



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI SALERNO

DIPARTIMENTO DIRITTI DELLA PERSONA E COMPARAZIONE – DiRPE

**DOTTORATO DI RICERCA
COMPARAZIONE E DIRITTI DELLA PERSONA
XII CICLO**

Coordinatore Ch.mo Prof. Pasquale Stanzione

TESI DI DOTTORATO

“TUTELA DELL'EMBRIONE E RESPONSABILITA' MEDICA.”

TUTOR

Ch.mo Prof. Pasquale STANZIONE

DOTTORANDA

Ersilia TROTTA

Anno Accademico 2012-2013

TUTELA DELL'EMBRIONE E RESPONSABILITA' MEDICA.

INDICE SOMMARIO

CAPITOLO PRIMO

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

1. Cenni introduttivi..... Pag. 7

CAPITOLO SECONDO

L'EMBRIONE SOGGETTO DI DIRITTI?

LA POSIZIONE DELLA DOTTRINA

1. Cosa si intende per embrione..... Pag. 19
2. Capacità giuridica e vita nascente: evoluzione di un istituto..... Pag. 22
3. Capacità e soggettività: qualifiche attribuibili all'embrione?..... Pag. 34
4. Superamento del concetto di soggettività ed approdo
ai valori della dignità e del diritto alla vita. Pag. 49

CAPITOLO TERZO

LA SCELTA DEL LEGISLATORE ITALIANO E

LA LEGGE 40/2004 SULLA PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA

1. La genesi della Legge 40/2004.....	Pag: 53
2. Tutela dell'embrione tra laicità e ricerca scientifica.....	Pag: 59
3. Influenze europee sulle scelte del legislatore italiano.....	Pag: 63
4. La legge sulla procreazione medicalmente assistita e gli interessi essenziali perseguiti.....	Pag: 69
5. La legge 40/2004 fra diritto alla procreazione cosciente e responsabile e tutela rispetto alla vita.....	Pag: 75
6. La tutela dell'embrione nelle norme sulla PMA.....	Pag: 82

CAPITOLO QUARTO

L'EMBRIONE SOGGETTO DI DIRITTO OD OGGETTO DI TUTELA NECESSARIA?

CONTRASTI GIURISPRUDENZIALI

1. La Giurisprudenza ed il suo anelito creativo.....	Pag: 102
2. La recente decisione della Suprema Corte e la soggettività negata.....	Pag: 105

CAPITOLO QUINTO

TUTELA DELL'EMBRIONE E RESPONSABILITÀ MEDICA

1. Evoluzione della responsabilità medica.....	Pag: 123
--	----------

2. La colpa ed il nesso di causalità.....	Pag. 130
3. Danno da procreazione: la responsabilità medica dopo il caso <i>Perruche</i>	Pag. 153

CAPITOLO SESTO

UNO SGUARDO ALLA LEGISLAZIONE D'OLTRALPE IN MATERIA DI PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA

1. Premessa.....	Pag. 155
2. La moderata apertura della Francia.....	Pag. 158
3. Il rigore della Germania.....	Pag. 164
4. Il Regno Unito e la novella del 2008.....	Pag. 169
5. Il regime statunitense e la prevalenza degli interessi della donna rispetto all'embrione.....	Pag. 174

CAPITOLO SETTIMO

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

1. Quale futuro per l'embrione?.....	Pag. 182
--------------------------------------	----------

CAPITOLO PRIMO
CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

CAPITOLO PRIMO

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

Sommario: 1. Cenni introduttivi.

1.Cenni introduttivi.

Il giurista, sensibile ed attento alla realtà che lo circonda¹, non può esimersi dall'osservare come alcuni eventi siano così pregni di forza da emergere nel mondo giuridico² e da richiedere³ un ineluttabile intervento innovativo del diritto⁴ capace di animare la norma di biologica vitalità⁵.

1 P. GROSSI, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in *Quad. fiorent.*, 32, 2003, p. 25 ss.

2 P. GROSSI, Atti del Convegno “*La metafora delle fonti ed il diritto privato europeo*”, 17 e 18 ottobre 2013, Pisa.

3 E. RESTA, *Diritto vivente*, Roma-Bari, 2008, p. 81, “mentre, con una certa enfasi, si esaltano le cesure rispetto al passato operate dalla tecnica (...), al diritto si rivolgono sempre più forti richieste di indicare i limiti e di esplicitare confini normativi dentro i quali definire le possibilità. La tradizione giuridica, dalla quale la tecnica prende distanza travolgendone tutti i riferimenti, mostra consapevolezza di tali problemi; e non da oggi”.

4 S. RODOTA', *La vita e le regole*, Milano, 2007, p.31, “Il diritto condiziona la qualità della vita non meno dell'ambiente che ci circonda [...] il rapporto tra diritto e vita “può assumere aspetti intollerabili che, tuttavia, non possono essere eliminati facendo a meno della regola giuridica, quasi che a essa soltanto potesse essere imputato un risultato che, invece, è socialmente determinato e rispetto al quale proprio l'intervento del diritto può avere la funzione di riduttore della violenza dei rapporti familiari”.

5 N. IRTI, *La giuridificazione del bios*, in *Riv. Dir. Civ.*, 4, 2005, p. 337 ss.

Ebbene, il tema della “vita non ancora nata”⁶ coinvolge, necessariamente, considerazioni e valutazioni sui valori fondamentali dell'ordinamento, quale il diritto alla salute ed all'integrità psico-fisica, spettante non solo ad una persona che già esiste, ma anche a quella *in fieri*⁷, cui compete il riconoscimento dello *status personae*⁸ garantito dal principio di uguaglianza fondante lo Stato democratico di diritto⁹. Da qui l'inevitabile corollario che porta ad ammettere che lo Stato laico¹⁰ non si connota di un

6 Espressione coniata dal Tribunale Costituzionale Federale Tedesco, Sent. 28.05.1993, motivazione, sez. E, parte V, 2, b), dd); cfr. anche motivazione stessa pronuncia, sez. D, parte I, 1, a), ove si legge “ci troviamo di fronte ad una vita individuale, già determinata nella sua identità genetica e perciò nella sua unicità ed inconfondibilità, non più separabile, che nel processo della crescita e del dispiegamento di sé non solo si sviluppa in un essere umano, ma si sviluppa anche in quanto essere umano”.

7 P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile.*, Napoli, 2005, p. 318 “La tutela dell'embrione si ispira al valore della persona e dell'essere umano, come essere umano in *un continuum*, in un divenire che non consente di escludere che l'embrione sia da considerare una realtà non esistente, una realtà che non ha solo diritto alla vita, ma che dev'essere tutelata ancor prima, in considerazione della sua futura attitudine alla titolarità di situazioni giuridiche”; G. BISCONTINI e L. RUGGERI (a cura di), *La tutela dell'embrione*, Napoli, 2002, pp. 32 ss., 55 ss., 98 ss., 143 ss.; A. VESTO, *La posizione del concepito privato del rapporto genitoriale a causa di un illecito altrui*, in www.comparazionedirittocivile.it, p. 13.

8 G. LISELLA – F. PARENTE, *La persona fisica e lo status personae*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, P. Perlingieri (diretto da), *Sez. II: I soggetti*, Napoli, 2012, p. 46 ss.

9 P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile.*, op. cit., p. 312.

10 Per una ricostruzione del concetto di laicità cfr., G. ALPA, *Laicità e diritto privato*, Relazione al IV Convegno della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano-Bicocca (9-10 febbraio 2006) su *Laicità e Stato di diritto*, A. Ceretti e L. Garlati (a cura di), in *Atti del IV Convegno della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano-Bicocca*, Milano, ove si legge “La parola *laos* (dal greco “popolo”) viene ripresa da Voltaire nel Settecento in contrapposizione alle religioni confessionali, per distinguere le sfere di ambiti delle diverse competenze.[...] Laicità significa rispetto dei diritti umani, ed è quindi coniugata con il diritto naturale, ma non necessariamente con la tendenza a riprodurre nelle leggi civili le espressioni di ciò che molti ritengono appartenere alla natura”; *passim*, P. MATVEJEVIC, *L'europa e il laicismo*, in E. SCALFARI (a cura di),

diritto senza morale, ma, all'opposto, di un diritto fondato sui valori comuni che hanno ispirato i Padri costituenti¹¹ e che ci provengono dalla cultura giuridica e politica¹².

Il diritto è, cioè, il vivere fisiologico di una realtà sociale che sconta, necessariamente, l'influenza di valutazioni morali, politiche e giuridiche,¹³ consentendo una visione complessa dei fenomeni¹⁴ in un'ottica etero-centrista della persona¹⁵.

Gli ordinamenti moderni sono pieni di clausole generali di rinvio a valori non definiti dal legislatore, ma esterni all'ordinamento, riconducibili, appunto, a quella realtà culturale, sociale che ci permette di arricchirne il contenuto.

Dibattito sul laicismo, Roma *La Repubblica*, 2005, p. 119, il quale osserva “I valori della laicità attonano ai rapporti tra l'individuo e lo Stato, la sfera pubblica e la sfera privata, l'eguaglianza dei diritti, la lotta contro le discriminazioni, la promozione degli ideali di tolleranza e di fraternità, di pluralismo e di riconoscimento dell'altro”; A. SPADARO, *Libertà di coscienza e laicità nello Stato costituzionale. Sulle radici “religiose” dello Stato “laico”*, Torino, 2009, p. 231; l'autore sintetizza il concetto di Stato laico con l'espressione “la laicità come valore religioso e la religiosità come valore laico”.

11 P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile.*, op. cit., p. 311 ss.

12 F. VIOLA, *Libertà di coscienza e laicità nello Stato*, Presentazione al volume di A. Spadaro, *Libertà di coscienza e laicità nello Stato costituzionale. Sulle radici “religiose” dello Stato “laico”*, presentato al Senato il 5 giugno 2009, in *Iustitia*, 2/2010, Roma, p.213; L. LOMBARDI VALLAURI, *La pléroma*, in *Trattato di biodiritto*, S. Rodotà e P. Zatti (diretto da), Milano, 2010, p. 11 ss.

13 P. ZATTI, *Il duttile rigore: l'aproccio di Giorgio Oppo al diritto della vita nascente*, in *Riv. Dir. Civ.*, 4, 2010, p. 457.

14 V. IVONE, *Vulnerabilità del corpo e diritto al consenso. Note sull'inizio della vita.*, Napoli, 2013, p. 15.

15 F. VIOLA, op. ul. cit., chiarisce “Non basta la relazionalità della persona, ma occorre sviluppare il senso di finalità comuni delle persone nella cooperazione sociale”, p. 214.

E proprio il ricorso alle clausole generali, ed in particolare a quella contenuta nell'art. 2 della Costituzione¹⁶, consente al giurista di operare, ora in funzione integrativa del sistema normativo, ora in funzione interpretativa ed applicativa di enunciati normativi¹⁷, sul tema *dell'inizio vita*, promuovendo interventi volti all'attuazione del principio enunciato, tutelando il valore della persona umana, indirizzando la prospettiva politico-giuridica in termini di condizionamento dei rapporti economici alla realizzazione dei rapporti personali¹⁸.

La tematica relativa alla tutela dell'embrione va, quindi, affrontata cercando, nei valori fondamentali dell'ordinamento, l'interesse giuridicamente rilevante e meritevole di tutela, intervenendo con la tecnica del bilanciamento

16 V. IVONE, *Brevi riflessioni sul dibattito intorno alla legge 194*, in *Diritto e Vita*, F. Lucrezi e F. Mancusi (a cura di), Collana scientifica dell'Università di Salerno, Catanzaro, 2010, p. 303.

17 P. STANZIONE - B. TROISI, *Principi generali del diritto*, Torino, 2011.

18 G. PINO, *Teorie e dottrine dei diritti della personalità. Uno studio di meta-giurisprudenza analitica.*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2003/1, pp. 252 ss. “la necessità di un nuovo modo di concepire (e di tutelare) i diritti della personalità si è affermata dopo l’entrata in vigore della Costituzione del 1948, portatrice, al pari di altre costituzioni europee contemporanee, di istanze personalistiche e solidaristiche, e con la faticosa acquisizione da parte della civilistica di una nuova sensibilità verso gli aspetti non strettamente patrimoniali dei rapporti interprivati”. Per una ricostruzione della graduale penetrazione dei valori costituzionali nella cultura giuridica italiana, si vedano R. NICOLO', *Diritto civile*, in *Encicl. del dir.*, vol. XII, 1964, pp. 904-923; S. RODO'TA', *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, pp. 83-125; G. TARELLO, *Atteggiamenti dottrinali e mutamenti strutturali dell'organizzazione giuridica (1981)*, in *Id.*, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988, pp. 349-359; C. SALVI, *La giusprivatistica tra codice e scienza*, op. cit.; L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, 1999, pp. 49-80; P. BARILE, *Lo sviluppo dei diritti fondamentali nell'ordinamento repubblicano*, in *Storia d'Italia. Annali 14. Legge Diritto Giustizia*, L. Violante (a cura di), Torino, 1998, pp. 7-103. Da una prospettiva teorico-generale, R. GUASTINI, *La “costituzionalizzazione” dell'ordinamento italiano*, in *Ragion pratica*, 11, 1998, pp. 185-206; P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti.*, op. cit., 2005, p. 9.

dei principi, come indicato dalla stessa Carta costituzionale (art. 41), partendo dal presupposto che la vita è in sé un valore.¹⁹

E' solo in quest'ottica che è possibile ritenere legittimo l'intervento sulla persona e sul processo di vita dell'essere umano, nell'interesse della vita e della salute della persona²⁰.

In questo contesto l'embrione, in quanto inizio di un processo di vita, che ha già una storia, un'età ed anche una dignità, va tutelato come persona²¹ *in continuum*²².

La persona umana, diceva Giovanni Paolo II nella *Redemptor hominis*²³, è la prima strada che la Chiesa deve percorrere nel compimento della sua missione; questo vale anche per il suo impegno in campo bioetico²⁴.

Ma lungo è il percorso filosofico che ha condotto all'equiparazione del concetto di essere umano a quello di persona.

Utilizzato inizialmente nell'ambito drammaturgico del teatro greco, trasposto poi nell'ambito teologico delle dispute trinitarie, il concetto di

19 P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti*, op. ult. cit., p. 323; G. LISELLA – F. PARENTE, *La persona fisica*, op. cit., p. 12.

20 P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti*, op. ult. cit., p. 321.

21 V. IVONE, *Brevi riflessioni sul dibattito intorno alla legge 194*, op. cit., p. 301 ove si richiama conforme orientamento di C. CASINI in, M. L. DI PIETRO - M. CASINI, *La legge 19 febbraio 2004 n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, Torino, 2004, p. 502, anche in, *Trattato di diritto di Famiglia*, P. Zatti (a cura di), p. 636.

22 P. STANZIONE, *Manuale di diritto privato*, terza ed., Torino, 2013, p. 314.

23 L. PALAZZANI, *Il concetto di persona tra bioetica e diritto*, Torino, 1996, pp.18-39; 211-261.

24 Il catechismo della Chiesa cattolica, nn. 2274-2275; “*Evangelium vitae*” n. 60 insegnano “al frutto della generazione umana, dal primo momento della sua esistenza, va garantito il rispetto incondizionato che è moralmente dovuto all'essere umano nella sua totalità e unità corporale e spirituale”.

persona si secolarizza nella formula filosofica di Severino Boezio, che lo applica al contesto umano, per caratterizzare ontologicamente e concretamente l'essere umano come sostanza individuata di natura razionale.

Si tratta di una definizione destinata a rimanere nella storia del pensiero occidentale, la cui formulazione completa e rigorosa tematizzazione (ontologico-antropologico-teologica), nell'ambito della dottrina tomista, le conferisce una "equilibrata valorizzazione"²⁵.

Il primo seme della rottura è gettato da Cartesio che, ventilando la separazione ontologica tra anima (*res cogitans*) e corpo (*res extensa*), spezza l'unità dell'uomo, attribuendo solo all'anima, sede del pensiero e dell'autocoscienza, lo statuto dell'essere della persona e riducendo meccanicisticamente la corporeità a mera materialità inerte e strumentale, estesa e in movimento. È la concezione che rimane immutata fino a Leibniz, per il quale la monade è sostanza puramente spirituale.

Ulteriore colpo alla dottrina della persona è inferto dall'empirismo, con la negazione della sostanzialità (J. Locke) e dell'unità della coscienza (D. Hume) e dall'idealismo che riduce la soggettività a momento (non sostanziale) del processo dialettico verso l'Assoluto. In questo contesto non va trascurato

25 E. BERTI, *Il concetto di persona nella storia del pensiero filosofico*, in, AA.VV., *Persona e personalismo*, Padova, 1992, pp. 43-74.

il contributo e l'influenza della filosofia kantiana²⁶ e di quella rosminiana²⁷ avversata da talune correnti anti-personalistiche del pensiero contemporaneo che negavano l'esistenza, la conoscibilità ed il valore della persona²⁸.

Se il senso comune e il linguaggio ordinario ci suggeriscono, a livello pre-riflesso, l'intercambiabilità dei termini "*persona*" ed "*essere umano*" e se il pensiero filosofico occidentale ci ha, da sempre (quantomeno dall'idea boeziana), abituato a concepire la persona come caratterizzazione appropriata dell'umano, oggi, a causa delle recenti questioni bioetiche e biogiuridiche di intervento artificiale sulla vita, si ripropone la questione della separazione tra essere umano e persona, facendo affiorare nuove discriminazioni in base al "*grado di sviluppo fisico, psichico e sociale dell'essere umano*".

La definizione tradizionale, originariamente formulata da Boezio - "*rationalis naturae individua substantia*" - poi riformulata, in modo più compiuto, da Tommaso d'Aquino - "*individuum subsistens in rationali natura*" - consente di tematizzare il concetto di persona in senso globale ed integrale, equiparandolo

26 I. KANT, pur negando la fondazione ontologica al concetto di persona (con la nota critica alla metafisica e alla sostanzialità dell'anima e del soggetto, riducendo quest'ultimo a solo pensiero), ne recupera e valorizza il significato etico e giuridico "la persona è l'essere che ha diritti e valore in sé; è fine e non mezzo, ha "dignità" e non ha "prezzo".

27 A. ROSMINI recupera, oltre alla valenza giuridica del concetto di persona, anche la sua valenza ontologica, definendola come "diritto sussistente".

28 Ci si riferisce alle varie e diffuse tendenze "antiumanistiche" della filosofia del '900 (le cosiddette filosofie "del sospetto": K. Marx, E. Nietzsche, S. Freud), alle teorie dello strutturalismo (M. Foucault e G. Deleuze) e del comportamentismo (B.E. Skinner), ad alcune correnti della filosofia analitica (A.J. Ayer).

a “*sostanza (sussistente) individuale²⁹ razionale per natura³⁰*”. Ciò significa che la persona umana è quella realtà che rimane identica a sé, pur nel mutare delle sue proprietà, azioni, funzioni e che, essendo sostanza, per concepimento, per nascita [per natura], ha attitudine ad esprimersi simbolicamente, a saper per conoscenza, a rapportarsi comunicativamente, ad aprirsi in libertà alla totalità dell'essere. E' questa attitudine, questa potenzialità, e non la manifestazione attuale della capacità, che qualifica l'essere come persona.

La definizione concettuale sostanzialista di persona offre, quindi, i parametri per l'identificazione empirica dell'essere personale con l'essere umano³¹, *tout court*.

Ne discende che l'inizio e la fine della persona coincidono con l'inizio e la fine dell'individuo o organismo biologico umano, che si sviluppa in uno spettro longitudinale continuo, di coordinata e progressiva complessificazione e de-complessificazione. Il codice genetico (o, più precisamente una certa sequenza del DNA), già presente nello zigote (sin dal primo momento del processo di fecondazione gametica) caratterizza specificamente l'essere umano, lo determina concretamente individualmente; con la conseguenza che lo zigote è un individuo umano vivente, sussistente in grado di autodirigere e di

29 Sostanza individuale è il soggetto distinto che sussiste in sé; che appartiene solo a se stesso. Si ammette l'esistenza di una sostanza individuale nel momento in cui si afferma che certe qualità sono “di” qualcosa, “di” qualcuno. Dire, quindi, che la persona umana è sostanza individuale, significa solo riconoscere che è realtà che rimane identica a sé, pur nel mutare delle proprietà, azioni, funzioni...

30 Di natura razionale significa “razionale per natura”, cioè concepita da esseri capaci di esprimersi simbolicamente, sapere per conoscenza, rapportarsi comunicativamente, ecc...

31 “*humanum et persona corporea convertuntur*”

coordinare autonomamente lo sviluppo omogeneo e graduale; sviluppo che (mediante la differenziazione dei tessuti e la formazione degli organi) consentirà di attualizzare (in misura e in gradi diversi) le determinazioni (le proprietà, le funzioni e le attività), già in esso pre-contenute, in un processo continuo che termina con la morte cerebrale totale, ossia con la cessazione definitiva del funzionamento dell'organismo come un tutto.

La *specificità genetica* (natura razionale) e la *continuità biologica* (sostanza individua) della vita dell'essere umano, a partire dalla sua origine fino all'ultimo istante, sono elementi rilevabili descrittivamente ed empiricamente, che confermano i caratteri essenziali della persona riconosciuti dalla riflessione filosofica, ossia la sostanzialità sussistente di natura razionale, unica e identica nel divenire e nell'attuarsi delle potenzialità: la sequenza del genoma specifica la natura razionale; la continuità dello sviluppo rivela e conferma l'unicità e l'identità ontologica della persona umana³².

Ebbene, l'embrione, racchiudendo in sé il connotato peculiare della persona, rappresentato dalla "unicità" (genetica) e dalla "unitarietà" (biologica) dell'essere umano, è persona.

32 C. VIAFORA (a cura di), *Vent'anni di bioetica*, Padova 1990, p. 368 "I due principi fondamentali che contribuiscono a definire lo statuto dell'embrione umano sono: il primo quello della "individualità" genetica; il secondo quello della "continuità" dello sviluppo embrionale, il suo procedere senza salti". In argomento cfr. anche, E SCHOCKENHOFF, *Etica della vita. Un compendio teologico*, Brescia, 1997, pp. 319-329; L. MELINA, *Corso di Bioetica. Il vangelo della vita*, Casale Monferrato, 1996, pp. 112-131.

E' lo stesso dato normativo a sostenerci in tale impostazione laddove all'art. 13, co. 2, L. 19 febbraio 2004 n. 40 conferisce all'embrione statura di "persona" ed all'art. 1, L. 22 maggio 1978 n. 194 garantisce la tutela della vita umana dal suo inizio.

Eppure, parte della dottrina e della giurisprudenza³³ continua a disconoscere all'embrione la titolarità di diritti al pari della persona nata, argomentando circa la differenziazione tra personalità, soggettività e capacità³⁴, riconducendo l'effettività del diritto all'evento nascita.

Tale impostazione, però, porterebbe all'ammissione paradossale che l'embrione non costituisce l'inizio di una vita umana giuridicamente rilevante³⁵.

Al riguardo soccorre l'Organizzazione Mondiale della Sanità³⁶ che ha stabilito, sulla base della letteratura scientifica internazionale, che dal 14° giorno di gestazione si può parlare di embrione come fase iniziale della vita umana – che seppure non nata – assurge a soggetto giuridico. La stessa norma

33 Cass. Civ., 2 ottobre 2012, n. 16754, con nota di P. Stanzione e G. Salito, in *www.comparazioneDirittocivile.it*

34 P. STANZIONE-G. SALITO, *La tutela del nascituro: una ricorrente vicenda giudiziaria, postille a margine di Cass. Civ., 2 ottobre 2012, n. 16754*, in *www.comparazioneDirittocivile.it*, p. 2; G. LISELLA – F. PARENTE, *La persona fisica e lo status personae*, op.cit., p. 66 ss.

35 E. SEVERINO, *L'embrione e la vita, il paradosso di Aristotele*, in *Il Corriere della sera*, 1.12.2004, l'autore, applicando le logiche sottese al *c.d. Paradosso di Aristotele* giunge ad affermare, per poi negare, la natura umana all'embrione; P. STANZIONE-G. SALITO, *La tutela del nascituro: una ricorrente vicenda giudiziaria, postille a margine di Cass. Civ., 2 ottobre 2012, n. 16754*, op. ult. cit., p. 5 ss.

36 L'O.M.S., o *World Health Organization*, WHO, agenzia specializzata dell'ONU per la salute, fondata il 22 luglio 1946 ed entrata in vigore il 7 aprile 1948 con sede a Ginevra, si prefissa il raggiungimento del livello più alto possibile di salute, come condizione di completo benessere fisico, mentale e sociale (come da atto costitutivo e Statuto). A. VESTO, *La posizione del concepito privato del rapporto genitoriale a causa di un illecito altrui*, in *www.comparazioneDirittocivile.it*, p. 5 ss.

contenuta nell'art. 13 L. 40/2004 garantisce la tutela della salute dell'embrione e del suo sviluppo, *ergo*, l'embrione è portatore di diritti soggettivi³⁷ al pari della persona umana, perchè è già vita e non *in divenire*.

Raccordare quello che appare un dato naturale e scientifico inconfutabile, con il sistema normativo attuale è impresa di non poco conto laddove non può non ammettersi l'evidente incongruenza e contraddizione in cui è incorso il legislatore nel qualificare giuridicamente l'embrione.

³⁷ A. VESTO, *La posizione del concepito privato del rapporto genitoriale a causa di un illecito altrui*, op. ult. cit., p. 5 ss.

CAPITOLO SECONDO
L'EMBRIONE SOGGETTO DI DIRITTI?
LA POSIZIONE DELLA DOTTRINA

CAPITOLO SECONDO
L'EMBRIONE SOGGETTO DI DIRITTI?
LA POSIZIONE DELLA DOTTRINA

Sommario: 1. Cosa si intende per embrione. - 2. Capacità giuridica e vita nascente: evoluzione di un istituto. - 3. Capacità e soggettività: qualifiche attribuibili all'embrione? - 4. Superamento del concetto di soggettività ed approdo ai valori della dignità e del diritto alla vita.

1. Cosa si intende per embrione.

Una corretta ed esaustiva indagine sulla figura dell'embrione³⁸ non può prescindere dal dato scientifico atteso che la scienza legittima il diritto, il diritto valida la scienza.³⁹

38 Dal greco “*en brion*”, “fiorisco dentro”

39 S. RODOTÀ – M. TALLACCHINI, *Scienza, diritto e democrazia*, in *Trattato di biodiritto*, S. Rodotà e P. Zatti (diretto da), Milano, 2010, p. LI. Gli AA. precisamente argomentano “nelle società *knowledge-based*, la scienza è diventata una fonte diretta di produzione di conoscenza autorevole per il diritto, mentre il diritto è diventato un fattore determinante della validazione del sapere scientifico. Ciò che ne risulta è un processo articolato, di co-produzione, tra scienza e diritto, in cui da un lato la conoscenza del contesto normativo è necessaria alla comprensione della scienza, dall'altro la scienza è la fonte di numerosi cambiamenti normativi”.

In realtà, non esiste una definizione univoca di embrione perché il significato del termine varia a seconda che lo si intenda dal punto di vista biologico o clinico.

In embriologia, la definizione si riferisce al nuovo essere creato dall'unione di un ovocita con uno spermatozoo (embriogenesi). Questa definizione non è però più sufficiente perché è oggi possibile creare embrioni che derivano da un trasferimento nucleare o da partenogenesi indotta, tecniche che non presuppongono una fecondazione classica. Poiché ogni tecnica in grado di produrre un feto a termine deve di necessità passare per uno stadio iniziale che ha tutti i requisiti per essere definito embrione, è logico estendere la definizione anche al prodotto di queste tecniche. L'embrione umano ha origine, quindi, dalla Prima Divisione Mitotica (PDM) dello zigote ed assume tale denominazione quando raggiunge lo stadio in cui compare la prima stria primitiva⁴⁰ (14° giorno dal PDM) e fino a non oltre l'8^a settimana dalla PDM.

Da un punto di vista clinico, invece, viene definito embrione il prodotto del concepimento che non abbia raggiunto il 90° giorno di vita intrauterina, calcolato dall'inizio dell'ultima mestruazione della gestante⁴¹.

40 Al riguardo il premio Nobel Dulbecco si spinge all'estremo dichiarando che “Prima della comparsa della stria primitiva, è persino difficile distinguere un embrione umano da quello di qualsiasi altra specie animale”.

41 Dizionario di Medicina Treccani, Voce Embrione, ed. 2010; Glossario di Bioetica, Voce Embrione, “è l'essere umano dal concepimento fino a 2 mesi di gestazione, che già ha una appartenenza sessuale, che ha un DNA diverso da quello dei genitori, di cui porta solo una traccia”.

Per una nozione giuridica del concetto di embrione dobbiamo far ricorso, invece, alla pronuncia della Corte di Giustizia Europea del 18.10.2011⁴² che, lungi dall'affrontare questioni di natura etica o medica, nella parte motiva, al punto 38, e nelle conclusioni, dichiara “***costituisce un «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***”.

Tale definizione, ampia e generica, va, però, sussunta nel sistema giuridico interno per individuarne la rilevanza ai fini della possibile omologazione nella nozione di persona – soggetto di diritto.⁴³

⁴² Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sentenza nella causa C-34/10 Oliver Brustler/Greenpeace e V., Lussemburgo, 18.10.2011, inerente la domanda di pronuncia pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 6, n. 2, lett. c), della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 6 luglio 1998, 98/44/CE, sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, in GU L 213, p. 13, pubblicata in www.curia.europa.eu, 2011. Per un approfondimento della problematica si rimanda a V. D'ANTONIO, *La brevettabilità del vivente umano: riflessioni di diritto comparato*, Atti del Convegno “Persona e comunità familiare” tenutosi a Salerno il 28-29 Settembre 2012, in www.comparazionedirittocivile.it, p. 18 ss.; C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, p. 45 ss.

⁴³ P. STANZIONE, Voce *Persona fisica (diritto civile)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1990, XXIII, p. 1 ss.; G. LISELLA – F. PARENTE, *La persona fisica e lo status personae*, op. cit., p. 1.

2. Capacità giuridica e vita nascente: evoluzione di un istituto.

I codici civili delle tradizioni europee continentali, inclusi quelli di alcuni paesi latini, da quello italiano a quello spagnolo, così come i codici frutto della scuola pandettistica tedesca, *in primis*, il *Bürgerliches Gesetzbuch*, affermano, *expressis verbis*, che la personalità giuridica si consegue con la nascita⁴⁴, quando, cioè il feto si sia staccato dalla madre e, secondo alcuni, sia “vitale”.⁴⁵

Il concetto di “vitalità” quale elemento per l'acquisizione della capacità giuridica secondo il brocardo “*iure civili infans non vitalis pro nulla persona habetur*”⁴⁶, merita, però, una breve digressione.

Subordinare il riconoscimento della capacità giuridica al feto nato “vivo” e “vitale” significa svuotare di contenuto il concetto di vita.

44 A. SCHUSTER, *Lo status giuridico dell'embrione in ottica comparata*, in *Forum BioDiritto* 2008 – *Perorsi a confronto. Inizio Vita, fine vita e altri problemi*. Dipartimento di Scienze Giuridiche – Università di Trento, (a cura di) C. Casonato, C. Piciocchi, P. Veronesi, Milano, 2009, p. 255 ss.

45 V. IVONE, *Vulnerabilità del corpo e diritto al consenso. Note sull'inizio della vita.*, op. cit., pp. 81 e 82, nota 10, ove, richiamando la pronuncia del Trib. Varese del 14 marzo 2012, ammette che anche la Giurisprudenza si è adeguata ai criteri scientifici di accertamento della nascita, affermando che “La fuoriuscita del feto non è requisito sufficiente per considerare il soggetto nato. E', infatti, necessario l'ulteriore requisito dell'atto respiratorio: il feto, fuoriuscito dall'alveo materno, deve respirare (c.d. fase apnoica della vita extrauterina), anche senza essere, poi, vitale (c.d. Requisito della vitalità: attitudine a vivere di vita autonoma)”; P. RASI, Voce *Capacità giuridica (diritto intermedio)*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, p. 871; D. MAFFEI, *Acquisto della capacità giuridica*, Voce *Capacità (dir. Interm.)*, in *Enc. dir. VI*, Milano, 1977, p. 4.

46 G. B. IMPALLOMENI, *In tema di vitalità e forma umana come requisiti essenziali della personalità*, in *Iura*, 1971, p. 99 ss.; F. MANTOVANI, Voce *Persona (delitti contro la)*, in *Enc. dir.*, (a cura di) A. Falzea-P. Grossi-E. Cheli-R. Costi, *Annali*, Vol. 2°, Milano, p. 847.

Come coerentemente argomentato dalla dottrina tedesca⁴⁷, la rilevanza della vita esclude la rilevanza della vitalità rendendo alternative le nozioni di *Leben* o di *Lebensfähigkeit*. L'art. 1 del BGB rubricato “*Beginn der Rechtsfähigkeit*”⁴⁸, infatti, recita “*Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt*”⁴⁹.

Non mancano, però, esempi in cui, ancora oggi, la vitalità rappresenta requisito per l'acquisizione della qualità di persona per il diritto: ci riferiamo alla legislazione francese⁵⁰ che ha coniato la figura dell'*enfant* nato *viable* e dell'*enfant* nato *non viable*, ossia *sans vie*.

La legislazione italiana, dopo una originaria adesione al concetto di persona viva e vitale presente nell'art. 1083 del Codice Civile del 1865, ha optato per una esclusione di qualsivoglia riferimento alla vitalità, omettendo, all'art. 1 c.c., ogni tipo di definizione del concetto di nascita, limitandosi a ricondurre a tale evento l'acquisizione della capacità giuridica.

47 J. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, Libro 2°, trad. it. C. Fadda-E. Bensa (a cura di), Torino, 1925, p. 194.

48 “Inizio della capacità giuridica”.

49 “La capacità giuridica dell'essere umano inizia con il completamento della nascita”.

50 Cfr. *Article 79-1 Code civil* introdotto dalla *Loi* n° 93-22 dell'8 gennaio 1993 che recita “*Lorsqu'un enfant est décédé avant que sa naissance ait été déclarée à l'état civil, l'officier de l'état civil établit un acte de naissance et un acte de décès sur production d'un certificat médical indiquant que l'enfant est né vivant et viable et précisant les jours et heures de sa naissance et de son décès. A défaut du certificat médical prévu à l'alinéa précédent, l'officier de l'état civil établit un acte d'enfant sans vie. Cet acte est inscrit à sa date sur les registres de décès et il énonce les jour, heure et lieu de l'accouchement, les prénoms et noms, dates et lieux de naissance, professions et domiciles des père et mère et, s'il y a lieu, ceux du déclarant. L'acte dressé ne préjuge pas de savoir si l'enfant a vécu ou non ; tout intéressé pourra saisir le tribunal de grande instance à l'effet de statuer sur la question*”. L'applicazione di tale norma è stata ulteriormente regolta dal *Decrét* n° 2008-800 del 20 agosto 2008 relativo all'applicazione del comma 2° dell'art. 79-1 *Code civil*, a seguito di tre successive decisioni della *Court de Cassation* del 6 febbraio 2008 (nn. 16498 – 16499 – 16500).

Ebbene tale impostazione determinerebbe una sovrapposizione (*rectius*) una confusione fra la nozione di capacità e quella di soggettività-personalità⁵¹ che risulterebbe svuotata di contenuti laddove si subordinasse all'evento della nascita l'acquisto della capacità giuridica (art. 1, co. 1, c.c.). L'esistenza⁵², quindi, diverrebbe scriminante per l'acquisto della capacità giuridica intesa quale attitudine alla titolarità⁵³ di poteri e doveri giuridici⁵⁴, ossia quale astratta⁵⁵ e generica⁵⁶ potenzialità alla titolarità delle situazioni soggettive. Solo con la nascita, quindi, il soggetto diverrebbe portatore potenziale di tutti gli interessi giuridici tutelati dal sistema, nonchè titolare di un insieme di diritti (art. 1 co. 2, c.c.) e di garanzie che si collegano immediatamente alla sua personalità⁵⁷.

51 P. PERLINGIERI e P. STANZIONE, *Manuale di diritto civile*, P. Perlingieri e AA.VV. (a cura di), VI ed., Napoli, 2007, p. 114.

52 P. RESCIGNO, Voce *Capacità di agire*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, p. 209 ss.; N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Vol. I, Milano, 1910, p. 140; F. B. CICALA, *I sommarii*, Vol. VII-XII, parte I, Città di Castello, 1925, p. 307, F. DEGNI, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Tratt. dir. civ.*, F. Vassalli (diretto da), Vol. II, tomo I, Torino 1939, p. 5; F. FERRARA, *Diritto delle persone e di famiglia*, Napoli, 1941 p. 15.

53 P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, op. cit., p. 674. L'A. chiarisce che “per titolarità si intende il legame tra soggetto e situazione soggettiva: essa può essere attuale o potenziale, occasionale o istituzionale, formale o sostanziale, temporanea o non temporanea”. Il concetto va, quindi, tenuto distinto da quello di soggettività; *Id.*, op. cit., p. 283.

54 P. STANZIONE, Voce *Capacità*, in *Enc. giur. Treccani*, V, Roma, 1988, p. 4 ss., *Id.*, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975, p. 37.

55 G. LISELLA – F. PARENTE, *La persona fisica e lo status personae*, op. cit., p. 68, gli AA. chiariscono “La capacità è astratta in quanto preliminare ad ogni altra situazione soggettiva e non attinente a fatti giuridici concreti”.

56 G. LISELLA – F. PARENTE, *La persona fisica e lo status personae*, op. cit., gli AA. chiariscono “La capacità è generica dal momento che consiste in una posizione assunta dalla persona nei confronti dell'intero sistema normativo e non di singole norme”.

57 A. FALZEA, Voce *Capacità (teoria gen.)*, in *Enc. dir. VI*, Milano, 1977, p. 12.

Applicando tale rigido principio alla figura dell'embrione - “vita nascente”⁵⁸ non ancora nata - dovremmo ammettere che lo stesso sarebbe escluso dal novero dei soggetti di diritto, in quanto sprovvisto di capacità giuridica, presupposto dell'imputazione di diritti.

Eppure, in manifesta contraddizione con quanto detto, la legge riconosce al concepito, la capacità di succedere a causa di morte (art. 462 c.c.) e di ricevere per donazione (art. 784 c.c.); capacità attribuita anche al nascituro non concepito, se figlio di una persona determinata al tempo della morte del testatore (art. 462, co. 3, c.c.) o al tempo della donazione (art. 784, co. 1, c.c.), o ancora la possibilità per il genitore di riconoscimento del figlio soltanto concepito e non ancora nato (art. 254 c.c.).

Nel tentativo di superare l'evidente *impasse* creato dalle richiamate discrasie del sistema, che porterebbero a svilire la norma di cui all'art. 1 c.c., la dottrina si è affannata in dispute scientifiche volte a dare soluzione all'atavico dilemma sul concetto di capacità giuridica.

E così abbiamo assistito alla formulazione di espressioni quali “nesso oggettivo di subordinazione logica”,⁵⁹ evoluzione della tesi già elaborata da

58 L'espressione “vita nascente” la troviamo in P. ZATTI, *Il duttile rigore: l'approccio di Giorgio Oppo al diritto alla vita nascente*, op. cit., p. 457 ss.; *Id.*, *Questioni della vita nascente*, in *Trattato di Biodiritto*, S. Rodotà e P. Zatti (diretto da), Tomo II, *Il governo del corpo*, Milano, 2011, p. 1307; G. OPPO, *L'inizio della vita umana*, Relazione al Convegno dell'Accademia Nazionale dei Lincei su “*Il diritto e la vita materiale*” (Roma 23-25 maggio 1982), in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 499 ss. e p. 509; *Id.*, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 533 ss; e ancora in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, p. 83 ss.; F. D. BUSNELLI, *Verso una giurisprudenza che si fa dottrina. Considerazioni in margine al revirement della Cassazione sul danno da c.d. “nascita malformata”*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, N. 6, p. 1522.

59 F. SCARDULLA, Voce *Nascituro* (*dir. Civ.*), in *Enc. giur.*, XXVII, Milano, 1977, p. 543. L'A. ravvisa nell'evento nascita, cronologicante successivo alla volontà del testatore,

Carnelutti che individuava nella chiamata testamentaria del nascituro una “fattispecie a formazione progressiva”⁶⁰ implicante una titolarità *in fieri* dei diritti⁶¹; tesi avversata da chi, invece, ventilava l'ipotesi di una “capacità quiescente o condizionata”⁶² o, meglio ancora, una “capacità giuridica anticipata”⁶³ o “*fictio juris*”,⁶⁴ fino ad ipotizzare fattispecie quali la “delazione differita di eredità”⁶⁵ o, persino, il “negozio a consenso anticipato”,⁶⁶ prendendo a prestito la figura ipotizzata per la vendita di cosa futura.

