.3. *Segue*: sulla regolamentazione della donazione dei gameti

Esattamente analizzata, la proposta avanzata dal Comitato per la Bioetica scopre tuttavia un ulteriore nervo scoperto del dettato legislativo. Essa, infatti, presuppone non soltanto l'accertamento della definitività dell'abbandono dell'embrione da parte dei genitori biologici ma anche la sua donazione a favore della coppia ovvero della donna che, per spirito di solidarietà, generosità e responsabilità, e comunque in modo irrevocabile, decidono di soddisfarne l'aspettativa di vita.

Ma, a tacere dei molti dubbi già da tempo espressi sul piano della definitività dell'abbandono, considerato allo stato una condizione irrealizzabile⁴⁴, e perciò bisognoso di trovare soluzione in un più generale ripensamento legislativo della disciplina del consenso, l'ipotesi di un simile potere dispositivo sull'embrione da parte dei genitori biologici, in quanto non previsto né disciplinato dal legislatore, rappresenta in sé un'ulteriore difficoltà per l'interprete, chiamato ad intendere l'utilizzabilità di un simile schema negoziale nel peculiare caso di specie.

In questa prospettiva, però, a rilevare sono anzitutto le ragioni che, in sede di stesura del testo legislativo, hanno spinto il legislatore a non dir nulla né riguardo alla donazione di gameti⁴⁵, né tanto meno a proposito della donazione di embrioni. E queste ragioni, come è ben noto, sono da riallacciare al fermo divieto di ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo che, caducato solo più tardi in conseguenza dell'intervento demolitorio della Corte costituzionale⁴⁶, ha originariamente reso di per sé inutile la previsione di una disciplina sulla donazione di cellule riproduttive.

⁴⁴ In questo senso, il riferimento è alle conclusioni rassegnate dalla "Commissione di Studio sugli embrioni crioconservati nei centri di PMA", specie in tema di accertamento della definitività dell'abbandono degli embrioni da parte dei genitori biologici, nella propria Relazione finale. Su tali profili, di cui si è già discusso, si rinvia alla nota n. 31. È però opportuno notare come, a fronte del problema della sorte degli embrioni crioconservati, quella della Commissione *de qua* è una posizione "improduttiva" di un qualche risultato utile. Come infatti puntualmente osservato in dottrina: «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 sagomati 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"»; così S. P. PERRINO, *Fecondazioni postume e destinazione delle cellule riproduttive alla ricerca*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2020, 250.

⁴⁵ Sull'inidoneità, nel caso di specie, dello schema contrattuale della donazione si leggano le interessanti osservazioni di S.P. PERRINO, *La donazione di cellule riproduttive e l'indennità per spese e inconvenienti*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 4, 2019, 1316 ss.

⁴⁶ Corte costituzionale, sentenza 10 giugno 2014 n. 162, cit. A commento di tale decisione, tra i molti autori che l'hanno annotata, si rinvia a: A. D'ALOIA, *Quel che resta della legge 40*; M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, I. RIVERA, *Quando il desiderio di avere un figlio diventa un diritto: il caso della legge n. 40 del 2004 e della sua (recente) incostituzionalità*; C. TRIPODINA, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*; S. AGOSTA, *L'anabasi (tra alterne fortune) della fecondazione eterologa a dieci anni dalla l. n. 40/2004*; G. CAPIZZI, *Questioni vecchie e nuove su status filiationis e PMA. Breve cronistoria*; M. CASINI, C. CASINI, *Il dibattito sulla PMA eterologa all'indomani della sentenza costituzionale n. 162 del 2014. In particolare: il diritto a conoscere le proprie origini e l'"adozione per la nascita"*; B. SALONE, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*; M. CITTÀ, *Mamma, ho perso la cicogna! (Dialogo intorno all'inesistente diritto contro l'esistenza)*, tutti in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2014; A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*; G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte*

cost., sent. n. 162/2014), entrambi in *Consulta on line* (all'indirizzo Giurcost.org), Sezione Studi, 2014; G. BERTI DE MARINIS, *Il ruolo della giurisprudenza nell'evoluzione della disciplina in tema di procreazione medicalmente assistita*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2014, 1716 ss.; C. CICERO, E. PELUFFO, *L'incredibile vita di Timothy Green e il giudice legislatore alla ricerca dei confini tra etica e diritto; ovvero, quando diventare genitori non sembra (apparire) più un dono divino*, in *Diritto di famiglia*, 2014, 1290 ss.; E. DOLCINI, *La legge sulla procreazione assistita dieci anni dopo: la metamorfosi continua*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, 1669 ss.; A. MORRESI, *Fecondazione eterologa in Italia: il perché di un vuoto normativo*, in *Diritto e processo*, 2014, 161 ss.; A. RUGGERI, *La Consulta apre all'eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al "dialogo" con la Corte Edu*, in Forumcostituzionale.it, 14 giugno 2014; Id., *La sentenza sulla fecondazione "eterologa": la Consulta chiude al "dialogo" con la Corte EDU*, in *Questioni costituzionali*, 2014, 659 ss.; V. TIGANO, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 13 giugno 2014; S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*; G. D'AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, entrambi in Forumcostituzionale.it, 2, 2014; F. GIRELLI, *Bastano le garanzie interne per dichiarare l'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa*; F. PERRINI, *La legge 40/2004: la sentenza n. 184/2014 della Corte costituzionale e i principali orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo*, entrambi in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014; L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, in *Rivista AIC, Osservatorio costituzionale*, luglio 2014; V. BALDINI, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo*, in Dirittifondamentali.it, 2, 2014; V. CARBONE, *Sterilità di coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*, in *Europa e diritto privato*, 2014, 1105; G. CASABURI, *Requiem (gioiosa) per il divieto di fecondazione eterologa: l'agonia della l. 40/2004*, in *Famiglia e diritto*, 2014, 753 ss.; M. CASINI, *Il "figlio a tutti i costi" e la "procreazione medicalmente assistita". Così la Corte costituzionale dimentica il primato degli interessi e dei diritti dei minori La sentenza n. 162 del 2014 e il ritorno dell'eterologa in Italia*, in *Medicina e morale*, 2014, 67 ss.; C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in *Confronticostituzionali.eu*, 17 giugno 2014; C. CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2014, 1005 ss.; M. D'AMICO, M.P. COSTANTINI, *L'illegittimità costituzionale della «fecondazione eterologa» (Analisi critica e materiali)*, Milano, 2014, 25 ss. L. D'AVACK, *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, 393 ss.; G. FERRANDO, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*, in *Corriere Giuridico*, 2014, 1068 ss.; Id., *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione «eterologa»*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, 1123 ss.; A. QUERCI, *La fecondazione eterologa dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014: attuabilità immediata e problemi aperti*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2014, 469 ss.; L. RISICATO, *La Corte costituzionale supera le esitazioni della CEDU: cade il divieto irragionevole di fecondazione eterologa*, in *Rivista italiana di diritto processuale penale*, 2014, 1487 ss.; M.G. RODOMONTE, *È un diritto avere un figlio?*, in *Confronticostituzionali.eu*, 2014; U. SALANITRO, *I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete*, in *Studium Iuris*, 11, 2014, 1243 ss.; R. SAPIENZA, *Ancora sulla sentenza del 10 giugno 2014, n. 162, della Corte costituzionale. La fecondazione eterologa tra margine d'apprezzamento e vincolo di interpretazione conforme alla Convenzione europea*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, 238 ss.; P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro "pilastro": illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, in Forumcostituzionale.it; A. VALLINI, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, 825 ss.; R. VILLANI, *La caduta del divieto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo: le ragioni della sua incostituzionalità e i successivi «indirizzi operativi» della conferenza delle regioni*, in *Studium Iuris*, 2014, 1243 ss.; F. ANGELINI, *Dalla fine di un irragionevole divieto al caos di una irragionevole risposta. La sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale, lo Stato e le Regioni sulla fecondazione assistita eterologa*, in *Istituzioni del federalismo*, 1, 2015; M. BASILE, *I donatori di gameti*, in *Nuova giurisprudenza commentata*, II, 2015, 223 ss.; A. CIERVO, *Una questione privata (e di diritto interno). La Consulta dichiara incostituzionale il divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*, in <https://diritti-cedu.unipg.it/2015>; M.A. IANNICELLI, *La fecondazione eterologa tra giudice e legislatore: una questione ancora aperta*, in *Corriere giuridico*,

Dal canto suo, la pur storica dichiarazione di illegittimità di tale divieto, che ha spianato la strada alla donazione ed all'impiego di gameti, non è stata immediatamente accompagnata dalla positivizzazione, in via legislativa, di regole utili a disciplinare la donazione embrionaria fatta da terzi ai fini di un successivo *transfer*.

Ed infatti non sono state introdotte norme, neppure minime, in materia di consenso informato per il donatore. Non è stata prestata alcuna attenzione alla necessità di una disciplina positiva delle indennità per le assenze, giornaliere o orarie, per le spese, e per gli inconvenienti⁴⁷. È mancata pure una normativa puntuale sulla destinazione specifica o generica delle cellule specializzate donate e sui test obbligatori. Ed infine, non sono state neanche fissate indicazioni sulle modalità di selezione dei donatori, né sono state previste limitazioni al numero di donazioni da parte del medesimo donatore⁴⁸.

Il tutto, con la conseguente apertura di falle all'interno del sistema ordinamentale, in grado di porre un serio problema di certezza giuridica.

Tale problema, però, non è stato avvertito dai giudici costituzionali, i quali, infatti, contrariamente a quanto eccepito dall'Avvocatura di Stato⁴⁹, hanno sostenuto che la rimozione del divieto di eterologa non avrebbe comportato alcun vuoto di tutela⁵⁰, stante la possibilità di rinvenire già all'interno dell'ordinamento principi e regole applicabili alla donazione di gameti, ricavandole dalle norme in materia di

2015, 64 ss.; P. SANFILIPPO, *La riscrittura giurisprudenziale della legge n. 40/2004: un caso singolare di eterogenesi dei fini*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2015, 307 ss.; S. TONOLO, *Il diritto alla genitorialità nella sentenza della Corte costituzionale che cancella il divieto di fecondazione eterologa: profili irrisolti e possibili soluzioni*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 10, 2016, 1360 ss.

⁴⁷ Per quanto concerne gli inconvenienti, è il considerando 17 della Direttiva 2004/23/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 «sulla definizione di norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani» (in G.U.U.E. L. 102/48 del 07.04.2004), che fa ad essi riferimento, precisando che: «L'uso di tessuti e cellule destinati ad essere applicati al corpo umano può causare malattie ed effetti indesiderati». In questo senso, dunque, gli inconvenienti devono intendersi alla stregua delle malattie e degli effetti indesiderati della procedura finalizzata al prelievo dei gameti. Lo stesso considerando, però, avverte pure che: «La maggior parte di tali inconvenienti può essere evitata mediante un'attenta valutazione dei donatori ed il controllo di ciascuna donazione in conformità delle norme stabilite e aggiornate in conformità dei migliori pareri scientifici disponibili».

⁴⁸ Ad evidenziare tali mancanze è S.P. PERRINO, *La donazione di cellule riproduttive e l'indennità per spese e inconvenienti*, cit., 1308, 1309.

⁴⁹ Per l'Avvocatura dello Stato, infatti, «le questioni sarebbero inammissibili anche perché il loro eventuale accoglimento determinerebbe un vuoto normativo (in relazione alla tutela di tutte le parti coinvolte dalla PMA eterologa, al numero delle donazioni possibili, al diritto a conoscere il genitore genetico, al diritto di accesso alla fecondazione eterologa), che può essere colmato esclusivamente dal legislatore ordinario, al quale sono riservate le relative scelte»; Corte costituzionale, sentenza 10 giugno 2014 n. 162, cit., punto 9.1 del *Ritenuto in fatto*.

⁵⁰ Al riguardo, in sentenza, la Corte, al fine di fugare ogni dubbio sull'assenza delle lacune paventate quale effetto della caducazione del divieto di eterologa, anzitutto insiste sull'inclusione delle tecniche di fecondazione di tipo eterologo nel più ampio *genus* della fecondazione assistita, ritenendo perciò applicabili alla prima le disposizioni contenute nella legge n. 40/2004, con specifico riguardo a quelle concernenti i requisiti soggettivi; il consenso informato; l'autorizzazione delle strutture abilitate all'esercizio di tali funzioni; e la documentazione necessaria per l'accesso ai trattamenti di P.M.A. È questa, tuttavia, un'impostazione fortemente contrastata non soltanto dagli "addetti ai lavori", ma anche da certa dottrina. Essa, infatti, cozza anzitutto contro le risultanze dell'Audizione del Ministro della Salute del 29 luglio 2014, dinanzi alla Commissione Affari sociali della Camera dei deputati, alla cui stregua: «dal punto di vista sanitario la fecondazione eterologa non può essere considerata una semplice variante di quella omologa, perché implica un'azione in più, totalmente nuova rispetto all'omologa: la

donazioni di tessuti e cellule⁵¹. Rimandando, poi, ad un successivo aggiornamento delle Linee guida in materia la regolamentazione dei profili comunque sprovvisti di adeguata disciplina⁵².

Tuttavia, all'interprete chiamato a procedere ad un inquadramento della donazione dei gameti, il «ginepraio di fonti stratificate e poco integrate»⁵³ in cui, per effetto della decisione della Corte, è costretto ad addentrarsi non pare sempre idoneo ad offrire adeguate tutele ai soggetti coinvolti.

E ciò a partire dalla disposizione in tema di anonimato⁵⁴.

A fronte infatti di tale regola, che impedisce al donatore ed alla coppia ricevente di conoscere le rispettive identità, all'evidente scopo di garantire che, nel rispetto del principio di solidarietà, la scelta della donazione venga adottata a scopi meramente altruistici, senza rischi di coartazione (seppur indiretta) della volontà del donante, si è immediatamente opposta la necessità di consentire una qualche forma di tracciamento dell'identità di questi⁵⁵, allorché la conoscenza delle origini del nato sia funzionale

selezione di un donatore di gameti» (Il testo di tale audizione è disponibile all'indirizzo: http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/commissioni/stenografici/html/12/audiz2/audizione/2014/07/29/indice_stenografico.0014.html). Quindi, è, tra gli altri, fortemente criticata da 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, 1008, secondo cui: «il presupposto, richiamato dalla Corte, che l'eterologa sia una *species* del *genus* PMA e che procedure e tecniche della procreazione omologa possano essere semplicemente adattate all'eterologa è poco condivisibile. L'eterologa, non è una variante qualsiasi della fecondazione assistita omologa e il suo utilizzo cambia gran parte dei criteri dati della legge 40, dato che implica una vicenda che vede l'intervento esterno di un terzo nella formazione della famiglia: il donatore/donatrice di gameti».

⁵¹ In particolare, in ordine, esemplificativamente, alla gratuità e volontarietà della donazione, alle modalità del consenso, all'anonimato del donatore, alle esigenze di tutela sotto il profilo sanitario, il rimando dei giudici costituzionali è agli artt. 12, 13, comma 1, 14 e 15 del D. Lgs. 6 novembre 2007, n. 191, recante «Attuazione della direttiva 2004/23/CE sulla definizione delle norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umane». Anche sotto tale profilo, la decisione della Corte è apparsa assolutamente criticabile a 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, 1008, per il quale: «il richiamo al d.l. n. 191 del 2007 non è risolutivo, trattando di materiale corporeo ben diverso dai gameti che hanno una portata genetica. I criteri per la donazione di questi ultimi sono piuttosto ricavabili dall'allegato III della Direttiva europea 17/2006, al punto 3, ma la direttiva ancora non è recepita nel nostro Paese, proprio perché riguardava una procedura non legittima».

