

specialmente dai principi di diritto europeo in materia e, senza mezzi termini, affermando che: «il nascituro ha il diritto a nascer sano, in virtù, in particolare, degli artt. 2 e 32 cost. (nonché dell'art. 3 della Dichiarazione dei diritti fondamentali dell'Unione europea che esplicitamente prevede il diritto di ogni individuo all'integrità psico-fisica).

Per tale motivo, sia la mancata informazione, sia la prescrizione di un farmaco ritenuto teratogeno devono essere ritenute dai giudici come fonti autonome di responsabilità nei confronti del nascituro, per la violazione dell'obbligo di non prescrivere farmaci potenzialmente lesivi del bene salute». La fattispecie trae origine dalla scelta tra un parto cesareo o naturale, e relative implicazioni e conseguenze in termini di responsabilità del medico ginecologo.

La decisione 16754/12 apre una serie di problemi su due fronti principali: la questione del consenso informato e quella relativa alla drammatica scelta abortiva.

Sulla questione del consenso informato, la cui violazione, è fonte di responsabilità per l'operatore sanitario, ci si limita, in questa sede, anche per ovvie ragioni di sintesi, a ricordare l'orientamento ormai diffuso della Corte di Cassazione, sintetizzato in alcune recenti significative decisioni<sup>55</sup>.

Particolare valore euristico ha specialmente Cass., 9.2.2010, n. 2847 che, con massima determinazione, ed in effetti, portata innovativa, ha affermato che: «la violazione del diritto all'autodeterminazione

<sup>55</sup> La decisione è annotata da G. CRICENTI, *Il concepito soggetto di diritto ed i limiti nell'interpretazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 1258 ss.

## IL NASCITURO COME PROBLEMA 'CONTINUO' NELLA STORIA DEL DIRITTO

*Sommario:* I) Diritto Romano. §I.1. I temi dell'indagine – §I.2. *Persona, homo e conceptus*: una complessa distinzione semantica – §I.3. I requisiti della persona umana: vita, vitalità ed aspetto umano – II) Diritto Contemporaneo. §II.4. Il nascituro nel diritto privato italiano alla luce di recenti asseriti giurisprudenziali: «diritto a non nascere» e diritto alla salute del nascituro: soggetto o oggetto di tutela? – §II.5. Le nuove frontiere della fecondazione assistita alla luce della sentenza della corte costituzionale n. 162 del 2014 – §II.6. La disciplina normativa sulla crioconservazione degli embrioni – §II.7 Irrevocabilità del consenso, derivazione biologica, responsabilità genitoriale e *status* del generato

### I *Diritto Romano*.

#### §I.1. *I temi dell'indagine*.

Le recenti possibilità, offerte dal progresso scientifico, di intervenire nella fase prenatale dell'essere umano manipolandola, hanno acceso un serrato dibattito di natura (bio-)etica relativo allo status dell'embrione, che ha provocato nuove riflessioni in dottrina ed inedite decisioni giurisprudenziali circa il trattamento di simili 'beni', i quali assumono una importanza fondamentale essendo coinvolti «in quella presa di coscienza dei valori legati alla piena re-

alizzazione della persona che ha rappresentato il segno distintivo dell'evoluzione della recente società<sup>1</sup>.

Le metodologie mediche oggi accessibili in campo riproduttivo, tra le quali la produzione embrionale *in vitro*, la tecnica della crioconservazione degli embrioni e, da ultimo - in forza della recentissima sentenza della Corte Costituzionale nr. 162/14 - la c.d. "fecondazione eterologa", pongono, urgenti interrogativi, che esigono un chiarimento sullo *status* giuridico del nascituro.

Appare imprescindibile per qualsiasi giurista, che voglia tentare di dare una risposta a detti interrogativi, avvicinarsi alla bioetica<sup>2</sup> ed al biodiritto<sup>3</sup> - ma, forse, anche alla biopolitica<sup>4</sup> - apportandovi il baga-

<sup>1</sup> E. QUADRI, *Profili della responsabilità medica con particolare riguardo alla ginecologia ed ostetricia: esperienze recenti e prospettive*, in *Responsabilità civile e previdenziale* 2 (2004), 319. Tale presa di coscienza ha comportato secondo il Rodotà un «progressivo slittamento dell'attenzione dal soggetto alla persona» per la sua capacità immediata di esprimere la materialità dei rapporti, v. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari 2012, 140.

<sup>2</sup> La bioetica consiste nello studio sistematico delle dimensioni morali delle scienze della vita e della tutela della salute, attraverso l'impiego di una varietà di metodologie etiche secondo un'impostazione interdisciplinare cfr. sul punto, anche per la ricca ed attenta bibliografia, A. STAZI, *Innovazioni biotecnologiche e brevettabilità del vivente. Questioni giuridiche e profili bioetici nei modelli statunitense ed europeo*, Torino 2012, 48 ss.; 48 nt. 3.

<sup>3</sup> Si parla di biodiritto per indicare «quella parte della riflessione giuridica che si occupa di delimitare ciò che è giusto o ciò che è ingiusto nel contesto delle nuove possibilità di manipolazione (anche non terapeutica) sulla vita umana» così L. PALAZZANI, *Persona e essere umano in bioetica e nel biodiritto*, in *Idee* 34/35 (1997), 133.

<sup>4</sup> Uno strumento a valenza euristica dalla denominazione ambigua che consente ad alcuni autori «di svelare i meccanismi di controllo e dominio della nuda vita, ossia della vita nella sua

*dell'illecito, l'interesse alla procreazione cosciente e responsabile non è solo della madre, ma altresì del futuro bambino, e ciò anche quando questo si trovi ancora nel ventre materno anche se la lesione inferta al concepito si manifesta e diviene attuale al momento della nascita».*

La Cassazione riforma la decisione della Corte territoriale (App. Venezia) che, invece, aveva fatto proprio il pregresso orientamento del Supremo Collegio, che aveva respinto analoga richiesta, così motivando: «verificatasi la nascita, non può dal minore essere fatto valere come proprio danno da inadempimento contrattuale l'essere egli 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» (si tratta di Cass., 14888/2004).

Le questioni sono, dunque, molteplici e particolarmente complesse: dal dovere d'informazione al fine di assicurare la consapevole scelta abortiva, per quanto possa non essere condivisa; alla problematica dei limiti dell'aborto terapeutico affinché sia scongiurato ogni possibile rischio di aborto eugenetico (*ex art.* 1 della l. 194/1978).

Al riguardo, pare il caso di ricordare, sin da subito, l'assenza di riferimenti normativi, sia nell'ambito della l. 194/1978, che nella l. n. 40/2004 in materia di riproduzione assistita, ponendosi, di conseguenza, la controversa questione dei *diritti del nascituro*, ove si preferisca, dell'embrione, e la altrettanto dibattuta questione della sua *soggettività giuridica*.

Si accennava sopra come l'annotata decisione sembri porsi nella prospettiva esegetica proposta già dalla citata Cass., 11.5.2009, n. 10741162, che attribuiva al nascituro il diritto risarcitorio, argomentando

raffinata sintesi ricostruttiva, le note questioni scaturenti dalla complessa e fluida relazione tra il diritto alla vita e la tematica dell'aborto<sup>54</sup>.

Il caso muove da una complessa fattispecie di responsabilità contrattuale del medico ginecologo, con il quale viene concluso il contratto d'opera di prestazione intellettuale a favore di una partoriente, che si duole della responsabilità del ginecologo in relazione a carenti indagini diagnostiche e *preparto*, per effetto delle quali non ci si avvede della presenza di una incurabile malformazione fetale.

Alla futura mamma non viene, difatti, comunicata la possibilità di ulteriori *test* diagnostici, in particolare l'esame di amniocentesi – viene effettuato solo il cd. *tritest*, ritenuto generico e limitato –, compromettendo, di conseguenza, la libertà di autodeterminazione della stessa, nel senso, cioè, di poter esercitare, consapevolmente, la scelta – in caso di conoscenza della malformazione fetale – se portare avanti o meno la gravidanza. La bimba nasce affetta da sindrome di *Down*.

Ecco, dunque, la massima ufficiale: «*la responsabilità sanitaria per omessa diagnosi di malformazioni fetali e conseguente nascita indesiderata va estesa, oltre che nei confronti di entrambi i genitori anche ai fratelli del neonato, che rientrano a pieno titolo tra i soggetti protetti dal rapporto intercorrente tra il medico e la gestante, nei cui confronti la prestazione è dovuta, nonché al figlio nato malformato. La situazione soggettiva tutelata è il diritto alla salute, non quello a nascere sano. In forza della propagazione intersoggettiva degli effetti diacronici*

<sup>54</sup> La decisione è annotata, tra gli altri, da E. PALMERINI, *Nascite indesiderate e responsabilità civile: il ripensamento della Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 175 ss.

glio sapienziale maturato nel proprio campo d'indagine, al fine di comporre una metodologia investigativa a carattere multidisciplinare, che possa far fronte agli eterogenei piani di ricerca su cui simili problematiche si muovono.

In questa prospettiva lo storico del diritto può offrire un contributo di particolare interesse, adottando un parametro ermeneutico che dal moderno perviene all'antico e da quest'ultimo nuovamente al moderno, con l'inversione del consueto ordine temporaneo rettilineo.

Volendo partire dal diritto romano è indispensabile precisare come sia pacifica la tesi<sup>5</sup> per cui l'"esperienza giuridica romana" – utilizzando, in tal modo, una nozione che, a detta dell'Orestano<sup>6</sup>, me-

---

forma elementare e primaria, affermatasi nel corso della storia, dopo il declino della classicità greca, e principalmente negli ultimi secoli» L. GAROFALO, *Biopolitica e diritto romano*, Torino 2009, 2, il quale richiama, tra gli altri, P. BARCELLONA, *Il suicidio dell'Europa. Dalla coscienza infelice all'edonismo cognitivo*, Bari 2005, evidenziando come gli autori che utilizzano i paradigmi concettuali della biopolitica mutuino simili strumenti dalle riflessioni di Michel Foucault e Hanna Arendt.

<sup>5</sup> Mi limiterò di seguito ai contributi più recenti: C. TERRENI, *Me puero venter erat solarium. Studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana*, Pisa 2008, 16 ss.; P. FERRETTI, *In rerum natura esse in rebus humanis nondum esse. L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*, Milano 2008, 11 ss.; E. BIANCHI, *Per un'indagine sul principio "conceptus pro iam natus habetur". Fondamenti arcaici e classici*, Milano 2009, 7 ss.

<sup>6</sup> R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987, 352. Lo studioso ritiene una simile nozione «[...] l'unica [...] di quante disponiamo, che sia idonea [...] a ricomprendere ogni altra» *ibidem* 353, compresa quella più riduttiva di ordinamento, sulla cui idea imprescindibile resta la lettura di S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*<sup>2</sup>, Firenze 1945, *passim*.

glio comprende la fenomenologia giuridica dell’Urbe – collegasse al dato storico del concepimento effetti determinati in materia di *status*<sup>7</sup>.

Veniva, infatti, assegnato al nascituro, termine qui vi utilizzabile in funzione sinonimica al lemma ‘concepito’, a sua volta imperfettamente corrispondente, dal punto di vista semantico, alla locuzione *qui nasci speratur*<sup>8</sup>, una tutela diretta a favorire lo svolgersi della gestazione ed a preservare integri i diritti di natura patrimoniale che, nella prospettiva della nascita, erano a lui riconosciuti.

La gestante era, per questa ragione, titolare di un diritto alla nomina da parte del *praetor* di un *curator*,

<sup>7</sup> Circa l’elaborazione teorica relativa al concetto di *status* in rapporto ai termini *homo* e *persona* cfr. G. MELILLO, *Persona, status e condicio nell’esperienza romana. La dogmatica moderna*, in ID., *Personae e status in Roma antica. Saggi*, Napoli 2006, 1 ss.

<sup>8</sup> La diversità si coglie nel fatto che essa (Paul. *I.S. ad sc tert.* D. 50.16.231), riferendo al soggetto indicato (*qui*) l’aspettativa della nascita (*spem nascendi*: Ulp. 41 *ad ed.* D. 37.9.1 pr.), accentua la distinzione tra esistenza *in utero*, riferibile ai *saltem concepti*, e presenza *in rebus humanis* (Ulp. 12 *ad sab.* D. 38.16.1.1). Gli effetti giuridici connessi alla gravidanza (ovvero collegati ad essa “à l’entretemps entre la conception et la naissance”, configurandosi la *spes* quale elemento che “n’explique pas seulement mais motive aussi la condition juridique du conceptus”: M. BARTOSEK, *La spes en droit romain*, in *RIDA*. 2 [1949], 28; 30) si ponevano dunque in rapporto con l’individuazione del feto quale *spes animantis* (Marc. 28 *dig.* D. 11.8.2), trovando, evidentemente, la qualità di *animans* il necessario presupposto nella nascita. Ciò favoriva una prospettazione del concepito modellata sull’idea di una *spes* proiettata verso questo evento, posto in diretto rapporto con l’inizio della vita (Ulp. 41 *ad ed.* D. 37.9.1.9: ... *ne qui speratur ante vitam necetur*). Circa la terminologia utilizzata dai giuristi romani in riferimento al concepito si veda M.P. BACCARI, *La difesa del concepito nel diritto romano dai digesta dell’imperatore Giustiniano*, Torino 2006, 1 nt. 1.

## II Diritto contemporaneo.

§11.4. *Il nascituro nel diritto privato italiano alla luce di recenti asseriti giurisprudenziali: «diritto a non nascere» e diritto alla salute del nascituro: soggetto o oggetto di tutela?*<sup>52</sup>

È ora il caso di analizzare quanto dell’antica esperienza permanga all’interno della «grande rivoluzione culturale della postmodernità», come Francesco Paolo Casavola definisce la bioetica in un suo recente contributo<sup>53</sup>, ed in particolare di una delle questioni centrali della riflessione in materia: la procreazione medicalmente assistita, ciò con i conseguenti problemi d’identità del prodotto del concepimento, alla luce di una probabile radicale discontinuità con l’antichità per le tecniche applicate e meno per le questioni di inquadramento giuridico.

Con una decisione indiscutibilmente innovativa sez. III, 2.10.2012, n. 16754, la Corte di Cassazione italiana in discontinuità con il passato (Cass. civ. 14888/2004; Cass. civ. 10741/2009; Cass. civ. 9700/2011), afferma la tutela del diritto alla salute del nascituro senza limitazioni di efficacia che possano derivare dal problematico riconoscimento della sua *soggettività giuridica*, riproducendo, con una pregevole e

<sup>52</sup> Il presente paragrafo e parte di quelli che seguiranno sono il frutto di una rielaborazione ed aggiornamento bibliografico del mio «*Diritto a non nascere» e diritto alla salute del nascituro: soggetto o oggetto di tutela. A proposito di Corte di Cassazione, sez. III, 2.10.2012, n. 16754*, in *In honorem Felicis Wubbe antecessoris nonagenarii*, Friburgh 2013, 97 ss.

<sup>53</sup> F.P. CASAVOLA, *Bioetica. Una rivoluzione postmoderna*, Padova 2013, 7.

succedere (C. 8.58.2 del 528) *ex senatus consulto Tertuliano*.

Il criterio giustiniano di astratta benignità risulta, d'altra parte, armonico, a sua volta, con un indirizzo già presente in epoca classica e coerente con le coeve tendenze teologiche.

L'inserimento di Ulp. 4 *ad l. iul. et pap.* D. 50.16.135 indipendentemente da eventuali interpolazioni operate sul testo, non produceva alcuna disarmonia nel sistema giustiniano, non assumendo altro significato che la proclamata concessione a principi etici.

Si può dunque concludere, collegandoci su questo punto all'indagine di Dalla, che Paolo ed Ulpiano sostanzialmente non divergono e che la distinzione tra *prodigium/ostentum/monstrum* da un lato e anomalie fisiche dall'altro è classica ma non priva di qualche plausibile zona d'ombra, sul piano sia pratico che teorico.

E' possibile, del pari, ammettere che il testo ulpiano abbia subito una «compressione» in chiave di *benignitas*<sup>51</sup>.

<sup>51</sup> A. PALMA, *Benignor interpretatio. Benignitas nella giurisprudenza e nella normazione da Adriano ai Severi*, Torino 1997, *passim*.

al quale potevano far capo tali oneri e che veniva scelto individuando un *vir bonus*<sup>9</sup> che fosse in grado di far fronte a tale compito.