Lungi dal ritenere esaustivo il richiamo operato alle ricostruzioni dottrinarie offerte, deve ammettersi che la tematica della capacità giuridica solleva un ulteriore aspetto spigoloso connesso alla rilevanza della corporeità che l'art. 1 c.c. sembrerebbe richiedere per il riconoscimento giuridico del soggetto nel processo di normazione dell'esistenza umana⁶⁷.

antecedente logico del negozio voluto, realizzabile solo con l'esistenza in vita del soggetto designato.

60 F. CARNELUTTI, *Nuovo profilo dell'istituzione del nascituro*, in *Foro it.*, 1954, I, col. 57.

61 Per analoghe deduzioni si rimanda a G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, Milano, 2009, p. 162; L. COVIELLO Jr., Voce *Capacità di succedere a causa di morte*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 56.

62 L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte, Parte generale*, Napoli, 1977, p. 154.

63 A. CICU, *Successioni per causa di morte*, in *Trattato dir. civ. comm.*, A. Cicu - F. Messineo (diretto da), Milano, II, 1954, p. 77, *Id.*, *Successioni per causa di morte*, Milano, 2000, p. 70.

64 S. PASSARELLI, *Su un nuovo profilo dell'istituzione dei nascituri*, in *Saggi di diritto civile*, Napoli, II, 1961, p. 747 ss.

65 G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, Milano, 2002, p. 114.

66 D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Napoli, 1978, p. 382; *Id.*, *La compravendita*, in *Trattato dir. civ. comm.*, ed. III, Milano, 1971, p. 178.

67 P. ZATTI, *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, 2009, p. 53 ss; N. IRTI, *La giuridificazione del bios*, op. cit., pp. 339-340, ove l'autore precisa “mentre il vecchio diritto civile accoglieva la vita come semplice durata tra il vivere e il morire (..) oggi il diritto normativizza i due termini estremi va oltre i confini e si fa regola del bios”; G. LISELLA – F. PARENTE, *Persona fisica*, in *Trattato dir. civ.*, P. Pelingieri (diretto da), op. cit., p. 52.

Nella rubrica del titolo I del libro I del c.c., infatti, l'individuo umano viene designato dal legislatore quale “persona fisica”, connotata, cioè, di un supporto organico naturale⁶⁸ che designerebbe l'inizio dell'esistenza della persona nel sistema ordinamentale. La nascita fungerebbe, così, da limite della rilevanza normativa dell'individuo nel mondo della socialità⁶⁹.

Una tale limitata visione dell'uomo–soggetto di diritti, legata alla fisicità della sua nascita, indurrebbe a svilire l'esistenza della vita nascente nel corpo non nato⁷⁰.

Nella dimensione della corporeità non si eguagliano identità genetica, identità corporea ed identità biografica; il processo di *Gestaltung* (formazione) non è irrilevante ma al tempo stesso la continuità non si nega.

E proprio operando un percorso a ritroso nel processo di formazione del corpo dell'uomo, partendo dalla forma e risalendo alla sostanza⁷¹, che potrebbe giungersi alla “giusta verità”⁷². Argomentando per metafore: il seme non è l'albero, così come “chi arrostitisce le castagne non dà fuoco ad un castagneto”, ma “chi brucia un vivaio compie un atto riconducibile – per proporzione – alla distruzione del castagneto”⁷³.

68 C. M. MAZZONI, *Persona fisica*, in M. Bessone (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, XVI ed., Torino, 2009, p. 109.

69 C. M. MAZZONI, *Persona fisica*, in M. Bessone (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, op. ult. cit., p. 110.

70 P. ZATTI, *Questioni della vita nascente*, op.cit., p. 1318.

71 G. OPPO, *L'inizio della vita umana*, op. cit., p. 522.

72 P. ZATTI, *Questioni della vita nascente*, op.cit., p. 1319.

73 L. LOMBARDI VALLAURI, *Riduzionismo e oltre. Dispense di filosofia per il diritto*, Padova, 2002, p. 102 ss.

La storia del corpo nascente va considerata come uno spazio in cui la tutela dei valori dell'uomo si estende secondo un rapporto (*logos*) di proporzione tra qualità del valore da proteggere e qualità della corporeità nascente, permettendo il superamento della barriera della corporeità che condurrebbe all'aberrante conclusione di disconoscere la soggettività del feto ancora unito al corpo materno, ammettendone l'esistenza, la successiva scomparsa e la definitiva nascita, ove estratto dal grembo materno e poi reimpiantato, ed alla fine nato⁷⁴ !!!

E' evidente che tale impostazione ci riporta alla mente le argomentazioni della “teoria organica”⁷⁵ e della “teoria atomistica”⁷⁶ e la loro fallacia nel non ammettere la possibile riconduzione alla “vita non nata” della

74 G. OPPO, *L'inizio della vita umana*, op. cit., p. 523.

75 P. STANZIONE, Voce *Capacità*, cit., p. 4 ss.; A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, p. 43 ss.; S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, p. 64. Secondo la teoria organica, il soggetto è composto da un substrato materiale e dal riconoscimento formale con cui, attribuendosi al substrato di fatto la qualità di persona in senso giuridico, si verifica la penetrazione dell'individuo nel sistema dei fenomeni giuridici.

76 H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. it., Torino, 1966, p. 197. La teoria atomistica kelseniana, estromette l'individuo dal mondo del diritto, in una visione che si limita a cogliere soltanto l'isolato comportamento umano così come previsto e disciplinato dalla singola norma. In argomento si cfr. A. FALZEA, Voce *Capacità (teoria gen.)*, cit., p. 12 ss.; P. RESCIGNO, Voce *Capacità giuridica (dir. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1958, p. 870 ss.; G. SCIASCIA, Voce *Capacità giuridica (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1958, p. 870 ss.; A. BURDESE, Voce *Capacità (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 1 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, IX ed., 1966, p. 24 ss.; P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, op. cit., p. 2 ss.; P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975, p. 2 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica – I soggetti*, Milano, 1978, p. 283 ss.

“titolarità *attuale* di interessi di contenuto elementare [...] legati a valori etici dell'uomo”⁷⁷.

Da qui il postulato che identifica il concetto di personalità, non già con il sinonimo di capacità giuridica o graduazione della stessa, quanto, piuttosto, con quello di indice attributivo dei valori esistenziali dell'individuo, dinamicamente considerato nel suo pieno e libero svolgimento e nell'ottica della sua realizzazione nella vita di relazione.

A differenza, quindi, della capacità giuridica, che presuppone la nascita, la personalità esprime situazioni giuridiche soggettive fondamentali immanenti (art. 2 Cost.) a prescindere dall'esistenza reale ed attuale del soggetto.⁷⁸

La capacità giuridica, diviene, così, immutabile e costante⁷⁹ attributo - in chiave dinamica⁸⁰ - dell'uomo⁸¹ senza identificarsi con la personalità che, quale espressione del principio costituzionale d'eguaglianza⁸², è, invece, coesistente alla persona umana, a prescindere dal suo grado di volontà⁸³.

77 P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Questioni biotecnologiche e soluzioni normative*, Napoli, 2003, p. 15.

78 P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, in *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 13; G. LISELLA – F. PARENTE, *La persona fisica*, op. cit., p. 69.

79 P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, ult. op. cit., p. 40.

80 P. STANZIONE, *Delle persone fisiche*, in P. Cendon (a cura di), *Commentario al Codice Civile (artt. 1-142)*, Milano, 2009, p. 471.

81 P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, op. cit., p. 38.

82 P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, op. cit., p. 43.

83 P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, op. cit., p. 13.

Tale conclusione trova sostegno nel raffronto fra l'art. 2 della Costituzione e l'art. 1 del c.c., laddove sembrerebbe riscontrabile un differente contenuto normativo.

L'art. 2 Cost., infatti, norma a fattispecie aperta⁸⁴, riconoscendo i diritti inviolabili dell'uomo, opera un'implicita ammissione dell'esistenza intrinseca dei diritti esistenziali dell'essere umano che, in una visione giusnaturalistica, vanno intesi come innati⁸⁵, e pertanto, inalienabili, indisponibili, imprescrittibili ed irrinunciabili⁸⁶.

La persona è, quindi, in una visione costituzionalmente orientata, di per sé un valore assoluto⁸⁷ e preminente, a cui l'ordinamento garantisce i diritti essenziali connessi alla sua sfera psico-fisica apprestando una tutela che abbraccia la totalità delle sue manifestazioni.

84 P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, III ed., Napoli, 2006, p. 719; A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur. Traccani*, XI, Roma, 1989, p. 18 ss.; A. BARBERA, *Commento all'art. 2*, in *Comm. cost. Branca*, Bologna-Roma, 1989, p. 65 ss.; P. F. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972, p. 172 ss.; A. PIZZORUSSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Roma, 1978, p. 97; P. RESCIGNO, *Introduzione*, in *Trattato di diritto privato*, Torino, 2005 p. 42.

85 G. LISELLA – F. PARENTE, *La persona fisica*, *op. cit.*, p. 12; 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. 463.

86 P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, *op. cit.*, p. 117; P. STANZIONE, *Voce Capacità (Diritto privato)*, in *Enc. Giur. Treccani*, V, Roma, 1988, p. 1 ss.; P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975, p. 44 ss.; P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 183 ss..

87 G. LISELLA – F. PARENTE, *La persona fisica*, *op. cit.*, p. 12.

Ne discende l'assioma che eleva la personalità e la dignità umana - quali attributi della persona umana⁸⁸ - a rango di valore assoluto⁸⁹ ma rispettivamente in chiave dinamica, per quanto concerne il pieno e libero sviluppo della personalità, ed, all'opposto, in chiave statica, per quanto attiene alla tutela della dignità⁹⁰.

Il raffronto critico fra l'art. 2 e l'art. 3 co. 1° della Costituzione, da una parte, e l'art. 2 con l'art. 3 co. 2 Cost., dall'altra, ci permette, infatti, di apprezzare appieno tale differente profilo di tutela.

Affrontando la prima comparazione è dato riscontrare che l'individuo – già dotato di soggettività in base alla lettura dell'art. 2 Cost. nel solco dell'art. 22 Cost.⁹¹ - trova nelle richiamate norme costituzionali, una tutela “statica” consistente nella protezione della sua essenza di persona rispetto agli altri, vietando ogni discriminazione incompatibile col principio di tutela del diritto alla dignità.

L'art. 3 co. 2 in combinato disposto con l'art. 2 della Costituzione ci fornisce, all'opposto, uno strumento di tutela “dinamico”, “positivo”, volto a realizzare l'eguaglianza c.d. sostanziale dell'individuo, assicurando il completo

88 P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, op.ult.cit., p. 130.

89 P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, cit., p. 128.

90 F. D. BUSNELLI, *Verso una giurisprudenza che si fa dottrina. Considerazioni in margine al revirement della Cassazione sul danno da c.d. “nascita malformata”*, op. cit., p. 1521.

91 V. IVONE, *Vulnerabilità del corpo e diritto al consenso*, op.cit., p. 91. Per un'indagine approfondita sulla posizione dell'art. 22 Cost. rispetto alla materia, si rimanda a F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Vol. I, IX ed., Milano, 1957, p. 218, S. ROMANO, *Ordinamento sistematico del diritto privato*, I, *Diritto obiettivo – Diritto subiettivo*, II ed., F. Romano (a cura di), Napoli, s.a., p. 137; P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, op. cit., p. 83 ss.

svolgimento delle attitudini insite in ciascun uomo attraverso la realizzazione della persona umana.

L'autonomia dei due profili – dignità umana e personalità – come si può ben vedere, finisce, però, per assumere valore unicamente scientifico, atteso che è nella loro unitarietà che si realizza l'effettiva attuazione dei valori esistenziali di cui è portatore la persona umana⁹².

L'art. 1 c.c., invece, concede giuridicità alla persona al momento della nascita, attraverso l'attribuzione della capacità giuridica, quasi in una visione dativa, implicante il disconoscimento, anteriormente all'evento nascita, di una tutela generale dell'essere umano, che, quindi, nella fase pre-natale, sarebbe privo di soggettività⁹³.

L'apparente inconciliabilità fra il dato normativo contenuto nell'art. 1 c.c. ed il principio generale desunto dalla Carta costituzionale, trova soluzione nel superamento della rigida partizione concettuale fra “uomo” e “persona” posta a base dello schema della capacità giuridica⁹⁴.

L'intero assetto costituzionale prescindendo, infatti, dall'individuazione di rigide categorie dogmatiche, tipiche della legislazione codicistica, connotata di un approccio tradizionalmente patrimonialistico⁹⁵, si incentra unicamente sulla qualità di “uomo”, condizione imprescindibile per il riconoscimento della

92 P. STANZIONE, op.ult.cit., pp. 130-131.

93 P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Questioni biotecnologiche e soluzioni normative*, Napoli, 2003, p. 24.

94 V. IVONE, *Vulnerabilità del corpo e diritto al consenso. Note sull'inizio della vita*, op.cit., p. 95.

95 P. STANZIONE, *Costituzione, diritto civile e soggetti deboli*, in www.personaedanno.it, 23 aprile 2010.

qualifica di soggetto di diritto⁹⁶. Ed è proprio il superamento delle dette barriere terminologiche ingenerate dalle sterili disquisizioni sul concetto di “persona” e quello di “uomo”, che permette di orientare la risposta ordinamentale verso le istanze di protezione dei “nuovi deboli”⁹⁷, rinvenendo nelle coordinate costituzionali del diritto al rispetto della dignità umana⁹⁸, l'esplicito riconoscimento della soggettività giuridica spettante all'uomo quale “essere vivente in perenne sviluppo”.

L'art. 1 c.c. diviene, così, strumento attraverso il quale l'uomo è accolto nel mondo del diritto nella sua totalità, fisica e psichica⁹⁹.

Argomentando con Parmenide, “l'essere è ciò che è”¹⁰⁰ ed il legislatore non può che seguirne la continua evoluzione¹⁰¹.

96 P. STANZIONE, Voce *Persona fisica*, cit., p. 1 ss.

97 P. STANZIONE, *Costituzione, diritto civile e soggetti deboli*, op. cit., p. 4.

98 P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, cit., p. 111.

99 P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, op. cit., p. 82; *Id.*, *Capacità*, in *Studi di diritto civile*, op. cit., p. 36.

100 “ἢ μὲν ὅπως ἔστιν τε καὶ ὥς οὐκ ἔστι μὴ εἶναι” (è, e non è possibile che non sia) ἢ δ' ὥς οὐκ ἔστιν τε καὶ ὥς χρῆν ἔστι μὴ εἶναι (non è, ed è necessario che non sia). PARMENIDE DI ELEA, *Sulla natura* (*Περὶ Φύσεως*), fr. 2, vv. 3-5, Raccolta *Diels Kranz*, Fonti: Simplicio, *Phis*, 116, 25. Proclo, Comm. al Tim.

“Εἰ δ' ἄγ' ἐγὼν ἐρέω, κόμισαι δὲ σὺ μῦθον ἀκούσας, αἴπερ ὁδοὶ μοῦναι διζήσιός εἰσι νοῆσαι· ἢ μὲν ὅπως ἔστιν τε καὶ ὥς οὐκ ἔστι μὴ εἶναι, Πειθοῦς ἔστι κέλευθος - Ἀληθείη γὰρ ὀπηδεῖ - , ἢ δ' ὥς οὐκ ἔστιν τε καὶ ὥς χρῆν ἔστι μὴ εἶναι, τὴν δὴ τοι φράζω παναπευθεῖα ἔμμεν ἀταρπὸν· οὔτε γὰρ ἄν γνοιῆς τό γε μὴ ἔδον - οὐ γὰρ ἀνυστόν - οὔτε φράσαις... τὸ γὰρ αὐτὸ νοεῖν ἔστιν τε καὶ εἶναι” [...Orbene io ti dirò, e tu ascolta accuratamente il discorso, quali sono le vie di ricerca che sole sono da pensare: l'una che "è" e che non è possibile che non sia, e questo è il sentiero della Persuasione (infatti segue la Verità); l'altra che "non è" e che è necessario che non sia, e io ti dico che questo è un sentiero del tutto inaccessibile: infatti non potresti avere cognizione di ciò che non è (poiché non è possibile), né potresti esprimerlo. ... Infatti lo stesso è pensare ed essere].

101 P. STANZIONE, *Costituzione, diritto civile e soggetti deboli*, op. cit., p. 10.

3. Capacità e soggettività: qualifiche attribuibili all'embrione?

Considerato il primato della persona umana nel quadro dei valori costituzionali, la soggettività, quale diritto inviolabile della persona, assurge a valore strutturale del soggetto, configurandosi quale diritto naturale assoluto ed esclusivo, inviolabile ed intangibile¹⁰² della persona. In questo senso, se la capacità di diritto è da intendersi come “punto di legittimazione soggettiva di conseguenze giuridiche”¹⁰³, inevitabilmente non può essere scissa dalla soggettività, che configura il concetto attraverso il quale si esalta la riconduzione al soggetto delle manifestazioni che da essa discendono¹⁰⁴.

Da qui l'equivalenza fra “persona” ed “uomo”¹⁰⁵.

Il riconoscimento dell'uomo in quanto tale, infatti, implica l'automatica attribuzione della titolarità di quell'insieme di diritti immanenti alla persona volti a connotarla come tale.

E proprio richiamando il processo di formazione del corpo umano attraverso il già menzionato percorso a ritroso, deve ammettersi che “l'essere umano è legato *in toto* al fattore genetico umano che si determina

102 P. PERLINGIERI e P. STANZIONE, *Manuale di diritto civile*, P. Perlingieri e AA.VV. (a cura di), op. cit., p. 114.

103 A. FALZEA, Voce *Capacità (teoria gen.)*, cit., p. 15.

104 G. BALLARANI, *La Cassazione riconosce la soggettività giuridica del concepito: indagine sui precedenti dottrinali per una lettura “integrata” dell'art. 1 c.c.*, nota a Cass. Civ., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Dir. fam. pers.*, 2009, fasc. 3, pt. I, p. 1159 ss.

105 C. M. MAZZONI, *La tutela reale dell'embrione*, in *Bioetica. Rivista interdisciplinare*, Vol. XII, N. 1, 2004, I, pp. 10-24.

nell'embrione; quest'ultimo non è mera *spes hominis*, bensì *species hominis*, trovando collocazione nel *continuum* del processo evolutivo umano che inizia con la fusione dei gameti e termina con la morte”¹⁰⁶.

Ciò posto, la nascita, quale distacco dal grembo materno¹⁰⁷, è uno stadio evolutivo dell'esistenza, che individua nel concepimento il suo principio.

Lo stesso concetto di evoluzione presuppone un'esistenza in atto.

Evolve ciò che già esiste, non una teorizzazione astratta di futura potenzialità.

In questo contesto l'embrione, racchiudendo in sé l'essenza umana¹⁰⁸, è già persona e quindi, secondo le argomentazioni suddette, soggetto di diritto¹⁰⁹.

Ne discende che, in quanto dotato di soggettività giuridica, l'embrione è “vita”.

E' evidente, che le argomentazioni svolte per giungere all'asserita immanenza della soggettività, quale diritto inviolabile della persona, presuppongono il superamento della “teoria organica” e della “teoria atomistica” quali modelli teorici di ricostruzione della nozione di capacità e di soggettività.

106 G. BALLARANI, *La Cassazione riconosce la soggettività giuridica del concepito: indagine sui precedenti dottrinali per una lettura <<integrata>> dell'art. 1 c.c.*, nota a Cass. Civ., 11 maggio 2009, n. 10741, op.ult.cit., p. 1196; per completezza si richiama anche G. OPPO, *Ancora su persona umana e diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 259 ss., ove si legge “l'embrione non è una persona [...], questo nulla toglie alla dignità di una realtà nella quale vi è già tutto l'uomo futuro”.

107 F. SCARDULLA, *Voce Nascita (dir.civ.)*, in *Enc.dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 520 ss.

108 V. IVONE, *Vulnerabilità del corpo e diritto al consenso*, op. cit., p. 134.

109 Cass. Civ., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 1258 ss., ove il concepito viene riconosciuto dotato di un'autonoma soggettività giuridica in quanto “titolare, sul piano esistenziale, di alcuni interessi personali in via diretta, quali il diritto alla vita, e quelli alla salute o integrità psico-fisica, all'onore o alla reputazione, all'identità personale”.

Si pone, quindi, all'attenzione del giurista, la necessità di operare una “qualificazione giuridica” della vita nascente, ossia la sussunzione della vita prenatale sotto comuni elementi idonei a equipararla al concetto di “persona” quale “centro di imputazione di diritti e rapporti”¹¹⁰.

Posto di fronte a tale questione, il lessico della soggettività si scopre contraddistinto da una grave forma di indeterminatezza, generata dall'inadeguatezza delle risorse concettuali di cui il giurista dispone per accostarsi ai problemi biogiuridici. Tale inadeguatezza permea tutte le fattispecie di inizio vita: dalla fecondazione in vitro alla clonazione umana; dalla ricerca scientifica sugli embrioni e sul tessuto embrionale alla diagnosi prenatale; dall'aborto terapeutico ai casi di vita non desiderata (*wrongful life*)¹¹¹.

Per accostarsi a tali problematiche, occorre chiarire quale funzione svolge l'atto di qualificazione della vita prenatale, che tipi di qualificazione sono adottati dal legislatore e dalla giurisprudenza, e quali sono le loro conseguenze normative.

Dal punto di vista della teoria generale del diritto, per godere di tutela giuridica, la vita umana deve assurgere a categoria riconosciuta dal diritto.

Il concetto di soggettività costituisce - tradizionalmente - lo strumento attraverso il quale tale qualificazione viene operata conducendo all'individuazione dei termini “essere umano”, “individuo” e “persona” quali sinonimi di “centro di imputazione di diritti e rapporti”.

110 D. CANALE, *La qualificazione giuridica della vita umana prenatale*, in *Trattato di Biodiritto*, S. Rodotà e P. Zatti (diretto da), Tomo II, op. cit., p. 1256 ss.

111 D. CANALE, op. ult. cit., p. 1254.

Molteplici ed a volte contraddittorie, appaiono, però, le ragioni sottese a tale qualificazione giuridica, tali da consentirci una classificazione in due categorie generali riconducibili, rispettivamente, ad una *concezione essenzialista* del vivente, contrapposta ad una *concezione nominalista* della vita prenatale.

In base alla concezione essenzialista, l'accertamento di un insieme di proprietà naturali in capo al vivente costituirebbe una fonte immediata di diritti ed obblighi giuridici; laddove, per la concezione nominalista, la qualificazione giuridica deriverebbe da un atto ascrittivo di diritti e rapporti.

Tale diversa impostazione metodologica attiene, però, unicamente alle ragioni morali e/o scientifiche che concorrono a giustificare la qualificazione giuridica della vita umana e non vanno confuse con l'atto di qualificazione, il quale ha natura meramente nominalistica e vincola i consociati in modo diverso rispetto alle ragioni sottostanti.

Con ciò non si intende escludere che il diritto possa subire influenze morali, scientifiche o religiose, ma solo evidenziare che gli innumerevoli rapporti che il diritto intrattiene con la morale, influenzano la giustificazione delle norme giuridiche ma non la loro esistenza e validità.

Come detto in precedenza, il lessico giuridico ricorre alla formulazione di termini quali “essere umano”, “individuo”, “persona” e “soggetto di diritto”, per qualificare la vita umana prenatale. Tali espressioni, però, non vanno ritenute puramente e semplicemente sinonimi di uno stesso concetto, dovendo, all'opposto, ravvisarsi la presenza di caratteri contenutistici differenti.

Per comprendere appieno il connotato giuridico di tale differenziazione, è opportuno richiamare alla mente la distinzione operata nella filosofia morale fra i termini “sottili”¹¹² (*thin*) ed i termini “spessi”¹¹³ (*thick*) utilizzati con riferimento al contenuto descrittivo dei concetti normativi.

Tale distinzione, infatti, ricondotta nel linguaggio giuridico, consente di distinguere il contenuto prescrittivo dei concetti normativi, consentendone la distinzione fra mera idoneità e vera e propria titolarità di diritti ed obblighi.

Esempio concreto di tale divergenza prescrittiva va rinvenuto nella contrapposizione dei termini “essere umano” ed “individuo”, da una parte, e “persona” e “soggetto di diritto”, dall'altra.

Discorrendo di vita prenatale, infatti, il ricorso ai termini “essere umano” o “individuo” operato dai giuristi, presuppone l'implicita attribuzione alla suddetta figura, di una mera attitudine ad essere partecipe di una relazione disciplinata dal diritto, implicante un generico dovere dell'ordinamento di garantirne tutela senza determinarne forma ed intensità.

Una siffatta qualificazione giuridica, però, proprio perchè operata attraverso l'uso di predicati “sottili”, fornisce una tutela incompleta, dovendo sottoporsi ad un'ulteriore qualificazione legislativa o giurisdizionale, il contenuto e l'intensità di tale eventuale tutela.

112 Un termine “sottile” esprime un concetto normativo, utilizzato cioè per guidare l'agire individuale, il cui contenuto descrittivo è assai ridotto e dunque compatibile con un'ampia gamma di comportamenti regolati.

113 Un termine “spesso” esprime invece un concetto normativo che possiede un consistente contenuto descrittivo.

Il ricorso, invece, all'uso di termini “persona” o “soggetto di diritto”, all'opposto, consente il riconoscimento alla vita prenatale, di diritti e doveri garantiti dall'ordinamento nel suo complesso, con la conseguenza che la semplice qualificazione giuridica, implica l'ascrizione di diritti soggettivi.

Ne discende che, il ricorso all'uso di predicati “spessi” nella qualificazione della vita nascente, rende meno flessibili le relazioni soggettive nelle quali la vita individuale si trova coinvolta prima della nascita, ingenerando maggiori vincoli per i soggetti che sono partecipi di tali relazioni. Da ciò scaturiscono inevitabili condizionamenti nei rapporti fra le fonti del biodiritto.

Per comprenderne le conseguenze giuridiche occorre, innanzitutto, distinguere fra fonti vincolanti e fonti non vincolanti (*soft law*).

Appartengono alla prima categoria le disposizioni giuridiche in senso stretto, connotate, fra loro, da un vincolo di subordinazione gerarchica implicante un riconoscimento apicale alle fonti costituzionali e sovra-nazionali ed un rango inferiore alle fonti legali e regolamentari.

Le fonti non vincolanti sono, invece, costituite da disposizioni deontologiche, regole programmatiche, finali e tecniche che non attengono all'ordinamento giuridico ma, comunque, condizionano la produzione e l'interpretazione delle disposizioni giuridiche.

Nell'ambito delle fonti vincolanti, l'uso di qualificazioni “sottili” o “spesse”, ingenera conseguenze nell'ambito dei rapporti gerarchici fra fonti di rango differente.

Ed infatti, laddove le fonti di rango sovra-nazionale o costituzionale facessero ricorso a predicati “sottili” nella qualificazione del valore della vita prenatale, il legislatore ordinario avrebbe la possibilità di utilizzare predicati “spessi” per configurare lo statuto giuridico della vita nascente, senza incorrere in antinomie con le fonti superiori, attesa la flessibilità ed indeterminatezza semantica offerta dalle espressioni adoperate dalle fonti superiori.

Nell'ipotesi opposta in cui, invece, le fonti di rango superiore ricorressero a qualificazioni “spesse” nella determinazione della vita prenatale, alle fonti di grado inferiore residuerebbe il compito di specificare i contenuti della tutela nei limiti imposti dalle fonti superiori. E così, ove l'embrione venisse qualificato, a livello costituzionale, quale “persona”, e tale termine fosse utilizzato con l'accezione qualificativa “spessa”¹¹⁴, il legislatore ordinario si vedrebbe circoscritto il proprio margine di operatività, dovendo attenersi alle norme e disposizioni immanenti nell'ordinamento che si richiamano al concetto di persona.

Non altrettanto divergente risulterebbe, invece, il margine di discrezionalità riconosciuto al Giudice in sede di interpretazione ed applicazione della norma nelle due ipotesi prospettate in precedenza atteso che, sia di fronte a qualificazioni “sottili” che “spesse” il Giudice conserva un

114 E' il caso dell'ordinamento irlandese, la cui costituzione recita all'art. 40.3.3 “*The State acknowledges the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right to life of the mother, guarantees in its laws to respect [...] that right*”. In questo contesto l'ascrizione al non-nato del diritto alla vita rende possibile, sotto il profilo concettuale, la qualificazione dell'embrione come persona fin dal concepimento già a livello costituzionale. La *Supreme Court* irlandese ha tuttavia fino ad oggi negato all'embrione la qualifica di “*unborn child*” e, dunque, di persona. Cfr. Roche v. Roche & ors., in *IESC*, 2009, p. 82.

rilevante margine di autonomia interpretativa nella soluzione della fattispecie concreta, ricorrendo - nel primo caso - all'uso del criterio di interpretazione sistematica o teleologico-oggettiva basata sul ricorso ai principi inespressi dell'ordinamento e - di fronte ad espressioni a contenuto "spesso" - operando attraverso il procedimento analogico o di interpretazione estensiva per colmare lacune e risolvere antinomie.

Discorso differente va affrontato per quanto concerne i rapporti fra fonti vincolanti e fonti di *soft law* in presenza di qualificazioni "sottili" o "spesse".

Nel primo caso, le fonti non vincolanti, infatti, vengono usate dal legislatore quale strumento attuativo di scelte politiche costituzionalmente orientate, e dal Giudice quale criterio di bilanciamento dei principi costituzionali coinvolti¹¹⁵, mentre, rispetto a qualificazioni "spesse" le fonti di *soft law* perdono rilevanza *de facto*, venendo impiegate in via residuale solo per la ricostruzione della *ratio legis* e della *ratio iuris* della norma.

Individuati gli aspetti problematici della qualificazione giuridica dell'embrione e l'incidenza del lessico giuridico sulla formulazione e, quindi, sull'interpretazione ed attuazione delle norme, procediamo alla verifica di

115 La Prima Sezione della Cassazione Civile ha sostenuto, sulla base di quanto argomentato in ordine alla funzione rivestita dalle fonti non vincolanti rispetto a predicati "sottili" adoperati da fonti di rango superiore, che sebbene la Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina non sia stata ancora ratificata dallo Stato Italiano, "da ciò non consegue che sia priva di alcun effetto nel nostro ordinamento". A tale Convenzione che conserva il rango di fonte di *soft law*, può essere attribuita "una funzione ausiliaria sul piano interpretativo: esso dovrà cedere di fronte a norme interne contrarie, ma può e deve essere utilizzato nell'interpretazione di norme interne al fine di dare a queste una lettura il più possibile ad essa conforme". Cass. Civ., Sez. I, 16.10.2007, n. 21748, par. 7.2 (Sentenza Englaro).

quanto teorizzato attraverso il riscontro dei termini “essere umano”, “persona” e “non-persona” ricorrenti nelle fonti nazionali ed internazionali.

L'espressione “essere umano” è una qualificazione a contenuto “sottile” tipica della legislazione sovranazionale. Con essa si suole indicare qualsiasi individuo appartenente alla specie umana, e quindi centro di imputazione di diritti soggettivi in genere.

Relativamente alla nostra indagine, l'utilizzo del termine “essere umano” come identificativo della figura dell'embrione, consente una qualificazione indeterminata ed incompleta che, per produrre effetti, deve essere accompagnata da un'ulteriore qualificazione che ne specifichi i contenuti. Tale qualificazione trova sostegno nei valori fondamentali dell'ordinamento, tra i quali primeggia il valore giuridico della dignità¹¹⁶.

Tale valore ha trovato ampio riconoscimento sia nelle fonti di rango costituzionale che in quelle sovra-nazionali ed internazionali.

Riscontriamo, infatti, il richiamo al valore della dignità umana, sia nel Preambolo della Carta delle Nazioni Unite del 26.06.1945¹¹⁷, sia nella Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo firmata a Parigi il 10.12.1948¹¹⁸,

116 D. CANALE, *La qualificazione giuridica della vita prenatale*, op. cit., p.1276; P. BECCHI, *Il principio dignità umana*, Brescia, 2009, p. 98 ss.; A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Bari, 2010, pp. 54 e 55, ove richiama l'espressione kantiana “L'umanità è in se stessa una dignità”, tratto da I. KANT, *Metafisica dei costumi. Elementi dell'etica*, parte II, cap. I, par. 38, Merker, Bari, 1970 (a cura di), pp. 333 e 334.

117 Nel secondo capoverso si legge che i popoli delle Nazioni Unite si impegnano “a riaffermare la fede nei diritti fondamentali dell'uomo, nella dignità e nel valore della persona umana, nell'eguaglianza dei diritti [...]”.

118 Sia nel Preambolo che nell'art. 1, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite promuove il rispetto della dignità umana affermando testualmente “Considerato che il riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana [...]”.

così come nella generalità dei trattati internazionali¹¹⁹ e dei testi Costituzionali¹²⁰.

Ebbene, tale valore, per sua natura, indefinibile in maniera assoluta, può essere valutato secondo tre accezioni differenti, frutto dell'elaborazione giuridica moderna.

Sotto il profilo morale, infatti, la dignità assurge a parametro di valori spirituali e trascendenti dell'uomo; dal punto di vista giuridico, il valore di dignità viene associato al primato delle libertà individuali, ed infine, secondo

costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo” [...] “Tutti gli essere umani nascono liberi ed uguali in dignità e diritti”.

119 Trattato di Lisbona del 1.12.2009, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 14.12.2007.

120 L'art. 1 della Legge fondamentale della Repubblica Federale Tedesca recita “La dignità dell'uomo è intangibile. Rispettarla e proteggerla è obbligo di tutto il potere statale”. Riguardo la garanzia costituzionale tedesca della dignità umana (*Menschenwürde*), utilizzando una formula kantiana, Günther Dürig sostiene che la Legge Fondamentale (*Grundgesetz*) vieta di “degradare l'uomo concreto a oggetto, semplice strumento, entità fungibile”, di trattarlo cioè come una *res* o un animale. La dignità è una qualità di soggetto insopprimibile, inalienabile ed irrinunciabile, ma può essere violata nella sua pretesa di rispetto (*Achtungsanspruch*) e di protezione (*Schutzanspruch*), pretesa che peraltro ha giustificato anche la configurazione di appositi reati. Sul punto cfr. G. DÜRIG, *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1956, 81, 117ss. Più diffusamente cfr. M.T. MAUNZ, G. DÜRIG, R. HERZOG, R. SCHOLZ, *Art. 1*, in *Grundgesetz: Kommentar*, München, 2003. L'art. 1 della Costituzione della Repubblica portoghese proclama: “Il Portogallo è una Repubblica sovrana, fondata sulla dignità della persona umana e sulla volontà popolare ed è impegnata nella costruzione di una società libera, giusta e solidale”. Il testo della Costituzione portoghese è consultabile, in lingua portoghese, sul sito web <http://didattica.spbo.unibo.it/pais/ceccanti/dispense/constpt2005.pdf>. La Costituzione spagnola sancisce tale principio nell'art. 10. Il testo della Costituzione spagnola è consultabile, in lingua italiana, sul sito web http://www.boe.es/datos_iberlex/normativa/TL/ConstitucionITALIANO.pdf.

un'accezione di ispirazione illuministica, l'idea di dignità rinvia al concetto di autodeterminazione¹²¹.

Negli ordinamenti contemporanei, queste tre accezioni di cui può connotarsi il valore della dignità umana rispetto alla figura della vita prenatale, possono coesistere e/o modularsi in maniera difforme, influenzando e giustificando forme diverse di tutela.

In materia di sperimentazione sugli embrioni umani, ad esempio, la legislazione italiana¹²² e quella tedesca¹²³, aderendo ad una visione trascendente della natura umana, limitano la libertà di ricerca in questo campo, operando una scelta di preminenza dei valori esistenziali, morali e spirituali dell'“essere umano” laddove, il legislatore del Regno Unito¹²⁴ e della Spagna¹²⁵, aderendo ad un approccio illuminista della materia, disconosce all'embrione il potere di autodeterminazione ed autocoscienza, giungendo a scelte differenti.

E' evidente che laddove le diverse accezioni specificate del concetto di “essere umano” riescano a coesistere, potremmo assistere ad una pluralità di scelte normative orientate secondo la qualificazione attribuita al valore della dignità; ove, all'opposto, si desse preminenza ad una sola di tali componenti

121 F. D. BUSNELLI, *Verso una giurisprudenza che si fa dottrina. Considerazioni in margine al revirement della Cassazione sul danno da c.d. “nascita malformata”*, op. cit., p. 1519.

122 Art. 13 L. 19 febbraio 2004 n. 40 in <http://www.camera.it/parlam/leggi/04040L.htm>.

123 *Embryonenschutzgesetz*, del 13 dicembre 1990, § 2 in <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/eschg/gesamt.pdf>.

124 *Human Fertilization and Embriology Act 1990*, Allegato 2, Paragrafo 3 e nel regolamento attuativo *Human Fertilisation and Embryology (Research Purposes) Regulations 2001*.

125 L. 14 del 2006, artt. 14-16, in http://www.camera.it/cartellecomuni/leg16/files/pdf/LS2006_3.pdf.

semantiche, si assisterebbe ad una inversione di tendenza imponendo scelte legislative giustificative del valore giuridico imposto.

Discorso diverso va effettuato relativamente all'uso del termine “persona” e del suo opposto “non-persona” che, come anticipato, assumono negli ordinamenti contemporanei una qualificazione “spessa”.

Nel linguaggio tecnico-giuridico il termine “persona” ha una valenza più ristretta rispetto a quella attribuita alla qualifica di “essere umano”, costituendo “un centro di interessi giuridici che riceve dal diritto una protezione unitaria ed organica”¹²⁶.

A differenza di quanto argomentato relativamente alle forme ed all'intensità di tutela prevista per le qualificazioni “sottili”, l'uso del termine “persona” nella sua accezione “spessa”, realizza una qualificazione più rigida, imponendo uniformità di tutele ai soggetti che ne sono destinatari.

Lungi dal ripercorrere l'evoluzione delle tutele apprestate alla “persona” in funzione della sua qualificazione, ora come *homo*¹²⁷, ora nelle varie manifestazioni di *status* personali¹²⁸, fino al concetto di “soggetto unico di diritto” capace di assumere in astratto qualsiasi ruolo sociale¹²⁹, oggi assistiamo

126 P. ZATTI, *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, 2009, p. 10; *Id.*, *Persona giuridica e soggettività. Per una definizione del concetto di persona nel rapporto con la titolarità delle situazioni soggettive*, Padova, 1975.

127 *Homo* inteso come l'uomo-individuo, espressione meramente biologica. Cfr. *Institutiones* di Gaio, che, nel II sec. d. C., parlava di *personae* anche riguardo agli schiavi: *Gai* 1.9: *et quidem summa divisio... personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi*. Dal brano si suole dedurre un significato generico di persona, senza implicazioni giuridiche.

128 U. AGNATI, *Persona iuris vocabulum. Per una interpretazione giuridica di <<persona>> nelle opere di Gaio*, in *Riv. dir. rom.*, 2009, 9, pp. 1-41.

ad un ampliamento di tali tutele¹³⁰ che, proprio grazie alla qualificazione “spessa”, ne garantiscono un sistema egualitario¹³¹. Come detto, tale qualificazione determina un irrigidimento delle forme di tutela riducendo il margine di indeterminatezza ed incertezza connesso alla ricostruzione giuridica della vita prenatale, incorrendo, però, nel rischio opposto di non riuscire a proteggere interessi non riconducibili nell'alveo del concetto di “persona”.

Proprio per far fronte a tale problematica si fece strada in dottrina e giurisprudenza la tesi che qualificava la vita prenatale in termini negativi come “non persona” e “non soggetto”¹³² non per disconoscerne rilevanza giuridica, quanto piuttosto per diversificarla dalla vita di tipo personale e soggettivo, ed inquadrarla fra gli oggetti di tutela. Da qui l'espressione “cosa protetta”¹³³ che accentuava la concezione strettamente proprietaria della vita prenatale¹³⁴. Si pensi alla disciplina inglese sulla fecondazione assistita che consente ai genitori

129 Una panoramica dello *status doctrinae* sul punto e più in generale sulle persone in diritto romano è offerta dall'Albanese, *Le persone nel diritto privato romano* (1979), p. 15 e i capitoli II-IV, V, VII; Id., v. *Persona (diritto romano)*, ED. XXXIII, 1983, pp. 169 ss.

130 S. RODOTA', *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007, p. 24 ss.

131 Sui pericoli associati alla differenziazione delle tutele personali, la quale si presta ad essere utilizzata come strumento di selezione ed esclusione, si veda, R. ESPOSITO, *Terza persona. Politica della vita e filosofia dell'impersonale*, Torino, 2007.

