

Identità e destino degli embrioni soprannumerari. Ipotesi *de iure condendo*.

Identity and fate of supernumerary embryos. De iure condendo hypothesis.

FRANCESCA DI LELLA 

Ricercatrice di Diritto privato, docente di Biodiritto
Università degli Studi di Napoli "Federico II"

Abstract

I progressi nel campo della medicina della riproduzione hanno portato al centro della scena una nuova entità: l'embrione in vitro. La ricostruzione della sua identità giuridica è preliminare alla ricerca di soluzioni per una delle questioni più delicate che attualmente animano il dibattito biogiuridico, e cioè quella concernente il destino degli embrioni in soprannumero. Il contributo ripercorre, in breve, gli apporti alla discussione forniti dalla dottrina e dalla giurisprudenza nazionale ed europea, per soffermarsi poi su alcune proposte oggetto di studio, esaminandone potenzialità e criticità.

Advances in the field of reproductive medicine have brought a new entity to centre stage: the in vitro embryo. The reconstruction of its legal identity is preliminary to the search for solutions to one of the most sensitive issues currently animating the biojuridical debate, namely the fate of supernumerary embryos. This essay briefly traces the contributions to the debate made by doctrine and national and European jurisprudence, and then dwells on some of the proposals under study, examining their potential and critical aspects.

Keywords: *vulnerable subjects – reproductive technologies – human embryos*

Summary: [Introduzione](#). – [1. La natura giuridica dell’embrione, tra *res* e *persona*. Il quadro legislativo](#). – [2. L’apporto al dibattito della giurisprudenza nazionale ed europea. Cenni](#). – [3. Gli embrioni crioconservati: le attuali categorie e le incertezze circa la sorte dei soprannumerari](#). – [4. Le prospettive *de iure condendo*: l’adozione per la nascita e la destinazione alla ricerca scientifica](#). – [Conclusioni](#).

Introduzione.

L’ultima relazione del Ministro della Salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge n. 40 del 2004, presentata nel settembre del 2022¹, dà conto del numero degli embrioni formato nell’anno 2020, a séguito dell’applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita di secondo e di terzo livello, quelle per le quali, cioè, l’unione dei gameti avviene al di fuori del corpo della donna. Del numero complessivo di essi, il 43,2% è stato trasferito a fini di gravidanza, mentre il restante 56,8% (pari a 42.532 embrioni) risulta crioconservato².

Invero, per un censimento completo della popolazione degli embrioni attualmente in stato di crioconservazione, al dato su riferito – che è preso in considerazione solo a fini indicativi – andrebbe addizionato quello degli anni precedenti. Tuttavia, è possibile effettuarne una stima soltanto approssimativa, sia per le difficoltà nel reperire informazioni precise nei centri di medicina della riproduzione, sia perché gli embrioni conteggiati negli anni passati potrebbero poi essere periti oppure essere stati utilizzati per nuove gravidanze. Non vi sono, dunque, dati ufficiali al riguardo, ma di certo il numero totale degli embrioni crioconservati è esponenzialmente cresciuto negli anni, in séguito a ben noti interventi della Consulta, modificativi di aspetti rilevanti della legge n. 40/2004. In ogni caso, non sarebbe possibile distinguere con precisione tra quelli ancóra vitali e destinabili a un impianto e quelli c.dd. soprannumerari, perché “abbandonati” dalla coppia di genitori o comunque “scartati”, in quanto di qualità non buona ai fini di un positivo esito di gravidanza oppure affetti da patologie riscontrate tramite diagnosi genetica pre-impianto.

Al di là, dunque, dell’individuazione del numero esatto – certamente non esiguo – degli embrioni attualmente congelati, sembra non più eludibile la questione della sorte di quelli in soprannumero, soprattutto ove si consideri il riconoscimento, avvenuto in molteplici sedi, della «dignità umana» della quale sono portatori. Nondimeno, il problema involge aspetti, certamente più prosaici, di sostenibilità dell’attuale sistema sotto un profilo non solo economico e organizzativo, ma anche ambientale, che si pongono in contrasto con una preservazione *sine die* della vita nascente, racchiusa in ogni singolo embrione.

¹ Consultabile in www.salute.gov.it.

² *Ivi*, p. 8. Le cifre sono riferite alle procedure con gameti della coppia richiedente, con esclusione delle tecniche con gameti donati.

1. La natura giuridica dell'embrione, tra *res* e *persona*. Il quadro legislativo.

La messa a punto e il progressivo affinarsi di tecnologie mediche in grado di risolvere o, comunque, di superare patologie legate alla sfera riproduttiva³ hanno fatto emergere nel tempo la necessità di comprendere quale fosse la natura giuridica dell'embrione umano e di definirne lo statuto⁴.

Sul piano giusprivatistico, si è inizialmente impostato il confronto con le categorie della tradizione e, dunque, si è cercato soprattutto di verificare la tenuta della nozione di capacità giuridica rispetto alla nuova entità. La regola codicistica, ai sensi della quale l'acquisto della capacità giuridica è ancorato al momento della nascita, emanata in un'epoca storica in cui non esistevano le tecniche della procreazione assistita, non è in grado di riflettere la realtà degli embrioni *in vitro*⁵. Questi ultimi non risultano inquadrabili né nella nozione civilistica di soggetto di diritto dotato di capacità giuridica (art. 1, co. 1, c.c.), né in quella di concepito destinatario potenziale di diritti, l'acquisto dei quali è subordinato all'evento della nascita (art. 1, co. 2, c.c.), poiché le norme del codice civile che fanno riferimento a tale categoria chiaramente alludono al frutto del concepimento inserito nel grembo materno⁶. Né, tantomeno, possono essere accostati al nascituro non concepito, figlio di genitori individuati, essendo essi già il risultato dell'unione e della fusione dei gameti maschile e femminile, seppure avvenute in una provetta. Gli embrioni *in vitro* sembrano vivere, insomma, in una sorta di limbo definitorio ed essere – a voler forzare in qualche modo gli schemi della tradizione – dei concepiti non (necessariamente) nascituri.

La diffusione delle tecniche di procreazione assistita porta con sé, pertanto, l'esigenza di ricercare una disciplina per una realtà materiale del tutto nuova, da confrontare – per individuare le più opportune tutele da apprestare – anche

³ Per uno sguardo d'insieme alle varie problematiche sollevate dall'impatto delle innovazioni della biologia e della medicina riproduttiva sul diritto, v. A. GORASSINI, *Procreazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, p. 957 ss.; M. FACCIOLI, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Dig. Disc. priv., Sez. civ., Agg.*, III, Torino, 2007, p. 1051 ss.; più di recente, U. SALANITRO, *Procreazione assistita (dir. civ.)*, in *Enc. dir., I Tematici*, IV, *Famiglia*, diretto da F. Macario, Milano, 2022, p. 1015 ss.

⁴ Esigenza sentita su di un piano più complesso e interdisciplinare, attese le evidenti implicazioni bioetiche: cfr. il documento *Identità e statuto dell'embrione umano*, 22 giugno 1996, reso dal Comitato Nazionale per la Bioetica e reperibile in *bioetica.governo.it*. Per un approccio più strettamente inerente ai profili etici, v. L. LOMBARDI VALLAURI, *L'embrione e le vite diversamente importanti*, in S. RODOTÀ (a cura di), *Questioni di bioetica*, Roma-Bari, 1993, p. 361 ss.; v., inoltre, L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali e bioetica. La questione dell'embrione*, in S. RODOTÀ e M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, nel *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, I, Milano, 2010, p. 241 ss.

⁵ Invero, per vari decenni dopo l'emanazione del codice civile, finché le tecniche della procreazione un tempo definita "artificiale" erano state non ancora concretamente attuate ma solo ipotizzate, lo sporadico interesse della dottrina si era focalizzato sul riscontro di un vuoto normativo rispetto al fenomeno di un concepimento scisso dall'unione sessuale della coppia, sulla liceità della pratica e sulla ricerca di soluzioni rispetto alle ricadute sul piano dei rapporti di filiazione: v. A. TRABUCCHI, *Inseminazione artificiale (Diritto civile)*, in *Novissimo Dig. It.*, VIII, Torino, 1968, p. 732 ss. Dai distinguo terminologici, che pure hanno interessato gli interpreti nella prima fase della riflessione, iniziò a profilarsi, sebbene in maniera assai sfumata, quell'«embrione altrove determinatosi», senza che però potessero essere ancora colte le implicazioni della sua esistenza: le parole virgolettate sono di V. LOJACONO, *Inseminazione artificiale*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 753.