<sup>9</sup> Ulp. 41 *ad ed.* D. 37.9.1.23, il concetto che si rinviene nelle fonti è la *missio in possessionem* del *venter* stesso, cioè del nascituro (Ulp. 41 *ad ed.* D. 37.9.1 pr.) o dei nascituri (Ulp. 41 *ad ed.* D. 37.9.1.3). A ciò risulta consequenziale, in assenza di diseredazione di *id quod in utero est* (Ulp. 41 *ad ed.* D. 37.9.1.2; 6-7), l'indirizzarsi, previa eventuale *cognitio* (Ulp. 41 *ad ed.* D. 37.9.7.1), del provvedimento pretorio alla *mulier* (Ulp. 41 *ad ed.* D. 37.9.1.10: *rectissime ... praetor nusquam uxoris fecit mentionem, quia fieri potest, ut mortis tempore uxor non fuerit, quae se ex eo praegnantem dicit praegnas* (o anche a più donne, *si quis prima uxore praegnanter facta mox aliam duxerit eamque praegnantem fecerit diemque suum obiit*), ove questa avesse formulato la relativa istanza, *nisi manifesta sit calumniatrix* (Ulp. 41 *ad ed.* D. 37.9.1.14). La finalità dell'istituto (sul quale si vedano, in generale, P. VOCI, *Diritto ereditario romano*<sup>2</sup>, 1 [Introduzione. Parte generale]), Milano 1967, 191; E. NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, Milano 1971, 447 s.; B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979, 12 e nt. 23; L. DESANTI, *De confirmando tutore vel curatore*, Milano 1995, 296 s.) era ravvisata, in primo luogo, nella prestazione al *venter* del sostegno alimentare, comprensivo, se del caso, della conduzione di idonea *domus* nonché del mantenimento degli schiavi della donna *qui necessarii sunt ad ministerium eius* (Ulp. 41 *ad ed.* D. 37.9.4) e tale da abbracciare, quindi, *cibum potum vestitum tectum ... pro facultatibus defuncti et pro dignitate eius atque mulieris* (Ulp. 41 *ad ed.* D. 37.9.1.19): erano da considerarsi *rata* gli *impendia* sostenuti al riguardo (Ulp. 41 *ad ed.* D. 37.9.1.2-5: cfr. 37.9.9), mentre sarebbero rimaste a carico della donna le spese che fossero risultate erogate a favore di colei che *sciens prudensque se praegnantem non esse consumpserit* (Ulp. 41 *ad ed.* D. 37.9.1.28). La previsione mirava ad evitare che *qui speratur ante vitam necetur* (Ulp. 41 *ad ed.* D. 37.9.1.9), essendo considerato *aequissimum partui consuli, qui natus bonorum possessionem accepturus est* (Ulp. 41 *ad ed.* D. 37.9.1.11), *ne forte ei, qui natus bonorum possessor futurus est, denegasse alimenta videamur* (Ulp. 41 *ad ed.* D. 37.9.6). a ciò si accompagnava il più generale intento di provvedere *ne praeiudicium fiat ei, quod in utero est, ovvero partui* (Ulp. 41 *ad ed.* D. 37.9.1.14). Su queste previsioni si

Sono questi i due aspetti più noti, tra loro intrinsecamente diversi, di un'articolata disciplina che andò stratificandosi nel lungo arco di sviluppo del diritto romano - da quello classico a quello tardo antico - e che di seguito sarà enucleata in modo da affrontare i suoi nodi teoretici maggiormente complessi.

Tuttavia, tali aspetti impongono un interrogativo di fondo: il diritto romano classico recepiva una concezione naturalistica, per la quale il nascituro era un essere umano che conduceva nel seno materno il primo stadio della propria esistenza, oppure quella di matrice stoica<sup>10</sup> che scorgeva nel feto una semplice speranza di vita futura (*spes vitae*) cioè il puro oggetto di una vicenda fisiologica suscettibile, ma nulla più, di produrre l'esistenza di un nuovo individuo ?

---

innestava il possibile intervento di un *curator* che poteva risultare indicato dal testatore (Paul. 45 *ad ed.* D. 29.3.9: cfr. G. FINAZZI, *La sostituzione pupillare*, Napoli 1997, 166 e nt. 68) ma la cui nomina era, in ogni caso, deferita al magistrato (DESANTI, *ibid.*, 296 e nt. 5, con indicazione di fonti) e sul quale gravava un *personale munus* (Herm. 1 *epit.* D. 50.4.1.4). La relativa figura presenta qualche tratto di ambiguità e risulta convincente S. SOLAZZI, "Curator ventris", in *Scritti di diritto romano*, III, Napoli 1957, 67 ss. (al quale si allineò E. COSTA, *Storia del diritto romano privato*<sup>2</sup>, Torino 1925, 161 nt. 6) nel supporre che la disciplina contenuta nel digesto costituisca il risultato della fusione dei due uffici, distinti in epoca classica, del *curator ventris* e del *curator bonorum*, suscettibili di far capo alla medesima persona (Herm. 1 *iuris epit.* D. 26.7.48: *bonorum ventrisque curatorem*) ma formalmente distinti.

<sup>10</sup> La quale, associando in modo indissolubile l'esistenza all'individualità corporea (V. GOLDSCHMIDT, *L'ancien stoicisme*, in AA.VV., *Histoire de la philosophie*, 1 [*Encyclopédie de la Pléiade*, 26] B. PARAIN (cur.), Paris 1969, 738), non poteva che negare la prima al nascituro, a motivo della sua intima dipendenza dal corpo materno.

*monstruosum* ma anche caratterizzato da *figur(a) magis animalis quam hominis* mostra, ad avviso della Terreni<sup>50</sup>, che la distinzione tra le due immagini non si presentava ancora, non solo in epoca classica ma anche in quella della redazione del *Corpus Iuris*, nella forma netta che assumerà in prosieguo di tempo.

Se così è, il frammento potrebbe riflettere, a detta della studiosa, una concezione orientata a salvaguardare, a favore della donna, i benefici derivanti dalla procreazione, almeno nei limiti in cui il nato presentasse pur minoritarie caratteristiche umane e in quest'ottica, sembra ragionevole pensare ad una matrice eventualmente classica assoggettata in seguito ad una «compressione» e sottoposta alle due modifiche relative l'una alla menzione dei *parentes* anziché della sola madre e l'altra all'aggiunta della chiusa (in sé ridondante e che nulla aggiunge alla regola delineata), di indubbio sapore compilatorio, *neque debet*, accompagnata, con probabilità, da un rimaneggiamento del precedente *et magis ... obtemperaverint*.

Leggendo Ulp. 4 *ad l. iul. et pap.* D. 50.16.135 può, in ogni caso, trarsi una sola conclusione sicura, cioè l'intento giustiniano di tenere ferma la non valutabilità come *liberi* dei nati privi di fattezze umane, (mantenendo un punto che, come prova lo scolio da ultimo richiamato, resterà fermo anche nei secoli successivi) ma di realizzare una politica di benevola apertura nei confronti, se non altro, della madre.

Questa benevolenza si presenta appieno coerente con l'intervenuta abrogazione (C. 8.58.1 del 410) del *ius liberorum* già nel 410 e con la conseguente, generalizzata ammissione giustiniana della madre a

ni tra Paolo ed Ulpiano<sup>48</sup> oppure scorgendovi «accanto a un principio generico e astratto, la legittimazione per una benevola soluzione di alcune situazioni concrete, tra cui, nuova e presente ai compilatori, quella della madre adottante» e considerando di fattura bizantina solo la frase finale *neque...debet*<sup>49</sup>.

Si può aggiungere che la distinzione presente nei passi di provenienza paolina trova corrispondenza con la distinzione tra i due *genera ostentorum* che si incontra in Ulp. 25 *ad ed* D. 50.16.38 già richiamato.

Anche il giurista di Tiro, dunque, aveva ben chiara la diversa immagine tra il nato con conformazione fisica *contra naturam* e l'essere *prodigiosum*, così come, presumibilmente, la distinzione tra questo ed il *monstrosum*.

Il fatto che in Ulp. 25 *ad ed* D. 50.16.135 manca la distinzione tra i due tipi di *ostenta* presente in Ulp. 25 *ad ed* D. 50.16.38 ed è fatto riferimento ad un soggetto indicato, sì, come *portentosum vel*

<sup>48</sup> Per questa tesi si vedano R. ASTOLFI, *Lex Iulia et Papia*, Padova 1970, 175, cfr., anche ID., *Lex Iulia et Papia*<sup>2</sup>, Padova 1986, 25, nonché, sulla sua scia, Impallomeni, *Scritti*, cit., 283 s. e M. ZABLOCKA, *Il 'ius trium liberorum' nel diritto romano*, in *BIDR.* 91 (1988), 361 ss., con rassegna critica delle diverse opinioni; recentemente la MONACO, *Percezione sociale*, cit., 412, riprendendo una tesi già avanzata dall'Astolfi ritiene che «paolo e Ulpiano esprimano una diversa posizione, non sullo *status* del deforme, ma sulla sua computabilità ai fini dei benefici per la madre: Ulpiano, a differenza di paolo, avrebbe sostenuto un criterio che non faceva coincidere *status* e benefici, un criterio più favorevole alla madre. egli sembra prendere in considerazione non il riconoscimento del figlio mostruoso come persona, ma piuttosto l'evento parto in sé considerato (*quia enixa sit*); il risultato infelice non può essere imputato ai genitori, addossando loro oltre che la fatalità anche il danno».

<sup>49</sup> DALLA, *D. 50,16,135*, cit., 151.

Inoltre, proprio su un simile quesito su vita e vitalità, che coinvolge l'essere umano nelle sue connotazioni ontologiche, ne poggia un altro: quale rilevanza giuridica assumevano nel mondo romano, di età repubblicana ed imperiale, eventuali imperfezioni od anomalie fisiche dell'individuo venuto alla luce?

Tema quest'ultimo quanto mai attuale che coinvolge l'odierna normopoiesi giurisprudenziale intorno alle pratiche abortive ammesse, ex art. 1 L. 194/78 ad esclusivo scopo terapeutico e non eugenetico, in quei casi nei quali la gestazione della gravidanza possa esporre la donna ad un grave stato di pericolo.

Trattasi di temi palesemente controversi sui quali le fonti sono state spesso prese in esame in modo unilaterale e sottoposte a manipolazioni che hanno avuto, in certi casi, l'effetto di stravolgerne il senso; credo, per questo motivo, opportuno dare atto dello *status quaestionis* alla luce degli studi più recenti, offrendo una panoramica 'neutra' di un'affascinante e pericolosa 'provincia' del diritto romano, spesso esplorata alla ricerca di una conferma alle proprie pregiudiziali ideologiche.

§1.2. *Persona, homo, conceptus*: una complessa distinzione semantica.

Per riflettere sullo statuto del *conceptus* e delinearne la condizione giuridica è indispensabile interrogarsi sulla categoria o sarebbe meglio dire sul disposi-

tivo<sup>11</sup> di *persona* che rappresenta, come ha osservato il Bucci<sup>12</sup>, il punto di rottura più profondo tra il mondo giuridico di matrice greca-romana e quello mediorientale.

Di questo dispositivo non può, innanzitutto, non colpire la longeva fortuna che l'ha accompagnato nei secoli e che viene acutamente analizzata da Roberto Esposito, il quale ne ravvisa la ragione in più motivi: *in primis*, l'essere «un punto di incrocio e di tensione produttiva tra linguaggio teatrale, prestazione giuridica e dogmatica teologica»<sup>13</sup> con ciò «l'idea di persona sembra incorporare un potenziale di senso talmente denso e variegato da risultare irrinunciabile nonostante tutte le sue, anche cospicue, trasformazioni interne»<sup>14</sup>.

A questi motivi se ne aggiungerebbe un altro, di certo non meno pregnante, ossia la necessità avvertita, dopo il secondo conflitto mondiale, di ricostruire quel nesso tra ragione e corpo che il nazismo aveva cercato di spezzare in un catastrofico tentativo di riduzione della vita umana alla sua nuda falda biologica<sup>15</sup>, evidenziando così come il corpo rappresenti «il luogo cruciale dell'alleanza fra saperi e poteri e del

<sup>11</sup> R. ESPOSITO, *Il dispositivo della persona*, in A. CORBINO – M. HUMBERT – G. NEGRI (cur.), *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana*, Pavia 2010, 49.

<sup>12</sup> O. BUCCI, *Persona e persona giuridica fra principio di responsabilità e principio di mediazione nella tradizione greco-romano-giudaico/ellenistico-cristiana*, in *Studi in onore di Augusto Sinagra*, V – Miscellanea, Perugia 2013, 217 ss.

<sup>13</sup> ESPOSITO, *Il dispositivo* cit. 49.

<sup>14</sup> ESPOSITO, *Il dispositivo* cit. 49.

<sup>15</sup> cfr. ESPOSITO, *Il dispositivo* cit. 50. Sul punto la bibliografia è sterminata, basti rinviare alle indimenticabili pagine di P. LEVI, *Se questo è un uomo*, Torino 1981.

gesto si limita, viceversa, a puntualizzare, in linea generale, l'estraneità dei nati privi di fattezze umane dal novero dei *liberi*, e si preoccupa dunque, in armonia con la sua collocazione nel titolo *De statu hominum*, di rapportare la nozione di *liberi* a quella di *homines*.

È, perciò, indubbio il ricorrere di un adeguamento dell'originale paolino a questa più generale tematica.

I due testi presentano, d'altra parte, piena analogia di struttura nella distinzione tra il *partus* mostruoso e quello che *membra humanorum officia duplicavit* o *amplavit* (termine, quest'ultimo, sostituito all'altro dai Compilatori, per designare, evidentemente, un'estensione dell'ambito relativo alla richiamata anomalia), computabile a favore della madre (*Pauli Sent.* 4.9.3) in quanto rientrante tra i *liberi* (*Paul.* 4 *sent.* D. 1.5.14).

Una visione diversa, anzi opposta, si riscontra in Ulp. 4 *ad l. Iul. et Pap.* D. 50.16.135<sup>46</sup> dove si afferma che anche i *portentosum vel monstrum vel debilem*.

La circostanza è stata variamente giustificata.

In contrasto, infatti, con l'indirizzo che ha ritenuto senz'altro frutto di interpolazione l'intera seconda parte *et magis .... debet*<sup>47</sup>, si è andata affermando la tendenza a considerare il frammento genuino nel suo complesso, supponendo un contrasto di opinio-

<sup>46</sup> Il passo è ritenuto interpolato da *et magis* al termine a detta di KÜBLER, *Über das ius liberorum*, cit., 159 s., mentre DALLA, *D. 50.16.135* cit., 351 ritiene di fattura bizantina la chiusa *neque...debet*, che contiene una giustificazione priva in sé, d'incidenza, sulla regola indicata nel frammento.

<sup>47</sup> Punto di vista questo, che fu sviluppato soprattutto da KÜBLER, *Über das ius liberorum*, cit., 159.

Si tratta di passi resi oggetto in dottrina di notevoli controversie interpretative<sup>45</sup> ma capaci, se posti in adeguata correlazione tra loro, di offrire un sostanziale chiarimento.

Cominciamo, dunque, ad osservare che Paul. 4 *sent.* D. 1.5.14, pur estrapolato dal medesimo contesto, presenta varianti significative rispetto alla versione che si incontra nelle *Pauli Sententiae*.

Risulta omessa, infatti, la prima parte *mulier .... proficit* e mancano le parole *quia hac ratione*, alla cui soppressione si accompagna un cambiamento sintattico, in quanto *videtur* assume *partus* (usato, con piena evidenza, per designare il nato) come soggetto, con conseguente modifica di *effectum* in *effectus*.

Particolare significato assume, però, la modifica della chiusa, dalla quale emerge con chiarezza il fatto che il testo in questione, inserendosi nel titolo *Ad senatus consultum Tertullianum* e, quindi, nella tematica relativa al *ius trium liberorum*, si incentra sulla possibilità di computare il nato a tal fine e, dunque, sul collegamento della nascita ad un vantaggio per la madre.