132 J. CARBONNIER, *Sur les traces du non-sujet de droit*, in *Archives de Philosophie du droit*, 1989, 34, p. 197 ss.; Id., in *Flexible droit*, L.G.D.J., 2001, p. 233.

133 C. FLAMIGNI, *La questione dell'embrione*, Milano, 2010, pp. 220-221; Y. THOMAS, *Le sujet de droit, la personne e la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit*, in *Le Débat*, 1998/3, n° 100, pp. 85-107.

134 M. FORD, *A property model of pregnancy*, in *International Journal of Law in Context*, pp. 261-293, published online in www.journals.cambridge.org, 30 January 2006.

– quali proprietari dell'embrione crioconservato – di revocare il consenso alla conservazione autorizzandone la distruzione¹³⁵.

Sicuramente distante dalla nostra tradizione giuridica è tale impostazione che, riproponendo la sterile contrapposizione fra *personae* e *res* di stampo giustiniano, porta ad equiparare l'embrione ad una *res*.

Più conforme ai valori personalistici e solidaristica di stampo costituzionale è la tesi contrapposta che, nel qualificare l'embrione con espressioni quali “quasi-persona” o “persona virtuale”¹³⁶, opera una graduazione di tutela in base alle trasformazioni biologiche che connotano le fasi della vita prenatale¹³⁷.

Ma siffatta soluzione, determinando una segmentazione teorica dell'evoluzione biologica dell'essere umano senza, però, concreto riguardo della continuità evolutiva embrionale¹³⁸, rischia di affievolire l'intensità della

135 Cfr. *Human Fertilisation and Embriology Act*, 1990 emendato nel 2008. Per una trattazione completa si rimanda a L. BOZZI, *Il consenso al trattamento di fecondazione assistita tra autodeterminazione procreativa e responsabilità genitoriale*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, AA.VV., Tomo I, Milano, 2008, p. 167 ss.

136 C. M. MAZZONI, *La tutela reale dell'embrione*, op. cit., pp. 10-24.

137 Tipica, sotto questo profilo, è l'attribuzione di intensità di tutela progressivamente maggiore in rapporto alla durata della vita prenatale secondo una scansione temporale suddivisa in tre fasi: 1) dal concepimento alla formazione della prima stria primitiva (quattordicesimo giorno dalla PDM); 2) dall'inizio della fase fetale fino al momento della vitalità del feto (ventunesima settimana ca.); 3) dalla ventunesima settimana al momento della nascita. Per un esame dettagliato delle problematiche connesse a tale trattazione si rimanda a S. F. GILBERT - A. L. TYLER - E. J. ZACKIN, *Bioethics and the New Embriology: Springboards for Debate*, Sunderland (Mass), Sinauer Ass., 2005.

138 Per una critica alla tesi continuista si rimanda a P. LEE, *Abortion and Unborn Uman Life*, Washinton, *Catholic University of America Press*, 1996. L'autore chiarisce che l'argomento continuista, utilizzato per giustificare il carattere personale dell'embrione e del feto, giustifica allo stesso modo la qualificazione della vita prenatale come “cosa protetta”,

tutela giuridica che, in mancanza di una soggettività comune a tutte le fasi evolutive della vita embrionale, finisce per divenire inefficace ed ingiusta.

Affrontare la problematica *de qua* attraverso il lessico della soggettività, significa mantenere l'angolo prospettico rivolto alla qualificazione giuridica riconosciuta alla vita prenatale; ma continuando a discorrere di diritti e di poteri non riusciremmo a superare le inevitabili discrasie del sistema giuridico.

Ed, infatti, in tema di fecondazione in vitro¹³⁹ o aborto, procedendo secondo i parametri della qualificazione giuridica - in negativo¹⁴⁰ - dell'embrione, ossia disconoscendo alla vita prenatale il connotato di persona, dovremmo ammettere che il legislatore ha imposto al destinatario della norma, un divieto di esercitare una *facultas* soggettiva, quindi, a rivendicare il diritto alla vita *erga omnes*; laddove, ritenendo la norma attributiva di poteri di natura pubblicistica, dovremmo ammettere che la stessa attribuisce alla donna – nel caso dell'aborto – ed ai donatori di gameti - nel caso di fecondazione in vitro - una *potestas* sull'embrione.

A conseguenze opposte perverremmo, invece, laddove riconoscessimo qualifica personale all'embrione. In tale ipotesi, infatti – nell'ottica dei diritti – potremmo ravvisare nella norma un insieme di obblighi *erga omnes* che nascono dall'ascrizione di uno o più diritti soggettivi. La norma finirebbe, in sostanza, per attribuire allo Stato un potere prevalente sull'autodeterminazione

vale dire la negazione della personalità dell'embrione equiparato a *res*.

139 Cfr. *Human Fertilisation and Embriology Act* del 1990 emendato nel 2008.

140 Cfr. i casi : *Davis v. Davis* 842 S. W.: 2nd 588 (Tenn. 1992); *Kass v. Kass*, 696 N.E. 2nd 174 (N.Y. 1998); *Hech v. Superior Court* 20 Cal Rptr 2 d 275 (Ct App 1993); *Evans v. Amicus Healthcare Ltd.* (2004) E.W.C.A.

della donna ad abortire, e sul volere della coppia rispetto all'uso degli embrioni crioconservati.

Così prospettato, il problema si porrebbe in termini di contrapposizione e/o bilanciamento fra attribuzione di diritti ed esercizio dell'autorità sul corpo¹⁴¹.

Per garantire una “tutela reale”¹⁴² dell'embrione, intesa in termini di effettività giuridica, occorre svincolare la vita prenatale dai pantani della soggettività giuridica, che non gli appartiene.

4. Superamento del concetto di soggettività ed approdo ai valori della dignità e del diritto alla vita.

Che la vita inizi dalla fecondazione è un'ovvietà biologica, così come l'indivisibilità dell'embrione ne connota la individualità.

141 D. CANALE, *La qualificazione giuridica della vita umana prenatale*, in *Trattato di Biodiritto* S. Rodotà e P. Zatti (diretto da), op.cit., p. 1277.

142 C. M. MAZZONI, *La tutela reale dell'embrione*, op.cit. Nella premessa, l'A. chiarisce che il concetto di “tutela reale” va inteso in termini di effettività ed oggettività. L'effettività giuridica va ricercata in “una protezione non condizionata da presupposti etici o filosofici, ma basata sulla rispondenza normativa dell'intero sistema giuridico: pertanto una salvaguardia concreta dell'embrione considerato nel suo significato ontologico. Significa, in una parola, la ricerca delle condizioni normative idonee rilasciate dal diritto *quo utimur*, senza commistioni di carattere morale”. In termini oggettivi, la tutela deve volgere a difendere l'embrione considerandolo “come oggetto di un presidio che l'ordinamento assegna alla vita umana in quanto tale; e dunque da misurare nella sua realtà come fattispecie destinataria dell'intervento”.

Sul piano giuridico, l'essere umano *in fieri* è sospeso in una “zona grigia”¹⁴³ fra essere e non-essere, già-essere e non-ancora-essere¹⁴⁴. Per usare un'espressione cara a Jacques Testart, l'embrione è un “*homme probable*”¹⁴⁵.

Ma la tutela della vita prima della nascita deve essere perseguita come valore di interesse generale – costituzionale – indipendentemente dal fatto che il sistema si impegni verso una qualificazione in senso soggettivo.

L'embrione merita una tutela in quanto “vita”, non in quanto sussumibile sotto la nozione di “persona-soggetto di diritto”.

Già i Romani, d'altronde, avevano colto l'insostituibilità e la non coercibilità della realtà cosmico-terrestre ‘uomo’, che si manifestava sin dal concepimento, prevedendo la salvaguardia dei nascituri¹⁴⁶, ossia *qui in utero sunt*¹⁴⁷.

Il nostro sistema costituzionale, quindi, attraverso il postulato del “diritto alla vita”, rende attuale la tutela dell'embrione¹⁴⁸ e del feto come “interesse collettivo”¹⁴⁹ così come protegge la maternità, l'infanzia, la gioventù

143 C. M. MAZZONI, *La tutela reale dell'embrione*, in *Bioetica. Riv. Interdisciplinare*, Vol. XII, n. 1, 2004, pp. 10-24.

144 L. L. VALLAURI, *Riduzionismo e oltre. Dispense di filosofia per il diritto*, op. cit., p. 102 ss.

145 J. TESTART, *Des hommes probables. De la procréation aléatoire à la reproduction normative*. Paris, 1999.

146 F. D. BUSNELLI, *Verso una giurisprudenza che si fa dottrina. Considerazioni in margine al revirement della Cassazione sul danno da c.d. “nascita malformata”*, op. cit., p. 1523.

147 Sulla pregnanza di questa espressione, che riconosce la *vita* al nascituro, v. P. CATALANO, *Diritto e persone*, cit., p. 169 ss.

148 A. BALDASSARRE, *Lo statuto costituzionale dell'embrione*, relazione al Convegno “*La tutela dell'embrione: nuove prospettive di regolamentazione*” tenutosi il 4-5 maggio 2001 all'Università di Camerino, in <http://www.unicam.it/ssdici/abstractembrio.html>.

149 V. IVONE, *Vulnerabilità del corpo e diritto al consenso*, op. cit., p.102 ss.; C. M. MAZZONI, *La tutela reale dell'embrione*, op. cit., p. 22.

(art. 31 Cost.) e così come tutela la salute¹⁵⁰; quindi, non solo come fondamentale diritto dell'individuo, ma anche come interesse della collettività (secondo l'inciso dell'art. 32 Cost.): tutti valori privi di soggettività propria. In tali norme, infatti, traspare la protezione della “natura umana” come valore in sé e non come archetipo di uomo che si nasconde nel corpo vivente ma “im-personale” del feto.

E così, l'uomo, cui la Repubblica “riconosce e garantisce i diritti inviolabili, sia come singolo che nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità” altro non è che la trasfigurazione naturalistica dell'artefatto giuridico “persona” - “soggetto di diritto”¹⁵¹.

Argomentando con le parole pronunciate, in tempi risalenti, dalla Corte costituzionale¹⁵² in tema di tutela della persona, dobbiamo riconoscere che l'art. 2 della Cost. “elevando a regola fondamentale dello Stato, per tutto quanto attiene ai rapporti fra la collettività ed i singoli, il riconoscimento di quei diritti che formano il patrimonio irretrattabile della personalità umana: diritti che appartengono all'uomo inteso come essere libero”, introduce a pieno titolo, fra i diritti inviolabili della persona umano, il diritto alla vita, già presente nell'embrione in quanto “inizio di un processo di vita che ha già un'età ed anche una dignità”¹⁵³.

150 V. IVONE, *Vulnerabilità del corpo e diritto al consenso*, op. ult. cit., p.161 ss.

151 C.M.MAZZONI, *La tutela reale dell'embrione*, op.cit., p. 21.

152 Cort. Cost., Sent. 3 luglio 1956, n. 11, in *www.giurcost.org*.

153 P. PERLINGIERI, Relazione e Conclusione dei lavori al Convegno sul tema “*La tutela dell'embrione: nuove prospettive di regolamentazione*” tenutosi il 4-5 maggio 2001 all'Università di Camerino, in <http://www.unicam.it/ssdici/abstractembrio.html>.

CAPITOLO TERZO

**LA SCELTA DEL LEGISLATORE ITALIANO E LA LEGGE 40/2004
SULLA PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA**

CAPITOLO TERZO

LA SCELTA DEL LEGISLATORE ITALIANO E

LA LEGGE 40/2004 SULLA PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA

Sommario: 1. La genesi della Legge 40/2004. - 2. Tutela dell'embrione tra laicità e ricerca scientifica. - 3. Influenze europee sulle scelte del legislatore italiano. - 4. La legge sulla procreazione medicalmente assistita e gli interessi esistenziali perseguiti. - 5. La legge 40/2004 fra diritto alla procreazione cosciente e responsabile e tutela rispetto alla vita. - 6. La tutela dell'embrione nelle norme sulla PMA.

1. La genesi della Legge 40/2004.

Il 2004 rappresenta una data importante per i giuristi italiani: la ricorrenza ventennale della pubblicazione del Rapporto *Warnock*¹⁵⁴, che ha

¹⁵⁴ Nel luglio del 1984 il Rapporto della Commissione di Inchiesta sulla Fecondazione ed Embriologia, meglio conosciuto come Rapporto *Warnock*, stabilì che prima del quattordicesimo giorno dal momento della fecondazione l'embrione non può essere considerato un individuo biologico. Le motivazioni addotte riguardano il fatto che solo il 14° giorno si ha il completamento dell'impianto e che solo verso il 14° giorno si evidenzia la comparsa della "linea primitiva" (che indicherebbe l'avvenuta differenziazione tra le cellule dell'embrione vero e proprio e le cellule che invece formeranno i tessuti placentari e protettivi).

aperto nel nostro Paese il dibattito sulla procreazione artificiale¹⁵⁵ e posto il problema della opportunità di definire uno statuto giuridico dell'embrione¹⁵⁶, e l'introduzione della legge sulla procreazione assistita¹⁵⁷, approvata dal Parlamento a seguito di sedute travagliate, e con un rovesciamento di prospettive rispetto al testo unitario presentato nella precedente legislatura¹⁵⁸.

I contrasti emersi all'interno del Comitato nazionale di bioetica e della Commissione ministeriale incaricata di redigere la bozza di legge, riproducevano i dubbi e le divisioni che affollavano il panorama giuridico dell'epoca e la stessa società civile in cui si contendevano la *leadership* modelli

155 Per una ricostruzione del nucleo del dibattito dottrinario si rimanda a G. FERRANDO (a cura di), *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Padova, 1989; *Id.*, *Procreazione artificiale: verso una regolamentazione per legge*, in *Politica del diritto*, 1986, p. 501 ss.; S. RODOŦA', *Per un nuovo statuto del corpo umano*, in A. Di Meo – C. Mancina (a cura di), *Bioetica*, Roma, 1989, p. 41 ss.; *Id.*, (a cura di), *Questioni di bioetica*, Roma, 1993; *Id.*, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995; A. TRABUCCHI, *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, in *Riv. dir. civ.*, Vol. I, 1986, p. 495 ss.; S. PATTI, *Verità e stato giuridico della persona*, in *Riv. dir. civ.*, Vol. I, 1988, p. 231 ss.; G. B. ASCONE – L. ROSSI CARLEO, *La procreazione artificiale: prospettive di una regolamentazione legislativa nel nostro paese*, Napoli, 1986; L. LENTI, *La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità*, Padova, 1993; C. M. MAZZONI, *Etica della ricerca biologica*, Firenze, 2000.

156 G. ALPA, *Liceità e diritto privato*, op. cit., p. 11; M. MORI (a cura di), *La bioetica. Questioni morali e politiche per il futuro dell'uomo*, Milano, 1991; *Id.*, *Quale statuto per l'embrione umano. Problemi e prospettive*, Milano, 1992, in *Bioetica. Riv. interd.*, Vol. I, 1993.

157 Per un commento dettagliato alla Legge 19 febbraio 2004 n. 40 si rimanda a P. STANZIONE – G. SCIANCALEPORE (a cura di), *Procreazione assistita*, Milano, 2004.

158 Per un approfondimento del dibattito parlamentare che ha preceduto il testo approvato, cfr. i saggi: G. VETTORI, *Dal concepimento alla nascita*; F. BUSNELLI, *Sulla soggettività dell'embrione*; P. ZATTI, *Il diritto "materialista" e la continuità di vita prenatale*; F. BARNI, *L'embrione tra scienza e diritto*, in *Testimonianze, I "diritti" dell'embrione*, vol. 412, p. 2000 ss.

restrittivi di disciplina¹⁵⁹ contrapposti ad iniziative comunitarie più progressive¹⁶⁰.

E proprio gli indirizzi politici trasversali, gli orientamenti religiosi conformi alla tradizione¹⁶¹, un'opinione pubblica divisa e timorosa degli eccessi della scienza biomedica, hanno condotto a scelte drastiche, collocando il modello italiano riprodotto nella Legge 40/2004, tra i più restrittivi del mondo occidentale. Molto più opportunamente, il legislatore avrebbe dovuto anteporre alla disciplina della PMA, la definizione di uno statuto giuridico

159 Modello irlandese.

160 Il Regno Unito, l'Olanda e la Spagna, ad esempio, già consentivano alla donna nubile di assoggetarsi al trattamento per la procreazione artificiale.

161 Si legga l'omelia di Giovanni Paolo II pronunciata a Nowy Targ l'8 giugno 1979 ove testualmente ribadisce “[...] la famiglia sia la cellula fondamentale della vita sociale. Essa è la fondamentale comunità umana. Quale è la famiglia, tale è la nazione, perché tale è l'uomo. Auguro [...] che l'uomo possa pienamente svilupparsi in base all'indissolubile vincolo degli sposi-genitori, nel clima familiare che niente può sostituire. Auguro ancora e prego sempre per questo, che la famiglia generi la vita e sia fedele al sacro diritto alla vita. Se si infrange il diritto dell'uomo alla vita nel momento in cui egli comincia ad essere concepito nel seno materno, si colpisce indirettamente anche tutto l'ordine morale che serve ad assicurare gli inviolabili beni dell'uomo. La vita occupa tra essi il primo posto. La Chiesa difende il diritto alla vita, non soltanto per riguardo alla maestà del Creatore che è il primo Datore di questa vita, ma anche per rispetto al bene essenziale dell'uomo”, in http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/homilies/1979/documents/hf_jp_ii_hom_19790608_polonia-nowy-targ_it.html; Ex pluris, documenti prodotti dal Centro di Bioetica dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, in particolare AA.VV., 1989; F. OPPEDISANO – P. QUATTROCCHI, *Problemi della fecondazione artificiale in Italia e all'estero. Gli orizzonti del dibattito bioetico*, in *Informazione Psicologia Psicoterapia Psichiatria*, n° 28/29, 1996, pp. 9-16; Id., *La posizione della Church of England*, in www.cofe.anglican.org/view/embryo.html.

dell'embrione¹⁶², che, da un punto di vista logico, costituisce un *prius* rispetto ad ogni altro tipo di intervento legislativo in argomento.

Ma, nel contesto in cui è sorta la L. 40/2004, proporre uno statuto giuridico dell'embrione¹⁶³ avrebbe rappresentato una sfida troppo gravosa per il legislatore che si sarebbe dovuto far carico di una scelta normativa conflittuale, fra i vari condizionamenti religiosi, etici, morali, filosofici e biomedici – pur esistenti - consapevole dei riflessi che ciò avrebbe ingenerato

162 G. BALDINI, *Riflessioni di biodiritto*, Padova, 2012, p. 37 ss.; W. BERNARDI – S. MINIATI, *Lo statuto dell'embrione, alcune considerazioni filosofiche e terminologiche preliminari*, in P. Funghi (a cura di), *Curare e prendersi cura. Temi di bioetica e di biodiritto*, Milano 2009, pp. 74-84; “Dichiarazione sull’Embrione”, documento promosso da C. Flamigni e E. Lauricella sottoscritto da circa 60 autorevoli studiosi ed esperti del settore (tra cui R. Levi Montalcini, A. Oliverio, M. Adinolfi, M. Siniscalco). Il documento è stato presentato in occasione del Convegno “La bioetica: questioni morali e politiche per il futuro dell’uomo” organizzato da Politeia (Centro per la ricerca e la formazione in politica ed etica) e tenuto a Roma, Aula Magna del CNR, Roma, 29-31 marzo 1990. Nell’Atto si legge: “Il problema dello statuto dell’embrione umano e del rispetto ad esso dovuto, è uno dei problemi centrali e più controversi della bioetica contemporanea. Per evitare alcune delle ricorrenti confusioni in materia, noi sottoscritti riteniamo di dover affermare che quello relativo all’inizio di una “persona” come quello della sua fine, sia un problema filosofico e concettuale, che deve essere risolto tenendo opportunamente conto delle migliori conoscenze scientifiche disponibili ed adeguandosi ad esse. In questo senso, in quanto scienziati ed operatori del settore, noi affermiamo che le recenti conoscenze relative alla totipotenzialità dello zigote e dell’evoluzione, unita ad altre considerazioni, portano a dire che prima del 14° giorno dalla fecondazione è da escludersi che l’embrione abbia “vita personale” o sia “persona”. Non è nostro compito stabilire con precisione quando ciò avvenga, ma certamente non avviene al momento della fecondazione, bensì in un momento successivo ad essa. Da questo, tuttavia, non consegue che all’embrione non sia dovuto alcun rispetto, prima del 14° giorno, ma ribadiamo che questo è un problema di ordine diverso dal precedente, che deve essere risolto in base al senso di responsabilità dei ricercatori e in base ad opportuni indirizzi legislativi”.

163 L. LOMBARDI VALLAURI, *L’embrione e le vite diversamente importanti*, in S. RODOTÀ, *Questioni di bioetica*, Laterza, Roma-Bari, 1993, pp. 361-373. Il filosofo del diritto, infatti, vede nell’ ‘adultismo’ la base concettuale che accomuna le prospettive di chi afferma e di chi nega il carattere personale dell’embrione. L’a. Argomenta testualmente: “lo ‘scandalo’

sui membri dell'aggregato sociale, non esclusi medici, biologi, studiosi di etica¹⁶⁴.

Ma operare una scelta normativa senza coinvolgere gli interessi collettivi, avrebbe minato la stessa credibilità delle norme che, in quanto “strumenti” privi di finalità proprie, devono, invece, essere orientati a tutelare, promuovere e salvaguardare “valori”.

dell'adulthood rimane, a carico sia dei 'laici' che dei 'cattolici'. Gli uni e gli altri eludono l'imperativo di pensare coerentemente fino in fondo la propria posizione, i primi indebolendo la tutela degli adulti [differenziando la tutela fra adulti a seconda della presenza di quegli stessi fattori ritenuti rilevanti per escludere soggettività all'embrione: desiderio di vivere, capacità di relazionarsi, personalità in atto, nda], i secondi rafforzando quella degli embrioni [punendo, ad esempio, allo stesso titolo di omicidio la causazione della morte di un embrione come quella di un adulto, nda]. Entrambi si sottraggono – con il loro esplicito o implicito adulthood – all'imperativo della generalizzazione o semplicemente della giustizia formale: trattare ugualmente gli eguali. Entrambi trattano peggio gli embrioni”. Per una ricostruzione del pensiero dell'autore sul tema, cfr. L. RUARO, *Lo statuto dell'embrione umano nel pensiero del prof. Luigi Lombardi Vallauri. Storia di un itinerario filosofico*, in *Riv. Internaz. fil.del dir.*, n. 2, 2009, pp. 245-289.

164G. BALDINI, *Riflessioni di biodiritto*, op. cit., p. 43; Secondo taluni (associazioni laiche e la Consulta di bioetica), antecedentemente all'approvazione della L. 40/2004 in Italia vigeva il “*Far West*” procreativo. In realtà nel nostro Paese era operativo un complesso sistema integrato di regolamentazione della materia nel quale le questioni più rilevanti (limiti di accesso alle tecniche alle sole coppie eterosessuali in età potenzialmente fertile; divieto di pratiche post mortem; divieto di surrogacy; regolamentazione della donazione di gameti nelle metodiche eterologhe; eutoregolamentazione medica circa le modalità di esecuzione delle tecniche; tutela della stabilità degli status filiationis e familiae; regolamentazione dell'attività e degli standards sanitari dei centri pubblici e privati; etc.) erano già state oggetto di specifica disposizione normativa. Per una più approfondita indagine si rimanda alle seguenti disposizioni: Circolare ministeriale Degan del 10 ottobre 1985 “Limiti e condizioni di legittimità dei servizi per l'inseminazione artificiale nell'ambito del Servizio Sanitario Nazionale”; Circolare Donat Cattin n. 19 del 27 aprile 1987 dal titolo “Misure di prevenzione della trasmissione del virus HIV e di altri agenti patogeni attraverso il seme umano impiegato per fecondazione artificiale”; Circolare De Lorenzo del 10 aprile 1992 n. 17 dal titolo “Misure di prevenzione della trasmissione del virus HIV e di altri agenti patogeni nella donazione di liquido seminale impiegato per

Quando si parla di valori si parla di interessi sottesi alle norme, incorporati nelle stesse: si tratta di interessi morali e religiosi, economici e sociali, filosofici e politici; proprio quelli che orbitano intorno alla figura dell'embrione.

E' evidente che i "valori" devono influenzare le scelte normative ed, *ergo*, nella materia *de qua*, la disciplina delle libertà di trattamento dell'embrione.

Al giurista spetta, quindi, il compito di identificare i valori della collettività, ricondurli alla legge fondamentale (la Costituzione), redigere regole che valgano per tutti ed, infine, contemperare i valori della maggioranza con quelli della minoranza e con quelli individuali¹⁶⁵.

fecondazione assistita umana e nella donazione d'organo, di tessuto e di midollo osseo"; Ordinanza del 5 marzo 1997 "Divieto di commercializzazione e di pubblicità di gameti ed embrioni umani"; Ordinanza del 4 giugno 1997, "Proproga dell'efficacia dell'ordinanza ministeriale del 5 marzo 1997 concernente il divieto di commercializzazione e di pubblicità di gameti ed embrioni umani, con cui si fa divieto assoluto di remunerazione diretta o indiretta immediata o differita in danaro o in qualsiasi altra forma per la cessione di gameti, embrioni o altro materiale genetico. Una regolamentazione in materia era presente anche nel Codice deontologico medico del 1998, ove si prevedeva una puntuale disciplina per gli operatori sanitari nell'esecuzione dei trattamenti di PMA, e precisamente, a) con riguardo ai soggetti: solo coppie eterosessuali, entrambi viventi ed in età fertile; b) con riguardo alle metodiche: divieto assoluto per la surrogazione di maternità. Cfr. V. IVONE, *Vulnerabilità del corpo e diritto al consenso*, op. cit., p. 203 ss.

165 G. ALPA, *Laicità e diritto privato*, op. cit., p. 22 ss.

2. Tutela dell'embrione fra laicità e ricerca scientifica.

Prima di affrontare le problematiche della legge che ha regolamentato il fenomeno della PMA e di talune questioni ad essa strumentalmente o funzionalmente collegate¹⁶⁶, appare opportuno esaminare le divergenti posizioni giuridiche assunte in materia, dalle opposte correnti di pensiero (laici, cattolici, filosofi, esponenti della bioetica).

Primo fra tutti si pone il *Manifesto di bioetica laica*¹⁶⁷, volto a proporre, in virtù del principio cardine "*etsi Deus non daretur*", un approccio garantista e

166 Si pensi alle questioni in tema di libertà individuali (libertà procreativa e suo fondamento, diritto alla terapia, consenso informato, autonomia medica nella scelta terapeutica), diritti fondamentali della persona (diritto alla vita e alla salute, diritto all'autodeterminazione, diritto a procreare a costituire una famiglia), libertà della ricerca scientifica.

167 Nel testo del Manifesto, redatto da C. Flamigni, A. Massarenti, M. Mori ed A. Petroni, il 9.06.1996 si legge: “[...] La visione laica considera che il progresso della conoscenza sia esso stesso un valore etico fondamentale. L'amore della verità è uno dei tratti più profondamente umani, e non tollera che esistano autorità superiori che fissino dall'esterno quel che è lecito e quel che non è lecito conoscere. In secondo luogo la visione laica vede l'uomo come parte della natura, non come opposto alla natura. Essendo parte della natura, egli può interagire con essa, conoscendola e modificandola nel rispetto degli equilibri e dei legami che lo uniscono alle altre specie viventi. In terzo luogo, la visione laica vede nel progresso della conoscenza la fonte principale del progresso dell'umanità, perché è soprattutto dalla conoscenza che deriva la diminuzione della sofferenza umana. Ogni limitazione della ricerca scientifica imposta nel nome dei pregiudizi che questa potrebbe comportare per l'uomo equivale in realtà a perpetuare sofferenze che potrebbero essere evitate”. Nelle conclusioni si legge: “La libertà della ricerca, l'autonomia delle persone, l'equità, sono per i laici dei valori irrinunciabili. E sono valori sufficientemente forti da costituire la base di regole di comportamento che sono insieme giusti ed efficaci”.

liberale alla ricerca ed alla sperimentazione scientifica, bilanciando l'autonomia dell'individuo - cui è rimessa ogni regola di comportamento - con la tutela degli interessi pubblici.

Si pensi alla libertà di scelta inerente la salute e la vita, affidata esclusivamente all'individuo, conformemente all'attuale interpretazione dell'art. 32 Costituzione, che consente il rifiuto di assoggettarsi a trattamenti sanitari nel rispetto delle proprie convinzioni religiose¹⁶⁸ (artt. 8 e 19 Cost.), o di sottrarsi all'accanimento terapeutico nel rispetto della qualità della vita¹⁶⁹.

Ma in tema di vita nascente non bisogna lasciarsi fuorviare dalle c.d. finzioni giuridiche¹⁷⁰ come la visione laica condurrebbe a fare, consentendo la sperimentazione in maniera illimitata a discapito della dignità e dei valori della persona umana, ma occorre operare un bilanciamento tra i valori spettanti alla persona già vivente in tutta la sua compiutezza e quelli riconducibili all'ovulo fecondato, stabilendo una graduatoria di interessi meritevoli di tutela ed individuando il “giusto mezzo” tra le posizioni estreme¹⁷¹.

168 G. SALITO, *Autodeterminazione e cure mediche. Il testamento biologico*, Torino, 2012, p. 100 ss. L'A. chiarisce che “Il diritto del Testimone di Geova di vedere rispettato il proprio dissenso ad un determinato tipo di cura, sebbene salvavita“ in base ad istanze etiche e religiose che trovano la loro piena giustificazione ed espressione normativa nel dettato dell'art. 19 Cost., “non presenta significative differenze rispetto al più generale diritto in capo al soggetto capace, informato e consapevole di rifiutare i trattamenti sanitari”.

169 P. STANZIONE - G. SALITO, *Il sottile discrimen tra il non essere e l'essere in stato vegetativo: note a margine del recente caso Englaro*, in www.comparazioneDirittocivile.it, Maggio 2010; i contenuti dell'articolo sono confluiti, con ulteriori approfondimenti e riflessioni nel testo P. STANZIONE, G. SALITO, *L'(in)disponibilità del bene vita*, Roma, 2010; G. SALITO, *Autodeterminazione e cure mediche. Il testamento biologico*, op. cit., p. 26 ss.

170 G. ALPA, *Laicità e diritto privato*, op. cit., p. 23.

171 G. BALDINI, *Riflessioni di biodiritto*, op. cit., pp. 46 e 47.

Ora, un conto è la soppressione di embrioni in eccedenza, altro conto utilizzarli per salvare la vita di un essere umano compiuto; un conto è l'uso commerciale dell'embrione, altro conto l'uso terapeutico; un conto è la sperimentazione di embrioni umani con animali, altro conto è la sperimentazione sull'embrione per prevenire o curare gravi anomalie fisiche; un conto è la fecondazione di donne in età fertile, altro conto la fecondazione di donne in età avanzata, e così via.

Proprio questa estremizzazione della libertà di ricerca scientifica affermata nel Manifesto di etica laica, indusse il Comitato Nazionale per la bioetica, organismo istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, ad intervenire nel rovente dibattito giuridico, con un documento del 22 giugno 1996¹⁷², particolarmente elaborato.

In esso viene attribuita all'embrione “natura compiutamente umana”, “individualità propria” e “potenzialità di vita e di sviluppo”.

172 Comitato Nazionale per La Bioetica, *Identità e statuto dell'embrione umano*, 22 giugno 1996, Roma, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l'informazione e l'editoria, 1996. Il riconoscimento dell'embrione quale persona in atto conduce a “riconoscere il dovere morale di trattare l'embrione umano, sin dalla fecondazione, secondo i criteri di rispetto e tutela che si devono adottare nei confronti degli individui umani, cui si attribuisce comunemente la caratteristica di persona, e ciò a prescindere dal fatto che all'embrione venga attribuito, sin dall'inizio, con certezza, la caratteristica di persona nel suo senso tecnicamente filosofico, oppure che tale caratteristica sia ritenuta attribuibile soltanto con un elevato grado di plausibilità, oppure che si preferisca non utilizzare il concetto tecnico di persona e riferirsi soltanto a quell'appartenenza alla specie umana, che non può essere contestata all'embrione sin dai primi istanti e non subisce alterazioni durante il suo successivo sviluppo”. Testo completo consultabile in, <http://www.palazzochoigi.it/bioetica/pdf/25.pdf>.

Tale impostazione rende moralmente e legittimamente lecito l'impiego di embrioni umani a soli scopi procreativi, dovendo, all'opposto, ritenersi moralmente illecite le utilizzazioni a scopo di ricerca sperimentale, commerciale o industriale e la generazione multipla di embrioni, ossia, in misura eccedente rispetto alla realizzazione dello scopo precipuo della fecondazione¹⁷³.

Anche la Commissione di studio per la bioetica, incaricata di redigere un testo di legge in materia, mostrò adesione all'orientamento espresso dal Comitato Nazionale di bioetica, avanzando una proposta di legge in cui veniva offerta una definizione della figura dell'embrione qualificato come “la cellula uovo fecondata, capace di sviluppo, a partire dal momento della fecondazione”¹⁷⁴.

Nel testo normativo è dato rinvenire il consenso alla formazione in vitro degli embrioni, ma solo nel numero necessario per il singolo tentativo di fecondazione, introducendo il divieto di formazione degli embrioni per fini diversi dalla procreazione e consentendone la conservazione di quelli non utilizzati, fino alla sopravvenuta non vitalità degli stessi.

Dal raffronto di tali documenti emerge un dato comune rappresentato dalla previsione di limiti rigorosi alla formazione e alla utilizzazione degli embrioni; ma solo il Comitato Nazionale di bioetica azzarda una qualificazione dell'embrione quale persona equiparata all'individuo già vivente.

173 V. IVONE, *Vulnerabilità del corpo e diritto al consenso*, op. cit., p. 137 ss.

174 Il testo integrale è consultabile in, <http://www.governo.it/bioetica/eventi/BIOETICA15anni.pdf>.

3. Influenze europee sulle scelte del legislatore italiano.

A rendere ancora più incerte le scelte del legislatore italiano, combattuto fra aspetti positivi e negativi di un modello troppo restrittivo o troppo permissivo, soccorrono gli organismi europei (Consiglio d'Europa e Parlamento europeo) che, negli Anni '90, realizzarono – in tale materia - una produzione normativa frutto del dialogo costruttivo con i legislatori nazionali dei singoli Stati membri.

Particolarmente interessante ci appare il richiamo alle Raccomandazioni del Consiglio d'Europa n. 1046 del 1986¹⁷⁵ e n. 1100 del 1989¹⁷⁶ con le quali l'Organismo europeo limitò l'utilizzazione degli embrioni, ammettendone l'impiego diagnostico, terapeutico, scientifico, ed escludendone quello industriale o commerciale, perché contrario alla dignità umana; nonché le Risoluzioni del 16 marzo 1989¹⁷⁷ e del 28 ottobre 1993¹⁷⁸ con le quali il Parlamento europeo si espresse in ordine alle tecniche di ingegneria genetica e di inseminazione artificiale in vivo e in vitro, prendendo posizione - in senso restrittivo – sulla clonazione di embrioni umani.

175 Pubblicata in, *Medicina e Morale*, n. 4/86, pp. 902-906 (trad. it.).

176 Pubblicata in, http://legislature.camera.it/dati/leg10/lavori/stampati/pdf/012_110001.pdf, (trad. it.) e in, *Medicina e Morale*, n. 2/89, pp. 397-403 (trad. ingl.) e pp. 404-412 (trad. Franc.).

177 Per la consultazione integrale della normativa, consultare, *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*, n. C 96/116 del 17 aprile 1989, riportata in, http://www.orarel.com/lifewords/legge/parlamento_europeo.shtml.

178 Il testo integrale della disposizione è riportato in, *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*, n. C 315/224 del 22 novembre 1993, p. 224.

Anche il Parlamento Europeo diede conferma del principio espresso dal Consiglio d'Europa circa l'ammissibilità dell'utilizzo dell'embrione umano unicamente a scopi diagnostici, terapeutici e scientifici, escludendo quello commerciale o industriale.

Si deve sempre al Consiglio d'Europa il merito di aver elaborato una convenzione adottata a Strasburgo il 19 novembre 1996¹⁷⁹, concernente la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano rispetto alla utilizzazione della biologia e della medicina.

Questo testo è particolarmente rilevante e conviene esaminarlo in dettaglio.

La Convenzione¹⁸⁰ si compone di un preambolo in cui si richiamano i documenti pregressi, nel cui alveo si colloca la nuova disciplina: la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo delle Nazioni unite, proclamata nel 1948¹⁸¹, la Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950¹⁸², la Carta sociale europea del 1961¹⁸³, il Patto internazionale sui diritti civili e politici e il Patto internazionale relativo ai diritti

179 *Council of Europe. Convention for the protection of human rights and dignity of the human beings with regards to the application of biology and medicine: convention on human rights and biomedicine. Strasbourg: Directorate of Legal Affairs; 1996. (Doc.CDBI (96) 30). Il testo definitivo della Convenzione sulla protezione dei diritti dell'uomo e la biomedicina è stato approvato il 19 novembre 1996 a Strasburgo dal Consiglio dei Ministri con 35 voti favorevoli e 3 astensioni. La convenzione è stata sottoposta alla firma di adesione il 4 aprile 1997, ad Oviedo (per il quale motivo è anche detta Convenzione di Oviedo): 24 su 40 paesi hanno aderito, anche con riserva di successiva ratifica.*

180 Confronta testo integrale in, <http://www.duitbase.it/consiglio-deuropa/altre-convenzioni/126-convenzione-sui-diritti-delluomo-e-la-biomedicina>.

181 Consultabile sul sito, http://www.obchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/itn.pdf.

182 Consultabile sul sito, http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ITA.pdf.

183 Consultabile sul sito, http://www.isfol.it/temi/Inclusione_sociale/pari-opportunita-no-discriminazione/archivio-normativo/carta-sociale-europea.

economici, sociali e culturali del 1966¹⁸⁴, la Convenzione per la protezione dell'individuo rispetto al trattamento automatizzato dei dati di carattere personale del 1981, la Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989¹⁸⁵, la Raccomandazione sulla elaborazione di una convenzione di bioetica, del 1991¹⁸⁶.

Nel preambolo si sottolinea la necessità della cooperazione internazionale in materia di biologia e medicina, nonché l'esigenza di prevenire gli attacchi alla dignità dell'individuo¹⁸⁷, attribuendo prevalenza all'interesse ed al bene dell'essere umano rispetto a quello della società o della scienza¹⁸⁸, fissando regole di comportamento sul trattamento sanitario (fondate sul consenso dell'interessato), ribadendo il diritto alla vita privata prospettata nell'ambito della tutela della salute¹⁸⁹.

Tra queste regole si anticipa una disposizione concernente l'embrione, che sarà oggetto di successiva convenzione. L'art. 18, infatti, prevede che “quando la ricerca sull'embrione *in vitro* è ammessa dalla legge, quest'ultima garantisce una tutela adeguata dell'embrione”.

184 Consultabile sul sito, <http://www.onuitalia.it/diritti/pattiintro.html>.

185 Consultabile sul sito, http://www.camera.it/_bicamerali/leg14/infanzia/leggi/Legge%20176%20del%201991.htm.

186 Consultabile sul sito, <http://conventions.coe.int/Treaty/ita/Treaties/Html/164.htm>.

187 L'art. 1 della Convenzione recita: “Le Parti di cui alla presente Convenzione proteggono l'essere umano nella sua dignità e nella sua identità e garantiscono ad ogni persona, senza discriminazione, il rispetto della sua integrità e dei suoi altri diritti e libertà fondamentali riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina. Ogni Parte prende nel suo diritto interno le misure necessarie per rendere effettive le disposizioni della presente Convenzione”.

188 Cfr. art. 2 della Convenzione.

189 Art. 10 della Convenzione.

Si introduce, altresì, il divieto di creare embrioni a scopo di ricerca¹⁹⁰.

La Convenzione, quindi, individua le linee guida nel cui ambito debbono muoversi gli Stati firmatari, recependo il contenuto dei provvedimenti legislativi già emessi nei principali Stati europei.

Tra questi emerge l'intervento francese, che si articola in due provvedimenti: la *loi* n. 94-653 del 29.7.1994¹⁹¹ con cui si è novellato il *code civil* (artt. 16.16-1 fino a 16-12) e la *loi* n. 94-654¹⁹² emessa in pari data, sulla utilizzazione del corpo umano.

La prima legge conferma la dignità della persona e il rispetto dell'essere umano dall'inizio della vita, affermando il diritto di ciascuno al proprio corpo e fissando i limiti all'intervento sulla persona e sulla specie umana; la seconda disposizione legislativa si occupa dei trapianti e della fecondazione artificiale.

