

**RIVISTA ITALIANA DI MEDICINA LEGALE**

Anno XXXV Fasc. 4 - 2013

ISSN 1124-3376

Simona Cacace

---

**IDENTITÀ E STATUTO  
DELL'EMBRIONE UMANO:  
SOGGETTO DI DIRITTO/OGGETTO  
DI TUTELA?**

---

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

## IDENTITÀ E STATUTO DELL'EMBRIONE UMANO: SOGGETTO DI DIRITTO/OGGETTO DI TUTELA?

THE IDENTITY AND STATUS OF THE HUMAN EMBRYO: LEGAL ENTITY OR ENTITY UNDER PROTECTION?

Simona Cacace <sup>1)</sup>

**Parole chiave:** concepito, inizio della vita umana, capacità giuridica, risarcimento del danno, interruzione volontaria della gravidanza, procreazione medicalmente assistita, libertà della ricerca.

*Keywords:* unborn, beginning of human life, competence, damages, abortion, medically assisted fertilization, freedom of research.

### SOMMARIO:

1. La parola del Comitato Nazionale per la Bioetica; 2. Evoluzioni e rivoluzioni giurisprudenziali in materia di risarcimento per il danno cagionato al nascituro; 3. IVG e PMA: l'un contro l'altra armata - nell'ordinamento italiano; 4. La discrezionalità del legislatore nazionale e la discrezione della Corte europea dei diritti dell'uomo; 5. Le corti, la legge ... e la scienza libera.

### 1. La parola del Comitato Nazionale per la Bioetica.

Poco meno di vent'anni orsono, il Comitato Nazionale per la Bioetica, nel parere dal quale questo contributo parzialmente mutua il titolo <sup>2)</sup>, perviene all'unanime riconoscimento del "dovere morale" di rispettare e tutelare l'embrione, già dal momento della

1) Professore Aggregato di Biodiritto e Ricercatore di Diritto privato comparato presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia, via San Faustino, 41 - 25122 Brescia. E-mail: cacace@jus.unibs.it.

2) *Identità e statuto dell'embrione umano*, parere del 22 giugno 1996, consultabile, come quelli di cui *infra*, sul sito <http://www.governo.it/bioetica/pareri.html>. D'altra parte, uno studio circa la tutela degli inizi della vita umana non può prescindere dalla lettura di G. OPPER, *L'inizio della vita umana*, in *Riv.dir.civ.*, 1982, I, p. 499; P. ZATTI, *Diritti dell'embrione e capacità giuridica del nato*, *ibidem*, 1997, II, p. 107; G. OPPER, *Declino del soggetto e ascesa della persona*, *ibidem*, 2002, I, p. 829; G. OPPER, *Scienza, diritto, vita umana*, *ibidem*, 2002, I, p. 14; F.D. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, *ibidem*, 2004, I, p. 533; G. OPPER, *Ancora su persona umana e diritto*, *ibidem*, 2007, I, p. 259; P. ZATTI, *Il duttile rigore:*

fecondazione, allo stesso modo di quanto avviene per gli individui cui “comunemente” si attribuisce lo *status* di *persona*. D'altronde, a detta dello stesso Comitato, tale equiparazione prescinderebbe dalla volontà o possibilità di conferire all'embrione, con certezza o con un elevato grado di plausibilità, la caratteristica di *persona*, restando altresì ferma nell'ipotesi in cui si preferisca, invece, ragionare in termini di mera appartenenza alla specie umana — sulla quale, invero, non sembra certo possibile alcuna contestazione, sin dai primigeni momenti dello sviluppo nel grembo materno. L'embrione è *uno di noi*, dunque, perché ciascuno di noi è stato un embrione; non si può non sentire che questi è un nostro *simile*; da qui, la cura che gli dobbiamo, a prescindere dall'applicazione di controverse categorie — quali quelle, appunto, di *individualità* e di *persona*. La protezione così apprestata si traduce, in particolare, nell'illiceità morale (fra l'altro) della produzione di embrioni a fini sperimentali, commerciali o industriali, nonché della generazione multipla di esseri umani geneticamente identici mediante fissione gemellare o clonazione; al contrario, il Comitato converge nel consentire sia ad eventuali interventi terapeutici sperimentali su embrioni, se finalizzati alla salvaguardia della loro stessa vita e salute, sia a sperimentazioni su embrioni provenienti da aborti. L'unanimità dei consensi s'infrange, però, dinanzi alla prospettiva di ulteriori e diverse forme di manipolazione e formazione: dalla diagnosi preimpianto alla decisione di non impiantare un embrione malato; dalla produzione per fini non procreativi all'utilizzo per scopi sperimentali o terapeutici di embrioni crioconservati semplicemente “abbandonati” o biologicamente inadatti al trasferimento in utero. Qualche anno più tardi, inoltre, la brevettabilità del corpo umano — in tutte le parti e quale che sia la sua fase di sviluppo — diviene oggetto di diretta stigmatizzazione <sup>3)</sup>, dinanzi alla decisione dello *European Patent Office* di concedere il brevetto, con finalità di sfruttamento commerciale, per l'isolamento e la coltura di cellule staminali provenienti da embrioni e da tessuti adulti, nonché per la loro modificazione genetica.

Peraltro, se il concepito manca di personalità giuridica fino alla sua venuta al mondo, in conformità con le chiare lettere di codicistica derivazione (art. 1 c.c.), questi è pur sempre un soggetto con rilevanza costituzionale (artt. 2 e 31 Cost.) <sup>4)</sup>, il quale gode di una “legittima aspettativa alla nascita”, in assenza, naturalmente, delle condizioni facoltizzanti, all'interno del nostro ordinamento, l'interruzione della gravidanza (la cui sussistenza, comunque, non esclude l'attivazione di qualsivoglia misura idonea a salvaguardare la stessa vita del feto, qualora sussista la possibilità di una sua autonoma sopravvivenza <sup>5)</sup>). In questo senso, quindi, la protezione dell'embrione opera su due differenti versanti: *in*

*l'approccio di Giorgio Oppo al diritto della vita nascente*, in *Nuova giur.civ.comm.*, 2010, I, 457, e F.D. BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, *ibidem*, 2011, I, p. 459.

3) *Dichiarazione del CNB sulla possibilità di brevettare cellule di origine embrionale umana*, 25 febbraio 2000.

4) *La gravidanza e il parto sotto il profilo bioetico*, 17 aprile 1998, pp. 102 ss.

5) Al riguardo, v. F. CASSONE, *L'interruzione volontaria della gravidanza in epoca gestazionale molto avanzata tra autodeterminazione della donna e interesse del nascituro*, in *Bioetica*, 2012, p. 49.

*primis*, l'esigenza di tutelarne non tanto e non solo la vita, ma, soprattutto, la dignità; si tratta, di conseguenza, del sancito diniego, di kantiana memoria, di qualsiasi tentativo di strumentalizzazione dell'embrione, laddove non si agisca alla ricerca del suo *best interest*, bensì, in ipotesi, per il conseguimento di determinati obiettivi in ambito scientifico. Il secondo fronte di salvaguardia, invece, concerne, più che l'embrione o il feto, il *nascituro* (*spes hominis*), quale centro autonomo di rapporti giuridici in previsione e in attesa della sua metamorfosi in *persona*<sup>6)</sup>, titolare, durante la gestazione, di un diritto alla salute (ovvero, in qualche modo, di nascere sano) e, conseguentemente, di un diritto di credito per il danno cagionato da fatto illecito avvenuto anteriormente al (o al momento del) parto — prima, quindi, che egli acquisisca la capacità giuridica.