⁶ Le norme del codice civile, inoltre, fissano – a vari effetti – la presunzione di concepimento e distinguono il concepito dal nascituro non concepito, figlio di una determinata persona vivente.

con la distinzione tra *res* e persona. Il problema se l'embrione dovesse essere considerato alla stregua di un mero prodotto organico o essere tutelato come il frutto del concepimento, potenziale iniziatore della vita umana, ha così animato la discussione⁷. Fin dalle prime riflessioni al riguardo è dato registrare che esso non viene assimilato a puro materiale biologico, dunque a una *res*, della quale sia consentito disporre secondo la consueta ottica delle vicende circolatorie dei diritti sui beni⁸.

Ad avvalorare quanto si è sinora osservato sono intervenuti provvedimenti legislativi che, pur senza elevare l'embrione alla qualifica di vero e proprio soggetto di diritto, lasciano intendere chiaramente la necessità di apprestare alla nuova entità forme di protezione adeguate alla condizione di estrema vulnerabilità in cui obiettivamente versa. In questa direzione, sono state lette, pur nella varietà delle opinioni espresse, le disposizioni contenute nella legge sulla interruzione volontaria della gravidanza e, poi, in quella sulla procreazione medicalmente assistita⁹, laddove si ritrova – nei rispettivi *incipit*¹⁰, ma anche

⁷ Restano, al riguardo, scolpite le parole di C.M. BIANCA, *Diritto civile*, I, *La norma giuridica - I soggetti*, II ed., Milano, 2002, p. 224 s., per il quale «in mancanza di una disciplina normativa della materia l'interprete deve attenersi al principio generale di tutela della vita umana fin dal suo inizio e adottare le soluzioni volte a salvaguardare l'embrione e la sua naturale destinazione».

⁸ Cfr., tra i primi AA., A. TRABUCCHI, *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, p. 507 s., per il quale il rispetto della vita racchiusa nell'embrione, che già reca l'impronta dell'uomo, impone di escludere in radice la possibilità di distruzione, sperimentazione o manipolazione dello stesso, e richiede un regolamento che impedisca che possa essere considerato come «cosa di nessuno» o come «oggetto di proprietà privata dei generanti». Del resto, l'intersezione tra il piano dell'essere e quello dell'avere era inevitabile nell'approccio ai tentativi di individuazione della natura giuridica dell'embrione e della definizione del suo statuto: v. A. GORASSINI, *Procreazione (dir. civ.)*, cit., p. 961 s. Per la collocazione dell'embrione tra le "persone", seppure *in fieri*, in quanto entità umana a prescindere dal grado di sviluppo, v., *ex multis*, G. OPPO, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 499 ss., spec. p. 512; P. ZATTI, *Quale statuto per l'embrione?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, p. 463; G. OPPO, *Scienza, diritto, vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 17 ss.; F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge, 19 febbraio 2004 n. 40*, Milano, 2004, p. 87; F. GAZZONI, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, p. 182 ss.; V. SCALISI, *Lo statuto giuridico dell'embrione umano alla luce della legge n. 40 del 2004, in tema di procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. dir.*, 2005, p. 203 ss.; P. SCHLESINGER, *Il concepito e l'inizio della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 247 ss.; di recente, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, *Situazioni soggettive*, 4° ed. rived. e ampl., Napoli, 2020, p. 76, per il quale «potrà qualificarsi "embrione" solamente un complesso di cellule in grado di differenziarsi potenzialmente in tutti i tessuti e in tutti gli organi costitutivi». Per una prospettiva diversa, v. C.M. MAZZONI, *La tutela reale dell'embrione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, p. 457 ss., che riconduce l'embrione al «mondo delle cose», seppure viventi e umane, di giuridica rilevanza, negandone perciò l'appartenenza al mondo della soggettività giuridica, ma precisa che ciò non equivale a depotenziarne la tutela quale protezione effettiva e concreta dell'embrione nel suo significato ontologico. Tale tutela, a parere dell'A., si ricava dalle norme costituzionali, segnatamente dagli artt. 31 e 32, in un sistema nel quale la garanzia dei valori protetti può essere indipendente dalla titolarità dei diritti, sì che l'embrione – inteso come materiale umano vivente, come corpo che per un tratto fa parte del corpo della madre – può restare sul piano dell'oggetto della tutela (*ivi*, p. 465). Analoghe conclusioni in G. CRICENTI, *Breve critica alla soggettività del concepito. I "falsi diritti" del nascituro*, in *Dir. fam. pers.*, 2010, p. 465 ss.

⁹ Per le prime reazioni suscitate, cfr. *ex multis*, M. MARELLA, *Esercizi di biopolitica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 3 ss.; M. SESTA, *Dalla libertà ai divieti: quale futuro per la legge sulla procreazione medicalmente assistita?*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 1407 s.; R. VILLANI, *Procreazione assistita*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. Zatti, VII, *Agg.*, Milano, 2006, p. 262 ss.

¹⁰ La legge sulla interruzione volontaria della gravidanza (l. n. 194/1978) proclama la tutela della vita umana "dal suo inizio" (art. 1): in maniera più netta, la legge sulla procreazione medicalmente assistita (l. n. 40/2004) indica tra le sue finalità la tutela dei diritti di "tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito" (art. 1). Sul punto, cfr. F.D. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 533 ss. Per una lettura critica alla legge sulla p.m.a. e, in particolare, al suo art. 1, v. N. LIPARI, *Legge sulla procreazione assistita e tecnica legislativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 517 ss.

nell'articolato normativo¹¹ – un richiamo forte all'esigenza di tutelare il frutto del concepimento e a favorire, per quanto possibile, la sua fisiologica evoluzione verso la vita¹². Quanto al metodo, va notato che gli interventi del legislatore non prescindono da premesse di tipo assiologico circa la natura dell'embrione/feto, dalla quale fanno discendere le conseguenze sul piano giuridico; mentre rifuggono da un approccio di carattere più pragmatico, teso a ricercare soluzioni ragionevoli e applicabili in concreto più che a perseguire obiettivi ideali¹³.

Sulla scorta delle suesposte premesse, si è aperta la strada a una rimeditazione della stessa "soggettività" come nozione più ampia, non combaciante con quella di capacità giuridica¹⁴, e si è iniziato a vedere nella nascita l'evento dal quale dipende il riconoscimento, generale e egualitario, della titolarità dei diritti, patrimoniali e non, spettanti al soggetto, senza che ciò implichi *a contrario* una esclusione del non nato da taluni di quei diritti¹⁵. In verità, come è stato osservato, il dibattito finisce per confermare l'incapacità delle tradizionali categorie dogmatiche a cogliere la fisionomia giuridica dell'embrione umano, entità sospesa tra diritto e scienza e non inquadrabile nell'ambito della rigida dicotomia tra *res* e *personae*¹⁶, e si allinea a una prospettiva di protezione della vita prenatale, emergente anche dal contesto

¹¹ Basti ricordare che l'interruzione della gravidanza è legata alla sussistenza di presupposti, cronologici e fattuali, in mancanza dei quali la tutela del feto deve prevalere, e che sussiste in capo al medico che esegue l'intervento l'obbligo di salvaguardia della vita del feto che manifesti una possibilità di vita autonoma. Vale, inoltre, la pena di richiamare tutte le misure di tutela dell'embrione contenute nel Capo VI della l. n. 40/2004. Invero, non è sfuggito il diverso approccio delle due leggi richiamate: v. G. FERRANDO, *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 811 ss. Nella prima di esse – le cui norme sono riferite al frutto del concepimento già immesso nel processo della gravidanza – è riflesso un bilanciamento tra interessi che vede prevalere, nel conflitto, la salute della donna a scapito della vita del concepito (principio ribadito da note sentenze della Consulta: Corte Cost., 18 febbraio 1975, n. 75, in *Foro it.*, 1975, I, c. 515 ss., e Corte Cost., 10 febbraio 1997, n. 35, *ivi*, I, c. 672 ss.). Nell'impianto originario della legge sulla p.m.a., invece, la tutela dell'embrione, prima ancora del suo impianto in utero, appare assoluta e disvela l'intenzione del legislatore di considerarlo un soggetto di diritto al pari dei nati. Per l'opinione secondo cui è irrilevante, ai fini della protezione giuridica, che l'embrione sia "costruito" in provetta o si formi nell'utero e, quindi, la presenza di un rapporto intersoggettivo attuale con la madre, v. F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 182. Specifica G. OPPO, *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 332 s., che l'embrione concepito fuori dal corpo della donna ha accesso alla protezione della vita umana, che importa il dovere di fargli iniziare e proseguire il percorso di vita secondo la sua destinazione naturale, e che solo con l'inizio della gravidanza gli si applica la disciplina civilistica del figlio nascituro, poiché «per il codice il concepito coincide con *qui in utero es*».