Il Parlamento europeo congiuntamente al Consiglio d'Europa in data 6 luglio 1998¹⁹³, ha, poi, approvato una direttiva sulla protezione delle invenzioni

190 Recita testualmente l'art. 18 della Convenzione, rubricato "Ricerca sugli embrioni in vitro": "Quando la ricerca sugli embrioni in vitro è ammessa dalla legge, questa assicura una protezione adeguata all'embrione. La costituzione di embrioni umani a fini di ricerca è vietata".

191 Per una lettura integrale della legge si rimanda a, <http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000549619>. Su queste innovazioni si è aperto un vivace dibattito tra i giuristi francesi, in particolare cfr., B. MATHIEU, *La dignité de la personne humaine: quel droit? quel titulaire?*, in *Dalloz*, (1996), *chron.*, p. 281; C. PHILIPPE, *La viabilité de l'enfant nouveau-né*, *ibid.*, *chron.*, p. 29; J. HAUSER, *Un nouveau-né: l'enfant conventionnelle?*, *ibid.*, *chron.*, p. 181; Ch. BYK, *La recherche sur l'embryon humain*, in *Sem. Jur.*, (1996), p. 3949.

192 Cfr. testo normativo in <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000549618&categorieLien=id>.

193 Direttiva 98/44/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 6 luglio 1998, *Sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche*, in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:213:0013:0021:IT:PDF>.

biotecnologiche¹⁹⁴ che esclude la brevettabilità della utilizzazione di embrioni a fini industriali e commerciali (artt. 5 e 6 della direttiva)¹⁹⁵.

Con altra Risoluzione del 2000 il Parlamento europeo, per garantire e realizzare la tutela della dignità umana e del valore di ciascun essere umano, in tutti gli Stati Membri, ha imposto dei divieti all'uso degli embrioni a scopo terapeutico limitandone la produzione, e precisando che, pur se necessaria, la

194 Nella premessa della Direttiva 98/44/CE del 6.07.1998 si legge, infatti, testualmente:

15)considerando che né il diritto nazionale né il diritto europeo dei brevetti (convenzione di Monaco) impongono divieti o esclusioni di principio in ordine alla brevettabilità del materiale biologico;

16)considerando che il diritto dei brevetti dev'essere esercitato nel rispetto dei principi fondamentali che garantiscono la dignità e l'integrità dell'uomo; che occorre ribadire il principio secondo cui il corpo umano, in ogni stadio della sua costituzione e del suo sviluppo, comprese le cellule germinali, la semplice scoperta di uno dei suoi elementi o di uno dei suoi prodotti, nonché la sequenza o sequenza parziale di un gene umano, non sono brevettabili; che tali principi sono conformi ai criteri di brevettabilità previsti dal diritto dei brevetti, secondo i quali una semplice scoperta non può costituire oggetto di brevetto.

195 L'art. 5 della Direttiva 98/44/CE del 6 luglio 1998 recita: "1. Il corpo umano, nei vari stadi della sua costituzione e del suo sviluppo, nonché la mera scoperta di uno dei suoi elementi, ivi compresa la sequenza o la sequenza parziale di un gene, non possono costituire invenzioni brevettabili.

2. Un elemento isolato dal corpo umano, o diversamente prodotto, mediante un procedimento tecnico, ivi compresa la sequenza o la sequenza parziale di un gene, può costituire un'invenzione brevettabile, anche se la struttura di detto elemento è identica a quella di un elemento naturale.

3. L'applicazione industriale di una sequenza o di una sequenza parziale di un gene dev'essere concretamente indicata nella richiesta di brevetto.

L'art. 6 precisa: " Sono escluse dalla brevettabilità le invenzioni il cui sfruttamento commerciale è contrario all'ordine pubblico o al buon costume; lo sfruttamento di un'invenzione non può di per sé essere considerato contrario all'ordine pubblico o al buon costume per il solo fatto che è vietato da una disposizione legislativa o regolamentare.

Ai sensi del paragrafo 1, sono considerati non brevettabili in particolare:

a) i procedimenti di clonazione di esseri umani;

ricerca medica deve svolgersi entro rigorosi limiti etici e sociali¹⁹⁶.

Infine la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, approvata a Nizza il 18 dicembre 2000¹⁹⁷ ha imposto, nella previsione del principio della dignità, il divieto “di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro” ed il divieto di “ clonazione riproduttiva di esseri umani”; tale divieto lo ritroviamo anche nella Costituzione europea¹⁹⁸ (art. II-63 c. 2 lett.d).

Sono dunque chiari e precisi i limiti alla produzione, utilizzazione e brevettazione di embrioni indicati nelle linee guida europee.

Ogni Stato Membro può fare le sue scelte, quindi anche i modelli più liberali non sono riprovati, purchè si allineino ai principi generali espressi nei documenti sopra riportati per cenni.

-
- b) i procedimenti di modificazione dell'identità genetica germinale dell'essere umano;
 - c) le utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali;
 - d) i procedimenti di modificazione dell'identità genetica degli animali atti a provocare su di loro sofferenze senza utilità medica sostanziale per l'uomo o l'animale, nonché ´ gli animali risultanti da tali procedimenti.

196 Risoluzione del Parlamento europeo sul rispetto dei diritti umani nell'Unione europea del 16 marzo 2000 (1998-1999) (11350/1999 - C5-0265/1999 – 1999/2201(INI) in, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P5-TA-2000-0113+0+DOC+XML+V0//IT>

197 Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea n. 2000/C 364/01 del 18.12.2000, in http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_it.pdf.

198 Il 29 ottobre 2004, i 25 capi di Stato e di governo hanno firmato a Roma il trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, il testo è consultabile in, http://europa.eu/scadplus/constitution/index_it.htm.

4. La legge sulla procreazione medicalmente assistita e gli interessi esistenziali perseguiti.

Il modello italiano non è informato a principi di libertà ma, all'opposto, tradisce un sostanziale e marcato disfavore verso la metodica procreativa artificiale, ammessa in via residuale ed eccezionale, solo nella variante omologa, consentita nell'osservanza dei limiti estremamente rigorosi che depotenziano in maniera consistente l'efficacia e l'efficienza della tecnica¹⁹⁹, esponendo a gravi rischi gli interessi dei soggetti coinvolti.

La legge del 19 febbraio 2004, n.40²⁰⁰ reca “norme in materia di procreazione medicalmente assistita”, e per la verità non è una legge destinata

199 Secondo autorevoli studi, confermati dalle rilevazioni statistiche fornite dal CECOS Italia, le percentuali di successo delle tecniche di PMA sono scese dal 30-35% a circa il 15%. Cfr. G. BALDINI, *Riflessioni di biodiritto*, op. cit., p. 47. Per una difforme visione del problema v., C. CASINI, *Procreazione assistita. Introduzione alla nuova legge*, Milano, 2004, p. 299.

200 Per i profili storici, il dibattito parlamentare e il contenuto della legge, cfr. C. CASINI, M. CASINI, M.L. DI PIETRO, *La Legge 19 febbraio 2004, n. 40, “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”*. Commentario, Giappichelli, Torino, 2004; per una disamina degli aspetti giuridici più rilevanti, cfr. E. CAMASSA, C. CASONATO (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, Università degli Studi, Trento, 2005; M. DE TILLA, U. OPERAMOLLA (a cura di), *Seminari di diritto di famiglia*, Milano, 2005, pp. 351-429; P. STANZIONE, G. SCIANCALEPORE (a cura di), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, op. cit.; per un esame analitico del testo legislativo, cfr. M. DOGLIOTTI, A. FIGONE, *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milanofiori Assago, 2004; per un commento alla legge, cfr. altresì F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita: commento alla Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004.

a regolare lo statuto giuridico dell'embrione, quanto, piuttosto, a vestire i panni dimessi di uno strumento rimediale²⁰¹.

Le sue finalità, infatti, sono rivolte a risolvere i problemi “riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana”²⁰² imponendo un divieto assoluto all'utilizzo di qualsivoglia metodo eterologo di procreazione.

Tale divieto, secondo quanto confermato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nella causa S.H. e altri contro Austria, del 3 novembre 2011 (Ricorso n. 57813/00) non violerebbe l'articolo 8 § 2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo²⁰³, in quanto tale norma non tutela il diritto delle persone o delle coppie a concepire un bambino “a tutti i costi”²⁰⁴.

Argomenta, al riguardo, testualmente il Giudice De Gaetano della Corte di Giustizia Europea: “il “desiderio” di un bambino non può divenire un obiettivo assoluto che prevalga sulla dignità della vita umana”.

201 P. STANZIONE, *Introduzione, in Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, P. Stanzone – G. Sciancalepore (a cura di), op. cit., p. XVI.

202 P. STANZIONE, *Linee d'ombra e tratti di (dis)continuità legislativa: il “diritto” alla maternità tra aborto e procreazione medicalmente assistita*, in *Itinerari di diritto privato*, Salerno, 2007, p. 72.

203 L'articolo 8 della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo recita:

“1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare ...
2. Non può esservi ingerenza di un'autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.”

204 Tale espressione è stata adoperata dal Giudice Vincent A. De Gaetano, componente del collegio che ha deciso con sentenza adottata a seguito di delibera in camera di consiglio, nelle sedute del 23 febbraio e del 5 ottobre 2011, il ricorso proposto da S.H. e altri contro Austria, nell'opinione separata allegata alla pronuncia della Corte Europea, conformemente all'articolo 45 § 2 della Convenzione e all'articolo 74 § 2 del Regolamento della Corte.

Come precisato dal Governo Italiano nel parere espresso in occasione della richiamata pronuncia del 3 novembre 2011 “Non vi è un obbligo positivo per gli Stati contraenti di rendere disponibile alle coppie sterili tutte le tecniche mediche di procreazione esistenti. L’assenza di un consenso europeo sulla procreazione medicalmente assistita ha conferito agli Stati Contraenti un ampio margine di discrezionalità, permettendo loro di adottare decisioni sulle proprie scelte politiche in relazione a una materia così complessa da avere implicazioni scientifiche, giuridiche, etiche e sociali a lungo termine. La fecondazione in vitro, che ha avuto un effetto diretto sulla vita umana e sulle fondamenta della società, è chiaramente un materiale altamente sensibile rispetto al quale nessun consenso europeo era stato espresso. La procreazione medicalmente assistita implica anche seri rischi. La donazione di gameti potrebbe esporre le donne economicamente svantaggiate a pressioni e incoraggiare il traffico di ovuli. Studi scientifici hanno inoltre dimostrato che esiste un collegamento tra la fecondazione in vitro e le nascite premature. Infine, accettare che la filiazione materna possa essere dissociata, la rimetterebbe in causa e farebbe vacillare le fondamenta della società”²⁰⁵.

Ciò posto, nell'affrontare l'esame della normativa sulla PMA appare inevitabile soffermarsi, *in primis*, sulla scelta del titolo operata dal legislatore non in modo casuale.

Il ricorso all'espressione “procreazione assistita”, infatti, seppure ritenuta nel linguaggio biogiuridico, in via di mera approssimazione,

205 Per una lettura integrale della pronuncia e degli allegati, si rimanda a www.personaedanno.it, 23.05.2012.

equivalente a quella di “fecondazione assistita” e di “riproduzione artificiale”, in realtà assume le vesti di una “dichiarazione d’intenti” riguardo al modo di considerare e regolamentare l’interesse alla genitorialità: da una parte, il termine “procreazione” svincola l’atto riproduttivo dal riferimento al mero ambito biologico (cui si addice maggiormente il termine “riproduzione”), rimandando alla specifica dimensione della umanità, e perciò della responsabilità; dall’altra, l’aggettivo “assistita” suggerisce l’idea che l’intervento della tecnologia non sia tale da sostituire *in toto* la funzione riproduttiva naturale, ma che sia d’aiuto nel portare a compimento un processo biologico mal funzionante²⁰⁶.

Ed, infatti, la normativa, integrata dalle linee guida ministeriali²⁰⁷ è rivolta alle coppie sterili o infertili²⁰⁸, e consente loro il ricorso a diverse tecniche di procreazione medicalmente assistita superando, (*rectius*) scindendo il rapporto tra sessualità e riproduzione²⁰⁹.

206 Cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *La fecondazione assistita. Documenti del Comitato Nazionale per la Bioetica*, 17 febbraio 1995, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 1995, in <http://www.governo.it/bioetica/testi/fecondazione170295.pdf>, p. 47.

207 Ministero della Salute, d.m. 11.4.2008 (in Gazzetta Ufficiale n. 101 del 30.4.2008), che sostituisce le precedenti linee guida di cui al d.m. 21.7.2004 (in Gazzetta Ufficiale n. 191 del 16.8.2004). L’emanazione di linee guida da aggiornarsi periodicamente, almeno ogni tre anni, in rapporto all’evoluzione tecnico-scientifica, è prevista dall’art. 7 l. n. 40/2004. A. SCHUSTER, *Genetica e procreazione selettiva nel diritto comparato*, in C. CASONATO, C. PICIOCCHI, P. VERONESI (a cura di), *Forum BioDiritto 2009: I dati genetici nel biodiritto*, Padova, 2011, p. 262.

208 Sui controversi rapporti tra le nozioni di sterilità e di infertilità, v. le Linee guida sulla pma, in E. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, Milano, 2008., p. 156 s., nelle quali i due termini vengono usati come sinonimi. Non così, invece, nella letteratura scientifica: per tutti, cfr. C. FLAMIGNI, *Il biologo parla al giurista*, in E. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, op. cit., p. 6 s.

209 G. BALDINI, *Persona e biotecnologie e procreazione*, G. Baldini – G. Cassano (a cura di), Milano, 2002, p.6; F. NADDEO, *Accesso alle tecniche*, in *Procreazione assistita. Commento alla*

Si parla, al riguardo, di fecondazione omologa, quando il gamete maschile ed il gamete femminile appartengono alla coppia che ha deciso di ricorrere alla fecondazione artificiale.

E' eterologa quando entrambi i gameti non appartengono alla coppia.

Se il gamete di provenienza esterna è uno solo si ha fecondazione artificiale unilaterale, che può essere in linea maschile o in linea femminile.

Si assiste, quindi, non solo al superamento del rapporto sessuale ma, a volte, anche del rapporto biologico tra il soggetto che si avvale della fecondazione e il bambino che nasce a seguito di tale tecnica.

Nei casi di cosiddetta doppia maternità si verifica anche la scissione del rapporto biologico dal parto.

Il concepimento attraverso l'utilizzazione di metodiche di fecondazione assistita può avvenire ricorrendo a cinque differenti tecniche, e precisamente: 1) l'inseminazione artificiale in utero (IA), consistente nel prelievo del gamete maschile e nella successiva introduzione dello stesso nell'apparato genitale femminile, al fine di consentire la fecondazione nel corpo della donna (cd. Fecondazione in vivo); 2) la fecondazione in vitro dell'embrione (FIVET) con trasferimento in utero (*embryo-transfer*) volto ad effettuare la fecondazione dell'ovulo in provetta ed impiantare l'embrione ottenuto, nell'utero della donna; 3) la formazione in vitro dello zigote e il suo trasferimento in utero (lo zigote è la fase pre-embriionale, è un'embrione mononucleare, ossia il primo risultato della congiunzione tra il gamete femminile e quello maschile). Tale

legge 19 febbraio 2004, n. 40, P. Stanzone – G. Sciancalepore (a cura di), op. cit., p. 43; V. BARELA, La regolamentazione delle strutture autorizzate e la disciplina dei divieti e delle sanzioni, in op. ul. cit., p. 179.

tecnica (ZIFT) differisce dalla precedente perchè il *transfer* in utero avviene prima dell'inizio del processo di divisione cellulare che darà vita all'embrione; 4) l'inserimento in utero sia di gameti maschili che femminili per consentire la fecondazione in vivo (*Gametes Intra Falloppian Transfer* o GIFT; 5) la fecondazione *in vitro* tramite microiniezione dello spermatozoo nell'ovulo (ICSI).

È nel corso di queste pratiche che risulta tecnicamente possibile ricorrere alla diagnosi genetica preimpianto, la quale consiste nel prelevare, tramite una microbiopsia, del materiale biologico dall'embrione ai primissimi stadi di sviluppo, per poi analizzarlo alla ricerca di aberrazioni cromosomiche o geni patogeni²¹⁰.

L'informazione, così ottenuta, sullo stato di "salute genetica" degli embrioni può offrire agli aspiranti genitori la possibilità di decidere se procedere o meno all'impianto degli embrioni risultati affetti da disordini genetici.

Ad oggi non risulta possibile alcun intervento terapeutico sull'embrione per curarne eventuali anomalie genetiche.

210 Cfr. J. SUAUDEAU, *La diagnosi pre-impiantatoria. Lo stato dell'arte scientifico e gli interrogativi etici*, Parte I, in *Medicina e morale*, n. 3, 2007, pp. 491-531; *Id.*, *La diagnosi preimpiantatoria. Lo stato dell'arte scientifico e gli interrogativi etici*, Parte II, in *Medicina e morale*, n. 4, 2007, pp. 717-751.

5. La Legge 40/2004 tra diritto alla procreazione cosciente e responsabile e tutela rispetto alla vita.

La normativa italiana, lungi dal consentire il ricorso alla fecondazione eterologa, alla maternità surrogata ed alle analisi genetiche pre-impianto a fini eugenetici, si presenta fra le più restrittive d'Europa e cela il bisogno del legislatore di “ribadire” la propria continuità con la tradizione, mostrando, all'occhio attento del giurista, l'esistenza di un sottile *file rouge* che la lega alla L. 194/1978²¹¹.

L'apparente capovolgimento della logica valoriale riscontrabile, *prima facie*, nella normativa sulla PMA, in realtà, avvalorata il ricorso, già adottato per la legge 194 del 1978, al criterio dell'assunzione di responsabilità degli aspiranti genitori attraverso l'imposizione di una condotta “cosciente e responsabile”²¹² ed il ricorso al criterio del “bilanciamento degli interessi” delle contrapposte

211 P. STANZIONE, *Linee d'ombra e tratti di (dis)continuità legislativa: il “diritto” alla maternità tra aborto e procreazione medicalmente assistita*, *Itinerari di diritto privato*, op. cit., p. 75.

212 P. STANZIONE, op. ult. cit., p. 83 ss. L'A. argomenta in merito: “il principio di procreazione cosciente e responsabile dalle maglie della legge n. 194/1978 trascorre nell'ordito della legge n. 40/2004. Se è vero, infatti, che l'espressione “procreazione cosciente” identifica una determinazione volontariamente e liberamente assunta e l'espressione “procreazione responsabile” rinvia alla consapevolezza delle conseguenze, cioè dei diritti e dei doveri che l'ordinamento ricollega alle situazioni giuridiche di maternità e di paternità, tali profili connotano senza dubbio alcuno ed in misura maggiore la procreazione medicalmente assistita. Questa è sempre una procreazione “consapevole” e chi vi ricorre non può non assumersi tutte le conseguenti responsabilità; la legge n. 40, in tal senso, si limita soltanto a (ri)definire i modi di essere del diritto di generare”.

posizioni soggettive in gioco, confermando il principio giuridico espresso dalla Corte Costituzionale secondo cui, pur riconoscendo fondamento costituzionale alla tutela dell'embrione, tale posizione non può costituire un *vulnus* ai diritti della donna o un ridimensionamento del valore della persona umana in sé²¹³, atteso che “non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora divenire”²¹⁴.

Ciò non vuol dire disconoscere rilevanza giuridica e meritevolezza di tutela all'embrione, quanto piuttosto tramutare tale tutela in un “diritto alla vita”²¹⁵ o, meglio ancora, una “tutela rispetto alla vita”²¹⁶.

In questi termini ravvisiamo l'assonanza della normativa sulla PMA rispetto alla significativa affermazione contenuta nell'art. 1 della legge 194 del 1978, recante norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria di gravidanza, secondo cui: “Lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la

213 L. SPOSATO, *La tutela dell'embrione e il “diritto nascente”. Osservazioni “minime” sulla ragionevolezza del legislatore*, Marzo 2008, in <http://www.altalex.com/index.php?idnot=40737>.

214 C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, op. cit., p. 228 ss.; P. STANZIONE, *Itinerari di diritto privato*, op. cit., nota 43, p. 80 ove si legge: “che la tutela della salute della madre quale criterio preferenziale individuato dalla legge n. 195/1978 non risponda ad una scelta discrezionale del legislatore, ma rappresenti “nel suo contenuto essenziale” l'attuazione del dettato dell'art. 32 Cost., è affermazione della C. Cost. Con sent. n. 26/81”. Per una consultazione integrale della pronuncia si rimanda a, C. Cost., 18 febbraio 1975 n. 27, in *Foro it.*, 1975, I, c. 515 ss., in <http://www.giurcivost.org/decisioni/1975/0027s-75.html>.

215 C. M. MAZZONI, *I diritti dell'embrione e del feto nel diritto privato. Rapporto sull'Italia*, in *Nuova giur. comm.*, 2002, p. 123.

216 A. MUSIO, *Misure di tutela dell'embrione*, in *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40*, P. Stanzone – G. Sciancalepore (a cura di), op. cit., p. 209.

vita umana dal suo inizio” e nell'art. 1 della Legge 29 luglio 1975 n. 405 che attribuisce ai consultori familiari il compito di conseguire “ b) [...] le finalità liberamente scelte dalla coppia e dal singolo in ordine alla procreazione responsabile nel rispetto delle convinzioni etiche e dell'integrità fisica degli utenti; c) la tutela della salute della donna e del prodotto del concepimento”²¹⁷.

La scelta operata dal legislatore del 2004 per disciplinare la PMA è, quindi, rivolta non alla formulazione di diritti, ma alla imposizione di divieti²¹⁸. Tale tecnica normativa accomuna tutte le leggi europee in materia, pur nella notevole diversità di contenuti che le contraddistingue, in manifesta contrapposizione al modello americano, tacciato di minacciare l'etica della responsabilità connessa alla nascita del rapporto di filiazione²¹⁹.

La struttura permesso/divieto serve, quindi, per garantire che l'esercizio della libertà individuale non confligga con i diritti costituzionali spettanti agli aspiranti genitori ed all'embrione, ma contemperati nel giusto equilibrio l'aspettativa di gravidanza – da una parte - e l'aspettativa di nascita - dall'altra.

All'embrione è dedicato l'intero capo VI della legge; ma si tratta in prevalenza di disposizioni che impongono, come detto, divieti, sì che la tutela

217 A. MUSIO, *Misure di tutela dell'embrione*, in *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40*, P. Stanzone – G. Sciancalepore (a cura di), op. cit., p. 209.

218 “Ogni legge sulla pma contiene soprattutto limiti e divieti, che vengono imposti alle scelte individuali e all'operato di medici e biologi. Il legislatore non accetta che le scelte in materia siano demandate per intero agli attori della pma, in particolare al medico, ma rivendica per sé una valutazione bilanciata degli interessi in gioco”, così testualmente, E. DOLCINI, *Responsabilità del medico e reati in materia di procreazione medicalmente assistita. Ambiguità e rigori della legge n. 40 del 2004*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1, 2009, pp. 27-50.

219 Cfr. V. ZAMBRANO, *La fecondazione assistita: profili giuridici di un fenomeno (in)naturale*, in C. CASONATO - T. E. FROSINI (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, 2006, pp. 177-205.

dell'embrione appare di riflesso, indiretta: si tratta del divieto di sperimentazione (art.13 c.1); del divieto di ricerca che non sia destinato a finalità di tutela della salute e dello sviluppo dell'embrione oggetto del trattamento a fini procreativi (art.13 c.2); del divieto di produzione di embrioni a fini di ricerca e di sperimentazione (art.13 c.3 lett. a); del divieto di selezione a scopo eugenico (art.13 c.3 lett.b); del divieto di scissione (art.13 c.3 lett.c); del divieto di crioconservazione (salva l'ipotesi di rinvio dell'intervento per ragioni connesse alla salute della donna, ex art. 14 c.3) e di soppressione (art.14 c.1); del divieto di produzione di embrioni soprannumerari (art. 14 c. 2).

Dalla semplice enumerazione delle disposizioni che se ne occupano, appare evidente che non si è in presenza di una disciplina organica: non solo non si definisce l'embrione nella sua entità, e neppure lo si parifica alla persona in quanto tale, ma non si declinano i diritti che il titolo del capo VI – “misure di tutela dell'embrione” – farebbe supporre.

Ed, infatti, tale discutibile impostazione si ravvisa anche nell'uso dei termini impiegati dal legislatore nel testo normativo e che richiedono l'attribuzione di un significato.

Troviamo, infatti, indistintamente menzionato:

- il “*concepito*”, a proposito delle finalità, contenute nel capo dei “principi generali”, per sottolineare la tutela dei diritti di tutti i soggetti coinvolti compreso il concepito (art.1 c.1);

- il “*nascituro*”, a proposito del consenso informato riguardante le conseguenze della applicazione delle tecniche di procreazione assistita(art.6);
- il *nato*, cioè colui che è stato procreato mediante il ricorso a queste tecniche con riguardo allo *status* familiare; si tratta di disposizioni (previste dagli artt. 8 e 9) contenute in un capo destinato alla tutela del “nascituro”, ma in realtà riguardano chi sia già nato; al nato viene riconosciuto lo *status* di figlio legittimo e si pone il divieto del disconoscimento della paternità e dell’anonimato della madre; il nato è registrato presso le strutture autorizzate alla applicazione delle tecniche di procreazione assistita (art. 11 c.1);
- i *gameti*, sempre a proposito delle finalità, tra cui è ricompreso il sostegno alla ricerca sulle tecniche di crioconservazione (art. 2 c.1); a proposito della loro donazione da parte del soggetto da cui provengono e a cui si nega una relazione parentale con il nato (art.9 c.3); con riguardo al divieto di utilizzazione a fini procreativi se appartengano a soggetti estranei alla coppia richiedente l’applicazione delle tecniche procreative (art. 12 c.1); con riguardo al divieto di commercializzazione (art.12 c.6); con riguardo al divieto di selezione a scopo eugenico (art.13 c.3 lett.b); con riguardo al divieto di fecondazione di un gamete umano con un gamete di specie diversa e al divieto di produzione di ibridi e di chimere (art.13 c.3

lett. d)); con riguardo alla loro crioconservazione, che è consentita (art. 14.c.8);

- la *cellula* e il *patrimonio genetico nucleare*, in quanto oggetto e risultato della clonazione umana, che è vietata dall'art. 12 c.7; ed infine
- l' "*embrione*", che, in quanto "formato" è oggetto di registrazione al pari del nato, nel libro tenuto dalle strutture autorizzate (art.11 c.1); non può essere oggetto di commercio (art.12 c.6).

Il dato che emerge, quindi, è l'uso di un linguaggio di "burocratica sciatteria"²²⁰.

Nel testo normativo si rinviene l'uso indifferenziato dei termini "*concepito*", "*nascituro*" ed "*embrione*" tendenzialmente come sinonimi, senza offrire una qualificazione giuridica ed una identità ontologica²²¹ adeguata alla figura dell'embrione.

Quasi frammenti di un mosaico, le singole disposizioni della legge 40/2004, nella loro formulazione in negativo, celano la *ratio* della norma, volta alla realizzazione del principio "*fecondatio naturam imitatur*"²²²; ogni singolo

220 G. SCIANCALEPORE, *Norme in materia di procreazione assistita: principi generali*, in *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40*, P. Stanzione – G. Sciancalepore (a cura di), op. cit., p. 15.

221 R. GILIBERTI – A. BONSIGNORE – F. DE STEFANO, *La procreazione assistita al vaglio della prassi*, in *Riv. it., med. leg.*, 2012, 02, p. 533 ss.

222 La finalità della legge di realizzare il principio "*fecondatio naturam imitatur*" si scontra, a giudizio di parte della dottrina, con la labilità del confine tra procedimento naturale ed artificiale. Secondo T. E. FROSINI, *Così cala l'ombra dell'illegittimità*, in *Guida al diritto*, dossier mensile, *Le prospettive della famiglia, dalla procreazione assistita alle coppie di fatto*, Marzo 2004, p. 48, "la riproduzione della vita umana riceve la sua spiegazione scientifica grazie ai processi di generazione artificiale, e può sostituire all'arbitrio la causalità (come per esempio la sterilità della coppie e le malformazioni genetiche), l'autodecisione e la responsabilità della coscienza".

rigoroso divieto in cui si sviluppa, in prospettiva “rimediale”²²³, l'intera legge, disvela – *a contrario* – la tacita e compresa manifestazione di un corrispondente diritto alla vita, alla identità personale, alla salute dell'embrione²²⁴.

Operando, infatti, la trasformazione delle richiamate norme concernenti l'embrione, attraverso la conversione dei divieti in benefici²²⁵, scorgiamo un embrione che ha diritto ad essere identificato e registrato; un embrione che ha un diritto alla salute, alla integrità del proprio patrimonio genetico, alla conservazione e allo sviluppo, alla “non proliferazione”, alla dignità pari a quella di un essere umano, in quanto non può essere fatto oggetto di commercio, di utilizzazione diversa dalla procreazione, né oggetto di ricerca e di sperimentazione.

Questa operazione non è solo un semplice esercizio di analisi della tecnica legislativa. Al contrario, consente di realizzare – in via indiretta - la costruzione di uno statuto dei “diritti dell'embrione” quale soggetto portatore di una sfera di tutele offerte dall'ordinamento giuridico.

223 P. STANZIONE, *Introduzione*, cit., p. XII, ove si legge: “L'ossessiva insistenza (artt. 1, 4, 5 e 6) sul fatto che il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici o quando sia impossibile rimuovere le cause di sterilità o di infertilità, colloca immediatamente l'istituto nel novero dei rimedi apprestati dal legislatore. In questa prospettiva “rimediale” del diritto non si rinviene spazio per una funzione positiva, dinamica, promozionale”.

224 P. STANZIONE, *Linee d'ombra e tratti di (dis)continuità legislativa: il “diritto” alla maternità tra aborto e procreazione medicalmente assistita*, op. cit., p. 82.

225 G. ALPA, *Laicità e diritto privato*, op. cit., ove si argomenta “ Proviamo a rovesciare le disposizioni che sono espresse in forma di divieto, e a risalire dal comportamento negativo sanzionato alla posizione del destinatario dei benefici derivanti dall'osservanza del divieto”.

6. La tutela dell'embrione nelle norme sulla PMA.

L'evoluzione della bioetica ed il sempre crescente ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, rende ineludibile il bisogno di affrontare i problemi connessi alla tutela giuridica dell'embrione.

Ed è proprio questo bisogno di circoscrivere l'ambito di operatività della tutela apprestata all'embrione, che indirizzerà la metodica di studio del corrente lavoro, volgendo lo sguardo alle norme che meglio salvaguardano l'origine della vita umana²²⁶ ed omettendo, quindi, richiami al diritto alla procreazione spettante alla persona umana *ex art. 2 Cost.* in combinato disposto con gli artt. 29 e 31 Cost.

La prima scelta normativa che riteniamo di difendere, alla luce della convinzione che l'embrione sia già persona al pari di quella già nata, concerne la problematica connessa alla liceità della diagnosi preimpianto sull'embrione *in vitro*.

Tale tecnica consente di conoscere in anticipo la presenza nell'embrione di alcune gravissime malattie e quindi la possibilità per la donna di rinunciare al trasferimento dell'embrione ovvero accettarlo nella consapevolezza di quella situazione patologica.

Il primo *discrimen* da operare concerne l'individuazione dei destinatari del divieto. Al riguardo la legge italiana, consentendo l'accesso alla PMA alle sole

226 V. IVONE, *Vulnerabilità del corpo e diritto al consenso*, op. cit., p. 222.

coppie sterili o infertili (art. 4 co. 1), esclude, *de facto*, la possibilità della stessa fecondazione *in vitro* (*a fortiori*, esclude la possibilità della diagnosi preimpianto sull'embrione) per coppie fertili, ma che presentino un rischio qualificato di trasmissione di malattie gravi e inguaribili²²⁷.

La mancata previsione, però, di sanzioni a carico del medico che pratici tale tecnica a favore di coppie non sterili (v. art. 12 co. 2, che commina una sanzione pecuniaria amministrativa per chi applichi tecniche di PMA in assenza di altri requisiti dettati dalla legge: quando cioè i componenti della coppia non siano entrambi viventi, o uno di loro sia minorenne, o la coppia sia formata da soggetti dello stesso sesso o non coniugati o non conviventi) è coerente con la sostanziale impossibilità di un serio accertamento della sterilità di coppia, almeno per le ipotesi in cui si tratti di sterilità idiopatica, cioè derivante da cause non identificate²²⁸.

Posto, quindi, che solo le coppie sterili o infertili possano ricorrere a tali tecniche, la legge, pur nella sua ambiguità e genericità, consente di desumere un generale divieto alla diagnosi preimpianto ricavabile dalla disposizione che consente la ricerca clinica e sperimentale su embrioni solo a condizione che si perseguano in via esclusiva finalità di tutela e sviluppo di quel singolo embrione (art. 13 co. 2).

227 La scelta di escludere il ricorso alla pma in situazioni di questo tipo ha suscitato aspre critiche da parte di vasti settori della dottrina: tra i penalisti, v. per tutti S. CANESTRARI, *Commento alla l. 19 febbraio 2004 n. 40*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, p. 417.

228 Sottolinea che la sterilità idiopatica può soltanto essere autocertificata Fecondazione assistita e momento del concepimento, in A. CELOTTO, N. ZANON (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita, Al margine di una legge controversa*, 2004, p. 12.

Tale lettura volta ad inquadrare l'indagine genetica preimpianto sull'embrione nel *genus* "ricerca clinica e/o sperimentale su embrioni", sarebbe avvalorata dal divieto di sperimentazione su embrioni (ex art. 13 co. 1), nonché dal divieto (assoluto) di selezionare embrioni a scopo eugenetico (art. 13 co. 3 lett. b).

Nel silenzio della norma, le "Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita", adottate con d.m. del 21 luglio 2004²²⁹ avevano operato una integrazione della disciplina, stabilendo che "ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati *in vitro*, ai sensi dell'articolo 14, comma 5,[dovesse] essere di tipo osservazionale".

Tale previsione diede, però, origine a decisioni contrastanti in giurisprudenza²³⁰ inducendo il Tribunale civile di Cagliari, ad adottare soluzioni opposte dinanzi alla medesima fattispecie concreta: dapprima - pronunciandosi per il divieto della diagnosi preimpianto²³¹ e contemporaneamente sollevando questione di legittimità costituzionale, in relazione all'art. 32 Cost. (risolta dalla Corte con un'ordinanza di manifesta inammissibilità)²³²; successivamente -

229 Il testo delle Linee-guida del 2004 è riportato in A. CELOTTO, N. ZANON (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 118 ss.

230 Per un'ampia analisi critica, v. ora M. D'AMICO, *I diritti contesi*, 2008, p. 48 ss.

231 Cfr. Trib. Cagliari, ord. 16 luglio 2005, in *Riv. it. med. leg.*, 2006, p. 648 ss., con nota di A. GENTILOMO, A. PIGA, *Il re è nudo (ma non troppo)*, *Brevi note a commento dell'ordinanza 16 luglio 2005*, *Trib. di Cagliari*, p. 657 ss.

232 Corte cost. ord. 24 ottobre 2006 n. 369, in *Giur. cost.*, 2006, p. 3831 ss., con note di: C. CASINI E M. CASINI, *Un significativo consolidamento della legge n. 40 del 2004*, p. 3837 ss.; A. CELOTTO, *La Corte costituzionale "decide di non decidere" sulla procreazione medicalmente assistita*, p. 3846 ss.; C. TRIPODINA, *Decisioni giurisprudenziali e decisioni politiche nell'interpretazione del diritto alla vita (riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 369 del 2006)*, p. 3849 ss.; M. D'AMICO, *Il giudice costituzionale e l'alibi del processo*, p. 3859 ss.

accogliendo una nuova richiesta di diagnosi preimpianto proposta dagli stessi aspiranti genitori, sulla base del prevalente diritto alla salute della donna garantito dall'art. 32 Cost., illegittimamente limitato dal divieto introdotto dalle Linee guida in argomento²³³.

Tale pronuncia ha segnato l'avvio di una vera e propria svolta giurisprudenziale, le cui tappe fondamentali, sono segnate da un'ordinanza del Tribunale di Firenze e da una sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, che si sono succedute tra il dicembre 2007 e il gennaio 2008.

Il Tribunale di Firenze²³⁴, con ordinanza 17 dicembre 2007, ha ritenuto legittima la diagnosi preimpianto argomentando che il relativo divieto sarebbe stato introdotto soltanto dalle Linee Guida del 2004, in violazione sia del principio di legalità del reato e della pena, sia delle regole che presiedono alla gerarchia delle fonti e dei limiti apposti dall'ordinamento al potere regolamentare ministeriale (art. 17 l. 400/1988)²³⁵.

La pronuncia del Tar Lazio del 21 gennaio 2008²³⁶, ha, poi, consacrato la nullità della previsione introdotta dalle Linee guida suddette, dichiarando

233 Trib. Cagliari, sent. 22 settembre 2007, in *Giur. cost.*, 2008, p. 579 ss., con nota di I. PELLIZZONE, *Fecondazione assistita e interpretazione conforme. Quando il fine non giustifica i mezzi*, ivi, p. 594 ss.

234 Trib. Firenze, ord. 17 dicembre 2007, in *Giur. cost.*, 2008, p. 591 ss.

235 Il Giudice fiorentino afferma testualmente: “debba ritenersi che per i principi che governano la normazione secondaria tale regola, creata ex novo col regolamento ministeriale, abbia costituito una fattispecie di divieto non previsto dalla legge, in contrasto coi principi della legge stessa, in contrasto coi principi costituzionali e da disattendere ex art. 5, l. 20.3.1865, n. 2248 all. E”.

236 Tar Lazio, sez. III *quater*, 21 gennaio 2008, n. 398, 21.4.2008, in *www.altalex.com*. Sui problemi sollevati da questa sentenza, può vedersi R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *Dalla provetta alla Corte. La nuova legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio, e-book*, 2008.

illegittima, per eccesso di potere, la previsione di una indagine sullo stato di salute dell'embrione di tipo esclusivamente "osservazionale".

Decisivo, per il giudice amministrativo, il rilievo che le Linee guida, a norma dell'art. 7 della l. 40 del 2004, avrebbero dovuto dettare soltanto la disciplina delle procedure e delle tecniche di procreazione assistita, senza alcun intervento sull'oggetto normativo, di competenza esclusiva del legislatore.

Nel dettaglio, la sentenza precisava che "fermo il generale divieto di sperimentazione su ciascun embrione umano, la legge n. 40 del 2004 consente la ricerca e la sperimentazione e gli interventi necessari per finalità terapeutiche e diagnostiche se volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione".

Le Linee guida, all'opposto, riducendo tale possibilità alla sola osservazione, introducevano una previsione che, in quanto limitativa dell'attività di intervento terapeutico sull'embrione, doveva ritenersi illegittima.

Ma, l'aspetto particolarmente interessante ed innovativo della suddetta pronuncia va ricercato nella motivazione che ha condotto all'accoglimento del sesto motivo del ricorso. Il Collegio, infatti, si è spinto fino a dichiarare illegittimo il divieto di "ogni diagnosi preimpianto a finalità eugenetica", affermando che la disposizione che consente unicamente un'indagine "di tipo osservazionale" incorre in un vizio di "eccesso di potere per ingiustizia manifesta, irrazionalità e violazione dei principi comuni in materia di tutela della salute", di "falso supposto di fatto e diritto" e di "contraddittorietà, violazione degli articoli 12, 13 e 14 della Convenzione di Oviedo".

Per dare risposta al vuoto legislativo creato dalle pronunce di illegittimità delle Linee guida del 2004, in data 11 aprile 2008 l'On. Livia Turco²³⁷, Ministro della salute del Governo Prodi, procedeva all'aggiornamento delle Linee guida sulla procreazione medicalmente assistita, con decreto ministeriale pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana il 30 aprile 2008.

La più rilevante novità introdotta in sede di revisione delle Linee guida del 2004 riguarda proprio la diagnosi preimpianto sull'embrione.

Viene, infatti, definitivamente eliminata la disposizione in base alla quale ogni indagine sull'embrione deve essere esclusivamente di tipo "osservazionale", ma viene ribadito il divieto di ogni diagnosi preimpianto con finalità eugenetica²³⁸.

237 Nella dichiarazione introduttiva delle nuove linee guida, all'indomani del pronunciamento da parte del Comitato di presidenza del Consiglio superiore di sanità, il Ministro della Sanità Livia Turco affermava: "Queste nuove linee guida sono il frutto di un lavoro rigoroso finalizzato a due precisi obiettivi: la piena e corretta applicazione della legge 40 e la necessità di fornire idonee e puntuali indicazioni agli operatori sanitari alla luce delle nuove risultanze cliniche e del mutato quadro di riferimento giuridico scaturito da ripetuti interventi della magistratura sulle precedenti linee guida. Sono convinta che il decreto oggi pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale abbia centrato questi due obiettivi".