Il Comitato Nazionale per la Bioetica, pertanto, non tenta un'interpretazione *contra Codicem*; “gli embrioni umani sono vite umane a pieno titolo”<sup>7)</sup>: la tutela è già giustificata. In particolare, peraltro, il concepito non può meramente considerarsi parte del corpo materno (*mulieris portio viscerum*): al riguardo, però, delicato appare il bilanciamento di interessi prospettabile, laddove si tratti, in ipotesi, della compressione dell'autodeterminazione, dell'integrità psicofisica o della salute stessa della gestante (che, per esempio, rifiuti un trattamento sanitario idoneo ad evitare al feto un pregiudizio altrimenti non scongiurabile)<sup>8)</sup>. D'altro canto, proprio perché gli embrioni non possono qualificarsi quale mero insieme di cellule, prive di un intrinseco valore, il rispetto e la protezione a questi dovuti esulano dalle modalità con cui siano stati procreati ed, eventualmente, dalla loro natura *soprannumeraria*; conducono all'esclusione, in ambito di ricerca sugli embrioni, di qualsivoglia finanziamento pubblico e spingono il mondo scientifico ad orientarsi sull'utilizzo di cellule staminali adulte e di staminali prelevate da cordone ombelicale o da feti spontaneamente abortiti<sup>9)</sup>.

6) Negli stessi esatti termini, cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, IX ed., 1966, p. 26. V. altresì J. CARBONNIER, *Flessibile diritto*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 169 e p. 176, a parere del quale potrebbe trattarsi di *non-soggetti* giuridici, “teoricamente suscettibili di essere soggetti giuridici e impediti di esserlo”; l'embrione, infatti, è persona solo virtuale e potenziale, “è un possibile” che tende all'esistenza. Inoltre, v. F. CARNELUTTI, *Nuovo profilo della istituzione dei nascituri*, in *Foro it.*, 1954, IV, c. 57, secondo cui non v'è differenza alcuna, “almeno sul terreno del diritto”, fra *concepiti* e *non concepiti*: “la differenza fisiologica o naturale, che si voglia dire, è giuridicamente irrilevante”. Infine, cfr. P. ZATTI, *Quale statuto per l'embrione?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, p. 458, per il quale l'embrione è una “non-cosa”, un *tertium genus* tra soggetti e oggetti del rapporto giuridico.

7) *Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica su ricerche utilizzando embrioni umani e cellule staminali*, 11 aprile 2003.

8) Al riguardo, cfr. P. ZATTI, *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, p. 154, secondo il quale il vero ostacolo ai fini di qualsivoglia intervento autoritativo non è il difetto di capacità giuridica del soggetto da tutelare, bensì la sua *irraggiungibilità*: “il feto è al di là di una soglia — quella del corpo materno — che il diritto non varca con misure coercitive”. Similmente, v. C. LALLI, *La questione dell'aborto*, in *Bioetica*, 2012, p. 260. Infine, riguardo alla “terzietà” dell'embrione, cfr. G. CRICENTI, *Il sé e l'altro*, Aracne, Roma, 2012, pp. 14 ss.

9) Al riguardo, cfr. altresì il *Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica sull'impiego terapeutico delle cellule staminali*, 27 ottobre 2000.

## 2. Evoluzioni e rivoluzioni giurisprudenziali in materia di risarcimento per il danno cagionato al nascituro.

Il dilemma riguardo alla soggettività giuridica del concepito si ripresenta in uno dei più clamorosi *revirements* giurisprudenziali degli ultimi anni: è la penna del Cons. Travaglino <sup>10)</sup> a risarcire, per la prima volta in Italia, il danno da *wrongful life*. I contorni della fattispecie sono noti: il medico omette colposamente di diagnosticare la patologia dalla quale il nascituro è affetto; la mancata informazione impedisce alla madre di valutare la possibilità d'interrompere la gravidanza (aborto terapeutico); una volta venuto al mondo, il bambino agisce in giudizio per ottenere la riparazione del pregiudizio derivante dalla sua vita malformata. Orbene, se questa decisione manca di sciogliere più d'un nodo (*brevisiter*: l'assenza di un nesso eziologico fra l'inadempimento e l'handicap, l'ingiustizia del danno, l'impossibilità di ragionare in termini di reintegrazione di uno *status quo ante*), appare qui interessante l'apparato dogmatico allestito onde pervenire a una simile soluzione: in particolare, la negazione della soggettività di colui *qui in utero est*, quale mera "astrazione normativa funzionale alla titolarità di rapporti giuridici". Il concepito, dunque, è un oggetto di tutela necessaria (e "progressiva") da parte dell'ordinamento, in tutte le sue espressioni normative e interpretative (primo fra tutti, il dettato costituzionale); in questo modo, la protezione del nascituro viene affrancata dalla triade personalità, soggettività, capacità <sup>11)</sup>, pur non discostandosi in alcun modo dalla protezione dovuta all'essere umano *tout court*.

L'architettura prescelta, peraltro, è quella della "propagazione intersoggettiva degli effetti diacronici dell'illecito", laddove il bambino — così come il padre — è soggetto terzo protetto dal rapporto contrattuale instaurato fra il medico e la gestante. Parimenti, la schizofrenica frattura fra l'illecito (*ante partum*) e il pregiudizio (*post partum*) <sup>12)</sup> è riproposta nell'ipotesi di lesione del rapporto parentale padre/figlia, laddove il decesso del genitore (vittima primaria) sia avvenuto durante la gravidanza e per fatto illecito altrui — e la responsabilità sarà, questa volta, extracontrattuale <sup>13)</sup>. D'altronde, tale

10) Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Danno resp.*, 2013, p. 139, con commento di S. CACACE, *Il giudice "rottamatore" e l'enfant préjudice*; in *Corr. giur.*, 2013, p. 59, con nota di P.G. MONATERI, *Il danno al nascituro e la lesione della maternità cosciente e responsabile*; in *Resp. civ. prev.*, 2013, p. 335, con nota di P. FRATI, M. GULINO, S. ZAAMI, E. TURILLAZZI, *Quanta informazione a fine diagnostico prenatale? La Suprema Corte statuisce che sia completa, determinante e funzionale alle richieste ed alle scelte materne*, e in *Dir. giust.*, 2012, p. 845, con commento di E. BUSCAGLIA, *Il minore nato con una malformazione congenita è legittimato ad agire iure proprio per il risarcimento del danno*. Infine, v. anche V. MONTANI, *Nascite indesiderate tra danno e santità della vita*, in *Biodiritto*, 2013, p. 127.

11) C.M. MAZZONI, *Protezione del concepito: dal nominalismo giuridico all'uomo "in quanto tale"*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ (a cura di), *Il governo del corpo*, II, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 1299 ss. V. anche F. GIARDINA, *Soggettività, capacità, identità. Dialogo con Francesco*, in AA.VV., *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, I, Giuffrè, Milano, pp. 126 ss., e P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Jovene, Napoli, 1972, p. 137 ss.

12) Cfr. F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, I, Cedam, Padova, 2010, p. 125, secondo il quale "anteriore alla nascita è l'azione lesiva, non l'evento lesivo".

13) Cass. civ., sez. III, 3 maggio 2011, n. 9700, in *Dir. fam.*, 2012, p. 1424, con commento di R. LANDI, *Compromissione prenatale del legame genitoriale e risarcibilità del danno al concepito. Applicazioni diacroniche del rimedio*

“propagazione” degli effetti si realizza al momento della nascita, contestualmente all’insorgere del diritto di credito al risarcimento del danno in capo al neonato (vittima secondaria), fresco titolare di capacità giuridica.

