

# L'embrione umano (*res o persona?*) e la fecondazione eterologa: qualche considerazione intorno alla sentenza Corte Cost. 10.06.2014, n. 162

di *Oswaldo Sacchi*

## 1. Premessa

Il 3 agosto 2014 all'ospedale dell'Aquila sono venuti alla luce due gemelli che, a causa di uno sfortunato scambio di embrioni avvenuto durante un protocollo di *procreazione medicalmente assistita* (d'ora in poi PMA), hanno una madre biologica/naturale (perché li ha partoriti), un padre legittimo (riconosciuto come tale dalla legge italiana perché questi ha potuto riconoscerli nella qualità di marito della madre biologica/naturale) e il DNA di due genitori (biologico/genetici perché il DNA dei neonati è quello di una coppia esterna al parto) che ne rivendicano la paternità. Per uno sfortunato scambio di provette insomma i due gemelli ora hanno una madre biologica/naturale (legittima), un padre (legittimo) senza alcun legame biologico con i neonati e due genitori biologico/genetici (naturali?) a cui la legge per il momento non riconosce alcun diritto<sup>1</sup>. Sollecitato a commentare la vicenda, Francesco D'Agostino, membro del Comitato Nazionale di Bioetica, nell'auspicare a breve una legge del Parlamento si è così espresso:

«da donna che ha partorito (...) è (...) madre dei gemelli secondo la legge; va però considerato che la legge ammette la validità della prova del Dna. Se, dunque, un giorno, si dovesse avanzare tale prova del Dna, si determinerebbe un contrasto tra due norme di legge e sarebbe difficile stabilire quale delle due prevale (...). Il marito della donna che ha partorito non ha alcun legame biologico con i gemelli. Pertanto, in futuro potrebbe sempre disconoscerli o, al contrario, i gemelli divenuti maggiorenni potrebbero intraprendere un'azione di disconoscimento nei suoi confronti (...). Il Parlamento dovrebbe comunque intervenire urgentemente con una legge, stabilendo che la madre, sempre e in ogni circostanza, è colei che partorisce, e padre legale è il marito di lei (...)»<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Si vd. per tutto Maria E. Vincenzi, *Scambio di embrioni la procura boccia i genitori genetici*, "la Repubblica", 8 agosto 2014, p. 21. Si vd. anche la pagina 9 de "Il Mattino" del 9 agosto 2014 con l'articolo anche di M. Maffettone, *Il giudice: i gemelli scambiati sono di chi li ha fatti nascere*, p. 8.

<sup>2</sup> Ivi, p. 8. L'intervista è tratta da un articolo dal titolo *Il parto dell'Aquila: «Non sapevamo che*

Il giurista continua. Ciò varrebbe a «impedire che in eventuali casi analoghi la donna possa essere indotta alla scelta eventuale dell'aborto, non avendo l'assoluta certezza della maternità legale a tutti gli effetti»<sup>3</sup>. Allo stato della normativa vigente, dunque, «(...) la condizione dei gemelli e delle coppie coinvolte rimarrà sempre una situazione ambigua e a rischio di controversie legali»<sup>4</sup>.

Nella pur breve storia dell'applicazione della PMA in Italia sono noti almeno altri due clamorosi errori: una coppia modenese che nel 1996 si era rivolta a una clinica del suo capoluogo ha dato alla luce (per errore medico poi lautamente risarcito) due figli mulatti; a Torino, nel 2004, uno dei padri si accorse che il cognome sulla provetta usata per la PMA che era stata praticata alla moglie era sbagliato. Le due mamme interruppero subito la gravidanza<sup>5</sup>. A questo si aggiunga che il Tribunale di Roma, secondo quanto si apprende dai giornali, ha riconosciuto il 29 agosto 2014 il rapporto di adozione tra una donna e una bambina di cinque anni che, a sua volta, è figlia di un'altra donna che aveva avuto la bambina grazie a una PMA di tipo eterologo praticata all'estero. Dato che le donne risultano sposate secondo la legge spagnola, ora la bambina ha due mamme, una biologica (e legittima), l'altra (solo) legittima. Il TdM di Roma, ai sensi dell'art. 44 della legge 184 del 1983 (che disciplina le adozioni in casi particolari) così come modificato dall'art. 25 della legge 28.03.2001 n. 149 e dal Dlgs. 26 dicembre 2013, n. 154, ha formalizzato così, nel pieno rispetto della legge, il rapporto d'adozione applicando il criterio informatore di tutta la legislazione sull'adozione minorile in Italia che viene sancito nell'ultima parte dell'art. 11, primo cpv.: «(...) il tribunale per i minorenni decide nell'esclusivo interesse del minore». Su questo punto ritorneremo.

Cosa dire? Pur auspicando che il fatto accaduto, che come abbiamo visto si aggiunge ad altri non meno scabrosi, non si ripeta nel futuro, e non avendo dubbi che i medici italiani potranno praticare anche in Italia la PMA di tipo eterologo con la necessaria professionalità, così come fanno già i loro colleghi nel resto del mondo, resta però il dubbio, di fronte a sfortunati o complessi eventi come questi appena ricordati, che la questione meriti ancora un'attenta e profonda riflessione.