Il senso del frammento che s'incontra nel Di-

---

di Ulpiano e la sua convinzione che anche lo schiavo fosse capace di rendere *religiosus* il luogo nel quale fosse stato sepolto. di ciò tenendo conto, si può osservare come, la definizione che Ulpiano dà di *ostentum* in Ulp. 25 *ad ed.* D. 50.16.38 gli è utile per risolvere la problematica della sacralità del luogo di sepoltura, sacralità senz'altro negata qualora l'*ostentum* sia equiparabile ad un *prodigium*: regola, questa, puntualizzata dal O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, Lipsiae 1889, 110: "locus in quo ostentum sepelitur religiosus non fit". In tema di sepolture v. A. PALMA, s.v. *Sepolcro e Sepoltura. Sepolcro (Diritto romano)*, in *ED.* XLII, 12-17.

<sup>45</sup> R. AMBROSINO, *In tema di interpolazioni*, in *RIL.* 73 1 (1940), 1 ss.; IMPALLOMENI, *Scritti*, cit., 277.

confitto fra soggettività e disciplinamento che sta al cuore dell'impresa epistemologica occidentale»<sup>16</sup>.

La domanda profonda che si pone innanzi a questa prospettiva è se la categoria di *persona* nelle sue molteplici manifestazioni sia stata in grado di ricostruire quella connessione tra diritto e vita in una forma che renda effettivi (ed efficaci) i diritti umani<sup>17</sup>.

Tentando di dare una risposta a simili quesiti essenzialmente filosofici, ed evitando di aprire la complessa questione etimologica del termine, è evidente la necessità di tornare al diritto romano per cogliere il nucleo costitutivo della *persona* nella sua spazialità storica, vista la pregnanza della radice giuridica del concetto.

È proprio nella codificazione giuridica romana che risiede la sistemazione più potente della metafisica della persona prodotta dal pensiero moderno e contemporaneo e la celebre *summa divisio* gaiana *de iure personarum* ne costituisce la più classica testimonianza:

*Et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi* (Gai 1.9).

Dall'analisi della *persona* emerge il nesso strettissimo tra quest'ultima e il *conceptus* nel mondo romano, come testimoniato da una *constitutio* emanata nel 528 d.C., ed accolta in C. 3.28.30.1:

---

<sup>16</sup> G. BONACCHI, *Corpo e storia*, in ID. (cur.), *Dialoghi di bioetica*, Roma 2003, 38.

<sup>17</sup> Cfr. RODOTÀ, *Il diritto* cit. 140 ss.

*Sin vero vel praeterierint aliquam eorum personam iam natam vel ante testamentum quidem conceptam, adhuc vero in ventre constitutam, vel exheredatione vel alia eorum mentione facta nihil eis penitus relinquerit, tunc vetera iura locum habere sancimus, nullam ex praesenti promulgatione novationem vel permutationem acceptura,*

volta ad imporre, come il passo precisa nel proemio, alle persone, *quae testamentum quasi inofficiosum vel alio modo subvertendum quaeri poterant* di agire de *implenda legitima portione* (C. 3.28.30 pr.), così accomunando in un'unica previsione normativa i soggetti *iam nat[us] vel ante testamentum quidem concept[us]* e quelli *vero in ventre constitut[us]*.

Il lessico mostra che nella prospettiva adottata dai Compilatori gli esseri *in utero* venivano fatti rientrare nel novero delle *personae* e, dunque, dei fruitori di quello *ius quod ad personas pertinet* cui accenna *Inst.* 1.2.12:

*Omne autem ius quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones. ac prius de personis videamus. nam parum est ius nosse, si personae, quarum causa statutum est, ignorentur,*

sulla falsariga del richiamato passo gaiano.

Si deve aggiungere che *persona* non può qui intendersi altro che nella sua più concreta accezione, ossia con riferimento ad essere umano, considerato sia nello stadio successivo alla nascita che in quello prenatale di *conceptus*.

Il Melillo ha sottolineato il valore generico di quest'ultimo termine e quello ben più articolato di *persona*, idoneo a caratterizzare il ruolo dell'individuo

*Non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur: veluti si mulier monstrosam aliquid aut prodigiosum enixa sit. partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit, aliquatenus videtur effectus et ideo inter liberos connumerabitur* (Paul. 4 sent. D. 1.5.14),

*Quaeret aliquis, si portentosum vel monstrosam vel debilem mulier ediderit vel qualem visu vel vagitu novum non humanae figurae, sed alterius, magis animalis quam hominis, partum, an, quia enixa est, prodesse ei debeat? et magis est, ut haec quoque parentibus prosint: nec enim est quod eis imputetur, quae qualiter potuerunt, statutis obtemperaverunt, neque id quod fataliter accessit, matri damnum iniungere debet* (Ulp. 4 ad l. *Iul et Pap.* D. 50.16.135),

nonchè

*Ostentum Labeo definit omne contra naturam cuiusque rei genitum factumque. duo genera autem sunt ostentorum: unum, quotiens quid contra naturam nascitur, tribus manibus forte aut pedibus aut qua alia parte corporis, quae naturae contraria est: alterum cum quid prodigiosum videtur, quae Graeci φαντασµατα vocant* (Ulp. 25 ad ed. D. 50.16.38)<sup>44</sup>.

<sup>44</sup> IMPALLOMENEI, *Scritti*, cit., 285, una volta messo in evidenza il fatto che nel diritto romano classico era pacifica la tesi dell'incapacità dell'essere mostruoso di rendere religioso il luogo di sepoltura, pose il passo in esame in correlazione con Ulp. 25 ad ed. D. 11.7.2 pr.: *locum in quo servus sepultus est religiosum esse aristoteles ait*; entrambi i testi sono tratti dal venticinquesimo libro *ad edictum*: circostanza, questa, dalla quale si può dedurre l'interesse

*Mulier si monstruosum aliquid aut prodigiosum enixa sit, nihil proficit: non sunt enim liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur. 4. Partum qui membrorum humanorum officia duplicavit, quia hoc ratione aliquatenus videtur effectum, matri prodesse placuit*<sup>43</sup>,

<sup>43</sup> Sul punto interessanti le osservazioni di B. KÜBLER, *Über das Jus liberorum der Frauen und die Vormundschaft der Mutter in Breitag zur Geschichte der Rezeption des römischen Rechts in Ägypten*, in *ZSS.* 30 (1909), 160. Più di recente il Guarino, *Diritto privato*<sup>2</sup>, cit., 270, sostiene che, probabilmente, i giuristi classici, con talune varianti abbastanza significative, furono nei riguardi degli individui menzionati nel passo, «piuttosto rigorosi nel negare ad essi ogni considerazione ai fini della soggettività; in diritto postclassico si fece luce, invece, una tendenza largheggiante, almeno nel senso che anche i figli mostruosi potessero far numero con gli altri figli per il riconoscimento alla madre del *ius liberorum*, cioè dei benefici concessi, (...) a chi avesse un certo numero minimo di figli». G. IMPALLOMENEI, *In tema di vitalità e forma umana come requisiti essenziali della personalità*, in *scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova 1996, 282, pone in rilievo il venir meno del *ius trium liberorum* in età giustiniana per osservare che, nascendo coeve indicazioni di benefici collegati al numero dei figli, Ulp. 4 *ad L. Iuliam et Papiam* D. 50.16.135 e Paul. 4 *Sent* D. 49.3.4 «potrebbero avere meno carattere storico; essi però nel contempo starebbero anche ad indicare, per queste tristi contingenze, una certa umanità del legislatore: ne conseguirebbe quasi un suggerimento d'ordine legislativo per l'interprete a propendere in caso di incertezza, circa eventuali questioni concrete per la soluzione più benevola». inoltre c. medici, *ricerche sulla tutela mulierum*, [boa.unimib.it](http://boa.unimib.it), 279, pensa, richiamando l'opinione di Ulpiano che «questi neonati, entro certi limiti, potessero giovare alla madre». Per ulteriori osservazioni M. CARBONE, *L'affidamento della tutela alla madre: da Teodosio I (CTh. 3.17.4) a Giustiniano (Nov. 118.5)*, in *Iuris Antiqui Historia* 5 (2013), 125 ss.

all'interno di un contesto: circostanza, questa, da lui valorizzata per vedere nella «concretezza della categoria di *persona* quale portatore di un ruolo organico alle strutture [...] un concetto forte e realistico, sia nell'ordinamento degli strati sociali, sia nella indicazione della mobilità nella società romana»<sup>18</sup>.

In merito al rapporto *persona* e *homo* appaiono di particolare interesse le considerazioni offerte dallo Stolfi, il quale considera imperfetta la coincidenza tra *persona* e *homo* nel diritto classico, per concludere nel senso che «lo scarto tra la vivente concretezza dell'uomo e l'astrazione della persona avrebbe segnato l'intera storia giuridica dell'Occidente, lungo l'itinerario tracciato dal suo carattere formale d'impronta umana»<sup>19</sup>.

Dando, dunque, per acquisito il rinvio al *conceptus* attraverso l'utilizzo del vocabolo *persona*, i principi elaborati dai giuristi in merito alla figura del concepito, che quivi interessano, sono enunciati nel primo libro, titolo quinto «*De statu hominum*», dei *Digesta* giustiniani, e ripresi dai Compilatori bizantini nell'ultimo libro; essi sono riconducibili ad una tradizione dottrinale di lunga durata e trovano pieno sviluppo nell'*edictum* del pretore e nella giurisprudenza classica.

<sup>18</sup> MELILLO, *personae e status* cit. 13. circa la frequenza nelle fonti dell'utilizzo sinonimico tra *persona* e *homo* cfr. C. FADDA, *Diritto delle persone e della famiglia*, Napoli 1910, 7 ss.; G. IMPALLOMENEI, voce *Persona fisica (diritto romano)*, in *NNDI.* 12 (1965), 1015 (= *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova 1996, 133); R. ORESTANO, *Il "problema delle persone giuridiche" in diritto romano*, Torino 1968, 7 ss. e nntt. 5; 6.

<sup>19</sup> E. STOLFI, *La nozione di "persona" nell'esperienza giuridica romana*, in *Filosofia Politica* 3 (2007), 379; ID., *Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari*, Bologna 2010, 139 ss.

La discriminazione che i moderni hanno operato, e continuano ad operare, tra il nascituro e il nato è stata resa possibile attraverso l'utilizzo, come rileva il Catalano<sup>20</sup>, di pure astrazioni moderne, disancorate della materialità del concepito, configurabili nella “personalità giuridica” e nella “capacità giuridica”, concetti nella loro dimensione formalistica estranei alla riflessione giuridica romana.

Il termine più frequentemente utilizzato dalle fonti per indicare il concepito è, infatti, la perifrasi *qui in utero est*, che descrive un'entità ontologicamente concreta ed individuata, rinviando ad una situazione profondamente radicata nel reale, priva di qualsivoglia sovrastrutture concettuale.

Fenomeno, dunque, più che qualità giuridica.

Accanto a questa espressione vengono utilizzati altri termini per esprimere il nascituro, ma tutti permeati di sensibile concretezza: da quello di *partus*, che sottolinea la continuità tra il nascituro e il nato attraverso l'*iter* maieutico, al termine *venter* riscontrabile nel seguente passo ulpiano dove si vede come nell'interesse della *res publica*, il pretore avrebbe dovuto favorire colui che stava nel ventre della madre ancor più di quanto doveva favorire il fanciullo:

*Et generaliter ex quibus causis carbonianam bonorum possessionem puero praetor dare solitus est, ex hisdem causis ventri quoque subvenire praetorem debere non dubitamus, eo facilius, quod favorabilior est causa partus quam pueri: partui enim in hoc favetur, ut in lucem producat, puero, ut in familiam inducatur: partus e-*

<sup>20</sup> P. CATALANO, *Il concepito “soggetto di diritto” secondo il sistema giuridico romano (bozza non corretta)*, in [www.scienzaevita.org](http://www.scienzaevita.org), 2.

preso nella comunità e nella vita di relazione. L'uso del termine *incaescentis* sembra riferirsi anche alla scelta del sesso già operata per impulso personale, nonché al sentimento intimo personale di appartenenza a quello, che abitualmente corrisponde al cosiddetto sesso sociale.

In Ulp. 3 *ad sab.* D. 28.2.6.2:

*Hermaphroditus plane, si in eo virilia praevalent, postumum heredem instituere poterit,*

dove il problema è l'istituzione ereditaria del postumo come erede, il giurista stabilisce l'identità del sesso maschile sulla base del riscontro degli attributi virili e, quindi, differentemente al caso precedente, sulla base del sesso morfologico (*si in eo virilia praevalent*).

Tali considerazioni appaiono corrispondenti alla diversa tematica evocata nei due passi.

Nel contemplare la funzione testimoniale, provvista di valenza pubblicistica, il giurista sembra, infatti, riferirsi al collegamento suscettibile di costituirsi tra aspetto morfologico e intima consapevolezza del sesso.

Nell'ipotesi della possibilità per l'ermafrodito di istituire erede il postumo, cioè di dare realizzazione ad un istituto di diritto successorio accessibile all'ascendente di sesso maschile, Ulpiano afferma invece che l'ermafrodito può sicuramente istituire erede il postumo *si in eo virilia praevalent*, prevedendo una condizione illuminante e, nel caso specifico, decisiva in rapporto alla stessa applicabilità della disciplina evocata.

A riguardo dell'essere mostruoso presentano particolare interesse *Paul. Sent.* 4.9.3-4:

dell'osservatore<sup>42</sup>, anche se i criteri ai quali ispirarsi nel mondo romano nella definizione del sesso non risultano codificati in termini precisi e puntuali.

Ciò è dovuto, verosimilmente, sia alla difficoltà implicita in una tale opera definitoria, sia al fatto che, nella valutazione del sesso, i criteri di individuazione dei sessi vengono adattati ai diversi istituti, prevalendo talvolta l'esigenza di dare maggior importanza ai caratteri sessuali morfologici, talaltra anche ad elementi diversi, suscettibili di contribuire all'identificazione dell'individuo in quanto maschio o femmina.

In Paul. 3 *sent.* D. 22.5.15.1:

*Hermaphroditus an ad testamentum adhiberi possit, qualitas sexus incalescentis ostendit,*

dove si fa riferimento alla chiamata a testimoniare per un testamento, il giurista sembra indirizzarsi alla determinazione del sesso, oltre che sulla base di caratteri primari e secondari, anche su quella del ruolo e del comportamento che l'ermafrodito ha di fatto intra-

<sup>42</sup> CRIFÒ, «*Prodigium*», cit., 117 osserva, con convincente rilievo, che «nella compilazione giustiniana, il passo ulpiano di D. 1.5,10 ha assunto una collocazione del tutto diversa rispetto all'originale e tale da conferirgli grandissimo rilievo. Esso viene infatti utilizzato nella costruzione del titolo *de statu hominum* nel quale, come è noto, si raccolgono le coordinate fondamentali del sistema, ancorato nell'affermazione che "*hominum causa omne ius constitutum est*" (D. 1,5,2)». nel quadro di una complessa valutazione dei vari *status* l'a. conclude che tanto per i classici, quanto per i giustiniani l'ermafrodita si inquadra in una disciplina diretta al «riconoscimento della personalità, attribuzione della capacità, normalità del fenomeno nel quadro fondamentale della condizione umana considerata *sub specie iuris*».

*nim iste alendus est, qui et si non tantum parenti, cuiusse dicitur, verum etiam rei publicae nascitur* (Ulp. 41 *ad ed.* D. 37.9.1.15).

Dunque, il nascituro era denominato attraverso una molteplicità di accezioni terminologiche altamente sinonimiche come *qui in utero est*, *venter* e *pars viscerum matris*: il punto di vista da cui veniva considerata giuridicamente la realtà del *partus* dipendeva dal *commodum* del concepito; in ogni caso quest'ultimo veniva pensato come individuo a sé stante, distinto dal corpo materno e, per di più, titolare di autonomi interessi meritevoli di tutela.