⁵² In particolare, al riguardo, in sentenza, la Corte si riferisce al problema del numero massimo delle donazioni ammissibili da parte di uno stesso donatore, all'evidente scopo di evitare unioni tra persone nate a mezzo dell'impiego delle cellule riproduttive di un medesimo donatore; Corte costituzionale, sentenza 10 giugno 2014 n. 162, cit., punto 12 del *Considerato in diritto*. Assolutamente critico riguardo al rimando che la Corte nell'occasione fa alle Linee guida, confidando in un loro possibile aggiornamento, è L. D'AVACK, *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*, cit., 1005 ss., per il quale in questo modo la Corte dimostra di aver affrontato i problemi etici e giuridici che scaturiscono dall'eterologa «con grande approssimazione, forse, spiace dirlo, con scarsa competenza».

⁵³ Qui, il rimando è alla Direttiva 2004/23/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 «sulla definizione di norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani», cit.; nonché al D. Lgs. 6 novembre 2007 n. 191, sull'«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».

⁵⁴ Art. 14 D. Lgs. n. 191/2007, cit.

⁵⁵ Al riguardo, la legge prevede l'obbligo di tracciabilità dei campioni di materiale donato mediante codifica (art. 8, comma 3, del D. Lgs. n. 191/2007, cit.).

a soddisfarne specifiche esigenze di salute. D'altro canto, la stessa Corte, nell'individuare i limiti posti al principio dell'anonimato, aveva richiamato il c.d. "diritto alle origini", attraverso l'esplicito rinvio alle previsioni normative fissate sul punto nella normativa in tema di adozione⁵⁶. Non sorprende, allora, che, a distanza di soli pochi mesi dall'intervento della Corte, sia stato, *ex lege*, istituito il «Registro nazionale dei donatori di cellule riproduttive a scopi di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo»⁵⁷.

A monte, però, le difficoltà incontrate dall'interprete nell'applicazione estensiva della normativa additata dalla Corte come quella utile a disciplinare pure la donazione di cellule riproduttive emergono chiaramente già dalla limitazione che tale normativa fa del proprio ambito di applicazione, riferendolo alle sole norme in materia di conservazione ma non anche a quelle in tema di donazione, che, infatti, per espressa scelta legislativa, dovranno piuttosto trarsi dalle disposizioni vigenti in materia⁵⁸.

In particolare, alla donazione dei gameti, già per questo considerata caratterizzata «da un regime "speciale" rispetto alle regole generali valide per tutte le donazioni di tessuti e cellule»⁵⁹, si applicano pure, in quanto compatibili, le regole ricavabili dalla normativa in materia di donazione a fini di trapianto di organi, tessuti e cellule⁶⁰.

Ma proprio questa normativa, a base della quale si colloca, quale pietra miliare del sistema, la difesa della qualità e della sicurezza dei tessuti e delle cellule, considerata garanzia di «un elevato livello di protezione della salute umana»⁶¹, pone non pochi problemi agli interpreti, specie nell'applicazione dei principi di volontarietà e gratuità dei trattamenti che rappresentano i suoi principali corollari.

Si pensi anzitutto alle disposizioni dettate a tutela dell'autodeterminazione personale nella prestazione di un consenso informato e consapevole alle tecniche di donazione. A mezzo di esse, indiscutibilmente,

⁵⁶ In particolare, il rimando della Corte è al diritto a conoscere le proprie origini da parte del figlio adottato, ai sensi dell'art. 28, commi 5 e 6, legge 4 maggio 1983, n. 184.

⁵⁷ Art. 1, comma 298, legge 23 dicembre 2014, n. 190 ("Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – "Legge di stabilità 2015", in G.U. - Serie Generale n. 300 del 29.12.2014 - Suppl. Ordinario n. 99). Nonostante il tempestivo intervento legislativo, però, «la piena operatività di questo registro si è fatta a lungo attendere», completandosi, solo più di recente, con l'approvazione del Decreto del Ministro della Salute 20 agosto 2019, n. 130, «Regolamento recante disciplina degli obiettivi, delle funzioni e della struttura del Sistema informativo trapianti (SIT) e del Registro nazionale dei donatori di cellule riproduttive a scopi di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo», entrato in vigore il 14 novembre 2019; così come ricorda M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2020, 213 ss., cui si rimanda anche per la puntuale trattazione del tema della conoscenza delle origini.

⁵⁸ Art. 2, comma 3, del D. Lgs. n. 191/2007, cit.: «Alle cellule riproduttive, ai tessuti e alle cellule fetali e alle cellule staminali embrionali, si applicano le disposizioni vigenti in materia. Per la conservazione si applicano le disposizioni di cui al presente decreto in quanto compatibili».

⁵⁹ Così, S.P. PERRINO, *La donazione di cellule riproduttive e l'indennità per spese e inconvenienti*, cit., 1313, la quale, peraltro, precisa che: «Le peculiarità che contraddistinguono la donazione dei gameti non si esauriscono nella trama di regole applicabili ma si riscontrano anche nei fini perseguiti e nei correlativi obblighi in capo al centro destinatario delle cellule. La donazione dei tessuti e delle cellule, infatti, prevede un obbligo di "stoccaggio" in capo alla struttura cessionaria, con fini pubblicistici consistenti nella ricerca o trattamenti terapeutici, mentre per i centri PMA sono esclusi i fini di ricerca ed è fatto obbligo non solo di custodire le cellule ma anche di assegnare il campione alle coppie di pazienti che aderiscono ai trattamenti».

⁶⁰ Come precisa, S.P. PERRINO, *La donazione di cellule riproduttive e l'indennità per spese e inconvenienti*, cit., 1313: «Si tratta delle norme in materia di donazione tra vivi del midollo osseo, del sangue, della cornea, del fegato, del rene, del polmone, del pancreas, e dell'intestino».

⁶¹ Considerando 1 e art. 12, comma 1, della Direttiva 2004/23/CE, cit.

il legislatore assicura al donatore non soltanto la possibilità di revoca del consenso precedentemente prestato, a mezzo della previsione che impone di fornirgli ogni informazione sul procedimento di donazione prima all'esecuzione del prelievo⁶², ma anche la certezza di un'informazione completa e ed adeguata, che, infatti, dovrà, *ex lege*, essere fornita «da una persona qualificata, capace di trasmetterle in modo chiaro e adeguato, usando termini facilmente comprensibili per il donatore»⁶³ tutti i dati concernenti «scopo e natura dell'approvvigionamento, sue conseguenze e rischi; esami analitici, se effettuati; registrazione e protezione dei dati del donatore, riservatezza medica; scopo terapeutico e potenziali benefici, nonché informazioni sulle salvaguardie applicabili volte a tutelare il donatore»⁶⁴. Ma, sia pur all'apparenza esaustiva dei diversi profili implicati dalla questione del consenso, tale disciplina manca di chiarire se l'informazione resa al donatore possa dirsi completa solo quando ricomprenda altresì l'esposizione dei costi della procedura e le modalità di indennizzo delle spese e degli inconvenienti⁶⁵.

Né meno esente da profili di criticità è l'applicazione in ambito del principio di gratuità, evidentemente posto a presidio di «una decisione non assunta sulla spinta del bisogno economico o di altro genere di coercizione, ma unicamente per spirito di solidarietà»⁶⁶. Al riguardo, occorre anzitutto precisare che l'applicazione del principio *de quo* non può in alcun modo interpretarsi come ostativa al riconoscimento, a favore del donatore, di un'indennità per le spese vive e per gli inconvenienti. Tale compatibilità, infatti, è stata già da anni espressamente riconosciuta non soltanto dalla normativa europea rilevante in ambito⁶⁷, ma anche dalle diverse leggi vigenti all'interno del nostro sistema ordinamentale in materia di trapianto⁶⁸, che ne hanno giustificato la corresponsione in ragione della particolare onerosità dell'attività richiesta. In questi casi, quindi, la corresponsione di un indennizzo si atteggia non già come remunerazione, ma quale ristoro del tempo richiesto al soggetto in ragione della natura particolarmente onerosa dell'attività svolta. Conseguentemente, l'attribuzione di esso non influisce sulla gratuità della prestazione, così come chiarito anche dalla Corte costituzionale che, pure di recente, ha

⁶² Allegato I, lett. a), n. 1, della Direttiva 2004/23/CE, cit.

⁶³ Allegato I, lett. a), n. 2, della Direttiva 2004/23/CE, cit.

⁶⁴ Allegato I, lett. a), n. 3, della Direttiva 2004/23/CE, cit.

⁶⁵ In questo senso, S.P. PERRINO, *La donazione di cellule riproduttive e l'indennità per spese e inconvenienti*, cit., 1314.

⁶⁶ Il principio di gratuità è espressamente sancito dall'art. 21 della “Convenzione per la protezione dei Diritti dell’Uomo e della dignità dell’essere umano nei confronti dell’applicazioni della biologia e della medicina” firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997.

⁶⁷ «I donatori possono ricevere un'indennità, strettamente limitata a far fronte alle spese e agli inconvenienti risultanti dalla donazione. In tal caso, gli Stati membri stabiliscono le condizioni alle quali viene concessa l'indennità»; così art. 12, Direttiva 2004/23/CE, cit.

⁶⁸ Le disposizioni di tale contenuto sono: art. 1, legge 26 giugno 1967, n. 458, «Trapianto del rene tra persone viventi» (in G.U. n.160 del 27.06.1967); artt. 5, 6, legge 12 agosto 1993, n. 301, «Norme in materia di prelievi ed innesti di cornea» (in G.U. n. 192 del 17.08.1993); art. 1, legge 16 dicembre 1999, n. 483, «Norme per consentire il trapianto parziale di fegato» (in G.U. n. 297 del 20.12.1999); art. 5, legge 6 marzo 2001, n. 52, «Riconoscimento del Registro nazionale italiano dei donatori di midollo osseo» (in G.U. n. 62 del 15.03.2001); art. 4, legge 21 ottobre 2005, n. 219, «Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati» (in G.U. n. 251 del 27.10.2005); art. 1, legge 19 settembre 2012, n. 2012, «Norme per consentire il trapianto parziale di polmone, pancreas e intestino tra persone viventi», in (G.U. n. 227 del 28.09.2012).

riconosciuto l'indennizzabilità di talune attività in quanto in grado di assolvere, in applicazione del principio di equità, una funzione solidaristica⁶⁹. Ciononostante, e forse anche per la sua mancata esplicitazione nel D.Lgs. n. 191/3007, che si limita infatti a fare espresso riferimento al solo principio di gratuità, il riconoscimento di un'indennità a favore dei donatori di gameti, ed in particolare della donna che si presti ad un'ovodonazione⁷⁰, di fatto è risultato fin da subito una chimera. Sicché, specie nel confronto con le ulteriori diverse leggi che nel nostro Paese disciplinano la materia dei trapianti di cellule, organi o tessuti, tale normativa ha alimentato non poche critiche quanto alla propria capacità di favorire una maggiore implementazione, a livello sociale, della pratica della donazione dei gameti⁷¹. E ciò ha determinato il moltiplicarsi degli appelli rivolti da giuristi ed operatori del settore al mondo politico ai fini di un intervento che, sotto questo profilo, eliminando un'evidente distonia interna al nostro sistema ordinamentale, possa consentire al nostro Paese di allinearsi agli altri Stati europei⁷².

Peraltro, ferma l'applicabilità in via analogica della normativa appena analizzata⁷³, alla regolamentazione della donazione di gameti ha originariamente concorso pure un'ulteriore serie di norme, specificamente previste all'Allegato III della Direttiva 2006/17/CE, la cui applicazione, però, è risultata non

⁶⁹ Corte costituzionale, ordinanza 06 dicembre 1988, n. 1073; e, più di recente, sentenza 29 novembre 2018, n. 218. Entrambe le pronunce, che intervengono sull'indennizzo a favore del tutore ai sensi dell'art. 379 c.c., sono consultabili in *Consulta on line* (all'indirizzo Giurcost.org);

⁷⁰ Profilo, questo, su cui in particolare insiste la Società Italiana della Riproduzione Umana (S.I.R.U.), nella "Proposta relativa alla possibilità di prevedere un indennizzo per i donatori di cellule riproduttive", il cui testo è reperibile all'indirizzo: <https://www.pmaumanizzata.com/PROPOSTASIRUINDENNIZZO.pdf>. Al riguardo, in tale proposta si legge che: «nel rispetto della normativa europea, e segnatamente della Direttiva 2004/23/CE, ben può prevedersi un indennizzo che compensi il maggior sacrificio richiesto alle donatrici di ovociti per il tempo impiegato nell'ovodonazione, senza snaturare la natura gratuita e liberale della donazione stessa». E si precisa altresì che: «Ciò non contrasterebbe nemmeno col divieto di commercializzazione dei gameti previsto dall'art. 12 comma 6 L. 40/2004 stante la differente funzione dell'indennizzo rispetto a qualsiasi forma di corrispettivo o compenso».

⁷¹ «Senz'affatto sostenere che la concreta pratica della donazione dipenda soltanto dall'esistenza di un'adeguata normativa che lo regoli, non si può neppure trascurare di considerare come, nell'esperienza italiana, la carenza delle donazioni di gameti sia comunque stata legata anche alla mancanza di un'adeguata disciplina della stessa, una disciplina attenta quindi non solo alle più complesse implicazioni etiche derivanti dalla donazione di cellule riproduttive, rispetto ad altre tipologie di donazioni di organi o cellule, ma anche calibrata sulle differenti ricadute sulla salute del donante di sperma rispetto a quelle della donatrice di ovociti; inoltre, la normativa in materia non può non tener conto pure del possibile e diffuso ricorso a banche di gameti situate fuori dai confini nazionali»; così, efficacemente, M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, cit., 215, 216.

⁷² Al riguardo, ancora la "Proposta relativa alla possibilità di prevedere un indennizzo per i donatori di cellule riproduttive", cit. Tra l'altro, nel corpo della proposta *de qua*, e specificamente a p. 5, non mancano neppure indicazioni circa i criteri da impiegare utilmente ai fini della determinazione dell'ammontare di tale indennizzo. Sulle modalità di corresponsione di quest'indennità, su come cioè essa debba essere determinata e corrisposta, si rinvia altresì a S.P. PERRINO, *La donazione di cellule riproduttive e l'indennità per spese e inconvenienti*, cit., 1325, 1326.

⁷³ L'applicabilità di tale normativa, ed in particolare delle regole in materia di donazione di sangue e di midollo osseo, è stata peraltro ribadita anche dalla Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome nel «Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014», adottato il 4 settembre 2014, a seguito della conclusione di un accordo volto a «rendere immediatamente esigibile un diritto costituzionalmente garantito su tutto il territorio nazionale» (su cui vedi *infra*). In tale documento, a p. 3, si legge: «La donazione di cellule riproduttive da utilizzare nell'ambito delle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo è atto volontario, altruista, gratuito, interessato solo al "bene

meno problematica di quella della normativa esaminata in precedenza, stante specialmente l'inerzia legislativa nell'adozione dei relativi atti di recepimento. Sicché, a fronte del dettato comunitario, che vanamente ha rimesso al regolatore interno la determinazione dell'individuazione dei limiti di età dei donatori⁷⁴, ci si è a lungo interrogati sull'applicabilità a questi fini dei requisiti soggettivi previsti dall'art. 5 della legge n. 40/2004, ovvero degli indirizzi operativi tracciati dalla Conferenza delle Regioni⁷⁵. Difficoltà non dissimili del resto sono quelle che l'interprete ha immediatamente provato rispetto alla previsione di una serie numerosa di test, tanto generici quanto specifici, che, per scelta del legislatore europeo, i centri deputati all'esecuzione del trattamento avrebbero dovuto svolgere sulla persona del donante, ma che non hanno poi trovato alcuna specificazione né tanto meno disciplina in una qualche norma di recepimento⁷⁶.

della salute riproduttiva” di un'altra coppia. Non potrà esistere una retribuzione economica per i donatori/donatrici, né potrà essere richiesto alla ricevente contributo alcuno per i gameti ricevuti. Non si escludono forme di incentivazione alla donazione di cellule riproduttive in analogia con quanto previsto per donazione di altre cellule, organi o tessuti. Ai donatori con rapporto di lavoro dipendente, ovvero interessati dalle tipologie contrattuali di cui al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, possono essere applicate le disposizioni previste dalla normativa vigente in materia di attività trasfusionali e di trapianto di midollo. L'importazione e l'esportazione di gameti sono consentite, rispettivamente, solo da e verso istituti di tessuti accreditati/autorizzati ai sensi della normativa europea vigente in materia. Si rinvia a quanto disposto dal Decreto Min. Salute del 10 ottobre 2012 attuativo dell'art 9 D.Lgs. 191/07. Inoltre, il procedimento di selezione dei donatori e gli accertamenti di screening devono essere conformi al presente documento». Il testo di tale documento è reperibile all'indirizzo: <https://www.camera.it/temiap/2014/09/08/OCD177-429.pdf>.

