

SOGGETTIVITÀ E CONCEPITO

Annarita Caramico

Sintesi della tesi di laurea in Diritto Civile discussa presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche (Scuola di Giurisprudenza) dell'Università degli Studi di Salerno, il giorno 30/04/2014, Relatore Prof. L. Lonardo, Correlatrice Prof.ssa P. Pisacane. Testo pubblicato su proposta del Relatore e del Correlatore.

Presentazione del lavoro

La candidata, Annarita Caramico, affronta un argomento assai complesso, non fosse altro perché la capacità del concepito, alla quale si intitola la sua tesi di laurea, implica innanzitutto il suo isolamento metodologico da tematiche concorrenti quali l'etica o la religione. Tale possibilità si rende tuttavia assai ardua per l'assenza di definiti precetti normativi, l'unico accenno essendo offerto da una corretta, ma certamente non semplice da conseguire, interpretazione dell'art. 1 cod. civ., ai sensi del quale la capacità giuridica si acquista dal momento della nascita e i diritti che la legge riconosce al concepito sono subordinati al verificarsi di tale evento. Dottrina e giurisprudenza tradizionali ne hanno conseguentemente evinto la convinzione incrollabile che il concepito, non essendo capace, non può essere considerato soggetto di diritto. La sovrapposizione tra capacità, soggettività e personalità è solo uno dei risultati di questo procedere. L'esame della legislazione precedente all'avvento della Costituzione richiede in ogni caso che si provveda a reciderne l'impostazione patrimonialistica (ciò che peraltro risulta anche da un esame scevro di pregiudizi degli artt. 462 e 784 cod. civ.), per avviarla ad una soluzione che ne risolva la legittimità nella sua riconduzione alla Costituzione. Ciò comunque implica non soltanto l'adesione ad una diversa gerarchia delle fonti e dei valori rispetto a quella desumibile dall'impostazione originaria, ma anche un mutamento dei presupposti metodologici che da tale indicazione sortiscono. La successiva analisi di leggi complementari al codice civile, come la legge sull'aborto, che per prima discorre di diritto alla vita del concepito (nonostante la primazia assegnata alla vita della madre), o la legge sulla procreazione medicalmente assistita (che si evidenzia assai mutata rispetto alla sua emanazione, a causa degli interventi correttivi della Corte costituzionale), nel difficile coordinamento delle rispettive disposizioni, ma anche nell'analisi di preziosi spunti in senso positivo, confermano l'esattezza della riconduzione del tema alle finalità della Costituzione. La prospettiva personalistica di questa e l'assunzione del binomio persona-dignità a valori fondanti l'esperienza giuridica attuale, la loro sicura rilevanza sul tema in questione inducono a prospettare l'esistenza di una capacità del nascituro, e non già "parziale", come sostiene parte della dottrina attuale, bensì, innovativamente, "provvisoria", in attesa- vale a dire- di quella "piena", appartenente a ciascun individuo: che è "persona" e non già "soggetto", mutamento di una qualità che non va declinata in senso strutturale. Il merito della candidata, oltre che nell'assimilazione dello spirito che muove le più moderne dottrine, è dovuto anzitutto alla sua indipendenza di pensiero, al maturo inquadramento sistematico, alla convinzione assoluta di dover ricondurre il discorso ad un'impostazione in chiave costituzionale e di seguire metodologicamente il solco da essa tracciato.

Loris Lonardo (Relatore)

La tesi della candidata Annarita Caramico, si segnala soprattutto per due ordini di motivi relativi, il primo, ad un preliminare e costante studio, maturo ed approfondito, della delicata e complessa tematica affrontata, ed il secondo, al rigore metodologico seguito nell'elaborazione del lavoro che ne è conseguito, sempre frutto di attenta e continua riflessione, nonché di grande sensibilità scientifica ed umana.

La tesi risulta pertanto non soltanto strutturalmente molto ben impostata, ma contenutisticamente molto apprezzabile per la capacità della candidata di seguire un impianto rigorosamente giuridico e costituzionale, scevro da condizionamenti sociali, etici e religiosi, pur tuttavia non mancando spunti di riflessione ed argomentazione personali.

Molto accorta e dettagliata l'analisi dei tesi normativi di riferimento, posti in costante relazione e/o confronto tra loro e soprattutto con l'impianto costituzionale. Si apprezza infine l'ampiezza dell'apparato bibliografico, dal quale traspaiono ancora una volta non soltanto la serietà dell'impegno della candidata, ma anche le sue capacità di ricerca, comprensione ed analisi dei numerosi contributi presenti nel panorama dottrinale.

Paola Pisacane (correlatore)

Vi sono concetti che implicano in sé e per sé una infinità di problematiche attinenti alle materie più diverse, filosofiche, politiche, ontologiche e anche pratiche. Al giurista assorto tra sudate carte nella sua *turris eburnea* può risultare spinoso affrontare nozioni dotate di un così alto grado di complessità e potrebbe sembrare un'ovvia soluzione rifugiarsi nell'astrazione con l'altissimo rischio però che "il diritto si costruisca un mondo proprio"¹. Nel nostro caso, per definire il "concepito" non ci si può attenere ad una logica strettamente biologica né perdersi in scelte politiche o indulgere alla metafisica. D'altro canto questa annosa ed atavica questione, l'inizio della vita umana, non può lasciare indifferente lo studioso del diritto ma ancor di più quello italiano il quale si è trovato ad un bivio di difficile soluzione: contemperare la laconica definizione contenuta all'art. 1 del nostro codice civile ("la capacità giuridica si acquista al momento della nascita") con i mutamenti, entrati di viva forza nelle nostre discussioni quotidiane, quali l'evoluzione delle biotecnologie pregena di nuove questioni, etiche e morali, che il legislatore del '40 mai si sarebbe prospettato. L'inizio della vita umana, la natura dell'embrione, la fecondazione *in vitro*, la liceità della ricerca e degli esperimenti sugli embrioni sono tutte questioni "nuove" che hanno sortito l'effetto di risvegliare gli studiosi di diritto da un profondo "sonno dogmatico"² portandoli ad interrogarsi su quale possa essere, dunque, oggi, la funzione del diritto³. Il giurista, a tratti visto come legislatore supremo (Giove), a tratti come sopportatore di enormi fatiche per dare effettività alla norma (Ercole), oppure interprete riflessivo (Mercurio)⁴, è tenuto a trovare nuove soluzioni per le problematiche che l'evolvere dei costumi, delle biotecnologie e della *societas* gli presentano quotidianamente ponendogli domande dalla difficile risposta. "Par exemple", se è conclamato che la nostra Costituzione fa assurgere a valore fondamentale e fondante dell'intero ordinamento l'uomo, vi può essere dubbio, dunque, che la persona umana sia soggetto di diritto? E se i diritti fondamentali quali, appunto, il diritto all'identità, alla salute, alla dignità, alla vita, si colgono nell'essere umano studiato antropologicamente, sono presenti nella sua struttura ontologica, iscritti nel suo DNA ed hanno, quindi, un fondamento, taluni azzardano, naturale⁵? Sebbene sia lapalissiano che "nulla di ciò che è umano può essere considerato estraneo al diritto"⁶, si affaccia, nondimeno, onnipresente, il problema di definire cosa sia "umano". Quando inizia la vita? In quale momento si forma l'uomo?

¹ M. Bretone, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Roma-Bari, 2004, 197.

² I. Kant, *Prolegomeni a ogni futura metafisica che si presenterà come scienza*, Berlin, 1783.

³ Lasciare implicitamente alla natura, quale rielaborata dalla scienza, il compito di evolversi liberamente a causa di un atteggiamento di paura, rinuncia o rifiuto da parte del cultore dello *ius* non appare praticabile.

⁴ F. Ost, in *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, 1991.

⁵ G. Tarantino, *Continuità della vita e responsabilità per procreazione*, Milano, 2011, 16.

⁶ F. Rigaux, *La loi de juges*, Odile Jacob, Paris, 1987, p. 7.

Quando la vita finisce? Queste e molte altre sono le domande che fanno da sfondo agli interventi giuridici nel campo della tutela del nascituro, dell'aborto e della fecondazione assistita.

Ascrivere il concepito tra gli appartenenti al genere umano non sembra contestabile in modo ragionevole e non è circostanza che il diritto possa ignorare⁷. Il concepimento è la fase iniziale, dalla quale si dipana il processo gestazionale in cui si sviluppa la vita dell'uomo. Ergo, il concepito è un bambino in potenza, ma un essere umano in atto, contenendo in sé il principio della vita. Da un punto di vista strettamente giuridico, tenendo in considerazione l'assenza di un *tertium genus* tra la categoria degli oggetti e quella dei soggetti di diritto, il nascituro non può certo assumere rilevanza quale *res* suscettibile di disposizione da parte di chicchesia, in nome della "creazione", oppure come frutto del concepimento, ancora incorporato alla madre, *portio viscerum*. Inappagante ed inconscia della traccia di umanità insita nel concepito è la definizione di fattispecie in formazione che non può, né deve, estendersi al nascituro⁸. Ciò che si sta formando non è un oggetto o un fatto o una persona giuridica ma è persona umana degna del massimo livello possibile di protezione⁹. Sebbene sia corretto e logico osservare che non dovrebbe essere necessario qualificare la realtà del concepito come persona, per riservargli la tutela normativa di cui è comunque meritevole sul piano giuridico quale portatore di interessi rilevanti, si deve notare che questa sussunzione non consiste in un immiserimento della natura sacrale della vita in una formula esclusivamente tecnica bensì mira a raggiungere una sua consacrazione effettiva. D'altronde, risalente dottrina ritiene che non si può essere soggetto di diritti e obblighi se non si è rivestiti della qualità di "persona"¹⁰. E' da rilevare, infatti, che, con riguardo alla personalità del concepito ed alle relative esigenze di tutela, le soluzioni di compromesso si sono dimostrate spesso inadeguate. Si rischierebbe, inoltre, di affermare la possibilità per un essere umano di concepire un essere non umano, o non umano fino ad un determinato momento¹¹.