¹² Cfr. G. OPPO, *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, *cit.*, p. 332; B. MASTROPIETRO, *Procreazione assistita: considerazioni critiche su una legge controversa*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, p. 1385 ss.

¹³ Sul punto, v. P. ZATTI, *Diritti dell'embrione e capacità giuridica del nato*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1997, p. 107 s. Sull'utilizzo disomogeneo del termine embrione nei testi normativi e sulla scelta tecnica del legislatore italiano, anche nel confronto con altri ordinamenti, cfr. V. DURANTE, *La «semantica dell'embrione» nei documenti normativi. Uno sguardo comparatistico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p. 63 ss.

¹⁴ La tendenza era già segnalata da M. BESSONE-G. FERRANDO, *Persona fisica (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 204 ss. Per una ricognizione delle ricostruzioni che si profilavano a proposito della capacità del concepito, v. P. RESCIGNO, *Capacità giuridica*, in *Digesto Disc. priv.*, Sez. civ., II, Torino, 1988, p. 221 s. Cfr., nel senso indicato nel testo, V. SCALISI, *op. cit.*, p. 206, per il quale la soggettività è la «categoria giuridica idonea a rispecchiare l'evoluzione biologica dell'individuo»; più di recente, M.G. CABITZA, *Lo statuto dell'embrione: tra dignità umana e progresso scientifico*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 628 s. *Contra*, ossia sulla difficoltà di slegare la soggettività dalla capacità giuridica, cfr. G. OPPO, *Scienza, diritto, vita umana*, *cit.*, p. 15; F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 184 s.; B. MASTROPIETRO, *op. cit.*, p. 1384.

¹⁵ In tal senso, P. ZATTI, *Diritti dell'embrione e capacità giuridica del nato*, *cit.*, p. 109.

¹⁶ Cfr. M.G. CABITZA, *op. cit.*, 2018, p. 621 ss., ove un'analisi dei testi normativi, nazionali e non, più significativi per supportare la tesi di una compatibilità del concetto di soggettività con le peculiarità proprie dell'embrione; nonché U. SALANITRO, *op. cit.*, p. 1017 ss., per una chiara sintesi delle posizioni sviluppatesi nel tempo sullo statuto soggettivo del concepito.

europeo e dall'interpretazione delle Corti sovranazionali¹⁷.

Le sollecitazioni provenienti dal suddetto dibattito sono state raccolte anche dalla giurisprudenza¹⁸, che si è allontanata dalla logica della *res*, e hanno offerto lo spunto per proposte di legge rafforzative dell'identità dell'embrione quale soggetto di diritto, con ciò che questo comporta sul piano degli effetti e delle tutele¹⁹.

2. L'apporto al dibattito della giurisprudenza nazionale ed europea. Cenni.

La giurisprudenza nazionale ha fornito un contributo decisivo per ricostruire la figura dell'embrione, sia quello immesso nel processo della gravidanza che quello giacente *in vitro*²⁰.

In particolare, la Corte Costituzionale, nei vari interventi di riscrittura della legge n. 40/2004 finalizzati a bilanciare i diversi interessi in gioco²¹, ha sì affievolito la tutela assoluta dell'embrione originariamente accordata dal legislatore²², per armonizzarla con altri interessi costituzionalmente protetti²³, ma non ha mai mancato di mettere in risalto come l'embrione sia da considerare quale principio iniziatore della vita, portatore della dignità umana, quantunque se eventualmente malformato, e soggetto estremamente vulnerabile, come tale bisognoso di protezione legale²⁴.

¹⁷ Cfr. I. BARONE, *Dignità e sorte degli embrioni soprannumerari*, in *Juscivile.it*, 2021, 5, p. 1450 ss.

¹⁸ V. *infra*, § 2.

¹⁹ Cfr. il più recente disegno di legge, presentato al Senato lo scorso ottobre 2022, recante il n. 165, che riprende analoga proposta del Movimento per la vita italiano (atto Camera n. 2922 del 1995), diretto alla modifica dell'art. 1 del codice civile, nel senso di ancorare il riconoscimento della capacità giuridica al momento del concepimento, fermo restando che l'acquisto dei diritti patrimoniali resti subordinato all'evento della nascita.

²⁰ Anche prima dei numerosi interventi della giurisprudenza sulla legge n. 40/2004, che sono quelli decisivi ai fini dell'indagine, è possibile ritrovare provvedimenti tesi alla protezione dell'embrione *in vitro*: al riguardo, v. Trib. Palermo, ord. 8 gennaio 1999, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, p. 221 ss., con nota di F.D. BUSNELLI, *La sorte degli embrioni in vitro: in assenza di regole, il ricorso ai principi*, ove si riconosce, alla stregua dei principi ricavabili dalla Costituzione e dall'intero sistema, l'esistenza di diritti fondamentali, *in primis* di quello alla vita, in capo all'embrione. Differente la posizione di Trib. Bologna, 26 giugno 2000, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, p. 475 ss., con nota di C. FAVILLI, *Autodeterminazione creativa e diritti dell'embrione*, in cui il Giudice opera una distinzione tra gli embrioni crioconservati e quelli già allocati nell'utero materno, per riconoscere solo a questi ultimi la tutela legale offerta dall'ordinamento.

²¹ Per un ampio esame della genesi e delle principali tappe che hanno scandito l'evolversi della legge e della sua applicazione concreta, si rinvia a F. ANGELINI, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Dig. Disc. pubbl.*, Agg., VI, Torino, 2015, p. 341 ss.; F. AZZARRI, *I quindici anni della legge 40: nemesi e questioni aperte nella disciplina della fecondazione assistita*, in *Famiglia*, 2019, p. 561 ss.; U. SALANITRO, *op. cit.*, *passim*.

²² Va ricordata, *in primis*, Corte Cost., 8 maggio 2009, n. 151, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1213 ss., con nota di G. FERRANDO, *Diritto alla salute della donna e tutela degli embrioni: la Consulta fissa nuovi equilibri*, che ha abolito il limite dei tre embrioni, inizialmente fissato dalla legge n. 40/2004, dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 14, co. 2 e 3: di tal guisa, ha restituito al medico la possibilità di valutare, caso per caso, in base alle condizioni cliniche della donna e a una serie di altre variabili (età, patologie, cause della sterilità/infertilità etc.), quanti embrioni produrre per il buon esito del programma di p.m.a., potendo – se lo ritiene opportuno a tali fini – superare il limite di tre. La statuizione ha introdotto, come conseguenza, una deroga al divieto di crioconservazione posto dalla legge, per la necessità di procedere al congelamento degli embrioni prodotti, ma non impiantati per decisione del medico.

²³ La salute della donna che ricorre alle tecniche e l'autodeterminazione della coppia nelle scelte relative alla vita privata e familiare.

²⁴ Sul valore e sulla dignità dell'embrione, che «quale ne sia il, più o meno ampio, riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non è certamente riducibile a mero materiale biologico», v. Corte Cost., 11 novembre 2015, n. 229, in *Foro it.*, 2015, I, c. 3749 ss. A corollario di siffatte statuizioni, la Consulta ha affermato che non è giustificabile un trattamento degli embrioni malformati deteriore

L'esigenza è stata avvertita maggiormente in séguito a ulteriori interventi della Consulta, aventi a oggetto questioni diverse, che, peraltro, hanno indotto un progressivo, notevole aumento della popolazione degli embrioni in stato di crioconservazione; la fragilità di questi ultimi risulta ancora più evidente, non potendo essi godere neanche dello scudo protettivo del corpo della madre. Caduto il limite di produzione di tre embrioni per ciascun ciclo di applicazione delle tecniche di p.m.a.²⁵, difatti, è risultata allargata anche la platea delle coppie alle quali è consentito l'accesso alla p.m.a., poiché vi sono state incluse sia quelle che, per ragioni patologiche, necessitano di ricorrere a tecniche eterologhe²⁶, sia le coppie fertili, portatrici di malattie geneticamente trasmissibili, che solo attraverso una diagnosi genetica pre-impianto, possono "selezionare" un embrione sano da destinare a una gravidanza²⁷.