⁷⁴ In effetti, l'Allegato III della Direttiva 2006/17/CE, al punto 3.1, si limita a precisare che: «I donatori vanno selezionati in base all'età, all'anamnesi sanitaria e medica risultante da un questionario e da un colloquio individuale con un professionista sanitario esperto e qualificato».

⁷⁵ In effetti, nel «Documento sulle problematiche relative alla fecondazione assistita eterologa a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014», cit., la Conferenza ha in particolare sottolineato «l'urgente necessità dell'inserimento nei L.E.A. delle tecniche di PMA omologa e di quella eterologa» e, con lo scopo di dettare un indirizzo politico omogeneo, ha recepito le indicazioni del Gruppo di Lavoro deputato alla redazione di uno schema di decreto-legge per la disciplina della procreazione eterologa. Ebbene, in base agli indirizzi adottati nell'occasione, in conformità con quanto previsto dal Gruppo di Lavoro incaricato della redazione del decreto-legge di cui si è detto: «La donazione di gameti è consentita ai soggetti di sesso maschile di età non inferiore ai 18 anni e non superiore ai 40 anni, e ai soggetti di sesso femminile di età non inferiore ai 20 anni e non superiore ai 35 anni».

⁷⁶ Per un approfondimento di tale profilo si rinvia a S.P. PERRINO, *La donazione di cellule riproduttive e l'indennità per spese e inconvenienti*, cit., 1316.

Più di recente comunque molte delle difficoltà appena denunciate quale conseguenza dall'applicazione, in via analogica, del complesso normativo esaminato sono state superate per effetto dell'intervento del d.P.R. n. 131/2019⁷⁷, che, in attuazione della Direttiva 2012/39/UE⁷⁸, ed alla luce dell'intervento caducatorio della Corte costituzionale⁷⁹, è finalmente intervenuto a disciplinare la donazione delle cellule riproduttive da parte di donatore diverso dal partner, per il caso di ricorso alle tecniche di fecondazione di tipo eterologo⁸⁰.

Anzitutto, però, in ragione dei propri contenuti, il decreto in questione opera una chiara cesura rispetto al passato, in particolare imponendo un freno a quella spinta verso un'assimilazione tra fecondazione omologa ed eterologa, che, sotto il profilo delle regole applicabili al caso della donazione, era stata avallata pure dalla Corte costituzionale. Basti in questo senso soffermarsi anche solo sui requisiti soggettivi da esso indicati quali necessari ai fini della sottoposizione del donatore al prelievo dei gameti, ed individuati in un'età compresa tra i 18 ed i 40 per l'uomo e tra i 20 e 35 anni per la donna⁸¹, per intendere lo stacco di una simile previsione non soltanto dai requisiti soggettivi previsti invece ai fini dell'accesso alle tecniche di P.M.A. dalla legge n. 40/2004⁸² ma anche dalle conferenti disposizioni delle Linee guida in tema di fecondazione omologa.

Tuttavia, come già evidenziato, è soprattutto in funzione integrativa delle falle insite nel sistema normativo precedentemente applicabile alle donazioni di gameti che il decreto *de quo* risulta assolutamente apprezzabile. E molte, in questo senso, sono le prescrizioni di rilievo. *In primis*, quelle che definiscono il numero massimo delle nascite che possono essere ottenute per mezzo dell'impiego delle cellule riproduttive di uno stesso donatore, e che, a prescindere dal sesso di questi, non potranno mai essere superiori a dieci⁸³. Significativo è pure il limite fissato a fini di tutela della salute della donna, la

⁷⁷ Si tratta del 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» (in G.U. n. 267 del 14.11.2019), su cui vedi *infra*.

⁷⁸ Direttiva 2012/39/UE della Commissione del 26 novembre 2012, che modifica la direttiva 2006/17/CE per quanto riguarda determinate prescrizioni tecniche relative agli esami effettuati su tessuti e cellule umani (in G.U.U.E L. 327/24 del 27.11.2012). Quella modificata da tale intervento normativo è specificamente la Direttiva 2006/17/CE della Commissione dell'8 febbraio 2006 che attua la direttiva 2004/23/CE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda determinate prescrizioni tecniche per la donazione, l'approvvigionamento e il controllo di tessuti e cellule umani (in G.U.U.E L. 38/40 del 09.02.2006).

⁷⁹ Qui, il riferimento è a Corte costituzionale, sentenza 10 giugno 2014, n. 162, cit.

⁸⁰ Per un commento dei contenuti del decreto in esame, cfr. S.P. PERRINO, *Note a margine del D.P.R. 23 agosto 2019 n. 131: le nuove disposizioni in materia di donazioni di cellule riproduttive a cinque anni dalla Corte cost. n. 162/2014*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2020, 311 ss.

⁸¹ Art. 1, comma 2.1, d.P.R. n. 131/2019, cit.: «La donazione di cellule riproduttive è consentita ai soggetti di sesso maschile di età non inferiore ai diciotto anni e non superiore ai quaranta anni e ai soggetti di sesso femminile di età non inferiore ai venti anni e non superiore ai trentacinque anni».

⁸² Art. 5, legge n. 40/04, cit.: «[...] possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenti di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi».

⁸³ Art. 1, comma 2.1, d.P.R. n. 131/2019, cit.: «Le cellule riproduttive donate da un medesimo donatore non possono determinare più di dieci nascite». La disposizione *de qua* continua peraltro precisando che: «Tale limite può essere derogato esclusivamente nei casi in cui una coppia, che abbia già avuto un figlio tramite procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, intenda sottoporsi nuovamente a tale pratica utilizzando le cellule riproduttive del medesimo donatore».

quale, infatti, non potrà essere sottoposta a più di sei stimolazioni ovariche⁸⁴. Ancora, particolarmente rilevanti sono le disposizioni concernenti le verifiche cui le procedure in questione dovranno essere sottoposte, al fine di riscontrare ciclicamente la rispondenza della disciplina *de qua* alle nuove conoscenze frutto dell'evoluzione medico/scientifica⁸⁵. Infine, assai puntuali sono le prescrizioni sui controlli ed i test cui i donatori devono essere sottoposti al fine di garantire che la donazione si realizzi senza alcun pregiudizio di salute per nessuno. Nello specifico, sotto il primo profilo, il decreto prevede, tra l'altro, che il medico in servizio presso la clinica autorizzata alla P.M.A. debba escludere dal novero dei candidati donatori «i soggetti la cui donazione può costituire un rischio sanitario per gli altri, come la possibilità di trasmettere malattie, rischi sanitari per i donatori stessi [...] oppure conseguenze psicologiche per il donatore»⁸⁶. Quindi, passa ad elencare puntualmente la serie di test obbligatori (HIV 1 e 2 epatite B e C, sifilide, clamidia; HTLV, fibrosi cistica, patologie ereditarie familiari) cui il donatore deve sottoporsi prima di essere facoltizzato alla donazione⁸⁷.

Tra l'altro, all'interno del tessuto normativo del decreto in esame non mancano neppure previsioni assolutamente inedite, come quella che pone a carico del donatore che venga a conoscenza «di essere affetto o portatore di malattie trasmissibili mediante fecondazione eterologa, di cui è ragionevole ipotizzare la presenza antecedente alla donazione», l'obbligo di «informarne tempestivamente la struttura presso la quale ha effettuato la donazione stessa»⁸⁸.

Tuttavia, analizzata attentamente, la normativa più recentemente adottata non sembra aver offerto soluzione a molte altre questioni da sempre considerate centrali nel contesto di una ragionevole regolamentazione della donazione di gameti. Ad esempio, in essa manca una più precisa e puntuale disci-

⁸⁴ Art. 1, comma 2.1, d.P.R. n. 131/2019, cit.: «La donatrice di ovociti non può essere sottoposta ad un numero di cicli di stimolazioni ovariche superiore a sei. In ogni caso, a tutela della salute della donatrice devono essere previsti specifici monitoraggi periodici».

⁸⁵ Art. 1, comma 2.1, d.P.R. n. 131/2019, cit.: «I limiti relativi all'età dei donatori, al numero delle donazioni degli ovociti e dei gameti maschili e al numero delle stimolazioni ormonali cui può essere sottoposta la donatrice, nonché al numero delle nascite scaturenti dal medesimo donatore, sono oggetto di verifica almeno triennale sulla base dei risultati dell'esperienza, della ricerca e delle migliori pratiche della scienza medica seguite anche in sede internazionale, avvalendosi, per la verifica dei limiti al numero delle nascite scaturenti dal medesimo donatore, anche delle competenze dell'Istituto nazionale di statistica (ISTAT), ai fini dei successivi aggiornamenti del presente regolamento».

⁸⁶ Più precisamente, ai sensi dell'art. 1, comma 2.1, d.P.R. n. 131/2019, cit.: «La selezione dei donatori avviene sulla base dell'anamnesi sanitaria e medica compiuta anche sulla base di un questionario cui gli stessi sono sottoposti e di un colloquio individuale con il medico responsabile della selezione o con personale sanitario appositamente formato, anche in materia di protezione dei dati personali, operante sotto la responsabilità del predetto medico responsabile. Tale valutazione deve comprendere fattori rilevanti che possono contribuire a individuare e ad escludere le persone la cui donazione può costituire un rischio sanitario per gli altri, come la possibilità di trasmettere malattie, rischi sanitari per i donatori stessi, quali ad esempio super-ovulazione, possibili reazioni alla somministrazione di sedativi o rischi associati all'intervento per il prelievo di ovociti, oppure conseguenze psicologiche per il donatore».

⁸⁷ Art. 1, comma 2.2, d.P.R. n. 131/2019, cit.: «I donatori di cellule riproduttive devono risultare negativi ai test per l'HIV 1 e 2, l'HCV, l'HBV e la sifilide, effettuati su un campione di siero o di plasma conformemente all'allegato II, punto 1.1. I donatori di sperma devono inoltre risultare negativi ai test per la clamidia, effettuato su un campione di urina mediante la tecnica per l'amplificazione degli acidi nucleici (NAT)».

⁸⁸ Art. 1, comma 2.6, d.P.R. n. 131/2019, cit.

plina concernente il consenso da ottenere dal donatore prima della sua sottoposizione al prelievo gametico, con la conseguenza che, in quest'ipotesi, l'applicazione delle disposizioni al riguardo contenute nella legge n. 40/2004 pone all'interprete non pochi dubbi in punto di legittimità, stante la portata pregiudizievole delle stesse a danno del donatore⁸⁹. Ugualmente, tale normativa difetta di ogni prescrizione sull'indennità che può essere concessa al donatore, nonostante trattasi di un «profilo cruciale», soprattutto «per il diretto legame con il principio di solidarietà, che presiede tutte le donazioni di organi»⁹⁰.

Sicché, oggi come ieri, per i profili in esame la normativa che disciplina la donazione di gameti si presta ad essere oggetto di non poche critiche. Anche perché, in questo modo, si è mancato di dare una possibile copertura giuridica ad una serie di ormai risalenti prescrizioni che, nel confronto, possono considerarsi molto più ragionevoli, ma prive di concreta efficacia, stante il loro inserimento in un documento di carattere squisitamente politico. Qui, il riferimento è al «Documento sulle problematiche relative alla fecondazione assistita eterologa a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014»⁹¹, approvato dalla Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome il 4 settembre 2014, a seguito della conclusione di un accordo volto a «rendere immediatamente esigibile un diritto costituzionalmente garantito su tutto il territorio nazionale»⁹². In esso, infatti, recependo le indicazioni del Gruppo di Lavoro al tempo deputato alla redazione di uno schema di decreto-legge per la disciplina della procreazione eterologa, per la prima volta si distingue tra il consenso informato e consapevole reso dal

⁸⁹ Sul punto, in particolare, S.P. PERRINO, *Note a margine del D.P.R. 23 agosto 2019 n. 131: le nuove disposizioni in materia di donazioni di cellule riproduttive a cinque anni dalla Corte cost. n. 162/2014*, cit., 314, che, riflettendo sull'applicazione dei termini per il consenso e la revoca al trattamento di P.M.A. fissati dal disposto dell'art 6, legge n. 40/2004, con riferimento all'ipotesi di donazione di gameti, osserva: «Se tale termine appare plausibile per i genitori intenzionali, aderenti alle tecniche di procreazione assistita, non è così per il donatore di cellule terzo ed estraneo, il quale sarebbe trattato, in virtù dell'art. 6, con sfavore rispetto ad ogni altra disciplina in materia di donazione di cellule, tessuti e organi, in cui difettano termini finali per la revoca del consenso del donatore. Il trattamento appare ulteriormente sfavorevole se si considera che nella recentissima disciplina recante le norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento, la l. 22 dicembre 2017, n. 219, non si menzionano termini per l'esercizio della revoca del consenso ai trattamenti».

⁹⁰ Così, M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, cit., 218.

⁹¹ È bene peraltro precisare che, nonostante si tratti di un documento di carattere esclusivamente politico, le Regioni lo hanno approvato all'unanimità e, successivamente, ne hanno recepito le indicazioni mediante le delibere delle Giunte regionali. Al riguardo, per una puntuale indicazione delle singole delibere di Giunta ed un commento dei relativi contenuti, si rinvia a S.P. PERRINO, *Note a margine del D.P.R. 23 agosto 2019 n. 131: le nuove disposizioni in materia di donazioni di cellule riproduttive a cinque anni dalla Corte cost. n. 162/2014*, cit., 316, nota 10.

⁹² In argomento, M.P. IADICICCO, *La lunga marcia verso l'effettività e l'equità nell'accesso alla fecondazione eterologa e all'interruzione volontaria di gravidanza*, in *Osservatorio AIC*, 1, 2018, 1 ss.

donatore⁹³ e il consenso prestato dai pazienti destinatari della donazione⁹⁴, e si riconosce il diritto del donatore a percepire un’indennità per le spese vive sostenute, mediante rinvio alle regole vigenti in materia di trapianti tra vivi⁹⁵. Né la peculiare attenzione rivolta dal Documento *de quo* nei riguardi dei donatori delle cellule riproduttive si limita ai profili anzidetti. Al contrario, essa si amplia fino al punto di «presidiare la libertà di autodeterminazione dei donatori in via assoluta»⁹⁶, attraverso l’espressa

⁹³ A proposito del “Consenso informato per donatori/donatrici”, nel «Documento sulle problematiche relative alla fecondazione assistita eterologa a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014», cit., a p. 11, si stabilisce: «È essenziale per il/la donatore/donatrice firmare un consenso informato, che dovrebbe includere un fermo diniego di non avere nessun conosciuto fattore di rischio per malattie sessualmente trasmissibili e malattie genetiche. È necessario che il/la donatore/donatrice riconosca nel consenso informato la sua responsabilità di notificare al programma di donazione eventuali cambiamenti nel suo stato di salute o di fattori di rischio. Il/la donatore/donatrice deve anche specificare se accetta che i suoi gameti vengano utilizzati anche a scopo di ricerca, se non più utilizzabili per ulteriori donazioni. Ai fini della manifestazione del consenso informato, e fermo restando quanto previsto dall’articolo 6 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, e dall’articolo 13 del decreto legislativo 6 novembre 2007, n. 191, e successive modificazioni, al donatore deve essere data comunicazione della possibilità di essere contattato nei casi e con le modalità descritte nel capitolo “Anonimato dei donatori e tutela della riservatezza” e deve darne apposito consenso. Il consenso informato dovrà riportare che, sulla base dell’art. 9 comma 3 della Legge 40/2004, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi. Tutte le donatrici di ovociti devono essere informate esplicitamente dei rischi e degli effetti collaterali connessi con la stimolazione ovarica e recupero degli ovociti; questa consulenza deve essere documentata nel consenso medico informato. I donatori devono essere liberi di revocare, in qualsiasi momento e senza alcuna spesa o pretesa economica, da parte del Centro di PMA che ha effettuato la raccolta e/o di quello che intendeva utilizzare i gameti, il consenso prestato per l’ulteriore impiego dei loro gameti».