Le testimonianze al riguardo sono molteplici e foriere di spunti di riflessione: si pensi ad una discussa *lex regia*<sup>21</sup> che vietava di seppellire la donna morta in

<sup>21</sup> La *lex* è attribuita a Numa in FIRA, I, Firenze 1968, 12, ma da molti autori, come G. FRANCIOSI (a cura di), *Leges regiae*, Napoli 2003, 209 e E. BIANCHI, *Per un'indagine sul principio conceptus pro iam nato habetur (fondamenti arcaici e classici)*, Milano 2009, 22, non trova esatta collocazione. Su questa legge si vedano M.V. SANNA, *Spes nascendi – spes patris*, in *AUPA*. LV (2012), 521 ss.; P. GIUNTI, *Adulterio e leggi regie. Un reato fra storia e propaganda*, Milano 1990, 102 nt. 89; G. OLIVIERO, *Il diritto di famiglia delle leges regiae*, in *SDHI*. 74 (2008), 570. Sull'attendibilità delle *leges regiae* v. R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica* (Torino 1967) 71 s., che ha ritenuto assolutamente inattendibile la tradizione sull'attività legislativa dei re per l'evidente fenomeno della «concentrazione» [intorno ad un unico personaggio, reale o fittizio, di tutti gli istituti e le azioni che si reputano conformi al suo carattere; sul tema, part., V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, rist. an. (Napoli 1989) 3] e per le chiare «anticipazioni» (anche relativamente alla forma in cui le relative norme sarebbero state poste, arrivandosi a parlare di *leges* votate dai comizi, facendo quindi risalire ai primordi dell'epoca regia un tipo di produzione normativa che non ha avuto inizio prima della seconda metà del V sec. a.C.) ed ha dunque visto nelle *leges regiae* «la formulazione verbale, anche se talvolta assai risalente nel

stato di gravidanza prima che fosse estratto il *partus*, come testimonia il giurista Marcello in 28 *dig. D.* 11.8.2)<sup>22</sup>.

*Negat lex regia mulierem, quae praegnans mortua sit, humari, antequam partus ei excidatur: qui contra fecerit spem animantis cum gravidas peremise videtur.*

Dello stesso indirizzo altri due testi per i quali la donna incinta non poteva né essere messa a morte

---

tempo, di precetti consuetudinari, soprattutto di carattere religioso»; in senso contrario alla storicità delle *leges regiae* si era già orientato J. CARCOPINO, *Les prétendues «lois royales»*, in *Mélanges d'archéologie et d'histoire* 54 (1937) 344 ss.; di diverso avviso S. TONDO, *Introduzione alle leges regiae*, in *SDHI*. 37 (1971) 25 ss., 44, che si è espresso per la sostanziale genuinità di alcune *leges regiae* pervenuteci in forma di «citazione testuale»; A. WATSON, *Roman private law and the leges regiae*, in *JRS*. 62 (1972) 100 ss., il quale ha sostenuto che «the rules for private law recorded by the tradition actually give us, in general, the substance of Roman law as it was in the regal period»; F. SERRAO, s.v. *Legge*, in *ED*. XXIII (1973) 800 [= *Classi partiti e legge nella repubblica romana I* (Pisa 1975) 20 s., ora in *Diritto privato economia e società nella storia di Roma I* (Napoli 1984) 101].

<sup>22</sup> Cfr. SANNA, *Spes nascendi* cit. 521 nt. 3 a detta della quale l'estrazione del feto veniva praticata con un cesareo che, per poter salvare la vita del figlio, doveva avvenire subito dopo la morte della madre; F. MARINO, *D. 41.4.2.16 di Paolo: un caso di ius singularare*, in *Index* 27 (1999), 384, il quale ritiene che nell'antichissima norma sacrale che proibiva di seppellire la madre incinta prima dell'estrazione del feto – allo scopo di salvarle la vita, secondo la spiegazione di del giurista Marcello – non si precisa l'avvenuta morte della madre prima dell'estrazione, ma ciò sarebbe sottinteso, in quanto è da escludere che nell'antichità si procedesse a taglio cesareo come intervento terapeutico su gestante in vita. Sulla nascita del parto cesareo M. BETTINI, "Non nato da donna". *La nascita di Cesare e il parto cesareo nella cultura antica*, in *Index* 40 (2012), 211 ss.

ed infine,

*Hermaphroditus plane, si in eo virilia praevalerent, postumum heredem instituere poterit* (Ulp. 3 *ad Sab. D.* 28.2.6.2)<sup>41</sup>.

Nei tre testi è evidente il mutato atteggiamento che le fonti riservano all'ermafrodito, una volta superata la connessione in precedenza instaurata tra questi ed il presagio funesto di cui poteva essere portatore.

I medesimi frammenti dimostrano, altresì, che la Giurisprudenza prese in esame il problema dell'intersessualità, cercando di precisare, nell'oggettiva difficoltà della pratica, alcuni criteri utili per la differenziazione del sesso e di stabilire una regola di riferimento di difficile definizione, data la multiforme espressività morfologica che l'ermafroditismo presenta fin dalla nascita e la molteplice complessità degli effetti che si sommano nell'individuo dopo la pubertà.

L'ermafrodito emerge, dunque, quale essere umano portatore di caratteri sessuali primari e secondari insufficientemente differenziati, ma, tuttavia, sufficienti ad orientare, in una certa misura, il giudizio

---

rechtlich dem geschlecht zuzurechnen, das bei ihm das vorherrschende ist ob ein hermaphrodit zulässiger zeuge eines testaments sein kann-wozu er als mann eingestuft werden mußte bestimmt sich gen D. 22,5,15,1 nach der *beschaffenheit des geschlechts, dessen begierde sich in ihm regt*. nach D. 28,2,6,2 kann solch eine person als männlicher erblasser ihr nachgeborenes kind zum erben einsetzen, wenn nur das männliche geschlecht in ihm vorherrschend ist».

<sup>41</sup> cfr. G. EISENRING, *Die römische ehe als Rechtsverhältnis*, Wien 2002, 78.

Per quanto attiene alle fonti giuridiche occorre distinguere l'atteggiamento tenuto dalla Giurisprudenza confronti dell'ermafrodito da quello riservato ai neonati con aspetto ritenuto mostruoso.

Il problema è particolarmente complesso, oltre che affascinante, in quanto investe la tematica dei criteri adottati per definire la mostruosità e il relativo processo di astrazione giuridica.

I giuristi compiono a tal riguardo uno sforzo ermeneutico di tipo classificatorio, dopo aver abbandonato una valutazione arcaica permeata da credenze religiose per la quale l'ermafrodita era visto come *foedum et turpe prodigium*<sup>39</sup>

Per ciò che concerne l'ermafrodito, l'interesse della Giurisprudenza appare volto all'inquadramento di questo soggetto all'interno dell'ordinamento giuridico ai fini del riconoscimento di determinati diritti.

Sono da considerare, a questo proposito, i seguenti passi:

*Hermaphroditus an ad testamentum adhiberi possit, qualitas sexus incalescentis ostendit* (Paul 3 sent. D. 22.5.15.1),

*Quaeritur: hermaphroditum cui comparamus? et magis puto eius sexus aestimandum, qui in eo praevallet* (Ulp. 1 ad Sab. D. 1.5.10<sup>40</sup>),

<sup>39</sup> V.G. CRIFÒ, «*Prodigium*» e diritto: il caso dell'ermafrodita, in *Index* 27 (1999), 115.

<sup>40</sup> Sul testo, si vedano le osservazioni di A. DUNCKER, *Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe. persönliche Stellung von Frau und Mann im Recht der ehelichen Lebensgemeinschaft 1700 – 1914*, Köln 2003, 261, secondo cui: «D. 1,5,10, meint, das in zweifelsfällen ein mensch

né sottoposta a tortura<sup>23</sup>, se non in un momento successivo al parto

*Imperator Hadrianus Publicio Marcello rescripsit liberam, quae praegnas ultimo supplicio damnata est, liberum parere et solitum esse servari eam, dum partum eederet. sed si ei, quae ex iustis nuptiis concepit, aqua et igni interdictum est, civem romanum parit et in potestate patris* (Ulp. 27 ad Sab. D. 1.5.18)

e

*Praegnatis mulieris consumendae damnatae poena differtur quoad pariat. ego quidem et ne quaestio de ea habeatur, scio observari, quamdiu praegnas est* (Ulp. 4 ad Sab. D. 48.19.3).

La stessa accusa di adulterio contro una donna incinta doveva essere azionata *ne quod praeiudicium fieret nato*, come precisato da Paul. 1 *de adult.* D. 37.9.8:

*Si ventris nomine mulier missa sit in possessionem, divus hadrianus calpurnio flacco differendam accusationem adulterii rescripsit, ne quod praeiudicium fieret nato.*

Da rilevare, poi, che al concepito, non propriamente alla madre, erano dovuti gli alimenti e per questo operava il *curator ventris*<sup>24</sup>

<sup>23</sup> C. RUSSO RUGGERI, *L'acquisizione della prova per tormento e le leges de maiestate*, in *Jaroslavl-Mosca, 25-30 giugno 2003*, vol. 1, p. 63-72, Mosca 2004, 2 ss.

<sup>24</sup> M.P. BACCARI, *Curator ventris. Il concepito, la donna e la res publica tra storia e attualità*, Torino 2012, 10 ss.

*Curator ventris alimenta mulieri statuere debet. nec ad rem pertinet, an dotem habeat, unde sustentare se possit, quia videntur quae ita praestantur ipsi praestari qui in utero est (Gai 14 ad ed. provinc. D.37.9.5).*

§1.3. *I requisiti della persona umana: vita, vitalità ed aspetto umano.*

Le esigue conoscenze mediche e naturalistiche del mondo romano<sup>25</sup> in associazione con la profonda influenza esercitata dal "pensiero magico" pagano hanno reso la vita in utero insondabile ed avvolta da una coltre di mistero, proprio per queste circostanze il nascituro avrebbe potuto essere considerato ontologicamente *homo* solo dopo averne accertate alcune caratteristiche di carattere naturalistico e più precisamente: il distacco completo dalla madre, il possesso della vita e l'aspetto umano; i giuristi classici hanno, così, elaborato attraverso la loro *interpretatio* una serie di parametri ermeneutici riguardanti: la durata della gravidanza, il concetto della vitalità e il requisito della forma umana.

In merito ai due requisiti della vita e della vitalità le fonti si soffermano su alcuni passi particolarmente significativi: l'uno escerpito dal commento paolino alla *Lex Iulia et Papia*

<sup>25</sup> Sullo sviluppo della medicina nel mondo romano cfr., da ultimo, C. PENNACCHIO, *Della Medicina. Storia breve di poche idee di salute, malattia, medicinali e archiatri nelle fonti e nella letteratura non medica*, Napoli 2012, 10 ss.

cisa Ulpiano, fosse più simile ad un animale che a un uomo

*Quaeret aliquis si portentosum vel monstrosum vel debilem mulier ediderit vel qualem visu vel vagitu novum, non humanae figurae, sed alterius, magis animalis quam hominis, partum, an, quia enixa est, prodesse ei debeat? Et magis est, ut haec quoque parentibus prosint: nec enim est quod eis imputetur, quae qualiter potuerunt, statutis obtemperaverunt, neque id quod fataliter accessit, matri damnum iniungere debet (Ulp. 4 ad l. iul. et pap. D. 50.16.135).*

È interessante soffermarsi proprio sul molteplice utilizzo del termine *monstrum* – sia nelle fonti letterarie che in quelle giuridiche – che pur non essendo caratterizzato da un significato univoco, ha, in genere, comunque, il senso di segno incredibile e terrificante, e, più specificamente, di fenomeno contro natura.

Nelle fonti letterarie *monstra* sono, appellati, non solo le creature infernali e gli esseri terrificanti<sup>35</sup>, ma anche i neonati malformati<sup>36</sup> e l'androgino<sup>37</sup>; ciò che sorprende al riguardo<sup>38</sup> è la circostanza che gli eventi straordinari che si verificano nella vita umana in tema di parto, differentemente da quelli che riguardano la natura, non hanno trovato nei testi letterari una collocazione terminologica specifica.

<sup>35</sup> Ov. *Met.* 15.571; 2.367; 2.675; 8.156; 14.60; 4.591.

<sup>36</sup> Luc. 1.562; Val. Max. 1.6.5; Plin. *Nat. Hist.* 7.34.

<sup>37</sup> Cic. *div* 1.98.

<sup>38</sup> D. DALLA, *Status e rilevanza dell'ostentum*, in "Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino", II, Napoli 1984, 519 (= *Ricerche di diritto delle persone*, Torino 1995, 29 s.).

re da modeste alterazioni della morfologia corporea a gravi malformazioni, suscettibili di alimentare un concetto di mostruosità comunque modellata, inevitabilmente, sul discostarsi di un determinato essere da specifici parametri di riferimento<sup>32</sup>.

Le anomalie della forma e dello sviluppo corporeo vengono definite nelle fonti mediante il ricorso a termini "*ostentum*", "*portentum*", "*prodigium*" e "*monstrum*"<sup>33</sup>, che mutuano dal campo semantico degli eventi straordinari naturali.

Come rileva Eva Cantarella<sup>34</sup>, secondo una legge attribuita a Romolo e riportata da Dionigi di Alicarnasso sarebbe stato lecito uccidere il neonato malformato o quello che aveva le caratteristiche di un *teras*, vale a dire di un *monstrum*, ossia di colui che, pre-

<sup>32</sup> A tal proposito cfr. F. MAROI, *L'interpretazione dei "monstra" nella legislazione decemvirale secondo G.B. Vico*, Roma 1925, 7 (= *Scritti Giuridici*, II, Milano 1956, 659 s.). Sull'argomento si vedano le osservazioni di E.M. POLO ARÉVALO, *Conceptus nondum natus en el derecho romano: régimen sucesorio*, Albacete 2002, 49 e nt. 69, la quale elenca una serie di condizioni «que debián concurri en el recién nacido para que fuera considerado jurídicamente persona». Tra le varie condizioni viene ricordata quella per cui il soggetto deve «presentar apariencia de humanidad»: qualità, questa, in relazione alla quale l'a. sottolinea che «no afectan a la apariencia de humanidad algunos defectos físicos presentes en el recién nacido, como la carencia de un miembro», richiamando in proposito Paul. 4 *Sent. D.* 1.6.14; Ulp. 9 *ad Sab. D.* 28.2.12 e Paul *Sent.* 4.9.4 e L. MONACO, *Percezione sociale e riflessi giuridici della deformità*, in A. MAFFI - L. GAGLIARDI (cur.), *I diritti degli altri in Grecia e a Roma*, Sankt Augustin 2011, 400 s.

<sup>33</sup> Sull'argomento cfr. M. MESLIN, *L'homme romain, des origines au 1er siècle de notre ère*, Paris 1978, 79 s. secondo il quale i romani, per meglio orientare le loro azioni, ritenevano di dover correttamente cogliere «le signes envoyés par le dieux».

<sup>34</sup> E. CANTARELLA, *I supplizi capitali in Grecia e a Roma. Origini e funzioni delle pene di morte nell'antichità classica*, Milano 1996, 282.

*Qui mortui nascuntur, neque nati neque procreati videntur, quia numquam liberi appellari potuerunt* (Paul. 1 *ad l. iul. et pap. D.* 50.16.129)<sup>26</sup>,

l'altro rinvenibile in *Pauli Sent.* 4.9.1(2):

*Matres tam ingenuae quam libertinae civis Romanae ut ius liberorum consecutae videantur ter et quater peperisse sufficit, dummodo vivos et pleni temporis pariant.*

Nel primo frammento si nega ai nati morti non solo la qualità di *procreati* ma anche quella di *nati* poiché questi non poterono mai essere considerati *liberi*, con ciò sovrapponendo il dato giuridico a quello naturalistico, provocando un effetto ossimorico, rilevato dalla Terreni<sup>27</sup>, rispetto al precedente *qui ... nascuntur*, dove il verbo *nasci* configura un dato di fatto indipendente rispetto alla situazione individuale (*mortui*) indicata con riferimento ai soggetti di esso protagonisti.

<sup>26</sup> Il frammento è posto a profitto per negare la soggettività giuridica del nascituro, cfr., in particolare, F. LAMBERTI, *Studi sui "postumi" nell'esperienza giuridica romana*, II, [*Profili del regime classico*], Milano 2001, 51 nt.43, ed è analizzato in rapporto agli effetti collegati alla presenza di *liberi* prima dalla *lex iulia et papia poppaea* (G. ROTONDI, *leges publicae populi romani*, [estr. da "enciclopedia giuridica italiana], Milano 1912, 457 s.) e poi, con probabilità, dal *Senatus Consultum Tertullianum*. (E. VOLTERRA, s.v. "*Senatus Consultum*", in *NNDI*. 16 (1969), 1074 [nr. 160]): cfr. M. MEINHART, *Die Senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, Graz – Wien – Köln 1967, 312 ss., recentemente si è espresso sul punto M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino 2011, 388.