Ma, se l'uomo c'è, quando c'è?¹² All'interno del Warnock Report del 1985 si assume, quale punto di riferimento iniziale nello sviluppo dell'individuo, la formazione della cosiddetta stria primitiva, primo abbozzo del sistema nervoso, che avverrebbe intorno al quattordicesimo giorno dopo la "fertilization". E, sebbene si suggerisca di riservare al pre-embrione una qualche tutela minima, "par exemple", evitarne l'uso frivolo o, comunque, non necessario ai fini della ricerca, si ritiene che, solo successivamente al quindicesimo giorno, si possa parlare di embrione umano adottando così un *discrimen* in termini di giorni e rendendo la questione sulle origini della vita "a simple matter of counting" sul quale "can be no dispute"¹³. Anziché concentrarsi su labili criteri scientifici

⁷ Sebbene C. M. Mazzoni, *I diritti dell'embrione e del feto nel diritto privato. Rapporto sull'Italia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, 124, lo definisce, con espressione poco felice, "materia vivente, vita umana ma non uomo".

⁸ G. Oppo, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, 512.

⁹ Già A. Falzea, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, 4 ss., del resto, benché proponesse una definizione del soggetto come fattispecie anche con riguardo alla persona umana, contrapponendo fattispecie soggettive e oggettive, si ribellava all'idea di bandire dal diritto l'uomo e giungere ad una purificazione del concetto di persona.

¹⁰ A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milano, 1982, 11.

¹¹ E. Giacobbe, *Il concepito come persona in senso giuridico*, Torino, 2003, 87.

¹² G. Oppo, *L'inizio della vita umana*, cit., p. 522.

¹³ M. Warnock, *A question of life. The Warnock Report on Human Fertilisation and Embriology*, Oxford, 1985, benché l'autrice aggiunga anche che "una volta che [il processo] è iniziato, non c'è frazione particolare del processo di sviluppo che sia più importante dell'altra: tutte sono parti di un processo continuo", cit. cap. XI. A nostro parere giustamente

(attraverso i quali si cerca di dare risposte che, forse, non potranno mai essere rintracciate con assoluta certezza) si preferisce, in un'ottica di insieme, focalizzare l'attenzione sul concepito, senza perdersi in difficili distinguo come gameti, zigote, embrione, feto. Quale uomo in formazione, il nascituro ha in sé il carattere del divenire in un processo che, dal suo stadio iniziale, lo condurrà fino alla nascita e che quindi è, nel suo svolgimento, degno di tutela. Fondamentale, d'altronde, è ricordare che *natura non facit saltus*: se lo Stato tutela la vita dell'uomo "post-natale" può e deve tutelarne anche la vita c.d. "prenatale"¹⁴.

Il fatto che non vi sia traccia, all'interno della nostra Costituzione, di alcuna norma esplicitamente riferita al "concepito", secondo alcuni rappresenterebbe una sorta di indifferenza del Costituente che guarderebbe al feto non come ad un possibile titolare di diritti costituzionali, ossia come ad un soggetto, bensì, semmai, come ad un ipotetico oggetto di tutela¹⁵. Tuttavia, già nel '77 si affermava con veemenza che "l'essere umano va considerato uomo (la Costituzione, infatti, per definire i soggetti costituzionali non si riferisce alla classificazione civilistica « persone fisiche », « persone giuridiche», ma agli «uomini» e alle «formazioni sociali») non solo a far tempo dal momento immediatamente successivo alla sua nascita, ma a far tempo dal momento della avvenuta sua generazione"¹⁶. Al concepito va, dunque, riconosciuta la qualità di persona umana che è unica (poiché ha un suo patrimonio genetico), unitaria (in quanto quel determinato patrimonio genetico è tale da quando si forma a quando si estingue), e permane nel corso dei vari stadi dell'esistenza¹⁷. Forse, in chiave codicistica, si può negare al concepito la capacità giuridica (seppur riconosciuta ad associazioni e fondazioni), ma, alla luce dell'antropocentrismo costituzionale, non può negarglisi la qualità di "uomo", benché di "uomo in formazione"¹⁸. Se da un lato è palese l'opportunità di non disquisire di diritti soggettivi implicanti, oltre alla venuta ad esistenza del soggetto, anche una più completa maturità fisiopsichica, alla luce del precipuo interesse del nascituro a non subire lesioni durante il proprio sviluppo biologico sembrano a lui riconoscibili il c.d. diritto alla vita, nella misura in cui lo si ritenga implicitamente costituzionalizzato, nonché il diritto alla salute, espressamente previsto all'art. 32 Cost.

Determinati valori non dovrebbero necessitare di una qualsivoglia formalizzazione poiché presupposti fondanti l'ordinamento, *ergo*, deducibili da esso. Se ne ha un illuminante esempio proprio nel diritto alla vita che, sebbene non esplicitamente costituzionalizzato (al contrario di quanto è avvenuto in altri ordinamenti, quello tedesco zum Beispiel), impronta di sé ogni previsione della nostra Carta fondamentale, soprattutto quelle nelle quali non ci si riferisce al cittadino bensì appunto all' "uomo" del quale la Repubblica riconosce i diritti fondamentali o all'"individuo" di cui

Davies, *Nature* 208, 32, 1986, afferma che "Coloro che stanno introducendo il termine pre-embrione nel vocabolario fanno molto bene che questo tipo di ricerca è di fatto un contenzioso [...]. Essi manipolano le parole per polarizzare una discussione etica". Un differente approccio che si autoproclama rigorosamente scientifico fa risalire alla "gastrulazione", avvenuta tra il quattordicesimo e il sedicesimo giorno, il momento oltre il quale sicuramente "a human being begins to exist", ma non consente di stabilire se "a human being exists already at some prior stage", B. Smith e B. Brogaard, *Embryontology*, 2003.

¹⁴ G. Villanacci, *Il concepito nell'ordinamento giuridico. Soggettività e statuto*, Napoli, 2006, 87

¹⁵ C. M. Mazzoni, *I diritti*, cit., 123.

¹⁶ C. E. Traverso, *La tutela costituzionale della persona umana prima della nascita*, Milano, 1977, 6.

¹⁷ G. Villanacci, *Il concepito*, cit., 113.

¹⁸ G. Oppo, *L'inizio*, cit., 512.

“si tutela la salute”¹⁹. Per quanto concerne specificamente il concepito, il suo diritto all’intangibilità della vita non consiste in una generica aspirazione al conseguimento della vita extrauterina bensì ad una tutela dell’esistenza che egli attualmente “vive” all’interno del grembo materno. Lo stato di benessere del feto durante la vita endouterina è, senza soluzione di continuità, riferibile alla nascita del bambino. Il concepito viene, dunque, tutelato nella salute quale essere umano in modo indipendente e non in subordinazione rispetto alla tutela spettante alla madre benché si debba, sempre, tenere in considerazione il complesso rapporto di “commensalità” (che viene ad instaurarsi tra i due) il quale richiede un delicato bilanciamento di interessi (si veda la legge sull’interruzione volontaria di gravidanza)²⁰. D’altronde la successione, quasi cronologica, sicuramente logica, delle espressioni contenute all’art. 31 della nostra Costituzione lascia trasparire, in modo chiaro, che il riferimento alla maternità altro non rappresenta se non la prima tappa dell’esistenza dell’essere umano, fulcro portante della costruzione costituzionale, che proseguirà nell’infanzia, si svilupperà nella giovinezza per poi approdare alla maturità senza ipotizzare, né all’interno delle stesse fasi, né nel passaggio tra una fase e l’altra, soluzioni di continuità nella protezione. “Il concepito è già in atto portatore di un interesse alla salute meritevole di tutela giuridica”²¹. Del resto, se “lo Stato”, come sostiene la legge sulla interruzione di gravidanza all’art. 1, tutela la vita umana “fin dal suo inizio”, come possono non essere gravati da un dovere di tutela della stessa i genitori in qualità di artefici e responsabili della procreazione²²? En conclusion, sembra corretto affermare che, accanto ai molteplici diritti costituzionali garantiti al concepito in quanto persona, si possono aggiungere quelli derivantigli dallo specifico rapporto scaturente dall’atto generativo, *ergo*, quelli assicurati in quanto “figlio” ed, *in primis*, il “diritto soggettivo pubblico a che lo Stato gli garantisca la salvaguardia dei diritti e l’assolvimento dei doveri soggettivi pubblici imposti a ciascuno dei genitori dall’art. 30”²³.

Pour conclure, la tutela della vita nascente è collocata tra le esigenze primarie dell’ordinamento ed alla luce della disamina dei dati costituzionali risulta metodologicamente più corretto che o il concepito, in quanto tale, è titolare sempre (*ergo*, dal momento fecondativo) dei diritti costituzionalmente garantiti, o non lo è mai²⁴.

E’ possibile rintracciare una similitudine tra la Costituzione e le fonti sovranazionali atteso che, anche in queste ultime, a livello contenutistico, non ci si riferisce esplicitamente al concepito. Tuttavia, l’ampio respiro delle previsioni ne permette un’estensione atta a garantirne una diffusa tutela²⁵. Par exemple, nella Convenzione per la protezione dei diritti dell’uomo e della dignità

¹⁹ F. D. Busnelli, *La tutela giuridica dell’inizio della vita umana*, in AA. VV., *La tutela giuridica della vita prenatale*, Torino, 2005, 37.

²⁰ N. Coviello, *La tutela della salute dell’individuo concepito*, in *Dir. fam. pers.*, 1978, 252.

²¹ C.M. Bianca, *Il problema dell’aborto: interessi tutelati e scelte sociali*, cit., 230.

²² Nota, sagacemente, G. Oppo, *L’inizio*, cit., 504-

²³ C. E. Traverso, *La tutela*, cit., 146.

²⁴ M. Dogliotti, *Diritto a non nascere e responsabilità civile*, in *Dir. fam. pers.*, 1995, 1480: “Tale ultima opzione non è, tuttavia, stata accolta neanche dal legislatore, poiché qualora si volesse escludere nel concepito la persona, si dovrebbe poter abortire fino a pochi istanti prima del parto, il che non è”.