Secondo tale costruzione, quindi, il riconoscimento del rimedio risarcitorio esulerebbe dall’individuazione di una soggettività del concepito: per contro, una giurisprudenza solo d’un paio d’anni precedente <sup>14)</sup> non solo escludeva, da una parte (seppur quale mero *obiter dictum*), il danno da *wrongful life* (*id est*: da nascita indesiderata, con legittimazione attiva in capo al bambino malformato), ma altresì attribuiva al nascituro, dall’altra, una soggettività “specifica, speciale, attenuata, provvisoria o parziale che dir si voglia” (nozione ben più ampia, invero, di quella consacrata *ex art. 1 c.c.*), funzionale alla liquidazione del pregiudizio arrecato al feto a causa della colposa prescrizione di un farmaco teratogeno in corso di gravidanza. Tale soggettività, infine, riguarderebbe la mera titolarità di interessi protetti (nel caso di specie, certamente la salute), mentre il diritto patrimoniale al risarcimento sarebbe ancora una volta condizionato, quanto alla sua attribuzione ed azionabilità, all’evento della nascita.

Orbene, dai “pantani della soggettività” <sup>15)</sup> si può rifuggire — o senz’altro sprofondarvi: certo è che, ad ogni modo, lontani appaiono i tempi in cui la Corte di cassazione <sup>16)</sup> negava *tout court* la riparazione del danno morale al minore nato dopo l’uccisione del genitore, poiché il diritto al risarcimento di un pregiudizio postulerebbe l’esistenza del soggetto danneggiato al momento della commissione dell’illecito — a difettare sarebbe, infatti, la lesione di un contrapposto diritto soggettivo ovvero l’invasione di un’altrui sfera giuridica, nonché la sussistenza di una relazione intersubiettiva <sup>17)</sup>. In questo senso, inoltre, la parificazione del concepito al nato (*conceptus pro iam nato habetur*) non costituirebbe un principio generale né sarebbe estensibile ai casi non considerati, quale tutela solo eccezionale e necessariamente oggetto di una specifica disposizione

~~~~~  
*aquiliano*; in *Danno resp.*, 2011, p. 1168, con commento di A. GALATI, *Uccisione del padre e danno al nascituro*; in *Resp. civ.*, 2012, p. 276, con nota di S. MASTROIANNI, *La risarcibilità in favore del concepito quale “vittima secondaria” dell’illecito*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, p. 1272, con nota di E. PALMERINI, *Il concepito e il danno non patrimoniale*; in *Fam. dir.*, 2011, p. 1102, con commento di A.M. PISANO, *Lesione del rapporto parentale e tutela aquiliana del concepito successivamente nato*, e in *Corr. giur.*, 2012, p. 383, con commento di M. SUPPA, *Risarcimento del danno anche al concepito nato dopo la morte del padre nell’incidente stradale*.

14) Cass. civ., sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741, in *Danno resp.*, 2009, p. 1167, con commento di S. CACACE, *Figli indesiderati nascono. Il medico in tribunale*; *ibidem*, 2010, p. 65, con commento di F. DI CIOMMO, *Giurisprudenza-normativa e “diritto a non nascere se non sano”. La Corte di cassazione in vena di revirement?*; in *Contr. impr.*, 2009, p. 537, con nota di F. GALGANO, *Danno da procreazione e danno al feto, ovvero quando la montagna partorisce un topolino*; in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 2063, con commento di M. GORGONI, *Nascituro e responsabilità sanitaria*; in *Resp. civ.*, 2009, p. 714, con nota di L. VIOLA, *Il nascituro ha il diritto di nascere sano, ma non quello di non nascere*; *ibidem*, 2009, p. 814, con nota di C. SIANO, *Medical malpractice e tutela del nascituro*; in *Corr. giur.*, 2010, p. 365, con nota di A. LISERRE, *In tema di responsabilità del medico per il danno al nascituro*; in *Il Quotidiano Giuridico*, 12 giugno 2009, con commento di G. SIGILLÒ, *Responsabilità medica. Soggettività giuridica del nascituro e diritto al risarcimento del danno*, e in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it), con osservazioni di M. DRAGONE, *Diritto a nascere sano e obblighi di informazione*.

15) C.M. MAZZONI, *Protezione del concepito*, cit., p. 1301.

16) Cass. civ., sez. III, 28 dicembre 1973, n. 3467, in *Foro it.*, 1974, I, p. 668, con commento di V.M. CAFERRA, *Il danno morale del nascituro per l’uccisione del genitore*.

17) V. P. RESCIGNO, *Il danno da procreazione*, in *Riv. dir. civ.* 1956, II, p. 614.

normativa. L'*overruling* <sup>18)</sup> avviene abbandonando la pretesa di una contemporaneità, appunto, fra condotta e danno, nonché dell'esistenza del soggetto pregiudicato al momento della realizzazione dell'illecito; d'altro canto, qualora la nascita non si verifichi (per fatto colposo dell'agente o per altra causa), il concepito non subisce alcun danno ingiusto, similmente a quanto altresì avviene laddove al fatto (che abbia leso il feto) sia stato posto rimedio, non permanendo conseguenze di sorta al momento dell'acquisto della capacità giuridica.

Di conseguenza, al ricorrere di un danno, di un fatto lesivo colposo (inadempimento contrattuale o illecito extracontrattuale) e di un nesso causale certo fra evento e pregiudizio, non vi sarebbe motivo alcuno perché la nascita, situata fra il fatto stesso e il danno, debba in qualche modo considerarsi quale fattore interruttivo del nesso eziologico. Altrimenti ragionando, infatti, si perverrebbe alla negazione di qualsivoglia ripara-zione per un pregiudizio certo e certamente connesso alla condotta anti-giuridica, in ragione della pretesa inesistenza di un soggetto legittimato all'esercizio dell'azione, nonché a causa dell'indistinguibilità, al momento del fatto lesivo, fra danneggiato e grembo materno. Tali argomentazioni — s'è visto — si atagliano a fattispecie di responsabilità sia contrattuale sia aquiliana: in particolare, la prima ipotesi soprattutto concerne l'errato trattamento sanitario al momento della nascita <sup>19)</sup> o in corso di gravidanza, con la suaccennata configurabilità di un contratto con effetti protettivi a favore del terzo (il bambino destinato a venire al mondo), al quale sono rivolte obbligazioni accessorie (la tutela della sua salute), il cui inadempimento può ben essere fatto valere successivamente alla nascita, benché si tratti di prestazioni da assolvere, in (buona) parte, prima di questa. La salute violata, infatti, incide immediatamente e direttamente sull'esistenza di un soggetto che ha già visto la luce, seppure per effetto di un evento lesivo accaduto prima della sua stessa venuta al mondo.

### 3. IVG e PMA: l'un contro l'altra armata - nell'ordinamento italiano.

È l'art. 1 della l. 22 maggio 1978, n. 194, *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*, ad indicare i criteri ispiratori ed interpretativi della normativa allora predisposta: — la garanzia di un diritto alla procreazione cosciente e responsabile; — il riconoscimento del valore sociale della maternità; — la tutela della

18) Cass. pen., sez. IV, 13 novembre 2000, n. 11625, in questa *Rivista*, 2001, p. 739, con nota di E. TURILLAZZI, *Dialettica bioetica e concretezza giudiziaria sulla tutela giuridica della vita prenatale*, e in *Giur. it.*, 2002, p. 953, con commento di M. BONA, *Il danno non patrimoniale dei congiunti: edonistico, esistenziale, da lesione del rapporto parentale, alla serenità familiare, alla vita di relazione, biologico, psichico o morale "costituzionalizzato"?*.

19) Cass. civ., sez. III, 22 novembre 1993, n. 11503, in *Giur. it.*, 1994, I, p. 549, con commento di D. CARUSI, *Responsabilità contrattuale ed illecito anteriore alla nascita del danneggiato*; in *Resp. civ. prev.*, 1994, p. 408, con nota di E. IORIATTI, *La tutela del nascituro: la conferma della Cassazione*, e in *Giur. it.*, 1995, I, p. 317, con nota di A. PINORI, *Contratto con effetti protettivi a favore del terzo e diritto di nascere sano*.