238 Il problema più evidente riguarda la persistente presenza nelle 'nuove' Linee guida del divieto di "ogni diagnosi preimpianto a finalità eugenetica". Non è difficile prevedere che sarà questa l'arma brandita dai nostalgici delle Linee guida del 2004, i quali assumeranno che abbia finalità eugenetiche un'indagine sullo stato di salute dell'embrione, ogniqualvolta alla scoperta di gravi patologie o malformazioni possa seguire il rifiuto da parte della donna di trasferire l'embrione stesso nell'utero: cioè, sempre. Con la conseguenza che nelle Linee guida così interpretate, a dispetto della nuova formulazione e delle indicazioni fornite dalle sentenze che richiamavo poco fa, si continuerebbe a leggere, nella sostanza, un divieto assoluto di ogni diagnosi preimpianto. Ma davvero ha a che fare con l'eugenetica la scelta di una donna di non far sviluppare un embrione nel quale siano presenti patologie gravissime? Nella recente letteratura penalistica, per persuasive prese di posizione sui rapporti tra eugenetica e terapia, cfr. A. MANNA, *La tutela penale della vita in fieri. Tra funzione promozionale e protezione di beni giuridici*, in *LP*, 2005, p. 348, nonché L. RISICATO, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire"*. *Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, 2008, p. 68, ove si legge che "non possono qualificarsi eugenetiche – bensì *stricto sensu* terapeutiche – le pratiche

Tale categorica disposizione ingenera, però, il riaffiorare di istanze di revisione delle Linee guida²³⁹.

Nella perdurante ambiguità normativa, il Tribunale di Firenze, riaffrontando la tematica della PMA, con due distinte ordinanze²⁴⁰, rimetteva al vaglio della Corte Costituzionale, alcuni dei più stringenti divieti previsti dalla legge n. 40, tra cui la *vexata quaestio* dell'eugenetica²⁴¹, con riguardo alle malattie geneticamente trasmissibili, operando il richiamo all'art. 3, comma 2 Cost., ed

mediche in grado di diagnosticare o prevenire malattie ereditarie: ogni impropria sovrapposizione tra eugenetica e lotta alle malattie genetiche risulta pertanto inaccettabile”.

239 Tra le voci che hanno invocato ulteriori interventi sulle Linee guida, spiccano quella di Carlo Giovanardi, sottosegretario alla Presidenza del Consiglio con delega alla Famiglia del governo Berlusconi, e quella di Eugenia Roccella, sottosegretario al Lavoro, alla salute e alle politiche sociali. Cfr. M. DE BAC, *Fecondazione, il Governo cambierà le regole*, in *Corriere della Sera*, 16 maggio 2008, p. 20.

240 Trib. Firenze, ord. 12 luglio 2008 reg. ord. n. 323 e ord. 26 agosto 2008, reg. ord. n. 382, pubblicate nelle *GG.UU.* nn. 44 e 50, I serie speciale, dell'anno 2008.

241 Il Tribunale di Cagliari, in argomento, con sentenza del 22-24.9.2007 argomentava che, “come la legge sull'aborto non consente l'interruzione della gravidanza a fini eugenetici, rilevando lo stato di salute del feto non di per sé ma solo quale causa del verificarsi di uno stato patologico della gestante, così la l. n. 40/2004 vieta la selezione degli embrioni a scopo eugenetico; ma negli stessi termini in cui è consentita dalla l. n. 194/1978 l'interruzione della gravidanza per la tutela della salute della gestante (aborto terapeutico), allo stesso modo la donna potrà legittimamente rifiutare l'impianto dell'embrione prodotto *in vitro* allorché la conoscenza dell'esistenza di gravi malattie genetiche o cromosomiche nell'embrione medesimo abbiano determinato in lei una patologia tale per cui procedere ugualmente all'impianto sarebbe di grave nocimento per la sua salute fisica o psichica”. In questo caso, infatti, prosegue il Tribunale, non si tratterebbe di pratica eugenetica, certamente vietata ai sensi dell'art. 13, ma di impossibilità di procedere all'impianto per “grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione” che ai sensi dell'art. 14, comma 3, legittima espressamente la crioconservazione dell'embrione sino a quando (e se) l'impedimento all'impianto venga meno”, in, *La nuova giurispr. civ. omm.*, n. 2, 2008, pp. 249-260, particolarmente p. 258.

ottenendo una pronuncia²⁴² di parziale non conformità dei co. 2 e 3 dell'art. 14 della legge, innescando un “progressivo scardinamento della L. 40 e delle connesse regole di attuazione contenute nelle Linee guida”²⁴³.

Tale pronuncia, però, non può superare quello che è l'indirizzo politico²⁴⁴ e la visione costituzionalmente orientata che ha ispirato la norma e che individua nel divieto di diagnosi preimpianto a fini eugenetici²⁴⁵, un chiaro riflesso del divieto di ogni forma di indagine sull'embrione volta a realizzare la

242 Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, in *Nuova giur.civ.comm.*, 2009, 1, p. 1123 con nota di G. FERRANDO, *Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte costituzionale*, *ivi*, 2009, II, p. 521; L. TRUCCO, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide (almeno in parte) di decidere*, in *Giur. it.*, 2, 2010, p. 282. L'autrice sostiene che “Lo Stato costituzionale di diritto non tollera eccezioni nel suo valore fondante, relativo alla vita e alla dignità umana, persino quando può eventualmente rilevare la salvezza di altre vite umane. Su questa impostazione metodologica costituzionale estremamente garantista, dove prevale lo Stato di diritto, rispetto alle pressanti esigenze della sicurezza e della prevenzione, sembra fra l'altro di riconoscere un largo consenso. Si riscontra infatti ampia convergenza sulla salvaguardia dei valori fondamentali, in riferimento ad uno stato di emergenza terroristica come quello attuale, che talvolta determina negli ordinamenti incisioni sproporzionate sui diritti di libertà e di riservatezza e persino negazioni della dignità umana nei confronti dei colpevoli o presunti tali”.

243 A seguito di questa sentenza, molti sono stati i commenti volti a sottolineare l'enorme portata ed il compito di sgretolamento dell'impianto strutturale della legge: così A. BELLELLI, *Procreazione medicalmente assistita e situazioni soggettive coinvolte*, in *Famiglia*, 2009, p. 19; U. SALANITRO, *Il divieto di fecondazione eterologa alla luce della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: l'intervento della Corte di Strasburgo*, in *Fam. Dir.*, 2010, p. 991; V. IVONE, *Vulnerabilità del corpo e diritto al consenso*, *op. cit.*, p. 139.

244 Per una ricostruzione critica sui criteri ed i valori da ricercare nella lettura delle norme cfr. S. AMATO, *La riproduzione assistita come diritto. Riflessioni biogiuridiche*, in *Riv. internaz. fil. dir.*, n. 1, 2001, pp. 89-117:91-92.

245 J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una eugenetica liberale*, Einaudi, Torino, 2002, p. 23, ove si legge: “nella diagnosi preimpianto risulta già oggi difficile rispettare i confini che separano l'eliminazione di predisposizioni genetiche indesiderate dalla ottimizzazione di predisposizioni desiderabili (...). Il confine concettuale tra il prevenire la nascita di un bambino gravemente malato e la decisione eugenetica di migliorare il patrimonio ereditario non è più tracciabile con sicurezza”.

“ricerca del figlio perfetto”²⁴⁶; un’aspirazione contro la quale si è più volte pronunciato, da ultimo, anche Papa Benedetto XVI²⁴⁷.

D'altronde, la tutela dell'essere umano nella sua dignità e nella sua identità, già consacrata nella Convenzione di Oviedo e specificata nel “Protocollo addizionale” di Parigi del 1998, è terreno di elezione per suffragare la dignità umana del concepito, evocando il diritto al libero sviluppo della personalità umana (art. 2 Cost.), che impone di “tenere nel giusto conto le diverse esigenze”²⁴⁸ di chi avrebbe interesse a ricorrere a tale diagnosi (la madre) e di chi vedrebbe subordinata alla scelta discrezionale di altri, la propria nascita (l'embrione).

Così argomentando, deve ammettersi che la tutela della vita umana prenatale si prospetta non già come protezione di un “valore” in sé, oggettivamente considerato, ma piuttosto come tutela dei diritti fondamentali

246 Cfr. L. ACCATTOLI, *Appello del Papa: no alla ricerca del figlio perfetto*, in *Corriere della sera*, 25 febbraio 2007, p. 11. Cfr. anche Trib. Catania, ord. 3.5.2004, in *Fam.Dir.*, n. 4, 2004, pp. 372-379, ove si legge “(l’odierna ricorrente) non ha un diritto fondamentale a produrre un figlio conforme ai suoi desideri” non rientrando fra “i diritti della persona e della sua integrità psicofisica la possibilità di selezionare eugenicamente i suoi figli”; il presunto richiamo operato dagli aspiranti genitori, al “diritto a nascere sano” cela, “invece, un preteso diritto dei genitori ad avere solo figli sani a qualunque costo, diritto che la nostra Costituzione non riconosce loro”; d'altronde, “nessun ‘bilanciamento di interessi’ i coniugi ricorrenti propongono fra i loro interessi e quelli del concreto nascituro eventualmente malato, antepoendo a tutto incondizionatamente il loro desiderio-interesse ad avere un figlio sano”; conforme TAR Lazio, sez. III-ter, sent. 9.5.2005, n. 3452, in, http://www.giustizia-amministrativa.it/Sentenze/RM_200503452_SE.doc, p. 25.

247 Celebre l'attacco rivolto alla “cultura della perfezione che impone di escludere tutto ciò che non appare bello, splendente, positivo, accattivante”. Cfr. A. MANGIAROTTI, *L'Osservatore: aborto selettivo, è eugenetica*, in *Corriere della sera*, 28 agosto 2007, p. 6.

248 S. RODOTA', *Sul buon uso del diritto e i dilemmi della clonazione*, in C. M. MAZZONI (a cura di), *Etica nella ricerca biologica*, Firenze, 2000, p. 187.

di cui un essere umano - l'individuo concepito, appunto - venga riconosciuto titolare alla stregua dei principi fondamentali richiamati²⁴⁹.

Non è, infatti, il rapporto intersoggettivo che consente la tutela (di un interesse), quanto, viceversa, l'esistenza stessa di un centro di interessi giuridicamente tutelato, che non può essere legittimamente contestato al concepito che, in un rigoroso parallelismo tra biologia e diritto, deve essere qualificato come un individuo che si va sviluppando come uomo, e che per il diritto, è "un centro autonomo di rapporti giuridici". Da ciò consegue che la finalità cui deve tendere il giurista nell'interpretare la norma è quella di realizzare la tutela della "dignità della procreazione"²⁵⁰, che "deve consistere, per corrispondere alla dignità umana, in un atto relazionale degli individui generanti".

L'art. 5, infatti, consente l'accesso alle tecniche di PMA solo alle coppie maggiorenni, di sesso diverso, coniugate o conviventi²⁵¹, in età potenzialmente

249 F. D. BUSNELLI, *La tutela giuridica dell'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 58.

250 Così L. EUSEBI, *Laicità e dignità umana nel diritto penale* (pena, elementi del reato, biodiritto), in *Scritti per Federico Stella*, 2007, vol. I, p. 163 ss., in particolare p. 192 s. A proposito del concetto di dignità umana, quale "valore a forte connotazione etico-emozionale, ma al tempo stesso dal contenuto generico e indefinito: come tale potenzialmente disponibile ... a fungere da *deus ex machina* per la giustificazione di ogni incriminazione, rispetto alla quale non si sia in grado di individuare quale oggetto di tutela un bene giuridico più specifico"; G. FIANDACA, *Scelte di tutela in materia di fecondazione assistita e democrazia laica*, cit., p. 343.

251 P. STANZIONE e G. SCIANCALEPORE, *Procreazione assistita, commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40*, op. cit., p. 32. Gli AA., pur apprezzando lo sforzo compiuto dal legislatore nell'equiparare le coppie *more uxorio* alle coppie coniugate, sollevano riflessioni critiche rispetto alla carenza di indagine sull'effettiva adeguatezza, affidabilità e stabilità del rapporto di convivenza, affermando che: "ancora una volta non può essere negletta l'evanescenza della categoria utilizzata, nella misura in cui la convivenza in sé non trasmette quell'esigenza di serietà, indispensabile per poter assolvere adeguatamente all'ufficio della potestà genitoria".

fertile²⁵².

Tale rigore va ravvisato nel costante bisogno di coerenza al principio “*fecondatio naturam imitatur*”, atteso che la procreazione non si esaurisce in se stessa, ma è un aspetto della vita di relazione che trova nella famiglia un nucleo fondamentale di riferimento²⁵³. D'altronde anche la Corte europea dei diritti dell'uomo e le Corti costituzionali sono concordi nel collocare l'autonomia procreativa all'interno del diritto alla pianificazione familiare e non al diritto alla pianificazione esistenziale²⁵⁴, nell'ottica di realizzazione del preminente interesse del minore ad una crescita armonica della sua personalità.

A questo obiettivo è funzionalizzato anche il conseguenziale divieto di accesso a tecniche di procreazione assistita di tipo “eterologo” (art. 4, co. 3, legge n. 40) e di qualsiasi forma di donazione di gameti (una cessione a titolo oneroso integrerebbe il reato di cui all'art. 12 co. 6 l. n. 40/2004). Il fondamento di tale divieto²⁵⁵ va ricercato, infatti, nella salvaguardia

252 P. STANZIONE e G. SCIANCALEPORE, op. cit., p. 34. L'espressione usata dal legislatore ha indotto gli AA. A sollevare critiche alla genericità della L. 40 che, operando un'inversione di marcia rispetto alla prima stesura, rinuncia ad imporre un limite massimo di età dei soggetti richiedenti, optando per un indefinito criterio di valutazione dell'età “potenzialmente fertile”, suscitando “il dubbio che si tratti di una breccia lasciata al destino delle diuturne ricerche medico-scientifiche”.

253 V. IVONE, *Vulnerabilità del corpo e diritto al consenso*, op. cit., p. 230.

254 J. ROBERTSON, *Children of Choice: Freedom and the New Reproductive Technologies*, New York, 1994, p. 24; concetto richiamato anche da, V. IVONE, *Vulnerabilità del corpo e diritto al consenso*, op. cit., p. 230.

255 La non univocità da parte della dottrina nell'utilizzo del termine “fecondazione eterologa” è specchio della non omogeneità dei pareri e delle riflessioni sull'argomento. Si veda per tutti, C. FLAMIGNI, *Il secondo libro sulla sterilità. La fecondazione assistita*, Torino, 2008, p. 468 ss. Si veda anche E. DOLCINI, *Il punto sulla fecondazione assistita “eterologa” rileggendo Carlo Flamigni*, in C. Flamigni, *Medicina, impegno civile, bioetica, letteratura*,

dell'integrità psico-sociale del nascituro, sia rispetto al suo diritto alla verità biologica²⁵⁶ che al fine di evitargli risentimenti in conseguenza di una frammentazione delle figure parentali di riferimento²⁵⁷.

Firenze, 2013, p. 127 ss. In generale sul tema si vedano C. TRIPODINA, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della legge n. 40 del 2004 recante "Norma in materia di procreazione medicalmente assistita"*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 538 ss.; S. PATTI, *La fecondazione eterologa e l'evoluzione dell'ordinamento giuridico italiano tra giudice e legislatore*, in *La fecondazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi*, Milano, 2005, p. 121 ss.; L. GATT, *Memento mori. La ragion d'essere della successione necessaria in Italia*, in *Fam. pers. succ.*, 6, 2009, p. 8; M. D'AMICO, *Sull'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa fra i principi costituzionali ed europei*, in M. D'Amico e B. Liberali (a cura di), *Il divieto di donazione dei gameti. Fra Corte Costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Milano, 2012, p. 18 ss.

256 Trib. Milano, ord. 23 novembre 2009, in *La nuova giur.civ.comm.*, 8-9, 2010, p. 774 ss. che, con riferimento al diritto all'identità biologica del nascituro, argomenta che verrebbe compromessa la genitorialità biologica in caso di ricorso ad una fecondazione di tipo eterologo. Ripropone la medesima problematica, ma con riguardo alla questione del disconoscimento del nato da fecondazione eterologa e sul cd. riconoscimento di compiacenza, M. G. STANZIONE, *Interesse del minore e verità biologica nel riconoscimento di compiacenza*, in *Nuova giur. civ.*, 4, 2013, p. 349. L'A. riporta il caso del sistema francese, dove "la giurisprudenza non ha mai mostrato dubbi: già nella nota sentenza del 1991 (App. Parigi, 29 marzo 1991), la Corte d'Appello di Parigi dichiara che l'inseminazione eterologa ha la finalità di creare, mediante il consenso comune dei due sposi, una "maternità di sostituzione" accettata in ragione della sua indeterminatezza biologica, come il frutto dell'impegno dei due sposi di concepire con tale tecnica un bambino che essi si impegnano ad accogliere e a trattare come loro figlio legittimo. Accanto alla verità biologica si pone, allora, un'altra verità, quella "sociologica", che si fonda sul legame affettivo che si stabilisce tra il genitore e il figlio e nasce dall'assunzione dell'impegno di allevare, curare ed educare il bambino, e cioè di svolgere le funzioni genitoriali in un rapporto che non può che essere per la vita".

257 In questo senso si sono espressi C. CASINI, M. L. DI PIETRO e M. CASINI, *La legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita*, 2, 2004, p. 515 secondo cui "La decisione di escludere l'eterologa [...] tiene conto di un diritto che verrebbe altrimenti

In questi termini si è pronunciata anche la *Grande Chambre* CEDU con sentenza del 3 novembre 2011 (Ricorso 57813/00 – S. H. e altri c/ Austria)²⁵⁸ la quale, ribaltando le conclusioni rese con la pronuncia del 1° aprile 2010, ha sostenuto che la scelta di uno Stato di proibire alcune tipologie di fecondazione eterologa non è contraria al diritto al rispetto della vita privata e familiare (articolo 8). Anzi, riproponendo quello che è il principio che abbiamo individuato quale ispiratore della normativa italiana “*fecondatio naturam imitatur*”, ha affermato che, sulla base del rispetto di un “criterio naturale”, contrapposto ad un “criterio di diritto positivo”, occorre privilegiare quei metodi di fecondazione assistita che permettono una sorta di “naturalità della generazione”, rispetto a quelli che inficiano tale qualità.

La *Grande Chambre* ha mostrato, quindi, di propendere per quelle tecniche di fecondazione che preservano un “*quid naturale*”, in contrapposizione a quei metodi che determinano invece un’artificialità tale da essere pregiudizievole *in nuce* della possibile costruzione e mantenimento di un ordine socio-giuridico definito²⁵⁹.

profondamente lesa: il diritto del concepito di nascere e crescere come figlio di un uomo e di una donna legati da una relazione stabile di affetto. In altri termini, è diritto e interesse del figlio avere una madre e un padre che siano tali sotto ogni profilo (genetico, affettivo, legale)”.

258 Sentenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo del 3 novembre 2011 - Grande Camera – Ricorso 57813/00 - S.H.e altri c. Austria, in [http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.npfacetNode_1=1_2\(2011\)&previousPage=mg_1_20&contentId=SDU718206](http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.npfacetNode_1=1_2(2011)&previousPage=mg_1_20&contentId=SDU718206). Per un esame critico della pronuncia cfr., L. VIOLINI, *La sentenza della Grande Camera: da Strasburgo un bilanciamento di diritti*, bioFiles n.9 del 14 novembre 2011, in www.scienzevita.org.

259 C. DI COSTANZO, *Ancora sul margine di apprezzamento: frontiera costituzionale o criminale giuridicamente indefinibile?*, (Nota a Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 3 novembre 2011, ricorso n. 57813/2000, S. H. e altri versus Austria), in

Ed è quell'elemento di naturalità dei processi di fecondazione a garantire il principio di dignità della donna e del bambino (soggetti tradizionalmente più vulnerabili). Dalla naturalità dell'evento nascita, infatti, sembra provenire poi il collegamento della tutela della madre congiunta a quella del concepito, uniti oltre che dallo speciale rapporto intercorrente, anche dalla necessità di una sorta di anticipazione della tutela sino al momento del concepimento. L'esclusione della fecondazione eterologa *in vitro* viene, pertanto, ricostruita, non come una discriminazione nei confronti di alcuni nuclei genitoriali, ma come il tentativo di correlare all'evento naturale nascita, la certezza della maternità in modo da tutelare la dignità delle donne e dei concepiti.

Altro divieto che rappresenta un baluardo rispetto alla tutela dell'embrione, va ravvisato nella limitazione alla produzione soprannumeraria di embrioni umani e nel divieto della loro crioconservazione.

La problematica assume rilevanza qualora una parte degli embrioni generati *in vitro* non venga immediatamente trasferita in utero.

Ebbene, il legislatore del 2004, adottando una soluzione compromissoria fra la necessità di regolamentare la procreazione medicalmente assistita e l'esigenza di preservare gli embrioni soprannumerari dal rischio soppressione, ritenne di ricorrere al divieto di produzione di un numero di embrioni superiore a tre per ogni tentativo di impianto.

http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/corte_e_uropea_diritti_uomo/0020_dicostanzo.pdf.

Tale soluzione salomonica, almeno in sede di stesura della legge, apparve adeguata a garantire, da un lato un sufficiente numero di embrioni da inoculare, idoneo a fornire garanzie rispetto alle possibilità di successo del tentativo procreativo, dall'altro, a contenere gli effetti di gravidanze gemellari, ed a limitare la crioconservazione, atteso l'obbligo imposto dalla legge, di immediato trasferimento di tutti e tre gli embrioni generati.

La soluzione legislativa suddetta trovava sostegno, sia nei pareri resi - in merito - dal Comitato Nazionale per la Bioetica²⁶⁰ che nei principi costituzionali che inducevano a riconoscere eguale dignità a tutti gli esseri umani, ivi compresi gli embrioni²⁶¹.

Tale limitazione indicata dalla legge – relativa al numero di embrioni – è stata presto ritenuta iniqua, tanto da inquadrare una ipotesi di *mal-practice*, in quanto indifferente alle diverse variabili che accompagnano la vicenda della procreazione assistita, quali la salute e l'età della donna interessata, le problematiche specifiche, i rischi inerenti le singole tecniche e la possibilità che la paziente produca embrioni “di qualità”, intendendo con ciò quelli che si possono rivelare più idonei a realizzare il risultato della gravidanza e della procreazione.

Nella pronuncia di parziale incostituzionalità resa il 1° aprile 2009 si legge, infatti, che l'art. 14, commi 2 e 3, della legge n. 40 contrasta con gli artt.

260 Tale fonte ha riconosciuto il “dovere morale di trattare l'embrione umano con il massimo rispetto e in modo tale da garantire la stessa tutela che deve essere assicurata agli individui adulti”.

261 M. CASINI, *La sentenza costituzionale 151/2009: un ingiusto intervento demolitorio della l. 40/2004*, in *Dir. fam. pers.*, 3, 2009, p. 1033 e ss.

3 e 32 Cost., stante la compromissione “della genitorialità intesa come espressione della personalità umana” laddove “impone la creazione di un numero di embrioni da impiantare comunque non superiore a tre ed il contestuale impianto degli stessi, vietandone la crioconservazione al di fuori delle limitate ipotesi ivi previste.

Sotto il primo profilo, si rileva, anzitutto, una intrinseca irragionevolezza della disciplina, che, da un lato, si dichiara ispirata allo scopo di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o infertilità, e, dall'altro, impone il predetto limite numerico alla produzione di embrioni, prescindendo da ogni concreta valutazione del medico sulla persona che intende sottoporsi al procedimento di procreazione medicalmente assistita, e preoccupandosi solo di evitare il ricorso alla crioconservazione, che può determinare la perdita degli embrioni, rischiando, così, anche l'inutile sacrificio degli embrioni prodotti. La previsione in esame, quindi, non sarebbe in linea con quel bilanciamento di interessi che la legge n. 40 del 2004 sembrerebbe voler perseguire. [...] Tale limitazione determinerebbe, inoltre, una ingiustificata disparità di trattamento in funzione delle diverse condizioni fisiche della donna che ricorre alla procreazione assistita. Infine, il *vulnus* all'art. 32 Cost. viene ravvisato nell'assoggettamento, che la disciplina censurata determina, ad un successivo trattamento di stimolazione ovarica nella non improbabile ipotesi di esito infelice del primo tentativo di impianto, in contrasto proprio con quel principio della minore invasività che risulta

espressamente indicato, nell'art. 4, comma 2, lettera a), della legge, tra i principi cui deve ispirarsi la tecnica in esame"²⁶².

Anche l'embrione riceve una tutela attenuata dalla previsione del limite di cui al co. 2 art. 14 della Legge "poiché anche nel caso di limitazione a soli tre del numero di embrioni prodotti, si ammette comunque che alcuni di essi possano non dar luogo a gravidanza, postulando la individuazione del numero massimo di embrioni impiantabili appunto un tale rischio, e consentendo un affievolimento della tutela dell'embrione al fine di assicurare concrete aspettative di gravidanza, in conformità alla finalità proclamata dalla legge. E dunque, la tutela dell'embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione".

Ed è questo aspetto che risulta criticabile nella motivazione della sentenza, atteso che appare inaccettabile equiparare la tutela dell'embrione con le esigenze della procreazione.

Il diritto inviolabile alla vita del concepito risulterebbe, così, incredibilmente affievolito dallo stesso desiderio di un figlio, per avere il quale si ricorre alle tecniche di fecondazione artificiale²⁶³.

Molto più coerente col dettato costituzionale, appare operare un parallelismo fra la legge 40 e l'art. 4 della Legge 194/1978 che,

262 Cfr.: <http://www.filodiritto.com/corte-costituzionale-incostituzionale-il-limite-massimo-di-tre-embrioni-della-legge-sulla-procreazione-assistita/#.UxRY1-N5P4s>.

263 G. RAZZANO, *L'essere umano allo stato embrionale e i contrappesi alla sua tutela. In margine alla sentenza della Corte Cost. 151/2009 e all'ordinanza del Tribunale di Bologna del 29 giugno 2009*, in *Giur. it.*, 2, 2010, p. 295 ss.

paradossalmente, appresta una protezione “forte”²⁶⁴ all'embrione concepito o impiantato in utero, anche se nella “misura del possibile”²⁶⁵. La misura del possibile è costituita dal necessario bilanciamento con i diritti fondamentali della gestante: bilanciamento che tende a salvaguardare prioritariamente la vita e la salute della donna, facendo salva, “quando ciò sia possibile”²⁶⁶, la vita del concepito.

Nel nostro sistema normativo la violazione del diritto alla vita del concepito (embrione o feto) in utero può dirsi, dunque, legittima soltanto nei termini e secondo le modalità previste dalla Legge n. 194/1978, e comunque soltanto in presenza di un pericolo “serio” per la salute fisica o psichica della donna (art. 4).

Ogni altra ipotesi di sacrificio della vita del concepito è considerata dalla legge come ipotesi di reato, a conferma della protezione “forte” assicurata al concepito nei confronti di “chiunque” cagioni l'interruzione volontaria della gravidanza “senza l'osservanza delle modalità indicate negli articoli 3 o 8” (art. 19). Anche per gli embrioni *in vitro*, tale tutela dovrebbe dispiegarsi senza limiti,

264 F. D. BUSNELLI, *La tutela giuridica dell'inizio della vita umana*, op. cit., p. 60.

265 Espressione presente nella “Convenzione sui diritti del fanciullo”, stipulata a New York il 20 novembre 1989 e ratificata dall'Italia con Legge n. 176/1991 ove si legge che “ogni fanciullo ha un diritto inerente alla vita” ed ogni Stato Parto (della Convenzione) deve “assicurare in tutta la misura del possibile la sopravvivenza e lo sviluppo del bambino” (art. 6).

266 Corte cost., 10 febbraio 1997, n. 35, in *Giur. cost.*, 1997, I, p. 281 ss..

anche in assenza dello “schermo del corpo materno”²⁶⁷, dovendo ritenersi indiscutibile il diritto alla vita umana²⁶⁸.

267 P. ZATTI, *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, in *Nuova giur. civ. Comm.*, 2001, II, p. 157.

268 P. ZATTI, *Diritti del non-nato e immedesimazione del feto nella madre: quali ostacoli per un affidamento del nascituro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, p. 112 ss.

CAPITOLO QUARTO
L'EMBRIONE SOGGETTO DI DIRITTO OD
OGGETTO DI TUTELA NECESSARIA?
CONTRASTI GIURISPRUDENZIALI

CAPITOLO QUARTO

L'EMBRIONE SOGGETTO DI DIRITTO OD OGGETTO DI TUTELA NECESSARIA?

CONTRASTI GIURISPRUDENZIALI

Sommario: 1. La Giurisprudenza ed il suo anelito creativo. - 2. La recente decisione della Suprema Corte e la soggettività negata.

1. La giurisprudenza ed il suo anelito creativo.

E' innegabile che l'embrione e la sua tutela occupi la scena giuridica moderna, non solo nell'ambito dottrinario, ove si va sempre più affermando come nuovo protagonista della vita giuridica, arricchendo così l'ambito della soggettività, ma anche in quello giurisprudenziale, ove si assiste al susseguirsi di pronunce contraddittorie.

All'apparente semplicità dell'impostazione tradizionale che vedeva nella nascita il momento di inizio vita di una nuova soggettività, si contrappone, ormai, una notevole complessità di questioni che coinvolgono, in vario senso, l'esistenza umana²⁶⁹.

²⁶⁹ P. RESCIGNO, *Nascita* (dir. civ.), in *Noviss. Dig.it.*, IX, Torino, 1965, p. 11; id., *Nascita*, in *Digesto civ.*, XII, Torino, 1995, p. 1.

Per un verso, la rilevanza della vita prenatale impone di attribuire alla nascita un significato diverso da quello, formalisticamente riduttivo, che emerge dai due commi dell'art. 1 c.c.; per altro verso, l'evento della nascita, non si presta ad essere ricondotto all'antica, apparentemente semplice, definizione in termini di separazione del feto dal corpo materno.

Proprio per questi motivi già i romani²⁷⁰, cogliendo la necessità di disciplinare le vicende giuridiche che coinvolgevano i nascituri²⁷¹, ponevano le basi per considerare il concepito, non solo come una *portio mulieris*, ma come entità distinta dalla madre²⁷², centro di imputazioni giuridiche conformemente agli *homines*²⁷³, decretando, persino, la nomina di un *curator* per la *missio in possessionem ventris nomine*, tanto che il giurista Salvio Giuliano, nel II Secolo d. C. poté generalizzare affermando:

270 I principi del diritto romano riguardanti i concepiti sono enunciati nel libro primo dei *Digesta* di GIUSTINIANO (Titolo V, *De statu hominum*). Si deve così alla tradizione latina l'immagine del concepito quale "essere esistente" (*in rerum natura esse*: GIULIANO D. 1.5.26), al pari di chi è già nato (*in rebus humanis esse*), almeno allorché si tratti di riconoscergli un vantaggio (*commodum*: PAOLO D. 1.5.7). Che egli sia poi soggetto distinto dalla madre è chiaramente affermato da MARCIANO (D. 1.5.5.2.): *non debet calamitas matris nocere ei qui in ventre est*.

271 D. 25.4.1.1 Ulp. 24 *ad ed.*: *Ex hoc rescripto evidentissime apparet senatus consulta de liberis agnoscendis locum non habuisse, si mulier dissimularet se praegnatem vel etiam negaret, nec immerito: partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum. Post editum plane partum a muliere iam potest maritus iure suo filium per interdictum desiderare aut exhiberi sibi aut ducere permitti*. Il testo mi pare esprimere un concetto ovvio e cioè che prima del parto non è consentito nessun atto ammesso nei confronti dei figli già nati; pertanto la sua portata è molto limitata e relativa al contesto discusso e non implica un generale disconoscimento della 'personalità' dei nascituri.

272 M. V. SANNA, *Spes nascendi – spes patris*, in AA.VV., *Annali del seminario giuridico dell'Università degli Studi di Palermo*, G. Purpura (diretti da), Vol. LV, Torino, 2012, p. 521 ss.

273 D. 35.2.9.1 Pap. l. 10 *quaest.*: *Circa ventrem ancillarum nulla temporis admissa distinctio est nec immerito, quia partus nondum editus homo non recte fuisse*.

*Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse...*²⁷⁴

ponendo, già allora, l'accento sulla irrilevanza della fisicità quale *condicio* per l'acquisizione di tutela e rilevanza giuridica.

In questi termini, il processo di adeguamento della norma al fatto e del fatto alla norma, deve condurre ad una visione dell'uomo non in forma statica, in un corpo che ne cristallizzi la rilevanza per il diritto, ma in una proiezione dinamica ex art. 2 Cost., che guardi alla “persona come soggetto che si sviluppa”²⁷⁵.

All'opposto, la giurisprudenza ha commesso l'errore di ripercorrere le tradizionali categorie concettuali della personalità, della soggettività e della capacità, per giungere ad escludere la qualità di persona ed anche quella di soggetto di diritto in capo al concepito, ridimensionato ad oggetto di tutela necessaria²⁷⁶.

274 Digest . 1.5.26 (Iul. l. 69 dig.).

275 In tal senso la condivisa conclusione di A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, p. 4, il quale scrive testualmente: ““la persona come soggetto che si sviluppa è l'identità di quell'essere vivente che riunisce in sintesi il prima e il dopo, l'embrione e la persona adulta, il bambino e l'anziano, chi prima era sano e poi è diventato malato, la persona nello stato di veglia e la persona dormiente, la persona cosciente e la persona incosciente”.

276 P. STANZIONE – G. SALITO, *La tutela del nascituro: una ricorrente vicenda giudiziaria*, op. cit., p. 2.

2. La recente pronuncia della Suprema Corte e la soggettività negata.

Assistiamo sempre più frequentemente ad interventi di inquietante “creatività” giurisprudenziale²⁷⁷ ad opera della Cassazione che, nell'ottica di una rinnovata funzione c.d. “normativa”, si avventura in interventi interpretativi oltre il dato normativo, appellandosi al “soggettivismo della modernità dei diritti dell'uomo” nei cui confronti sarebbe “dichiaratamente ostile” concepire la dignità umana come “un'espressione liturgica”.

E' il caso della recentissima sentenza della Suprema Corte²⁷⁸ la quale, nell'affrontare l'ennesimo caso di *wrongful life*²⁷⁹, ribalta le premesse poste a base delle decisioni precedenti, giungendo a negare la soggettività giuridica al

277 F. D. BUSNELLI, *Verso una giurisprudenza che si fa dottrina. Considerazioni in margine al revirement della Cassazione sul danno da c.d. “nascita malformata”*, op. cit., p. 1524.

278 Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, in <http://www.cortedicassazione.it/Notizie/GiurisprudenzaCivile/SezioniUnite/SchedaNews.asp?ID=3126>

279 Come è noto, con il termine *wrongful life* si indica, nella letteratura dei paesi di *common law*, l'insieme di azioni esperite dal figlio handicappato *iure proprio* a mezzo, se necessario, dei suoi legali rappresentanti, per ottenere il risarcimento dei danni «emozionali» e il rimborso delle spese di assistenza medica; con il termine *wrongful birth*, l'insieme di azioni esperite dai genitori del figlio handicappato per ottenere il risarcimento dei danni da loro stessi patiti e patienti a causa della mancata interruzione, per colpa del medico, della gravidanza; con il termine di *wrongful conception*, l'insieme di azioni esperite dai genitori del figlio nato sano a seguito di gravidanza non voluta, dovuta, ad esempio, ad un erroneo intervento di sterilizzazione. In argomento, A. GUARNIERI, *Nascita di figlio malformato, errore diagnostico del medico e regola di responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 350.

nascituro sull'erroneo presupposto che sia solo “frutto” dell'esercizio del diritto materno di procreare²⁸⁰.

La vicenda può essere così sintetizzata: la futura madre si era rivolta ad un ginecologo per effettuare tutti gli accertamenti necessari ad escludere malformazioni del feto. La donna aveva rappresentato allo specialista che la nascita di un bimbo sano fosse, per lei, condizione imprescindibile per la prosecuzione della gravidanza.

Il medico le aveva proposto e fatto eseguire solo il “Tritest”, omettendo di prescrivere accertamenti più specifici al fine di escludere alterazioni cromosomiche del feto. In conseguenza della superficiale indagine diagnostica prescritta dal ginecologo, nel settembre del 1996 era nata la piccola Marta, affetta da sindrome di *Down*.

I genitori, in proprio e nella qualità di esercenti la potestà sulla figlia minore, convenivano in giudizio dinanzi al Tribunale di Treviso il ginecologo e l'Azienda sanitaria di appartenenza, chiedendo il risarcimento dei danni conseguenti all'inadempimento contrattuale del sanitario.

Sia il Tribunale che la Corte d'Appello procedevano a respingere sia le istanze risarcitorie dei familiari – ritenendo il sanitario esente da colpa – sia della minore, per difetto di legittimazione attiva all'azione di risarcimento per nascita malformata.

In ordine all'aspetto della carenza di legittimazione attiva della minore, nata con la sindrome di *Down*, i giudici di merito, facendo propri alcuni passi

280 G. CRICENTI, *Meglio non essere mai nati? Il diritto a non nascere rivisitato*, in *Riv. crit.dir. priv.*, Giugno 2013, p. 323.

della motivazione della sentenza della Cassazione n. 14888/2004, ribadirono il principio di diritto in base al quale “verificatasi la nascita, non può dal minore essere fatto valere come proprio danno da inadempimento contrattuale, l’essere nato affetto da malformazioni congenite per non essere stata la madre, per difetto di informazione, messa in condizione di tutelare il di lei diritto alla salute, facendo ricorso all’aborto”.

In merito alla formulata richiesta risarcitoria dei familiari, fondata unicamente sul preteso inadempimento contrattuale del sanitario, senza richiami alla privazione del diritto di scelta della gestante, i giudici dichiararono il professionista esente da colpa, in quanto “la sola indicazione del c.d. Tritest, quale indagine diagnostica funzionale all’accertamento di eventuali anomalie fetali, doveva ritenersi del tutto giustificata, alla luce dell’età della gestante (al tempo dei fatti soltanto ventottenne) e dell’assenza di familiarità con malformazioni cromosomiche, onde l’esecuzione di un test più invasivo come l’amniocentesi (che la partoriente conosceva “per sentito dire”) avrebbe potuto essere giustificata soltanto da una esplicita richiesta, all’esito di un approfondito colloquio con il medico, sui limiti e vantaggi dei test diagnostici”.

D'altronde, l'accertamento di una malformazione fetale, in carenza degli ulteriori requisiti previsti all'art. 6 della legge n. 194/1978, non avrebbe potuto rappresentare presupposto idoneo e sufficiente a legittimare un'interruzione di gravidanza, posto che, nella specie, tale interruzione sarebbe stata praticata nel secondo trimestre.

La Corte di Cassazione - adita dai genitori e dalla figlia, nel frattempo divenuta maggiorenne – nel dare risposte ai quesiti sollevati dai ricorrenti, opera un vero e proprio *revirement* rispetto ai precedenti *decisum*, affrontando “il delicato problema della legittimità risarcitoria del nato handicappato” in chiave “creativa”, fornendo, cioè, una ricostruzione innovativa della condizione prenatale, in termini di irrilevanza per il diritto; in netta contrapposizione con le precedenti convinzioni della stessa Corte che, nel 2009²⁸¹, aveva ritenuto il concepito dotato di autonoma soggettività giuridica in quanto “titolare, sul piano esistenziale, di alcuni interessi personali in via diretta, quali il diritto alla vita, e quelli alla salute o integrità psico-fisica, all’onore o alla reputazione, all’identità personale”.

La Corte ricorda come la questione della qualificazione della condizione giuridica del concepito oscilli, “nella sua più intima sostanza, tra semplicistiche trasposizioni della abusata *fictio* romanistica che equiparava il *conceptus (nasciturus)* al soggetto *pro iam nato (habetur) quotiens de eius commodis agatur*, e contrastate adesioni alla sua rappresentazione *sicut mulier portio vel viscerum*”.

Per superare indenne il passaggio tra Scilla e Cariddi, la Corte, sul piano metodologico, si propone quindi di sviluppare un’analisi rigorosamente giuridica, scevra da facili quanto inevitabili suggestioni di tipo etico o filosofico, onde valutare la natura del concepito quale soggetto di diritto ovvero, del tutto specularmente, oggetto di tutela sino al momento della sua nascita.