Scardinati così i divieti che, nelle intenzioni del legislatore, fungevano da presidio alla tutela dell'embrione e poi del nato a séguito dell'applicazione delle tecniche di p.m.a., permane in vigore, però, il divieto di soppressione degli embrioni, sancito e sanzionato dall'art. 14, commi 1 e 6, l. n. 40/2004, la cui legittimità è stata affermata dalla Corte Costituzionale²⁸. La violazione del divieto integra, dunque, allo stato, gli estremi di un reato, confermando appieno la rilevanza del bene tutelato.

Su altro fronte, la giurisprudenza di merito e di legittimità, in pronunzie rese per lo più in materia di risarcimento danni da *malpractice* medica, allargando le maglie della soggettività, ha individuato nel concepito (embrione/feto) un centro di interessi giuridicamente rilevanti, ritenendolo titolare, ancor prima della nascita, di diritti personalissimi, quali quello alla vita, alla salute, all'identità genetica²⁹. A sorvolare su alcune critiche che sono state mosse alle decisioni indicate, non essendo questa la sede per darne conto³⁰, occorre qui notare che esse rivelano una certa incertezza innanzi alla vita nascente, quanto

rispetto a quelli sani, e che l'esigenza di tutelarne la dignità non può avere altra risposta che quella della procedura di crioconservazione. Medesima sensibilità si riscontra in Corte Cost., 13 aprile 2016, n. 84, in *Dir. fam. pers.*, 2016, p. 745 ss., che, nel dichiarare inammissibile la questione di legittimità del divieto di destinazione alla ricerca scientifica degli embrioni soprannumerari di cui all'art. 13, l. n. 40/2004, ribadisce il rispetto del principio della vita racchiuso nell'embrione, seppure affetto da patologie.

²⁵ Corte Cost., 8 maggio 2009, n. 151, cit.

²⁶ Corte Cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Europa dir. priv.*, 2014, p. 1105 ss., che ha dichiarato incostituzionale il relativo divieto, che era stato introdotto nel 2004.

²⁷ Corte Cost., 5 giugno 2015, n. 96, in *Foro it.*, 2015, I, c. 2250 ss., che ha appunto ammesso, a determinate condizioni, all'accesso a tecniche di p.m.a. e alla diagnosi genetica preimpianto le coppie fertili portatrici delle suddette patologie, al fine di consentire loro l'impianto dei soli embrioni risultati sani, destinando a una perenne crioconservazione quelli malformati.

²⁸ Corte Cost., 11 novembre 2015, n. 229, cit., che ha rigettato la questione di legittimità costituzionale della norma, con riferimento al delitto di «embrionicidio». Peraltro, come fa osservare I. PELLIZZONE, *Dopo la sentenza costituzionale n. 229 del 2015: la rilevanza penale della selezione eugenetica e della soppressione degli embrioni malati*, in *Studium iuris*, 2016, p. 834, la sentenza valorizza anche un altro aspetto degno di rilievo, e cioè la qualificazione degli embrioni in termini di veicolo di un elemento fondamentale dell'identità biologica individuale: il patrimonio genetico delle persone dai cui gameti si sono formati.

²⁹ Cfr., tra le sentenze che hanno avuto maggiore risonanza, pur attestate su posizioni diversificate, Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Giur. it.*, 2010, p. 67 ss.; Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Foro it.*, 2013, I, c. 181 ss.; Cass., Sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, in *Giur. it.*, 2016, p. 543 ss. Sugli spunti che provengono dalla giurisprudenza in tema di tutela risarcitoria del concepito leso, v. F.D. BUSNELLI, *Il problema della soggettività del concepito a cinque anni dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 185 ss.

³⁰ In argomento, per un'ampia ricognizione delle posizioni sviluppatesi, si rinvia, da ultimo, a E.A. EMILIOZZI, *La responsabilità medica*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu-Messineo, già diretto da L. Mengoni e P. Schlessinger, continuato da V. Roppo e F. Anelli, Milano, 2023, p. 598 ss.

alla sua configurazione sul piano giuridico, a fronte del quale pare evidente lo sforzo di non tralasciare aspetti rilevanti sguarniti di tutela e di ricercare soluzioni, seppure discutibili, adattate alla peculiare conformazione del concepito. Sullo sfondo di tali ricostruzioni, si scorge la consapevolezza dei giudici del valore intrinseco che l'ordinamento assegna allo sviluppo della vita umana, per il tramite di norme che, in modi vari, mirano ad assicurare la prosecuzione di quel processo che evolve, senza soluzione di continuità, sino alla nascita³¹.

Nondimeno, alla ricostruzione dell'«identità» dell'embrione umano ha concorso anche la giurisprudenza europea, che, in diverse sedi, ha inteso accordargli una speciale tutela in ragione dei suoi peculiari connotati.

In particolare, mentre la Corte europea dei diritti dell'uomo si è mantenuta più cauta in alcune note decisioni³², sono assai rilevanti due pronunzie della Corte di Giustizia europea, rese in merito alla definizione di embrione ai fini dell'applicazione della Direttiva 98/44/CE, concernente le invenzioni biotecnologiche. In queste sentenze, il diritto dell'Unione è stato interpretato accogliendo una nozione molto ampia di «embrione umano», che, seppure riferita allo specifico ambito disciplinare, evidenzia l'attenzione e, soprattutto, l'approccio precauzionale delle Istituzioni europee alla questione. Di fatto, le decisioni precludono una tutela giuridica per i trovati che hanno per oggetto o utilizzano cellule staminali embrionali e suoi derivati, perché il prelievo comporta la distruzione dell'embrione, cui la Corte UE annette la dignità di essere umano³³.

Invero, su un terreno disseminato da tante incertezze sul piano scientifico prima ancora che su quello giuridico, sembra più che mai pertinente il richiamo al principio di precauzione quale filtro e guida da seguire nelle scelte da operare. Da un lato, non vi sono dati precisi circa i limiti temporali oltre i quali la crioconservazione in azoto liquido osta ad un proficuo impianto

³¹ Processo la cui interruzione, peraltro, ha consentito alla giurisprudenza di enucleare uno specifico profilo di danno non patrimoniale, identificato nella sofferenza che deriva dalla recisione del rapporto che, innegabilmente, i genitori instaurano in modo progressivo con il feto in via di sviluppo: v. Cass., ord. 29 settembre 2021, n. 26301, in *Ridare.it*, con nota di F. TOPPETTI, *Il dolore dei genitori per la morte del feto*.

³² Il riferimento è a Corte Edu, 10 aprile 2007, c. Evans c/The United Kingdom, in *Europa dir. priv.*, 2008, p. 225 ss. (s.m.), con nota di L. Bozzi, *Il consenso al trattamento di fecondazione assistita tra autodeterminazione procreativa e responsabilità genitoriale*, nella quale si nega agli embrioni *in vitro* la titolarità di un autonomo diritto alla vita, ma se ne riconosce la capacità di evolversi, in un processo contrassegnato da continuità temporale, in persona, come tale da proteggere; e a Corte Edu, 27 agosto 2015, c. Parrillo c/Italia, in *Foro it.*, 2015, IV, c. 453 (s.m.), con nota di G. CASABURI, *Ricerche embrionali: un'occasione perduta della Corte europea*, che recide ogni contiguità dell'embrione con il concetto di "bene", ma riconosce un ampio margine di discrezionalità agli Stati.

³³ V. Corte di Giustizia UE, 18 ottobre 2011, causa C-34/2010, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 289 ss., ed *ivi*, II, p. 237 ss., nota di R. ROMANO, *La brevettabilità delle cellule staminali embrionali umane*, nonché in *Fam. dir.*, 2012, p. 221 ss., con nota di A. SCALERA, *La nozione di "embrione umano" all'esame della Corte UE*, per la quale l'art. 6 della Direttiva va interpretato nel senso che «costituisce "embrione umano" qualunque ovulo umano fin dalla fecondazione, qualunque ovulo umano non fecondato in cui sia stato impiantato il nucleo di una cellula umana matura e qualunque ovulo umano non fecondato che, attraverso partenogenesi, sia stato indotto a dividersi e a svilupparsi».