---

*fossero loro», non firmato.*

<sup>3</sup> *Ibidem.*

<sup>4</sup> *Ibidem.*

<sup>5</sup> Ivi, p. 9.

## 2. Il problema dei temi eticamente sensibili

Preliminarmente vorrei dire che questo fatto dimostra, una volta di più, quanto sia difficile procedere sul terreno dei temi eticamente sensibili. Sul punto, la sent. Corte Cost. 162/2014, interviene con chiarezza:

«Le questioni toccano temi eticamente sensibili, in relazione ai quali l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene "primariamente alla valutazione del legislatore" (sentenza n. 347 del 1998), ma resta ferma la sindacabilità della stessa, al fine di verificare se sia stato realizzato un non irragionevole bilanciamento di quelle esigenze e dei valori ai quali si ispirano»<sup>6</sup>.

Su questi temi deve dunque decidere il legislatore, ma la sua decisione *dev'essere ragionevole*<sup>7</sup>. Siamo sicuri però che basti la ragionevolezza per prendere la decisione giusta? Anche una decisione sbagliata può essere ragionevole. Per essere giusta la decisione deve soddisfare a mio avviso anche un criterio di verità oggettiva che come vedremo, nel nostro caso, può essere dato dalla conoscenza scientifica. Siamo sicuri di sapere, tuttavia, veramente, prima ancora di vedere cosa significhi avere rispetto per la dignità della persona umana, cosa sia etico? Ho già scritto che invocare il rispetto della legge non basta a fare di qualsiasi comportamento, un comportamento giusto<sup>8</sup>. Occorre che questo sia anche ben supportato sul piano di un'etica condivisa. Un approccio che riguarda direttamente anche la pertinenza del religioso (come sede naturale dell'*ethos*) ai temi dell'esistenza in un contesto sociale che sia però regolato dal diritto che deve tener conto anche delle esigenze delle persone non credenti<sup>9</sup>. Tuttavia sulla questione di fondo, a mio modo di vedere, grava anzitutto una certa assuefazione della cultura filosofica, teologica, politica e storico-giuridica al significato corrente di etica.

<sup>6</sup> Corte Cost. 162/2014, punto 5.

<sup>7</sup> Su questo tema si vd. ora Andrea Patroni Griffi, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in "AIC", III (2015), pp. 1-31, in part. p. 3, nt. 12 e passim. Si vd. anche Gino Scaccia, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano 2000.

<sup>8</sup> Osvaldo Sacchi, *Il "cuore docile" di re Salomone e la teologia politica in discussione tra certezze del passato e aspettative per il futuro*, in "Giornale di Filosofia della Religione", I (2014), sul web all'indirizzo <http://aifr.it/index.php/articoli/11-articoli-recenti/19-1>.

<sup>9</sup> Contro "un'etica dei più" e nella direzione della costruzione di un "consenso valoriale" si vd. Pasquale Giustiniani, *Bioetica e laicità dello Stato*, in Pino Favo e Antonio Staglianò (a cura di), *Bioetica. Percorsi e incroci*, Esi, Napoli 2008, p. 122 ss. in part. 129; Carlo Casonato, *Introduzione al biodiritto*, Giappichelli, Torino 2012, p. 156; Andrea Patroni Griffi, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, cit., p. 30.

Prima di tutto “etico” non è un esatto sinonimo di “morale”, dato che il primo (“ciò che ha valore in sé”) ha rilievo indipendentemente dall’osservanza di un dato costume in una certa società (“ciò che è morale” dal latino *mos*). Credo inoltre inadeguata la classica distinzione tra approccio antico e medievale (*come l’uomo può raggiungere il benessere e la felicità*) e impostazione moderna (*come spiegare e giustificare il dovere nell’esperienza umana*)<sup>10</sup>, là dove penso che bisognerebbe invece ritornare sulla questione partendo dal dato etimologico, che vorrebbe da un lato “etico” (dal sanscrito *svadhā* come “ciò che ha valore in sé” da cui deriverebbe il greco *ēthos*) come qualcosa che può assurgere a criterio di riferimento indiscutibile perché basato su elementi di oggettività contestabili solo sul piano dell’ideologia; dall’altro “morale” (dal latino *moralis*, che i Romani declinavano nel senso del diritto, ossia il *mos* del diritto romano) come ciò che trova accoglienza in una norma giuridica<sup>11</sup>.

Messa così, si potrebbe dire che alla religione spetti di dire cosa sia “etico” (salvo poi tradurlo in “legge morale”), mentre allo Stato cosa sia “morale”, senza necessariamente confliggere con il sentimento religioso dei suoi cittadini. Non è però un problema di facile soluzione.