vita umana dal suo inizio. D'altro canto, l'arresto costituzionale <sup>20)</sup> che di tre anni precede l'intervento del legislatore già specifica, in maniera pressoché conclusiva, i termini della questione: l'art. 546 c.p. è costituzionalmente illegittimo laddove sanziona l'aborto di donna consenziente altresì nell'ipotesi di gravidanza pericolosa per il benessere fisico o per l'equilibrio psichico femminili, salvo ricorrano gli estremi di uno stato di necessità ex art. 54 c.p. In particolare, le disposizioni di cui si assume la violazione (artt. 31 e 32 Cost.) sono, a ben guardare, le medesime che spiegano il fondamento costituzionale (più che il mero rilievo nelle pieghe del diritto civile) della tutela del concepito (artt. 2 e 31 Cost.), laddove, precisamente, la situazione giuridica del nascituro "non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie", all'interno dei diritti inviolabili dell'uomo, notoriamente riconosciuti e garantiti.

In questo senso, quindi, l'equiparazione — in punto di tutela — fra uomo ed embrione d'uomo è principio generale, che affonda le proprie radici nella nostra Carta costituzionale (il tema è quello dei diritti fondamentali; l'interpretazione in via analogica è esclusa solo in ambito patrimoniale), alla ricerca di una perfetta sovrapposizione fra vita biologica e vita giuridica. Ciò nonostante, la protezione del concepito non gode, comunque, di preminenza totale ed assoluta, qualora si profili una contraddizione con beni diversi, seppure egualmente provvisti di dignità di tutela costituzionale. È allora che — chiosa magistralmente la Consulta — la salvaguardia di colui *che persona deve ancora diventare* viene meno, a favore della vita, ma anche solo della salute, di chi persona lo è già. Ed è in questo senso, quindi, che non si conviene il ricorso alla scriminante di cui all'art. 54 c.p. — la quale, invece, presuppone l'esatta equivalenza fra il bene offeso e quello che si vuole salvare. D'altra parte, però, è proprio questa contrapposizione fra beni ad escludere la legittimità di un regime di completa, libera disponibilità da parte della singola donna: la l. n. 194/1978 predispone una tutela *necessaria minima* di interessi fondamentali per la nostra Costituzione, così qualificandosi come norma ordinaria sì, ma a contenuto, appunto, costituzionalmente vincolato — "protetta" sia dall'arbitrio legislativo sia dall'eventuale deliberazione abrogativa del corpo elettorale <sup>21)</sup>. Per converso, un sistema di totale irrilevanza giuridica dell'aborto corrisponderebbe all'assoluta contestazione del

20) Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27, in *Dir. fam. pers.*, 1975, p. 594, con commento di G. DALLA TORRE, *Riflessioni sulla sentenza costituzionale n. 27/1975 in tema di aborto*; *ibidem*, 1975, p. 385, con commento di G. TRANCHINA, *La pronuncia della Corte costituzionale in tema di aborto: sentenza o atto avente forza di legge?*; *ibidem*, 1975, p. 375, con commento di F. DALL'ONGARO, *Aborto terapeutico e revisione costituzionale della normativa penale*, e in *Giur. it.*, 1975, p. 1415, con nota di M. RAVERAIRA, *Osservazioni sulla sentenza della Corte costituzionale dichiarativa della illegittimità parziale dell'art. 546 codice penale*.

21) Corte cost., 10 febbraio 1997, n. 35, in *Giur. cost.*, 1997, p. 293, con commento di C. CASINI, *Verso il riconoscimento della soggettività giuridica del concepito?*; *ibidem*, 1997, p. 312, con commento di M. OLIVETTI, *La corte e l'aborto, fra conferme e spunti innovativi*; *ibidem*, 1997, p. 1139, con nota di M. D'AMICO, *Una lettura della disciplina sull'interruzione volontaria della gravidanza in una problematica decisione di inammissibilità del referendum*, e in *Giur. it.*, 1997, I, p. 347, con nota di M. RUOTOLO, *Aborto e bilanciamento tra valori: giudizio sull'ammissibilità del referendum o giudizio (anticipato) di legittimità costituzionale?*. Al riguardo, difforme, cfr. altresì Corte cost., 10 febbraio 1981, n. 26, in *Giur. cost.*, 1981, p. 140, con commento di S. BARTOLE, *Ammonimenti e consigli nuovi in materia di referendum e di aborto*.



diritto alla vita del concepito, mentre anche la limitazione di una simile, completa libertà — in ipotesi — ai primi tre mesi della gravidanza equivarrebbe ad una *posticipazione* (rispetto alla fecondazione) dell'inizio della vita umana e del momento a partire dal quale l'embrione stesso *comincia ad appartenere* alla specie umana. In definitiva, il paradigma della tutela della vita fin dal suo avvio è suscettibile d'eccezione solo al ricorrere delle condizioni normativamente dettate per un'interruzione volontaria della gestazione — ipotesi nelle quali, anzi, tale protezione *non può non* venir meno, in ragione della gerarchia di valori sopra già menzionata. Al riguardo, certo, il giudizio di bilanciamento fra beni giuridici e la salvaguardia stessa del nascituro saranno variabili e differenziati, a seconda che si tratti dei primi tre mesi della gravidanza (tutela minima del bambino che verrà), della fase conclusiva di questa (tutela massima, perché il feto è tendenzialmente capace di un'esistenza autonoma) ovvero, infine, del periodo "intermedio", ove a rilevare sarà un grave pericolo per la vita della donna o per la sua salute, determinato, quest'ultimo, dall'avvenuto accertamento di un processo patologico (a ciò rilevando anche importanti anomalie o malformazioni del concepito) <sup>22)</sup>.

S'è visto, peraltro, come la difesa che l'ordinamento assicura al nascituro non presupponga né richieda alcuna sua personificazione ovvero una sua connotazione in termini di centro d'imputazione di situazioni soggettive. D'altro canto, però, simile emancipazione da modelli pur sempre astratti e avulsi dalla realtà *fisica* — riferibili al mondo giuridico, invero, non senza una certa dose di arbitrarietà <sup>23)</sup> — sembra smentita dal dato letterale della l. 19 febbraio 2004, n. 40, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, laddove (art. 1) dichiara, com'è noto, di voler assicurare "i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito". Peraltro, la scala valoriale tratteggiata dal legislatore del 2004 pare indubitabilmente collocare l'embrione in una posizione di assoluta preminenza (e intangibilità) rispetto ai soggetti nati e adulti, rispetto alle *persone*, entrando altresì in patente contraddizione con le scelte del 1978 in ambito di bilanciamento fra beni giuridici inconciliabili. In particolare, si tratta — come rilevato dalla stessa Corte costituzionale <sup>24)</sup> — del divieto di produzione di un numero di embrioni

22) G. BALDINI, *Il nascituro e la soggettività giuridica*, in *Dir. fam.*, 2000, p. 334. Cfr. altresì A. BELLELLI, *Procreazione medicalmente assistita e situazioni soggettive coinvolte*, in F. DI PILLA (a cura di), *Le giornate della bioetica*, Istituto per gli Studi Economici e Giuridici "Giacchino Scaduto", Perugia, 2010, p. 289., e P. ZATTI, *Maschere del diritto, volti della vita*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 163 ss.

23) C.M. MAZZONI, *Protezione del concepito*, cit., p. 1302. Inoltre, per F.D. BUSNELLI, *Rilevanza giuridica della vita prenatale, categorie civilistiche, principi costituzionali*, in D. CARUSI, S. CASTIGNONE, *In vita, in vitro, in potenza: lo sguardo del diritto sull'embrione*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 27, "può sembrare un po' come pestare l'acqua nel mortaio", in ragione dello "scollamento" tra "la discussa qualificazione legale del fenomeno e la sua indiscutibile realtà empirica".

24) Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, in *Giur.cost.*, 2009, p. 1688, con commento di M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata; ibidem*, 2009, p. 1696, con commento di C. TRIPODINA, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la "Costituzione che non vale più la pena di difendere"?*; in *Riv. it. proc. pen.*, 2009, p. 950, con nota di E. DOLCINI, *Embrioni nel numero "strettamente necessario": il bisturi della Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004*; in *Dir. fam. pers.*, 2009, p. 1021, con nota di L. D'AVACK, *La Consulta orienta la legge sulla procreazione medicalmente assistita verso la tutela dei diritti della madre*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, p. 521, con nota di G. FERRANDO, *Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione*

superiore a tre, con l'obbligo di un unico e simultaneo impianto (e la conseguente illegittimità di una loro crioconservazione o preselezione); dell'impossibilità, per la donna, di revocare il consenso prestato, laddove, per le ragioni più disparate, decida ella, successivamente all'avvenuta fecondazione, di non proseguire nella tecnica; dell'insufficiente considerazione, infine, della salute femminile, dinanzi alla prospettiva della sottoposizione a ripetute stimolazioni ovariche, senza contare i rischi connessi, per esempio, ad una gravidanza multipla — sia per la donna sia per i suoi bambini.

D'altra parte, non s'intende indagare, in questa sede, i diversi *puncta dolentes* della legge, né ricordare le successive sue manipolazioni e riscritture giurisprudenziali. Piuttosto, si vuole qui porre in evidenza due problematiche: 1. la mortificazione della salute della paziente, la quale rileva (art. 14, terzo comma) solo laddove il trasferimento in utero degli embrioni risulti impossibile "per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna" e non prevedibile al momento della fecondazione, con posticipazione dell'impianto e sua realizzazione "non appena possibile"; 2. del resto, la clamorosa contraddizione con la normativa in materia di IVG non concerne soltanto la mera, mancata considerazione del benessere femminile — che, invece, ispira, guida e giustifica le disposizioni in tema di aborto. L'illegittimità della diagnosi preimpianto (ma anche l'accessibilità alle tecniche per le sole coppie sterili o infertili, con l'esclusione dei portatori di patologie geneticamente trasmissibili, nonché la dichiarata irrevocabilità del consenso accordato dalla paziente — seppur priva di conseguenze sostanziali, stante l'incoercibilità del trasferimento in utero) manifesta, infatti, la maggiore severità delle norme a tutela dell'embrione rispetto a quelle che proteggono il feto: non è possibile "abbandonare" l'ovulo fecondato, è possibile, però, abortirlo.

#### 4. La discrezionalità del legislatore nazionale e la discrezione della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Le discrasie sopra menzionate sono oggetto, fra l'altro, di un recente intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>25</sup>, il quale rimarca l'incoerenza del sistema legislativo italiano, nonché una violazione del principio di proporzionalità, a seguito dell'inammissibile, avvenuta ingerenza nel diritto alla vita privata e familiare dei ricorrenti, ex art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. In definitiva, la densità della tutela approntata a favore degli interessi dell'embrione nella PMA è incompatibile con la

della Corte costituzionale; in *Fam. dir.*, 2009, p. 761, con commento di M. DOGLIOTTI, *La Corte costituzionale interviene sulla produzione e sul trasferimento degli embrioni a tutela della salute della donna*, e in *Corr. giur.*, 2009, p. 1216, con commento di G. FERRANDO, *Diritto alla salute della donna e tutela degli embrioni: la Consulta fissa nuovi equilibri*.

25) CEDU, sez. II, 28 agosto 2012, n. 54270/10, *Costa-Pavan c. Italia*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1993, con commento di P. VENTURI, *Sulla legittimità della legge n. 40/2004 sulla procreazione assistita in relazione alla Cedu*, e in *Riv. dir. int.*, 2013, p. 119, con commento di L. POLI, *La diagnosi genetica pre-impianto al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo*. Lo scorso 11 febbraio 2013 la *Grande Chambre* ha rigettato, con provvedimento non motivato, il ricorso presentato nel novembre 2012 dal Governo italiano.

possibilità di procedere ad un aborto terapeutico qualora il feto risulti malato, tenendo conto altresì delle conseguenze sia per il concepito, pervenuto ad uno stadio di sviluppo evidentemente assai più avanzato, sia per il benessere genitoriale, soprattutto femminile. Al riguardo, poi, la Corte dichiara di non poter ignorare lo stato di angoscia della ricorrente, la quale, nell'impossibilità di procedere ad una diagnosi preimpianto, ha come unica prospettiva di maternità quella legata alla possibilità che il figlio sia affetto dalla malattia di cui la coppia è portatrice sana, senza considerare, inoltre, la sofferenza proveniente dalla dolorosa scelta di procedere, all'occorrenza, ad un aborto terapeutico — non potendo altrimenti tutelare il proprio diritto a mettere al mondo un bambino non affetto dalla patologia in questione.

La decisione è tanto più significativa quanto più si consideri il ruolo che i giudici di Strasburgo, negli ultimi anni e in materie eticamente sensibili, (non) hanno voluto, generalmente, rivestire. In particolare, ci si riferisce alla sentenza della *Grande Chambre* sul divieto di fecondazione eterologa all'interno dell'ordinamento austriaco <sup>26)</sup>, la quale rovescia il giudizio espresso dalla prima sezione della Corte appena un anno e mezzo prima <sup>27)</sup>. Il punto di tale inversione di rotta è il seguente: laddove un importante aspetto dell'esistenza o dell'identità di un individuo sia in gioco, il margine consentito agli stati membri del Consiglio d'Europa è, di norma, limitato; per contro, il loro spazio d'azione diviene più ampio qualora non esista accordo alcuno, tra questi medesimi stati, sull'importanza relativa degli interessi in gioco o sul mezzo migliore per salvaguardarli — e ciò, in particolare, nell'ipotesi in cui la causa sollevi questioni di sensibilità morale o etica. Le autorità nazionali, infatti, appaiono nella posizione migliore — anche rispetto al giudice internazionale — ai fini di una riflessione circa "l'esatto contenuto dei requisiti della morale" nel loro paese, nonché riguardo al bilanciamento fra opposti interessi privati e pubblici o fra diritti ugualmente tutelati dalla Convenzione. In questo senso, peraltro, benché sussista una chiara e convergente tendenza ("un emergente consenso europeo"), nei diversi ordinamenti, alla regolamentazione della donazione di gameti per la fecondazione *in vitro*, questa non pare sufficiente a limitare in maniera decisiva il margine di

26) Grande Chambre, 3 novembre 2011, *S.H. et al. c. Austria*, n. 57813/00, in *Guida al dir.*, 2011, 46, p. 14, con commento di M. CASTELLANETA, *La Grande camera della Cedu inverte la rotta: legittimo il divieto di fecondazione eterologa. Spente le speranze di una "scelta" internazionale la palla torna nell'area del legislatore nazionale*; *ibidem*, 2011, 46, p. 19, con commento di G. SALERNO, *La Grande Camera della Cedu inverte la rotta: legittimo il divieto di fecondazione eterologa. Chances ormai ridotte per l'incostituzionalità delle norme italiane contenute nella legge 40*; in *Nuova giur.-civ.comm.*, 2012, I, p. 233, con nota di C. MURGO, *La Grande Chambre decide sulla fecondazione eterologa e la rimette all'apprezzamento degli Stati contraenti*; in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2012, p. 88, con nota di S. PENASA, *Una sentenza "crioconservata": porta (soc)chiusa alla dichiarazione di incompatibilità del divieto della c.d. fecondazione eterologa con l'articolo 8 della CEDU*; in *Fam. dir.*, 2012, p. 298, con nota di N. CAMINITI, *Sulla questione di legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa*; in *Quaderni cost.*, 2012, p. 159, con nota di A. OSTI, *La sentenza S.H. e altri c. Austria: un passo "indietro" per riaffermare la legittimazione della Corte europea*, e in *Foro it.*, 2012, IV, c. 219, con commento di E. NICOSIA, *Il divieto di fecondazione eterologa tra Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale*.