<sup>27</sup> C. TERRENI, *Quae Graeci φαντάσματα vocant. Riflessioni sulla vita e la forma umana nel pensiero giuridico romano*, Pisa 2013, 13.

Il Bianchi<sup>28</sup>, recentemente, alla domanda se questi soggetti possano essere considerati per Paolo *in rerum natura* risponde affermativamente.

Lo studioso soffermandosi sull'utilizzo del verbo riflessivo *videntur* evidenzia come il fatto che siano nati morti non esclude l'esistenza di questi soggetti nel periodo gestatorio; il passo ha, infatti, l'esclusivo fine di sancire l'inapplicabilità a *qui mortui nascuntur* della previsione delle leggi *Iulia* e *Papia Poppea*, alle quali è dedicato il commentario paolino da cui è tratto il passo<sup>29</sup>; ove non si voglia pensare ad un'aggiunta bizantina, ipotesi non del tutto peregrina, come ha recentemente ipotizzato la Terreni<sup>30</sup>, è giocoforza vedere in ciò la prova, per un verso, del fatto che il riferimento al *ius liberorum* contenuto nelle leggi appena menzionate era considerato dal giurista di Tiro adeguato a supportare, nell'ipotesi di esito infelice della gravidanza, l'esclusione di entrambi i genitori dai benefici collegati, appunto, al possesso di *liberi* da loro stessi procreati.

Nella seconda testimonianza si richiama l'*editio pleni temporis*, creando un legame eziologico tra capacità di vita e maturità di gestazione, pur se il “combinato disposto” di questi fattori poteva non assicurare, chiaramente, il permanere in vita<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> E. BIANCHI, *Per un'indagine sul principio «conceptus pro iam nato habetur» (Fondamenti arcaici e classici)*, Milano 2009, 322.

<sup>29</sup> Il Lenel lo ritenne inserito nel primo dei dieci libri dei quali l'opera paolina era composta, cfr. O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, 1, 1125 e nt. 4 (n. 928).

<sup>30</sup> TERRENI, *Quae Graecicit.* 13.

<sup>31</sup> E.M. POLO AREVALO, *Presupuestos para la adquisición de la capacidad sucesoria*, in *Homenaje al Profesor M. A. García*, Murcia 2004, 3917.

Si può ascrivere poi al pensiero giustiniano una valutazione del nascituro diversificata rispetto al pensiero giuridico del II e del III secolo d.C. essenzialmente in un punto, cioè nel riconoscimento di quella qualità di *animans* o *animal* che trova corrispondenza nel greco ζῷον ed il cui sussistere era stato negato, in linea di massima, dalla riflessione filosofica stoica dell'età precedente.

Riesce naturale spiegare questo dato in chiave di adattamento, da parte dei Compilatori, dell'immagine del nascituro trasmesso dai giuristi classici – nella cui opera, stando a ciò che di essa possediamo la raffigurazione del nascituro come *mulieris portio ... vel viscerum* costituisce un dato descrittivo privo di significative corrispondenze e sprovvisto di valenza etica e filosofica – a quella proposta dal Cristianesimo, nella cui dottrina in materia l'assunto

τὸ κατὰ γαστρὸς εἶναι,

rappresentava un indiscusso punto fermo, già enunciato come pacifico da Atenagora in funzione di difesa dei cristiani dall'accusa di infanticidio nel *Προσβῆτα περὶ Χριστιανῶν* (35.6) e corrispondente ad una concezione più antica, che i Padri della Chiesa accolsero e riproposero con energia in chiave di fustigazione dei costumi della contemporanea società pagana e, in particolare, delle pratiche abortive.

L'altro presupposto necessario al nato per acquistare un'individualità collegata al possesso di uno *status* era ravvisato nell'aver sembianze umane.

Questo criterio, facile ad enunciarsi in linea teorica, è, in effetti, di ardua definizione, poiché ogni differenza da quanto è considerato “normale” può varia-

dell'ammalato comporta la risarcibilità del danno non patrimoniale che ne è ricavato, anche se l'intervento terapeutico era necessario ed è stato correttamente eseguito, ma se il cliente lamenta anche la lesione alla salute per il mancato consenso dovrà dimostrare che, messo al corrente dei rischi collegati, avrebbe rifiutato di sottoporsi all'intervento»<sup>56</sup>.

L'altra questione sollevata nell'ambito della fattispecie in esame, è rappresentata dalla complessa relazione tra il diritto alla vita ed il diritto all'aborto della donna.

Com'è noto, l'Ordinamento giuridico italiano consente soltanto l'aborto terapeutico e non di certo quello eugenetico (v. art. 1 della l. 194/1978): l'aborto è, cioè, ammesso solo nel caso in cui continuare la gravidanza possa esporre la donna a *grave stato di pericolo*<sup>57</sup>.

Seppure con ogni dovuta precisazione e distinzione, difatti, ed almeno in prima approssimazione, né la legge 194/1978 né la legge n. 40/2004 sembra-

---

<sup>56</sup> La decisione è annotata da F. DI CIOMMO, *Giurisprudenza normativa e "diritto a non nascere se non sano". La Corte di cassazione in vena di revirement?*, in *Danno e resp.*, 2010, 148 ss.

<sup>57</sup> La legge 22 maggio 1978, n. 194, recante *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*, in *Gazz. Uff.*, 22 maggio, n. 140. Il testo integrale dell'art. 1, co. 1, che non ha subito modifiche, è il seguente: "lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio". Prosegue la norma, al co. 2, "l'interruzione volontaria della gravidanza, di cui alla presente legge, non è mezzo per il controllo delle nascite"; ed al co. 3, "lo Stato, le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle proprie funzioni e competenze, promuovono e sviluppano i servizi socio-sanitari, nonché altre iniziative necessarie per evitare che lo aborto sia usato ai fini della limitazione delle nascite".

no prendere in considerazione i diritti del nascituro, nel senso, cioè, che, specialmente nell'ambito dell'aborto, non sembrano assumere la dovuta rilevanza anche le condizioni di salute del feto.

La Corte territoriale di Venezia, nel rigettare la richiesta risarcitoria, ha affermato che, nel giudizio, non sarebbe emersa la prova circa il *grave stato di pericolo* della donna legittimante l'interruzione di gravidanza.

Sul punto, la decisione della S.C. ha, invece, rilevato quanto segue: «in tema di responsabilità del medico per omessa diagnosi di malformazioni del feto e conseguente nascita indesiderata, l'inadempimento del medico rileva in quanto impedisce alla donna di compiere la scelta di interrompere la gravidanza».

Infatti, la legge, in presenza di determinati presupposti, consente alla donna di evitare il pregiudizio che da quella condizione del figlio deriverebbe al proprio stato di salute e rende corrispondente a regolarità causale che la gestante interrompa la gravidanza se informata di gravi malformazioni del feto»<sup>58</sup>.

L'applicazione rigorosa dei presupposti legittimanti l'aborto terapeutico appare quanto mai necessaria, pur nel rispetto dei diritti di libertà individuale,

---

<sup>58</sup> In argomento, tra i numerosi contributi, cfr., in particolare: G. OPPO, *Declino del soggetto e ascesa della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 829 ss.; P. Schlesinger, *La persona (rilevanza della nozione e opportunità di rivederne le principali caratteristiche)*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 379 ss.; ed inoltre, E. SEVERINO, *Sull'embrione*, Milano, 2005, p. 7 ss.; L. LOMBARDI VALLAURI, *L'embrione e le vite diversamente importanti* in *Questioni di bioetica* a cura di S. Rodotà, Roma-Bari, 1993, p. 361 e ss. Si segnala, altresì, il saggio di D. CARUSI, *In vita, «in vitro», in potenza. Verso una donazione dell'embrione soprannumerario?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 2, p. 341 ss.

Si tratta di temi palesemente controversi sui quali le fonti sono state spesso prese in esame in modo unilaterale, talvolta stravolgendone il senso; è perciò opportuno dare atto dello *status quaestionis* alla luce degli studi più recenti, offrendo una panoramica 'neutra' di un'affascinante 'provincia' del diritto romano, spesso esplorata alla ricerca di una conferma alle proprie pregiudiziali ideologiche.

In the recent debate about the juridical status of human embryo, jurists can try to give a contribution through their own knowledge, in order to achieve a multi-disciplinary research method.

In this perspective, also the historian of law can offer an interesting point of view, through an hermeneutical approach which goes from the modern to the ancient times and back again.

In particular, it is important to understand if in the roman classical law the conceived was thought as a human being or rather only as a hope of future life (*spes vitae*), as well as to comprehend the regulation of the physical anomalies of the newborn.

The analysis of the *status quaestionis* will give the opportunity to make a comparison among the different theories on the topic, without ideological prejudices.

ANTONIO PALMA  
Professore ordinario di Istituzioni di diritto romano  
Università degli Studi di Napoli 'Federico II'  
E-mail: antonio.palma@unina.it

atteso che, altrimenti, il rischio è quello di favorire, anche involontariamente, la possibilità di aborti eugenetici (v. artt. 4 e 6 l. 194/78).

La Corte, sulla scorta delle richiamate argomentazioni, conclude, dunque, per l'attribuzione direttamente in favore del nascituro (nel caso di specie, della bimba nata *Down*) del diritto ad essere risarcito per il danno alla salute provocato dal medico ginecologo per l'«omessa diagnosi di malformazioni fetali e conseguente nascita indesiderata», in quanto «l'interesse alla procreazione cosciente e responsabile non è solo della madre, ma altresì del futuro bambino, e ciò anche quando questo si trovi ancora nel ventre materno anche se la lesione inferta al concepito si manifesta e diviene attuale al momento della nascita».

Nel fondare questo peculiare diritto, la decisione tenta di abbandonare la motivazione fondata sul *diritto a non nascere se non sani*, un diritto *negativo*, questo, alla *non vita*, in effetti, di difficile configurabilità (gli argomenti contrari ad un simile diritto sono noti ed in sintesi: l'assenza di soggettività del nascituro, perciò *adespota*; e, come accennato, la circostanza, seppure da approfondire, che né la l. 198 né la l. 40 sembrano prevedere diritti dei nascituri); e dirige, quindi, l'argomentazione nella direzione della tutela del *diritto alla salute* del nascituro<sup>59</sup>.

<sup>59</sup> Numerose disposizioni della l. n. 40 sono state dichiarate incostituzionali da diverse decisioni della Corte (dal 2006 al 2009), con il risultato di un vero e proprio *restyling* giurisprudenziale. Ci si riferisce, in particolare, alla recente decisione di Corte Cost., sent. n. 151 dell'8.5.2009, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 1123 e ss., con commento di G. FERRANDO, *Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte costituzionale*. La Corte, in materia di procreazione assistita e con specifico riferimento

La Corte abbandona, dunque, la controversa questione della *soggettività giuridica* del nascituro e, con essa, dei *diritti adespota*, affermando che il nascituro, appunto, non è il *soggetto*, bensì l' «*oggetto di tutela*», in quanto «l'intero plesso normativo, ordinario e costituzionale, sembra muovere nella direzione del concepito inteso come oggetto di tutela e non come soggetto di diritto (...)» (p. 53)174.

La Corte, quindi, appare fare propria la concezione del feto, secondo il diritto romano, come *portio rei*, ossia parte del *corpo* della donna e, di conseguenza,

---

all'art. 14 della l. n. 40 del 2004, ha statuito quanto segue: «è costituzionalmente illegittimo, per contrasto con gli artt. 3 e 32 della Cost., l'art. 14 della l. n. 40 del 2004, nella parte in cui, fermo restando che le tecniche di produzione non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario, limita tale numero a quello necessario "ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiori a tre". E' costituzionalmente illegittimo, per contrasto con gli artt. 3 e 32 cost., l'art. 14, co. 3, della l. n. 40 del 2004, nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come stabilisce tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna». La citata decisione appare significativa se la si legge in relazione ad un'altra decisione della Consulta di qualche anno precedente, che, con riferimento all'art. 13 della l. n. 40 del 2004 ha, invece, dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 della l. 40/04 sollevata in riferimento agli artt. 2, 3, 32 cost., confermando, dunque, il divieto di diagnosi sugli embrioni da impiantare (ci si riferisce a Corte Cost. ord. 24.10.-9.11.2006, n. 369). Così, come neppure può evadersi il riferimento alla nota decisione della Corte cost. in materia di interruzione della gravidanza (Corte Cost., 18.2.1975, n. 27, in *Foro it.*, 1975, I, 515 ss. In argomento, cfr. G. Casaburi, *Il restyling giurisprudenziale della l. n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giur. mer.*, 2009, 12, p. 3000 e ss.; nonché M. SESTA, *La procreazione medicalmente assistita tra legge, Corte costituzionale, giurisprudenza di merito e prassi medica*, in *Fam. e dir.*, 2010, p. 839 e ss.

compiuto, risultando altrettanto imperfetta ed incompiuta l'intenzione del legislatore<sup>75</sup>.

#### ABSTRACT

La possibilità di intervenire nella fase prenatale dell'essere umano ha acceso un serrato dibattito dottrinale, di natura (bio-)etica circa lo statuto dell'embrione e lo *status* giuridico del nascituro, con inedite decisioni giurisprudenziali circa il trattamento di simili 'beni'.

Appare imprescindibile per qualsiasi giurista che voglia tentare di dare una risposta a detti interrogativi, avvicinarsi alla bioetica ed al biodiritto apportandovi il bagaglio sapienziale maturato nel proprio campo d'indagine, al fine di comporre una metodologia investigativa a carattere multidisciplinare, idonea a fronteggiare gli eterogenei piani di ricerca su cui simili problematiche si muovono.

In questa prospettiva, lo storico del diritto può offrire un contributo di particolare interesse, adottando un parametro ermeneutico che dal moderno perviene all'antico e da quest'ultimo nuovamente al moderno, invertendo il consueto ordine temporaneo rettilineo.

A tal fine, appare utile cercare di capire se il diritto romano classico recepisce una concezione naturalistica, per la quale il nascituro era un essere umano che conduceva nel seno materno il primo stadio della propria esistenza, oppure una di matrice stoica che scorgeva nel feto una semplice speranza di vita futura (*spes vitae*); parimenti, è interessante esaminare quale rilevanza giuridica assumevano, nel mondo romano, eventuali imperfezioni od anomalie fisiche dell'individuo venuto alla luce.

---

<sup>75</sup> Secondo l'invito di E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, spec. p. 324 e ss.; ID., *Teoria generale dell'interpretazione*, II, spec. 858 e ss.

Il compito dell'interpretazione può, difatti, non essere tanto quello di esaminare il testo normativo, seppure alla ricerca della "intenzione del legislatore (come recita l'art. 12 delle preleggi al c.c.), bensì quello di farsi interprete della coscienza sociale.

Esigenza, questa, tanto più avvertita nelle ipotesi in cui il dato normativo è un dato imperfetto ed in-

---

corpo della donna e con l'insorgenza della gravidanza che il diritto alla maternità o meno della donna prevale decisamente sul diritto alla paternità dell'uomo. E tale valutazione trova preciso e puntuale riscontro nella legge 22 maggio 1978 n.194 sull'interruzione volontaria della gravidanza nella quale, il diritto alla interruzione alla gravidanza, nelle varie fasi e ricorrendone i presupposti, è riconosciuto esclusivamente alla madre che ha libertà di autodeterminazione entro i limiti riconosciuti dalla legge". Tuttavia, "in assenza di gravidanza, i diritti di entrambi i genitori alla paternità ed alla maternità ed i diritti sugli embrioni crioconservati, devono necessariamente essere considerati paritetici e ricevere pari tutela e dignità, per il principio già enunciato del diritto alla libera ed incoercibile autodeterminazione alla procreazione". La decisione cita, poi, la Corte App. del Tennessee del 13.9.1990: "ritenuto che gli ovuli umani fecondati ma non impiantati e crioconservati sono, sul piano biologico e giuridico, entità ben diversa dagli embrioni già allocati nell'utero materno, e che gli stessi embrioni, per quanto vitali, non godono della stessa tutela legale e non hanno le stesse prerogative giuridiche della persona nata viva, e, considerato altresì che il diritto a procreare o di non procreare è costituzionalmente garantito, specie qualora non vi sia in atto una gravidanza, sarebbe in netto contrasto con il diritto a non procreare riconosciuto anche al genitore di sesso maschile, la concessione del diritto di custodia e di disposizione degli embrioni, come sopra descritti, alla sola madre: entrambi i genitori hanno infatti sugli ovuli fecondati e crioconservati un identico potere di disposizione e custodia da esercitarsi congiuntamente". In senso critico, v. F.D. BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 459 e ss.

destinato a condividere le medesime esigenze e finalità di protezione del diritto alla salute della donna.