Cfr., poi, Corte di Giustizia UE, 18 dicembre 2014, causa C-364/2013, in *Giur. it.*, 2015, p. 1897 ss. (s.m.), con nota di R. ROMANDINI, *La brevettabilità del materiale biologico ottenuto da partenoti*, e per esteso in *Corr. giur.*, 2026, p. 23 ss., con nota di G. SPEDICATO, *Cellule staminali embrionali e limiti alla brevettabilità delle invenzioni biotecnologiche*, che ha ridimensionato sensibilmente la definizione resa in precedenza, nel senso di escludere dalla nozione i partenoti (cioè gli ovuli attivati mediante partenogenesi), qualora i medesimi siano privi della capacità intrinseca di svilupparsi in un essere umano.

dell'embrione; dall'altro, non esistono ancora criteri e metodologie certe per diagnosticare la morte o una definitiva perdita di vitalità dell'embrione³⁴. Peraltro, seppure siffatti accertamenti si rendessero possibili, tornerebbe a porsi il problema se considerare gli embrioni residui non più utilizzabili per nessuna delle finalità ipotizzate (v. *infra*, par. 4), a causa delle ragioni indicate – morte, cessazione di vitalità o di funzionalità –, alla stregua di materiale biologico, con il conseguente assoggettamento alla disciplina prevista per tali materiali, quando raccolti in ambito diagnostico e terapeutico³⁵: una conclusione siffatta avallerebbe una inaccettabile involuzione verso una reificazione dell'embrione, che mal si concilia con la invocata sua dignità di essere umano, emersa dal dibattito dottrinario e dall'elaborazione giurisprudenziale sin qui sinteticamente ripercorsi.

3. Gli embrioni crioconservati: le attuali categorie e le incertezze circa la sorte dei soprannumerari.

La categoria degli embrioni in stato di crioconservazione si presenta eterogenea, poiché in essa confluiscono sia gli embrioni che potrebbero ancora essere destinati a un impianto, sia quelli in soprannumero, che, invece, non potrebbero, perché ultronei rispetto a uno specifico progetto procreativo di una coppia o ritenuti non idonei per cause di tipo organico o clinico oppure perché rifiutati, esplicitamente o implicitamente, in quanto affetti da patologie irreversibili riscontrate a séguito di diagnosi genetica pre-impianto, e, dunque, selezionati per favorire la nascita di quelli sani³⁶.

Con l'ausilio delle fonti di rango secondario, integrative del dettato della l. n. 40/2004,³⁷ è possibile distinguere due diverse tipologie di embrioni crioconservati: quelli in attesa di un futuro impianto, compresi quelli congelati prima dell'entrata in vigore della legge, e quelli in «stato di abbandono», il cui accertamento è collegato al verificarsi di determinate condizioni³⁸. L'anzidetta classificazione indirizza la sorte degli embrioni, che risulta ancor oggi regolamentata nel senso che quelli appartenenti alla prima tipologia devono

³⁴ Sul punto, v. la *Relazione finale* della Commissione di Studio, all'uopo nominata con Decreto del Ministero del Lavoro della Salute e delle Politiche Sociali, sugli embrioni crioconservati nei centri di p.m.a., dell'8.1.2010, in www.salute.gov.it.

³⁵ Essi sono equiparati a «rifiuti sanitari pericolosi»: v. D.P.R. 15 luglio 2003, n. 254, recante la disciplina della gestione dei rifiuti sanitari, attuativo dell'art. 24, l. 31 luglio 2002, n. 179, inerente allo smaltimento dei rifiuti sanitari.

³⁶ Per un'utile ricognizione delle tante situazioni di fatto che possono condurre alla crioconservazione degli embrioni, v. R. LANDI, *L'incerto destino degli embrioni soprannumerari*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 913 ss.

³⁷ V. le *Linee guida* di cui al D.M. 1° luglio 2015 (G.U. 14 luglio 2015, n. 161), che ha sostituito i precedenti Decreti del Ministero della Salute dell'11 aprile 2008 e del 21 luglio 2004, di tenore sostanzialmente analogo sul punto specifico; nonché il Decreto del Ministero della Salute 4 agosto 2004 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, G.U. 26 agosto 2004, n. 200).

³⁸ Lo stato di abbandono di un embrione è accertato al verificarsi di una delle seguenti condizioni: a) il centro che effettua tecniche di p.m.a. acquisisce la rinuncia scritta al futuro impianto degli embrioni crioconservati da parte della coppia di genitori o della singola donna (nel caso di embrioni prodotti prima della entrata in vigore della l. n. 40/2004, con seme di donatore e in assenza di partner maschile); b) il centro che effettua tecniche di p.m.a. documenta i ripetuti tentativi eseguiti, per almeno un anno, di ricontattare la coppia o la donna che ha disposto la crioconservazione degli embrioni; solo in caso di reale, documentata impossibilità a rintracciare la coppia, l'embrione potrà essere definito come «abbandonato».

essere crioconservati presso gli stessi centri dove le tecniche sono state effettuate³⁹, mentre quelli abbandonati avrebbero dovuto essere trasferiti – dopo l’attuazione di una serie di compiti e verifiche demandati all’Istituto Superiore di Sanità – alla Biobanca Nazionale, situata presso il Centro trasfusionale e di immunologia dei trapianti dell’Istituto di ricovero e cura a carattere scientifico “Ospedale Maggiore” di Milano, ove doveva essere attivato in maniera centralizzata un centro di crioconservazione degli embrioni stessi⁴⁰. Compito del centro doveva essere quello di effettuare studi e ricerche sulle tecniche di crioconservazione dei gameti e degli embrioni “orfani”⁴¹. Tuttavia, nonostante la creazione della struttura, il trasferimento non è stato mai effettuato⁴², sì che gli embrioni soprannumerari continuano ancora oggi a restare presso i centri in cui sono custoditi e sono destinati al mantenimento in crioconservazione sino all’inevitabile deterioramento e alla conseguente estinzione naturale⁴³.

Il profilo più problematico, in una prospettiva *de iure condendo*, è costituito dalla assai labile definizione dello «stato di abbandono», peraltro rimessa a una fonte di rango secondario. Sin d’ora è possibile affermare che essa appare inidonea a fungere da presupposto per eventuali destinazioni degli embrioni residui⁴⁴.

La situazione di stallo in cui essi versano è, comunque, speculare al permanere del divieto di una loro soppressione, la cui violazione integra gli estremi di un reato⁴⁵. D’altra parte, il riconoscimento della «dignità umana» in capo a tutti gli embrioni, che riflette il lungo dibattito volto a ricostruirne l’identità, rende oltremodo difficile ipotizzare alternative a una perenne crioconservazione.

³⁹ Con oneri a carico della struttura sanitaria.

⁴⁰ Con oneri della procedura da far gravare su fondi oggetto di un finanziamento *ad hoc* a carico dello Stato.

⁴¹ V., in part., il Decreto del Ministero della Salute 4 agosto 2004, cit., artt. 1, 2 e 5.

⁴² Le ragioni che hanno reso inattuabile il trasferimento degli embrioni orfani presso la struttura centralizzata di Milano sono molteplici e da rinvenire in una serie di difficoltà pratiche, quali l’assenza di copertura finanziaria per le procedure di trasferimento e di una disciplina attuativa circa le modalità, la difficile individuazione dello stato di abbandono, la possibile insorgenza di contenziosi giuridici.

⁴³ Per questi embrioni, ha osservato C. PARDINI, *Libertà di ricerca scientifica e tutela dell’embrione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 795, il diritto alla vita pare trascolorare fatalmente in «una sorta di indefinibile diritto alla crioconservazione sino al deterioramento».

⁴⁴ Esistono, al riguardo, diversi progetti di legge, alcuni dei quali risalenti, che tentano di individuare qualche soluzione al problema e contengono un primo, perfettibile, tentativo di normare l’adozione degli embrioni in stato di abbandono, e, in alcuni di essi, la destinazione alla ricerca scientifica. Cfr. la *Proposta di legge* n. 2058, presentata alla Camera dei Deputati il 12 gennaio 2009, la *Proposta di legge* n. 4800, presentata alla Camera dei Deputati il 25 novembre 2011, e la *Proposta di legge* n. 4831, presentata alla Camera dei Deputati il 6 dicembre 2011, poi abbinata per la discussione in aula. Più di recente, v. la *Proposta di legge* n. 2592, presentata alla Camera dei Deputati il 31 luglio 2014, e il DDL n. 1608, presentato al Senato il 9 settembre 2014. Tali proposte, reperibili sui siti istituzionali, si sono poi tutte arenate nelle secche parlamentari.