27) CEDU, sez. I, 1° aprile 2010, *S.H. et al. c. Austria*, n. 57813/00, in *Studium iuris*, 2010, p. 1118, con commento di A. SCALERA, *La fecondazione eterologa all'esame della Corte europea dei diritti dell'uomo*, e in *Questione giustizia*, 2011, p. 37, con commento di R. CONTE, *Profili di incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa*.

discrezionalità statale — non trattandosi, comunque, di “principi consolidati stabiliti nel diritto degli Stati membri”. Di conseguenza, il divieto di alcune tecniche (la donazione di ovuli; la donazione di sperma per fecondazione *in vitro*) a favore di altre (la donazione di sperma per fecondazione *in vivo*) sancito dal legislatore austriaco all’interno della disciplina sulla fecondazione eterologa è espressione di un bilanciamento — assolutamente non censurabile — tra il diritto alla genitorialità, da un lato, e l’esigenza di preservare, dall’altro, la certezza nelle relazioni familiari (più in particolare, di evitare il possibile conflitto tra madre “biologica” e madre “genetica”), nonché di garantire l’interesse dell’individuo a conoscere i propri genitori, altresì preservando le donne da sfruttamento e umiliazione e la società tutta dal rischio di una pre-selezione dei suoi nuovi nati.

Tali considerazioni ben si attagliano al tema qui di maggiore interesse. In particolare, in un caso di aborto involontario cagionato da erroneo intervento medico, la Corte <sup>28)</sup> sancisce come la qualificazione giuridica della vita prenatale e la determinazione del momento dal quale tale vita gode di diritti è di competenza di ciascuno stato membro, in ragione dell’inesistenza, al riguardo, di un sufficiente consenso a livello europeo. Di conseguenza, la *persona* di cui all’art. 2 della Convenzione (“il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge”) non può riferirsi anche al nascituro, la cui soppressione colposa, quindi, non è definibile in termini di omicidio. Unico denominatore comune alle differenti legislazioni statuali è, invece, l’appartenenza del concepito alla specie umana. Simili argomentazioni, inoltre, ricorrono anche in un caso di revoca — da parte del padre — del consenso all’impianto degli ovuli fecondati e crioconservati, conformemente a quanto previsto dalla legislazione britannica <sup>29)</sup>: di conseguenza, si ritiene che la distruzione di tali embrioni — a dispetto della volontà contraria della madre — sia coerente e si spieghi con l’impossibilità d’individuare, secondo l’ordinamento chiamato in causa, un soggetto di diritto autonomo, in grado di far valere la tutela della propria vita *ex art. 2*.

L’approccio *soft* di Strasburgo si esprime, invero, anche in senso diametralmente contrario: si pensi, infatti, agli ordinamenti in cui ancora vige un sostanziale divieto di abortire (ovvero, comunque, un regime severamente restrittivo), riguardo al quale si è da più parti tentato di far valere la violazione degli artt. 2, 3 (trattamenti inumani e degradanti), 8 e 14 (in materia di discriminazione) della Convenzione <sup>30)</sup>. A tale propo-

28) Grande Chambre, 8 luglio 2004, Vo c. Francia, n. 53924/00, in *I dir. dell’uomo*, 2006, p. 5, con commento di R. ROSSANO, *Omicidio involontario del feto e rispetto del diritto alla vita*. V. D. CANALE, *La qualificazione giuridica della vita prenatale*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ (a cura di), *Il governo del corpo*, II, cit., p. 1253.

29) Grande Chambre, 10 aprile 2007, n. 6339/05, *Evans c. Royaume-Uni*, in *Dir. um. dir. int.*, 2008, p. 160, con commento di A. VIVIANI, *Fecondazione in vitro e diritti dei genitori degli embrioni: il caso Evans di fronte alla Corte europea dei diritti umani*. V. C. LALLI, *La legge 40 viola alcuni diritti fondamentali dei cittadini (italiani)?*, in C. CASONATO, C. PICCOCCHI, U. VERONESI (a cura di), *Forum BioDiritto 2008. Percorsi a confronto. Inizio vita, fine vita e altri problemi*, Cedam, Padova, 2009, p. 163 ss.

30) Grande Chambre, 16 dicembre 2010, n. 25579/05, *A, B e C c. Irlanda*, in *Dir. um. dir. int.*, 2011, p. 403, con commento di A. TERRASI, *Il divieto di aborto innanzi alla Corte europea dei diritti umani, tra obblighi positivi e negativi*, e in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2011, p. 445, con commento di L. BUSATTA, *La sentenza A, B e C c. Irlanda: la complessa questione dell’aborto tra margine d’apprezzamento, consenso e (un possibile) monito*, e Grande Chambre, 20 marzo

sito, peraltro, il forte margine di apprezzamento statale, ancora una volta riconosciuto dalla Corte dei diritti dell'uomo, neppure si spiega con la retorica del "consenso europeo" — che ben potrebbe dirsi esistente, parlando di normativa in ambito di interruzione della gravidanza. D'altronde, la soluzione adottata è il riconoscimento del compito del legislatore nazionale, cui viene delegato il bilanciamento fra le diverse esigenze, fatta salva la garanzia della prevalenza della vita femminile su quella fetale. In questo senso, infine, la scure di Strasburgo non colpisce la scelta, tutta nazionale, di privilegiare la difesa di un bene a discapito di un altro (foss'anche, a soccombere, la salute della donna), bensì l'assenza di procedure chiare ai fini dell'accertamento dei presupposti, normativamente previsti, che legittimano l'interruzione volontaria della gravidanza<sup>31)</sup>. Si tratta, in particolare, degli ordinamenti irlandese e polacco, i quali predispongono un'esplicita e diretta salvaguardia della vita a partire dal concepimento; del resto, la stessa possibilità di abortire all'estero (per esempio, per le donne irlandesi, in Gran Bretagna) indicherebbe come il rispetto per i valori nazionali abbia trovato una corretta conciliazione con la necessità di evitare una sproporzionata ingerenza nella vita privata e familiare femminile — in termini di autonomia, autorealizzazione personale e gestione della vita sessuale.

## 5. Le corti, la legge ... e la scienza libera.

A Lussemburgo, invece, la nozione di embrione non è deferibile ai singoli stati. In particolare, oggetto del contendere<sup>32)</sup> è un brevetto tedesco, riguardante cellule progenitrici (ovvero ancora in grado di evolvere) neurali e procedimenti per la loro produzione a partire da cellule staminali, nonché il loro utilizzo a fini terapeutici. L'impianto di cellule cerebrali nel sistema nervoso costituirebbe, infatti, un metodo promettente per il trattamento di numerose malattie, fra le quali, segnatamente, il morbo di Parkinson. D'altra parte, è noto come le cellule staminali embrionali, pluripotenti, possano differenziarsi in tutti i tipi di cellule e di tessuti, nonché essere conservate nel corso di numerosi passaggi in tale stato di pluripotenza e proliferare: il brevetto in oggetto, quindi, sarebbe volto alla risoluzione del problema tecnico di una produzione in quantità praticamente illimitata di tali cellule progenitrici. Tuttavia, ai sensi della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 98/44/CE, 6 luglio 1998, *sulla protezione giuridica delle*