In estrema sintesi, la Corte ritiene, tuttavia, superabili queste argomentazioni (ed altre contrarie ancora), affermando la legittimazione del minore in proprio all'azione risarcitoria, in caso di malformazione incurabile (quale la sindrome di *dawn*), riconoscendo a «*qui in utero est* (...) la natura di soggetto di diritto ovvero, del tutto specularmente, di oggetto di tutela *sino al momento della sua nascita*» (p. 36).

La Corte supera ogni obiezione e questione inerente la discussa soggettività del nascituro (*sic* dell'embrione), considerando con fermezza il nascituro non il «soggetto della tutela» bensì l'«oggetto della tutela»: «è tanto necessario quanto sufficiente, di converso, considerare il nascituro oggetto di tutela, se 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.

Nessuna rilevanza, in positivo o in negativo, pare assumere all'uopo il pur fondamentale principio della centralità della persona, universalmente riconosciuto e tutelato a qualsiasi livello normativo, ma inidoneo ex se a rientrare nel novero delle vere e proprie "clausole generali" (...)» (p. 42); continua la decisione, «(...) né è conferma lo storico *dictum* della Corte costituzionale di cui alla sentenza del 18.2.1975 n. 27, predicativa del fondamentale principio della non 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 diventare» (p. 43).

Il fondamento di un simile diritto è rinvenuto negli artt. 2, 3, 29, 30 e 32 Cost.: la lesione lamentata dal minore malformato, difatti, «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».

Non viene, dunque, in rilievo la nascita, bensì «la futura vita handicappata intesa nella sua più ampia accezione funzionale di una vita che merita di essere vissuta meno disagievolmente»<sup>60</sup>.

<sup>60</sup> Utile è il riferimento alla questione di costituzionalità della legge n. 40 in relazione al divieto di fecondazione eterologa. È noto, difatti, che nell'ambito dell'ordinamento, *de iure condito*, è ammessa solo la fecondazione omologa, non, invece, quella eterologa, ossia praticata con ovuli o seme donati da persone estranee alla coppia. Tuttavia, prima il Tribunale di Firenze, ord. 13.9.2010 e il Trib. di Catania, ord. 21.10.2010, in *fam. e dir.*, 2010, p. 1625 ss.; più di recente, il Tribunale di Milano, ord. 21.2.2011 (inedita), hanno sottoposto al vaglio della Consulta la questione di costituzionalità dell'art. 4, co. 3, della l. n. 40 del 2004, per possibile contrasto con gli art. 3 e 117, co. 1, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 della CEDU, nella parte in cui è esclusa la possibilità di ricorrere a tecniche di fecondazione di tipo eterologo. Altra questione è stata, poi, sollevata dinanzi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo da una coppia italiana affetta da fibrosi cistica, una malattia genetica che si trasmette al nascituro. La coppia, pertanto, ha manifestato la volontà di poter ricorrere alla fecondazione in vitro attraverso uno "screening embrionale". La legge 40, difatti, non consente a simili coppie di ricorrere alla fecondazione in vitro, pratica riservata, come indicato nelle richiamate linee guida, solo alle coppie sterili o a quelle in cui il partner maschile abbia una malattia sessualmente tra-

me diritto svincolato e libero da qualsivoglia intervento pubblico o privato diretto a coercire o condizionare il singolo nell'esercizio concreto di tale diritto". Nella fattispecie, le argomentazioni svolte conducono all'affermazione del riconoscimento del diritto alla libera scelta di procreare o meno sia da parte della (...), che dalla parte del (...), ma, trattandosi di procreazione medicalmente assistita, con i limiti derivanti dalla necessità di rispettare gli altri valori fondamentali costituzionalmente garantiti, tra i quali in primo piano, il diritto del nascituro a fruire e godere della doppia figura genitoriale, per essere istruito, educato e mantenuto da entrambi i genitori, nell'ambito di un contesto di coppia, per la garanzia di un equilibrato ed armonico sviluppo psico-fisico. In assenza di tale comprovato presupposto, la libera autodeterminazione del (...) di non procreare deve trovare adeguata ed idonea tutela". Trattandosi di fecondazione artificiale *in vitro*, con crioconservazione degli embrioni, si ritiene che "i diritti fondamentali e personalissimi di entrambi i genitori biologici, all'esercizio della libera determinazione alla paternità o alla maternità, devono essere necessariamente collocati sullo stesso piano e ricevere pari dignità e tutela costituzionale. Infatti, nella procreazione tramite metodi naturali il concepimento è l'evento che fa iniziare nella donna la gravidanza, con la creazione dell'embrione nel corpo della donna ed il successivo annidamento ed attecchimento nell'utero della stessa, onde non è avvertito ed è irrilevante se, con l'accoppiamento, sia stato fecondato un ovocita che poi non ha attecchito nell'utero. Nella fecondazione artificiale *in vitro*, le due fasi fondamentali e sostanzialmente diverse, sono visibili ed apprezzabili separatamente: si verifica un primo momento che è dato dalla fecondazione dell'ovocita *in vitro*, con la conseguente produzione dell'embrione; un secondo momento, quello del trasferimento dell'embrione nell'utero della donna che, se si verifica l'annidamento, dà luogo all'inizio della gravidanza vera e propria della donna". Secondo l'annotata decisione, "fino a quando non vi sia stato il trasferimento dell'embrione nell'utero della donna con determinazione dell'inizio della gravidanza, i diritti fondamentali dei genitori biologici sull'embrione, che è frutto dell'unione dei rispettivi gameti, ed i diritti fondamentali alla libera autodeterminazione alla procreazione, devono essere valutati, garantiti e tutelati sullo stesso piano paritetico. E solo dopo il trasferimento dell'embrione nel

nell'impianto in utero degli embrioni"; prosegue la decisione, "pertanto non sussiste il diritto della moglie di richiedere l'impianto, atteso che tale impianto contrasta con il diritto ad una paternità non imposta del genitore di sesso maschile e con il diritto del nascituro a fruire e godere della doppia figura genitoriale, per essere istruito, educato e mantenuto da entrambi i genitori, nell'ambito di un contesto di coppia, per la garanzia di un equilibrato ed armonico sviluppo psico-fisico". La decisione trae origine da un caso di gravi patologie alle ovaie che spingeva la coppia al ricorso alla tecnica di fecondazione omologa *in vitro*. Nelle more, il matrimonio era entrato in crisi ed i coniugi si erano separati. In ordine al diritto di procreare, la decisione fa leva sulla "libertà ed autonomia della persona", arg. dagli artt. 2, 29, 30 e 31 Cost. e dalla l. sull'aborto e rileva che "le tecniche riproduttive artificiali non possono essere considerate come una forma alternativa di procreazione cui le persone possano ricorrere liberamente, bensì come un intervento eccezionale e residuale cui si può incorrere soltanto in particolari situazioni e determinate condizioni. Deve cioè affermarsi che le tecnologie riproduttive vanno qualificate come strumenti volti alla tutela della salute e cioè come particolari forme di terapie che consentono all'individuo di soddisfare il legittimo interesse ad avere un figlio e quindi come diritto riservato alle persone che, per vie naturali ne sarebbero escluse": "diritto di ricorso alle tecniche riproduttive artificiali, solo in determinate situazioni e condizioni e non libero diritto ad una forma alternativa di procreazione"; e si pone anche l'attenzione sul duplice interesse dei genitori "ad avere un figlio e dall'altra l'interesse del nascituro ad avere due genitori". Ed ancora, "il diritto alla procreazione ed in particolare, per quanto concerne il (...) il diritto alla maternità è un diritto fondamentale, espressione della volontà e della autonomia della persona, come atto cosciente e responsabile, costituzionalmente garantito e come tale incoercibile. E proprio in funzione della esigenza primaria di tutelare "l'uomo" in quelle che rappresentano le sue funzioni più intime e personali, che acquista forza e rilevanza l'importanza del momento procreativo, espressione massima della personalità del soggetto e come tale, inteso non solo come diritto nei confronti dello Stato per l'apprestamento e la predisposizione dei mezzi e delle strutture che rendano possibile ed effettiva tale facoltà naturale, ma anche e soprattutto co-

smettibile, ad esempio l'aids o l'epatite B e C. La coppia si è quindi rivolta a Strasburgo sostenendo che, in base alla sua attuale formulazione, la legge 40 viola il loro diritto alla vita privata e familiare e quello a non essere discriminati rispetto ad altre coppie, diritti sanciti dagli articoli 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Nel comunicato con cui ha reso noto di aver accolto il ricorso della coppia italiana, la Corte sottolinea come coppie nella stessa situazione possano già ricorrere alla fecondazione in vitro (e quindi allo screening embrionale) in 15 Paesi europei: Belgio, Repubblica Ceca, Danimarca, Finlandia, Francia, Grecia, Paesi Bassi, Norvegia, Portogallo, Russia, Slovacchia, Slovenia, Spagna, Svezia e Regno Unito. I ricorrenti hanno invocato l'art. 8 della CEDU, lamentando la "*violation de leur droit au respect de la vie privée et familiale en raison de ce que, compte tenu des termes de la loi n° 40/2004, la seule voie qui leur est ouverte pour générer des enfants sains est celle d'entamer une grossesse par les voies naturelles avec le risque que le fœtus soit affecté par la mucoviscidose et, le cas échéant, d'effectuer une interruption médicale de grossesse. Les requérants font valoir aussi que dans des nombreux Pays européens le D.P.I. n'est pas interdit par la loi*"; ed inoltre hanno invocato anche "*l'article 14 de la Convention, les requérants se plaignent de subir une discrimination par rapport aux couples stériles ou infertiles ou dont l'homme est affecté par des maladies virales transmissibles sexuellement, telles que le virus de l'HIV et l'hépatite B et C, qui peuvent recourir, selon la loi, au D.P.I.*" (così, la richiesta presentata in data 20.9.2010, n. 54270, dinanzi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sezione II). La decisione della Corte è stata emessa in data 1.4.2010 (il testo è pubblicato in *www.olir.it* e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 1082 ss.): «*in conclusion the Court finds that the Government have not submitted a reasonable and objective justification for the difference in treatment between the third and fourth applicants, who are prevented by the prohibition of ova donation for artificial procreation under Section 3 of the Artificial Procreation Act from fulfilling their wish for a child, and a couple which may make use of artificial procreation techniques without resorting to ova donation. Accordingly, there has been a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8 as regards the third and fourth applicants*». Decisione annotata da F. SCIA, *Procreazione medicalmente assistita e status del generato, Percorsi giurisprudenziali e intervento legislativo*, Napoli, 2010, p. 28 e ss. All'a. si rinvia per una approfondita ed aggiornata disamina, anche di carattere comparativo, delle complesse

Pare, quindi, essere definitivamente abbandonata la teorica del diritto a nascere sani o a non nascere se non sani: la questione, secondo l'annotata decisione, difatti, «non è più quella della sua venuta al mondo, ma soltanto quella del suo handicap (...) gli effetti protettivi del rapporto obbligatorio (contrattuale o da cd. contatto sociale) instaurato tra la paziente e i sanitari che la assistono durante la gestazione si producono non solo a favore del marito, bensì anche del figlio».

È quasi inutile sottolineare la peculiarità degli interessi tutelati e oggetto di indagine (salute e vita della persona umana) in materia di responsabilità del medico ginecologo, contribuendo in materia determinante ad una *risistemizzazione* concettuale del sistema della responsabilità civile, integralmente considerato.

Tuttavia, le significative argomentazioni della Corte non sembra debbano far passare in second'ordine quel diffuso invito alla prudenza allorché si *maneggino* simili *beni*, quali la vita e la salute della *persona umana*<sup>61</sup>.

---

questioni in materia di fecondazione assistita, oltre che per opportuni approfondimenti di natura bibliografica. In argomento, si cfr. anche B. LIBERALI, *La sentenza della corte europea dei diritti dell'uomo in tema di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*, in *N. g. civ. comm.*, 2010, 11, p. 556 e ss.

<sup>61</sup> Fondamentali in materia le riflessioni di G. OPPO, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 499 ss. Prosegue l'a., specificamente a p. 502: "basta questo, per ipotizzare una persona o un personalità del concepito, ancorché l'art. 1 del codice rinvii l'acquisto della capacità giuridica alla nascita? Non sembra". Dell'A., più di recente, cfr. *Profili giuridici dei confini artificiali imposti alla vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 371 ss. «Come tutti sanno, gli scritti di Oppo sul tema coprono un arco di un quarto di secolo», così, nel commemorare Giorgio Oppo, scrive P. ZATTI, *Il*

fine di assicurare il rispetto del rapporto tra derivazione biologica e responsabilità genitoriale<sup>72</sup>.

La regola dell'irrevocabilità del consenso all'impianto in utero, e dunque, alla crioconservazione dell'embrione appare, dunque, almeno in prima approssimazione, in grado di poter meglio assicurare principi e valori in materia di rapporto di filiazione e di genitorialità, sociale e responsabile<sup>73</sup>.

E ciò anche nel rispetto della regola della indisponibilità degli status e, si ritiene, senza implicare alcuna violazione del diritto al rispetto della decisione di avere o non avere un figlio, decisione, questa, da considerarsi, appunto, originaria e irrevocabile, sia nell'ambito della riproduzione naturale che in quella assistita<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> A tal riguardo, basti rinviare a E. QUADRI, *Diritto privato*, F. BOCCHINI - E. QUADRI (curr.), 2013, spec. p. 386, 387 e 396 e ss.

<sup>73</sup> Si consideri la recente riforma dei rapporti di parentela e dei doveri genitoriali (l. n. 112 del 2013).

<sup>74</sup> In argomento, v. A. BARLETTA, *Contributo allo studio dell'accertamento degli status*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 231 e ss.; v. anche Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 1.4.2010, n. 57813/00, spec. § 58. Inoltre, nel senso dell'ammissibilità del diritto ad opporsi all'impianto in utero da parte della donna, per quanto superato e non del tutto condivisibile, v. Trib. Bologna, 26.6.2000, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, p. 485 e ss.: "ritenuto che gli ovuli umani fecondati ma non impiantati e crioconservati sono, sul piano biologico e giuridico, entità ben diversa dagli embrioni già allocati nell'utero materno, e che gli stessi embrioni, per quanto vitali, non godono della stessa tutela legale e non hanno le stesse prerogative giuridiche della persona nata viva, e, considerato altresì che il diritto di procreare o di non procreare è costituzionalmente garantito, specie qualora non vi sia in atto una gravidanza, sarebbe in netto contrasto con il diritto di non procreare riconosciuto anche al genitore di sesso maschile, la concessione alla sola donna di decidere se procedere

principi di libertà, non essendo neppure questi sovraordinati diritto sottratti al bilanciamento con i valori di pari rango costituzionale espressione di tutela costituzionale della filiazione, della genitorialità e, quindi, della famiglia intesa, appunto, come “società naturale”.

Sotto il profilo assiologico<sup>71</sup> ed in termini di effetti conseguenti all'esercizio dell'autonomia privata o autodeterminazione, se si vuole, in ambito negoziale, nel senso, cioè, di sua manifestazione attraverso un atto di volontà di revoca, si potrebbe sostenere la radicale nullità di un simile atto di revoca del consenso successivo alla fecondazione dell'ovulo per contrasto, quanto meno, con principi di ordine pubblico e norme imperative.

Dal che ne discenderebbe che, ove si proceda all'impianto, ad esempio, in assenza della volontà del partner maschile, comunque potrà essergli imputato il rapporto di filiazione e, dunque, piena sarà l'attribuzione al generato dello stato di figlio legittimo o figlio naturale, almeno in sede di fecondazione omologa, praticata, appunto, con il seme del partner, coniuge o convivente.

In una simile prospettiva, d'irrevocabilità del consenso, pieno risulterebbe il rispetto dei principi fondamentali in materia di filiazione, ed in particolare, il principio di verità o *favor veritatis*.

Principio, questo, che ha il precipuo scopo di assicurare, nell'interesse preminente del generato, la corrispondenza tra verità biologica e verità legale al

<sup>71</sup> In materia, v. A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 432; ID., *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*, Milano, 2008, spec. 79 ss.