Nel caso di specie “ciò che ha valore in sé” per me è anzitutto avere rispetto verso la vita. Quindi immediatamente verso un essere che sta per nascere su cui nessuna persona, capace di autodeterminarsi, dovrebbe arrogarsi il diritto di intervenire alterando il corso naturale delle cose, se non nell’interesse di questa vita stessa. L’affermazione della Corte, al punto 9 delle *considerazioni in diritto* della sent. n. 162, potrebbe apparire quindi, da questo profilo, almeno pretestuosa: «va osservato che la PMA di tipo eterologo mira a favorire la vita e pone problematiche riferibili eminentemente al tempo successivo alla nascita». La PMA di tipo eterologo è una tecnica fortemente voluta da chi non può concepire un figlio in modo naturale e da chi può avere mille motivi per venire incontro a questa esigenza. Non è quindi un modo per far nascere chi altrimenti non nascerebbe. Guardando

<sup>10</sup> Il tema non può essere affrontato con la dovuta ampiezza in questa sede. Mi permetto di rinviare per una prima disamina a Vernon J. Bourke, *History of Ethics. A comprehensive survey of the history of ethics from the early Greeks to the present time*, Doubleday & Company Garden City, New York 1968; tr. it. a cura di Emanuele Rivero, *Storia dell’etica. Esposizione generale della storia dell’etica dai primi pensatori greci ad oggi*, Roma 1972, pp. 7-540, in part. 8 s. e *passim*, ora ben integrato da G. Agamben, *Opus Dei. Archeologia dell’ufficio. Homo sacer, II, 5*, Torino 2011, pp. 7-155.

<sup>11</sup> Cfr. Giovanni Semerano, *Le origini della cultura europea. II. Dizionario etimologici. Basi semitiche delle lingue europee*, Firenze 1994, p. 86. Fu Cicerone che in latino tradusse la parola greca *ethikos* con *moralis* volendogli dare evidentemente un’accentuazione giuridica che l’espressione e la parola in lingua greca non avevano. Si vd. sul punto anche Cic. *de inv.* 2.162.

poi all'interesse del nascituro (ossia la vita nascente) la scienza oggi ci dice che la cifra di unicità di ogni essere umano è costituita geneticamente dal suo DNA, ossia da un corredo cromosomico di 23 gameti maschili e 23 gameti femminili che insieme danno quel complesso unico di geni che rendono ogni essere umano diverso dall'altro<sup>12</sup>. Mi limito a osservare che se fosse davvero indifferente l'identità genetica, ora che cominciamo a capire veramente cosa sia, perché la vicenda dei gemelli contesi ha suscitato tanto clamore? Perché i loro genitori genetici se la prendono tanto a cuore?

Ho già affrontato il tema dello statuto ontologico dell'embrione e del concetto di persona in altre sedi ed è da qualche anno che dedico parte delle mie ricerche al *logos* di persona e allo statuto ontologico dell'embrione cercando di venire a capo di queste complesse vicende<sup>13</sup>. Tengo a precisare che non ho nessuna pregiudiziale di principio contro la PMA di tipo omologo e neanche contro quella di tipo eterologo. Secondo il mio modo di vedere, il gamete maschile e l'ovocita femminile, ossia le cellule della fecondazione umana, sono da intendere come *res* e dunque pienamente trattabili alla stregua di cose che rientrano per questo nella piena disponibilità di chi possa produrli, studiarli, raccogliarli e gestirli a qualsiasi livello. Non penso soltanto a chi debba sottoporsi a una terapia chemiterapica o altre equivalenti che, mettendo seriamente a rischio la sua capacità riproduttiva, lo inducano a depositare il seme presso appositi centri di raccolta in prospettiva futura. Credo che chiunque possa fare quello che vuole del proprio corpo o di parti di esso (e per qualsiasi motivo) purché lo faccia in piena libertà e senza procurare a se stesso dei danni permanenti e/o irreversibili. Il problema sorge però quando i due gameti insieme, comunque procurati, determinano il processo della fecondazione che dà luogo all'embrione<sup>14</sup>. Il dato oggettivo, scientificamente dimostrato, che

<sup>12</sup> Cfr. per tutti Luca e Francesco Cavalli Sforza, *Chi siamo. La storia della diversità umana*, Milano 1995, pp. 113-119.

<sup>13</sup> Rinvio per questo a Osvaldo Sacchi, *The Human Embryo between Res and Person: an Ontological Perspective Inspired from the Legal Debate of the Ancient World*, in *Bioethical issues by the Interuniversity Center for Bioethics Research (C.I.R.B.)*, Napoli 2013, pp. 69-93 e alla relazione (da me presentata in occasione delle *Giornate italo/spagnole di bioetica. Questioni di inizio vita. Fecondazione assistita e aborto nel dibattito bioetico*, svoltesi presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II", Aula Pessina, Napoli, il 26, 27 e 28 giugno 2014) pubblicata come *L'embrione umano tra res e "persona": spunti dal dibattito giuridico del mondo antico*, in Lorenzo Chieffi (a cura di), *Questioni di inizio vita. Italia e Spagna: esperienze in dialogo*, Mimesis, Milano 2014, pp. 117-138. Mi permetto inoltre di segnalare Osvaldo Sacchi, *Antica Persona. Alle radici della soggettività in diritto romano tra costruzione retorica e pensiero patristico*, Napoli 2012, pp. XV-277; Id., *Persona: spettrografia di un etimo. L'età antica*, in "Persona", II (2012), p. 179 ss.