⁴⁵ Sottolinea G. DI ROSA, *Famiglia (bioetica e diritto)*, in *Enc. dir., I Tematici, IV, Famiglia*, cit., p. 400 s., che è proprio la valutazione dell’embrione come entità che ha in sé il principio della vita a giustificare il divieto penale di soppressione di tutti gli embrioni, in coerenza con la logica conservativa e di forte tutela sposata dalla legge del 2004, senza, peraltro, che rilevino differenziazioni del processo di sviluppo dello zigote, che è già fornito dell’identità biologica di un nuovo essere umano.

4. Le prospettive *de iure condendo*: l'adozione per la nascita e la destinazione alla ricerca scientifica.

Da anni si discute in dottrina della necessità di trovare soluzioni allo stato di congelamento *sine die* degli embrioni soprannumerari, anche alla luce di considerazioni inerenti ai costi organizzativi, gestionali ed economici e all'utilizzo di energie che hanno un impatto sull'ambiente, connessi alla relativa procedura. Il problema, però, non può essere slegato dall'identità dell'embrione, dalla cui definizione dipendono le conseguenze sul piano della disciplina⁴⁶. Nel tempo, sono state formulate diverse proposte, da inquadrare nella prospettiva di un intervento legislativo, che andrà innestato lungo le direttrici dianzi tracciate⁴⁷.

Invero, già all'indomani del profilarsi della questione con l'entrata in vigore della legge, gli interpreti si erano schierati su due fronti: alcuni a favore di una destinazione degli embrioni residui alla ricerca scientifica⁴⁸, in funzione solidaristica e subordinatamente al consenso della coppia che li ha creati⁴⁹, altri nel senso di prefigurare una sorta di loro adozione o donazione in favore di coppie, sterili o no, diverse dai generanti⁵⁰, senza che l'una soluzione escludesse necessariamente l'altra.

L'incremento esponenziale del numero di embrioni soprannumerari, dovuto – come si è rilevato in precedenza – agli interventi di riscrittura della l. n. 40/2004, ha favorito la ripresa del dibattito e una maggiore articolazione delle proposte da vagliare⁵¹. A supporto delle stesse, da un lato, si fa leva sulla

⁴⁶ Sull'incidenza, in particolare, della natura giuridica dell'embrione e degli interessi di cui è portatore sullo statuto da ricostruire, v. G. TOSCANO, *L'embrione tra ontologia e diritto*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 653 ss.

⁴⁷ Considerato l'elevato tasso di sensibilità che la connota, la questione non può che essere rimessa alla discrezionalità del legislatore, come sottolineato da Corte Cost., 13 aprile 2016, n. 84, cit., per la quale una scelta così ampiamente divisiva per i profili assiologici insiti, che, peraltro, non trova soluzioni uniformi neppure nella legislazione europea, attiene al piano degli interventi con i quali il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto. La scelta tra il rispetto del principio della vita, racchiusa nell'embrione ove pur affetto da patologia, e le esigenze della ricerca scientifica, che potrebbe utilizzare gli embrioni residuati da procedimenti di p.m.a., tanto dibattuta sul piano etico e scientifico, si sottrae perciò al sindacato del giudice delle leggi, anche perché richiede la emanazione di norme che regolamentino nei dettagli le soluzioni ipotizzate.

⁴⁸ A. BELLELLI, *La sperimentazione sugli embrioni: la nuova disciplina*, in *Famiglia*, 2004, I, p. 989 ss.; I. CORTI, *La procreazione assistita*, in *Il nuovo diritto di famiglia, Trattato* diretto da G. Ferrando, vol. III, *Filiazione e adozione*, Bologna, 2007, p. 538 ss. A sostegno dell'idea, veniva fatto rilevare che la tutela assoluta dell'embrione, consegnata dal legislatore, finiva per attuare una scelta che escludeva il necessario bilanciamento tra dignità dell'embrione, diritto alla salute, solidarietà verso chi soffre, libertà della scienza.

⁴⁹ F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 207; B. MASTROPIETRO, *op. cit.*, p. 1410 ss.

⁵⁰ Propenso a tale soluzione già F. SANTOSUOSSO, *op. cit.*, p. 103 ss.; G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 105 s.; F. CAPOLUONGO, *Il problema degli embrioni residui*, in *Fam. dir.*, 2010, p. 1074 ss.; D. CARUSI, *In vita, "in vitro", in potenza. Verso una donazione dell'embrione soprannumerario?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 333 ss.; F.D. BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 466 ss. In questa direzione, cfr. i due pareri del Comitato Nazionale per la Bioetica, *L'adozione per la nascita degli embrioni crioconservati derivanti da p.m.a.*, del 18.11.2005, e *Destino degli embrioni derivanti da p.m.a. e non più impiantabili*, del 26.10.2007, entrambi in *bioetica.governo.it*, e – più sfumatamente – la *Relazione finale* della Commissione di Studio, all'uopo nominata con Decreto del Ministero del Lavoro della Salute e delle Politiche Sociali, sugli embrioni crioconservati nei centri di p.m.a., cit.

⁵¹ Cfr. C. PARDINI, *op. cit.*, p. 790 ss.; F.D. BUSNELLI, *Nascere (o anche "morire") con dignità: un traguardo problematico per l'embrione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, p. 393 ss.; R. LANDI, *op. cit.*, p. 907 ss.; M.G. CABITZA, *op. cit.*, p. 620 ss.; R. CRISTIANO, *Gli embrioni soprannumerari: tutela e sperimentazione*, in *Rivista AIC*,

naturale destinazione alla vita dell'embrione, quale entità umana, titolare di diritti, di cui preservare la dignità; dall'altro, di fronte a un'obiettiva impossibilità di portarlo alla nascita, si apre alla possibilità di un utilizzo per la ricerca scientifica finalizzata al benessere della collettività⁵². Invero, le due proposte potrebbero in astratto convivere, come pure sostenuto⁵³, ed allora si tratta – nel bilanciamento dei valori costituzionali in gioco – di fissare le condizioni e di tracciare i percorsi per realizzarle, nonché di stabilire quale di esse debba essere rivestita di carattere prioritario rispetto all'altra. I nodi da sciogliere non sono pochi.

Per quanto riguarda l'istituto dell'adozione per la nascita, che aderisce maggiormente alla *ratio* ispiratrice della l. n. 40/2004⁵⁴, fortemente patrocinato dal CNB e sostenuto da gran parte della dottrina⁵⁵, i vuoti da colmare in via normativa attengono, innanzitutto, alla delimitazione del presupposto dell'"abbandono" definitivo dell'embrione da destinare a un progetto procreativo altrui, che andrebbe ancorato a criteri più certi e rigorosi di quelli fissati nelle fonti di rango secondario⁵⁶; poi, all'individuazione dei requisiti che deve possedere la coppia adottante e del ruolo nella vicenda della coppia dei generanti.

Quanto ai requisiti soggettivi degli adottanti, si può ipotizzare che siano quelli risultanti dal combinato disposto di cui agli artt. 4 e 5, l. n. 40/2004,⁵⁷

2018, p. 1 ss.; F. AZZARRI, *op. cit.*, p. 567 ss.; A. SPADARO, *Il "concepito": questo sconosciuto...*, in *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto, Special Issue*, 2019, 2, p. 419 ss., spec. p. 429 ss.; S.P. PERRINO, *Fecondazioni postume e destinazione delle cellule riproduttive alla ricerca*, in *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 2020, 2, p. 237 ss., spec. p. 246 ss.; I. BARONE, *op. cit.*, p. 1443 ss.; S.P. PERRINO, *Embryo-Adozioni: a brave new world?*, in *giustiziacivile.com.*, 2021, p. 2 ss.; G. DI ROSA, *op. cit.*, p. 400 ss.; G. GIAIMO, *Cui prodest servare? Due ipotesi di destinazione per gli embrioni crioconservati*, in *Dir. fam. pers.*, 2022, p. 254 ss.; R. SENIGAGLIA, *Quale degno destino per gli embrioni soprannumerari?*, in *Europa dir. priv.*, 2022, p. 421 ss.