Resta, comunque, l'ammirazione per una decisione che per giustificare le sue determinazioni fa ricorso ad antiche concezioni dell'embrione, come *partio rei*, per coinvolgerlo in un comune destino con i genitori e i familiari.

E', difatti, evidente che la salute del concepito, nelle motivazioni della Corte, pare essere tutelata in quanto *parte del ventre materno o parte del corpo femminile* e, dunque, come effetto della tutela della salute della madre.

§11.5. *Le nuove frontiere della fecondazione assistita alla luce della sentenza della corte costituzionale n. 162 del 2014.*

Con il deposito delle motivazioni la Consulta nella pronuncia n. 162/14 ha accolto integralmente le ragioni e gli argomenti esposti dai ricorrenti fugando i timori della vigilia di un possibile *revirement*, componendo una parte motiva di esemplare equilibrio secondo un percorso ermeneutico ineccepibile<sup>62</sup>.

---

*duttile rigore: l'approccio di Giorgio Oppo al diritto della vita nascente*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 457 ss., cui si rinvia per ogni opportuno approfondimento sul tema, anche di carattere bibliografico.

<sup>62</sup> La decisione è commentata da V. BALDINI, *Il diritto alla genitorialità e la censura della PMA di tipo eterologo: aspetti problematici di un sillogismo un po' semplificato*, in *Diritti Fondamentali. Rivista on line - Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale*, 2014, 1 ss. L'a., in maniera particolarmente significativa, osserva che per «quanto la decisione possa risultare convincente», tuttavia, una verifica dovrebbe essere condotta «sul doppio versante, della coerenza delle argomentazioni addotte e della loro fondatezza (...) versanti (...) distinti e paralleli» (spec. p. 5 ss.); prosegue l'a., «ciò che tuttavia viene in questione è essenzialmente la sostanziale

Il Giudice delle leggi dopo aver rilevato che il divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa incide su beni costituzionali estremamente rilevanti (tutelati ex artt. 2, 3, 13, 29, 31, 32 Cost.), precisa come ciò “non sia sufficiente a farlo ritenere illegittimo, occorrendo a questo scopo accertare se l’assolutezza che lo connota sia l’unico mezzo per garantire la tutela di altri valori costituzionali coinvolti”. L’esito cui tale accertamento perviene comporta una grave censura di tale divieto assoluto che contrasta con fondamentali principi sanciti dalla Carta risultando inoltre affetto da una insanabile irragionevolezza<sup>63</sup>.

---

fondatezza di tali argomentazioni, che la stessa difesa erariale aveva tentato di confutare. Innanzitutto si parte dall’asserto, tutt’altro che scontato, che la garanzia del diritto alla genitorialità giunga a coprire, conseguentemente, anche i modi e le forme attraverso cui questa può realizzarsi. Credo che sul punto la riflessione vada approfondita, tenendosi conto che non tutto quanto risulti secondo la scienza praticabile debba esserlo anche secondo il diritto (costituzionale). Vero è che il progresso, nel campo medico come in quello tecnologico, sposta in avanti la linea di confine che separa il noto dall’ignoto, finendo per giustificare in ultima analisi la nascita di nuovi interessi e di nuove pretese soggettive. Ma il discrimine tra ciò che è lecito e ciò che, invece, non lo è, tra ciò che è legittimo e la condotta illegittima, lo determina in ogni caso l’ordinamento giuridico. Si arriva così al nodo problematico essenziale la cui soluzione è, in ultima analisi, il rispecchiamento di differenti modi di intendere della Costituzione e le sue norme, vale a dire a chi spetta stabilire il significato e i limiti di norme generali come quelle recanti i diritti fondamentali».

<sup>63</sup> In argomento, cfr. F.D. BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 459 e ss.; M. DOGLIOTTI, *Le “Linee guida” del Ministro della salute sulla procreazione assistita*, in *Fam. e dir.*, 2004, 508 e ss.; L. BALESTRA, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita alla luce dell’esperienza francese*, in *La fecondazione assistita, Riflessioni di otto grandi giuristi*,

le, si instaurerà senza possibilità di ripensamenti, ovviamente nel rispetto dei presupposti, anche di natura temporale, stabiliti dalla legge.

#### §11.7. Irrevocabilità del consenso, derivazione biologica, responsabilità genitoriale e status del generato.

L’assenza originaria del consenso di uno dei partners, più spesso l’uomo rispetto alla donna o la sopravvenuta revoca del consenso alla fecondazione dà luogo a delicati problemi di determinazione del rapporto di filiazione e, conseguentemente, di determinazione dello status del figlio di nascituro.

Alla luce di queste considerazioni, la regola della irrevocabilità del consenso alla fecondazione, specialmente dopo la fecondazione dell’ovulo, sembra rispettare altri, egualmente rilevanti, valori costituzionali in materia di tutela della famiglia come “società naturale” e, con essa, in attuazione di una tutela costituzionale della filiazione e della genitorialità, di cui segnatamente agli artt. 29, 30, e 31 della Costituzione.

Ove si condivida questa prospettiva, che avvalora anche l’eguaglianza tra coniugi o i conviventi in ordine, non solo all’accesso al procedimento riproduttivo assistito, ma anche al suo prosieguo (art. 3 Cost.), almeno in astratto, si potrebbe convenire con una possibile illiceità della revoca del consenso alla fecondazione, provenga essa da entrambi i coniugi (o conviventi) o da uno solo di questi, ed almeno ove sopravvenga alla fecondazione dell’ovulo.

E ciò, anche in negazione del riconoscimento di un diritto soggettivo potestativo alla suddetta revoca da parte della donna o dell’uomo in attuazione di

In entrambi i casi, sembra potersi ritenere che meno rilevanza assuma la volontà dell'uomo, la cui revoca del consenso non potrà impedire alla donna di procedere egualmente al trasferimento; e viceversa, la cui volontà di voler proseguire nella procreazione non impedirà alla moglie di rifiutare il trasferimento.

Insomma, ad oggi, la donna appare arbitro della decisione di procedere o meno all'impianto degli embrioni crioconservati ed il consenso del partner di sesso maschile pare assumere minore rilevanza.

In entrambi i casi, il fondamento filosofico e sovraordinato dell'attribuzione di un simile preponderante potere alla donna sembra da doversi ricercare nei "diritti di libertà" e di autodeterminazione di cui in Costituzione, pur essendo comprensibili e giustificate opposte reazioni, anche in virtù di ulteriori valori pure di rango costituzionale.

Il divieto d'irrevocabilità del consenso dopo la fecondazione dell'ovulo, se non in casi eccezionali suddetti di pericolo di vita dell'embrione e con possibili aperture anche alla tutela della salute dell'embrione, si giustifica in considerazione del fatto che, non solo si discorre di vita nascente, ma anche di rapporto di filiazione, dunque, di genitorialità con conseguente attribuzione di status familiare.

Per intenderci, in caso di procreazione naturale, una volta innescato il processo generativo, si cambi o meno idea, il rapporto di filiazione, legittimo o natura-

---

Parlamento italiano il disegno di legge sulle Dichiarazioni anticipate di trattamento. Si tratta, più precisamente, del disegno di legge sulle «disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento». In dottrina, cfr., in particolare, RESCIGNO, *La fine della vita umana*, cit., 634 ss.

Infatti, preliminarmente la Consulta afferma come "*la P.M.A. di tipo eterologo mira a favorire la vita e pone problematiche (semmai) riferibili eminentemente al tempo successivo alla nascita ... dovendosi in radice escludere finalità illegittime o eugenetiche*".

Viene, inoltre, precisato che stante il coinvolgimento nella P.M.A. di «*plurime esigenze costituzionali*» e conseguentemente l'incisività della legge 40/2004 su una molteplicità di interessi di tale rango, questi richiedono «*un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa*» ad ognuno (sentenza n. 45 del 2005), avendo già affermato la Consulta che la stessa «*tutela dell'embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione*» (sentenza n. 151 del 2009)".

Verificato poi che il divieto assoluto non trova fondamento in nessun obbligo derivanti da norme di rango internazionale la Corte ritiene che il medesimo sia "*privo di adeguato fondamento costituzionale*".

Infine chiarito che si tratta di una fattispecie diversa dalla Surrogazione di maternità (che rimane vietata nel nostro paese), la Consulta ricorda come tale pratica era fino al 2004 consentita con una disciplina di tipo regolamentare corroborata da una normativa tecnica di dettaglio (di cui deve peraltro escludere la possibilità di reviviscenza).

Secondo la Consulta "*la scelta della coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di*

---

Milano, 2005, 81 e ss.; G. FERRANDO, *Procreazione medicalmente assistita e malattie genetiche: i coniugi possono rifiutare l'impianto di embrioni ammalati?*, in *Fam. e dir.*, 2004, p. 372 e ss.

*autodeterminarsi, libertà che, come questa Corte ha affermato, sia pure ad altri fini ed in un ambito diverso, è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare”.*

Ne discende come la scelta di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, *“concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, qualora non vulneri altri valori costituzionali, non può che essere incoercibile, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch'essa attiene a questa sfera”.*

In tal senso va ricordato che la giurisprudenza costituzionale ha sottolineato come la legge n. 40/2004 sia appunto preordinata alla *“tutela delle esigenze di procreazione», da contemperare con ulteriori valori costituzionali, senza peraltro che sia stata riconosciuta a nessuno di essi una tutela assoluta, imponendosi un ragionevole bilanciamento tra gli stessi (sentenza n. 151 del 2009)”.*

Perciò che attiene l'incidenza del divieto sul diritto alla salute, nell'accezione fatta propria dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, secondo la quale: *«il possesso del migliore stato di sanità possibile (sul piano, fisico, psichico e sociale) costituisce un diritto fondamentale di ogni essere umano»<sup>64</sup>*, l'impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio *partner*, mediante il ricorso alla PMA di tipo eterologo, incide *“negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia, nell'accezione che al relativo diritto deve essere data, secondo quanto sopra esposto”.*

<sup>64</sup> Atto di costituzione dell'OMS, firmato a New York il 22 luglio 1946

nante” sembra potere essere rappresentata dalla sussistenza o meno di un consenso informato consapevole, certo ed inequivoco circa il rifiuto del trattamento terapeutico. Il caso è stato, di recente deciso da Cass., 15.9.2008, n. 23676, Pres. Preden, Est. Travaglino, ed in senso favorevole al medico: «nell'ipotesi di pericolo grave ed immediato per la vita del paziente, il dissenso del medesimo deve essere oggetto di manifestazione espressa, inequivoca, attuale, informata. Esso deve, cioè, esprimere una volontà non astrattamente ipotetica ma concretamente accertata; un'intenzione non meramente programmatica ma affatto specifica; una cognizione dei fatti non soltanto “ideologica”, ma frutto di informazioni specifiche in ordine alla propria situazione sanitaria; un giudizio e non una “precomprensione”: in definitiva, un dissenso che segua e non preceda l'informazione avente ad oggetto la rappresentazione di un pericolo di vita imminente e non altrimenti evitabile, un dissenso che suoni attuale e non preventivo, un rifiuto ex post e non ex ante, in mancanza di qualsivoglia consapevolezza della gravità attuale delle proprie condizioni di salute. E ciò perché, a fronte di un sibillino sintagma “niente sangue” vergato su un cartellino, sul medico curante graverebbe in definitiva il compito (invero insostenibile) di ricostruire sul piano della causalità ipotetica la reale volontà del paziente secondo un giudizio prognostico ex ante, e di presumere induttivamente la reale “resistenza” delle sue convinzioni religiose a fronte dell'improvviso, repentino, non altrimenti evitabile insorgere di un reale pericolo di vita, scongiurabile soltanto con una trasfusione di sangue. Di talché, come la validità di un consenso preventivo ad un trattamento sanitario non appare in alcun modo legittimamente predicabile in assenza della doverosa, completa, analitica informazione sul trattamento stesso, così la efficacia di uno speculare dissenso ex ante, privo di qualsiasi informazione medico-terapeutica, deve ritenersi altrettanto imprevedibile, sia in astratto che in concreto, qualora il paziente, in stato di incoscienza, non sia in condizioni di manifestarlo scientemente, e ciò perché altra è l'espressione di un generico dissenso ad un trattamento in condizioni di piena salute, altro è riaffermarlo puntualmente in una situazione di pericolo di vita». La vicenda si era mostrata incerta sin dal primo grado di giudizio. Il Tribunale, difatti, accolse la domanda risarcitoria; mentre la Corte di Appello di Trieste la respinse. Com'è noto, è all'esame del

*spresidenziali*, Bologna-Bari, 2006, 85 e ss.; ID., *Tecnologie riproduttive e problemi giuridici*, Bologna, 1999, 55 e ss. In materia di autodeterminazione può risultare utile, pure, un cenno alla controversa questione dell'ammissibilità o meno di un «diritto di morire» o di «eutanasia», che evoca il *Totenrecht* tardo ottocentesco tedesco, “nel segno dell'antimaterialismo filosofico e della ribellione al positivismo giuridico” (in tal senso, P. RESCIGNO, *La fine della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 634 ss., relazione tenuta sempre nell'ambito dei lavori del noto convegno dell'Accademia dei Lincei del 1982 su *I fatti giuridici della vita materiale*, ai cui atti, per ogni opportuno apprendimento anche bibliografico, si rinvia). La elaborazione ed evoluzione del concetto di “autodeterminazione” nell'ambito dei “diritti di fine vita” si è, difatti, dimostrata particolarmente significativa ed efficace, e con specifico riferimento alla problematica della costrizione a trattamenti sanitari obbligatori – quale, pure, può essere considerato il trasferimento “obbligatorio” dell'embrione in utero, per quanto difficilmente immaginabile –, ponendo, nell'ambito della fattispecie che qui direttamente interessa, la medesima possibile compromissione di valori e principi sovraordinati che vengono, appunto, in considerazione nell'ambito del “fine vita”, ed argomentando proprio dai richiamati “diritti di libertà”: ovvio è il riferimento agli artt. 13 e 32 Cost., rispettivamente in materia di libertà personale e diritto alla salute, con specifico riferimento alla salute “psico-fisica” della donna. In proposito, si ricordi la decisione della Corte dei Diritti dell'Uomo, sent. 29.4.2002 (in [www.olir.it](http://www.olir.it)) nel caso “Diane Pretty”, che fonda il diritto di rifiutare le cure sul paragrafo 2 dell'art. 8 della CEDU, affermando che un trattamento sanitario praticato contro la volontà del paziente vale violazione della sua integrità fisica. In merito ai “diritti di fine vita», cui si è fatto cenno, vi è, poi, da svolgere un ulteriore utile riferimento alle manifestazioni di volontà dei «testimoni di Geova» circa il rifiuto delle emostrasfusioni. Ci si è interrogati sulle conseguenze, in termini di responsabilità del medico che, nel caso di pericolo grave ed imminente per la vita del paziente testimone di Geova, effettui egualmente la trasfusione di sangue, con salvezza della vita di questi. In tal caso, per intenderci, vi sarà violazione del diritto di autodeterminazione e conseguente responsabilità aquiliana, oppure, in considerazione dell'effetto salvifico tale violazione non sarà ritenuta sussistente. Ancora una volta la “scrimi-

In tal senso nei casi di patologie produttive di una disabilità (come è quello per il quale si ricorre alla PMA eterologa), “la discrezionalità spettante al legislatore ordinario nell'individuare le misure a tutela di quanti ne sono affetti incontra, inoltre, il limite del «rispetto di un nucleo indeffettibile di garanzie per gli interessati»”.

Da ciò consegue che “un intervento sul merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza, non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, ma deve tenere conto anche degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi a ciò deputati, anche in riferimento all'accertamento dell'esistenza di una lesione del diritto alla salute psichica ed alla idoneità e strumentalità di una determinata tecnica a garantirne la tutela nei termini nei quali essa si impone alla luce della nozione sopra posta”

Dunque, ribadendo una costante giurisprudenza (sentenze n. 80 del 2010, n. 251 del 2008 (sentenza n. 8 del 2011)) la Corte ricorda come, «in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali» (sentenza n. 151 del 2009).

La Consulta, nel respingere le obiezioni avanzate dall'Avvocatura dello Stato circa un presunto rischio psicologico correlato ad una genitorialità non naturale evidenzia poi che con la presente pronuncia non si determina alcun “vuoto normativo”.