²⁵ Proprio in quest’ottica, senza possibilità di dubbio, il nascituro viene ad essere ricompreso nella grande famiglia umana di cui, all’art. 1 della Dichiarazione Universale dei diritti dell’uomo, adottata dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite, il 10 dicembre del 1948, si garantiscono la dignità ed una serie di diritti inalienabili, nell’auspicio di una

dell'essere umano riguardo all'applicazione della biologia e della medicina, più sinteticamente detta Convenzione sui diritti dell'uomo e biomedicina del 4 aprile del 1997 firmata ad Oviedo²⁶, l'art. 2 stabilisce che “gli interessi e il bene dell'essere umano devono avere priorità rispetto al semplice interesse della società o della scienza”. Proprio per questo, al secondo comma dell'art. 18, categoricamente “è vietata la creazione di embrioni umani a fini di ricerca” mentre si prevede, comunque, che, laddove la legge consenta la ricerca sugli embrioni *in vitro*, si debba assicurare all'embrione una protezione quanto più possibile adeguata²⁷. Di fondamentale importanza, inoltre, è da ritenersi la Dichiarazione universale sul genoma umano, adottata dall'UNESCO l'11 novembre del 1997 ed approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1998, diretta ad elaborare una definizione giuridica del genoma umano²⁸. Nonché l'art. 62 della Costituzione per l'Europa, firmato a Roma il 29 ottobre 2004, in cui si stabilisce che “ogni persona ha diritto alla vita”²⁹. Dalla disanima delle fonti internazionali è sicuramente lecito affermare che la migliore garanzia contro il

concreta possibilità di pace, giustizia ed eguaglianza nel mondo. Laddove i diritti dell'uomo costituivano un'utopia da perseguire e realizzare per la Dichiarazione del '48, solamente due anni dopo l'art. 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo viene rubricato “Obbligo di rispettare i diritti dell'uomo”. Mentre la Dichiarazione, però, si riferisce espressamente ad ogni individuo, differenti giochi di traduzione hanno portato nel testo inglese della C.E.D.U. a mantenere l'uso del termine ampio *everyone*, mentre in francese compare la definizione *à toute personne*, cui fa da pendant la locuzione “ad ogni persona” prevista nella traduzione italiana, in rapporto agli artt. 1 e 2. E' la stessa Commissione europea, con interpretazione fortemente criticata, ad affermare, negli anni '80, che non può ricavarsi dall'art. 2 l'esistenza di un diritto assoluto del feto alla vita, soprattutto se in contrapposizione a quello della madre. nel 1959, della Dichiarazione dei diritti del fanciullo da parte dell'ONU. Quest'ultima, mentre al terzo considerando stabilisce che “il fanciullo ha diritto, sin dalla nascita, a un nome e una nazionalità”, al quarto si premura di affermare che “devono essere assicurate, a lui e alla madre le cure mediche e le protezioni sociali adeguate, specialmente nel periodo precedente e seguente alla nascita” nel 1989, la problematica in oggetto è stata affrontata, in modo specifico, dal Consiglio d'Europa nella Raccomandazione n. 1100 nella quale, al punto 7, si proclama che “l'embrione umano, pur sviluppandosi in fasi successive indicate con definizioni differenti (zigote, morula, blastula, embrione pre-impianto, embrione, feto) manifesta, comunque, una differenziazione progressiva del suo organismo, e, tuttavia, mantiene continuamente la propria identità biologica e genetica”.

²⁶ Alla Convenzione di Oviedo sono stati aggiunti tre protocolli: il primo, adottato a Parigi il 12 gennaio 1998, vieta la clonazione umana; il secondo, adottato a Strasburgo il 4 dicembre 2001 ha per oggetto l'adozione di regole per il trapianto di organi e tessuti tra umani; l'ultimo, sottoscritto sempre a Strasburgo il 25 gennaio 2005, tratta il caso della ricerca biomedica. Ed è in quest'ultimo contenuta una particolare attenzione alla “ricerca durante la gravidanza”, consentita a condizione che porti un beneficio diretto per la salute della gestante “*or to that of embryo*” o purché non comporti che “*only minimal risk*”.

²⁷ Un ulteriore divieto, posto fermamente, è quello della clonazione umana in quanto “la strumentalizzazione di esseri umani mediante la deliberata creazione di esseri umani geneticamente identici” è ritenuta “contraria alla dignità umana”.

²⁸ “Il genoma umano è l'insieme dei geni (codificanti o non) presenti nel materiale ereditario di un individuo [...]. Il genoma è complesso, poiché è allo stesso tempo una struttura genetica comune per tutti gli esseri umani (46 cromosomi), un linguaggio genetico comune ed una espressione genetica puramente individuale” afferma PH. Laurent, *L'UNESCO e la Dichiarazione internazionale sul genoma umano*, in *La civiltà cattolica*, 1996, I, 49.

²⁹ In proposito è doveroso ricordare che, in seguito al Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre del 2007, ma entrato in vigore unicamente il 1° dicembre 2009, la Carta di Nizza, con opportune modifiche, risulta, ormai, dotata, in virtù dell'art. 6.1 del Trattato UE, dello stesso “valore giuridico dei trattati” mentre la Costituzione per l'Europa, firmata a Roma nel 2004, è stata, per buona parte, nelle sue innovazioni principali, recepita all'interno del TUE e del TFUE.

rischio di una strumentalizzazione della vita prenatale viene dal riconoscimento del nascituro quale essere umano nonché dall'estendergli il super-principio della dignità³⁰.

La ricostruzione dei confini giuridici della persona umana alla luce sia della normativa costituzionale sia di dichiarazioni, convenzioni e trattati internazionali rimanda un'immagine più completa e vicina al reale dell'individuo rispetto a quella idealizzata e stereotipata, quasi fredda, contenuta all'interno del nostro codice civile. Concentrandosi, infatti, esclusivamente sulla lettera dell'art. 1 c. c., considerato in sé e per sé, avulso dal contesto ordinamentale in cui prende anima e si relaziona con altre norme anche di rango superiore, può sembrare inutile interrogarsi su un argomento che il legislatore del '42 sembrerebbe, con tanta chiarezza, aver risolto: la posizione giuridica del concepito. L'intera questione, riguardante la possibilità per il nascituro di essere dotato o meno di capacità giuridica, parrebbe, essenzialmente, chiarita dal secondo comma del summenzionato articolo laddove si stabilisce che: "la capacità giuridica si acquista dal momento della nascita. I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita". Si desumono, dunque, in un sillogismo quasi aristotelico, "due regole indiscutibili: che i diritti del nascituro, per essere considerati tali, devono essere previsti dalla legge; che, in ogni caso, essi sono subordinati alla nascita"³¹. Il codice, ancora nel '42, era, infatti, un manifesto dell'*homo economicus* e per l'*homo economicus*, in cui tutti gli istituti erano finalizzati alla mera distribuzione e circolazione della ricchezza. Ci si preoccupava, insomma, dell'uomo proprietario ed imprenditore in vista della sua funzione produttiva, della sua capacità d'avere, non della persona umana e della tutela del suo essere. Non più attuali risultano, infatti, l'astrattezza ed una sorta di artificiosa immobilità proprie della costruzione del soggetto giuridico come fattispecie composta da un substrato materiale e da un elemento formale (il riconoscimento da parte dell'ordinamento) in virtù del quale l'uomo diverrebbe soggetto di diritto assurgendo così ad una ormai inconcepibile unità fittizia ed indifferenziata. Non in linea con il frenetico dinamismo della vita umana né con la centralità nell'ordinamento giuridico del soggetto è, inoltre, la identificazione dello stesso come concetto in grado di esprimere in modo figurato l'unità del complesso di doveri e di diritti a lui spettanti³².

È ancora un problema irrisolto, quindi, il ruolo del concepito all'interno del nostro ordinamento giuridico alla luce del disposto dell'art. 1 c.c.? Allorquando al nascituro vengono attribuiti determinati diritti o, meglio, la possibilità di acquistare la titolarità di determinate situazioni giuridiche soggettive, sorge spontaneo il problema della configurabilità o meno di una sua capacità giuridica sin dal momento del concepimento. Sebbene, a primo acchito, il legislatore accenni al concepito proprio per escludere la possibilità che venga ritenuto capace giuridicamente, in realtà, prendendo in considerazione la sua complessa situazione ed attribuendogli, già nel grembo materno, una serie di diritti, ha aperto il campo a dubbi e teorie susseguitesesi senza sosta e ancora lontane da

³⁰ F. D. Busnelli, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 549.

³¹ Testualmente Cass. pen., 13 novembre 2000, in *Corriere Giuridico*, 2001, 340.

³² Per questi rilievi critici C. Perlingieri, *Delle persone fisiche. Art. 1 (capacità giuridica)*, in *Cod. civ. annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di G. Perlingieri, Napoli, 2010, 254.

un saldo approdo³³. Sembra palese, tuttavia, che l'uomo *in fieri* necessiti di protezione ben più dell'uomo già venuto ad esistenza.

All'interno del nostro codice civile il principio "*conceptus pro nato habetur*" ha una sfera di applicazione che non va di là dal campo dei rapporti patrimoniali e ogni situazione è condizionata all'avvenuto concepimento³⁴. Anche con riguardo alla tematica del nascituro si può e si deve rilevare che, se si guarda unicamente al codice, è presente una tutela prettamente patrimoniale, funzionalizzata alla sicurezza dei traffici giuridici ed economici piuttosto che ad una reale e consapevole protezione della vita prenatale tesa a valorizzare il concepito in sé e per sé, quale *spes vitae*, germe di umanità. Si nega, dunque, agli *homines nondum nati* la capacità ma gli si riconosce, da un punto di vista mirante unicamente alla protezione e circolazione della ricchezza, rilevanza giuridica³⁵.