⁵² Al riguardo, è stata fatta anche notare la contraddittorietà del divieto di sperimentazione vigente in Italia con l'assenza di un divieto all'importazione di linee cellulari embrionali dall'estero, che sono pur sempre ottenute attraverso la distruzione dell'organismo di partenza, di cui, invece, possono avvalersi i centri di ricerca operanti sul territorio nazionale: v. C. PARDINI, *op. cit.*, p. 791. Si tenga in conto, però, che la questione è in continua evoluzione, perché se il valore della ricerca sulle cellule staminali embrionali per la comprensione e la cura di numerose patologie, stante le loro intrinseche caratteristiche, resta intatto, molti passi in avanti si stanno facendo nelle ricerche condotte da linee cellulari pluripotenti ricavate da staminali adulte (sul punto, v. G. DI ROSA, *op. cit.*, p. 402, e, per i riferimenti agli studi scientifici, nt. 68); inoltre, nuove potenzialità paiono derivare dalla ricerca sui c.d. organoidi, colture cellulari tridimensionali in miniatura, tra i modelli di studio emergenti e più promettenti in campo bio-medico.

⁵³ Cfr., in particolare, F. CAPOLUONGO, *op. cit.*, p. 1075; F.D. BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, cit., p. 468 s.; ID., *Nascere (o anche "morire") con dignità: un traguardo problematico per l'embrione*, cit., p. 402; M.G. CABITZA, *op. cit.*, p. 642 ss.; F. AZZARRI, *op. cit.*, p. 567 ss.; G. GIAIMO, *op. cit.*, p. 276 ss.; R. SENIGAGLIA, *op. cit.*, p. 446 ss.

⁵⁴ Invero, l'adozione era stata contemplata nel progetto di legge, ma poi non era confluita nel testo finale. Nelle more dell'approvazione, difatti, erano emersi forti dubbi, sia sul raccordo con la disciplina dell'adozione, sia per il rischio di una strumentalizzazione dell'istituto al fine dello smaltimento delle scorte di embrioni nei laboratori: sul punto, v. E. IORATTI FERRARI, *Tutela della vita prenatale nel contesto della gravidanza*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ e P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, t. II, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, II, Milano, 2011, p. 1619 s.

⁵⁵ V. spec. F.D. BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, cit., p. 466 ss.; D. CARUSI, *op. cit.*, p. 337 ss.; I. BARONE, *op. cit.*, p. 1443 ss.; G. DI ROSA, *op. cit.*, p. 404 s.

⁵⁶ Utili spunti al riguardo sono contenuti nei disegni di legge indicati in nt. 44. Suggerisce il ricorso allo «stato di abbandono» delineato dall'art. 8, l. n. 184/1983 S.P. PERRINO, *Embryo-Adozioni: a brave new world?*, cit., p. 6.

⁵⁷ L'art. 5 consente l'accesso alla p.m.a. alle «coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi». Ai sensi dell'art. 4, inoltre, per avere accesso alle relative tecniche, è necessario che sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione e che sia documentata da atto medico la sterilità o l'infertilità, nei casi sia

ovvero essere mutuati, in via analogica, dalla l. n. 184/1983 in tema di adozione di minori, in tal caso con un allargamento della cerchia degli aspiranti genitori anche a coloro che non siano affetti da una sterilità o da un'infertilità da certificare. L'istituto costituirebbe ulteriore applicazione del concetto di genitorialità sociale, sì che lo *status* acquisito dal nato andrebbe equiparato a quello del figlio adottato. I genitori genetici dell'embrione, invece, dovrebbero partecipare alla fattispecie *de qua* mediante un atto di autodeterminazione, volto a imprimere alla destinazione dell'embrione lo scopo della realizzazione di un progetto procreativo di altri, nell'ottica del «dono», già sperimentata in altre realtà europee⁵⁸. Un atto siffatto parteciperebbe delle caratteristiche di altre vicende dispositive del corpo umano, reputate lecite quando ispirate da finalità solidaristiche e improntate alla gratuità dell'atto di autonomia privata, onde prevenire qualsivoglia tipo di abuso⁵⁹. Nelle proposte di legge delle quali si è fatto cenno in precedenza⁶⁰, la competenza sull'intero procedimento, come pare ovvio, spetta al Tribunale per i minorenni, chiamato a vagliare le domande e a vigilare sull'*iter* della procedura.

È fuori di dubbio che l'adozione per la nascita si adatti di più alla *ratio* della legge in materia di p.m.a., che intendeva limitare drasticamente il fenomeno della crioconservazione, poiché appare rispettosa della dignità di essere umano dell'embrione, al quale si offre una *chance* di vita. Nondimeno, le criticità annesse all'istituto possono essere individuate, innanzitutto, nella non semplice fattibilità della procedura, che necessariamente va scandita in una serie di passaggi che ne assicurino la legittimità, e nella circostanza che tale forma di adozione – peraltro praticabile solo con gli embrioni idonei a una gravidanza, e non con quelli che presentano anomalie irreversibili dello sviluppo – potrebbe essere richiesta in un numero limitato di casi, certamente tale da non coprire l'intera popolazione degli embrioni impiantabili; e ciò anche per questioni di carattere clinico, connesse, ad esempio, alla (in)compatibilità genetica con l'aspirante madre.

La destinazione degli embrioni soprannumerari alla ricerca scientifica, invece, che, per i motivi su esposti, dovrebbe rivestire carattere di soluzione subordinata rispetto a quella dell'adozione e riguardare solo gli embrioni non impiantabili⁶¹, postula di rivedere *in primis* la scelta di campo del legislatore,

di causa individuata che inspiegata. Va ricordato, difatti, che, nell'impostazione della l. 40/2004, il ricorso alle tecniche di p.m.a. si colloca nell'alveo dei trattamenti sanitari volontari, come modo per realizzare il diritto alla salute dei soggetti coinvolti, e si configura, pertanto, come rimedio/terapia, di carattere residuale, per superare una patologia.

⁵⁸ Sul punto, v. R. LANDI, *op. cit.*, p. 922 ss.; S.P. PERRINO, *Embryo-Adozioni: a brave new world?*, cit., p. 13 ss.

⁵⁹ In argomento, in generale, v. G. RESTA, *Doni non patrimoniali*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011, p. 510 ss.; nello specifico, v. D. CARUSI, *op. cit.*, p. 339.

⁶⁰ *Retro*, nt. 44.

⁶¹ Volendo accedere a questa prospettiva, risulta necessario, difatti, distinguere tra gli embrioni che possono ancora essere destinati a una gravidanza e quelli che, a causa di alterazioni genetiche o malformazioni, non sono più impiantabili: v. G. GIAIMO, *op. cit.*, p. 257. La prospettiva non è condivisa già dalla Corte Costituzionale, che ha reputato discriminatorie differenziazioni di tal guisa (v. Corte Cost., 11 novembre 2015, n. 229, cit.), e da una parte della dottrina. Per tutti, v. diffusamente G. DI ROSA, *op. cit.*, p. 400 ss., per il quale deve prevalere la logica conservativa della vita embrionale rispetto alla logica della disponibilità appropriativa da parte dello Stato quale promotore della ricerca scientifica e tecnica di cui all'art. 9 Cost., e ciò anche quando vi sia il consenso dei genitori. Peraltro, in un'ottica di bilanciamento, fa notare R. SENIGAGLIA, *op. cit.*, p. 440, che la scelta delle Corti pare univoca nel senso della prevalenza della dignità di ogni embrione sulla libertà di ricerca scientifica, considerata l'evidente disparità valoriale dei principi in gioco. Piuttosto occorre interrogarsi sul «se la sua dignità, in presenza di talune circostanze e

che, con l'art. 13, l. n. 40/2004, ha inteso vietare la sperimentazione e la ricerca sugli embrioni, a meno che non sia rivolta alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative⁶². L'esistenza di tali limitazioni è il frutto di una scelta discrezionale del legislatore, che si coniuga con i ricordati obiettivi di tutela dell'embrione.