⁹⁴ Riguardo al “Consenso informato della coppia che riceve la donazione”, sempre nel «Documento sulle problematiche relative alla fecondazione assistita eterologa a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014», cit., 11, si precisa: «Oltre a tutte le informazioni previste per le analoghe tecniche di primo e secondo livello di PMA, per tutti gli aspetti sovrapponibili delle tecniche omologhe ed eterologhe, e per le implicazioni legali della esecuzione delle tecniche stesse in ordine al ritiro del consenso informato e al riconoscimento della maternità e paternità del nato, la coppia ricevente le cellule riproduttive deve essere compiutamente informata sulla circostanza che risulta impossibile diagnosticare e valutare tutte le patologie genetiche di cui risultassero eventualmente affetti il donatore/donatrice con ogni effetto consequenziale in relazione alla eventuale imputazione della responsabilità. La coppia deve essere a conoscenza che il rischio di malattie e anomalie congenite nella prole risulta sovrapponibile a quello della popolazione generale. Particolare attenzione andrà posta agli aspetti psicologici, etici e sociali».

⁹⁵ Al riguardo, ancora nel corpo del «Documento sulle problematiche relative alla fecondazione assistita eterologa a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014», cit., 3, si precisa: «Non si escludono forme di incentivazione alla donazione di cellule riproduttive in analogia con quanto previsto per donazione di altre cellule, organi o tessuti. Ai donatori con rapporto di lavoro dipendente, ovvero interessati dalle tipologie contrattuali di cui al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, possono essere applicate le disposizioni previste dalla normativa vigente in materia di attività trasfusionali e di trapianto di midollo». Sulla portata del rinvio che, sotto tale profilo, viene fatto dal Documento *de quo* alla normativa in materia di trapianti di organi, tessuti e cellule, si leggano le considerazioni critiche svolte da S.P. PERRINO, *Note a margine del D.P.R. 23 agosto 2019 n. 131: le nuove disposizioni in materia di donazioni di cellule riproduttive a cinque anni dalla Corte cost. n. 162/2014*, cit., 317 ss.

⁹⁶ Così, S.P. PERRINO, *Note a margine del D.P.R. 23 agosto 2019 n. 131: le nuove disposizioni in materia di donazioni di cellule riproduttive a cinque anni dalla Corte cost. n. 162/2014*, cit., 315.

negazione della possibilità da parte del centro deputato alla raccolta delle cellule riproduttive di avanzare qualsiasi pretesa ai danni di parte donatrice per il caso che questa revochi il proprio consenso al prelievo⁹⁷.

Valutate attentamente, dunque, le soluzioni elaborate oramai anni fa dal Documento in esame con riguardo ai diversi profili di problematicità connessi alla donazione dei gameti, per quanto sprovviste di cogenza, paiono molto più ragionevoli e meglio articolate di quelle più recentemente positivizzate dal legislatore. Laddove, quindi, fossero state fatte proprie dal legislatore, che pure, in sede di recepimento della normativa comunitaria, si mostra molto più garantista nei riguardi dei donatori di cellule riproduttive di quanto non lo sia stato il regolatore pubblico europeo nell'elaborazione della normativa oggetto di ricezione, avrebbero di certo consentito il delinearsi di un quadro normativo maggiormente rispettoso delle esigenze di tutela dei soggetti coinvolti nella vicenda. Al contrario, lo stacco evidente tra le une e le altre, ed in particolari i limiti delle prescrizioni del decreto da ultimo adottato già precedentemente denunciati, finiscono oggi per riproporre con prepotenza l'esigenza di rinnovare in sede parlamentare il dibattito in tema, anzitutto innovando l'approccio ad esso. E ciò anche in ragione dei problemi che intanto va sollevando certa giurisprudenza, specie riguardo all'indennizzabilità dei donatori. Avversando le conclusioni sul punto raggiunte da Regioni e Province nel Documento più volte citato, da ultimo, infatti, la suprema Corte di Cassazione, pronunciandosi in sede penale sulla questione *de qua* nel confronto tra la normativa italiana e quella dettata dal legislatore europeo a mezzo della Direttiva 2004/23/CE, ha sentenziato che «lo Stato non si è avvalso della possibilità di stabilire un'indennità per i donatori come consentito dalla Direttiva medesima all'art. 12, comma 2, come invece, a titolo esemplificativo, ha fatto con riguardo al trapianto di midollo osseo con la L. n. 62 del 2011», e tali norme, essendo di carattere speciale «non possono valere quanto al diverso campo della procreazione medicalmente assistita». Conseguentemente, stante quanto deciso dagli ermellini, «allo stato, alcuna forma di indennizzo è prevista nel caso di donazione di gameti, che deve avvenire, si ripete, su base volontaria e improntata a gratuità»⁹⁸. Sicché, l'applicabilità in ambito della disciplina in materia di donazione di cellule ematiche e di midollo osseo, cui la Conferenza Regioni e Province autonome fa espresso richiamo, già ignorata dal legislatore, viene definitivamente affossata in sede giudiziaria, con tutto ciò che ne consegue non solo sul piano sociale, in termini di diffusività della pratica, ma anche e soprattutto su quello giuridico, in ragione dello scardinamento che così si realizza di quel principio di solidarietà che presiede tutte le donazioni di organi.

5.4. *Segue: dalla donazione dei gameti a quella degli embrioni*

Stante le difficoltà, alla luce di quanto fin qui detto, di ricavare dall'interno del sistema ordinamentale uno statuto giuridico chiaro e incontrovertibile sulla donazione di gameti, è evidente che trattare della

⁹⁷ Di nuovo nel «Documento sulle problematiche relative alla fecondazione assistita eterologa a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014», cit., sotto la voce «Consenso informato per donatori/donatrici», 11, si sottolinea: «I donatori devono essere liberi di revocare, in qualsiasi momento e senza alcuna spesa o pretesa economica, da parte del Centro di PMA che ha effettuato la raccolta e/o di quello che intendeva utilizzare i gameti, il consenso prestato per l'ulteriore impiego dei loro gameti».

⁹⁸ Cassazione penale, sez. III, sentenza 19 agosto 2019, n. 36221. Il testo di tale sentenza è reperibile all'indirizzo: <https://www.avvocatipersonefamiglie.it/media/3191570456236.pdf>.

donazione di embrioni a fini procreativi potrebbe risultare quasi un azzardo, specie per l'assoluto silenzio serbato al riguardo dal legislatore.

Eppure, sebbene manchino prescrizioni in grado di disciplinare un simile potere di disposizione sugli embrioni che, pur non impiantati, non risultano completamente inidonei a tali scopi, e possono perciò essere ugualmente trasferiti in utero, consentendo così non solo il soddisfacimento dell'aspettativa di vita di questi, ma anche l'appagamento del desiderio di genitorialità di altra coppia diversa da quella dei genitori biologici (ma anche della donna sola), la configurabilità di una loro donazione ai fini indicati non sembra in tali casi ipotesi priva di qualsiasi fondamento.

A favorire una simile soluzione, infatti, parrebbero utili alcune indicazioni offerte dalla giurisprudenza costituzionale nella sentenza n. 151/2009 più volte citata.

Tale sentenza, infatti, escludendo che gli embrioni debbano essere tutti immediatamente trasferiti nell'utero della madre, non ha semplicemente spianato la strada alla loro crioconservazione, ma ha anche e soprattutto riconosciuto l'esistenza di sia pur limitati “poteri di decisione” dei genitori in ordine agli stessi.

In effetti, nel caso di embrioni residuati ad un primo ciclo di trattamenti andato a buon fine, non pare possa seriamente dubitarsi della possibilità da parte della coppia “committente” di chiederne il successivo impiego ai fini della realizzazione di un ulteriore progetto genitoriale.

Parimenti, nel caso in cui nessun embrione tra quelli generati *in vitro* sia stato ancora utilizzato, nessuno può fondatamente negare che è pur sempre a richiesta (almeno) della madre, e non “d'ufficio”, che si provvede all'impianto.

Ebbene, proprio il riconoscimento in capo alla coppia di genitori, ovvero della sola donna, di simili poteri dispositivi degli embrioni prodotti per effetto dell'impiego delle nuove tecniche riproduttive sembra offrire argomenti niente affatto pretestuosi a sostegno dell'ammissibilità di una loro donazione, quantomeno ad altra coppia che presenti i requisiti per l'accesso alla PMA.

Quella prospettata è, del resto, una soluzione coerente con quelle finalità di tutela dell'aspettativa di vita dell'embrione che è da sempre, pacificamente, riconosciuta quale prima e prioritaria finalità perseguita dalla legge n. 40/2004. Ed il potenziale soddisfacimento di tale finalità, sia pur a mezzo del coinvolgimento tramite donazione di soggetti diversi dai genitori biologici, pare altresì perfettamente rispondente a quel principio solidaristico che, ancor prima di ispirare la condotta della coppia che dona non meno che quella di chi riceve, permea di sé l'intero edificio costituzionale.

In questo senso, allora, consentire la donazione degli embrioni che, sebbene non immediatamente trasferiti, possono essere comunque impiantati a fini procreativi, potrebbe non a torto considerarsi strumentale all'attuazione di principi nonché al soddisfacimento di finalità di rilievo assolutamente primario.

Sicché, sebbene ad oggi ancora controversa, la possibilità di una donazione a fini procreativi di quegli embrioni ancora utili allo scopo si atteggia come un'ipotesi tutt'altro che irrealistica.

6. Sul destino degli embrioni “scartati”

Molto diversa da quella degli embrioni “non assolutamente inidonei all'impianto” è la condizione di quelli che, a seguito di analisi morfologica, in quanto risultati affetti da anomalie, gravi e di natura

irreversibile, tali da far ritenere assolutamente inopportuno il loro impianto, ai fini dell'avvio ovvero della prosecuzione della gravidanza, sono destinati a non essere mai portati a nascita. Condizione, questa, comune pure agli embrioni per i quali l'accertamento delle condizioni di salute è risultato impossibile a causa degli ostacoli all'effettuazione su di essi della biopsia.

6.1. Segue: su un loro possibile utilizzo a fini di ricerca e/o sperimentazione alla luce della giurisprudenza costituzionale

Proprio la peculiare condizione degli embrioni non impiantati e non impiantabili, o perché "malati" o perché "incontrollabili nelle loro condizioni fisiche", già anni fa ha indotto il Tribunale di Firenze a sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, commi 1, 2 e 3, della legge n. 40/04⁹⁹, nella parte in cui vieta di destinare alla ricerca scientifica ed alla sperimentazione anche questi embrioni, destinati pertanto all'ibernazione indefinita¹⁰⁰.

Più nello specifico, nell'occasione, oggetto di censura è l'irragionevolezza del divieto assoluto di qualsiasi ricerca clinica o sperimentale che non sia finalizzata alla salvaguardia dell'embrione stesso. Nella valutazione giudiziale, infatti, la previsione legislativa oggetto di impugnazione, in quanto priva al suo interno di ogni ragionevole distinzione tra le varie categorie di embrioni, di cui vieta comunque ogni impiego a fini di ricerca e sperimentazione, a meno che non siano «volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso», si traduce in un divieto categorico, privo di deroghe e temperamenti, del tutto irragionevole, e perciò in contrasto con ulteriori beni/interessi di primario rilievo, a cominciare dalla ricerca scientifica in ambito medico e terapeutico, riconosciuti e tutelati non solo nella Carta costituzionale, ma anche in numerose Convenzioni internazionali.

In altri termini, ferma l'incontrovertibilità del divieto di produrre embrioni da finalizzare alla ricerca, tra l'altro presente anche in molti altri ordinamenti, al contrario, nella valutazione giudiziale, il divieto di utilizzare quelli residuati da procedimenti di P.M.A., specie laddove si tratti di embrioni malati ovvero non biopsiabili, e perciò sicuramente non più impiegabili per fini procreativi, solleva non pochi dubbi di legittimità, in ragione dell'esclusione, che così si realizza, di un loro impiego per la ricerca scientifica in ambito medico e terapeutico, di cui, invece, la Carta costituzionale promuove lo sviluppo.

⁹⁹ Ai sensi dell'art. 13 della legge n. 40/2004:

«1. È vietata qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano».

2. La ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano è consentita a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative.

3. Sono comunque vietati:

a) la produzione di embrioni umani a fini di ricerca o di sperimentazione o comunque a fini diversi da quello previsto dalla presente legge;

b) ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti ovvero interventi che, attraverso tecniche di selezione, di manipolazione o comunque tramite procedimenti artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione o del gamete ovvero a predeterminarne caratteristiche genetiche, ad eccezione degli interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche, di cui al comma 2 del presente articolo;

c) interventi di clonazione mediante trasferimento di nucleo o di scissione precoce dell'embrione o di ectogenesi sia a fini procreativi sia di ricerca;

d) la fecondazione di un gamete umano con un gamete di specie diversa e la produzione di ibridi o di chimere».

¹⁰⁰ Tribunale di Firenze ordinanza n. 166 del 07.12.2012, in G.U. n. 29 del 17.07.2013.

In questo caso, insomma, ad avviso del giudice *a quo*, il legislatore avrebbe dovuto compiere un diverso bilanciamento degli interessi in gioco anche alla luce degli enormi progressi conseguiti dalla scienza medica negli ultimi anni in ambito scientifico-sperimentale e terapeutico, per effetto della ricerca mediante l'impiego di cellule staminali embrionali, che, assolutamente vietata in Italia, è al contrario consentita in pressoché tutti i Paesi del mondo. Laddove, invece, preservare l'interesse alla cura ed alla conservazione dell'embrione malato o non biopsabile, inevitabilmente destinato all'estinzione, è del tutto irrazionale, anche e soprattutto in ragione dell'assenza dell'obbligo, originariamente previsto nell'impianto normativo della legge, di procedere in qualunque caso all'impianto.

Conseguentemente, la scelta legislativa positivizzata nella disposizione fatta oggetto di impugnazione risulta, per il giudicante, più che dubbia sotto il profilo costituzionale. Essa, infatti, pare non soltanto contraria a quelle esigenze di promozione della ricerca scientifica e di tutela della salute che, pur costituzionalmente fondate, risultano nella disposizione *de qua* del tutto recessive a fronte dell'aspettativa di vita dell'embrione crioconservato, ma anche irragionevole, stante la mancata considerazione della peculiare condizione in cui, rispetto agli altri, versano gli embrioni non più impiantabili a fini procreativi, e che avrebbe, perciò, dovuto spingere il legislatore verso una differenziazione delle rispettive situazioni.

La questione così sollevata, che, come rileverà poi la stessa Corte costituzionale, rinvia al cuore stesso del problema della ricerca sugli embrioni residuali, ovvero al «conflitto, gravido di implicazioni etiche oltreché giuridiche, tra il diritto della scienza (e i vantaggi della ricerca ad esso collegati) e il diritto dell'embrione, per il profilo della tutela (debole o forte) ad esso dovuta in ragione e in misura del (più o meno ampio) grado di soggettività e di dignità antropologica che gli venga riconosciuto»¹⁰¹, e che avrebbe perciò dovuto contribuire a fare per la prima volta chiarezza su un bilanciamento assai delicato, trova però infine soluzione in una pronuncia di inammissibilità.

La Corte, insomma, non entra nel merito delle questioni dedotte alla propria cognizione, e non prende, conseguentemente, posizione sulla fondatezza dei dubbi sollevati dal rimettente.