281 Il riferimento, per l’esattezza, è a Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 1258 ss.

In questo contesto, i giudici di legittimità non hanno potuto sottrarsi al confronto con i precedenti, in particolare con la sentenza n. 14488/2004 (che ha sancito l'irrisarcibilità del danno da nascita malformata lamentato in proprio dal neonato e la speculare limitazione di tale diritto a due soli soggetti, rappresentati dalla madre e dal padre del bambino malformato) oltre alla più recente sentenza n. 10471/2009.

Nella vicenda di cui la Suprema Corte ebbe ad occuparsi nel 2004, la questione concerneva due coniugi affetti da talassemia, che in carenza di adeguate informazioni da parte del medico curante, circa il rischio di trasmissione della malattia anche alla nascita, avevano convenuto in giudizio il professionista chiedendone la condanna al risarcimento del danno patito sia da loro che dalla figlia nata talassemica.

La pronuncia suddetta poneva attenzione, innanzitutto, al bilanciamento tra il valore (e la tutela) della salute della donna e il valore (e la tutela) del concepito, precisando che, seppure l'ordinamento consente alla madre di autodeterminarsi a richiedere l'interruzione della gravidanza, in presenza dei presupposti di legge, la sola esistenza di malformazioni del feto che non incidano sulla salute o sulla vita della donna, non permette alla gestante di praticare l'aborto, risultando illecito l'aborto eugenetico.

In questi termini, non può parlarsi, quindi, di diritto all'aborto, quanto, piuttosto, di tutela del diritto alla salute, quello, appunto, della madre che legittima il ricorso all'interruzione anticipata della gravidanza.

Sotto l'aspetto della tutela giuridica del nascituro, la Suprema Corte, invece, ammette l'introduzione, nel panorama giuridico, del diritto del concepito "a nascere sano", atteso che un eventuale diritto "a non nascere" sarebbe un diritto adespota²⁸² in quanto, a norma dell'art. 1 c.c., la capacità giuridica si acquista al momento della nascita, ed i diritti che la legge riconosce a favore del concepito (artt. 462, 687, 715 c.c.) sono subordinati al verificarsi di tale evento della nascita.

Il diritto di non nascere, all'opposto, risulterebbe privo di un soggetto che possa dirsi titolare dello stesso, atteso che, al verificarsi della nascita tale diritto "evaporerebbe definitivamente". D'altronde, a parere sempre della Corte, il nostro diritto positivo tutelerebbe il concepito - e quindi l'evoluzione del frutto della gravidanza - esclusivamente verso la nascita e non verso la non nascita, per cui, è configurabile unicamente un diritto a nascere. A sostegno a tale affermazione viene richiamata anche la più volte citata sentenza n.

282 Significativamente in tal senso la ricordata Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, cit., c. 3327. Successivamente per la giurisprudenza di merito Trib. Catania, 27 marzo 2006, in *Il merito*, 2006, p. 40, per il quale, parimenti: "Il danno c.d. da nascita indesiderata, subito dalla madre - e indirettamente dal marito - per la lesione del suo diritto di auto determinarsi alla maternità, va distinto dal danno al minore nato con anomalie o malformazioni genetiche, che, a rigore, non sussiste, in quanto l'ordinamento tutela il diritto del concepito a nascere, mentre è da escludersi la configurabilità del diritto "a non nascere" o "a nascere se non sani", poiché contrasterebbe con le previsioni contenute nella legge sull'aborto, nonché con i principi generali a tutela della vita e pari dignità degli individui. Inoltre, il diritto a «non nascere» sarebbe un diritto adespota (in quanto ai sensi dell'art. 1 c.c. la capacità giuridica si acquista solamente al momento della nascita e i diritti che la legge riconosce a favore del concepito - art. 462, 687, 715 c.c. - sono subordinati all'evento della nascita, e, quindi, esistenti dopo la nascita), sicché il cosiddetto diritto di "non nascere" non avrebbe alcun titolare, appunto, fino al momento della nascita, in costanza della quale proprio esso risulterebbe peraltro non esistere più.

27/1975 della Corte Costituzionale, che, nel dichiarare costituzionalmente illegittimo l'art. 546 c.p. nella parte in cui non prevedeva che la gravidanza potesse essere interrotta quando la sua prosecuzione implicava danno o pericolo grave, medicalmente accertato e non altrimenti evitabile, per la salute della madre, precisava che anche la tutela del concepito ha “fondamento costituzionale” nell'art. 31, 2° co. della Costituzione, che “impone espressamente la protezione della maternità” e, più in generale, nell'art. 2, che “riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito”.

Le argomentazioni svolte dalla Suprema Corte trovavano il proprio limite nella natura puramente retorica dell'affermazione inerente la conclamata inesistenza, nel nostro ordinamento, di un diritto “a non nascere, se non sano”, atteso che, la previsione normativa, nell'esigere una procreazione “cosciente e responsabile”²⁸³, ex art. 1 l. n. 194/1978, implicitamente tutela il diritto del concepito a nascere sano.

283 Afferma Trib. Bari, 27 settembre 2010, in *Giurisprudenza barese*, 2010, che “non può negarsi che il diritto «alla procreazione cosciente e responsabile», sia un diritto normativamente riconosciuto, e costituisca un diritto di libertà che trova riscontri costituzionali sia nell'art. 2 cost., che tutela i diritti della personalità come diritti inviolabili dell'uomo come singolo e nelle formazioni sociali (quindi, in piano di rilievo, nella famiglia) e che consente di affermare che la scelta libera, attuata anche tramite atti di disposizione del proprio corpo, in ordine alla procreazione responsabile costituisce estrinsecazione di un diritto assoluto di libertà, sia nell'art. 13 cost., che tutela il valore dell'invulnerabilità della persona umana anche in termini di libertà nella quale è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo”. Nella giur. di merito numerosi sono i riconoscimenti del principio. Si v. *ex plurimis* Trib. Venezia, 10 settembre 2002, in *Giur. merito*, 2003, p. 468 ss.; Trib. Milano, 20 ottobre 1997, in *Resp. civ. e prev.*, 1998, p. 1144 ss.

Con la successiva sentenza n. 10741/2009, la Suprema Corte, ribaltando le posizioni fino a quel momento espresse dalla giurisprudenza, nel tornare nuovamente sulla questione della risarcibilità in proprio del nascituro, consacrava la piena ed autonoma soggettività giuridica del concepito, in quanto “titolare, sul piano sostanziale, di alcuni interessi personali in via diretta, quali il diritto alla vita, e quelli alla salute o integrità psico-fisica, all’onore o alla reputazione, all’identità personale”, affermando il principio di diritto secondo il quale, stante la soggettività giuridica del concepito, “al suo diritto a nascere sano, corrisponde l’obbligo dei sanitari di risarcirlo (diritto al risarcimento condizionato, quanto alla titolarità, all’evento nascita ex art. 1, 2° co., c.c., ed azionabile dagli esercenti la potestà) per mancata osservanza sia del dovere di una corretta informazione (ai fini del consenso informato) in ordine ai possibili rischi teratogeni conseguenti alla terapia prescritta alla madre (e ciò in quanto il rapporto instaurato dalla madre con i sanitari produce effetti protettivi nei confronti del nascituro), sia del dovere di somministrare farmaci non dannosi per il nascituro stesso”.

L’asserita soggettività del nascituro malformato, viene a configurarsi, quindi, come una proiezione degli effetti protettivi del rapporto obbligatorio (contrattuale o da c.d. “contatto sociale”) instaurato tra la paziente (la madre) ed i sanitari.

Tuttavia vi è un’esplicita contraddizione in relazione agli asseriti diritti del concepito che mina tale pronuncia, laddove, da un lato, si proclama il nascituro, in fase prenatale, soggetto di diritto e perciò centro di imputazione

di alcuni diritti della personalità e patrimoniali - da far valere solo se ed in quanto nato - ; dall'altro, si riserva allo stesso, alla nascita, un trattamento di non-persona, disconoscendone sostanzialmente gli aspetti più intimi e delicati della sua esistenza, negandogli, cioè, il diritto al risarcimento del danno da *wrongful life*.

Merito della pronuncia è quello di aver adattato, attraverso il richiamo ad un'eterogenea congerie di norme, nazionali e sovranazionali, costituzionali e ordinarie, supportate dalla c.d. giurisprudenza "normativa" (che attraverso l'uscita di sicurezza delle clausole generali funge da polmone del sistema), gli strumenti e le risposte dell'ordinamento, ad istanze sociali in continuo movimento, ponendosi a metà strada tra un sistema chiuso ed uno aperto, entrambi, per ragioni diverse, pericolosi: il primo perché incapace di farsi portavoce di istanze di tutela mutevoli e non cristallizzate, il secondo perché sacrificerebbe la certezza del diritto in nome della discrezionalità giudiziale²⁸⁴.

Ripresi questi precedenti giurisprudenziali, la Corte, nella recentissima sentenza del 2012, nel prendere le distanze da tali pronunce, supera la problematica della soggettività giuridica del concepito/nascituro affermandone la non essenzialità ai fini della risoluzione della questione risarcitoria, soluzione che troverebbe un primo elemento di contraddizione nella repentina metamorfosi dell'asserito diritto a nascere sano (ossia un diritto alla vita che si sviluppa in sincrono con la gestazione) nel tradizionale diritto alla salute, la cui tutela, tuttavia, verrebbe ad essere invocata solo dopo la nascita.

284 M. GORGONI, *Nascituro e responsabilità sanitaria*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 10, p. 2075.

L'affermazione del diritto alla "sacralità della vita"²⁸⁵, quale "sommo bene", enunciato dalla Corte con l'affermazione che "il vivere una vita malformata è di per sé una condizione esistenziale di potenziale sofferenza, pur senza che questo incida affatto sull'orizzonte di incondizionata accoglienza dovuta ad ogni essere umano che si affaccia alla vita qual che sia la concreta situazione in cui si trova - principio cardine non di una sola, specifica morale, ma di una stessa ed universale etica (e bioetica) della persona, caratterizzata dalla insostituibile centralità della coscienza individuale", pur inducendo ad escludere la configurabilità di un interesse a non nascere giuridicamente tutelato - per quanto venata da suggestioni giusnaturalistiche - viene a scontrarsi con il dato positivo e con l'evoluzione sociale.

Infatti, nel "momento stesso in cui l'ordinamento giuridico riconosce alla madre il diritto di abortire, sia pur nei limiti e nei casi previsti dalla legge, si palesa come incontestabile e irredimibile il sacrificio del "diritto" del feto a venire alla luce, in funzione della tutela non soltanto del diritto alla procreazione cosciente e responsabile (art. 1 della legge n. 194 del 1978), ma dello stesso diritto alla salute fisica o anche soltanto psichica della madre. Mentre non vi sarebbe alcuno *spatium comparationis* se, a confrontarsi, fossero davvero, in una comprovata dimensione di alterità soggettiva, un (superiore) diritto alla vita e un ("semplice") diritto alla salute mentale".

Sul piano legislativo si deve rammentare come, con la legge del 1978, preceduta dalla sentenza n. 27/1975 della Corte costituzionale, la scelta tragica dell'aborto abbia trovato un suo equilibrio attraverso una considerazione

²⁸⁵ Nel senso laico del termine fatto proprio da Ronald Dworkin ne "Il dominio della vita".

gradualistica dell'umanità del concepito: la formazione di un individuo umano costituisce, infatti, un processo graduale, che avviene nel tempo della gravidanza, per cui la proceduralizzazione e i limiti alla libertà della gestante di accedere all'interruzione volontaria della gravidanza crescono in misura direttamente proporzionale allo sviluppo della vita fetale. Sicchè non si prospetta alcuna tutela assoluta, ma solo una tutela graduata e graduale.

Sul piano giurisprudenziale, la Corte costituzionale, nella storica sentenza n. 27/1975, ha delineato i termini del bilanciamento tra il diritto alla salute della madre, garantito ex art. 32 Cost., e l'interesse costituzionalmente protetto del concepito, la cui "situazione giuridica" è tutelata, "sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie", ex art. 2 Cost.

La Corte, nel rispetto formale della discrezionalità del legislatore, ha, nell'occasione, dettato i principi e criteri direttivi della successiva disciplina, fissando la regola di prevalenza in forza della quale "non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare".

Il diritto alla procreazione cosciente e responsabile è, dunque, attribuito alla sola madre, per espressa volontà legislativa, sicchè risulta legittimo discorrere, in caso di sua ingiusta lesione, non di un diritto esteso anche al nascituro in nome di una sua declamata soggettività giuridica, bensì di propagazione intersoggettiva degli effetti diacronici dell'illecito (come incontestabilmente ammesso nei confronti del padre).

La titolarità del citato diritto soggettivo, riconosciuto espressamente dall'art. 1 della legge n. 194 del 1978, non può che spettare, si ripete, alla sola madre, in quanto solo alla donna è concessa (dalla natura prima ancora che dal diritto) la legittimazione attiva all'esercizio del diritto di procreare coscientemente e responsabilmente valutando le circostanze e decidendo, infine, della prosecuzione o meno di una gravidanza che vede la stessa donna co-protagonista del suo inizio, ma sola ed assoluta responsabile della sua prosecuzione e del suo compimento.

Chiariti i termini della questione, la Corte di Cassazione si smarca dalla ricostruzione delle singole situazioni soggettive (della madre, del padre, dei componenti il nucleo familiare, del nascituro stesso) che presuppongano l'esistenza di un diritto a “nascere sano”, contrapposto idealmente ad un non diritto “a non nascere se non sano”, pervenendo all'affermazione del principio di diritto in base al quale: “La propagazione intersoggettiva dell'illecito legittima un soggetto di diritto, quale il neonato, per il tramite del suo legale rappresentante, ad agire in giudizio per il risarcimento di un danno che si assume in ipotesi ingiusto”.

La ricostruzione adoperata dalla Corte per giungere al riconoscimento della legittimazione attiva all'azione di risarcimento da parte del nascituro, senza attribuirgli la soggettività giuridica, la ritroviamo già prospettata nella sentenza n. 9700 del 2011, la quale aveva sancito il principio di diritto secondo il quale chi sia nato successivamente alla morte del padre può ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali verificatisi

contemporaneamente alla nascita e/o posteriormente ad essa, essendo irrilevante la non contemporaneità fra la condotta dell'autore dell'illecito (che ben può realizzarsi durante la fase del concepimento) e il danno (che ben può prodursi successivamente). Nella specie, si dissero risarcibili i danni subiti dal minore, a partire dal momento della nascita, in conseguenza dell'uccisione del padre avvenuta in epoca anteriore alla nascita stessa²⁸⁶, al tempo in cui il minore era soltanto concepito.

In questi termini si veniva a configurare un diritto di credito di natura risarcitoria appartenente alla figlia in quanto nata orfana, e come tale destinata a vivere senza la figura paterna, mentre la circostanza che il padre fosse deceduto prima della sua nascita per fatto imputabile a responsabilità di un terzo, assumeva significato solo sotto un profilo strettamente cronologico e non funzionale ad attribuire alla nascita tale diritto di credito. Questo, difatti, postula la lesione di una situazione giuridica tutelata dall'ordinamento, da identificarsi, nella specie, con il diritto al godimento del rapporto parentale, diritto certamente inconfigurabile prima della nascita, così come solo successivamente alla nascita si verificano le conseguenze pregiudizievoli che dalla lesione del diritto derivano.

La mancanza del rapporto interpersonale, del legame emozionale che connota la relazione tra padre e figlio è difatti divenuta attuale quando la figlia è venuta alla luce, concretandosi la propagazione intersoggettiva dell'effetto dell'illecito determinato dalla "lesione del diritto della figlia (non del feto) al rapporto col padre" e, al contempo, l'acquisizione dello stesso diritto al credito

²⁸⁶ Conforme, Cass. Civ, sez. III, sent. 23.01.2014 n° 1361

risarcitorio, di cui può essere titolare solo un soggetto fornito della capacità giuridica per essere nato.

Il ricorso alla “propagazione intersoggettiva dell’illecito” consente alla Corte di discostarsi dalla criticata pronuncia del 2009²⁸⁷, riuscendo a superare l’*impasse* della soggettività attraverso la qualificazione del nascituro quale oggetto di tutela²⁸⁸, ove la qualità di soggetto di diritto (evidente astrazione rispetto all’essere vivente) è attribuzione normativa funzionale all’imputazione di situazioni giuridiche e non tecnica di tutela di entità protette.

Viene così a sgretolarsi il riconoscimento, in capo al concepito, dei pur rinvenuti “interessi personali quali il diritto all’onore, alla reputazione, all’identità personale, situazioni soggettive che presuppongono una dimensione di relazioni sociali (la reputazione, l’identità personale) ovvero una consapevolezza di sé (l’onore), che, *ipso facto*, difettano *tout court* al concepito sul piano naturalistico prima ancora che su quello giuridico”. Ciò, tuttavia, non priva il nascituro dell’idoneità a essere titolare di situazioni giuridiche attive e passive proprie di chi è partecipe della qualità e dignità di uomo, quali i diritti inviolabili previsti dall’art. 2 della Carta fondamentale, che esalta l’imprescindibile legame di tali diritti con la natura umana.

287 Sul punto la brillante e approfondita analisi di G. CRICENTI, *Breve critica della soggettività del concepito. I falsi diritti del nascituro*, in *Dir. fam.*, 2010, 1, p. 465; F. DI CIOMMO, *Giurisprudenza normativa e diritto a 'non nascere se non sano'. La Corte di cassazione in vena di revirement?*, in *Danno resp.*, 2010, 2, p. 144; da quest'ultimo saggio la sentenza della Corte è stata particolarmente influenzata, tanto da riproporne in motivazione ampi stralci.

288 Per una ricostruzione critica si rimanda a, P. STANZIONE – G. SALITO, *La tutela del nascituro: un ricorrente vicenda giudiziaria*, op. cit., p. 8.

La conclusione cui si perviene implica che al concepito, nato malformato in conseguenza di un fatto lesivo ingiusto occorsogli durante il concepimento, viene riconosciuto il diritto alla salute, leso al momento del concepimento e divenuto attuale al momento della nascita.

Ci si riferisce, quindi, ad un soggetto che, alla sua nascita, istituisce retroattivamente sé stesso, divenendo così titolare di un diritto soggettivo nuovo, la cui correlata pretesa risarcitoria non appare una mostruosità senza passato, in quanto, in tal modo, si tende a dare al tempo della vita ciò che è della vita, evitando finzioni giuridiche.

Oggetto della pretesa e della tutela risarcitoria è, pertanto, sul piano morfologico, la nascita malformata, su quello funzionale (quello, cioè, del dipanarsi della vita quotidiana) il perdurante e irredimibile stato di infermità.

La domanda risarcitoria avanzata personalmente dal bambino malformato trova, quindi, il suo fondamento negli artt. 2, 3, 29, 30 e 32 della Costituzione: in tal senso la lesione lamentata da parte del minore malformato non è la malformazione in sé considerata, non è, in altri termini, l'infermità intesa in senso naturalistico (o secondo i dettami della scienza medica), bensì lo stato funzionale di infermità, la condizione evolutiva della vita handicappata intesa come proiezione dinamica dell'esistenza che non è semplice somma algebrica della vita e dell'handicap, ma sintesi di vita ed handicap, sintesi generatrice di una vita handicappata.

L'evento di danno è dato quindi dalla stessa esistenza diversamente abile rettamente intesa come sintesi dinamica inscindibile quanto irredimibile, e non

come algida *fictio iuris*, ovvero arida somma algebrica delle sue componenti, né tantomeno come una condizione deteriore dell'essere negativamente caratterizzata, ma situazione esistenziale che, in presenza di tutti gli elementi della fattispecie astratta dell'illecito, consente e impone al diritto di intervenire in termini risarcitori affinché quella condizione umana ne risulti alleviata, assicurando al minore una vita meno disagiata.

L'evento di danno rappresenta, quindi, la formula di sintesi della cd. "nascita malformata", intesa come condizione dinamica dell'esistenza riferita ad un soggetto di diritto attualmente esistente.

Questo complesso percorso di analisi, conduce, incoerentemente, la Corte ad affermare che il nascituro, pur ricoprendo una indiscutibile e indiscussa rilevanza giuridica di portata generale all'interno dell'ordinamento, non può essere annoverato *ex nihilo*, fra i soggetti di diritto, dovendosi, all'opposto, riconoscergli la qualità di "oggetto speciale di tutela".

Tale affermazione non può non lasciare perplessi, laddove, contrariamente a quanto asserito artatamente nella pronuncia, l'art. 1 della L. 40/2004 consacra la soggettività del nascituro e, per stessa ammissione della Corte, l'intervento interpretativo del tessuto normativo non può avvenire *contra legem*²⁸⁹.

Dirimente, al riguardo, appare l'analisi critica della terminologia adoperata dal legislatore nell'art. 1 della L. 40 laddove, con scelta non casuale, adopera il termine "assicurare" in chiave garantista dei diritti dei soggetti

289 G. BALLARANI, *La soggettività del concepito e le incoerenze della Suprema Corte*, in *dir. fam. pers.*, 2013, p. 1499.

coinvolti, e quindi in funzione dichiarativa e non costitutiva; in altri termini la legge non attribuisce la soggettività giuridica del concepito, ma la riconosce – perchè già esistente – e quindi la garantisce.

Indiscutibile, quindi, il riconoscimento normativo rinvenibile sia nella legge sulla interruzione di gravidanza che in quella sulla procreazione medicalmente assistita, circa l'attualità degli interessi del concepito a non subire lesioni ed a venire alla luce.

Il percorso imboccato dalla giurisprudenza è sicuramente impervio e non carente di contraddizioni, laddove, nello strenuo tentativo aprioristico di negare la soggettività giuridica del nascituro, ridotto a soggetto di tutela necessaria, finisce con l'incorrere in grossolante aporie²⁹⁰, richiamando quel processo di *balancing* che presuppone l'esistenza di valori costituzionalmente rilevanti ed attuali²⁹¹.

290 G. BALLARANI, *La soggettività del concepito e le incoerenze della Suprema Corte*, in *Dir. fam. pers.*, Dicembre 2013, p.1488 ss.

291 Sul punto G. BALLARANI, *La situazione giuridica del concepito tra esigenze di qualificazione e istanze di tutela*, in AA.VV., *Interessi fondamentali della persona e nuove relazioni di mercato*, a cura di C.M. Bianca, Roma, 2012, p. 66, per il quale, appunto, lo stesso fatto del dover bilanciare gli interessi della persona nata e dell'altra nascente “conferma, peraltro, che l'interesse di entrambi è attuale”.

CAPITOLO QUINTO

TUTELA DELL'EMBRIONE E RESPONSABILITA' MEDICA

CAPITOLO QUINTO

TUTELA DELL'EMBRIONE E RESPONSABILITA' MEDICA

Sommario: 1. Evoluzione della responsabilità medica. - 2. La colpa ed il nesso di causalità. - 3. Danno da procreazione: la responsabilità medica dopo il caso *Perruche*.

1. Evoluzione della responsabilità medica.

Le nuove frontiere della vita inducono a riflettere sul “miserabile ruolo del diritto”²⁹² che, attraverso strumenti – a volte inadeguati – affronta l’inedita dimensione della responsabilità sanitaria, della medicalizzazione della vita, quali aspetti – tra i più problematici – che emergono quando ci si incammina in quella terra di nessuno tra βίος e ζωή²⁹³.

I progressi della scienza e della tecnica hanno, infatti, invaso la sfera dei rapporti più intimi della persona umana, rendendo complesso disciplinare giuridicamente un fenomeno dalle fortissime implicazioni morali ed etiche.

292 S. ROSSI, *La Cassazione e la nascita indesiderata (Profili costituzionali di Cass. Civ., 2 ottobre 2012, n. 1675)*, 2012, in *Forum quaderni cost.*

293 Il greco antico ha due accezioni per indicare la vita: βίος (*bios*), la “*vita quam vivimus*”, cioè la vita qualificata, di qualsiasi genere, che ha un inizio e una fine, e ζωή (*zōē*), la “*vita qua vivimus*”, quella che è l’essenza della vita.

Il settore della responsabilità medica, nel corso degli ultimi decenni, ha subito una profonda evoluzione che ha condotto - da una parte - alla spersonalizzazione dell'attività sanitaria - dall'altra - ad una crescente specializzazione del tradizionale trattamento terapeutico, che, oltre ad assicurare attività collaterali quali quelle diagnostiche, informative, assistenziali ed alberghiere, ha implicato un incremento di tipologie di prestazioni richieste al professionista, concernenti persino la modificazione della struttura anatomica della persona attraverso la sterilizzazione o la variazione dei caratteri sessuali esterni²⁹⁴.

Volendo immaginare una “quotazione”²⁹⁵ degli istituti giuridici, in una sorta di “listino della borsa dei diritti”, dovremmo ammettere che il titolo collegato alla “responsabilità medica” è in forte rialzo, atteso il valore etico attribuito al principio di responsabilità che trascende la sfera del singolo per investire la collettività. Tendenza, peraltro, comune sia ai paesi di *common law* che di *civil law*²⁹⁶.

Non a caso, la natura stessa della responsabilità civile, strutturata, dapprima, secondo un criterio di clausole generali (*Generalklauseln*), immaginate come funzionali alla tutela dei (soli) diritti soggettivi assoluti, viene “ripensata”, secondo una storia sempre più raffinata, come un problema

294 M. PARADISO, *La responsabilità medica dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 3, p. 325; G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999, p. 278; A. CORDIANO, *Identità della persona e disposizioni del corpo (La tutela della salute nelle nuove scienze)*, Roma, 2011.

295 G. DE NOVA, *Il contratto*, III ed., Tomo II, Milano, 2004, p. 176.

296 De MATTEIS, *La responsabilità medica tra prospettive comunitarie e nuove tendenze giurisprudenziali*, in *Contr. e Impr.*, 1990.

di diritto vivente, da rielaborare incessantemente, modellandola sulle esigenze delle singole istanze sociali.

Il sistema della responsabilità civile diventa, così, un'opera di ingegneria sociale, commissionata quasi interamente agli interpreti,²⁹⁷ il cui compito diviene, allora, lo studio dei criteri di traslazione del danno. Ne deriva l'individuazione di *standard* di condotta alla luce dei quali l'intera teoria della colpa, del nesso causale e del danno, sotto il profilo tanto sostanziale quanto probatorio, ne esce, in definitiva, profondamente mutata rispetto agli archetipi tradizionali.

L'origine di tale ampliamento della responsabilità medica risiede nell'affermazione del principio di libertà di scelta e di autodeterminazione delle persone nel campo della sessualità e della procreazione, che ha comportato la configurabilità di un diritto risarcitorio connesso alle nuove ipotesi di illecito configurate²⁹⁸.

La giurisprudenza, infatti, non solo ha confermato il proprio ormai consolidato *trend* di rigore assoluto nella definizione e nell'accertamento della responsabilità sanitaria (espressamente e reiteratamente definita dalla Corte di Cassazione "paraoggettiva"²⁹⁹, per sottolinearne il progressivo distacco dall'accertamento in concreto della colpa e sinanche del nesso causale), ma l'ha addirittura incrementato, aprendo nuove aree di responsabilità del sanitario e creando nuove categorie di danno risarcibile.

297 P. G. MONATERI, *La responsabilità civile*, Milano, 1998.

298 G. BALDINI, *Il danno da procreazione: evoluzione dei profili di responsabilità alla luce delle nuove tecniche di riproduzione artificiale*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, II, 490 ss.

299 C. Cass, Sez. III, 19 maggio 2004 n. 9471

In questo contesto appare evidente l'incidenza che assume l'attività medica rispetto alla tutela del nascituro, ed al suo diritto alla vita.

Sintomatico è il richiamo alla responsabilità medica da nascita indesiderata, che rappresenta la punta dell' *iceberg* di un processo che ha determinato una dilatazione dell'area del danno risarcibile³⁰⁰ tessendo attorno alla persona umana una fitta trama di tutele volte a valorizzarne la dimensione esistenziale attraverso una lettura costituzionalmente orientata.

Le problematiche innescate dal tema della nascita indesiderata costituiscono un interessante “avamposto” da cui osservare la frontiera mobile della responsabilità civile, il cui progressivo avanzare, inglobando nuove province³⁰¹, ha accompagnato il processo di affermazione di una serie di diritti³⁰².

Deve, al riguardo, ammettersi che i progressi scientifici e le nuove tecniche di inseminazione artificiale, consentendo ai medici di intervenire nel

300 F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 634; F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. Imp.*, 1983, 1 ss.

301 G. ALPA, *La responsabilità civile. Parte generale*, in *Trattato di diritto civile*, IV, Milano, 2010, p. 3 ss.

302 In tal senso M. MAGRASSI, *Effettività e inviolabilità dei diritti tra garanzie costituzionali e diritto vivente*, in *Polemos*, 2009, 1, p. 12 ove si legge: “È indubbio che i giudici ordinari sono venuti a svolgere, con riferimento precipuo alla tutela dei diritti fondamentali, funzioni che paiono meritevoli di essere ricomprese – se non propriamente quantomeno in termini di equivalente funzionale – nel concetto di garanzia costituzionale. Ed il riferimento, tra tutte, è al rimedio del risarcimento del danno per lesione dei diritti inviolabili da parte dei poteri pubblici, dove è in risalto quella dialettica tra autorità e libertà che costituisce, come detto, *ratio* costituente e fondante ogni discorso sulla garanzia costituzionale”. Sul profilo della giurisprudenza in tema di danno non patrimoniale cfr., E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2008, 2, p. 269 ss.; G. GUAZZAROTTI, *Diritti inviolabili e creatività giurisprudenziale: una risposta a Elisabetta Lamarque*, *ibidem*, 2009, 2, p. 303 ss.

processo riproduttivo in modi e con tecniche un tempo impensabili³⁰³, hanno reso irrilevante l'originaria connotazione naturalistica della procreazione, riconducendo nel dominio della volontà, decisioni che prima non vi appartenevano, collegando le conseguenze delle scelte operate, ad un atto umano e dunque ad una responsabilità individuale³⁰⁴.

Questa nuova condizione ha, peraltro, dato centralità al tema dell'informazione e del c.d. consenso informato³⁰⁵, quale processo di condivisione degli elementi di certezza e incertezza legati ad una determinata proposta diagnostica o terapeutica, che, a sua volta, si inquadra nel più generale dibattito relativo alla mutata posizione, nell'ambito del rapporto con il medico, assunta dal paziente: quest'ultimo “non [è] più mero spettatore o destinatario passivo di ogni attività di tipo sanitario, ma [emerge quale] fruitore edotto del servizio, nonché partecipe attivo di ogni processo decisionale riguardante la propria persona e salute nell'ambito di un processo circolare che prende avvio con l'informazione, diretta dal medico al paziente, e si conclude con la scelta di quest'ultimo condivisa con il medico”³⁰⁶.

L'aspetto dell'informazione e del connesso consenso all'atto medico, anche agli occhi del costituzionalista³⁰⁷, è solo uno dei molteplici profili

303 S. CHIESSI, *Diagnosi prenatale e risarcimento del danno a favore del bambino nato handicappato*, in *Famiglia*, 2003, I, p. 167.

304 G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, cit., p. 285 ss.

305 S. ROSSI, *Consenso informato* (II), in *Digesto prin.*, sez. civ., VII, Torino, 2012, 177 ss.

306 C. CASONATO, *Il malato preso sul serio: consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Corte di Cassazione*, in *Quad. cost.*, 2008, 3, p. 546.

307 G. GRASSO, *Consenso informato, libertà di scelta e disponibilità del proprio corpo*, in G. COCCO (a cura di), *Lo statuto giuridico delle informazioni*, Milano, 2012, p. 19 ss.; E. ROSSI, *Profili giuridici del consenso informato: i fondamenti costituzionali e gli ambiti di applicazione*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, Napoli, 2012, p. 77

problematici che si intersecano nel trattare il tema della “nascita indesiderata”, in quanto la complessità ne costituisce tratto essenziale, coinvolgendo una pluralità di situazioni tra loro eterogenee e distinte per caratteri e contenuti ad esse correlati³⁰⁸.

Sul piano del diritto positivo, la più rilevante novità in tema di responsabilità sanitaria è rappresentata dall'entrata in vigore del Decreto Balduzzi³⁰⁹ il cui art. 3 ha dettato varie previsioni che riguardano: a) l'accertamento della colpa del medico³¹⁰; b) la liquidazione del danno alla

ss.

308 In tal senso, in funzione del soggetto leso e che agisce, della condizione psico-fisica della madre e del nascituro, della situazione soggettiva tutelata, del tipo di azione esercitata e della correlativa pretesa risarcitoria azionata, tale figura, una volta inserita all'interno del caleidoscopio della responsabilità civile, ha dato vita ad una serie di fattispecie, simmetriche che, in via di mera approssimazione, sulla base del progressivo avvicinamento al momento della nascita, è stato possibile distinguere in: a) nascita occasionata da un fallito intervento di interruzione volontaria della gravidanza; b) nascita determinata da un fallito intervento di sterilizzazione o da un'impropria somministrazione di un contraccettivo; c) nascita occasionata da possibili errori in sede di procreazione medica assistita o di manipolazione genetica; d) nascita di un bambino affetto da patologia trasmessa dai genitori all'atto del concepimento; e) nascita conseguente alla perdita della possibilità di scelta tra interruzione o prosecuzione della gravidanza, a causa di imperizia medica consistita nella mancata rilevazione di una malformazione o di una malattia genetica; f) perdita del feto imputabile a terzi che ne hanno determinato il decesso ovvero hanno reso necessario il ricorso ad un intervento di interruzione della gravidanza; g) lesioni cagionate al nascituro durante la vita endouterina o in occasione del parto. Cfr. A. DIURNI, *La nascita indesiderata*, in P. Cendon (a cura di), *Trattato breve dei Nuovi Danni*, Padova, 2011, p. 261 ss.; A. D'ANGELO (a cura di), *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Milano, 1999.

309 D.L. 13.9.2012 n. 158 (Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute, convertito in l. 31.10.2012, pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 256 del 2-11-2012, consultabile online in, <http://www.altalex.com/index.php?idnot=60413>.

310 Art. 3, co. 1, Decreto Balduzzi: “L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta

salute causato da colpa medica³¹¹; c) l'assicurazione della colpa del medico; d) l'integrazione degli albi dei consulenti tecnici d'ufficio tenuti dai Tribunali con "esperti delle discipline specialistiche dell'area sanitaria".

Come abbiamo già avuto modo di riscontrare, anche la Corte di Cassazione ha introdotto novità dirompenti in materia di responsabilità medica stabilendo, con la discussa sentenza del 2.10.2012 n. 16754, che, laddove il medico non informi adeguatamente la gestante, sulle tecniche più appropriate per la diagnosi prenatale di eventuali malattie congenite del feto, precludendole così la scelta di interrompere la gravidanza, è tenuto a risarcire il danno patito dal concepito, e consistente nell'essere nato malformato, a nulla rilevando che quelle malformazioni erano congenite.

Tale sentenza ed il Decreto Balduzzi, tuttavia, sembrano muoversi in direzioni opposte: la prima aggravando e dilatando a dismisura la responsabilità del medico, il secondo tentando (sebbene assai timidamente) di arginare questa deriva "colpevolista" della giurisprudenza in tema di responsabilità sanitaria.

comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo".

311 Art. 3, co. 3, Decreto Balduzzi: "Il danno biologico conseguente all'attività dell'esercente della professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, eventualmente integrate con la procedura di cui al comma 1 del predetto articolo 138 e sulla base dei criteri di cui ai citati articoli, per tener conto delle fattispecie da esse non previste, afferenti all'attività di cui al presente articolo".

2.La colpa ed il nesso di causalità.

Prima di affrontare nello specifico le problematiche connesse alla questione di cui ci si occupa, va fatto un passo indietro, operando, in via di pura approssimazione, una ricostruzione del principio generale della colpa professionale del medico, analizzando – a volo d'uccello – gli aspetti della colpa e del nesso di causalità.

“Il giudizio di colpevolezza è *un giudizio relazionale*”³¹² che deve tener conto di quanto i vari “tipi” di soggetti coinvolti hanno fatto o potevano fare per prevenire o evitare un danno, in base ad un modello, necessariamente giudiziale, di apprezzamento della loro condotta. Da qui l'individuazione del criterio della colpa soggettiva, per indicare la dimensione psicologica dell'agente riferita al suo comportamento; e di colpa oggettiva³¹³, per parametrare, viceversa, la condotta dell'agente rispetto ad un modello ideale di riferimento, che rappresenta lo *standard* di comportamento diligente.

In ambito medico deve ritenersi prescelto in via esclusiva il criterio della colpa oggettiva che ha condotto all'abbandono della concezione unitaria della colpa, consentendo un'operazione di graduazione della responsabilità.

312 P. G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit. p. 73.

313 Una definizione legislativa della colpa si rinviene nell'art. 43 comma terzo del codice penale che recita: “il delitto è colposo o contro l'intenzione quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente, e si verifica a causa di negligenza, imprudenza imperizia, inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline”.

La complessità delle riflessioni sul tema del nesso di causalità, trova origine dall'inidoneità delle fonti legislative a fornire adeguati strumenti per operare una corretta declinazione del principio causale³¹⁴. Ciò ha indotto dottrina e giurisprudenza a svolgere ampie e dibattute riflessioni per sciogliere il nodo dell'imputazione oggettiva dell'evento alla condotta³¹⁵ – ora con approccio empiristico – ora in chiave meccanicista o funzionale, giungendo ad accordare preminenza alla “teoria condizionalistica” orientata secondo il modello della sussunzione secondo leggi scientifiche³¹⁶, in base alla quale, tutti gli antecedenti causali, in mancanza dei quali non si sarebbe verificato l'evento lesivo, devono considerarsi eziologicamente rilevanti, seppure abbiano agito in via diretta o soltanto mediata alla realizzazione dell'evento; salvo il

314 L'art. 40 c.p. fissa l'equivalenza fra il non fare ed il cagionare, l'art. 41 c.p. si occupa dell'interruzione del nesso causale, l'art. 2043 c.c. postula soltanto che il fatto ingiusto sia “cagionato” dal fatto illecito.

315 Per una ricostruzione puntuale della problematica del danno risarcibile e del nesso causale, si rimanda a, V. ZAMBRANO, *Delimitazione del danno da risarcire e nesso causale*, in *Trattato della responsabilità civile*, P. Stanzone (diretto da), Vol. II, Responsabilità extracontrattuale, Milano, 2012, p. 119 ss.

316 A differenza della tradizionale “teoria condizionalistica” o della “equivalenza delle cause”, secondo la quale deve intendersi per “causa” qualsiasi antecedente che, secondo la formula della *condicio sine qua non*, ha prodotto un determinato evento, la “teoria condizionalistica orientata secondo il modello della sussunzione sotto leggi scientifiche” attribuisce rilevanza causale all'accadimento particolare prevedibile – in termini di probabilistici - in base ad una legge generale di copertura, ossia ad una legge scientifica, che in alcuni casi è universale (in quanto ad un evento si accompagna sempre un altro evento), in altri (i più frequenti) non può che essere statistica (ad un certo evento si accompagna un altro evento in un'elevata percentuale di casi).

temperamento normativo della “causa prossima, da sola sufficiente a produrre l’evento”.

In realtà, la problematica del nesso causale risiede nell'individuazione dei doveri di prevedibilità delle conseguenze dannose delle azioni dell'agente, secondo un principio guida che potrebbe essere formulato, all'incirca, in termini di rispondenza, da parte dell'autore del fatto illecito, delle conseguenze che normalmente discendono dal suo atto, a meno che non sia intervenuto un nuovo fatto rispetto al quale egli non ha il dovere o la possibilità di agire (c.d. teoria della regolarità causale e del *novus actus interveniens*).

In altri termini il nesso causale diviene la misura del dovere posto a carico dell'agente da ricostruirsi sulla base dello scopo della norma violata, del dovere di avvedutezza comportamentale (o, se si vuole, di previsione e prevenzione, attesa la funzione – anche - preventiva della responsabilità civile)

che si estende sino alla previsioni delle conseguenze a loro volta normalmente prevedibili³¹⁷ in mancanza di tale avvedutezza.³¹⁸

Un radicale *revirement* si è avuto, peraltro, con la sentenza 30328/2002 delle SS.UU. penali, che ha riportato il nesso causale al concetto di “alta probabilità logica”, ripreso recentemente, in sede civile, da Cass. 4400/2004.