<sup>14</sup> Per uno scenario aggiornato della questione si vd. oggi Lucio Luzzatto, *La morula dimentica-*

l'embrione umano sia portatore di un corredo genetico suo proprio corrispondente a quello dei suoi genitori e di colui che sarà l'essere umano una volta nato, a mio parere, lo fa rientrare nella categoria di quelle fattispecie che "hanno valore in sé" è che quindi sono da ritenere di immediata e prevalente rilevanza etica. Molto appropriata mi pare, del resto, la recente pronuncia della Corte per i diritti umani di Strasburgo che ha respinto il ricorso Parrillo del 2011 (dove si chiedeva alla Corte di pronunciarsi sulla legittimità dell'art. 13 della legge 40/2004) stabilendo che il divieto sancito dalla legge di donare a scopo scientifico gli embrioni umani ottenuti con la fecondazione in vitro non viola la Convenzione europea sui diritti dell'uomo e affermando il principio che gli embrioni umani non possono essere ridotti a una proprietà<sup>15</sup>.

### 3. L'embrione umano e il *logos* di persona

Sembra incredibile, ma è ancora difficile dire con esattezza cosa sia l'embrione umano e stabilire se questo sia una persona<sup>16</sup>. Cominciando da *persona*, si può dire che è certo che questo luogo di senso, sia nella forma greca (*prosôpon*) che in quella latina (*persona*), ebbe un'estensione semantica molto ampia che non è possibile ridurre al solo essere umano capace di coscienza di sé e di autodeterminazione. Guardando alla realtà della storia e delle fonti che ne attestano il reale svolgimento, per tutta l'esperienza antica fino a Boezio e Giustiniano (VI secolo d.C.)<sup>17</sup>, questa parola è stata usata per indicare in senso metaforico: 1) un oggetto materiale (*res*), ossia la maschera del dio pagano (Dioniso), dell'attore o del defunto<sup>18</sup>; 2) il ruolo di un soggetto (*pars*), ossia il celebrante dei riti sacri, l'attore teatrale,

---

*ta* (e la *blastocisti pure*), da il Domenicale del "Sole 24Ore" del 10 agosto 2014, p. 20.

<sup>15</sup> Valentina Arcovio, «Ricerca sugli embrioni, legittimo vietarla», "il Mattino" del 28 agosto 2015, p. 10; Cristiana Salvagni, *Ricerca sugli embrioni, lo stop di Strasburgo*, "Legittimo il divieto", "la Repubblica" del 28 agosto 2015, p. 18.

<sup>16</sup> Roberto Gallinaro, *L'enigma dell'embrione umano*, in Pasquale Giustiniani (a cura di), *Sulla procreazione assistita*, ESI, Napoli 2005, 9-107. Per un ampio e dettagliato ragguaglio della questione vd. anche Carlo Flamigni, *Il secondo libro della sterilità. La fecondazione assistita*, Torino 2008, pp. VII-743, in part. p. 571 ss.

<sup>17</sup> L'Imperatore cattolico d'Oriente, Giustiniano, dichiara apertamente il suo orientamento "personalista": in Inst. 1.12, opera pubblicata nel 533 d.C. S'interroga invece sul significato di persona nel 512 d.C. il filosofo romano Boezio in *c. Euty. et Nest.* 2,1 [Loeb].

<sup>18</sup> Plato Com. *frgm.* 250; Arist. *Poet.* 1449a,36; Varro *l.L.* 7.64; Lucr. *r.r.* 4.297; Cic. *de or.* 3.221; Horat. *sat.* 15.64 (la maschera dell'attore); Polyb. 6.53.4-6; Fest. sv. *Fabam* (L. 77,5) (del defunto).

la parte processuale, il *cives* della *res publica* (come privato e come pubblico funzionario)<sup>19</sup>; 3) la parte soggettiva nella predicazione (*figura retorica*) nel discorso logico e grammaticale<sup>20</sup>; 4) la parte soggettiva nella relazione (*figura sententiae*) in senso filosofico e nel rapporto giuridico. Qui *persona* è stata riferita a uomini *liberi, servi*, aggregati civici come *municipia, coloniae, civitates, conciliabula, castella, praefecturae, collegia* e *municipia*<sup>21</sup>; a concetti astratti come l'*hereditas iacens* o aggregati collettivi come *societas* o la *decuria*<sup>22</sup>; e forse anche a *praedia* e animali nella qualità di *personae in mancipio*<sup>23</sup>.