---

2007, n. 5410/03, *Tysiac c. Polonia*, in *Dir. um. dir. int.*, 2008, p. 406, con commento di A. VIVIANI, *Aborto terapeutico e diritto all'integrità personale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*.

31) Similmente, cfr. CEDU, sez. IV, 26 maggio 2011, n. 27617/04, *R.R. c. Polonia*, in questa *Rivista*, 2012, p. 291, con commento di F. CONSORTE, *Intervento della Corte EDU sull'interruzione della gravidanza: legislazione Polonia*, e CEDU, sez. IV, 30 ottobre 2012, n. 57375/08, *P. e S. c. Polonia*, il cui testo integrale, come quello di tutte le altre sentenze menzionate, si può leggere in <http://www.echr.coe.int/ECHR>.

32) Corte giustizia CE, Grande Sezione, 18 ottobre 2011, n. 34, *Oliver Brüstle c. Greenpeace eV*, in *Dir. fam.*, 2012, p. 20, con commento di G. CARAPEZZA FIGLIA, *Tutela dell'embrione e divieto di brevettabilità: un caso di assiologia dirimente nell'ermeneutica della Corte di Giustizia*, e *ibidem*, 2012, p. 38, con nota di M. CASINI, *La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ed il superamento della c.d. "teoria del preembrione"*.

*invenzioni biotecnologiche*, (art. 6, primo comma) “sono escluse dalla brevettabilità le invenzioni il cui sfruttamento commerciale è contrario all’ordine pubblico o al buon costume (...)”; in particolare, (art. 6, secondo comma) “sono considerate non brevettabili (...) le utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali”.

La direttiva non fornisce un’espressa definizione di embrione; certo è che, ai fini dell’attuazione e del rispetto della stessa direttiva, l’interpretazione di tale nozione non può che essere “europea e unitaria”. L’applicazione uniforme del diritto dell’Unione, altresì in conformità con il principio di uguaglianza, esige, infatti, che una disposizione di questo diritto — la quale non contenga alcun espresso richiamo agli stati membri riguardo alla determinazione del suo senso e della sua portata — dia normalmente luogo ad un’interpretazione autonoma e, appunto, omogenea. Per converso, la mancanza di un’unica definizione di embrione umano determinerebbe il rischio che gli autori di talune invenzioni biotecnologiche siano tentati di chiedere la brevettabilità di queste ultime negli stati membri più permissivi (che concepissero, in ipotesi, una più restrittiva nozione di embrione umano), a discapito del buon funzionamento del mercato interno — obiettivo, invece, della direttiva in oggetto.

D’altro canto, scopo del divieto di cui sopra è l’ossequio alla dignità umana, il quale può ben richiedere l’esclusione di un determinato brevetto. In questo modo, la nozione di embrione umano infine adottata dalla Corte diviene particolarmente ampia e concerne “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”. Inoltre, “i fini industriali o commerciali” che escludono la brevettabilità degli embrioni riguardano altresì l’utilizzo a scopi di ricerca scientifica, salvo si tratti di finalità terapeutiche o diagnostiche che si applichino e siano utili allo stesso embrione. Da ultimo, la brevettabilità è esclusa anche qualora si tratti di tecnica che richieda la previa distruzione di embrioni o la loro utilizzazione come materiale di partenza.

Orbene, la decisione della Corte di Giustizia neppure menziona il c.d. pre-embrione, ravvisabile fino al quattordicesimo giorno successivo alla fecondazione, termine oltre il quale non solo l’entità genetica dell’embrione diviene definitiva, ma altresì quest’ultimo non può essere mantenuto *in vitro* senza degrado. Il *Warnock Report* <sup>33)</sup>, in particolare, indica tale limite temporale (calcolato senza contare, naturalmente, l’eventuale periodo di crioconservazione) quale momento ultimo ai fini della liceità di una sperimentazione sugli embrioni; similmente, nell’ordinamento spagnolo, l’art. 15 della *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, è rubricato *Utilización de preembriones con fines de investigación* e contiene il riferimento a questi stessi quattordici giorni. Allo stesso modo, ancora, a Lussemburgo Oliver Brüstle richiedeva la liberalizzazione dello

33) DEPARTMENT OF HEALTH & SOCIAL SECURITY, *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology*, presieduto da Dame May Warnock e presentato al Parlamento britannico nel luglio del 1984.

sfruttamento commerciale degli embrioni umani proprio fino alle due settimane di sviluppo.

La fissazione del momento a partire dal quale esiste l'essere umano ovvero — il che è lo stesso, nell'ottica di chi scrive — a partire dal quale l'essere umano deve ricevere una determinata tutela è una questione di valore <sup>34</sup>). Anche in questo caso, infatti, si tratta del bilanciamento di interessi che si vuole operare: se, in altri termini, gli obiettivi della ricerca scientifica, quand'anche volti alla salvaguardia e al benessere di soggetti *già nati*, debbano sempre soccombere dinanzi alla dignità della vita umana — e ciò ad ogni stadio dello sviluppo di quest'ultima oppure, per converso, soltanto dinanzi ad organismi che abbiano già raggiunto determinate fasi di crescita.

Riguardo all'embrione non impiantato nel corpo materno, s'è scritto come questo esuli “dalla nozione civilistica di nascituro concepito, riferita all'embrione inserito nel processo della nascita” <sup>35</sup>). In particolare, la tutela dell'embrione *in vitro* non è complicata dallo scudo del corpo materno; d'altronde, pure è possibile ipotizzare, a favore del soggetto nato a seguito di fecondazione artificiale, un diritto al risarcimento del danno cagionato, in ipotesi, da un intervento colposo del personale sanitario sull'ovulo fecondato sì, ma non ancora trasferito in utero. Infine, riguardo alla protezione della dignità di colui che non verrà mai procreato (ovvero l'ipotesi della legittimità di una sperimentazione o manipolazione scientifica su organismi umani), il problema non è tanto la precisazione dell'inizio della vita umana, questione la cui risoluzione esula dalle competenze e dalle forze degli scienziati <sup>36</sup>) (e, tantomeno, dei giuristi), bensì una decisione, appunto, in termini valoriali. Piuttosto e per converso, è la stessa definizione di *uomo* e di *vita umana* a dipendere strumentalmente dalla natura di quest'ultima scelta: la tutela di quale bene debba prevalere.

Per altri versi, inoltre, pare questione di valore altresì il risarcimento del danno a favore del bambino malformato nato a cagione di un errore medico perché, altrimenti, sarebbe stato abortito: la decisione dello scorso ottobre, peraltro, non solo evidenzia come la tutela non debba necessariamente passare per l'attribuzione di categorie dogmatiche (la soggettività), ma mostra, soprattutto, come una volontà riparatoria possa spingere l'interprete sino a forzare le catene del diritto. Il fine, certo, è l'equità, laddove

34) V. anche S.F. MAGNI, *Bioetica*, Carocci, Roma, 2011, pp. 47 ss. Il riferimento, allora, potrà essere l'acquisizione della capacità di provare piacere e dolore (ovvero il momento della formazione del sistema nervoso centrale); la capacità di vita extrauterina (ovvero di godere di una vita indipendente dal legame materno); la stessa autoco-scienza (argomento che ben potrebbe costituire giustificazione morale anche dell'uccisione del neonato), nonché, infine, l'impossibilità, per lo zigote, di dividersi in più cellule gemelle (una volta trascorsi, appunto, quattordici giorni dalla fecondazione). Cfr. altresì M. MORI, *Aborto e morale. Capire un nuovo diritto*, Einaudi, Torino, 2008, p. 39 ss., e V. GIORDANO, *Se l'etica laica confligge con una nuova soggettività giuridica. Note sulla legge 40/2004*, in F. LUCREZI, F. MANCUSO (a cura di), *Diritto e vita. Biodiritto, bioetica, biopolitica*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2010, p. 313.