Nell'ambito dell'istituto della “responsabilità medica” vengono ricomprese fattispecie sicuramente accomunate dalla natura dell'attività (prestazione sanitaria) posta a base del danno risarcibile, ma differenziabili sotto il profilo tanto soggettivo (persona fisica o struttura ospedaliera, pubblica o privata) quanto oggettivo (con riferimento al regime della responsabilità – contrattuale o extracontrattuale – del medico a seconda che la

317 Significativa, in argomento, è la pronuncia di cui a Cass. Civ. 6.11.1990, che ha affermato come, secondo il modello della sussunzione sotto leggi scientifiche, un antecedente può essere configurato come condizione necessaria solo a patto che esso rientri nel novero di quegli antecedenti che, sulla base di una successione regolare conforme ad una legge dotata di validità scientifica — la cosiddetta legge generale di copertura — portano ad eventi del tipo di quello verificatosi in concreto.

318 In tal senso, P. G. MONATERI, *La responsabilità civile*, op. cit. La natura anche sanzionatoria della responsabilità civile comporterebbe ancora, secondo alcuni autori, che, nell'ipotesi di comportamento doloso, il nesso di causalità vada valutato ed accertato secondo criteri più rigorosi rispetto alle ipotesi di comportamento colposo, con la sola eccezione dell'evento /conseguenza eccezionale, sicché anche i danni derivanti da cause ignote vi resterebbero ricompresi, secondo la più rigorosa delle applicazioni del principio della *conditio sine qua non*. Sembra peraltro che, così ricostruito, il tessuto strutturale del nesso causale si avvicini, sovrappondendosi indebitamente, a quella di colpa oggettiva, essendo, per converso, i due elementi strutturali dell'illecito vicende ontologicamente diverse.

prestazione venga resa nell'esercizio della libera professione o quale dipendente di una struttura ospedaliera che – all'opposto – risponderà per responsabilità contrattuale).

La tendenza attuale, ponendosi in contrapposizione col passato, allorquando veniva garantito uno stato di immunità sostanziale al professionista³¹⁹, ha condotto allo svuotamento di contenuti della norma di cui all'art. 2236 c.c.³²⁰ muovendo il primo passo verso la tendenziale trasformazione dell'obbligazione del professionista da obbligazione di mezzi in obbligazione di risultato,³²¹ e verso l'approdo ad un sistema intermedio di responsabilità che si atteggia come *tertium genus* tra la dimensione della

319 Cfr. Cass. Civ., sent. n. 2439 del 18.06.1975 ove si legge: “La diligenza che il professionista deve porre nello svolgimento dell'attività professionale in favore del cliente è quella media: la diligenza, cioè, del professionista di preparazione media e di attenzione media nell'esercizio della propria attività: in definitiva, la diligenza che, a norma dell'art. 1176, secondo comma c.c., deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata ”.

320 P. G. MONATERI, *La responsabilità civile*, op. cit. Per l'A. la norma di cui all'art. 2236 c.c. è divenuta una sorta di cartina di tornasole del cambiamento “rivoluzionario” che ha travolto la responsabilità del sanitario laddove ne ha circoscritto l'applicabilità alla sola imperizia. Ne discende che, l'attenuazione di responsabilità ex art. 2236 non si applica a tutti gli atti del medico, ma solo ai casi di particolare complessità o perché non ancora sperimentati o studiati a sufficienza, o perché non ancora dibattuto con riferimento ai metodi terapeutici da seguire. Cfr. in argomento, Cass. Civ. nn. 6141/1978, 1441/1979, 8845/1995.

321 Si parla, in Francia, di *obligations des resultat attenues*, produttive di una inversione dell'onere della prova fondata sulla colpa presunta, e di *obligations de securité de resultat*, che escludono una prova liberatoria per la struttura sanitaria.

responsabilità soggettiva e quella della responsabilità oggettiva, sistema fondato sul principio cardine della vicinanza e della disponibilità della prova conseguente allo *status* professionale del medico rispetto a quello del paziente³²².

Nell'ambito degli atti ordinari della professione, pertanto, il danneggiato deve provare soltanto il nesso causale, e la facilità di esecuzione dell'intervento (intervento cd. routinario), mentre la colpa, anche lieve, si presume sussistente

322 Scrive, in proposito, Cass. Civ. n. 4394/1985 nel celebre caso della ballerina spogliarellista che, nel caso di interventi routinari, i principi affermati in tema di colpa “non valgono a trasformare l’obbligazione del professionista da obbligazione di mezzi in obbligazione di risultato, quasi che egli debba garantire il buon esito dell’operazione, ma certo la sperimentata tecnica comporta una notevole sicurezza del raggiungimento dell’obiettivo, sicché, mancato quest’ultimo, può quantomeno presumersi, fino alla prova contraria di uno sviluppo imprevedibile, la colpa del chirurgo”. D'altronde, sul piano della teoria generale, il dissenso manifestato all'accoglimento della distinzione tra obbligazione di mezzi e di risultato faceva leva, tra l'altro, sulla considerazione che il professionista spudoratamente negligente che, purtuttavia, avesse suo malgrado conseguito il risultato auspicato dal cliente, avrebbe, a rigore, dovuto rispondere di inadempimento della sua obbligazione di mezzi, il che, ovviamente, era assurdo.

La “revisione” del regime probatorio funzionale ad agevolare, sul piano processuale, la posizione del paziente, è una tendenza comune a molti paesi europei: la Francia ha introdotto un sistema legale di controllo a monte dei rischi sanitari (la *Loi Kouchner* del 2002) ed un sistema misto di risarcibilità, sia pur fondato almeno nominalmente, sulla *faute*; in Germania sono graduate le agevolazioni probatorie disposte per il paziente, a seconda che l'errore terapeutico risulti grossolano (*Große Behandlungsfehler*), nel qual caso chi agisce in giudizio è dispensato dalla prova piena a fronte della mera allegazione delle circostanze da cui emerge l'errore, grave, in violazione di regole mediche sperimentate ovvero di nozioni elementari di medicina, nel qual caso il giudice può valutare l'opportunità di arrivare all'inversione dell'onere probatorio, ovvero tipico (garza dimenticata nell'addome), caso in cui si ricorre alla prova *prima facie* (*Anscheinbeweis*).

ogni volta che venga accertato un risultato peggiorativo delle condizioni del paziente.

Anche in tema di nesso causale, secondo un percorso parallelo a quello seguito in tema di colpa, da una posizione originariamente attestata su postulati di necessaria certezza della correlazione condotta-evento, la posizione della giurisprudenza si è evoluta verso le sponde del giudizio probabilistico, in ordine alla prognosi, alla terapia ed all'intervento, così che, quando il rapporto della malattia con l'agente patogeno si presenta in termini di assoluta o estrema probabilità, la prova del nesso causale deve ritenersi *in re ipsa* (Cass. 2684/1990), laddove il concetto di probabilità viene inteso non secondo la c.d. "teoria frequenzialista", ma secondo la definizione aristotelica per cui il probabile è quanto avviene nella maggior parte dei casi.

La dottrina, però, ha proceduto a perfezionare il concetto di probabilità in termini epistemologico-logicisti esigendo un grado elevato di possibilità di verifica dell'evento su basi di credenza nazionale, atteso che la pura statistica mal si attaglia all'analisi di accadimenti individuali, che postulano un apprezzamento logico di tutte le circostanze del caso concreto, con particolare riferimento alle "circostanze differenziali" rispetto alla situazione astratta cui si

riferisce il dato statistico (principio, questo, accolto dalle SS.UU. penali della Corte di Cassazione a composizione del contrasto relativo al concetto di “alto grado di probabilità” nel reato omissivo improprio)³²³.

La giurisprudenza, al riguardo, ha elaborato molteplici specificazioni del concetto di probabilità, rilevante ai fini della riconduzione causale dell'evento al fatto, formulando espressioni del tenore: “serio e ragionevole criterio di probabilità scientifica” (Cass. 30.4.1993), “adozione dei criteri oggettivi di prevedibilità ed evitabilità, assenza di fattori eccezionali non dominabili dal soggetto agente” (Pret. Verona 9.6.1994, Ferrari) che risultano, in realtà, una moderna applicazione della teoria condizionalistica aggiornata secondo il modello della sussunzione sotto leggi scientifiche³²⁴.

Particolare scalpore suscitò, poi, il criterio adottato nel c.d. caso Silvestri (Cass. 371/1992), nel quale venne riconosciuta la sussistenza del rapporto di causalità tra evento lesivo e condotta del sanitario consistente in una omissione o in un intervento scorretto, benchè il corretto e tempestivo

323 Cass. ss. uu. 30328/2002.

324 Cass. Pen. 14006/2000, in *Dir. proc. Pen.*, 2002, p. 311 ss., con nota di Piemontese; F. CENTONZE, Causalità attiva e causalità omissiva: tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità, in *Riv. it., dir. proc. Pen.*, 2001, p. 289 ss.; V. ZAMBRANO, *Delimitazione del danno da risarcire e nesso causale*, in *Trattato della responsabilità civile*, P. Stanzone (diretto da), op. cit., p. 147 ss.

intervento avrebbe avuto una scarsa probabilità di successo (nella specie, si trattava di morte del paziente evitabile con probabilità non superiore al 30%)³²⁵. Dottrina e giurisprudenza distinguono, peraltro, tra condotta colposa commissiva, in cui il nesso causale va provato con certezza, e condotta colposa omissiva, che postula pur sempre il ricorso ad un giudizio probabilistico *ex ante*.

3.Danno da procreazione: la responsabilità medica dopo il caso *Perruche*.

Poste le necessarie premesse sui criteri di imputazione della responsabilità medica, soffermiamoci sulla problematica connessa al c.d. danno da procreazione³²⁶.

325 Osserva P. G. MONATERI, *La responsabilità civile*, op. ul. cit., come, in realtà, si tratti di un criterio picwikiano, da assumersi *cum grano salis*.

326 P. RESCIGNO, *Danno da procreazione e altri scritti tra etica e diritto*, op. cit.; A. D'ANGELO (a cura di), *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Milano, 1999.

In particolare, le fattispecie più problematiche riguardano i casi in cui la patologia che colpisce il nato non è direttamente causata dalla condotta del medico, ma è dovuta a tare genetiche non diagnosticate, se non alla nascita. Finora le vicende che maggiormente hanno alimentato la riflessione di giuristi e bioeticisti hanno riguardato danni da procreazione naturale, ma, con il diffondersi e l'avanzare delle tecniche di PMA (e della DGP in particolare), non è da escludersi che il tema dei torti da procreazione si arricchisca di nuovi scenari³²⁷.

Per inquadrare opportunamente la fattispecie, occorre distinguere fra “*wrongful birth*”, che comprende la tutela risarcitoria riconosciuta ai genitori per la nascita di un figlio malato nel caso in cui una mancata o errata informazione da parte del medico abbia impedito alla donna di farsi consapevole della situazione di rischio e di consentirle la scelta sul concepimento o sulla prosecuzione della gravidanza; e “*wrongful life*”, che comprende la tutela risarcitoria rivendicabile dal figlio stesso sia nei confronti del medico eventualmente ritenuto responsabile di una erronea assistenza ai genitori, sia

327 G. BILÒ, *Il danno nella procreazione: nascite mancate e indesiderate*, in M. SESTA (a cura di), *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Torino, 2008, pp. 464-530.

nei confronti degli stessi genitori, colpevoli di non avere effettuato un aborto che avrebbe evitato al figlio la nascita e una vita infelice³²⁸.

Il primo caso di risarcibilità da “*wrongful life*” è esploso in Francia con l'*affaire Perruche*³²⁹, conclusosi con una decisione in favore del diritto al risarcimento dello stesso figlio (ovviamente azionato dai genitori in qualità di suoi rappresentanti legali)³³⁰.

Il caso *Perruche*³³¹, deciso dalla Corte di Cassazione francese, riunita in Assemblea plenaria, il 17 novembre 2000, rappresenta uno dei “casi difficili” sui quali esercitare le armi più sofisticate dell’ermeneutica giuridica. Si presta,

328 A. D’ANGELO, *Wrongful birth e wrongful life negli ordinamenti inglese e australiano*, in A. D’ANGELO (a cura di), *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, op. cit., pp. 155-177; L. BREGANTE, *Dignità del bambino e diritto alla pianificazione familiare negli USA*, *ibidem*, pp. 179-208.

329 Il dibattito animato da questa pronuncia e le serrate critiche ad essa rivolte hanno poi indotto il legislatore francese a introdurre un’apposita norma, volta a negare in capo al minore il diritto al risarcimento (art. 1 della l. n. 203/2002: “nessuno può pretendere il risarcimento di un danno derivante dal solo fatto della propria nascita”).

330 C. PICIOCCHI, *Il diritto a non nascere: verso il riconoscimento delle wrongful life actions nel diritto francese?*, in <http://www.jus.unitn.it/biodiritto/pubblicazioni/docs/wrongful%20life.pdf>; per un esame approfondito del caso *Perruche*, cfr. O. CAYLA, Y. THOMAS, *Il diritto a non nascere. A proposito del caso Perruche*, Milano, 2004; per un commento alla sentenza francese, unito a una disamina della giurisprudenza italiana in tema di nascite indesiderate, cfr. V. CARBONE, *Un bambino che nasce minorato ha diritto al risarcimento per la nascita indesiderata?*, in *Fam. e dir.*, n. 1, 2001, pp. 97-104.

331 Lo svolgimento processuale del caso si può ricostruire leggendo la relazione del Consigliere Pierre Sargos in *Sem. jur.*, 10438, 13.12.2000, n. 50, p. 2293 ss., le conclusioni dell’Avvocato generale alla Corte di Cassazione Jerry Sainte-Rose in *Ivi*, p. 2302 ss. e i numerosi commenti elaborati dalla dottrina CHABAS, *Note*, *ivi*, p. 2309.

infatti, a comprendere come le risorse del diritto rispondano alla domanda di giustizia di una società che per un verso moltiplica le situazioni soggettive della persona e per altro verso si preoccupa di mediare tra diritti e interessi tra loro in conflitto. Ma consente anche di valutare se tutti i problemi concernenti la persona possano (o debbano) essere “giuridificati”, e secondo quali modelli.

Vi sono infatti modelli che rivendicano uno spazio autonomo alle tecniche del formalismo e altri che sono pronti ad incorporare nelle regole giuridiche valori etici e morali assunti a loro fondamento.

La questione del c.d. “diritto a non nascere se non sano”, con la conseguente risarcibilità del danno da “vita ingiusta” non interessa, infatti, solo gli studi di diritto positivo; essa “inevitabilmente sottende una scelta di carattere morale, e ben consente di annoverare il tema fra i punti più caldi della problematica dei rapporti tra diritto ed etica”³³².

332 L. V. MOSCARDINI, *Riflessioni sulla risarcibilità del danno per violazione del diritto a non nascere*, in M. DE TILLA, U. OPERAMOLLA (a cura di), *Seminari di diritto di famiglia*, Milano, 2005, pp. 395-407:405; sul tema cfr. altresì D. ANGELOZZI, *Vita indesiderata e pretese risarcitorie del figlio*, in M. SESTA (a cura di), *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Torino, 2008, pp. 531-572.

Già Carnelutti, criticando una sentenza del 1950 che aveva giudicato fondata l'azione risarcitoria di un figlio ereditario contro i genitori³³³, rilevava che la questione sottoposta al Tribunale involgeva “il problema del valore della vita” e che la vita è un bene, anche se malata, “mentre la non vita non vale nulla”³³⁴.

Nella sua singolarità, e per i contorni drammatici che presenta, il caso *Perruche* si presta ad esaminare la fattispecie della risarcibilità del danno da *wrongful life*.

Partiamo dalla ricostruzione del caso giudiziario: con pronuncia del 13 gennaio 1992, il Tribunale di grande istanza di Evry, ritenendo responsabile il medico ed il laboratorio di biologia medica, per aver consegnato alla gestante, che aveva richiesto l'accertamento dell'esistenza di anticorpi della rosolia, referti errati che l'avevano indotta a portare a termine la gravidanza nella convinzione che il nascituro non avrebbe riportato pregiudizi, li condannò al risarcimento del danno nei confronti del figlio, per lesione della sua integrità fisica, e dei genitori.

La Corte d'Appello di Parigi, investita del gravame proposto dal medico che imputava l'errore diagnostico al solo laboratorio di analisi, con pronuncia del 17 dicembre 1993, confermò la condanna di primo grado precisando che

333 Trib. Piacenza, 31.7.1950, in *Foro italiano*, pt. I, 1951, coll. 987-991, con nota di M. ELIA, *Responsabilità del genitore verso il figlio ereditario?*, coll. 987-989.

334 F. CARNELUTTI, Postilla, in *Foro italiano*, pt. I, 1951, coll. 989-990.

anche il medico doveva ritenersi responsabile per violazione di una obbligazione di mezzi, in quanto consapevole che la madre, confidando nei risultati errati, aveva deciso di non interrompere la gravidanza, mentre si sarebbe determinata ad abortire in caso di pericolo per il nascituro.

Divenuta *res iudicata* la pronuncia relativa all'aspetto della responsabilità solidale dei convenuti nei confronti dei genitori, la Corte di Appello riformava invece il capo della decisione riguardante la responsabilità nei confronti del figlio. Secondo i giudici d'appello, infatti, il pregiudizio risentito dal figlio non poteva essere causalmente collegato alle colpe accertate, atteso che gli effetti della rosolia non dipendevano da errore dei medici, ma piuttosto dal fatto che la madre aveva contratto la malattia all'inizio della gravidanza e perché la determinazione della madre di portarla a termine non avrebbe potuto, di per sé, costituire causa giustificativa di danno risarcibile per il figlio, essendo gli effetti della rosolia costituzionalmente inerenti alla persona ed assolutamente irreversibili.

Investita della questione, la prima sezione della Corte di Cassazione, con sentenza del 26 marzo 1996, riformava la sentenza d'appello sul solo punto inerente il nesso causale, sostenendo che l'errore diagnostico aveva indotto i genitori a credere che la madre fosse immune dalla rosolia, determinando la perdita di *chance* del figlio.

La causa veniva, quindi, rinviata, sul solo punto del nesso causale, alla Corte d'appello di Orléans, la quale, tuttavia, con sentenza del 5 febbraio 1999, si rifiutava di seguire il principio di diritto enunciato dalla Cassazione ed

dichiarava non sussistente un nesso causale tra la colpa del medico (e del laboratorio) e il danno lamentato dal figlio, nato handicappato.

La questione, pervenuta nuovamente al vaglio della Cassazione, fu decisa dalla Corte in adunanza plenaria, con la condanna solidale del medico e del laboratorio di analisi sul presupposto che l'errore commesso da entrambi i convenuti “avessero indotto la gestante a confidare sull'esattezza dei referti e sulla propria immunità e quindi le avessero impedito di esercitare il proprio diritto di interrompere la gravidanza al fine di evitare di dare alla luce un figlio affetto da *handicap*; e che il figlio fosse legittimato ad ottenere il risarcimento del danno risultante dall'*handicap* e cagionato dalle colpe accertate in senso positivo”.

Il primo aspetto che rileva ai fini della nostra indagine sulla responsabilità medica, è quello connesso al “consenso del paziente, che, secondo una recente pronuncia della Cassazione penale³³⁵ “costituisce un presupposto di liceità del trattamento medico chirurgico, afferente alla libertà morale del soggetto e alla sua autodeterminazione, nonché alla sua libertà fisica intesa come diritto al rispetto della propria integrità corporale, che sono, tutte, profili della libertà personale proclamata inviolabile dall'art.13 della Costituzione”.

L'ottica del civilista si concentra, invece, sul dovere di informazione del medico e sulle conseguenze della sua violazione: essa viene più solidamente ancorata ai principi costituzionali, così che il dovere di informazione da un lato concorre ad integrare il contenuto del contratto, dall'altro, in alcuni casi,

335 Cass. Pen., 11.7.2001, n.1572, Cass. pen. 2002, p. 2041.

rileva autonomamente, sì che la sua violazione si traduce *ipso facto* nella lesione di un diritto costituzionalmente protetto. L'obbligo è stato “normativizzato” dall'art.30 del nuovo codice deontologico dei medici del 1995³³⁶, nonché dalla Convenzione internazionale sui diritti dell'uomo e la biomedicina, ratificata con legge 145/2001 dall'Italia³³⁷.

Solo la necessità e l'urgenza dell'intervento (con il paziente impossibilitato ad esprimere il consenso) legittima, anzi obbliga il medico ad intervenire (CC 1132/1976), essendo l'omissione di cure urgenti o il rifiuto di prestare la propria opera se richiesta, fonte di responsabilità aquiliana.

L'informazione del medico deve poi estendersi alla portata dell'intervento, alle presumibili difficoltà, agli eventuali rischi ed alla possibilità di scelte alternative.

Discussa è la natura della responsabilità derivante da omessa informazione: secondo una prima interpretazione, essa va ricondotta alla responsabilità precontrattuale,³³⁸ secondo altri si tratterebbe di responsabilità contrattuale vera e propria, fondata sul combinato disposto degli artt. 1375,

336 Modificato nel 1998, a mente del quale “il medico deve fornire al paziente la più idonea informazione sulla diagnosi, sulla prognosi, sulle prospettive e sulle eventuali alternative diagnostico-terapeutiche e sulle prevedibili conseguenze delle scelte; il medico dovrà tenere conto della sua capacità di comprensione”, mentre l'art.32 precisa ulteriormente che “il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza il consenso del paziente validamente informato”

337 In essa si afferma che “un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero e informato. Tale persona riceve preliminarmente informazioni adeguate sulla finalità e sulla natura del trattamento nonché sulle sue conseguenze e sui rischi. Il consenso può essere il qualsiasi momento liberamente revocato”.

338 Cass. Civ., 9617/1999, in *Danno e responsabilità*, 2000, p. 730, con nota Natoli; Conformi Cass. Civ. 364/1997; 10014/1994.

1175 c.c.³³⁹; in direzione opposta si è mosso chi ha sostenuto che l'intervento privo del consenso rilevi direttamente come lesione del bene primario della salute e comporti l'insorgere, in capo al sanitario, di una responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c. (eventualmente destinata a concorrere con quella contrattuale qualora si verificchi, come esito dell'intervento, un evento dannoso).

La diversa natura della responsabilità si riflette sulla ripartizione dell'onere della prova: l'adesione alla tesi della precontrattualità della responsabilità addossa al paziente l'onere di provare l'avvenuta corretta informazione e la prestazione del consenso; viceversa, la natura contrattuale della responsabilità postula la dimostrazione di tali circostanze da parte del medico, secondo il criterio della "vicinanza o riferibilità" della prova³⁴⁰.

339 Cass. Civ. 9705/1997; 4395/1985; 1773/1981, e, di recente, Trib. Venezia 4.10.2004, secondo il quale l'inadempimento dell'obbligo di informazione, costituendo parte integrante del contratto di assistenza intercorrente tra il paziente e la struttura ospedaliera, obbliga i sanitari a risarcire il danno esistenziale.

340 Secondo la recente Cass. ss.uu. 13533/2001, il creditore che agisce per la risoluzione o il risarcimento è tenuto a provare soltanto l'esistenza dell'obbligazione e non l'inadempimento dell'obbligato, dovendo quest'ultimo provare di aver adempiuto. Le più recenti sentenze in tema di colpa medica sembrano attestarsi su questo versante: Cass. 11488/2004, secondo cui "in tema di responsabilità professionale del medico-chirurgo, sussistendo un rapporto contrattuale (quand'anche fondato sul solo contatto sociale), in base alla regola di cui all'art. 1218 cod.civ. il paziente ha l'onere di allegare l'inesattezza dell'inadempimento, non la colpa nè, tanto meno, la gravità di essa, dovendo il difetto di colpa o la non qualificabilità della stessa in termini di gravità (nel caso di cui all'art. 2236 cod.civ.) essere allegate e provate dal medico. (Nella specie, la S.C. ha ritenuto che il giudice di merito non avesse fatto corretta applicazione di tale principio, avendo rigettato la domanda di risarcimento danni nei confronti del medico ecografista per la nascita di un bambino malformato senza accertare se nel corso dell'ecografia gli arti erano stati diligentemente ricercati per verificarne eventuali malformazioni e senza considerare che l'incertezza del risultato di un'indagine non comporta che la stessa sia necessariamente da qualificare come particolarmente difficile, onde il fatto che l'ecografia non consenta di vedere sempre (e bene) gli arti non esclude la

La laconicità del testo della decisione, contenuto in poche righe di motivazione, non soddisfa il giurista, che è indotto ad una critica severa sulla normativa richiamata (gli artt. del *Code civil* 1165, sull'effetto del contratto nei confronti dei terzi, e 1382 sul fatto illecito), e ancora sulla mancata ricostruzione del nesso causale, apoditticamente ritenuto sussistente.

Per individuare un caso affine a quello deciso dalla *Cour de Cassation* occorre risalire al precedente più discusso, il caso della gestante ereditaria, deciso dal Tribunale di Piacenza nel lontano 31 luglio 1950³⁴¹.

Altra decisione giunta al vaglio della Cassazione ed utile per l'indagine di cui ci si occupa, è quella collegata alla vertenza promossa da una coppia di coniugi, entrambi affetti da talassemia *minor*, i quali, durante la gestazione della donna, non vengono informati dal medico curante del rischio, altamente probabile, che la nascita risulti affetta dalla medesima patologia congenita dei genitori. Di fronte al verificarsi della nascita handicappata, i genitori, agendo in proprio ma anche in nome e per conto della figlia minore, convengono in giudizio il medico per ottenere il risarcimento del danno.

necessità di cercarli, o di consigliare la ripetizione dell'indagine, nè qualifica quest'ultima come particolarmente difficile)”; 10297/2004: “il paziente che agisce in giudizio deducendo l'inesatto adempimento dell'obbligazione sanitaria deve provare il contratto e/o il "contatto" e allegare l'inadempimento del professionista, che consiste nell'aggravamento della situazione patologica del paziente o nell'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento, restando a carico dell'obbligato - sia esso il sanitario o la struttura - la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile.

341 Tribunale di Piacenza, sent. 31 luglio 1950, in *Foro italiano*, vol. I, 1951, p. 987.

Il punto più controverso della domanda risarcitoria concernente il supposto danno da *wrongful life*, è la legittimazione all'azione risarcitoria della minore.

Il Tribunale di primo grado accoglie le richieste presentate in nome proprio dai genitori, ma rigetta la domanda posta in nome e per conto della bambina. Una decisione, questa, confermata anche nel giudizio di appello.

La Corte di Appello riconosce, infatti, la responsabilità del medico per non aver disposto “tutti gli accertamenti del caso in modo da poter fornire alla coppia una completa informazione per le future decisioni, ivi compresa quella di un'interruzione di gravidanza”³⁴², impedendo così ai genitori, qualora si fossero comunque risolti per la prosecuzione della gravidanza, di “prepararsi adeguatamente alla drammatica situazione, con un supporto psicologico e materiale più adeguato”.

Viene rigettato, invece, il motivo di ricorso riguardante il risarcimento alla figlia, “in quanto la scienza medica non offriva un rimedio per eliminare nel nascituro la talassemia, ovvero attenuarla, durante la gestazione, per cui lo stato di invalidità non poteva essere imputato al professionista”.

Richiamando le norme costituzionali relative alla tutela della salute (art. 32 Cost.) ed ai diritti inviolabili della persona (art. 2 Cost.) nonché alle norme dedicate alla tutela della maternità e alla salute stessa del concepito (l. n. 1204/1970; l. n. 1206/1976; l. n. 903/1977), i genitori ricorrono in Cassazione avverso la sentenza di appello.

³⁴² Cass. Civ., sez. III, sent. 29.7.2004, n. 14488, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 1, 2005, pp. 418-433:419.

Motivi di doglianza: il diritto di non nascere, di fronte all'alternativa di una vita “non-sana”. La mancata interruzione della gravidanza, resa impossibile dal colposo difetto di informazione, avrebbe, infatti, consegnato la figlia ad una vita ingiusta, cui sarebbe stata preferibile l'alternativa della “non-vita”.

L'evento lesivo per il quale si chiedeva il risarcimento non era, quindi, la “malattia” della bambina, non riconducibile eziologicamente alla condotta del medico, quanto la sua stessa “vita malata”. Da qui la paradossale *quaestio juris* che contrappone “il diritto a nascere sani, oppure a non nascere affatto”³⁴³.

Ma, ammettere l'esistenza del diritto a non nascere, legittimerebbe il soggetto, una volta nato, ad agire nei confronti non solo del medico inadempiente dell'obbligo informativo, ma anche dei genitori, nel caso in cui, pur correttamente informati, avessero accettato il rischio di trasmettergli la propria tara genetica, o quanto meno nei confronti della madre che avesse deciso di non interrompere la gravidanza³⁴⁴.

Se esistesse un diritto a non nascere se non sano, argomenta la Cassazione³⁴⁵, “si porrebbe l'ulteriore problema, in assenza di normativa in tal senso, di quale sarebbe il livello di *handicap* per legittimare l'esercizio di quel

343 F. REGGIO, *La vita come danno. Alcune note in margine ad una recente sentenza in tema di 'diritto a non nascere'*, in F. ZANUSO (a cura di), in *Il filo delle Parche. Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Milano, 2009, pp. 155-174.

344 A. PINNA, *Nascere sani o non nascere: la Cassazione nega l'esistenza di un tale diritto*, in *Contratto e impresa*, n. 1, 2005, pp. 1-49:32.

345 Cass. Civ., sez. III, sent. 29.7.2004, n. 14488, in *La nuova giurispr. civ. comm.*, n. 1, 2005, pp. 418-433:424.

diritto, e, poi, di chi dovrebbe ritenere che detto livello è legittimante della non nascita”.

Rimane invece aperto il problema del nesso causale tra la condotta del medico e l'evento della nascita malformata dovuta a patologia congenita.

Nel caso *Perruche* non è configurabile né un danno inferto direttamente dai medici alla integrità fisica della gestante, affetta da rosolia già prima di sottoporsi agli accertamenti, né un danno inferto direttamente al feto³⁴⁶, al quale la rosolia era stata trasmessa con la gestazione, né un danno subito dai genitori per mancata interruzione della gravidanza³⁴⁷ conseguente ad omessa informazione sulle malformazioni del feto³⁴⁸, o errori nella sterilizzazione del marito³⁴⁹ o della moglie³⁵⁰.

346 A favore del risarcimento del danno fisiopsichico risentito dal neonato in occasione del parto cesareo per asfissia e per successivi episodi di apnea, con conseguente perdita di capacità lavorativa e di attitudine alla vita di relazione e dal danno risentito altresì dai genitori per oneri patrimoniali e sofferenze morali si è espressa la Corte di Cassazione con sentenza del 16 febbraio 2001, n. 2335, in *Dir. & Giust.*, vol. 8, 2001, pp. 33 e ss., con nota di Rossetti.

347 Corte di Cassazione, sent. 1 dicembre 1998 n. 12195, in *Guida al dir.*, vol. 8, 1999, p. 66, con nota di Profita e 24 marzo 1999 n. 2793, vol. I, 1999, p. 1804.

348 Sulla risarcibilità del danno cagionato ad entrambi i genitori per mancata informazione alla madre sulle malformazioni del nascituro in occasione di errata diagnostica e conseguente radicale impossibilità di procurare l'aborto si è pronunciato favorevolmente il Tribunale di Bergamo, sent. 16 novembre 1995, in *Giust. civ.*, vol. I, 1996, p. 867.

349 A favore del risarcimento del danno (extracontrattuale) cagionato ai genitori perché, a seguito di scorretta esecuzione dell'intervento di sterilizzazione del marito, era stato leso il loro diritto alla procreazione cosciente e responsabile si è pronunciato il Tribunale di Milano con sentenza del 20 ottobre 1997, in *Riv. it. medico legale*, 1999, pp. 597 ss., con nota di Introna.

350 A favore del risarcimento del danno (contrattuale) risentito dalla madre per aver procreato un figlio sano, ma non voluto, a seguito di un fallito intervento di interruzione della gravidanza si è determinato il Tribunale di Cagliari con sentenza del 23 febbraio 1995, in *Riv. giur. sar.*, 1995, p. 669 con nota di Diana. Quanto all'ammissibilità del risarcimento del danno (extracontrattuale) risentito dalla madre per l'omissione di

Risulta, pertanto, difficile operare una ricostruzione giuridica del nesso eziologico che giustifichi la richiesta risarcitoria del nascituro nei confronti del medico per “*wrongful life*”.

La Suprema Corte ha azzardato tale ricostruzione nella più volte richiamata sentenza del 2 ottobre 2012, trovando sostegno giuridico proprio nel disconoscimento della soggettività del concepito.

La stessa, argomenta, infatti, che la mancanza di soggettività giuridica del feto impedisce di concepire un “prima” ed un “dopo” rispetto alla nascita, e di soppesare il danno “per differenza” tra l’uno e l’altro.

Il danno consisterebbe, in altre parole, proprio nell’essere venuto al mondo malformato, non nel fatto di avere peggiorato un precedente stato di benessere che, dovendo riferirsi ad un’epoca in cui il concepito non era soggetto di diritto, non può venire giuridicamente in rilievo.

Così argomentando, la sentenza mostra di fare propria una tesi dottrinarica che, per quanto autorevolmente sostenuta, era rimasta pressoché isolata nel panorama scientifico, e del tutto ignorata dalla giurisprudenza³⁵¹.

Molto più appropriata appare la ricostruzione secondo la categoria del contratto protettivo nei confronti dei terzi, nel quale, accanto alla prestazione principale vi è quella collaterale di protezione nei confronti del feto: l’effetto

informazioni da parte del medico sull’esito negativo dell’intervento diretto ad interrompere la gravidanza si erano espressi il Tribunale di Padova, sent. 9 agosto 1985, in *Nuova giurispr. civ. comm.*, vol. I, 1986, p. 115, annotata da Zatti; la Corte di Appello di Bologna, sent. 19 dicembre 1991, in *Dir. di fam.*, 1993, p. 1081 e la stessa Corte di Cassazione, sent. 8 luglio 1994 n. 6464, in *Giurispr. it.*, 1995, p. 790; Tribunale di Perugia, sent. 7 settembre 1998, in *Foro it.*, vol. I, 1999, p. 1810.

351 È la tesi formulata da A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939.

di prestazione intercorre, allora, tra il medico e la madre, l'effetto di protezione opera a favore del nascituro che, una volta in vita, dovrebbe poter agire autonomamente per il risarcimento, dovendo riconoscergli il relativo diritto *sub specie* dei danni patrimoniali, psico-fisici, morali e/o esistenziali, spettando ai genitori³⁵² ed ai fratelli³⁵³, i soli danni morali.

Così strutturata, la fattispecie non si pone in termini di inesistenza del diritto a non nascere, oppure del diritto a nascere sano, ma di condizione necessitata in cui si trova il nato che, per effetto della carenza o della inesattezza delle informazioni, è venuto alla luce nell'unica condizione in cui avrebbe potuto vivere, cioè affetto da *handicap*. L'errore dei medici si è riflesso sulla condizione tragica di vita del nato. Certo, seguendo la distinzione tra causalità materiale e causalità giuridica, si potrebbe osservare che l'errore dei medici è stato una concausa, ma non l'unica causa (la madre avrebbe potuto decidere di non abortire).

Seguendo la via del diritto, appare chiaro che la considerazione della vita come un valore incomparabile è una considerazione non giuridica ma che legittima l'idea della nascita, seppure malformata, come un "dono prezioso" che si "sovrappone e confonde il valore e la tutela della vita umana con la valutazione del rapporto tra l'evento della nascita e la persona del genitore: rapporto che può far riguardare la nascita come evento dal significato non

352 Al padre viene riconosciuto il diritto al risarcimento per lesione del proprio "diritto alla pianificazione familiare".

353 La fonte dell'obbligazione risarcitoria spettante ai fratelli del nato handicappato risiederebbe, a dire della Cassazione, nel pregiudizio dagli stessi patito, alla "serenità familiare".

univoco, portatore per un verso di “doni”, per l’altro di “difficoltà”; sicché “legare in unica sorte e in un unico apprezzamento nascita e maternità significa in realtà alimentare la confusione di piani che fa riconoscere valore alla vita umana solo se ‘accettata’”³⁵⁴.

354 G. ALPA, *La responsabilità civile. Parte generale*, Milano, p. 433.

CAPITOLO SESTO

UNO SGUARDO ALLA LEGISLAZIONE D'OLTRALPE IN MATERIA DI PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA

CAPITOLO SESTO

UNO SGUARDO ALLA LEGISLAZIONE D'OLTRALPE IN MATERIA DI PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA

Sommario: 1. Premessa. - 2. La moderata apertura della Francia. - 3. Il rigore della Germania. - 4. Il Regno Unito e la novella del 2008. - 5. Il regime statunitense e la prevalenza degli interessi della donna rispetto all'embrione.

1.Premessa

L'indagine rivolta alle scelte normative straniere in materia di procreazione medicalmente assistita fa emergere un panorama piuttosto variegato sotto molteplici profili, a partire dalla scelta in ordine all'*an* della predisposizione di una normativa organica.

Se l'*id quod plerumque accidit* è nel senso di una presa di posizione da parte del legislatore, non può non sottolinearsi come negli Stati Uniti (ma anche, ad esempio, in Australia) l'opzione, almeno a livello federale (ché, tra i singoli Stati membri, si ha una pluralità di soluzioni), sia stata quella di lasciare alla giurisprudenza il compito di enucleare i principi base, salvo intervenire su punti specifici, peraltro sovente con fonti di dubbia efficacia normativa (quali,

ad es., le c.d. linee guida), tali, comunque, da non sovrapporsi integralmente all'autoregolamentazione dei codici deontologici.

Nell'ambito degli Stati nei quali il legislatore è intervenuto, la tipologia degli interventi è lungi dall'essere uniforme.

In taluni ordinamenti, infatti, la procreazione medicalmente assistita è stata oggetto di una legge *ad hoc*³⁵⁵.

L'insorgenza temporale di siffatti interventi, proprio per la loro specificità, ha posto inevitabilmente problematiche connesse alla loro corrispondenza con il progresso scientifico, implicando la necessità, per le leggi più risalenti, di aggiornamenti normativi.

Altri ordinamenti, che pure hanno visto un'attività legislativa, non sono dotati, allo stato, di una normativa organica in materia di procreazione medicalmente assistita. Il riferimento va, in special modo, al caso tedesco, relativamente al quale la legge principale è quella sulla protezione dell'embrione, del 1990.

La scelta in ordine al tipo di legge da approvare (*recte*, all'oggetto di disciplina) può essere, di per sé, un indice – significativo – dell'impostazione di fondo che, a livello di bilanciamento dei valori in gioco, l'ordinamento propone.

355 E' il caso della Spagna e della Francia, ma anche del Regno Unito, con lo *Human Fertilization and Embryology Act* del 1990, della Svizzera, con la legge sulla medicina della procreazione, del 1998, del Canada, con l'*Assisted Human Reproduction Act* del 2004, e del Portogallo, con la *lei 32/2006, da procriação medicamente assistida*.

Paradigmatica, in tal senso, è, l'esperienza tedesca, nella quale la decisione di concentrare l'attenzione sull'embrione e sulla sua tutela ha denotato una chiara opzione in favore della tutela della vita, configurata alla stregua di un corollario della previsione costituzionale che protegge la dignità umana.

Una impostazione simile è però presente anche in Svizzera, in cui, sebbene esista – dal 1998 – una legge organica sulla procreazione medicalmente assistita, una chiara preminenza viene assegnata alla tutela del nascituro, in consonanza con le previsioni stabilite in materia dall'art. 119 della Costituzione (dedicato a «medicina riproduttiva e ingegneria genetica in ambito umano»).

In posizione diametralmente opposta si colloca l'ordinamento statunitense nel quale il bilanciamento tra la tutela della vita del nascituro e la libertà di autodeterminazione della donna vede una chiara predominanza del secondo principio a scapito del primo.

Di stampo essenzialmente permissivo è anche la legislazione del Regno Unito, mentre la legge canadese del 2004 attenua parzialmente questa impostazione, facendo convivere relativamente ampi margini di libertà (di autodeterminazione, di sperimentazione e di ricerca) con la fissazione di alcuni divieti specifici (ad esempio, quello di clonazione a fini terapeutici).

Nell'alternativa tra l'impostazione dei sistemi di *common law* e quella, per così dire, di matrice tedesca, si collocano in posizione intermedia le esperienze spagnola e francese, connotate comunque da accenti diversi, essendo la prima

più incline della seconda verso la protezione della libertà di autodeterminazione.

Logicamente, l'impianto generale della disciplina che viene in ciascun ordinamento disegnato con riferimento alla procreazione medicalmente assistita ha precise ricadute in merito alle tecniche esecutive del trattamento. Così, con specifico riguardo alla possibilità di creare embrioni sovranumerari, la tutela della vita che è il principio cardine della legislazione tedesca si riflette in un esplicito divieto.

Di contro, pur nella parziale diversità di approcci, tutte le altre normative, nel proporre un bilanciamento tra tutela della vita e libertà di autodeterminazione, permettono la creazione di questi embrioni, salvo differenziarsi in ordine alla sorte che agli stessi deve essere riservata, segnatamente per quel che concerne l'attività di ricerca e di sperimentazione di cui possono o meno essere oggetto.