In un senso allegorico essa ha indicato : 5) l'essere umano, declinato come *singulus*, ossia come unità di anima e corpo in senso orfico-neoplatonico (Agostino)<sup>24</sup>; ovvero come unità ipostatica (*individuus*) assimilabile all'atomo democriteo come essere unico e irripetibile nell'Universo (Gregorio di Nissa e Boezio)<sup>25</sup>; 6) infine, la Trinità della tradizione cattolica e gli Angeli<sup>26</sup>.

Ho definito tutto questo come “*logos* di persona” perché questa nozione, molto prima che la tradizione cristiana ne valorizzasse la portata – salvo poi rielaborarne (alterarne?) il senso originario per poi consegnare il risultato di tale rielaborazione alla modernità – non si esauriva nella definizione del solo essere umano, ma fu rappresentativa di un *logos* che traendo origine sin dalle prime rappresentazioni del sacro, trasmutò poi nella dimensione del teatro (prima greco e poi romano), della retorica (prima greca e poi romana), del diritto (romano) e poi della speculazione patristica (greca e romana). In questo quadro assai complesso i giuristi romani

<sup>19</sup> Plaut. *Curc.* 1.3.190 (l'attore teatrale); Cic. *din. pro Caec.* 27; *de orat.* 2.102; Donat. *ad Phorm.* 128; D. 2.7.1.2 (Ulp. 5 *ad ed.*) (la parte processuale); Cic. *de off.* 1.34.124 (il *cives* come privato e come pubblico funzionario). Cfr. su questo Osvaldo Sacchi, *Persona*, cit., p. 179 s.

<sup>20</sup> Rut. Lup. *schem. lex.* 2.6; Isid. *etym.* 2.13.1-2; Teophr. in Gell. 1.3.28; Themist. in *Aug. cath. decem* 1 PL XXXII, 1, col. 1.419.

<sup>21</sup> Gai. 1.8-9; Inst. 1.3pr.; D. 28.6.30 (Iul. 78 *dig.*); 36.1.6.4 (Ulp. 4 *fideicomm.*); PS. 4.6.2.

<sup>22</sup> D. 46.1.22 (Flor. 8 *inst.*).

<sup>23</sup> Gai. 1.116; 1.120. La questione è tuttavia molto controversa, stante lo stato lacunoso del testo di Gaio.

<sup>24</sup> Aug. *de Trin.* 15.7.11 [PL 42 1065]. Si v. anche Iul. Poll. *Onom.* 2.66 (*De anima, mente, et his quae ab animo dicta sunt*). Ancora Aug. *de civ. Dei* 9.9.

<sup>25</sup> Greg. Nyss. *Graec.* PL 45 178C-D [GNO III/1,23,4-8]: «Se qualcuno dice che noi nominando Pietro, Paolo e Barnaba, nominiamo tre sostanze parziali (*ousias merikas*) – è chiaro che questo è il significato di particolari (*idikeas*) [sostanze]; infatti è più esatto dire così – dovrebbe ammettere che [con ciò] non intendiamo niente altro che l'individuo, che è la persona (*atomon, oper esti prosōpon*)». Boeth. *c. Euty. et Nest.* 3,1-5.

<sup>26</sup> Boeth. *c. Euty. et Nest.* 2,28 [Loeb].

considerarono il concepito già *persona*. Lo dice espressamente Gaio (circa 170 d.C.) che in 2.242 qualifica il *postumus alienus* come *incerta persona* in ragione dello *ius naturae* (D. 1.5.26: *Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse*)<sup>27</sup>. La *ratio* di tale configurazione giuridica è in un testo di Ulpiano: D. 37.9.1.15, dove si legge che “si nasce non tanto per i genitori, come si dice, ma per la *res publica*”<sup>28</sup>.

Un’eco remota di questa antica concezione del nascituro, quale soggetto meritevole di tutela perché portatore di un’interesse che riguarda l’intera collettività, è nella lettera dell’art. 1, primo comma, della L. 40/2004 la cui formulazione è molto indicativa: «Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito».

Forse può aver influito il fatto che della commissione preposta alla redazione di questo testo di legge abbiano partecipato anche degli specialisti di diritto romano (ecco la ragione quindi della loro presenza in tale commissione<sup>29</sup>), sta di fatto però che la L. 40/2004 prevede come soggetto coinvolto nelle vicende della PMA espressamente la parola “concepito”. Non solo, il capo XIV della L. 40/2004 prevedendo, con gli artt. 13 e 14, delle *misure a tutela dell’embrione* menziona espressamente anche questa parola<sup>30</sup>. Qui è necessario però fare qualche ulteriore precisazione.