Non a caso all'interno del secondo libro del nostro codice civile sono "riconosciuti", a favore del concepito, una serie di diritti e, "sans aucun doute", si può ritenere che un'interpretazione teleologica ed assiologica dell'art. 1 c.c., finalizzata a ridefinirne il contenuto normativo, necessiti della meditata considerazione di siffatte disposizioni³⁶. E' palese che queste norme non sono pensate per una tutela effettiva degli interessi patrimoniali del nascituro, bensì per soddisfare un interesse, sicuramente preminente, anche di natura esistenziale, del testatore, ispiratore, in realtà, di

³³ Parte della dottrina ritiene si possa configurare un'anticipazione della capacità giuridica definibile "prenatale", allorché al nascituro, o addirittura al non concepito, viene riconosciuta la possibilità di essere titolare di situazioni giuridiche soggettive e, dunque, si autopone la necessità di tutelarne gli interessi in attesa della nascita. Altri hanno teorizzato una "capacità giuridica provvisoria" la quale diverrebbe definitiva unicamente con la nascita, risolvendosi poi, retroattivamente, nell'ipotesi in cui l'evento nascita non si verifichi. Si torna, invece, sotto molti aspetti, alla nozione di uomo quale fattispecie, nel momento in cui si afferma che "l'uomo, per il diritto, è una fattispecie a formazione progressiva e non già complessa, nel senso che non è sufficiente il concepimento, ma è necessaria anche la nascita e solo al momento della nascita può dirsi che la fattispecie sia perfetta". La nascita, per il diritto, verrebbe allora ad assumere "la funzione di elemento perfezionativo della fattispecie umana il cui mancato avveramento determina la risoluzione dell'acquisto dei diritti". Da qui la deduzione che, nell'ordinamento italiano, il concepito non avrebbe capacità giacché i diritti di carattere patrimoniale, a lui riconosciuti, sono subordinati all'evento della nascita: "prima e indipendentemente da essa non esiste il soggetto destinatario dei diritti" bensì una "fattispecie a formazione progressiva". Più diffuso è il ritenere la nascita *conditio sine qua non* necessaria ai fini dell'acquisto dei diritti attribuiti al concepito. Buona parte della dottrina, infatti, ha suffragato il ricorso effettuato dalla giurisprudenza all'istituto della condizione sospensiva per qualificare l'evento natale. Sempre in quest'ottica, ma in modo leggermente diverso, la nascita viene ad essere considerata da altri una *conditio iuris* irretroattiva ritenuta "meritevole di attenta considerazione" da autorevole dottrina la quale inquadra, nel rinvio al meccanismo della condizione, un modo di spiegare l'acquisto dei diritti patrimoniali, successori o risarcitori, in capo al nascituro. In tal caso, la mancata nascita costituirebbe una condizione risolutiva dell'acquisto dei diritti attribuiti al soggetto mai nato. L'esistenza si andrebbe a configurare, dunque, come un "*accidentale negotii*, ossia un evento estraneo alla sua costituzione, che può ben essere dedotto in condizione".

³⁴ P. Rescigno, *Danno da procreazione*, Milano, 2006, 61.

³⁵ G. Villanacci, *Il concepito*, cit., 102.

³⁶ Sebbene a favore sia del concepito che del nascituro non concepito possa essere "fatta" la donazione, solo il primo è detto "capace di succedere"; del non concepito si dice che "può ricevere" ed esclusivamente ex testamento. Questa distinzione si appalesa ancor di più in ambito testamentario per ciò che concerne l'amministrazione che, come in precedenza ricordato, nell'ipotesi del non concepito è conferita all'erede, mentre, nel caso del concepito, è attribuita al suo legale rappresentante ed unicamente a favore di quest'ultimo la divisione è sospesa fino alla di lui nascita (art. 715 c.c.).

questa complessa rete normativa. Ancora una volta, il codice va a tutelare ed a rivestire il concepito di una capacità giuridica speciale, ovvero limitata ad una determinata serie di rapporti che sono prettamente economici e patrimoniali, senza la minima considerazione di quelli che potrebbero essere i suoi interessi esistenziali. Capacità “condizionata” alla nascita, fattispecie a formazione progressiva, capacità giuridica limitata unicamente ai rapporti a contenuto patrimoniale, sembrano tanti escamotage atti unicamente a rinviare un problema che ha, invece, un’urgente necessità di essere risolto.

Per delineare in modo completo lo *status* del concepito all’interno del complesso ordinamentale, nel terzo capitolo si è tentato un confronto tra due normative importantissime: la l. n. 194 del 1978 e la l. n. 40 del 2004. La prima, benché abbia aperto alla legalizzazione all’interno del nostro paese della pratica abortiva, tutelando in maniera forte la donna, la sua capacità di autodeterminazione ma prima di tutto la sua salute, ha spianato la strada anche alla valorizzazione del concepito come persona e come principio di vita a partire dall’art. 1 ove si stabilisce l’obiettivo di tutelare “la vita umana sin dal suo inizio”. Per procedere ad un’analisi più dettagliata dello *status* giuridico del concepito e della sua tutela all’interno dell’ordinamento italiano è opportuno riportare il contenuto dell’art. 1 della summenzionata legge: “Lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio”. Dunque, fin dal primo comma della legge sulla IVG, è chiaro come essa non sia volta a classificare l’aborto come “esercizio di libertà civile e come espressione di un valore positivo della persona”³⁷. Emblema della *voluntas legis* a favore di una prevenzione positiva e non repressiva della pratica abortiva è l’art. 1: non si mira a configurare un “diritto all’aborto”, quale viene riconosciuto negli Stati Uniti d’America, bensì si delinea “la necessità di regolamentarlo proprio al fine di prevenirlo e di combatterlo”³⁸. Dunque, benché si voglia sottolineare l’importanza del diritto all’autodeterminazione, non è il caso di parlare di diritto di libertà essendo auspicabile “una libertà dall’aborto più che una libertà dell’aborto”³⁹. La donna, dunque, è libera di decidere della propria vita unicamente in presenza di circostanze in grado di avere nel tempo risvolti lesivi per la sua

³⁷ C. M. Bianca, *Commento all’art. 1 della legge 22 maggio 1978, n. 194*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1978, 1593

³⁸ Relazione di maggioranza (Tedesco, Tatò e Pittella) delle Commissioni Riunite (Giustizia-Igiene e Sanità) del Senato, comunicata alla Presidenza il 17 marzo 1977. Gli stessi relatori, nella successiva Relazione comunicata il 28 aprile del 1978, affermano che presupposto insito nel disegno di legge è “il superamento dell’aborto attraverso la socializzazione del problema e la prevenzione”. D’altronde, il valore sociale della maternità e l’importanza di consapevolezza e responsabilità quali basi dell’atto procreativo improntano anche la legge 29 luglio 1975, n. 405 istitutiva dei consultori familiari al cui art. 1 si delineano gli scopi del servizio di assistenza alla famiglia, con particolare riferimento alla necessità di un sostegno psicologico e sociale finalizzato alla preparazione alla maternità e paternità responsabile nonché alla divulgazione di indicazioni idonee, a seconda dei casi, a promuovere o a prevenire la gravidanza, nell’ottica di una procreazione cosciente. Compiti di informazione, intervento ed aiuto sono affidati ai consultori per ciò che concerne la donna, sia in stato gravidico sia nel periodo immediatamente successivo al parto, al fine di renderla edotta dei diritti che le competono e delle modalità per ottenerne il rispetto. Entrambe le summenzionate normative costituiscono applicazione effettiva e concreta dei principi costituzionali di tutela della vita, della salute e della famiglia basali per il nostro ordinamento.

³⁹ L. Rossi Carleo, *Commento all’art. 2 della legge 22 maggio 1978, n. 194*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1978, 1618.

salute psico-fisica⁴⁰. L'art. 4 è norma dal contenuto assai elastico, tecnicamente inquadrabile nel novero delle clausole generali, considerando la duttilità del dettato "condizioni economiche, sociali o familiari", atto a "riempirsi di concreto contenuto in relazione alle circostanze di luogo e di tempo in cui si inquadra l'atto e perciò mutevoli in ragione [...] del modo di sentire ed agire diffuso nella scienza comune"⁴¹. Tale inciso è stato da taluni considerato una "vera e propria porta aperta all'aborto"⁴², atteso che, senza contestare l'assunzione doverosa di una nozione ampia di salute, tale da abbracciare sia l'integrità fisica sia quella psichica, sarebbero troppo labili i margini posti in relazione alle "condizioni economiche o sociali o familiari". La genericità dell'art. 4 potrebbe, inoltre, indurre a ritenere anche una lieve alterazione psichica atta a rientrare nella nozione di "serio pericolo" legittimante la IVG. Il feto, come si è cercato di dimostrare, non difetta della dignità di essere umano, seppur in formazione: l'unico reale ostacolo ad una sua piena tutela è la sua irraggiungibilità, posto che il concepito è di là da una soglia, il corpo materno, che il diritto non può, né deve, varcare con misure anche latamente coercitive⁴³.

Continuando ad analizzare le norme comprese nella legge sulla IVG, è evidente che nel contemperamento fra gli interessi sia della madre che del concepito "non c'è un mutamento dei valori di base, che sono gli stessi fin dall'inizio, ma muta la loro reciproca dimensione" sicché "nel progressivo bilanciarsi delle posizioni non c'è mai una indiscriminata prevalenza dell'una sull'altra"⁴⁴. Non soltanto, dunque, l'interesse di tutta la collettività a tutelare il diritto alla salute del singolo, ancorché persona in formazione, in quanto destinatario "della tutela della vita umana fin dall'inizio" ma anche la salvaguardia del preminente diritto alla vita va crescendo sempre più, man mano che il concepito si va sviluppando (art. 7, terzo comma)⁴⁵.

Rispetto alla necessità di un "balancing" attento a tutti gli interessi in gioco, sebbene nella realtà fattuale la normativa non venga applicata in modo corretto e garantista, le scelte di principio effettuate dal legislatore sembrano essere profondamente rispettose dei diversi valori da tutelare. "Pour conclure", non ci si deve basare su una premessa che privilegi, in modo esclusivo, un valore a scapito dell'altro dovendo giammai essere dimentichi del fatto che "il "balancing" è un metodo, non un risultato"⁴⁶. Altrettanto attento il legislatore non lo è stato quando ha emanato la normativa sulla procreazione medicalmente assistita, pregna di connotati morali tesi a delineare uno *status* dell'embrione tale da tutelarlo maggiormente rispetto al feto stesso. La gestazione della legge 19 febbraio 2004, n. 40 è stata lunga e travagliata: la prima proposta presentata in Parlamento risale,

⁴⁰ M. C. Andrini, *Commento all'art. 4 della legge 22 maggio 1978, n. 194*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1978, 1648.