35) C.M. BIANCA, *Diritto civile*, I, Giuffrè, Milano, 2002, p. 224.

36) V. P. SCHLESINGER, *Il concepito e l'inizio della persona*, in AA.VV., *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, II, cit., p. 87. V. altresì R. DWORKIN, *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, Edizioni di Comunità, Milano, 1994, p. 29 ss.



pare difficilmente accettabile, per esempio, che ad essere risarciti siano i genitori e — persino — i fratelli, mentre tale riparazione viene *tout court* negata a colui che, *in primis*, quotidianamente soffre per l'handicap che lo opprime — il quale, del resto, ben potrebbe richiedere *iure hereditario* la liquidazione che *iure proprio*, invece, non può essergli accordata.

Il tema è dei più difficili. Più di cinquant'anni fa, un illustre Maestro <sup>37)</sup> commentava come, in casi simili, “l'incoerenza della legge” spiegasse “la dolorosa incertezza del giudice e l'inquietudine amara del lettore”. Il ruolo del legislatore, invero, appare ineludibilmente di primo piano <sup>38)</sup>: infatti, se è la scienza, da un lato, a descrivere l'evoluzione dell'embrione, studiandone le trasformazioni a tre giorni o a diciassette giorni dalla fecondazione, a due mesi o a cinque mesi, dall'altro, però, è la legge ad indicare i differenti e rispettivi livelli di tutela, a dettare il socialmente — giuridicamente, eticamente — realizzabile, a formulare soluzioni nei casi di conflitto <sup>39)</sup>.

Bando, quindi, al giudice quale legislatore interstiziale <sup>40)</sup> o alle velleità di una — come pure è stata definita — giurisprudenza “dottrinale” <sup>41)</sup>; del resto, la stessa legge dovrà essere quanto più possibile mite, duttile, a maglie larghe, tanto leggera quanto veloce è la scienza, pena una sua sostanziale disapplicazione. Il principio cardine è la libertà di scegliere <sup>42)</sup>, nel rispetto del pluralismo etico e alla continua ricerca di un temperamento fra i valori individuali, i valori della maggioranza e quelli della minoranza, sotto l'egida della Carta costituzionale così come interpretata, appunto, dall'organo di rappresentanza popolare <sup>43)</sup>. I divieti (i “paletti”, come pure s'è scritto <sup>44)</sup>) devono sottendere *una buona ragione*, nell'ambito di una disciplina ideologicamente neutra e all'insegna di un bilanciamento nella tutela, comunque, di tutti i soggetti coinvolti, in una raffinata ricerca dei punti di accordo e concordia della comunità intera.

La legge, dunque, non il giudice, è chiamata a dare risposte: sull'inizio della vita così come sui criteri di accertamento della morte (anche questi, più che oggetto di un'incontrovertibile verità scientifica, frutto di una scelta valoriale: si pensi al dibattito in tema di morte cerebrale e morte corticale), sulla libertà delle cure (l'ultimo caso è quello del metodo “stamina”) così come in ambito di dichiarazioni anticipate di trattamento (e il

37) P. RESCIGNO, *Il danno da procreazione*, cit., p. 635.

38) V. F.D. BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 40 ss.

39) Cfr. G. ROLLA, *La disciplina delle materie “scientificamente controverse”: profili costituzionali*, in D. CARUSI, S. CASTIGNONE, *In vita, in vitro, in potenza*, cit., p. 63 ss.

40) L. CHIEFFI, *Bioetica pratica e cause di esclusione sociale*, Mimesis, Sesto San Giovanni, 2012, p. 620.

41) Da F.D. BUSNELLI, nel corso del suo intervento al convegno *Chiamati al mondo. Vite nascenti e autodeterminazione procreativa*, organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Genova il 24 maggio 2013, nell'ambito del Corso di dottorato in “Filosofia del diritto e bioetica giuridica”.

42) V. M. MORI, *Introduzione alla bioetica. 12 temi per capire e discutere*, Espress Edizioni, Torino, 2012, p. 256.

43) G. ALPA, *Lo statuto dell'embrione tra libertà, responsabilità, divieti*, in AA.VV., *La fecondazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi*, Corriere della Sera, Milano, 2005, p. 139 ss.

44) D. CARUSI, *Dopo il convegno ed in margine ai testi. Note sull'embrione e sulla “morale della vita”*, in D. CARUSI, S. CASTIGNONE, *In vita, in vitro, in potenza*, cit., p. 99 ss.



riferimento è all'utilizzo giurisprudenziale dell'istituto dell'amministratore di sostegno — pur con esiti felici) o di *status* del neonato anencefalico.

Perché, malamente parafrasando Blaise Pascal, *la legge ha ragioni che la scienza non conosce*.

## RIASSUNTO

*L'identità e lo statuto dell'embrione umano vengono dapprima indagati attraverso la lettura dei diversi pareri — succedutisi nel corso degli ultimi vent'anni — del Comitato Nazionale per la Bioetica. In particolare, vexata quaestio è la soggettività giuridica del nascituro, il quale, senz'altro privo della capacità di cui all'art. 1 c.c., può certamente, per converso, vantare una tutela a rilevanza costituzionale, anche solo in ragione della sua mera appartenenza alla specie umana. Al riguardo, peraltro, si tratta non solo di tutelare la vita e, soprattutto, la dignità del concepito (specie laddove si agisca non per il suo best interest, bensì, in ipotesi, per il conseguimento di determinati obiettivi in ambito scientifico), ma anche di salvaguardarne il diritto alla salute, grazie alla liquidazione del pregiudizio cagionato da fatto illecito avvenuto anteriormente al (o al momento del) parto. In questo senso, quindi, vengono analizzate sia le fattispecie di wrongful life (alla luce, in particolare, dell'ultimo arresto dei giudici di legittimità) sia la coerenza, all'interno dell'ordinamento italiano, fra la normativa predisposta in materia di interruzione volontaria della gravidanza e quella dedicata alla procreazione medicalmente assistita. Inoltre, è oggetto di analisi la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale — sia su IVG sia su PMA — si contraddistingue per un orientamento non propriamente "interventista". Per contro, si dà conto della posizione espressa dalla Corte di Giustizia riguardo alla stessa nozione di "embrione umano", nonché in relazione alla sua assoluta non-brevettabilità. Il problema — certo — è anche di fonti: il ruolo di giurisprudenza e legislatore, infatti, appare più che mai difficile dinanzi a questioni caratterizzate non solo da controvertibilità etica, ma anche da un'inarrestabile evoluzione scientifica.*

## SUMMARY

*The identity and status of the human embryo are first explored throughout the analysis of different opinions developed during the last twenty years by the National Bioethics Committee. Therefore, the main point is the "soggettività giuridica" of the unborn child, who, surely not yet competent ex art. 1 c.c., can claim constitutional protection because he is belonging to mankind. The goal here is not only to protect life and dignity of the unborn (especially when acting not in the name of his best interest, but to achieve specific*

*scientific objectives), but also to ensure his health right, throughout the compensation for damages received before or during childbirth. Consequently, wrongful life cases (especially after the last judgement of the Italian Corte di cassazione) and inconsistency between abortion law and medically assisted fertilization law are studied. Moreover, this paper deals with the non “interventionist” case-law of the European Court of Human Rights on abortion and FIVET topics. On the other side, the position of the European Court of Justice on the same notion of “human embryo” and on its not-patentability is explored. Law sources are here a main point: the task of the courts and the law is challenged by ethical and scientific issues.*