Indiscutibilmente, a fronte della declaratoria di inammissibilità con cui la Corte chiude il giudizio, le diverse obiezioni mosse da quanti l'hanno criticata, sostenendo la ricorrenza dei presupposti utili ad una sua differente definizione, attraverso, ad esempio, il ricorso ad un'interpretativa di rigetto o ad

¹⁰¹ Corte costituzionale, sentenza 13 aprile 2016, n. 84, punto 8.1 del *Considerato in diritto*, in *Consulta on line* (all'indirizzo Giurcost.org). A commento di tale sentenza, e nell'ambito dell'ampia dottrina che l'ha annotata, si rinvia a: V. TIGANO, *De dignitate non disputandum est? La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla P.M.A.*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016; E. CHIEREGATO, *La resistenza del divieto di donazione di embrioni alla ricerca scientifica tra margine di apprezzamento europeo e deferenza al legislatore*, in Forumcostituzionale.it, 2016; C. CASONATO, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2016, 157 ss.; M. D'AMICO, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, *ivi*, 188 ss.; M.P. IADICICCO, *La «scelta tragica» sul destino degli embrioni non impiantati tra discrezionalità del legislatore e vaglio del giudice costituzionale*, *cit.*, 183 ss.; V. MARZOCCO, *In potenza o in atto? La Corte costituzionale e lo statuto normativo dell'embrione*, *ivi*, 197 ss.; S. PRISCO, *Il diritto e l'embrione come soggetto di narrazioni*, *ivi*, 209 ss.; G. RAZZANO, *Corte costituzionale n. 84 del 2016, sulla tutela dell'embrione e l'interesse della ricerca scientifica: una sentenza ispirata alla prudenzia?*, *ivi*, 223 ss.; A. RUGGERI, *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*, *ivi*, 245 ss.; A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice... (nota a C. cost., sent. n. 84/2016)*, *ivi*, 253 ss.

sentenza monito, che spingesse, dunque, il legislatore ad intervenire per adeguare la normativa all'obiettivo di una maggiore apertura alle ragioni della scienza, sono certamente apprezzabili¹⁰². Così come lo sono le ragioni del *favor* da molti espressi nei riguardi della pronuncia di un'additiva di principio che, senza intaccare la discrezionalità del legislatore e neppure la portata generale del divieto, avrebbe consentito l'impiego dei singoli embrioni, oggetto del giudizio, nell'ambito della ricerca scientifica¹⁰³.

Ugualmente ben argomentate sono, del resto, le motivazioni che altri hanno addotto al diverso fine di giustificare la decisione dei giudici costituzionali, considerata perfettamente in linea con il suo precedente, costituito dalla sentenza n. 229 del 2015, e quindi con l'esigenza di tener fermo il principio secondo cui «la tutela dell'embrione non è suscettibile di affievolimento (ove e) per il solo fatto che si tratti di embrioni affetti da malformazione genetica»¹⁰⁴.

Meno che mai inconsistenti sono, d'altro canto, pure i rilievi mossi da quanti non hanno apprezzato il rifiuto opposto dai giudici costituzionali ad una decisione di merito, contestando non solo la correttezza dei singoli assunti additati quale *ratio* di una scelta in qualche modo presentata come necessitata a favore dell'inammissibilità¹⁰⁵, ma più in generale quell'operazione di sostanziale «de-costituzionalizzazione degli interessi in gioco»¹⁰⁶ che la Corte avrebbe realizzato attraverso la negazione di una loro possibile attrazione al proprio sindacato di legittimità.

Tuttavia, ad una lettura attenta, l'impianto argomentativo che sorregge la pronuncia dei giudici costituzionali offre argomenti utili a sostenere che, in realtà, essa dica molto più di quel che risulta dal dispositivo.

Anzitutto, si considerino le ragioni dell'inammissibilità infine dichiarata.

In effetti, nel motivare la propria decisione rispetto a quella che essa stessa definisce «una scelta tragica», tra il rispetto della vita nascente e le esigenze della ricerca scientifica, la Corte costituzionale osserva che «la linea di composizione tra gli opposti interessi, che si rinviene nelle disposizioni censurate, attiene all'area degli interventi, con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale». In questo senso, quindi, quella positivizzata nella disposizione impugnata è, per la Consulta, una scelta di così elevata discrezionalità, per i profili assiologici che la connotano, da sottrarsi, per ciò stesso, al sindacato di legittimità costituzionale.

Tuttavia, a giustificare il confinamento che nell'occasione essa stessa fa dei propri poteri decisorii all'interno di una sentenza di inammissibilità, la Corte aggiunge un ulteriore argomento, spiegando che una

¹⁰² Al riguardo, cfr. M. D'AMICO, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, cit., 176.

¹⁰³ A favore di una possibile additiva di principio A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice... (nota a C. cost., sent. n. 84/2016)*, cit., 265 ss.; nonché C. CASONATO, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016*, cit., 162.

¹⁰⁴ Corte costituzionale, sentenza 13 aprile 2016, n. 84, punto 8.2.1 del *Considerato in diritto*, cit.

¹⁰⁵ Su tali profili, in particolare, C. CASONATO, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016*, cit., 158 ss.

¹⁰⁶ Di cui specificamente parla A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice... (nota a C. cost., sent. n. 84/2016)*, cit., 256.

diversa ponderazione dei valori in conflitto, nella direzione di una maggiore apertura alle esigenze della collettività correlate alle prospettive della ricerca scientifica, così come auspicato dal rimettente, non potrebbe mai realizzarsi attraverso un suo intervento additivo, posto che quella prospettata dal giudice *a quo* non costituirebbe l'unica scelta compatibile con la Costituzione. Ciò che manca, insomma, sono quelle “rime obbligate”, di crisafulliana memoria, in grado di arginare la creatività della Corte in ambito decisorio, confinando le addizioni alla disposizione indubbiata nei limiti della norma “già implicita nel sistema”¹⁰⁷. Argomentazione, questa, che si completa con l'ulteriore precisazione che la positivizzazione della scelta di destinare le cellule embrionali alla ricerca sperimentale dovrebbe essere accompagnata dalla compiuta regolamentazione di tutta una serie di profili, che, secondo i giudici, non può che essere se non di esclusiva competenza del legislatore¹⁰⁸.

Ebbene, se dall'enunciazione si passa ad una loro analisi critica, le motivazioni appena enunciate, pur all'apparenza solide, tutto mostrano tranne un'effettiva *vis* argomentativa.

Certamente fragile, infatti, è anzitutto il richiamo che la Corte fa al potere discrezionale del Parlamento quale limite al proprio controllo di legittimità. E ciò perché è indubbio che già da molti anni a questa parte la discrezionalità legislativa non costituisce affatto più un argine utile ad evitare lo “straripamento” della Corte dall'alveo di quelle funzioni decisorie che usualmente è chiamata ad esercitare in sede di verifica della conformità e non contraddizione a Costituzione delle scelte operate dai rappresentanti del corpo elettorale. Vero è piuttosto che, pur a fronte della perdurante vigenza del disposto dell'art. 28 della l. 11 marzo 1953 n. 87¹⁰⁹, a definire i confini del sindacato di legittimità non sono più soltanto gli effetti naturalmente connessi alla declaratoria di illegittimità, ovvero la pura eliminazione della norma dall'interno del sistema giuridico, ma anche e soprattutto la portata di quelle pronunce che, unitariamente classificate come normative, evidenziano, già nel *nomen iuris*, un diverso approccio dei giudici costituzionali nei riguardi dei testi normativi oggetto di impugnazione. In particolare, seguendo nuove e diverse direttrici di sviluppo, già da tempo efficacemente riassunte nelle espressioni “interpretare”, “manipolare”, ma anche “combinare”¹¹⁰, tali pronunce realizzano un vero e proprio

¹⁰⁷ Cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, *L'ordinamento costituzionale italiano (La Corte Costituzionale)*, V ed., Padova, 1984, 407, 408.

¹⁰⁸ In particolare, in sentenza, la Corte avverte che solo al legislatore «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; alla eventualità, ed alla determinazione della durata, di un previo periodo di crioconservazione; alla opportunità o meno (dopo tali periodi) di un successivo interpello della coppia, o della donna, che ne verifichi la confermata volontà di abbandono dell'embrione e di sua destinazione alla sperimentazione; alle cautele più idonee ad evitare la “commercializzazione” degli embrioni residui»; Corte costituzionale, sentenza 13 aprile 2016, n. 84, punto 11 del *Considerato in diritto*, cit.

¹⁰⁹ Secondo cui «il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica ed ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento».

¹¹⁰ Per riprendere il titolo di un lavoro di C. PANZERA, *Interpretare. Manipolare. Combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Napoli, 2013.

rimaneggiamento del dato normativo da parte dei giudici costituzionali, che rende al contempo sempre più sfumati i confini fra i diversi ambiti della giurisdizione e della legislazione¹¹¹. Conseguentemente, il richiamo che ad oggi la Corte fa alla discrezionalità legislativa quale limite al proprio controllo di legittimità non pare più argomento convincente.

Ancor meno pregnante, del resto, è il rilievo che nell'impianto motivazionale della sentenza i giudici costituzionali accordano a quelle "rime obbligate", la cui assenza viene additata come ostativa ad una possibile pronuncia di merito¹¹². Anche a voler tacere delle più recenti evoluzioni giurisprudenziali della stessa Corte al riguardo, che, sebbene in ipotesi diverse da quella qui contemplata, hanno infine eroso il limite *de quo* e con esso l'assolutezza del rispetto dovuto alla discrezionalità legislativa¹¹³, è difficile negare che l'uso di tale argomentazione in tale occasione è quanto meno "poco accorta". Al fondo, infatti, essa denota una scarsa attenzione da parte della Corte nei riguardi dell'effettiva portata della questione dedotta alla propria cognizione, dando perciò ragione a quell'autorevole dottrina¹¹⁴ che fin da subito ha contestato, nell'operato dell'organo di giustizia costituzionale, un'opinabilissima "de-costituzionalizzazione" del bilanciamento tra quelli che lo stesso organo, nella fattispecie, definisce «valori fondamentali in conflitto»¹¹⁵.

Se, quindi, anche per il profilo in questione, la decisione infine assunta dai giudici costituzionali pare presentare non pochi profili di criticità, l'opinabilità della scelta di questi a favore dell'inammissibilità si acuisce ancor più laddove si passi ad analizzare gli ulteriori argomenti sui quali essa si regge. Non particolarmente significativo, ad esempio, è il richiamo all'assenza di quel "generale consenso", che pure la Corte pare in sentenza additare come assolutamente dirimente in materia. E ciò non solo e non tanto perché la mancanza di questo stesso consenso per il passato non ha comunque impedito ai giudici costituzionali il controllo di legittimità su alcune altre contestatissime disposizioni della normativa in esame¹¹⁶, ma perché, laddove si ritenesse, come sembrerebbe fare la Corte, che in presenza di insanabili divergenze in ambito scientifico non meno che sul piano etico, la questione di costituzionalità

¹¹¹ Su tali profili, sia sempre consentito il rinvio a F. MEOLA, *Discrezionalità legislativa e sindacato di costituzionalità. Ragionando sul tema alla luce del c.d. caso Cappato*, in *Diritto Pubblico Europeo – Rassegna on line*, n. 1/2020, 2.

¹¹² Al riguardo, e per una critica di tale argomentazione, per come utilizzata dai giudici costituzionali nell'occasione, si rinvia ad A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice... (nota a C. cost., sent. n. 84/2016)*, cit., 265 ss.

¹¹³ Sul punto, per un approfondimento, laddove si voglia, ancora F. MEOLA, *Discrezionalità legislativa e sindacato di costituzionalità. Ragionando sul tema alla luce del c.d. caso Cappato*, cit., 5.

¹¹⁴ A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice... (nota a C. cost., sent. n. 84/2016)*, cit., 256 ss.

¹¹⁵ Corte costituzionale, sentenza 13 aprile 2016, n. 84, punto 11 del *Considerato in diritto*, cit.

¹¹⁶ Qui, in particolare, il riferimento è a C. CASONATO, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016*, cit., 160, il quale, a proposito del richiamo che, in occasione della sentenza *de qua*, la Corte fa delle diverse posizioni che, nel relativo dibattito, si sono registrate in tema di statuto e destino degli embrioni, ricorda che: «divisioni analoghe [...] esistevano, e tuttora esistono, in riferimento ai benefici e agli svantaggi della fecondazione eterologa o alle potenzialità ed ai rischi dell'accesso alle tecniche di procreazione assistita da parte delle coppie non sterili ma portatrici di malattie genetiche trasmissibili. Anche in questi casi, si affrontavano posizioni divergenti in tema di diritto del nato a conoscere le proprie origini biologiche e di selezione embrionale, ad esempio. Eppure, grazie all'utilizzo di alcuni parametri costituzionali di riferimento (artt. 2, 3, 32 in particolare), la Corte ha adottato incisive decisioni di accoglimento in riferimento sia al primo che al secondo caso. Lo stesso può dirsi per la questione risolta con la sentenza n. 27 del 1975

sollevata dovrebbe essere respinta per inammissibilità, sarebbe da ciò necessario anzitutto dedurre «che quest’esito dovrebbe valere *sempre*, per *ogni* questione scientificamente ed eticamente sensibile»¹¹⁷. Quindi, spostando l’attenzione sul piano legislativo, dovrebbe altresì prendersi atto che lo stesso Parlamento, a fronte dei dubbi alimentati con simili pronunce dai giudici costituzionali, potrebbe trovarsi seriamente in difficoltà nello scegliere tra l’una o l’altra delle soluzioni possibili, in quanto suscettibile di risultare in futuro priva di fondamento scientifico¹¹⁸.

Neppure grandemente rilevante è l’accenno che, nel contesto della decisione *de qua*, la Corte fa alla dignità dell’embrione. In questo caso, infatti, il riferimento alla tutela da accordare al valore in questione pare semplicemente ripetere una formula da sempre impiegata dalla Corte in tutte le occasioni in cui, anche con effetti demolitori della norma indubbiata, la stessa è stata chiamata a bilanciare le aspettative di genitorialità della coppia, ed in particolare il diritto alla salute della donna, con gli interessi costituzionalmente garantiti dell’embrione¹¹⁹.

Sotto altro profilo, del resto, a scardinare la bontà della decisione resa dalla Corte nell’occasione è la consapevolezza dei molti elementi che, se attentamente valutati, avrebbero potuto condurre la stessa ad una pronuncia assolutamente diversa. In effetti, contrariamente alla dottrina che li ha puntualmente individuati e commentati, alla Corte non soltanto sfugge che la decisione cui era chiamata in quel momento non avrebbe mai riguardato gli embrioni *tout court*, ma solo gli «embrioni per cui è sfumato ogni possibile sviluppo biologico»¹²⁰, ma viene meno anche quell’onestà intellettuale che avrebbe dovuto consentirle di intendere l’ipocrisia insita nella scelta di mantenere fermo il divieto di impiego degli embrioni non più impiantabili a fini di ricerca in un contesto in cui è comunque lecito utilizzare, a questi stessi fini, linee cellulari importate dall’estero, che pure originano dalla distruzione di embrioni nei primi giorni del loro sviluppo. Il tutto, continuando a giustificare questa sua decisione in forza del necessario rispetto che si sostiene debba tributarsi alla dignità degli embrioni *de quibus* attualmente crioconservati nel nostro Paese, e che invece, in forza di quanto sopra osservato, non

in materia di interruzione volontaria di gravidanza, così come per altri interventi demolitori in contesti comunque assai divisivi e su cui è unanimemente riconosciuto un ampio spazio decisionale al Parlamento come quelli riferibili al sistema elettorale (per tutte, sent. n. 1 del 2014)». Conseguentemente, secondo l’esimio studio, «non pare [...] potersi sostenere che l’esistenza di una pluralità di posizioni contrapposte a livello scientifico, politico o sociale possa costituire un elemento da cui far discendere un necessario *self restraint* da parte della Corte costituzionale. Anzi, in mancanza di un certo qual dissenso non pare nemmeno possa emergere l’occasione concreta, se non la stessa esigenza di sistema, di un intervento risolutore del giudice delle leggi. Un inquadramento delle diverse posizioni in materia, insomma, potrebbe assumere carattere propedeutico rispetto all’esame nel merito, non sostituirsi ad esso impedendone il dispiegarsi».