⁴¹ P. Rescigno, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1977, 314.

⁴² E. Giacobbe, *Il concepito*, cit., 73.

⁴³ Sebbene l'autodeterminazione e lo stesso schermo della fisicità possono essere vulnerabili da un punto di vista etico da un punto di vista giuridico sono inattaccabili ed hanno una forza ed un peso preponderanti secondo P. Zatti, *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, 155.

⁴⁴ L. Rossi Carleo, *Commento all'art. 2 della legge 22 maggio 1978, n. 194*, cit., 1635.

⁴⁵ M. C. Andrini, *Commento all'art. 2 della legge 22 maggio 1978, n. 194*, cit., 1629.

⁴⁶ P. Zatti, *La tutela*, cit., 151.

addirittura, al 1998⁴⁷. In realtà, la normativa italiana, prima del 2004, si posizionava, a livello europeo, a metà tra i sistemi più aperti alle innovazioni e meno preoccupati della tutela dell'embrione e quelli più restrittivi, invero sempre più rari, quali il modello irlandese. Non era necessario trasferirsi all'estero per poter ottenere "il figlio della provetta", e chi, per credo religioso o etico, non era d'accordo, non per questo si sentiva calato in una società incivile⁴⁸. Tuttavia, nel corso del tempo, orientamenti clericali assillanti, indirizzi politici trasversali, un'opinione pubblica timorosa degli eccessi della scienza, in sintesi, insomma, "la società civile, seppure in costante genuino disaccordo morale, ha sollecitato il legislatore a 'leggere' le istanze sociali e porsi come regolatore di compatibilità tra concezioni etiche differenti, talvolta incorrendo nella tentazione di delegittimarne talune preferendone altre"⁴⁹. Pensando che "è meglio una cattiva legge che nessuna legge", i dibattiti si sono susseguiti senza sosta, dimentichi forse di varie pronunce giurisprudenziali, di alcuni provvedimenti ministeriali e, soprattutto, del codice di deontologia medica.

Secondo taluni le questioni concernenti la possibilità di attribuzione della soggettività giuridica al nascituro sarebbero state risolte, in modo definitivo, *de iure condito*, dall'entrata in vigore della l. 19 febbraio 2004, n. 40 in cui, all'art. 1, ci si propone di tutelare "i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito"⁵⁰. Il testo normativo reca alcune importanti regole concernenti la tutela del nascituro che, in un certo senso, costituiscono una sorta di "statuto giuridico dell'embrione" il quale, sicuramente, rappresenta un *prius* necessario rispetto ad ogni altro intervento legislativo riguardante procreazione medicalmente assistita, cellule staminali, codici genetici e così via. "Ma già porsi la questione dello statuto «giuridico» dell'embrione implica una scelta di campo"⁵¹ atteso che, alla luce di questo primo dato legislativo, può facilmente supporre che, nella qualificazione del concepito, si sia passati da valore degno di protezione ad un vero e proprio soggetto dell'ordinamento⁵². L'art. 1 della l. n. 40 del 2004 va a sovrapporsi all'art. 1 c.c. ed irrompe nel sistema, veicolando l'idea di una dignità svincolata dall'evento nascita cui il codice civile, invece, subordina l'acquisto della capacità giuridica⁵³.

⁴⁷ "The law, [...], is the result of intensive legislative work with different proposals and extensive debate which started in 1998 when the first draft was presented to the Parliament." : *The Policy on Gender Equality, in Italy, In-depth Analysis for the FEMM Committee*, European Parliament, 14 marzo 2014, p. 32.

⁴⁸ G. Alpa e G. Resta, *Le Persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Le Persone e la famiglia*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Milano, 2006, 209.

⁴⁹ V. Ivone, *Brevi riflessioni sul dibattito intorno alla legge 194*, in *Diritto e vita*, a cura di F. Lucrezi e F. Mancuso, cit., p. 299.

⁵⁰ F. Longobucco, *Soggettività giuridica del concepito e situazioni esistenziali*, nota a Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in G. Perlingieri e G. Carapezza Figlia, *L' "interpretazione secondo Costituzione" nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, I, Napoli, 2012, 48; G. Lisella e F. Parente, *Persona fisica*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2012, 72.

⁵¹ G. Alpa e G. Resta, *Le Persone*, Perugia, 2011, 207.

⁵² A. Valongo, *Il concepito come soggetto dell'ordinamento. Tra procreazione naturale e procreazione assistita*, cit., 12

⁵³ G. Amato, *I diritti dell'embrione*, in *Liberal*, n. 24, marzo 1997, 3, affermava che "non tocca più a chi vuole cambiarlo (il testo dell'art. 1 c.c.) dimostrare le ragioni per cui intende cambiarlo. Tocca a chi lo vuole lasciare com'è, dimostrare le ragioni attuali per cui dovrebbe restare com'è". In realtà è proprio il personalismo di cui la Carta Costituzionale è pregna ad offrire, come immediato supporto normativo, l'art. 2 Cost. atto ad illuminare la concreta

La legge si dipana in una serie di divieti che relegano l'Italia tra i paesi europei più arretrati in materia e ciò ha comportato un forte incremento del "turismo procreativo" nonché un serio aumento degli interventi clandestini. "Sans aucune doute", in una materia delicata quale la tutela dell'embrione umano ci si sarebbe aspettati dal legislatore un atteggiamento particolarmente attento e volto ad evitare la commistione con qualsiasi concezione etica⁵⁴. D'altronde sembra corretto porsi una semplice domanda: "si può costruire lo statuto dell'embrione soltanto su regole che impongono divieti?"⁵⁵. Tuttavia, la puntuale ricostruzione di un'attività pretoria consapevole e attenta, nonché i recenti interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo e, da ultimo, della Corte Costituzionale, hanno portato ad una revisione degli aspetti maggiormente lesivi della salute della donna ed, indirettamente, dello stesso concepito. Grazie ad una coscienza giurisprudenziale attivissima, infatti, si è riusciti ad ampliare l'ambito applicativo della normativa, non intendendo l'infertilità in senso restrittivo, ovvero come "impossibilità" di procreare, bensì come "difficoltà" dovuta anche al pericolo di complicanze nella gestazione o al rischio di procreare un figlio gravemente malato⁵⁶. Prima dell'8 aprile 2014, giorno in cui la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 4, l. n. 40 del 2004⁵⁷, veniva negata la possibilità di ricorrere alla fecondazione eterologa proprio a quei soggetti che non sono in grado di procreare attraverso l'impiego del gamete del partner⁵⁸.

utilità dell'art. 1 della l. n. 40 del 2004 tacciato di esser frutto di un'enfasi retorica e dimentica del contesto ordinamentale.

⁵⁴ A. Musio, *Misure di tutela dell'embrione*, in *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, a cura di P. Stanzone e G. Sciancalepore, Milano, 2004 che continua: "il diritto non può e non deve tentare di imporre una particolare morale a discapito di altre concezioni etiche, ma al contrario dovrebbe conoscere e considerare il sentimento della maggioranza dei consociati al fine di prenderlo come modello di riferimento per la formulazione della norma. Uno Stato laico come il nostro è, del resto, tenuto a rispettare il pluralismo etico, anzi a garantire la convivenza di una molteplicità di posizioni morali anche contrapposte tra loro e, quindi, una pluralità di modelli e stili di vita. E' solo in tal modo, infatti, che la legge può svolgere quella funzione promozionale che le spetta e che le consente di guidare la crescita sociale verso l'esercizio sempre più consapevole e responsabile delle libertà. Di contro, l'attuale legge sembra aver preso una direzione assolutamente diversa rispetto a quella appena indicata, procedendo alla fissazione di una innumerevole serie di divieti, il più dei quali difficilmente spiegabili in punta di logica." (206)

⁵⁵ G. Alpa e G. Resta, *Le Persone*, cit., 208.

⁵⁶ A. Valongo, *Il concepito*, cit., 168.

⁵⁷ Con la decisione presa dalla Corte Costituzionale non cade solamente il divieto di fecondazione assistita eterologa ma anche, conseguentemente, i due incisi ("in violazione del divieto di cui all'art. 4, comma 3"), previsti nei commi 1 e 9 dell'art. 9, che resta immutato per tutte le altre parti, compreso il divieto di disconoscimento di paternità in caso di eterologa. Incostituzionale, "enfin", anche l'art. 12 comma 1 sulle sanzioni: "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 a 600.000 euro". Questa sentenza rende giustizia a tutte quelle coppie sterili forzate ad una sorta di emigrazione con finalità procreativa.

⁵⁸ A. Valongo, *Il concepito*, cit., 111. D'altronde anche la Corte Europea dei diritti dell'uomo in una sentenza del 1 aprile 2010, in *Fam. e minori, Guida dir.*, 2010, n. 5, 81 ss., con nota di M. Castellaneta, *Fecondazione eterologa: il divieto è incompatibile con la Convenzione europea*, ha condannato la Repubblica austriaca a risarcire i danni a due coppie affette da totale sterilità, alle quali era stato negato di poter accedere alla fecondazione in vitro ricorrendo alla donazione di gameti da parte di estranei essendo suddetto divieto in grado di infrangere il diritto al rispetto della vita privata e familiare contenuto nell'art. 8 della CEDU, letto unitamente all'art. 14, che vieta ogni forma di discriminazione. "Family relations which do not follow the typical parent-child relationship based on a direct biological link, are nothing new and have already existed in the past, since the institution of adoption, which creates a