<sup>27</sup> D. 1.5.1 (Gai. 1 *inst.*); Gai. 2.242: «Ac ne heres quidem potest institui postumus alienus; est enim incerta persona»; D. 1.5.26: «Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse». Si vd. sul punto Maria Pia Baccari, *Quando i bimbi erano patrimonio della società*, da “il Foglio” del 1 febbraio 2004; Id., *Concepito oggi è parola tabù, ma lo ius romano non la pensava così*, da “il Foglio” del 6 gennaio 2005; Paolo Ferretti, *In rerum natura esse in rebus humanis nondum esse. L’identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*, Giuffrè, Milano 2008, p. 185 ss. Spunti sul dibattito bioetico attuale in Maria Antonietta La Torre, *Procreazione assistita: ritorna il mito della «natura»*, in Pasquale Giustiniani (a cura di), *Sulla procreazione assistita*, cit., pp. 109-122; Giovanni Chieffi, *Breve commento alla legge 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita*, in Giustiniani, *Sulla procreazione assistita*, cit., pp. 55-68, in part. pp. 56-61; Pasquale Giustiniani, *Verso un nuovo compromesso tra visioni scientifiche e prospettive «altre»? Postfazione*, in Pasquale Giustiniani, *Sulla procreazione assistita*, cit., pp. 173-202, in part. pp. 186-193.

<sup>28</sup> D. 37.9.1.15 (Ulp. 41 *ad ed.*): *partus enim iste alendus est, qui et si non tantum parenti, cuius esse dicitur, verum etiam rei publicae nascitur.*

<sup>29</sup> Lo dico per Carlo Flamigni che non sa darsene ragione in Carlo Flamigni, *Il secondo libro della sterilità*, cit., p. 677.

<sup>30</sup> Sul sofferto dibattito in ordine alla scelta delle parole “concepito” ed “embrione” usate nella L. 40/2014 rinvio alla dettagliata disamina di Carlo Flamigni, *Il secondo libro della sterilità*, cit., p. 641 ss. e p. 661 ss. che mi è stato molto utile per approfondire gli aspetti scientifici della questione e i termini del dibattito attuale.

È indiscutibile che i termini *concepito* ed *embrione* siano usati nel testo della legge 40/2004 come sinonimi. Una testimonianza attendibile del clima che ha portato alla stesura di questo testo di legge viene proprio da Carlo Flamigni che è uno dei più convinti critici di tale legge e a questo proposito ha scritto: «Nelle udienze conoscitive ci è stato detto dagli stessi senatori che hanno contribuito alla stesura della legge che era stata loro cura evitare di inserire nel testo voci diverse da “embrione” (come per esempio “zigote” o “morula”) per lasciare la possibilità di successive precisazioni, che avrebbero potuto consentire ai medici di distinguere una fase pre-embrionale e una embrionale»<sup>31</sup>. Il dato trova conferma nella stessa sent. Corte Cost. 162/2014 dove, al punto 4.2 delle *considerazioni in fatto*, nella parte dedicata alle motivazioni del ricorso del Tribunale di Catania, si rileva che tale giudice abbia usato i termini *nascituro*, *concepito* ed *embrione* come sinonimi, così come la celebre sentenza, sempre della Consulta, che dichiarò l'illegittimità costituzionale della norma penale che sanzionava l'aborto (le citazioni esterne son qui riportate tra doppi apici alti come nel prosieguo del testo):

«Quanto, invece, al diritto del nascituro alla conoscenza della propria origine genetica, benché la tutela del concepito rinverga fondamento costituzionale negli artt. 31, secondo comma, e 2 Cost., alla stessa non potrebbe essere data prevalenza totale ed assoluta, non esistendo “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 (sentenza n. 27 del 1975)».

Posto quindi che l'ordinamento conferisce al concepito, al nascituro o all'embrione, almeno la dignità di “soggetto nel diritto” (se così non fosse l'art. 8, Dlgs. 28/12/2013, n. 154, non avrebbe rinnovato l'art. 231 c.c. aggiungendo in tema di paternità alla parola “concepito” anche l'espressione “nato”<sup>32</sup>) resta quindi l'interrogativo: esso è *res*, persona o cosa?

Per l'ordinamento italiano il concepito non può essere considerato *persona*. Non solo perché, quasi trent'anni fa, la Corte Costituzionale per giustificare la legittimità della legge sull'aborto aveva detto, come abbiamo visto, che l'embrione è qualcosa che *persona deve ancora diventare*, ma anche perché tale concetto è stato ribadito nella ormai altrettanto celebre Sentenza della Corte Costituzionale italiana (n. 438/2008) per cui questo sarebbe comunque *incapace ancora di autodeterminazione*. In quest'ottica, il destino normativo dell'embrione come *res*, sembrerebbe quindi già segna-

<sup>31</sup> Carlo Flamigni, *Il secondo libro della sterilità*, cit., p. 641.