2.La moderata apertura della Francia.

Venendo ad un esame più dettagliato delle scelte normative operate nei vari sistemi di *civil law* e *common law*, appare opportuno osservare come, in Francia, il fenomeno della procreazione medicalmente assistita, è stato oggetto di un primo intervento da parte del legislatore negli anni novanta, con l'adozione della *loi* n. 94-654 del 29 luglio 1994, concernente la donazione e

l'utilizzazione di elementi del corpo umano, l'assistenza medica alla procreazione e la diagnostica prenatale. Questa legge mostra la volontà del legislatore di dettare alcuni principi di base in materia di bioetica. Difatti, altre due leggi sono state approvate nel medesimo periodo: la legge n. 94-548 del 1° luglio 1994, relativa al trattamento dei dati nominativi aventi come finalità la ricerca nel settore della salute, e la legge n. 94-653 del 29 luglio dello stesso anno, relativa al rispetto del corpo umano.

Tali leggi sono state accomunate alla legge n. 94-654 nella denominazione di «*lois de bioéthique*» e deferite al *Conseil costituzional* che le ha dichiarate conformi alla Costituzione nella nota decisione c.d. *Bioéthique* (dec. n. 343-344 DC, 27 luglio 1994).

Nella suddetta pronuncia il giudice costituzionale ha specificato le disposizioni costituzionali che vengono in rilievo nella materia in esame (considerando 2, 3 e 4). Si tratta del primo periodo del Preambolo della Costituzione del 1946³⁵⁶, degli artt.1³⁵⁷, 2³⁵⁸ e 4³⁵⁹ della Dichiarazione dei diritti

356 Il periodo del Preambolo così recita: "all'indomani della vittoria riportata dai popoli liberi sui regimi che hanno tentato di asservire e di degradare la persona umana, il popolo francese proclama di nuovo che ogni essere umano, senza distinzione di razza, di religione e di credenza, possiede inalienabili e sacri diritti».

357 Gli uomini nascono e rimangono liberi e uguali nei diritti. Le distinzioni sociali non possono essere fondate che sull'utilità comune.

358 Il fine di ogni associazione politica è la conservazione dei diritti naturali ed imprescrittibili dell'uomo. Questi diritti sono la libertà, la proprietà, la sicurezza e la resistenza all'oppressione.

359 La libertà consiste nel poter fare tutto ciò che non nuove ad altri: così l'esercizio dei diritti naturali di ciascun uomo ha come limiti solo quelli che assicurano agli altri membri della società il godimento di questi stessi diritti. Tali limiti possono essere determinati solo dalla Legge.

dell'uomo e del cittadino del 1789 che concernono la libertà individuale e dei paragrafi 10³⁶⁰ e 11³⁶¹ del Preambolo della Costituzione del 1946³⁶².

Il legislatore francese, nel tentativo di garantire l'attualità della tutela commisurata ai progressi scientifici che caratterizzano la procreazione assistita, aveva previsto, nella legge n. 94-654, l'obbligo di revisione a 5 anni dalla sua entrata in vigore. In effetti, la riforma è intervenuta a distanza di dieci anni dal progetto iniziale con l'adozione della legge n. 2004-800 del 6 agosto 2004, relativa alla bioetica.

Tale ritardo va imputato, innanzitutto a ragioni prettamente politiche connesse al cambiamento della maggioranza parlamentare (fra il 1997 ed il 2002), ma anche alla volontà del legislatore di acquisire pareri da parte del *Conseil d'État*, del *Comité Consultatif National d'Ethique pour le sciences de la vie et de la santé* e della *Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme*, e di omologarsi al contesto sovranazionale ed internazionale.

Anche la legge del 6 agosto 2004, che ha riformato la legge del 1994, è stata sottoposta al giudizio di costituzionalità, con parere favorevole (dec. n. 2004-498 DC, 29 luglio 2004).

360 La Nazione assicura all'individuo ed alla famiglia le condizioni necessarie al loro sviluppo.

361 [La Nazione] garantisce a tutti, e specialmente al fanciullo, alla madre e agli anziani lavoratori, la protezione della salute, la sicurezza materiale, il riposo ed il tempo libero.

362 Come noto, la decisione n. 71-44 DC del 16 luglio 1971, in materia di libertà di associazione, ha attribuito valore normativo al preambolo della Costituzione del 1958; con ciò si è dato valore normativo anche ai testi da esso richiamati, vale a dire la Dichiarazione del 1789 ed il preambolo della Costituzione del 1946. In quest'ultimo preambolo sono contenuti un catalogo di «principi particolarmente necessari nel nostro tempo» ed un richiamo ai «principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della Repubblica».

Come la legge precedente, anche quella attualmente vigente è concepita come una legge “a tempo”, ossia soggetta a revisione ed aggiornamento.

L'impostazione adottata dal legislatore francese considera la procreazione assistita come un trattamento terapeutico sostitutivo di un processo naturale; rappresenta, cioè, un rimedio eccezionale cui si può ricorrere in caso di impossibilità (sterilità o infertilità) o inopportunità (rischio di trasmettere malattie ereditarie) fisica di procreare naturalmente. Il ricorso alla PMA è, quindi, consentito solo per rimediare ad una diagnosticata infertilità patologica della coppia, oppure per evitare la trasmissione alla progenie di una malattia particolarmente grave di cui siano portatori i genitori, o, infine, per evitare la trasmissione di una malattia particolarmente grave ad un membro della coppia. Ne discende che il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è riservato alla coppia tradizionalmente intesa (costituita, cioè, da un uomo e da una donna), entrambi viventi ed in età di procreazione astrattamente fertile. Inoltre, i componenti della coppia devono essere sposati o conviventi da almeno due anni e devono aver prestato previamente il loro consenso al trasferimento degli embrioni o all'inseminazione.

Ove anche uno dei predetti presupposti dovesse venir meno, per decesso di uno dei membri della coppia, o per la presentazione di una istanza di divorzio o separazione, o per la cessazione della convivenza o la revoca scritta del consenso, viene meno il diritto ad accedere alle tecniche di PMA.

L'art. 3 del Codice della salute pubblica, come modificato dall'art. 24 della legge n. 2004-800 del 6 agosto 2004, relativa alla bioetica, ammette la creazione di un numero di embrioni “sovrannumerari” rispetto a quelli accorrenti per il tentativo di impianto, ammessi alla crioconservazione fino all'utilizzo.

È da rimarcare che la coppia che ricorre alla crioconservazione degli embrioni non può beneficiare di un nuovo tentativo di fecondazione in vitro prima del trasferimento di questi ultimi, salvo il caso in cui essi presentino un problema di qualità.

Nel caso di abbandono del progetto genitoriale o di decesso di uno dei membri della coppia, l'art. 4 della legge consente alla coppia o al membro superstite di dare il consenso all'utilizzo degli embrioni da parte di un'altra coppia, acconsentire a che siano effettuate ricerche sugli embrioni, oppure autorizzare la distruzione degli embrioni.

Tale distruzione ha luogo, in ogni caso, al termine di un periodo di conservazione di cinque anni, se un membro della coppia, consultato a più riprese riguardo al progetto genitoriale, non risponde, oppure se esiste un disaccordo tra i membri della coppia a proposito del progetto genitoriale o del futuro degli embrioni.

In Francia, quindi, è ravvisabile una scelta legislativa compromissoria volta al bilanciamento fra diritto alla tutela della salute e quello della dignità della persona umana.

Il diritto alla tutela della salute è previsto dal comma 11 del Preambolo

della Costituzione del 1946, e va valutato estensivamente, come diritto alle cure³⁶³.

Come già chiarito, il legislatore francese ha annoverato le tecniche di PMA fra i trattamenti sanitari, il cui ricorso costituisce attuazione del diritto alla salute riconosciuto costituzionalmente.

In contrapposizione al diritto alla salute e, quindi, alle cure mediche, si pone il principio del rispetto della dignità della persona umana, introdotto nel *Codice civile* dagli artt. 1 e 2 della legge n. 94-653 del 29 luglio 1994, relativa al rispetto del corpo umano.

L'art. 16 del Codice civile, nella redazione attuale, così recita: “La legge assicura il primato della persona, proibisce ogni lesione alla sua dignità e garantisce il rispetto dell'essere umano dall'inizio della sua vita”.

Per il *Conseil Constitutionnel*³⁶⁴, il principio del rispetto della dignità della persona umana è un principio costituzionale che presiede alla disciplina legislativa concernente le attività biomediche, e va ricercato nel Preambolo della Costituzione del 1946, componente essenziale del “*bloc de constitutionnalité*”³⁶⁵.

Viene, così, acclarato dal *Conseil Constitutionnel* “il primato della persona umana, il rispetto dell'essere umano dall'inizio della sua vita, l'integrità e l'assenza di carattere patrimoniale del corpo umano nonché l'integrità della specie umana”.

363 *Conseil Constitutionnel*, dec. n. 74-54 DC, 15 gennaio 1975 e dec. n. 77-92 DC, 18 gennaio 1978.

364 Cfr. decisione *Bioéthique* resa dal *Conseil* nel 1994 (dec. n. 343-344 DC)

365 Per “*bloc de constitutionnalité*” si intende l'insieme delle fonti che assurgono a rango di parametro di costituzionalità nei giudizi sulle leggi.

3. Il rigore della Germania in tema di tutela dell'embrione.

In Germania, come anticipato, non esiste una legge specifica sulla procreazione medicalmente assistita, sebbene gran parte degli aspetti della fecondazione artificiale siano stati regolamentati nella legge sulla tutela dell'embrione (*Embryonenschutzgesetz, ESchG*) del 13 dicembre 1990, entrata in vigore il 1° gennaio 1991.

La normativa costituzionale, però, ha influenzato notevolmente il settore del biodiritto, grazie ai principi di tutela della dignità umana, richiamato dall'art. 1, comma 1, della Legge fondamentale³⁶⁶, il diritto generale allo sviluppo della personalità, di cui all'art. 2 comma 1³⁶⁷ in combinato disposto con l'art. 1 comma 1, il diritto alla vita ed all'incolumità fisica (art. 2 comma 2 L. F.)³⁶⁸, nonché l'art. 6 della Legge fondamentale³⁶⁹.

Alla luce di queste disposizioni costituzionali, il legislatore ha disciplinato la tutela dell'embrione attraverso la richiamata legge del 1990, cui va affiancata la normativa sull'utilizzo delle cellule staminali (*Stammzellengesetz* del 28 giugno 2002), quella in materia di diritto di famiglia³⁷⁰ nonché quella

366 “La dignità dell'uomo è inviolabile. E' dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla”.

367 “Ognuno ha diritto al libero sviluppo della propria personalità[...].”

368 “Ognuno ha diritto alla vita ed all'incolumità fisica [...]”

369 “La cura e l'educazione dei figli sono un diritto naturale dei genitori ed un precipuo dovere che loro incombe. La comunità statale sorveglia la loro attività. [...]”.

370 Ci si riferisce ai casi cc.dd. di maternità in affitto (*Leihmutterchaft*), l'art. 1591 del codice civile recita “E' madre la donna che ha partorito il bambino”, o di paternità relativa alla inseminazione eterologa previsto dall'art. 1600, co. 4 c.c.

contenuta nel c.d. Codice sociale (*Sozialgesetzbuch*) che disciplina i requisiti per il sussidio statale per malattia ovvero i requisiti per una copertura finanziaria da parte della Cassa Mutua tedesca per la procreazione assistita.

Infine, sono da menzionare anche le Linee guida per la effettuazione della procreazione assistita del 3 dicembre 1998, formulate dal Consiglio scientifico dell'Ordine nazionale dei Medici, a carattere vincolante per tutti i professionisti, nonché il progetto di modifica di tali Linee guida del 17 febbraio 2006 e le Direttive della Commissione federale dei medici e delle Casse di malattia in materia di fecondazione artificiale del 14 agosto 1990, come modificate nel corso degli anni³⁷¹.

Le Direttive accordano il ricorso alle tecniche di fecondazione assistita ai soli casi in cui altre tecniche di stimolazione della fertilità siano fallite (§ 1) e limitano la loro applicazione alle sole coppie eterosessuali sposate, con impiego esclusivo di ovociti e spermatozoi provenienti dai *partners* della coppia (§ 2).

Un'ulteriore limitazione riguarda l'esclusione di misure di fecondazione assistita se non vi sono sufficienti probabilità di successo (§ 8) e se l'età della donna è inferiore a 25 anni o superiore a 40 anni, e quella dell'uomo superiore a 50 anni (§ 9).

Secondo le richiamate Linee guida, una fecondazione artificiale può essere attuata ove risultino rispettate determinate indicazioni mediche: in particolare, è richiesto che tutte le pratiche diagnostiche, come pure tutte le possibilità terapeutiche primarie, siano state esperite, rendendo la

³⁷¹ L'ultima modifica risale al 15 novembre 2007 ed è entrata in vigore il 6 febbraio 2008.

fecondazione in vitro una ipotesi sussidiaria. Inoltre devono essere rispettati determinati requisiti inerenti alla loro condizione di genitori.

Prima del trattamento, gli interessati devono, infine, essere edotti in maniera completa sulle implicazioni mediche, giuridiche e sociali che un simile intervento comporta.

Il Tribunale costituzionale federale, nella pronuncia del 28 febbraio 2007 (1 BvL 5/03) ha affermato che la procreazione assistita è un caso limite che si pone nella “zona grigia” tra la malattia e lo stato fisico e psichico pregiudicato.

Come desumibile dalle pronunce della Corte suprema federale tedesca (BGH) e della Corte federale amministrativa (BverwG), la procreazione assistita è un trattamento terapeutico finalizzato a realizzare il desiderio di una coppia di avere figli, nel rispetto del principio costituzionale di tutela della famiglia. Ed è proprio la realizzazione dei principi costituzionali, che non vanno intesi come diritti “oppositivi” (*Abwehrrechte*) al potere pubblico, che proietta lo Stato verso un obbligo di tutela della vita dell'individuo che si concretizza attraverso “potere oggettivo di protezione” (*Objektive Schutzpflicht*)³⁷².

Come precisato dal Tribunale costituzionale federale nella nota sentenza del 1975, “ognuno ha diritto alla vita” e che la vita, nel senso dell'esistenza storica di un individuo umano, inizia dal concepimento in

372 Cfr. La sentenza del Tribunale costituzionale federale del 25.02.1975 che argomenta testualmente: “I diritti fondamentali non contengono soltanto diritti soggettivi di difesa del singolo contro lo Stato (il potere pubblico), bensì incorporano contemporaneamente un ordinamento oggettivo di valori, che ha natura di vero e proprio principio costituzionale fondamentale per tutte le branche del diritto e che dà impulsi alla legislazione, all'amministrazione ed alla giurisdizione”, in *BVerfGE 39*, p. 1 ss.

quanto “la garanzia dell'esistenza umana sarebbe incompleta se non comprendesse anche lo stadio iniziale della vita”.

Un'affermazione più esplicita di tale principio viene enunciata nella nota sentenza del Tribunale costituzionale del 28 maggio 1993³⁷³ che attribuisce dignità umana all'embrione riconoscendogli tutela anche prima dell'annidamento (*Einnistung*), sul presupposto che il concepito, quale “bambino non ancora nato”, “ha già una sua identità genetica ed una sua unicità ed inconfondibilità che, nel processo di crescita e di dispiegamento di sé, non solo si sviluppa in un essere umano, ma si sviluppa in quanto essere umano”³⁷⁴. In questo senso, la tutela della vita e della dignità si impone non appena si è conclusa la “fusione” dei nuclei, quando, quindi, si è venuta a creare un'esistenza capace di svilupparsi autonomamente.

Il Tribunale si spinge anche oltre, affermando con decisione: “Non è necessario accertare se il nascituro sia titolare dei diritti fondamentali o se invece, a causa della mancanza di capacità giuridica anche attinente ai diritti fondamentali, venga protetto nel suo diritto alla vita”. L'obbligo di protezione della vita imposto allo Stato non deve concretarsi unicamente in un dovere passivo di *neminem laedere*, ma implica l'obbligazione attiva di difendere il singolo anche contro i possibili attentati provenienti da soggetti diversi dallo Stato, fosse anche la madre del concepito.

373 In *BVerfGE* 88, pp. 203 - 254.

374 Per un approfondimento della problematica si rimanda a , STARCK, *Verfassungsrechtliche Grenzen der Bionwissenschaft und Fortpflanzungsmedizin*, JZ 2002, p. 1065; HÖFLING, *Forschung und Lehre*, 2002, p. 413; per ulteriori riferimenti si veda: ARNOLD, *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 8, note 21 e 18.

In quest'ottica l'ordinamento giuridico deve garantire un diritto alla vita del concepito che è un essere umano autonomo e merita tutela anche rispetto alla madre ed alla sua libertà di autodeterminazione³⁷⁵.

E' in quest'ambito che si innesta la Legge per la tutela dell'embrione del 1990 che, in ossequio ai principi costituzionali, ed in particolare a quello che impone la tutela della vita, vieta la creazione di embrioni proannumerari³⁷⁶, ricerche distruttive sugli embrioni nonché la fecondazione extracorporea se non per finalità procreative³⁷⁷, con conseguente divieto di conservazione, congelamento e donazione di embrioni. In particolare, l'art. 8, fornendone la definizione di embrione, lo equipara al in quanto in grado di “dividersi e di svilupparsi per dare origine ad un individuo”.

375 Si evidenzia, al riguardo, che gli artt. 218 ss. del Codice penale vigente in merito all'aborto, prevedono la protezione della vita in formazione, tra l'altro, attraverso un'adeguata consulenza preventiva. Sebbene l'aborto venga considerato, in linea di principio, illegale, quindi contrario alla legge, e pertanto oggetto di sanzioni di carattere penale, il legislatore ha previsto ipotesi di non punibilità. Nell'ordinamento tedesco si distinguono, pertanto, fondamentalmente tre categorie di aborti volontari: quelli contrari alla legge perché privi di un'accertata indicazione giustificativa ma non punibili se vi sia stata consulenza; quelli illeciti e punibili, quando non sia intervenuto il sistema di consulenza; quelli non contrari alla legge, quando sia provata la sussistenza di una causa scriminante ovvero nei casi del pericolo per la vita e la salute della donna.

376 L'art. 1 comma 3, 5 e 6 recita: E' punibile con la reclusione fino a tre anni e con una multa [...] 3) chi effettua il *transfer* in una donna di oltre tre embrioni all'interno di un medesimo ciclo; 5) chi effettua la fecondazione di un numero superiore di ovociti rispetto a quanti se ne intendano trasferire nel corso di un medesimo ciclo; 6) chi preleva da una donna un embrione prima che si sia concluso l'annidamento nell'utero al fine di trasferire tale embrione in un'altra donna o di utilizzarlo ad uno scopo non diretto alla sua sopravvivenza”.

377 L'art. 1 recita: E' punibile con la reclusione fino a tre anni e con una multa [...] chi provvede alla fecondazione artificiale di un ovocita ad un fine diverso da quello di provocare una gravidanza nella donna dalla quale l'ovocita proviene”.

La tutela dell'embrione ha avuto un ulteriore rafforzamento con la già ricordata Legge del 28 giugno 2002 la quale, all'arti 1 stabilisce “scopo della presente legge, con riferimento agli obblighi che gravano sui pubblici poteri, è quello di rispettare e di proteggere la dignità umana ed il diritto alla vita e di garantire la libertà di ricerca, di evitare in genere l'importazione e l'utilizzo di cellule staminali embrionali, di evitare che dalla Germania venga ordinata la produzione di cellule staminali embrionali oppure la produzione di embrioni per l'ottenimento di cellule staminali embrionali, e di determinare i presupposti

4. Il Regno Unito e la novella del 2008.

Il modello inglese segna il limite massimo della libertà biomedica. Ma non si tratta di un modello riprovevole, perché è in linea con gli orientamenti degli organi europei e comunitari, né appare privo di limiti e di controlli. E' informato ai principi di libertà e di responsabilità, quei principi già segnalati nel Rapporto *Warnock*, il quale si fondava soprattutto su motivazioni etiche: e per l'appunto si apriva con l'avvertimento secondo il quale “ vi sono barriere che non possono essere valicate”.

Ciò implica che gli interventi di procreazione assistita non possano essere liberi, anche se destinati a garantire il diritto alla procreazione della coppia, il diritto alla maternità, il diritto ad avere un erede, il diritto a mantenere il vincolo (morale) con il coniuge che sia deceduto senza aver potuto avere figli, e, considerando l'embrione di per sé, il diritto alla vita e alla salute di chi abbisogna di cure che si possono praticare solo con il ricorso alla utilizzazione degli embrioni.

In questo contesto il Rapporto Warnock si collocava in una posizione mediana, assentendo le utilizzazioni degli embrioni che fossero rispettose di ogni "ragionevole" principio etico³⁷⁸.

A seguito del Rapporto Warnock, che aveva suscitato un'ampia discussione non solo negli ambienti politici e religiosi, ma anche nella società civile, il Parlamento approvò lo *Human Fertilisation and Embriology Act 1990* (c.37). In merito alla natura dell'embrione, l'*Act* ne fornisce una definizione nei seguenti termini: "*a live human embryo where fertilisation is complete*", "*an egg in the process of fertilisation*"; "*fertilisation is not complete until the appearance of a two cell zygote*"; l'embrione può essere in vitro se la sua fecondazione è iniziata al di fuori del corpo umano; i riferimenti della legge all'embrione riguardano solo quelli la cui fecondazione non è iniziata in vitro (sec.1); la creazione di un embrione o la sua utilizzazione possono essere effettuate solo da chi sia

378 Mary Warnock, illustre docente di etica, divenuta in seguito baronessa, ha modificato in parte le idee che erano state riversate nel Rapporto licenziato dalla Commissione da lei presieduta e che prende il suo nome. In particolare, si è di recente espressa in senso contrario alla surrogazione della madre, alla fecondazione della donna nubile, al divieto di far conoscere al figlio l'identità dei genitori naturali, alla selezione dei dati genetici del figlio da parte degli aspiranti genitori.

provvisto di apposita autorizzazione (sec.2); non è consentito l'impianto di un embrione o un gamete non umani nel corpo della donna; né l'impianto di embrioni umani in animali; è altresì vietato l'utilizzazione di embrioni in modo diverso da quello consentito; è vietata anche la sostituzione del nucleo di una cellula di un embrione con il nucleo derivante dalla cellula di altra persona, e così per la sostituzione di embrioni, anche in fasi ulteriori del loro sviluppo (sec.3); se non si è acquisita l'autorizzazione, è vietato l'uso di gameti o di seme di una persona in modo diverso da quello previsto per la fecondazione di una donna (sec.4).

Nella linea propria della mentalità e tradizione inglesi, l'*Act* non classifica l'embrione tra le cose, tra le persone, tra le parti del corpo.

L'*Act* del 1990 prevede anche la istituzione di una autorità di vigilanza (*Human Fertilisation and Embriology Authority*) (sec.5). Questo organismo, che ogni anno è tenuto a redigere un rapporto sull'attività svolta, controlla le informazioni relative agli embrioni, al loro sviluppo, e al loro trattamento; tiene i rapporti con i soggetti autorizzati al trattamento, ne riceve segnalazioni e richieste di informazioni, provvede alle richieste; effettua la vigilanza sui soggetti autorizzati mediante propri comitati; rilascia le autorizzazioni alle condizioni previste dall'*Act* (secc.6-12).

Particolarmente rilevante è la sec. 14 in cui si disciplinano i requisiti per poter ottenere l'autorizzazione. La *section* prevede, infatti, che i gameti di una persona o un embrione possano essere conservati solo se ricevuti da un soggetto identificato o da una donna o da un soggetto autorizzato e che la

fecondazione in vitro sia eseguita solo da parte di soggetti autorizzati; che i gameti e gli embrioni conservati possano essere utilizzati solo nel corso di un trattamento o consegnati a soggetto autorizzato; che la conservazione non possa durare per un periodo più lungo di quello previsto dalla legge, e che siano destinati alla estinzione alla fine del periodo prescritto, fissato in dieci anni per gli embrioni e in cinque per i gameti.

Nel gennaio del 2001 il Parlamento ha approvato un regolamento per consentire la ricerca a fini terapeutici condotta su cellule derivate da embrioni umani. Il dibattito³⁷⁹ è stato molto animato, e i temi discussi rivelano con quanta cura gli ambienti politici inglesi abbiano seguito la problematica.

Sempre il Parlamento ha approvato lo *Human Reproductive Cloning Act* (2001, ch.23) per bandire la clonazione ottenuta mediante l'impianto in una donna di un embrione umano creato con tecniche diverse dalla fecondazione. Per cui attualmente il dibattito si è spostato dalla procreazione assistita e dalla disciplina dell'uso degli embrioni alla utilizzazione di cellule staminali.

Il 18 settembre del 2003 il Parlamento ha approvato una integrazione alla disciplina mediante lo *Human Fertilisation and Embryology (Deceased Fathers) Act* (2003, ch.24).

Si tratta di una precisazione riguardante il caso di madri che abbiano concepito figli dopo la morte del marito o del convivente e che abbia fatto ricorso alla procreazione assistita. Poiché l'*Act* del 1990 non consentiva che il figlio nato dalla fecondazione *post mortem* del padre avesse lo *status* di figlio del

379 il dibattito è reperibile su internet, nel sito della Cattedra de Biotecologia, Biodiversidad & Derecho: <http://www.biotech.bioetica.org/docta4.htm>.

padre ormai deceduto, la nuova legge risolve il problema, ma solo sul piano morale e non giuridico.

In altri termini, il figlio concepito usando il seme del padre (legittimo o naturale) dopo la morte di questi, può richiedere (ed analogo diritto viene riconosciuto alla madre che ne faccia richiesta entro 42 giorni dalla morte del padre) di essere registrato allo stato civile e di averne menzione nei documenti come figlio del padre deceduto. Questa menzione non implica tuttavia che, dal punto di vista giuridico, il nato acquisti lo *status* giuridico di figlio della persona deceduta.

Interessante appare, poi, il “*code of practice*”, giunto alla sesta edizione (HFEA, 2003) nel quale si illustrano la normativa, gli adempimenti amministrativi, le tecniche di procreazione con le soluzioni ai quesiti pratici più frequenti. Un'autentica guida sia per i soggetti autorizzati sia per tutti gli interessati agli interventi.

Ma la vera svolta normativa è stata registrata con lo *Human Fertilisation and Embryology Act* 2008 introdotto il 13 novembre 2008 che ha rivisitato la disciplina dei *test* sugli embrioni, riscrivendo le condizioni alle quali è possibile procedere ai *test* genetici. L'art 13, in particolare, disciplina le condizioni per la concessione delle autorizzazioni ai trattamenti.

Ma il Parlamento di Westminster si è spinto oltre, ammettendo la diagnosi genetica preimpianto ed affermando la liceità della selezione embrionale quando, all'esito della diagnosi, venga riscontrata un'anomalia – a livello cromosomico o mitocondriale – implicante un “rischio significativo” di

insorgenza di patologie fisiche o psichiche gravi, o rischio per la stessa sopravvivenza.

Per quanto lo *screening* embrionale sia ammesso solo per evitare patologie gravi, l'accesso alle procedure di diagnosi è aperto alla coppia senza obbligo di motivazione preventiva, confermando l'impostazione permissiva del sistema britannico, in materia di bioetica.

5. Il regime statunitense e la prevalenza degli interessi della donna rispetto all'embrione.

Il legislatore statunitense, proiettato alla salvaguardia della vita, della libertà e della proprietà degli individui (Quinto Emendamento), omette di intervenire nella disciplina del trattamento della PMA, limitandosi ad assicurare il libero accesso a tali tecniche, senza garantirne il sostegno finanziario.

Esaustiva, al riguardo la pronuncia nel caso *Harris v. McRae* in cui si legge: “La libertà di scelta della donna, garantita da *due process*, non implica un diritto acquisito costituzionale, relativo alle fonti finanziarie di cui approfittare per l'intero spettro delle decisioni tutelate”³⁸⁰.

³⁸⁰ *Harris v. McRae*, 480 U.S. 297, 316 (1980).

Dai formanti giurisprudenziali federali emerge che l'embrione non è soggetto di diritto, né lo è il feto prima di acquisire vitalità autonoma; nel caso *Roe v. Wade*³⁸¹, infatti, la Corte suprema precisa che il termine “persona” di cui al Quattordicesimo emendamento, non include i “non nati”, ma è riferito unicamente agli esseri umani dopo la nascita.

Prima che sussista questa vitalità autonoma, lo Stato non può anteporre l'interesse dell'embrione alla libertà della donna di disporre secondo coscienza.

Sin dagli anni ottanta, la dottrina statunitense si è interrogata circa lo statuto etico da riconoscere agli embrioni, oscillando tra la posizione che lo ridimensiona a mero tessuto umano e quella, opposta, che lo equipara ad essere vivente dotato di personalità e diritti.

Secondo la definizione medica *standard*, l'embrione è il prodotto del concepimento dall'impianto fino alle prime otto settimane, dopo tale termine non può più parlarsi di embrione, ma deve parlarsi di feto³⁸²; volendo, invece, delineare una definizione giuridica, per embrione deve intendersi “qualsiasi organismo, non tutelato come *human subject*³⁸³, che deriva da fecondazione, partenogenesi, clonazione o qualsiasi altro metodo da uno o più gameti umani o cellule diploidi umane³⁸⁴”.

381 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 157-158 (1973).

382 U.S. *Public Policy and the Biotechnologies That Touch the Beginnings of Human Life: A Detailed Overview*, p. 47.

383 “*Human Subject*” is a living individual about whom an investigator conducting research obtains (1) data through intervention or interaction with the individual, or (2) identifiable private information.

384 CFR 46 Sec. 46.102. *Federal Policy for the Protection of Human Subjects*, 45 CFR 46, in *Federal Register*, 18-6-1991, vol. 56, n. 117, 28003. La cosiddetta *common rule* per la protezione dei soggetti umani, propriamente definita *Federal Policy for the Protection of Human Subjects*, è stata sviluppata dal Dipartimento della Sanità ed è entrata in vigore il 19 agosto 1991.

Gli embrioni *ex utero* non sono considerati “*human subjects*”.

L'embrione è tutelato, soprattutto, in relazione all'attività di ricerca, allo stesso modo delle cellule staminali. La tutela si esprime, talvolta, anche nel mancato finanziamento pubblico di ricerche che intendano utilizzarli³⁸⁵.

Ne discende che nel bilanciamento degli interessi coinvolti, vengono a prevalere gli interessi della donna e dell'uomo, a discapito dell'embrione, della cui protezione non si occupa neppure e la *American Society for Reproductive Medicine* che ha lo scopo di stabilire principi di sicurezza, efficacia e *privacy* in tema di procreazione assistita.

Nel medesimo senso, deve sottolinearsi che le principali sentenze della Corte suprema, come, ad esempio, quelle sui casi *Roe v. Wade* o *Casey*, hanno espresso sistematicamente, la prevalenza dell'interesse della donna, ai fini della tutela del diritto di controllare la procreazione, rispetto all'interesse dell'embrione.

Con riferimento alle Corti statali, nel caso *Davis v. Davis*, che riguardava il tema della procreazione assistita ed in particolare la fecondazione *in vitro*, la Corte Suprema dello Stato del Tennessee proclamava il diritto di libertà dell'individuo, connotato che non poteva riconoscersi all'embrione. Nella fattispecie, una coppia eterosessuale aveva intrapreso la procedura diretta alla procreazione medicalmente assistita. Dopo un primo impianto privo di successo, la coppia aveva divorziato. La donna aveva comunque espresso la volontà di procedere ad altro tentativo, ricorrendo agli embrioni

³⁸⁵ V. 45 CFR 46, *Department of Health and Human Services (DHHS) regulation*. V. anche *Departments of Labor, Health and Human Services, and Education, and Related Agencies Appropriations Act of 1998*, §513, lett. b).

crioconservati; il marito, all'opposto, aveva espresso il desiderio che gli embrioni crioconservati venissero distrutti.

Sulla scorta di questi principi, la Corte suprema dello Stato del Tennessee ha affermato “la prevalenza dell'interesse del marito, costituzionalmente garantita, a non procedere alla procreazione”³⁸⁶.

Le *guidelines* pubblicate dalla ASRM e dalla *Society for Reproductive Technology* determinano il numero massimo di embrioni da trasferire, utilizzando il parametro dell'età: per le pazienti fino a trentacinque anni, sono previsti un numero massimo di due, con riduzione ad uno per i pazienti con prognosi altamente favorevole; tra trentacinque e trentasette anni, un massimo di tre, due nel caso di prognosi molto favorevole; tra trentotto e quaranta, non più di quattro, tre per le prognosi molto favorevoli; cinque è il numero massimo per le pazienti con età superiore ai cinquant'anni³⁸⁷.

Le *guidelines* delle associazioni professionali, ovviamente, non possono intervenire direttamente in merito ai profili giuridici della provenienza dei gameti. Per questi aspetti, molti Stati membri sono intervenuti legislativamente, talvolta attraverso un rinvio alle indicazioni provenienti dalle organizzazioni professionali. È questo, ad esempio, il caso del New Hampshire³⁸⁸, che ha imposto ai medici di attenersi agli *standard* della ASRM.

386 Nello Stato di New York è in corso di approvazione un progetto di legge, presentato poco dopo la sentenza sul *Gonzales v. Carhart*, “*Reproductive Health and Privacy Act*” nel quale si dichiara la sussistenza, per ogni individuo, del diritto fondamentale alla privacy rispetto alla PMA e si proclama l'esistenza del diritto a controllare la procreazione. *New York Public Health* S5829. Anche se New York già riconosce questi diritti, il progetto prevede in modo espresso che lo Stato non possa intervenire in questi casi.

387 V. www.asrm.org/Media/Practice/NoEmbryosTransferred.pdf.

388 V. N.H. Rev. Stat. Ann., 168-B31 (2000).

Anche le modalità ed i tempi della crioconservazione degli embrioni soprannumeri, viene regolata dalle linee guida dell'associazione professionale ASRM che prevede cinque possibilità per gli embrioni residuati successivamente ad un impianto avvenuto con successo: rimanere crioconservati per un successivo impianto; essere donati ad un'altra persona o ad una coppia che ne faccia richiesta; essere donati a fini di ricerca; rimanere in crioconservazione indefinitamente; o essere scongelati e distrutti³⁸⁹.

A livello statale, le linee guida in materia sono piuttosto diversificate. Alcuni Stati, infatti, richiedono un preventivo accordo tra i genitori *in pectore* in ordine all'utilizzo che debba essere fatto degli embrioni soprannumerari in seguito al positivo impianto.

Lo Stato della Louisiana, che presenta la legislazione più restrittiva in materia, definisce l'embrione come “una cellula uomo concepita *in vitro* [...] composta da una o più cellule umane viventi e materia umana genetica unite ed organizzate, che si svilupperà in utero fino a divenire un bambino”³⁹⁰.

389 V. www.bioethics.gov. *Reproduction and Responsibility: The Regulation of New Biotechnologies* (March 2004), Ch. 2, p. 6; V. anche, con riferimento alle tecniche concernenti l'embrione, Ch. 1, p. 8 dello stesso documento.

390 La Rev. Stat. Ann. §9:129: “*A viable in vitro fertilized human ovum is a juridical person which shall not be intentionally destroyed by any natural or other juridical person or through the actions of any other such person. An in vitro fertilized human ovum that fails to develop further over a thirty-six hour period except when the embryo is a state of cryopreservation, is considered nonviable and is not considered a juridical person*”. La Rev. Stat. Ann. §9:121: “*Human embryo; definition. A "human embryo" for the purposes of this Chapter is an in vitro fertilized human ovum, with certain rights granted by law, composed of one or more living human cells and human genetic material so unified and organized that it will develop in utero into an unborn child*”.

L'embrione *in vitro* è definito come una “persona giuridica”; se, però, non si sviluppa entro 36 ore, salvo i casi di crioconservazione, perde tale qualità.

Va, infine, evidenziato come nello Stato della Louisiana, ai fini della tutela dei diritti dell'embrione, sia prevista l'identificazione dei donatori di gameti e, laddove tale indagine non producesse esiti, viene assegnato all'embrione un tutore o un curatore³⁹¹.

391 La Rev. Stat. Ann. §9:126. In tema delle relazioni genitoriali V. anche l'*Uniform Parentage Act*, una versione del quale è stata adottata già in alcuni Stati membri.

CAPITOLO SETTIMO
RIFLESSIONI CONCLUSIVE

CAPITOLO SETTIMO

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

Sommario: 1. Quale futuro per l'embrione?

7. Quale futuro per l'embrione?

*Noi apparteniamo ad un'epoca la cui civiltà corre il rischio di essere distrutta dai
mezzi della civiltà³⁹².*

Apparteniamo ad una tradizione che pone la persona umana al centro della realtà sociale e giuridica, eppure il destino dell'embrione – origine della vita – è ancora legato a dispute dottrinarie sulla propria natura e sulla propria tutela.

Negare la dignità di persona all'embrione, degrandandolo ad oggetto di tutela, al pari di una *res*, significa disconoscere valore alla vita, che è già presente nello zigote connotato di specificità genetica e continuità biologica.

³⁹² F. NIETZSCHE, *Umano, troppo umano*, vol. I, (trad. di S. Giametta), XIV ed., 1979, Milano.

L'embrione, quindi, quale inizio di un processo di vita giuridicamente rilevante, che ha già una storia, un'età ed anche una dignità, va tutelato come persona vivente in perenne sviluppo e non come mera *spes hominis* o *homme probable*.

Ricorrendo, poi, alle coordinate costituzionali del diritto al rispetto della dignità umana, quale parametro di valori associati al primato delle libertà individuali, è possibile riconoscere all'embrione tutela, prescindendo anche dalla categoria dogmatica della soggettività giuridica.

L'embrione, infatti, merita tutela in quanto “vita” e non in quanto sussumibile sotto la nozione di “persona-soggetto di diritto”.

Richiamando il postulato del “diritto alla vita”, quindi, è possibile orientare la tutela dell'embrione non solo come fondamentale diritto dell'individuo, ma anche come interesse collettivo alla salute.

E proprio questa visione costituzionalmente orientata deve ispirare l'interprete nell'applicazione della norma, anche in campo bioetico.

In manifesta contrapposizione alle scelte “creative” adottate dalla Suprema Corte in materia di danno da procreazione, si rivendica il riconoscimento del diritto alla vita ed alla salute dell'embrione al pari della persona nata, disapprovando l'asserito depauperamento della tutela dell'embrione a fronte del diritto della madre alla propria salute ed alla propria autodeterminazione a procreare.

Coerentemente al dettato normativo, va attribuito all'embrione tutela giuridica in quanto portatore di diritti immanenti di rango costituzionale.

Lo sviluppo scientifico e tecnologico dell'ultimo trentennio ha inciso in maniera determinante nell'area delle scienze della salute e della vita, investendo la stessa concezione dell'uomo nella sua integrità psico-fisica e negli assetti naturalistici, anche futuri.

Ma può, tutto ciò che è tecnicamente possibile, essere anche eticamente accettabile, socialmente ammissibile e giuridicamente lecito?

Le questioni di biopolitica stanno assumendo un'importanza crescente tanto da coinvolgere i problemi della contemporaneità in maniera massiva.

Come sapientemente ha evidenziato Foucault, assistiamo al controllo del potere politico sulla vita biologica, operando un passo indietro verso i privilegi tipici del potere sovrano.

Riaffermare la dimensione autoritaria del diritto porta a distruggere l'idea stessa del diritto naturale quale vincolo di unione tra gli uomini, giungendo ad una “tirannia dei valori”.

Occorre, all'opposto, risalire ai fondamenti della nostra civiltà giuridica, dominata dalla dialettica tra norma morale-religiosa e norma giuridica, ripensando al diritto in rapporto con la scienza e con l'etica.

Il diritto non è e non può essere solo un sistema di regole coercitive, ma è connotato da una sostanza morale che deve tendere verso la “giustizia del diritto”³⁹³.

In questo contesto bisogna recuperare l'umanismo giuridico, restituendo il primato della coscienza e del diritto come “sistemi di valori”.

393 D. QUAGLIONI, *Intervento conclusivo*, in *Biodiritto in dialogo*, C. Casonato – C. Piciocchi (a cura di), 2006, p. 111.

Solo dall'incontro di etica e di diritto, è possibile travalicare la contrapposizione tra "realità" ed "idealità", tra "essere" e "dover essere", giungendo ad affrontare i problemi della vita senza creare mostruosità normative.

Con identica amarezza l'illustre Pietro Rescigno ammetteva che "...il tema del nascituro, nella singolarità del caso, scopr(e) l'incoerenza della legge. Una contraddizione che spiega la dolorosa incertezza del giudice e l'inquietudine amara del lettore".