Altro punto focale e spinosissimo della normativa era costituito dal dettato degli artt. 6 e 14. Mentre logica e diritto impongono che la donna sia libera di revocare il proprio consenso anche dopo la fecondazione *in vitro* dell'ovulo, la differente scelta legislativa avrebbe acquistato, secondo alcuni, una certa coerenza e valore sistematico nella "considerazione dell'esigenza dell'embrione già formato. Sotto tale profilo, il limite al potere di revoca del consenso già prestato non è dato dall'impianto in utero dell'embrione ma dalla formazione dello stesso, perché a partire da questo momento vi è un'entità giuridicamente tutelata che non può essere più soppressa per il semplice «disvolere» di uno dei genitori”⁵⁹. Si riscontra, tuttavia, una palese discrepanza ed un'assenza totale di coordinamento tra la l. n. 40 del 2004 e la l. n. 194 del 1978: la prima imponendo di non produrre più di tre embrioni da trasferire contemporaneamente nell'utero della donna (art. 14), e non consentendo la revoca del consenso dopo la fecondazione dell'ovulo (art. 6), sembrerebbe escludere un ripensamento della gestante “che risulta, in questo modo, obbligata ad accoglierli, pur in presenza di gravi patologie, nel proprio utero”⁶⁰. Due parrebbero gli esiti possibili: l'esecuzione forzata di trasferire in grembo l'embrione (procedura giuridicamente inconcepibile alla luce degli artt. 2, 13 e 32 Cost.) oppure il risultato paradossale, “che sconta una patente ipocrisia”⁶¹, di considerare la donna quasi costretta ad accettare l'impianto di tutti e tre gli embrioni, per poi procedere ad una riduzione della gravidanza in virtù della l. n. 194 del 1978. In tal modo sembrerebbe che “il legislatore ancora una volta voglia evitare di sporcarsi le mani, scaricando la responsabilità delle scelte difficili sui compilatori della legge sull'aborto”⁶². Sicuramente, per risolvere tale tipo di conflitto, sembrerebbe più ragionevole attribuire alla donna, come avviene in caso di IVG, un ruolo preminente nella decisione concernente l'impianto dell'embrione. Se l'obiettivo della norma è quello di garantire l'inviolabilità del nascituro, nondimeno essa può venire facilmente vanificata dalle possibilità di un intervento abortivo poiché la summenzionata normativa del 1978, nel conflitto tra le esigenze di tutela della vita del concepito e gli opposti diritti alla salute ed all'esistenza della madre, fa pendere l'ago della bilancia dal lato di quest'ultima.

“Pour conclure”, si ritiene che la l. n. 40 del 2004 si propone non tanto di aiutare le coppie nel tentativo di rimuovere l'infertilità quanto di porre condizioni a tutela della vita dell'embrione⁶³ e ciò è, in modo trasparente, proclamato all'art. 1: “[...] assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito”. Se si può sicuramente salutare con entusiasmo il rilievo giuridico conferito al concepito, d'altro canto il sacrificio del pluralismo etico comporta un arretramento inaccettabile rispetto alle premesse costituzionali, basate su un'etica totalmente laica, in vista di un diritto secolarizzato, che avrebbero suggerito, invece, di “bilanciare ragionevolmente il diritto alla salute della donna con quello della tutela dell'embrione”⁶⁴. Nondimeno la Corte Costituzionale con sentenza n. 45 del 2005 ha dichiarato inammissibile la richiesta di sottoporre a referendum

family relationship between persons which is not based on descent but on contract, for the purpose of supplementing or replancing biological family relations”.

⁵⁹ F. Naddeo, *Accesso*, cit., 117.

⁶⁰ V. Giordano, *Se l'etica*, cit., 317.

⁶¹ P. Stanzione, *Introduzione*, in *Procreazione assistita*, cit., XVI.

⁶² A. Musio, *Misure*, cit., 219.

⁶³ F. Gallo, *Quattro anni di legge 40/2004*, cit., 289.

⁶⁴ V. Giordano, *Se l'etica*, cit., 319.

abrogativo l'intera legge, considerandola "costituzionalmente necessaria" in relazione agli interessi tutelati anche a livello internazionale (con particolare riferimento alla Convenzione di Oviedo del 1997)⁶⁵. Nonostante l'incessante attività giurisprudenziale, l'incoerenza e la disarmonia tra la normativa concernente l'interruzione volontaria di gravidanza e quella riguardante la procreazione medicalmente assistita è palese: "altro serio problema di interpretazione sovviene nell'opera di conciliazione tra la legge 40 e la legge sull'interruzione volontaria della gravidanza: stante l'affermazione di principio che l'embrione sia una persona con diritti assoluti, è stata suggerita la necessità di ripensare una legge che consente una compressione del valore della vita umana"⁶⁶.

Prendendo in considerazione sia le disposizioni codicistiche che le due normative concernenti rispettivamente l'IVG e la PMA illuminate da un'interpretazione orientata costituzionalmente, si può giungere, come si è tentato di dimostrare nel capitolo conclusivo, a svincolare la tutela del concepito da un'ottica precipuamente patrimoniale in favore di una migliore salvaguardia degli interessi di natura esistenziale. A conclusione del lavoro è stato, dunque, possibile far propria la convinzione, confermata sia dalla normativa sull'aborto che da quella sulla PMA, che la vita umana inizi col concepimento e che, da quel momento, vada tutelata. Del resto, già alla luce degli artt. 2, 3, 31 e 32 Cost. si è in grado di affermare una soggettività del concepito all'interno del nostro ordinamento, quale centro autonomo di interessi ritenuti giuridicamente rilevanti e meritevoli di tutela. Tentare soluzioni di comodo perché ligie alla *littera legis*, cristallizzata ormai da settant'anni, ed inconsapevoli dei nuovi ed urgenti bisogni di tutela conseguenti all'evoluzione rapidissima delle biotecnologie e della genetica sembra da "condannare". Si ritiene, "en conclusion", di poter ascrivere al concepito una capacità giuridica non parziale bensì provvisoria, comprendente la titolarità astratta dei rapporti patrimoniali elencati tassativamente all'interno del codice così come di tutti quegli interessi squisitamente esistenziali e personalissimi che sia buona parte degli studiosi sia la giurisprudenza hanno ritenuto propri del nascituro.

⁶⁵ F. Longobucco, *Soggettività*, cit., 41.

⁶⁶ V. Ivone, *Brevi*, cit., 302.

INDICE SOMMARIO DELLA TESI

SOGGETTIVITÀ E CONCEPITO

INTRODUZIONE

CAPITOLO I

IL CONCEPITO COME PERSONA

1. Il progresso scientifico e il ruolo del giurista
2. Dal soggetto alla persona
3. Il concepito: le origini della vita e una non facile categorizzazione
4. Il concepito e la Costituzione
5. Il concepito e la normativa sovranazionale

CAPITOLO II

IL CONCEPITO E LA CAPACITÀ

1. Articolo 1 c.c. (capacità giuridica)
2. La capacità di succedere ex art. 462 c.c.
3. La donazione a favore dei nascituri
4. Il contratto a favore del concepito: contratto ad effetti protettivi?
5. Un confronto tra la Costituzione ed il codice

CAPITOLO III

IL CONCEPITO E IL SUO “STATUS” : DA UNA LEGGE LAICA A UNA LEGGE MORALE?

1. La legge 22 maggio 1978, n. 194
2. La legge 19 febbraio 2004, n. 40
3. Un difficile coordinamento tra le due normative

CAPITOLO IV

RILIEVI CONCLUSIVI

1. Una capacità per il concepito?

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

- G. ALPA e A. ANSALDO, *Le persone fisiche*, in *Il codice Civile. Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1996
- G. ALPA e G. RESTA, *Le Persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Le Persone e la famiglia*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. SACCO, Milano, 2006
- G. ALPA, *Manuale di diritto Privato*, Padova, 2011
- G. ALPA, *Un atto di « fede nel diritto »*, in *Fede nel diritto*-PIERO CALAMANDREI, Editori Laterza, 2008
- G. AMATO, *I diritti dell'embrione*, in *Liberal*, n. 24, marzo 1997, p. 3
- M. C. ANDRINI, *Commento all'art. 4 della legge 22 maggio 1978, n. 194*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1978, p. 1648
- M. P. BACCARI, *Il concepito: un concetto antico per il terzo millennio*, in *La tutela giuridica prenatale* a cura di R. ROSSANO e S. SIBILLA, Torino, 2005
- G. BALDINI, *Il nascituro e la soggettività giuridica*, in *Dir. Fam.*, 2000, p. 362
- D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, I, Torino, 1950
- V. BARELA, *La regolamentazione delle strutture autorizzate e la disciplina dei divieti e delle sanzioni*, in *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, a cura di P. STANZIONE e G. SCIANCALEPORE, Milano, 2004
- L. BETTI, *#MiBomboEsMio.Giornata europea contro la legge Rajoy sull'aborto*, 31/01/2014, <http://www.pagina99.it/news/societa/3431/-MiBomboEsMio--Giornata-europea-contro.html>
- C. M. BIANCA, *La norma giuridica. I soggetti*, in *Diritto civile*, I, Milano, 2002
- C. M. BIANCA, *Commento all'art. 1 della legge 22 maggio 1978, n. 194*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1978, p. 1593
- G. BISCONTINI e L. RUGGERI (a cura di), *La tutela dell'embrione*, Napoli, 2002
- G. BOATTI, *Preferirei di no. Le storie di dodici professori che si opposero a Mussolini*, Torino, 2001
- N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990
- M. BRETONI, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Roma-Bari, 2004