<sup>32</sup> Su questo si vd. *infra*. Basti solo ricordare inoltre l'art. 89 c.c. sul divieto temporaneo di nuove nozze (il *tempus lugendi* di tradizione romanistica).

to<sup>33</sup>. Sempre la Corte Costituzionale italiana con la sentenza n. 151/2009, sancendo l'illegittimità costituzionale del *divieto di crioconservazione e di soppressione degli ovuli in numero non superiore a tre* stabiliti dall'art. 14 della L. 40/2004 (che vietava in Italia la cd. fecondazione assistita ora consentita in virtù della sent. Corte Cost. n. 162/2014), ha poi confermato il principio della *non umanità* di tutto ciò che non può dirsi dotato di una consapevolezza di sé, ribadendo così il conseguenziale declassamento del soggetto embrionario a *res* (mi chiedo se lo stesso può dirsi del neonato, dell'essere umano in stato comatoso o del cadavere, ma sul punto dovrò ritornare)<sup>34</sup>. Entra in questo dibattito anche una recente sentenza della Corte di Cassazione italiana (n. 16754/2012), commentata da Antonio Palma, giurista e professore di diritto romano, dove si afferma la tutela del diritto alla salute del nascituro qualificato *portio rei*, ossia parte del corpo della madre, «senza limitazioni di efficacia che possano derivare dal problematico riconoscimento della sua *soggettività giuridica*»<sup>35</sup>.

Ma allora, oltre al diritto alla salute che ci ha ricordato la Cassazione con la sent. n. 16754/2012, quali sono gli altri diritti posti a tutela del concepito che, come la stessa sent. Corte Cost. 162/2104 non manca di sottolineare, troverebbero «*fondamento costituzionale negli artt. 31, secondo comma, e 2 Cost.*»? Siamo davvero sicuri che questa “cosa” possa continuare a essere

<sup>33</sup> Questa posizione recepisce l'orientamento di coloro che partono dall'idea che “persona” sia un predicato ontologico autosufficiente, cioè un sinonimo esclusivo di “individuo” come essere umano razionale e quindi capace di autodeterminazione. In questa ottica, il destino normativo dell'embrione come *res*, apparirebbe già segnato. Scrive Roberta De Monticelli, *La novità di ognuno: persona e libertà*, Garzanti, Milano 2012, p. 363: «Un embrione umano, almeno finché non può essere colpito da eventi di questo mondo (e magari lo può già nell'utero materno, ma non già certo prima di essere biologicamente individuato) non può dare inizio a quel processo di individuazione, che fin dalla prima sua risposta al mondo ci consentirà invece di chiederci *chi sarà* questo nuovo nato che già risponde in modo così diverso da quello della culla accanto».

<sup>34</sup> Su tale sentenza vd. fra gli altri Stefano Agosta, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte Cost., sent. n. 151/2009)*, in “Forum di Quaderni costituzionali” (2009); M. Manetti, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in “Giur. Cost.” (2009), p. 1688 ss.; Chiara Tripodina, *La Corte Costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la «Costituzione che non vale la pena più di difendere»?*, ivi, p. 1696 ss.; Marilisa D'Amico, Irene Pellizzone (a cura di), *I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte Costituzionale*, FrancoAngeli, Milano 2010; Andrea Patroni Griffi, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita*, cit., p. 8 e *passim*.

<sup>35</sup> Antonio Palma, «*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 AAVV., *In honorem Felicis Wubbe antecessoris nonagenarii*, Fribourg 2013, 97-108, in part. p. 104 ([http://www.unifr.ch/dpr/images/stories/File/Compilation\\_final\\_29\\_1\\_13.pdf](http://www.unifr.ch/dpr/images/stories/File/Compilation_final_29_1_13.pdf)); ora in “Legal Roots” (2013), pp. 97-108.

qualificata *res* o non ancora “come” persona a termini di legge? *Portio rei* rispetto alla madre biologica e/o genetica? Al di là dei giochi di parole, dei meri sofismi e delle argomentazioni controfattuali, giova ripetere, resta il dato normativo che sulla questione del rilievo giuridico dell’embrione umano oggi non si può ancora dire con il supporto della legge, almeno in Italia, se questo sia *res* o *persona*.

#### 4. L’embrione umano “come” *persona*

A mio avviso, l’embrione può essere qualificato “come” persona *non* perché ogni essere umano che è dotato di natura umana e appartiene per sua dotazione genetica al genere umano è per ciò stesso persona (sarebbe questo un ragionamento tautologico), bensì perché sul piano storico-giuridico può darsi l’attributo di persona a ogni ente dotato di soggettività, qualità e relazione (come per il diritto romano e oggi anche per il Catechismo della Chiesa cattolica)<sup>36</sup>; in quanto (aggiungerei) questo sia portatore di un assetto memoriale riferibile al suo passato al suo presente e al suo futuro<sup>37</sup>. In attesa che la scienza ci dica cosa sia l’“anima” e quando questa insorga nell’essere umano (se questo può servire a distinguerlo dalla mera materia biologica, ossia il corpo), sembra che la tradizione antica, fuori dal topos ilemorfico, fornisca l’indicazione meglio adeguata alla realtà del nostro problema<sup>38</sup>. Lo stesso Aristotele in un fram-

<sup>36</sup> Mi sia permesso di rinviare per questo a Osvaldo Sacchi, *Antica Persona*, cit., pp. 231-241 e *passim*.

<sup>37</sup> Cfr. Osvaldo Sacchi, *La persona, una bottiglia nel mare. Intervista a Giuseppe Limone*, in “Persona”, II (2012), pp. 157-176, in part. p. 169.