Infatti nel ricordare come la legge 40/04 costituisca una legge «costituzionalmente necessaria» (sentenza n. 45 del 2005) ma, nondimeno, *in parte qua*, non presenti un contenuto costituzionalmente vincolato, significativamente qualifica la PMA eterologa come una *species* rientrante nel *genus* PMA cui risul-

ranno applicabili tutte le norme della legge 40/04 non modificate /abrogate dalla pronuncia della Corte.

Ciò comporta che *“l’illegittimità del divieto in esame, opera esclusivamente in riferimento al caso in cui sia stata accertata l’esistenza di una patologia che sia causa irreversibile di sterilità o infertilità assolute”* con la conseguenza che la pratica deve ritenersi consentita solo *“qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere» le cause di sterilità o infertilità e sia stato accertato il carattere assoluto delle stesse, dovendo siffatte circostanze essere documentate da atto medico”*. Il ricorso a questa tecnica, *“non diversamente da quella di tipo omologo, dovrà inoltre, osservare i principi di gradualità e del consenso informato stabiliti dal citato art. 4, comma 2”*.

L’assenza di vuoto normativo evocato da più parti risulta evidente nella misura in cui alla metodica eterologa risulti comunque applicabile la vigente disciplina in ordine a: requisiti di accesso soggettivi; norme sul consenso informato; modalità tecniche di svolgimento della PMA; applicabilità delle Linee Guida ex art 7 L. 40/04; individuazione delle strutture autorizzate a praticare la procreazione medicalmente assistita e di documentazione dei relativi interventi ex artt. 10 ed 11 L. 40/04; divieto di commercializzazione di gameti ed embrioni e di surrogazione di maternità; rapporti tra genitori e figli che prevedono che i nati da PMA eterologa hanno lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime; inammissibilità delle cc.dd. azioni di stato verso il nato da parte dei genitori; esclusione di qualsiasi relazione giuridica parentale tra il donatore di gameti ed il nato prevedendosi la prevalenza del diritto

nell’ambito del citato art. 14, co. 1, della legge laddove fa salvo quanto previsto dalla legge sull’aborto terapeutico ed al comma 3, poi, fa espresso riferimento al caso di sopravvenute condizioni di pericolo per la salute della donna.

Sembra, dunque, potersi concludere nel senso della irrevocabilità del consenso dopo la fecondazione dell’ovulo, eccettuato il caso di eccezionale pericolo per la salute della donna, nel qual caso la revoca del consenso è ammissibile con effetto, dunque, anche sulla crioconservazione degli embrioni, per effetto della sopravvenuta impossibilità del trasferimento in utero.

Nell’ambito dell’esegesi proposta, un tassello della disciplina sembra, tuttavia, essere rimasto in ombra.

Come dianzi si accennava, si tratta di analizzare la citata disposizione, contenuta nelle linee guida in riferimento all’art. 14 della l. n. 40 del 2004: *“la donna ha sempre il diritto ad ottenere il trasferimento degli embrioni crioconservati”*.

Di particolare complessità si rivela il caso di discordanza tra la volontà dell’uomo e quella della donna.

Dai dati normativi e regolamentari annotati, difatti, sembra derivare un maggiore rilevanza della volontà della donna rispetto a quella dell’uomo nella coppia, sia nel senso del trasferimento dell’embrione crioconservato, dando così seguito al processo di produzione; sia nel senso di una volontà negativa, appunto di revoca del consenso alla crioconservazione<sup>70</sup>.

<sup>70</sup> In materia, cfr., in particolare, BALDINI, *Libertà procreativa e fecondazione artificiale, Riflessioni a margine delle prime applicazioni giuri-*

Il comma 8, poi, consente il diverso caso della crioconservazione dei gameti maschile e femminile, previo consenso informato e scritto”.

Ci si chiede, dunque, nel silenzio del legislatore, se sia ammissibile la revoca del consenso alla crioconservazione dell'embrione, atteso che si tratta di un consenso che sopravviene alla fecondazione dell'ovulo e che, dunque, stando almeno al dato legislativo, sarebbe da intendersi vietato.

Sempre al fine di un'adeguata comprensione della realtà si consideri, difatti, che l'embrione crioconservato è destinato all'impianto in utero, sicché la revoca alla crioconservazione dell'embrione sembra poter essere considerata equivalente alla revoca dell'impianto dell'embrione in utero. In questa direzione, si spiega meglio anche il divieto di crioconservazione, giustificato dalla destinazione dell'embrione all'impianto in utero.

Il dettato normativo di riferimento appare, per la verità, sufficientemente chiaro almeno nel senso di vietare, in linea generale ed astratta, il consenso alla crioconservazione e di soppressione degli embrioni, in considerazione della destinazione dell'embrione che è quella dell'impianto in utero.

E, questo, al di là di ogni obiezione ideologica, è rispettoso del fatto che l'embrione segna, ineludibilmente e soggettivamente, l'inizio di una vita<sup>69</sup>.

Tuttavia, un'eccezione – che conferma la regola generale – particolarmente significativa vi è

<sup>69</sup> In argomento, OPPO, *L'inizio della vita umana*, cit., 499 ss.; ID., più di recente, *Profili giuridici dei confini artificiali imposti alla vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 371 ss.; P. ZATTI, *Il duttile rigore: l'approccio di Giorgio Oppo al diritto della vita nascente*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 457 ss.

all'anonimato rispetto al contrapposto interesse a conoscere le proprie origini genetiche.

La questione del diritto all'identità genetica, tutt'altro che nuova non viene rimessa in discussione rinviandosi alla normativa vigente che individua un ragionevole punto di equilibrio con il contrastante diritto all'anonimato e alla tutela della integrità della famiglia.

Il riferimento è innanzitutto all'istituto dell'adozione e in particolare al rinnovato art. 28 l. 184/83 così come modificato dalla sentenza n. 278/13 che ha invitato il legislatore ad introdurre apposite disposizioni volte a consentire la verifica della perdurante attualità della scelta compiuta dalla madre naturale e, nello stesso tempo, a cautelare in termini rigorosi il suo diritto all'anonimato

Per tutte le ragioni sopra rilevate, secondo la Corte il divieto assoluto oggi espunto dalla legge 40/04 determinava: *“una lesione della libertà fondamentale della coppia destinataria della legge n. 40/2004 di formare una famiglia con dei figli, senza che la sua assolutezza sia giustificata dalle esigenze di tutela del nato, le quali, in virtù di quanto sopra rilevato in ordine ad alcuni dei più importanti profili della situazione giuridica dello stesso, già desumibile dalle norme vigenti, devono ritenersi congruamente garantite”*.

### §11.6. *La disciplina normativa sulla crioconservazione degli embrioni*<sup>65</sup>.

Due disposizioni della l. n. 40 del 2004 assumono particolare rilievo art. 6, spec. Co. 3, in materia di consenso informato<sup>66</sup>, e l'art. 14 in materia di limiti

<sup>65</sup> Il presente paragrafo e parte di quelli che seguiranno rappresenta una rielaborazione, con ampliamento bibliografico, del mio contributo *La revoca del consenso alla crioconservazione degli embrioni*, in *Studi in Onore di Aldo Loiodice*, II, Roma 2013, 925 ss.

<sup>66</sup> Anche al fine di agevolarne la lettura, si riporta, qui di seguito, il testo del vigente art. 6 della l. n. 40 del 2004: "1. Per le finalità indicate dal comma 3, prima del ricorso ed in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita il medico informa in maniera dettagliata i soggetti di cui all'articolo 5 sui metodi, sui problemi bioetici e sui possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all'applicazione delle tecniche stesse, sulle probabilità di successo e sui rischi dalle stesse derivanti, nonché sulle relative conseguenze giuridiche per la donna, per l'uomo e per il nascituro. Alla coppia deve essere prospettata la possibilità di ricorrere a procedure di adozione o di affidamento ai sensi della legge 4 maggio 1983, n. 184, e successive modificazioni, come alternativa alla procreazione medicalmente assistita. Le informazioni di cui al presente comma e quelle concernenti il grado di invasività delle tecniche nei confronti della donna e dell'uomo devono essere fornite per ciascuna delle tecniche applicate e in modo tale da garantire il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa. 2. Alla coppia devono essere prospettati con chiarezza i costi economici dell'intera procedura qualora si tratti di strutture private autorizzate. 3. La volontà di entrambi i soggetti di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è espressa per iscritto congiuntamente al medico responsabile della struttura, secondo modalità definite con decreto dei Ministri della giustizia e della salute, adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge. Tra la manifestazione della volontà e l'applicazione della tecnica deve intercorrere un

centro incaricato non dovrebbe poter procedere nonostante il consenso del partner femminile alla inseminazione.

Naturalmente la questione è destinata a complicarsi nella fecondazione eterologa precisamente ci si chiede se il terzo donatore possa nel medesimo suddetto termine revocare la donazione del seme. La questione si pone in considerazione del fatto che il terzo donatore non è e non potrebbe esserlo indicato dalla norma di riferimento nell'ambito dei soggetti (uomo e donna) della coppia. Certo, in una dimensione, esclusivamente negoziale – contratto di donazione perfezionato con l'accettazione del donatario – l'esercizio di un simile potere di revoca unilaterale del consenso non pare affatto ammissibile.

La problematica, come posta, è destinata, poi, a complicarsi, ove si esamini il diverso caso in cui la revoca del consenso si verifichi dopo la fecondazione dell'ovulo, che qui maggiormente interessa.

Il tal caso, difatti, viene in rilievo la questione relativa alla crioconservazione degli embrioni, imponendosi l'esame del contenuto del citato articolo 14 della l. n. 40 del 2004 che, al co. 1, pone appunto, il divieto di "crioconservazione" e di "soppressione di embrioni", però, "fermo restando quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194".

Divieto temperato dal comma 3 che, "qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione", consente la "crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile".

Con riferimento alla crioconservazione degli embrioni, le linee guida ribadiscono quanto affermato nel co. 3 dell'art. 14, con alcune precisazioni, anche di natura procedurale, e precisamente: "qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione e' consentita, la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile".

Nei commi 1 e 3 dell'art. 6 ex lege 40/2004 si stabilisce che sino al "momento della fecondazione dell'ovulo", entrambi i componenti della coppia – sia l'uomo che la donna -, anche singolarmente, possono revocare il consenso alla fecondazione dell'ovulo.

Un primo ordine di problemi sembra sorgere nel caso in cui sia il partner di sesso maschile a revocare, nel suindicato termine, il consenso. Ci si chiede, cioè, se la moglie possa egualmente procedere alla fecondazione dell'ovulo, in assenza del consenso del partner, e quali siano le conseguenze sul rapporto di filiazione.

La questione sembra poter essere posta in questi termini, e restando nell'ambito della fecondazione omologa: se il partner nega il consenso visto che la norma prevede che ciascuno dei soggetti può revocare il consenso, almeno in linea astrattamente teorica il

---

articolo "limitatamente alle parole" ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre". Ha inoltre dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 3 del presente articolo "nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come stabilisce tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna".

all'applicazione delle tecniche sugli embrioni. La prima disposizione risulta essere coerente nel suo contenuto logico sin dall'entrata in vigore della legge, diversamente dalla seconda disposizione, che risente di maggiori tensioni di carattere non soltanto scientifico e giuridico, ma anche ideologico.

Il comma 3 del citato art. 6, dopo aver reso necessaria "la volontà di entrambi i soggetti di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita", stabilisce che "tra la manifestazione della volontà e l'applicazione della tecnica deve intercorrere un termine non inferiore a sette giorni"; ed inoltre, disposizione questa che qui direttamente interessa, che "la volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma fino al momento della fecondazione dell'ovulo".

La norma, per espressa previsione ed integrazione del contenuto, rinvia, poi, alle linee guida<sup>67</sup> che,

---

termine non inferiore a sette giorni. La volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma fino al momento della fecondazione dell'ovulo. 4. Fatti salvi i requisiti previsti dalla presente legge, il medico responsabile della struttura può decidere di non procedere alla procreazione medicalmente assistita, esclusivamente per motivi di ordine medico-sanitario. In tale caso deve fornire alla coppia motivazione scritta di tale decisione. 5. Ai richiedenti, al momento di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, devono essere esplicitate con chiarezza e mediante sottoscrizione le conseguenze giuridiche di cui all'articolo 8 e all'articolo 9 della presente legge.

<sup>67</sup> Ci si riferisce alle linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita (art. 7, legge n. 40/2004), approvate con decreto dell'11.4.2008 dal Ministro della salute in materia di procreazione medicalmente assistita, che hanno sostituito quelle precedenti del 2004 del Ministro Sirchia, destinate per espressa previsione delle stesse ad essere aggiornate ogni tre anni. Si tratta di disposizioni aventi

pur non potendo fornire alcuna interpretazione autentica della legge, sono rilevanti sia per la loro natura di fonte secondaria, sia in considerazione della loro vincolatività per le "strutture sanitarie organizzate" alle quali si rivolgono.

L'art. 14, co. 1, poi, in materia di limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni stabilisce, come principio generale, che "è vietata la crioconservazione e la soppressione di embrioni, fermo

---

natura di regolamento indipendente, come chiarito dal T.A.R. Lazio, Roma, sez. III *quater*, 21.1.2008, n. 398, in *www.altalex.com*. Tale decisione trae origine dalla impugnazione delle linee guida, tra l'altro, per aver omesso di fornire una definizione del termine "embrione" anche agli effetti di una sua configurazione giuridica. Nel dichiarare infondata tale censura, il Collegio ha avuto modo di precisare con determinazione che "la definizione di embrione, stante la non definitività del livello di conoscenza raggiunto dalla scienza biologica, sul punto, non può competere ad un'Autorità amministrativa qual è quella che ha emanato l'impugnato provvedimento né essere disciplinata da un regolamento, per di più ministeriale, qual è, appunto, l'atto censurato, ma appartiene, in quanto espressione di una scelta di discrezionalità politica, al legislatore". E, più specificamente, in ordine alla natura di tali linee guida, "è atto amministrativo di natura regolamentare, di provenienza ministeriale, le cui finalità sono quelle stabilite nell'art. 7 e consistono nel potere dettare la disciplina delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistite". Attraverso tale provvedimento, la competente Autorità amministrativa ha, cioè, il "potere di adottare regole di alto contenuto tecnico e di natura eminentemente procedurale e non quello di intervenire, positivamente, sull'oggetto della procreazione medicalmente assistita che rimane consegnata alla legge". Per un primo esame delle linee guida, cfr. M. Dogliotti, *Le "Linee guida" del Ministro della salute sulla procreazione assistita*, cit., 508 e ss. L'a. propone un'analisi delle "Linee guida" del Ministro della salute sulla procreazione assistita, ponendone in evidenza "i contenuti tecnici" e le "novità interpretative della L. n. 40, che aggiungono confusione ad un dato normativo già assai confuso".

restando quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194; tuttavia, al co. 3, "qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione è consentita la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile"; ed al co. 8, che "è consentita la crioconservazione dei gameti maschili e femminili, previo consenso informato e scritto"<sup>68</sup>.

---

<sup>68</sup> Pare il caso di ricordare che l'art. 14, co. 2, è stato dichiarato incostituzionale da Corte cost., 8.5.2009, n. 151 (in G.U. 1a s.s. 13/5/2009, n. 19), cit., limitatamente alle parole "ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre". Ha inoltre dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 3 del presente articolo "nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come stabilisce tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna". Prosegue, poi, la disposizione: al co. 4 "ai fini della presente legge sulla procreazione medicalmente assistita è vietata la riduzione embrionaria di gravidanze plurime, salvo nei casi previsti dalla legge 22 maggio 1978, n. 194. 5. I soggetti di cui all'articolo 5 sono informati sul numero e, su loro richiesta, sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell'utero. 6. La violazione di uno dei divieti e degli obblighi di cui ai commi precedenti è punita con la reclusione fino a tre anni e con la multa da 50.000 a 150.000 euro. 7. E' disposta la sospensione fino ad un anno dall'esercizio professionale nei confronti dell'esercente una professione sanitaria condannato per uno dei reati di cui al presente articolo"; ed infine, "9. La violazione delle disposizioni di cui al comma 8 è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 50.000 euro". La disposizione normativa è stata oggetto di declaratoria di illegittimità costituzionale con la sentenza del 1 aprile-8 maggio 2009, n. 151 (in G.U. 1a s.s. 13/5/2009, n. 19), che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 2 del presente