¹¹⁷ A. RUGGERI, *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*, cit., 249, 250.

¹¹⁸ A. RUGGERI, *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*, cit., 250.

¹¹⁹ Il rilievo è di M.P. IADICICCO, *La «scelta tragica» sul destino degli embrioni non impiantati tra discrezionalità del legislatore e vaglio del giudice costituzionale*, cit., 194, 195.

¹²⁰ Il profilo *de quo* è stato in particolare sottolineato da C. CASONATO, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016*, cit., 162, cui si rimanda per ulteriori e significative osservazioni sul punto.

sembra riferirsi a tutti gli altri embrioni, in particolare a quelli di importazione¹²¹. D'altro canto, nella pronuncia dei giudici costituzionali in commento non pare neanche potersi rinvenire una qualche riflessione sull'utilità ovvero la necessità di proseguire le ricerche sulle cellule staminali¹²².

Eppure, dalle maglie dell'impianto motivazionale che la sorregge, oltre ai profili di criticità appena segnalati, emergono anche elementi in grado di indirizzare chiaramente la definizione della problematica in questione in un senso diametralmente opposto a quello risultante dalla declaratoria di inammissibilità di cui la decisione della Corte si veste. Non a caso al riguardo si è parlato di *inammissibilità vestita*¹²³, perché, in fondo, con tale sentenza la Consulta «non tace e quindi, in fondo, qualcosa dice»¹²⁴. E difatti, dopo aver ribadito che la «tutela della dignità dell'embrione (ancorché malato)» ha «rilievo costituzionale, riconducibile al precetto generale dell'art. 2 Cost.», sicché tale dignità «non è suscettibile di affievolimento per la sola circostanza di risultare affetto da malformazioni genetiche»¹²⁵, la Corte anzitutto sottolinea che «come ogni altro valore costituzionale, anche la tutela dell'embrione è [...] soggetta a bilanciamento» con altri valori costituzionali¹²⁶. Quindi, in tutta onestà, riconosce che la questione di legittimità dedotta nell'occasione alla propria cognizione è oggettivamente «nuova» perché «inerente il bilanciamento costituzionalmente ragionevole tra tutela dell'embrione e interesse alla ricerca scientifica finalizzata alla tutela della salute (individuale e collettiva)»¹²⁷, di cui, sin qui, non è mai stata chiamata ad occuparsi.

Due, insomma, i profili immediatamente marcati dalla Corte.

Il primo di carattere generale, inerente all'esigenza di bilanciamento della tutela dell'embrione con la salvaguardia degli ulteriori beni/interessi di rilievo costituzionale tra loro confliggenti.

Il secondo più specifico, riguardante propriamente la necessità di bilanciamento tra la tutela dell'embrione e l'interesse alla ricerca scientifica nonché alla salvaguardia del diritto alla salute.

E, a proposito di tale specifico bilanciamento, assolutamente "diverso" da quelli che fin qui la stessa Corte è stata chiamata a giudicare, la decisione di inammissibilità in commento, nel mentre lascia di fatto impregiudicata l'attuale disciplina, fortemente protesa ad una maggiore tutela dell'embrione, finisce, in realtà, per aprire alla possibilità, per il futuro, di una sua specifica rimodulazione. Quando, infatti, la Corte declina la propria competenza a definire la questione a favore dell'organo parlamentare, sostanzialmente non nega la possibilità di destinare gli embrioni di cui trattasi alla ricerca ed alla sperimentazione, ma si limita semplicemente ad affermare che tale scelta deve essere rimessa al legislatore. Soprattutto, quando indica a questi addirittura una serie ben precisa di punti che dovranno

¹²¹ Sul punto, per un approfondimento, cfr. C. CASONATO, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016*, cit., 164 ss.

¹²² Su cui, in maniera attenta e puntuale, C. CASONATO, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016*, cit., 165 ss.

¹²³ L'espressione è di A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice... (nota a C. cost., sent. n. 84/2016)*, cit., 261.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ Corte costituzionale, sentenza 13 aprile 2016, n. 84, cit., punto 8.2.1 del *Considerato in diritto*. Conformemente, già Corte costituzionale, sentenza n. 229 dell'11 novembre 2015, cit.

¹²⁶ Ugualmente, pure Corte costituzionale, sentenza n. 151 dell'08 maggio 2009, cit.; e Corte costituzionale, sentenza n. 229 dell'11 novembre 2015, cit.

¹²⁷ Corte costituzionale, sentenza 13 aprile 2016, n. 84, cit., punto 8.2.1 del *Considerato in diritto*.

essere normati in vista di un adeguato impiego degli embrioni sovranumerari a fini di ricerca e sperimentazione, non solo ammette anzitutto a se stessa che la dignità degli embrioni non più impiantabili non verrebbe meno se impiegati per le finalità suddette, ma fondamentale mente finisce per legare le mani a se stessa. È impensabile infatti anche solo ipotizzare che in futuro la Corte possa dichiarare l’illegittimità «di una normativa che preveda il nuovo tipo di bilanciamento, ora “ammesso” solo fra le righe perché “rimesso” alla scelta del legislatore»¹²⁸.

È questione di coerenza, oltre che di ragionevolezza.

D’altro canto, a riprova che l’interpretazione della giurisprudenza in commento ora proposta non sia priva di una sua sostanziale correttezza, basterebbe anche solo ricordare quanto la stessa Corte ha deciso in occasione del giudizio di ammissibilità del quesito referendario che, ormai anni fa, ha tra l’altro interessato anche quella parte della legge n. 40 che vieta *tout court* l’impiego di embrioni a fini di ricerca e/o sperimentazione¹²⁹.

¹²⁸ Così, A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice...* (nota a C. cost., sent. n. 84/2016), cit., 264.

¹²⁹ Come si ricorderà, il 12 e 13 giugno del 2005 gli elettori sono stati chiamati a pronunciarsi sull’abrogazione, in via referendaria, di specifiche disposizioni della legge 40/04. In particolare, per quel che qui rileva, oggetto di richiesta referendaria di abrogazione sono state al tempo proprio le diverse disposizioni opponenti severi limiti alla ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni [art. 12, comma 7; art. 13 comma 2; art. 13, comma 3, lett. c); art. 14, comma 1, limitatamente a talune parole specificate nel corpo del quesito referendario]. Nella stessa occasione, inoltre, oggetto di richiesta abrogativa parziale in via referendaria sono stati pure i diversi articoli concernenti i requisiti soggettivi di accesso alla procreazione medicalmente assistita [art. 1, comma 1; art. 1, comma 2; art. 4, comma 1; art. 4, comma 2; art. 5, comma 1; art. 6, comma 3; art. 13, comma 3, lettera b); art. 14, comma 2; art. 14, comma 3, anche in questo caso limitatamente a talune parole specificate nel corpo del quesito referendario], nonché le varie norme sulle finalità, i diritti dei soggetti coinvolti, e sui limiti di accesso [art. 1, comma 1; art. 1, comma 2; art. 4, comma 1; art. 4, comma 2, lettera a); art. 5, comma 1; art. 6, comma 3; art. 13, comma 3, lettera b); art. 14 comma 2; art. 14, comma 3, sempre limitatamente alle parole indicate nel quesito referendario]. Infine, sempre agli elettori si è chiesto di pronunciarsi in merito all’abrogazione del divieto di fecondazione eterologa legislativamente fissato [art. 4, comma 3; art. 9, comma 1; art. 9, comma 3; art. 12, comma 1; art. 12, comma 8, comunque e sempre nei limiti delle parole indicate come possibile oggetto di abrogazione dal quesito]. Al contrario, la possibilità di un’abrogazione totale della legge in esame per mezzo del ricorso alla consultazione popolare è stata esclusa dai giudici costituzionali, che si sono pronunciati per l’inammissibilità del relativo quesito. Su tali richieste la Corte costituzionale si è pronunciata con le sentenze 13.01.2005 nn. 45, 46, 47, 48, 49, il cui testo, a fini di lettura, è disponibile in *Consulta on line* (all’indirizzo Giurcost.org). Specificamente, con la sentenza n. 45 la Corte si è pronunciata, in senso negativo, sull’ammissibilità del quesito concernente l’abrogazione totale della legge 19 febbraio 2004, n. 40. Con la sentenza n. 46, si è invece pronunciata a favore dell’abrogazione, in via parziale, degli artt. 12, 13 e 14. Ancora, a mezzo della sentenza n. 47, si è espressa, sempre in senso affermativo, sull’abrogazione, *in parte qua*, delle disposizioni di seguito indicate: articolo 1, comma 1, limitatamente alle parole: “Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana”; articolo 1, comma 2: “Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità”; articolo 4, comma 1: “Il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l’impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico”; articolo 4, comma 2, lettera a), limitatamente alle parole: “gradualità, al fine di evitare il ricorso ad interventi aventi un grado di invasività tecnico e psicologico più gravoso per i destinatari, ispirandosi al principio della”; - articolo 5, comma 1, limitatamente alle parole: “Fermo restando quanto stabilito dall’articolo 4, comma 1”;

- articolo 6, comma 3, limitatamente alle parole: “fino al momento della fecondazione dell’ovulo”;
 - articolo 13, comma 3, lettera *b*), limitatamente alle parole: “di cui al comma 2 del presente articolo”;
 articolo 14, comma 2, lettera *a*), limitatamente alle parole: “ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre”;

articolo 14, comma 3, limitatamente alle parole: “per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione”, nonché alle parole: “fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile”».

Con l’ulteriore sentenza n. 48 sempre la Corte si è espressa positivamente sull’ammissibilità del quesito avente ad oggetto l’abrogazione *in parte qua*, delle disposizioni appresso specificate:

articolo 1, comma 1, limitatamente alle parole: “Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana”;

articolo 1, comma 2: “Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità”;

articolo 4, comma 1: “Il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l’impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico”; articolo 4, comma 2, lettera *a*), limitatamente alle parole: “gradualità, al fine di evitare il ricorso ad interventi aventi un grado di invasività tecnico e psicologico più gravoso per i destinatari, ispirandosi al principio della”;

articolo 5, comma 1, limitatamente alle parole: “Fermo restando quanto stabilito dall’articolo 4, comma 1”;

articolo 6, comma 3, limitatamente alle parole: “Fino al momento della fecondazione dell’ovulo”;

articolo 13, comma 3, lettera *b*), limitatamente alle parole: “e terapeutiche, di cui al comma 2 del presente articolo”;

articolo 14, comma 2, limitatamente alle parole: “ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre”;

articolo 14, comma 3, limitatamente alle parole: “per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione”, nonché alle parole: “fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile”?».

Infine, con la sentenza n. 49 la Corte ha dichiarato l’ammissibilità dell’abrogazione *in parte qua* delle disposizioni di seguito riportate:

articolo 4, comma 3: “È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo”

articolo 9, comma 1, limitatamente alle parole: “in violazione del divieto di cui all’articolo 4, comma 3”

articolo 9, comma 3, limitatamente alle parole: “in violazione del divieto di cui all’articolo 4, comma 3”

articolo 12, comma 1, “Chiunque a qualsiasi titolo utilizza a fini procreativi gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente, in violazione di quanto previsto dall’articolo 4, comma 3, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 300.000 euro a 600.000 euro”

articolo 12, comma 8, limitatamente alla parola “1”».

Per un commento di tali sentenze, si rinvia a: A. RUGGERI, *Tutela minima” di beni costituzionalmente protetti e referendum ammissibili (e... sananti) in tema di procreazione medicalmente assistita*; E. LAMARQUE, *Ammissibilità dei referendum: un’altra occasione mancata*; A. PUGIOTTO, *Fuga dal referendum: “Comitati del no” e Governo a Corte*; S. PENASA, *L’ondivaga categoria delle leggi “a contenuto costituzionalmente vincolato”, tutti consultabili sul sito Forumcostituzionale.it*; A. DI BLASI, *I limiti della tutela del concepito tra Corte di Cassazione e Corte costituzionale*, in Costituzionalismo.it; V. SATTA, *Scompare definitivamente la distinzione tra leggi costituzionalmente necessarie e leggi a contenuto costituzionalmente vincolato? Uno sguardo d’insieme alle sentenze sui referendum del 2005*, in Amministrazioneincammino.it; G. MONACO, *Il referendum per l’abrogazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita di fronte al limite delle “leggi costituzionalmente necessarie”, in Giurisprudenza costituzionale*, 2005, 351 ss.; P. CAVANA, *Appunti sulla l. n. 40/2004 e sui quesiti referendari in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2005, 418 ss.; E. LAMARQUE, *I referendum sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia e diritto*, 2005, 195 ss.; L. LEPRI GALLERANO, *Storia di un silenzio. Le recenti sentenze sull’ammissibilità del referendum sulla procreazione medicalmente assistita alla luce della precedente giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Rassegna dell’Avvocatura dello Stato*, 2005, 105



Correttamente, si dirà che la sede in cui la Corte al tempo ha giudicato è ben diversa da quella in cui la stessa è stata chiamata ad esprimersi oggi, e che il giudizio sull'ammissibilità del quesito referendario finalizzato all'abrogazione di una specifica disposizione nulla dice in merito alla legittimità di questa. E, in tal senso, bene ha fatto la Corte, nell'occasione, a ribadire tale naturale diversità, ponendola, come premessa, *in incipit* alle sentenze rese sull'ammissibilità dei diversi quesiti referendari oggetto di scrutinio¹³⁰. Eppure, proprio alla luce di un'analisi attenta del contenuto delle pronunce in questione, non pare possa negarsi che queste testimonino, in maniera cristallina, la fondatezza delle perplessità che fin da subito numerosi giuristi hanno palesato in ordine alla bontà di molti aspetti del testo legislativo in materia di P.M.A., «non solo sotto il profilo della mera rispondenza dei suoi contenuti ad un'esigenza sociale fortemente radicata all'interno del nostro ordinamento, ma anche a proposito della loro aderenza al quadro valoriale delineato in ambito dalla Carta fondamentale»¹³¹. In particolare, con riferimento al divieto legislativamente opposto all'impiego degli embrioni a fini di ricerca e sperimentazione, non sembra possa seriamente negarsi che la scelta dei giudici costituzionali di ammettere l'abrogazione, in via referendaria, delle disposizioni in cui tale divieto trova fondamento, sia sintomatico di un qualche dubbio circa il carattere necessitato di tale divieto, la cui abrogazione, al contrario, non viene considerata neppure in contrasto con le prescrizioni di diritto internazionale vincolanti in tema¹³². E ciò, se da un lato alimenta una volta in più le critiche di quella dottrina che da tempo avverte come il controllo di ammissibilità del referendum si vada sempre più connotando come un giudizio di legittimità costituzionale della normativa di risulta¹³³, dall'altro risulta certamente espressivo di

ss.; A. PUGIOTTO, *È ancora ammissibile un referendum abrogativo totale?*, in *Quaderni costituzionali*, 2005, 545 ss.; E. LAMARQUE, *Referendum sulla procreazione assistita: l'inammissibilità del quesito totale*, *ivi*, 381 ss.; e, sempre *ivi*, D. TEGA, *Referendum sulla procreazione assistita: del giudizio di ammissibilità per valori*, 385 ss.

¹³⁰ È opportuno premettere, dichiarano i giudici costituzionali *in incipit* alle sentenze *de quibus*, che il giudizio di ammissibilità che questa Corte è chiamata a svolgere «si atteggia, per costante giurisprudenza, “con caratteristiche specifiche ed autonome nei confronti degli altri giudizi riservati a questa Corte, ed in particolare rispetto ai giudizi sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti con forza di legge” [...]. Non è quindi in discussione in questa sede la valutazione di eventuali profili di illegittimità costituzionale della legge n. 40 del 2004, né è questa, parimenti, la sede di un giudizio sulla legittimità costituzionale dell'eventuale disciplina di risulta derivante dall'effetto abrogativo del referendum [...]»; così, Corte costituzionale, sentenze 13.01.2005 nn. 45, 46, 47, 48, cit., punto 3 del *Considerato in diritto*.