- G. BRUNELLI e C. ZAPPULLI, *Il libro delle successioni e donazioni*, Milano, 1940
- F. D. BUSNELLI, *Il diritto delle persone*, in *I Cinquant'anni del codice civile. Atti del convegno di Milano 4-6 giugno 1992*, I, Milano, 1993, p. 108
- F. D. BUSNELLI, *Procreazione artificiale e filiazione adottiva*, in *Famiglia*, 2003, p. 19 s.
- F. D. BUSNELLI, *Vita umana (e sue nuove frontiere)*, in *Jus*, 1988
- F. D. BUSNELLI, *Commento all'art. 1 della legge 22 maggio 1978, n. 194*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1978, p. 1600
- F. D. BUSNELLI, *La tutela giuridica dell'inizio della vita umana*, in AA. VV., *La tutela giuridica della vita prenatale*, Torino, 2005, p. 35
- F. D. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 549
- G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, II, Milano, 1982
- V. CAPPELLO, *Sui concetti di vita e vitalità*, in *Riv. dir. civ.*, 1942, p. 224
- F. CARNELUTTI, *Nuovo profilo dell'istituzione dei nascituri*, in *Foro it.*, 1954, IV, c. 57 ss
- F. CARNELUTTI, *Logica e metafisica nello studio del diritto*, in *Foro it.*, 1955, IV, c. 76
- C. CASINI, *Verso il riconoscimento della soggettività giuridica del concepito?*, in *Giur. cost.*, 1997, p. 308
- C. CASINI e E. CIERI, *La nuova disciplina dell'aborto (Commento alla legge 22 maggio 1978, n. 194)*, Padova, 1978, p. 48
- N. COVIELLO, *La tutela della salute dell'individuo concepito*, in *Dir. fam. pers.*, 1978, p. 252
- N. COVIELLO JR., *Capacità di succedere a causa di morte*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 56
- G. CRICENTI, *Il sé e l'altro. Bioetica del diritto civile*, Pisa, 2013
- A. D'ATENA, *Commento all'art. 9 della legge 22 maggio 1978, n. 194*, in *Nuove leggi civili commentate*, p. 1651 ss.
- M. DE BAC, *Embrioni e ricerca, appello di 16 scienziati*, in *Corriere della sera*, 4 marzo 2002
- A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milano, 1982
- E. DE LUCIA, *Aborto in Francia, da eccezione a diritto pieno*, <http://www.ilfioreuomosolidale.org/index.php/mondo/item/743-aborto-in-francia-da-eccezione-a-diritto-pieno>
- M. DOGLIOTTI, *Diritto a non nascere e responsabilità civile*, in *Dir. fam. pers.*, 1995, p. 1480

- M. DOGLIOTTI e A. FIGONE, in *Le persone (I- Persone fisiche)*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. CENDON, Torino, 2000, p. 39
- B. D'USSEAU, *Esistere per il diritto: la tutela giuridica del non nato*, Milano, 2001
- H. T. ENGELHARDT, *The foundation of Bioethics*, New York-Oxford, 1996
- V. FAGONE, *Vita prenatale e soggetto umano*, in *La civiltà cattolica*, 1975
- A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939
- A. FALZEA, *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, p. 9
- T. E. FROSINI, *Così cala l'ombra di illegittimità*, in *Le prospettive della famiglia - Guida al diritto de il Sole 24 ore*, p. 49
- GAIO, *Institutiones*, 1, 8
- G. GANDOLFI, *Nascituro (storia)*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 536.
- L. GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle donazioni*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1976
- F. GALLO, *Quattro anni di legge 40/2004 (Norme in materia di Procreazione Medicalmente Assistita): come si è arrivati a promulgare questa legge e quali effetti ha avuto la sua applicazione?*, in *Diritto e vita*, a cura di F. LUCREZI e F. MANCUSO, Catanzaro, 2011, p. 288
- F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013
- F. GAZZONI, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, p. 184 ss.
- E. GIACOBBE, *Il concepito come persona in senso giuridico*, Torino, 2003
- V. GIORDANO, *Se l'etica laica confligge con una nuova soggettività giuridica*, in *Diritto e vita*, a cura di F. LUCREZI e F. MANCUSO, Catanzaro, 2011, p. 318
- H. GOETZ, *Il giuramento rifiutato. I docenti universitari e il regime fascista*, Firenze, 2000, p. 275
- P. GROSSI, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana (1859-1950)*, Milano, 1986
- J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale* (2001), trad. it. a cura di L. Ceppa, Torino, 2002

H. L. A. HART, *Legal Rights*, in *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, 1982, p. 82 ss.

L'HUFFINGTON POST, *Aborto, l'obiezione di coscienza in Italia tra le più alte al mondo. In alcune regioni arriva al 100%*, 12/03/2014, http://www.huffingtonpost.it/2014/03/12/aborto-obiezione-coscienza_n_4948926.html

R. F. IANNONE, *Il confine tra soggetto e persona nella legalità costituzionale : la soggettività del concepito e il diritto a nascere sano*, nota a Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 587

V. IVONE, *Brevi riflessioni sul dibattito intorno alla legge 194*, in *Diritto e vita*, a cura di F. LUCREZI e F. MANCUSO, Catanzaro, 2011, p. 299

H. JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la società tecnologica*(1979), Torino, 1993

H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (trad. it. di R. Treves), Torino 1952

I. KANT, *Prolegomeni a ogni futura metafisica che si presenterà come scienza*, Berlin, 1783

C. LABRUSSE-RIOU, *Le droit saisi par la biologie. Des juristes au laboratoire*, Paris, 1996

R. LANDI, *Responsabilità medica per omessa diagnosi prenatale di una patologia genetica. Un nouvel arrêt de provocation?*, nota a Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Rass. dir. civ.*, 2013

PH. LAURENT, *L'UNESCO e la Dichiarazione internazionale sul genoma umano*, in *La civiltà cattolica*, 1996, I, p. 49

G. LISELLA e F. PARENTE, *Persona fisica*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato* diretto da P. PERLINGIERI, Napoli, 2012

L. LONARDO, *Il valore della dignità della persona nell'ordinamento italiano*, in *Rass. dir. civ.*, Napoli, 2011, p. 774

F. LONGOBUCCO, *Soggettività giuridica del concepito e situazioni esistenziali*, nota a Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in G. PERLINGIERI e G. CARAPEZZA FIGLIA, *L'“interpretazione secondo Costituzione” nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, I, Napoli, 2012, p. 38

F. MAROI, *La codificazione fascista del diritto civile*, in *Monitore dei Tribunali*, 1941, p. 63 ss.

M. MARONGIU, *Aborto (diritto romano e intermedio)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, p. 126

A. MARROCCO, *Aborto, l'Europa condanna l'Italia per la violazione della legge 194*, 20/03/2014, <http://ilreferendum.it/2014/03/20/aborto-leuropa-condanna-litalia-per-la-violazione-della-legge-194/>

- C. M. MAZZONI, *La tutela reale dell'embrione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, p. 457 ss.
- C. M. MAZZONI, *I diritti dell'embrione e del feto nel diritto privato. Rapporto sull'Italia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, p. 123
- C. M. MAZZONI, *Persona fisica*, in *Istituzioni di diritto privato*, a cura di M. BESSONE, Torino, 2009, p. 111
- F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948
- S. MORANO, *Non obiettori, la verità vi prego sulla 194*, 26/03/2014, ilmanifesto.it
- P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il danno morale al concepito ovvero: il già e non ancora della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, p. 327
- A. MUSIO, *Misure di tutela dell'embrione*, in *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, a cura di P. STANZIONE e G. SCIANCALEPORE, Milano, 2004, p. 206
- F. NADDEO, *Accesso alle tecniche*, in *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, a cura di P. STANZIONE e G. SCIANCALEPORE, Milano, 2004, p. 39
- M. OLIVETTI, *Art. 2 diritto alla vita*, in *L'europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001, p. 48
- M. OLIVETTI, *Una disciplina che va nella giusta direzione*, in *Guida al diritto*, 2004, p. 70
- M. OLIVETTI, *La Corte e l'aborto, fra conferme e spunti innovativi*, in *Giur. cost.*, 1997, p. 312
- G. OPPO, *Declino del soggetto e ascesa della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 830
- G. OPPO, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, p. 512
- G. OPPO, *Ancora su persona umana e diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 261
- R. ORESTANO, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche : scienza del diritto e storia*, Bologna, 1978
- F. OST, in *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, 1991
- L. PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, Torino, 2002
- A. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Torino, 2000, p. 497
- F. PARENTE, *La "biogiuridicità" della vita nascente tra "libertà" della ricerca biomedica e "dinamismo" della tutela dei valori esistenziali dell'uomo*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 445 ss.

- F. SANTORO PASSARELLI, *Lineamenti di diritto civile, Persone fisiche*, Padova, 1940
- F. SANTORO PASSARELLI, *Su un nuovo profilo dell'istituzione dei nascituri*, in *Saggi di diritto civile*, II, p. 745 ss.
- C. PERLINGIERI, *Delle persone fisiche. Art. 1 (capacità giuridica)*, in *Cod. civ. annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di G. PERLINGIERI, Napoli, 2010, p. 254
- P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2004
- P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006
- P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il brocardo in claris non fit interpretatio. Il ruolo dell'art. 12 disp. pre. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 283 ss.
- P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, in *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 6
- P. PERLINGIERI, *Istituzioni di diritto civile*, Napoli, 2012
- P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2014
- P. PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, p. 455 ss.
- L. PIRANDELLO, *Uno, nessuno e centomila*, Torino, 2005
- P. RESCIGNO, *Danno da procreazione*, Milano, 2006
- P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Novara, 1975
- F. RIGAUX, *La loi de juges*, Odile Jacob, Paris, 1987
- R. ROSSANO e S. SIBILLA, *La tutela giuridica della vita prenatale*, Torino, 2005
- S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Torino, 2009
- L. ROSSI CARLEO, *Commento all'art. 2 della legge 22 maggio 1978, n. 194*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1978, p. 1618
- G. SALITO, *La persona nei diversi ordinamenti giuridici*, in www.comparazioneDIRITTOCIVILE.it, p. 12
- G. SALITO, *L'obiezione di coscienza*, in *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, a cura di P. STANZIONE e G. SCIANCALEPORE, Milano, 2004, p. 269
- G. SCIANCALEPORE, *Norme in materia di procreazione assistita: principi generali*, in *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, a cura di P. STANZIONE e G. SCIANCALEPORE, Milano, 2004, p. 3