L'esistenza dei suddetti divieti costituisce, dunque, il primo scoglio all'accoglimento di una proposta in tal senso, che ne presuppone l'abrogazione, e che potrà, a volerla percorrere, poi essere sviluppata nella direzione suggerita da autorevole dottrina⁶³, e cioè come esito di un percorso che conduce l'embrione verso una "morte dignitosa": una fine concepita come una sorta di dono «che vale in qualche misura a "nobilitare" l'avvenuto "sacrificio"»⁶⁴. Sulla scorta del modello francese, peraltro di recente in parte modificato⁶⁵, si potrebbe concepire la destinazione alla ricerca da realizzare nell'ambito di un procedimento pubblico, ove la verifica del definitivo abbandono dell'embrione da parte dei generanti e della indisponibilità ad accoglierlo da parte di un'altra coppia fungano da presupposto per un provvedimento che metta fine, dopo un tempo da stabilire, alla durata dello stato di crioconservazione dell'embrione. Ciò dovrebbe avvenire mediante un accertamento pubblico della sua morte (così sottraendone la sorte alla pura volontà dei privati), cui consegue la destinazione a progetti di ricerca scientifica, da eseguire sulla base di protocolli debitamente autorizzati da un'apposita Autorità e improntati al

specifici casi, possa trovare realizzazione in quell'impiego e nell'orizzonte della solidarietà sociale, operando, quindi, la valutazione *dall'interno* della sua dimensione ontologica, del suo essere il *fine* e non il *mezzo* delle scelte dell'ordinamento».

⁶² Tali divieti si pongono in linea con la Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina del 1997 (di cui l'Italia ha autorizzato la ratifica con la l. n. 145/2001), che, all'art. 18, vieta la clonazione di embrioni a fini riproduttivi e la creazione di embrioni per fini di ricerca, mentre richiede di assicurare un'adeguata protezione agli embrioni soprannumerari creati nel contesto della fecondazione assistita e utilizzati a fini di ricerca, ove quest'ultima sia ammessa nel singolo Stato aderente alla convenzione. Va osservato, inoltre, che alla deroga al divieto di cui all'art. 13, l. n. 40/2004, nel senso di consentire la ricerca clinica e sperimentale se rivolta a fini terapeutici e diagnostici in favore dell'embrione stesso, si aggiunge una ulteriore deroga, contenuta in una fonte secondaria (art. 5, Decreto del Ministero della Salute 4 agosto 2004, cit.), che permette studi e ricerche sugli embrioni «orfani», che siano relativi alle tecniche di crioconservazione dei gameti e degli embrioni. Tale previsione è giudicata «sconcertante» da R. VILLANI, *Procreazione assistita e Corte Costituzionale: presupposti e conseguenze (dirette ed indirette) del recente intervento della Consulta sulla disciplina della L. n. 40/04*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2009, p. 496 s. e *ivi* nt. 81, perché in contrasto con il disposto della legge. È indiscutibile che una simile disposizione avrebbe dovuto essere collocata diversamente sul piano gerarchico delle fonti; occorre notare che il suo scopo è probabilmente quello di affinare proprio quelle tecniche reputate, secondo una certa ottica, in grado di salvaguardare l'esistenza e la dignità degli embrioni abbandonati, evitandone la soppressione.

⁶³ F.D. BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, cit., p. 468 s., e più ampiamente, *Id.*, *Nascere (o anche "morire") con dignità: un traguardo problematico per l'embrione*, cit., p. 401 ss. *Adde*, nel senso che, a fronte di un inevitabile perimento dell'embrione o dell'impossibilità di svilupparsi e di nascere, una scelta rivolta a tutelare la salute collettiva e il valore della vita di milioni di uomini gli restituirebbe la dignità perduta in una conservazione *sine die*, v. G. DI ROSA, *op. cit.*, p. 405; nonché R. SENIGAGLIA, *op. cit.*, p. 444 ss.

⁶⁴ *Id.*, *op. ult. cit.*, p. 402.

⁶⁵ *Loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique*, che ha revisionato la precedente legge, introducendo modifiche significative, che non è possibile esaminare in questa sede (la legge è reperibile all'indirizzo <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043884384>); per un commento alla genesi, ai contenuti e alle novità, cfr. T. PENNA, *PMA pour toutes, anonimato di donatori e donatrici di gameti e potenziali conseguenze discriminatorie dell'esclusione della GPA. Prime riflessioni sulla riforma della loi de bioéthique in Francia*, in *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 2021, 3, p. 439 ss. Con riguardo alle cellule embrionali, risulta ampliato il campo delle ricerche che possono essere autorizzate: v., sul punto, D. BORRILLO, *Analisi dello sviluppo del biodiritto in Francia dall'ultima riforma legale*, in *Hal Open Science (id. 03746571)*, 2022, p. 11.

perseguimento di finalità mediche e al rispetto di principi etici⁶⁶.

La dottrina che sostiene l'ipotesi della destinazione alla scienza degli embrioni soprannumerari non impiantabili⁶⁷ promuove un'interpretazione «dinamica» del concetto di dignità, più aderente alla nobiltà intrinseca all'essere umano, se rivolto al soddisfacimento di un relevantissimo fine solidaristico⁶⁸. In altri termini, il dono dell'embrione, la cui struttura si altera nel corso del tempo rendendolo inidoneo a evolversi e svilupparsi, può costituire un atto di solidarietà conforme, e non in contrasto, con la particolare dignità che gli compete⁶⁹.

Conclusioni.

A voler tirare le fila del discorso, emerge che le due proposte allo studio per gli embrioni residuali – l'adozione per la nascita e la destinazione alla ricerca scientifica – paiono ispirate da principi diversi; entrambe richiedono l'intervento del legislatore per poterne dare attuazione. Se l'ipotesi dell'adozione asseconda la naturale destinazione dell'embrione a un progetto di procreazione e alla soddisfazione del desiderio di genitorialità di una coppia, dunque tende alla vita, l'altra ipotesi valorizza un diverso interesse di rango costituzionale, quale quello della promozione della ricerca finalizzata alla tutela della salute umana, e può essere associata, in qualche modo, a un'idea di morte "dignitosa" e rispettosa dell'intima essenza umana dell'embrione.

La scelta, come tutte quelle eticamente sensibili, non può che essere il frutto del volere della collettività, che esprime la coscienza sociale e la cultura prevalenti in un dato momento storico. Si può solo osservare, in conclusione, che l'ordinamento ha già in sé le coordinate di sistema – principi, valori, norme – per supportare una decisione tanto delicata, quanto improcrastinabile.

⁶⁶ *Amplius*, v. F.D. BUSNELLI, *Nascere (o anche "morire") con dignità: un traguardo problematico per l'embrione*, cit., p. 402 s.

⁶⁷ Cfr., in part., A. SPADARO, *op. cit.*, p. 429 ss., il quale osserva che Corte Cost., 13 aprile 2016, n. 84, cit., in realtà non ha escluso, tra le righe, il possibile bilanciamento *pro* salute e ricerca scientifica, e ha fornito una sorta di "decalogo" per il legislatore per una futura regolamentazione. Per più puntuali osservazioni sul punto, v. ID., *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte Costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice... (nota a C. cost., sent. n. 84/2016)*, in *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 2016, 2, p. 253 ss.

⁶⁸ In tal senso, v. spec. G. GIAIMO, *op. cit.*, p. 281 ss., a parere del quale il valore della solidarietà non è antitetico al rispetto comunque dovuto alle blastocisti, inevitabilmente destinate a una stasi criogenica potenzialmente perenne, laddove una eventuale disposizione per finalità dirette al benessere collettivo ne esalta, invece, la dignità, come già accade per gli atti relativi ai trapianti di organi (l. n. 91/1999) o per la destinazione delle spoglie mortali ad attività di didattica o di ricerca (l. n. 10/2020).

⁶⁹ Cfr., A. BELLELLI, *op. cit.*, p. 989 s.; G. FERRANDO, *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche*, cit., p. 813. In senso contrario, G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, cit., per il quale deve imporsi il rispetto dovuto alla vita nascente, anche nelle fasi estreme: l'Illustre A. fa rilevare che una cosa è lasciar morire, altra cosa è uccidere, e si domanda se la scienza, esauriti gli embrioni esistenti, si asterebbe poi dal pretendere di poter continuare l'attività di ricerca su embrioni «nuovi». Peraltro, come osserva G. DI ROSA, *op. cit.*, p. 401, risulterebbe ribaltata l'operatività del richiamato art. 18 della Convenzione di Oviedo, laddove vieta la creazione di embrioni a soli fini di ricerca, che risulterebbe aggirato, perché, indirettamente e surrettiziamente, si finirebbe per consentire siffatta pratica, stante la inevitabile creazione di embrioni eccedenti per la finalità procreativa.