¹³¹ Al riguardo, sia consentito il rinvio a F. MEOLA, *Il “caso Cagliari”: brevi note sulla definizione in positivo della vexata quaestio dell'ammissibilità della diagnosi pre-impianto*, in R. PRODOMO (a cura di), *Il futuro della bioetica. Una scienza nuova per il XXI secolo*, Torino, 2008, 26.

¹³² Letteralmente, in sentenza, la Corte avverte che: «La richiesta referendaria non si pone [...] in contrasto con i principi posti dalla Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997, sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, e dal Protocollo addizionale del 12 gennaio 1998, n. 168, sul divieto di clonazione di esseri umani, cui si è data esecuzione con legge 28 marzo 2001, n. 145. Oggetto del divieto di cui all'art. 1 del richiamato Protocollo addizionale sono, infatti, solamente gli interventi diretti ad ottenere un essere umano geneticamente identico ad un altro essere umano vivente o morto, e tali interventi [...] restano vietati anche alla stregua della normativa di risulta»; così, Corte costituzionale, sentenza 13.01.2005 n. 46, cit., punto 4.1 del *Considerato in diritto*.

¹³³ Sul punto, cfr. G. MONACO, *Il referendum per l'abrogazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita di fronte al limite delle “leggi costituzionalmente necessarie”*, cit., 353 ss. Del rischio che, nell'esaminare la normativa di risulta, si possa scavalcare il limite tra giudizio di ammissibilità e giudizio di legittimità tratta anche D. TEGA, *Referendum sulla procreazione medicalmente assistita: del giudizio di ammissibilità per valori*, cit., *passim*.

un'apertura da parte del giudice delle leggi nei riguardi di un ampliamento, a livello normativo, delle possibilità di ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni.

Insomma, già in occasione della richiesta referendaria di abrogazione del disposto normativo in esame, pronunciandosi per l'ammissibilità, la Corte aveva fondamentale aperto ad un possibile ripensamento del bilanciamento ad esso sotteso. E questa apertura avrebbe oggi potuto completarsi ad opera della stessa Corte costituzionale, se solo questa avesse "deciso di decidere", approfondendo quegli spunti non particolarmente coltivati di cui si è detto e rifuggendo dalla tentazione di una soluzione "pilatesca" quale quella di fatto resa.

Ed invece, a tanto i giudici costituzionali chiamano il legislatore.

Ma tale rimando, chiaramente rispondente alla continua ricerca da parte della Corte di un equilibrio istituzionale nei rapporti con l'organo parlamentare, non dimentica semplicemente l'atteggiamento più che sfuggente che il legislatore assume tutte le volte in cui è posto a confronto con l'esigenza di regolamentazione di ambiti eticamente sensibili, così protraendo in un tempo indefinito la ricerca di un diverso bilanciamento, in grado di consentire il soddisfacimento di quelle esigenze di sviluppo della ricerca scientifica e della sperimentazione, che pure sono costituzionalmente fondate, ed al contempo di garantire un impiego degli embrioni non impiantabili più "ragionevole" di quello cui oggi sono legislativamente destinati.

Piuttosto, esso lascia completamente «fuori dalla scena il giudice, in particolare quello comune»¹³⁴, che, invece, proprio in ragione della natura della decisione infine assunta dalla Corte, potrebbe in futuro risultare il protagonista di un vero e proprio "capovolgimento" in ambito, attraverso la concessione dell'autorizzazione all'impiego degli embrioni a fini scientifici e sperimentali, realizzata a mezzo di un uso, certo opinabile ma ormai diffuso, dell'interpretazione conforme¹³⁵.

Il tutto, peraltro, senza dimenticare che, nelle more di un auspicabile (quanto poco probabile) intervento legislativo, ad indirizzare gli operatori del diritto, ed *in primis* il giudice, verso l'adozione di una soluzione quale quella qui prospettata potrebbe risultare decisivo l'impiego di quel principio di precauzione che pure la stessa Corte richiama nella sentenza in esame¹³⁶. Solo che, mentre per i giudici costituzionali il principio *de quo* impedirebbe che, per effetto della loro destinazione alla ricerca, gli embrioni vadano irrimediabilmente distrutti, in quanto non riducibili "a mero materiale biologico"¹³⁷, in un diverso approccio, fatto proprio da autorevole dottrina¹³⁸, quello stesso principio non potrebbe

¹³⁴ Cfr. A. RUGGERI, *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*, cit., 250.

¹³⁵ *Ibidem*. Da ultimo, a proposito dell'impiego dello strumento dell'interpretazione conforme, si leggano, in senso critico, le osservazioni di L. CHIEFFI, *Prospettive garantistiche e sviluppi atipici dell'interpretazione conforme a Costituzione nel campo della biomedicina*, in [Questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it).

¹³⁶ Corte costituzionale, sentenza 13 aprile 2016, n. 84, cit., punto 10.2 del *Considerato in diritto*.

¹³⁷ L'embrione, infatti, «quale che ne sia il, più o meno ampio, riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non è certamente riducibile a mero materiale biologico»

¹³⁸ Il riferimento è ad A. RUGGERI, *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*, cit.

mai giustificare la crioconservazione *sine die* degli embrioni non utilizzati a finalità riproduttiva¹³⁹. Al contrario, in tali circostanze, sarebbe da chiedersi se tale principio non imporrebbe addirittura di fare «quanto è possibile – allo stato attuale delle conoscenze – perché l’embrione possa servire il valore della vita». Ed ancor prima occorrerebbe domandarsi se non è forse vero, una volta accertata l’inutilizzabilità a fini riproduttivi dell’embrione di cui trattasi, che la sua dignità sarebbe «irrimediabilmente offesa laddove a quest’ultimo non sia consentito di offrirsi al servizio della vita e della salute, rendendosi appunto disponibile alla ricerca»¹⁴⁰. Ugualmente, sarebbe da stabilire se «il valore della solidarietà che sorregge e concorre a dare, per la sua parte, senso al principio personalista, permeando l’intero tessuto costituzionale», possa «valere anche per l’embrione, al punto di potersi donare alla collettività, alle persone oggi viventi ed alle generazioni future»¹⁴¹.

6.2. *Segue: sulla possibilità di destinare gli embrioni non più impiantabili alla ricerca scientifica ed alla sperimentazione in forza del dettato normativo di cui alla l. n. 10/2020*

Le argomentazioni appena adottate a sostegno dell’ammissibilità di una destinazione degli embrioni non più in grado di soddisfare finalità riproduttive alla ricerca scientifica ed alla sperimentazione in funzione della salvaguardia della tutela della salute, sia individuale che collettiva, non sono peraltro le uniche ad oggi spendibili allo scopo. Al contrario, un più recente intervento legislativo ha da ultimo offerto ad attenta dottrina¹⁴² l’occasione per riflettere sulle possibilità ed i limiti di un fondamento propriamente normativo all’ipotesi di un utilizzo degli embrioni non più impiantabili agli scopi predetti. In particolare, a provocare una simile riflessione è stato il dubbio circa la riferibilità anche alla donazione di gameti ed embrioni delle previsioni di cui alla l. 10 febbraio 2020, n. 10, recante norme sugli atti di disposizione del corpo e dei tessuti *post mortem*, a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica¹⁴³.

Indiscutibilmente, l’approvazione di tale legge rappresenta una novità di assoluto rilievo all’interno del panorama normativo italiano in tema di atti di disposizione del proprio corpo. Per la prima volta, infatti, a mezzo di essa, e nel rispetto dei principi di solidarietà e proporzionalità, il legislatore consente l’utilizzo, ai fini indicati, del corpo e dei tessuti dei soggetti di cui sia stata definitivamente accertata la morte, quando questi abbiano a ciò preventivamente prestato il proprio consenso a mezzo disposizioni

¹³⁹ In questo senso, A. RUGGERI, *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*, cit., 251.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ Così, A. RUGGERI, *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*, cit., 252.

¹⁴² Si tratta di una prospettiva di ricerca fatta propria da S.P. PERRINO, *Fecondazioni postume e destinazione delle cellule riproduttive alla ricerca*, in *Biolaw Journal*, 2, 2020, 251 ss.

¹⁴³ Legge 10 febbraio 2020, n. 10, «Norme in materia di disposizione del proprio corpo e dei tessuti *post mortem* a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica» (in G.U. n. 55 del 04.03.2020).

Per un primo commento a tale legge, cfr. L. ATZENI, *Brevi note a margine della legge 10 febbraio 2020, n. 10 in tema di disposizione del proprio corpo e dei tessuti *post mortem* a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica*, in Osservatorioaic.it, 5, 2020.

anticipate di trattamento (D.A.T.)¹⁴⁴. Il tutto, a mezzo di un articolato normativo le cui previsioni spaziano dalla specificazione delle modalità di prestazione del consenso da parte dell'interessato¹⁴⁵ alla determinazione delle modalità di conservazione del corpo¹⁴⁶ e di sua restituzione alla famiglia¹⁴⁷, fino alla specificazione dei termini e delle possibilità di revoca di quello stesso stesso¹⁴⁸. Di per sé, dunque, quello in esame è un testo che ben si presta a valutazioni ulteriori e diverse da quelle implicate dal tipo di riflessione che si va svolgendo in queste pagine.

A tali fini, invece, ciò che rileva è, più limitatamente, la possibilità di riferirne i contenuti anche alle cellule ed agli embrioni non più idonei a soddisfare esigenze procreative.

In questa prospettiva, però, è indubbio che il primo interrogativo che occorre sciogliere riguarda la possibilità di annoverare le cellule riproduttive e gli embrioni tra le parti del corpo o i tessuti umani. Ma, sotto tale profilo, il compito dell'interprete è tutt'altro che semplice. Sebbene infatti sembrerebbe naturale definire quali parti del corpo gli organi, i tessuti e le cellule (e, tra queste, anche quelle riproduttive, nonché l'embrione, che è il risultato della loro fusione), una loro caratterizzazione in questi termini non è affatto scontata. E ciò perché, per effetto di un'attuazione poco attenta e disordinata di una serie di direttive rilevanti in tema, oggi «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»¹⁴⁹. Tuttavia, è proprio a partire dai contenuti degli atti con cui quelle stesse direttive sono state recepite nel nostro ordinamento che è possibile tentare di dare risposta all'interrogativo sopra formulato. Tra questi atti, in particolare, a rilevare è il già citato D.Lgs. n. 191/2007¹⁵⁰, il cui art. 3 sembrerebbe offrire argomenti utili a ricondurre anche le cellule ed i tessuti entro l'ambito applicativo della l. n. 10/2020. Esso, infatti, definisce le une «cellule umane singole o un insieme di cellule umane non collegate da alcuna forma di tessuto connettivo»¹⁵¹, intendendo invece per tessuti «tutte le parti costituenti del corpo umano formate da cellule»¹⁵². Conseguentemente, se il tessuto è una parte del corpo, lo sono anche le cellule che lo formano, sicché queste vanno incluse nell'ambito di applicazione della l. n. 10/2020, ben potendone costituire l'oggetto. Tale conclusione, però, sembrerebbe sconfessata dal disposto dell'art. 2, che, nel regolamentare il trattamento e la conservazione di tutti i tessuti e le cellule umani, specifica che «[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

¹⁴⁴ Le disposizioni anticipate di trattamento (in sigla D.A.T.) sono previste all'art. 4, comma 6, l. 22 dicembre 2017, n. 2196, «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento» (in G.U. n. 12 del 16.01.2018).

¹⁴⁵ Art. 3, comma 1, legge n. 10/2020, cit.

¹⁴⁶ Art. 4, legge n. 10/2020, cit.

¹⁴⁷ Art. 6, legge n. 10/2020, cit.

¹⁴⁸ Art. 3, comma 5, legge n. 10/2020, cit.

¹⁴⁹ Così, S.P. PERRINO, *Fecondazioni postume e destinazione delle cellule riproduttive alla ricerca*, cit., 255.

¹⁵⁰ Si tratta del più volte menzionato decreto recante «Attuazione della direttiva 2004/23/CE sulla definizione delle norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umane».

¹⁵¹ Art. 3, comma 1, lett. a), D. Lgs. n. 191/2007, cit.

¹⁵² Art. 3, comma 1, lett. b), D. Lgs. n. 191/2007, cit.

le disposizioni di cui al presente decreto in quanto compatibili»¹⁵³. In buona sostanza, quindi, ai fini della regolamentazione della donazione, dell’approvvigionamento, del controllo e della lavorazione di queste cellule la disposizione *de qua* rimanda alle leggi speciali in materia, ossia alla legge n. 40/2004 nonché al d.P.R. n. 131/2019. In questo senso, però, la stessa disposizione pone all’interprete un dubbio concernente la possibilità di intendere il rinvio alle leggi speciali da essa operato come idoneo a privare di rilevanza le definizioni generali di cui all’art. 3 dello stesso decreto legislativo. Si tratta tuttavia di un dubbio che la dottrina confrontata con l’argomento oggi risolve in senso negativo, ritenendo 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»¹⁵⁴, il quale, infatti, esclude dall’ambito di applicazione del decreto in questione «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». Sicché, così ragionando, si conclude in senso favorevole all’applicazione del D.Lgs. n. 191/2007, le cui disposizioni di carattere generale, anzi, potranno indirizzare l’interprete tutte le volte in cui questi abbia a trattare di cellule riproduttive, fetali e staminali embrionali. Fortemente sostenuta dalla dottrina, tale conclusione ha ricevuto avallo anche dalla giurisprudenza, tanto di merito che di legittimità, che, infatti, chiamata a prendere posizione sulla natura giuridica delle parti del corpo umano vivente, ed in particolare degli ovuli femminili, onde valutarne la riconducibilità alla nozione di “cosa mobile” ex art. 628 c.p. ai fini dell’imputazione del 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, ha concluso che l’ovocita, quand’anche separato dal corpo mediante una procedura di espanto, è una “parte del corpo”¹⁵⁵. Conseguentemente, ed ai fini che qui rilevano, in quanto parti del corpo, anche i gameti ricadono nella sfera di applicazione all’art. 3 D. Lgs. 191/2007, e ciò rende ad essi possibile riferire i

¹⁵³ Art. 2, comma 3, D. Lgs. n. 191/2007, cit.

¹⁵⁴ Il rimando, qui, è a S.P. PERRINO, *Fecondazioni postume e destinazione delle cellule riproduttive alla ricerca*, cit., 255.

¹⁵⁵ La vicenda giudiziaria qui richiamata, e ben nota all’opinione pubblica, riguarda il dott. Severino Antinori, accusato di aver anestetizzato un’infermiera contro la sua volontà, prelevandole in seguito sei ovuli con l’intento di impiantarli nell’utero di una paziente della propria clinica privata, al fine di procurarsi un ingiusto profitto, nonché causandole, infine, un disturbo post-traumatico ed una sindrome depressiva atipica, quale conseguenza non voluta della propria condotta. Originariamente posto agli arresti domiciliari, il noto medico veniva poi condannato dal Tribunale di Milano (Tribunale di Milano, sez. VIII, sentenza 31 maggio 2018, inedita) per i reati di rapina pluriaggravata, lesione personale, falsità ideologica nella redazione del certificato di dimissioni della persona offesa, lesione personale quale conseguenza non voluta del delitto di rapina e tentata estorsione. In parziale riforma, la Corte d’Appello di Milano (Corte d’Appello di Milano, sez. III, sentenza 11 luglio 2019, inedita) dichiarava il soggetto colpevole anche di un’ulteriore rapina di un telefono cellulare e riquilificava l’estorsione da tentata a consumata. Infine, la Cassazione annullava la sentenza impugnata limitatamente alla rapina del cellulare, riquilificava l’estorsione come esercizio arbitrario delle proprie ragioni, confermando invece la condanna per i restanti capi di imputazione (Cassazione penale, sez. II, sentenza 25 novembre 2020, n. 37818; il testo di tale sentenza è reperibile all’indirizzo: Sistemapenale.it). Per un commento della vicenda giudiziaria *de qua*, delle decisioni in commento ed in particolare delle interessanti argomentazioni utilizzate dai giudici al fine di pervenire alle conclusioni infine rese, si rinvia a S.P. PERRINO, *Sulla configurabilità della rapina di ovociti*, in Giurisprudenzapenale.com.

contenuti della l. 10 febbraio 2020, n. 10. Conclusione, questa, che consente quindi, a sua volta, di guardare ad essi quale possibile oggetto di quegli atti dispositivi a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica, che la legge *de qua* prevede e disciplina.