- G. SCIANCALEPORE, *Disposizioni concernenti la tutela del nascituro*, in *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, a cura di P. STANZIONE e G. SCIANCALEPORE, Milano, 2004, p. 130
- P. SCHLESINGER, *Il concepito e l'inizio della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 256
- P. SINGER, *Rethinking life and death*, Melbourne, 1994
- P. SLOTERDIJK, *Regole per il parco umano. Una replica alle ultime lettere di Heidegger*, in "aut aut", 2001, pp. 132 sgg.
- SOFOCLE, *Antigone, variazioni sul mito*, a cura di M. G. CIANI, 2008
- P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975
- P. STANZIONE e G. SALITO, *La tutela del nascituro: una ricorrente vicenda giudiziaria*, nota a Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Dir. fam. e pers.*, 2013, p. 476 ss.
- P. STANZIONE, *Introduzione*, in *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, a cura di P. STANZIONE e G. SCIANCALEPORE, Milano, 2004, p. I
- H. STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, in *Arch. civ. Prax.*, 1932, p. 257 ss.
- G. TAMBURRINO, *Le persone fisiche*, Torino, 1990
- G. TARANTINO, *Continuità della vita e responsabilità per procreazione*, Milano, 2011
- L. TOLSTOJ, *Guerra e pace (Война и мир)*, 1866
- A. TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da CICU e MESSINEO, XXII, Milano, 1956, p. 363
- A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2009
- C. B. M. TOULLIER, *Le droit civil Français, suivant l'ordre du code*, Paris, 1859
- A. TRABUCCHI, *La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, p. 589
- C. E. TRAVERSO, *La tutela costituzionale della persona umana prima della nascita*, Milano, 1977
- G. VACCARO, *PMA – Storica sentenza del Tribunale di Roma – La diagnosi pre-impianto è ammissibile*, in *Il sole 24 ore*
- L. VALENTINI, *La Spagna insegna: le donne devono vigilare sui loro diritti*, 22 dicembre 2013, http://cagliari.globalist.it/Detail_News_Display?ID=93866
- A. VALONGO, *Il concepito come soggetto dell'ordinamento. Tra procreazione naturale e procreazione assistita*, Perugia, 2011

- M. VARI, *Il principio della dignità umana quale caposaldo per la difesa della persona*, in *La tutela giuridica della vita prenatale*, a cura di R. ROSSANO e S. SIBILLA, Torino, 2005
- ULPIANO, D. 37, 9. 1, 15
- A. R. VENNERI, *Diritto del nascituro a nascere sano, obbligo di prestazione del medico e sua responsabilità contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 923
- G. VILLANACCI, *Il concepito nell'ordinamento giuridico. Soggettività e statuto*, Napoli, 2006
- F. L. VON ZIELLER, *Commentar uber das ABGB*, 1811, traduzione in M. SCHLAG, *I diritti del nascituro in Austria, Germania e nel Consiglio d'Europa*, in A. TARANTINO (a cura di), *Culture giuridiche e diritti del nascituro*, Milano, 1997, p. 230 s.
- M. WARNOCK, *A question of life. The Warnock Report on Human Fertilisation and Embriology*, Oxford, 1985
- J. Q. WHITMAN, *On Nazi Honor and New European Dignity*, in *Darker legacies of law in Europe. The shadow of national socialism and fascism over Europe and its legal tradition*, a cura di C. JEORGES- N. GHALEIGH, Oxford, 2003, p. 243
- E. WOLF, in WOLF-NAUJOKS, *Anfang und Ende der Rechtsfahigkeit des Menschen*, Frankfurt, 1955
- V. ZAMBRANO, *La fecondazione assistita e il mito dell'apprendista stregone:l'esperienza comparatistica*, in *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, a cura di P. STANZIONE e G. SCIANCALEPORE, Milano, 2004, p. 315
- P. ZATTI e V. COLUSSI, *Lineamenti di diritto privato*, Padova, 2013, p. 144
- P. ZATTI, *Diritti del non nato ed immedesimazione del feto nella madre: quali ostacoli per un affidamento del nascituro*, (commento a Trib. Min. Trieste, 26 novembre 1997, e App. Trieste, 12 dicembre 1997), in *Nuova giur. comm.*, 1999, p. 113
- P. ZATTI, *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, p. 149
- P. ZATTI, *Quale statuto per l'embrione?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, p. 486
- D. ZORZIT, *La Cassazione "dimentica" il contratto con effetti protettivi a favore del terzo: vero oblio o consapevole ripudio?*, nota a Cass., 8 maggio 2012, n. 6914, in *Danno resp.*, 2012, p. 1201 ss.

Decisioni giurisprudenziali

Corte Cost., 7 luglio 1980, n. 106, in *Riv. giur. scuola*, 1982, 478

Corte Cost., 21 aprile 1993, n. 181, in *Dir. lav.*, 1993, II, 425

Corte Cost. del 29 gennaio 1998, n. 3

Corte Cost., 18 febbraio 1975, n. 27, in *Giur. cost.*, 1975, 117 ss.

Corte Cost., 8 gennaio 1997, n. 35, in *Giur. cost.*, 1997, p. 308

Corte Cost., 8 maggio 2009, n. 151, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009

Corte Europea dei diritti dell'uomo, 1 aprile 2010, in *Fam. e minori, Guida dir.*, 2010, n. 5, p. 81 ss.

Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 28 agosto 2012, Ricorso n. 54270/10, <http://www.giustizia.it/>

Cass. civ., 10 agosto 1991, n. 8751, in *Giust. Civ.*, 1992, I, p. 81

Cass. civ., sez. III, 22 gennaio 1999 n. 589, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, p. 334

Cass. pen., 13 novembre 2000, in *Corriere Giuridico*, 2001, p. 340

Cass., 10 maggio 2001, n. 6507, in *Nuova giur. comm.*, 2002

Cass., Sez. un., 29 luglio 2004, n. 14488, in *Resp. civ. prev.*, 2004, p. 1348 ss.

Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 603 ss.

Trib. Cagliari, 22 settembre 2007, in *Corr. merito*, 2008

Trib. Firenze (ord.), 19 dicembre 2007, in *Guida dir.*, 2008, p. 53 ss

Trib. Bologna, 29 giugno 2009, in *Dir. fam. pers.*, 2009, p. 1854

Trib. Salerno, 9 gennaio 2010, in *Corr. merito*, 2010, p. 255 ss

Abstract.- Sollecitato dall'evolversi continuo e frenetico della realtà circostante, il giurista è tenuto ad affrontare questioni delicatissime quali l'inizio della vita umana, lo status dell'embrione, la procreazione medicalmente assistita, la legittimità della ricerca e degli esperimenti sulle cellule staminali. Il giuscivile italiano soprattutto si trova ad un crocevia di difficile soluzione: trovare un equilibrio tra la laconica definizione contemplata all'art. 1 del nostro codice civile e tutti i cambiamenti imposti dall'evoluzione delle biotecnologie e pieni di questioni etiche e morali che il legislatore del '40 non avrebbe mai potuto prendere in considerazione. Tuttavia la rilevanza giuridica del concepito nel nostro ordinamento è dovuta alla rivoluzione copernicana attuata con l'avvento della Costituzione giacché si è passati dall'assimilazione dei diritti soggettivi in schemi prettamente patrimonialistici (tu sei in quanto possiedi) ad una concezione totalmente antropocentrica. In questa prospettiva trova posto l'abbandono di qualsiasi tentativo animato ad operare una ingiustificata commistione tra oggetto e soggetto di diritto e l'urgenza di dare un senso tecnico definito ai termini "capacità giuridica", "soggettività" e "personalità". E' necessario, in particolare, rileggere gli articoli 1, 462 e 784 del codice civile alla luce dei principi costituzionali che definiscono la posizione dell'embrione in modo da evitare soluzioni "di comodo", connotate esclusivamente da una mancanza di coraggio nello scegliere. Per delineare lo *status* del concepito nel nostro sistema giuridico nel terzo capitolo si è effettuata una comparazione tra due normative molto importanti: la l. n. 194/1978 e la l. n. 40/2004. La prima, benché abbia aperto alla legalizzazione dell'aborto in Italia, proteggendo, in modo forte e deciso, le donne, la loro auto-determinazione ma, soprattutto, la loro salute, ha anche aperto la strada ad una nuova considerazione del concepito quale persona. Il legislatore non è stato altrettanto sensibile e attento quando ha promulgato la legge concernente la procreazione medicalmente assistita, piena di connotazioni morali ed animata dal proposito di creare uno *status* dell'embrione tutelandolo anche più del feto. Tuttavia, la precisa, attenta e responsabile attività pretoria assieme a un recente intervento della Corte Europea dei Diritti dell'uomo e, più di recente, una sentenza della Corte Costituzionale, hanno dato il via ad una revisione di quelli che erano gli aspetti della normativa più irrispettosi sia della salute della donna che del concepito. Alla fine di questo studio si è comunque potuto sostenere, basandosi su una interpretazione costituzionale della legge sulla IVG e di quella sulla PMA, che la vita umana inizi all'istante del concepimento e deve essere protetta da quel preciso momento.

The jurist has to face often long-standing issues such as the beginning of human life, embryo's nature, in vitro fertilisation, the legitimacy of research and experiments on stem cells. The Italian jurist finds himself at a crossroad of difficult solution: to find a balance between the laconic definition in article 1 of our civil code and the changes imposed by the evolution of biotechnology full of ethical and moral issues that the legislator of the '40s never would have taken in consideration. However the indisputable and undisputed legal relevance of the unborn child in our system is due to the "constitutional turning-point" thus once we have passed by the assimilation of individual rights as a proprietary scheme (you are because you own) to an anthropocentric conception of the legal system. In this perspective is placed the abandon of any attempt aimed to operate unjustified mingling between subject and object of law and the urgency of giving a technical meaning to the terms "legal capacity", "subjectivity" and "personality". Especially it is necessary to re-read the articles 1, 462 and 784 of the civil code in the light of constitutional principles that define the position of the embryo in order to avoid solutions of convenience, is connoted only by a lack of courage of choice. In order to delineate fully the *status* of the unborn child in our legal system, in the third chapter it has been attempted a comparison between two important laws: l. n. 194 of 1978 and the l. n. 40 of 2004. The first law, albeit it has opened to the legalization in Italy of the practice of abortion, protecting in a strong way women, their self-determination but, most of all, their health, has also razed the way for the enhancement of the unborn child as a person. The legislator was not so much careful when he enacted rules on medically assisted procreation, which are full of moral connotations aimed at outlining the status of an embryo that has to be protected more than the fetus. However, the precise reconstruction of an aware and responsive judge's activity, as well as the recent interventions of the European Court of Human Rights and, most recently, the Constitutional Court, have led to a revision of the most damaging aspects of women's health and, indirectly, of the unborn child too. Despite the incessant jurisprudential activity, incoherence and disharmony between the two laws is obvious. At the end of this study was, therefore, possible making the assumption, confirmed both by the law of abortion and by the law concerning the MAP (medical assisted procreation), that human life begins in the instant of conception and must be protected from that moment.