Diversamente, per quel che concerne gli embrioni sono ancora numerosi i dubbi riguardo una loro possibile inclusione tra le parti del corpo, sebbene nessuno possa oggi seriamente dubitare del fatto che trattasi comunque di «un insieme di cellule umane». Ad incidere su questo piano è certo la diversità e pluralità delle teorie che da anni si confrontano sullo statuto giuridico dell'embrione e che rendono sempre controversa la possibilità di consentirne l'impiego a fini diversi da quello procreativo, e specificamente a scopi di ricerca e sperimentazione. Tuttavia, anche su questo piano, la dottrina qui più volte richiamata¹⁵⁶ pare offrire una possibile via d'uscita, azzardando l'inclusione dell'embrione nella nozione di cellule di cui all'art. 3 D.Lgs. n. 191/2007, in cui, tra l'altro, rientrano «le cellule umane singole o un insieme di cellule umane non collegate da alcuna forma di tessuto connettivo». Tale definizione, infatti, pare ben attagliarsi «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»¹⁵⁷. Sicché, per questa via, anche agli embrioni sembrerebbero potersi riferire le conclusioni prima rassegnate a proposito dei gameti, ritenendo quindi anche in quest'ipotesi applicabili le previsioni di cui alla l. 10 febbraio 2020, n. 10.

Ma, la proposta dottrinale finalizzata a superare le perplessità in ordine ad una possibile destinazione degli embrioni non più impiantabili alla ricerca ed alla sperimentazione a mezzo dell'applicazione della legge da ultimo citata sconta anche l'ulteriore difficoltà di spiegare come possa tale destinazione conciliarsi con le sanzioni e i divieti posti dalla legge n. 40/2004. Qui, in particolare, il riferimento è all'art. 13 della legge n. 40/2004, che vieta qualsiasi sperimentazione sugli embrioni¹⁵⁸, precisando che «la ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano è consentita a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela e alla salute ed allo sviluppo dell'embrione [...]»¹⁵⁹. Indiscutibilmente, tale divieto trova fondamento in una serie di trattati internazionali che individuano tra le loro finalità anche la tutela del prodotto del concepimento, ponendo, in questa prospettiva, più di un divieto quanto ad un uso di esso diverso da quello procreativo¹⁶⁰. Eppure, se ben analizzati, tali divieti non risultano mai assoluti. Si pensi, ad esempio, a quanto

¹⁵⁶ Il riferimento è a S.P. PERRINO, *Fecondazioni postume e destinazione delle cellule riproduttive alla ricerca*, cit.

¹⁵⁷ Così, S.P. PERRINO, *Fecondazioni postume e destinazione delle cellule riproduttive alla ricerca*, cit., 257.

¹⁵⁸ Al pari, vietando:

- «a) la produzione di embrioni umani a fini di ricerca o di sperimentazione o comunque a fini diversi da quello previsto dalla presente legge;
 - b) ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti ovvero interventi che, attraverso tecniche di selezione, di manipolazione o comunque tramite procedimenti artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione o del gamete ovvero a predeterminarne caratteristiche genetiche, ad eccezione degli interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche, di cui al comma 2 del presente articolo;
 - c) interventi di clonazione mediante trasferimento di nucleo o di scissione precoce dell'embrione o di ectogenesi sia a fini procreativi sia di ricerca;
 - d) la fecondazione di un gamete umano con un gamete di specie diversa e la produzione di ibridi o di chimere».
- Così, art. 13, comma 3, legge n. 40/2004, cit.

¹⁵⁹ Art. 13, comma 2, legge n. 40/2004, cit.

¹⁶⁰ Qui, il richiamo è non solo alla «Convenzione per la protezione dei Diritti dell'Uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti dell'applicazioni della biologia e della medicina», firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997, cit.; ma

previsto dalla Convenzione di Oviedo. Tale convenzione, in realtà, pur prevedendo espressamente che «la costituzione di embrioni umani a fini di ricerca è vietata»¹⁶¹, a proposito della sperimentazione su di essi si limita a precisare che quando è ammessa dalla legge, quest’ultima debba assicurare «una protezione adeguata all’embrione»¹⁶². Da ciò, quindi, si ricava che, in forza della Convenzione *de qua*, gli Stati aderenti possano regolamentare la ricerca sugli embrioni in vitro, ma, in questo caso, debbano fissare garanzie idonee a tutela degli stessi. Ed allora, posto che, in mancanza di una diversa determinazione espressa da parte del paziente-aderente alle tecniche P.M.A., gli embrioni soprannumerari abbandonati devono essere trasferiti alla Biobanca Nazionale, e che, una volta trasferiti ivi, essi sono destinati 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 ridurre l’incidenza»¹⁶³, deve perciò stesso desumersi che, sebbene la legge 40 non ammetta forme di distruzione e sperimentazione su embrioni e cellule, tale divieto, in circostanze quali quelle descritte, diventa relativo.

Tuttavia, nel riannodare quanto appena osservato alle considerazioni precedentemente svolte risulta necessario operare una precisazione.

Occorre cioè evidenziare che, a differenza di quanto avviene per i gameti, con o senza condizioni patologiche riscontrate, ostate all’impiego in procedure di P.M.A., per i quali, in difetto di una espressa esclusione da parte del regolamento di attuazione, si ritiene applicabile la l. n. 10/2020, «in conformità con le disposizioni anticipate di trattamento del soggetto titolare del potere di “controllo”, individuato secondo le regole contenute nella legge n. 40/2004, nelle linee guida e nel D.P.R. n. 131/2019»¹⁶⁴, al contrario, a proposito degli embrioni non più impiantabili, per i quali sia stato accertato lo stato di abbandono definitivo, alla luce di quanto appena sottolineato si deve concludere che essi possono sì essere destinati alla ricerca mediante disposizioni anticipate, ma, al fine di superare il divieto di legge, è necessario anzitutto che siano destinati alla Biobanca nazionale, e quindi che vi sia un apposito provvedimento di destinazione alla ricerca scientifica¹⁶⁵. Si tratta di una soluzione che, a ben considerare, non pone affatto problemi di contrasto con il dettato normativo. Quelli che essa suggerisce di destinare

anche alla Risoluzione approvata il 16 marzo 1989 (in G.U.C.E. C n. 96 del 17.04.1989); ed alla Raccomandazione del Parlamento europeo n. 1046 del 24 settembre 1989.

¹⁶¹ Art. 18, comma 2, della “Convenzione per la protezione dei Diritti dell’Uomo e della dignità dell’essere umano nei confronti dell’applicazioni della biologia e della medicina”, cit.

¹⁶² Art. 18, comma 1, della “Convenzione per la protezione dei Diritti dell’Uomo e della dignità dell’essere umano nei confronti dell’applicazioni della biologia e della medicina”, cit.

¹⁶³ Tanto risulta dalla «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)», il cui testo è consultabile al sito ufficiale del Ministero della Salute: www.salute.gov.it.

¹⁶⁴ In questi termini, S.P. PERRINO, *Fecondazioni postume e destinazione delle cellule riproduttive alla ricerca*, cit., 258.

¹⁶⁵ In questo senso, S.P. PERRINO, *Fecondazioni postume e destinazione delle cellule riproduttive alla ricerca*, cit., 258, 259, per la quale, 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».

alla ricerca, infatti, non sono embrioni appositamente formati a fini di ricerca, ma embrioni residuati in esito a cicli di P.M.A., incapaci di soddisfare esigenze procreative, perché affetti da patologie che li rendono inidonei allo scopo, e perciò destinati ad una crioconservazione *sine die*.

In tutto ciò, però, residua un dubbio. L'interprete sarà mai capace di collocarsi nel solco di quest'intuizione e consentire, per questa via, un uso degli embrioni non più impiantabili a fini di ricerca e sperimentazione? Ma, soprattutto, è corretta l'opzione a favore di una definizione giudiziaria di tale *querelle*?

7. Dal “poema dantesco” alla “vulgata partenopea”: qualche considerazione di sintesi

L'interrogativo da ultimo posto ripropone così una questione di fondo: a fronte della latitanza del legislatore, è accettabile continuare a rimettere alla magistratura il compito di dare risposta ad esigenze di tutela di beni/interessi costituzionalmente garantiti, pur nella continua riprova dell'uso molte volte distorto che a tali scopi essa fa dello strumento dell'interpretazione conforme? Ovviamente, si tratta di una domanda retorica.

Con una precisazione.

Non si tratta di non voler apprezzare i molti meriti che una giurisprudenza di frontiera ha avuto in questi anni nel consentire una riscrittura del testo della legge n. 40/2004 in senso maggiormente rispetto dei valori costituzionali. Piuttosto, nella consapevolezza dei limiti naturalmente insiti nelle decisioni giudiziarie, dagli effetti circoscritti alle parti del giudizio e potenzialmente in grado di alimentare disuguaglianze ed asimmetrie, pare possano dirsi ormai maturi i tempi per una definitiva devoluzione di questo genere di questioni nell'alveo parlamentare in cui naturalmente devono essere definite. E sebbene il momento storico/politico attuale non sia quello più favorevole a consentire il rinnovarsi della riflessione su tal genere di problematiche, non sembra più possibile che l'organo parlamentare, laddove fosse nuovamente sollecitato ad intervenire in tali ambiti, possa continuare a rimanere inerte, senza che da ciò inizino a trarsi non solo precise responsabilità politiche ma anche e soprattutto conseguenze sul piano giuridico e istituzionale¹⁶⁶. Anche perché pure quella di non decidere è una scelta, e non sempre a costo zero.

Certo, nessuno nega che quella tra il rispetto del principio della vita (che si racchiude nell'embrione ove pur affetto da patologia) e le esigenze della ricerca scientifica sia una “scelta tragica”. Al contrario, quella fatta propria dalla Corte, nella sentenza da ultimo più volte menzionata¹⁶⁷, è aggettivazione che ben coglie la natura di una decisione che, sia pur limitata all'utilizzo in ambito scientifico e sperimentale dei soli embrioni non più impiantabili a fini procreativi, è sempre e comunque fortemente divisiva sul piano etico e scientifico, tanto da non aver fin qui trovato soluzioni significativamente uniformi neppure nella legislazione europea.

¹⁶⁶ Per un approfondimento sul punto, ed in particolare sulle possibilità ed i limiti di ricorso alla Corte costituzionale in funzione correttiva delle storture ordinamentali conseguenti all'inerzia legislativa, specie quando si è in presenza di principi o norme costituzionali che, per la loro piena attuazione, richiedono “un fare positivo dell'organo legiferante”, ovvero di statuizioni costituzionali che addirittura contengono un espresso rinvio a leggi destinate ad attuarle, sia consentito il rinvio a *Discrezionalità legislativa e sindacato di costituzionalità. Ragionando sul tema alla luce del c.d. caso Cappato*, cit., 8 ss.

¹⁶⁷ Corte costituzionale, sentenza 10 giugno 2014 n. 162, cit.

Tuttavia, le difficoltà di normazione in tema che l'opzione semantica *de qua* naturalmente esprime se non valgono a giustificare la scelta fatta nell'occasione dalla Corte, di declinare la propria competenza a decidere sul relativo bilanciamento a favore del legislatore, non paiono certamente più in grado di continuare a negar spazio, a livello normativo, ad una diversa ponderazione dei valori in conflitto, nella direzione di una maggiore apertura alle esigenze della collettività correlate alle prospettive della ricerca scientifica.

La perdurante assenza in ambito di un intervento correttivo del bilanciamento ad oggi positizzato a livello legislativo risulta infatti anch'essa una scelta non meno “tragica” di quella imposta da un qualsiasi tentativo di rimodulazione di quel bilanciamento. E ciò perché di fatto essa finisce per accomunare in uno stesso “tragico” destino tanto gli embrioni non più impiantabili a fini procreativi, in quanto affetti da anomalie, gravi e di natura irreversibile, quanto quelli che, residuati in esito ad un trattamento di P.M.A., ben potrebbero al contrario essere impiegati per soddisfare, attraverso la donazione finalizzata all'adozione, tanto il desiderio di genitorialità della coppia, ovvero della donna *single*, quanto l'aspettativa di vita degli embrioni. Il tutto, secondo una logica che, per assenza di un opportuno quanto necessario distinguo al riguardo, risulta per ciò stesso assolutamente priva di ogni ragionevolezza.

Ed allora, ad evitare che una tale irragionevolezza perduri all'interno del sistema ordinamentale, con effetti assolutamente deleteri sul piano della tutela di beni e interessi costituzionalmente fondati, è evidente la necessità di un approfondimento delle argomentazioni fin qui tratteggiate a sostegno di una differente regolamentazione del destino degli embrioni ad oggi crioconservati, che sia in particolare improntata ad una diversificazione del loro impiego in ragione dello stato in cui versano.

Indiscutibilmente, ripensare le possibilità di impianto di embrioni crioconservati per finalità procreative proprie di una coppia diversa da quella formata dai genitori biologici, importerà la previa definizione di una serie di questioni che, per come sono state anche solo tratteggiate, appaiono non poco complesse, in quanto, legando tra loro, in un viluppo non facilmente districabile, problematiche di tipo valoriale con altre di carattere più propriamente contrattualistico, spaziano dal piano costituzionale a quello civilistico.

Parimenti, superare, ancor prima delle difficoltà di tipo giuridico, le remore di ordine etico che ad oggi hanno impedito un impiego degli embrioni non più impiantabili nella ricerca e sperimentazione strumentale al miglioramento delle condizioni di salute del singolo non meno che della collettività, richiederà un ripensamento di quel bilanciamento tra le esigenze di tutela dell'embrione e l'interesse alla ricerca scientifica ed alla salvaguardia del diritto alla salute, che, come già evidenziato, è terreno assolutamente impervio.

Certamente, quindi, si tratta di un compito non facile.

Ma, se non mancano argomenti solidi a sostegno di una diversificazione delle possibilità di impiego degli embrioni crioconservati in ragione della loro utilizzabilità o meno a fini procreativi, non pare neppure che difettino elementi che, nell'una come nell'altra ipotesi, siano in grado di proiettare il *balancing test* tra i diversi beni e/o interessi naturalmente implicati nella diversa direzione di impiego degli embrioni su delineata.

Solo così, in effetti, sarà forse possibile emendare il testo normativo in materia di quelle ulteriori criticità che ancora ne mettono in discussione la rispondenza al catalogo assiologico accolto in Costituzione.

Soprattutto, solo così operando si potrà immaginare di trarre fuori dal limbo in cui sono costretti gli embrioni ad oggi crioconservati, e pensare di attribuire alla condizione di sospensione in cui attualmente versano un significato diverso da quello di matrice dantesca, avvicinandolo al senso ad essa attribuito dal gergo napoletano.

Con un'avvertenza.

Non si tratta di un'operazione meramente semantica.

Al contrario, quella proposta è una precisa opzione assiologica. Ad essa, infatti, è sottesa la riscoperta, nella sua pienezza ma anche nelle sue diverse proiezioni, di quel valore solidaristico senza il quale il principio personalista, su cui pure è costruito l'intero edificio costituzionale, risulterebbe privo di una parte importante di senso.