<sup>38</sup> Al problema di capire quando l’embrione diventi “sostanza individuale” tenta di dare una risposta la scienza moderna quando sostiene che tra il sesto e il quattordicesimo giorno il “pre-embrione” può dividersi in gemelli monozigoti. In ogni caso, dopo il quattordicesimo giorno dal concepimento (?), l’embrione scientificamente diventerebbe “sostanza individuale” e quindi persona dal punto di vista dell’inizialità, anche se non ancora da quelli della creatività e della autodeterminazione. Si vd. Roberta De Monticelli, *La novità di ognuno*, cit., p. 369. Ritornerebbe allora il paradosso di un embrione nel grembo materno che nello stesso tempo sarebbe “sostanza individuale” e non “individuo” nel senso etimologicamente corretto della parola (“unità non divisibile”). Soccorrerebbe in questo senso una nozione di persona condivisa e ben giustificata sul piano giuridico-filosofico, oppure la situazione evidentemente contraria alla logica e al *ius naturae*, di un embrione “individuo” fuori dal grembo materno. Ma anche guardando alla situazione più naturale, quella dell’embrione fecondato (secondo natura o con artifici tecnologici) nel corpo materno nella fase del preimpianto, cosa abbiamo di fronte? Un pre-embrione? Una materia ancora *imperfecta*? Il pensiero nichilista contemporaneo tenta di spiegare la situazione in questi termini: l’*essenza di un ente che ne precede l’esistenza* (secondo il linguaggio filosofico); le *specifiche di un programma che ne precedono l’implementazione* (informatico); l’*informazione genetica di un organismo che ne precede l’espressione* (biologico). A ben vedere tutto

mento del *De generatione animalium* a proposito della formazione dell'embrione dice che «non c'è *prosopon* senza anima»<sup>39</sup>. Quasi a dire che il *prosopon* (poi *persona*) avesse poco a che fare con il corpo dell'essere umano.

L'embrione umano, comunque la si veda, è dunque portatore di un interesse dall'altissimo valore simbolico: *rappresenta il mistero della riproduzione umana*; è ancora qualcosa che non capiamo fino in fondo, ma non possiamo negare che esista; e, dal mio punto di vista, lo spazio per comprenderne la sua più intima essenza si è ormai ridotto al tempo che intercorre tra l'accoppiamento e la compattazione del corredo genetico<sup>40</sup>.

Da storico del diritto, posso quindi qualificare l'embrione “come” persona, quale individuo in un senso biologico/genetico (e quindi in questo senso già antropologico), retorico e giuridico, in base alla definizione di “persona” come *un indice logico di attribuzione capace di comprendere nella sua nozione qualsiasi ente connotabile di soggettività, qualità e relazione; che sia portatore di un corredo memoriale, epistemicamente rilevante in un contesto dato, rivolto al suo passato, al suo presente e al suo futuro*. Prendendo come riferimento non la *persona giuridica* moderna e dunque attuale (che richiede come requisito indispensabile una soggettività positivamente data), ma l'idea antica di “persona (o “soggetto”) nel diritto”, si può quindi definire l'embrione “come” persona a partire dalla formazione del genoma, perché nel corredo genetico c'è già la memoria di un passato (l'appartenenza al genere umano e il corredo genetico dei genitori), di un presente (perché il DNA dell'embrione è lo stesso di quello dell'individuo adulto) e di un futuro (se è vero che nella catena amminoacida ci sia in atto già la storia biologica di tutta la vita dell'essere umano).

È questo che a mio avviso rende l'embrione umano meritevole di una tutela giuridica sua propria (diversa quindi dall'essere umano nato). Esso è portatore di un interesse che esprime un valore già riconosciuto nel nostro ordinamento, non solo con le norme poste in tema di donazioni e disposizioni ereditarie in capo al nascituro, ma anche con quelle poste a tutela, ad esempio, del cadavere umano o del *tempus lugendi* per la celebrazione di un secondo matrimonio in caso di vedovanza. Ad ogni buon conto, ad esso è

---

ciò presenta “aria di famiglia” con le versioni ebraica, greca e latina del versetto del Salterio 138(139),15 dell'A.T. per cui rinvio a Osvaldo Sacchi, *The Human Embryo*, cit., pp. 85-88.

<sup>39</sup> Arist. *de gen. anim.* 734b,24. Traggo da Antonio Piras, *Le parole del volto. Spigolature storico-linguistiche ai margini di un campo semantico*, in Daniele Vinci, *Il volto nel pensiero contemporaneo*, Il pozzo di Giacobbe, Trapani 2010, p. 57.

<sup>40</sup> Pare che il ginecologo Dagan Wells sia riuscito a estrarre il DNA da una cellula di un embrione da fecondazione in vitro di cinque giorni. Cfr. Alex Saragosa, *Letto il Dna di un embrione di cinque giorni*, “il Venerdì di Repubblica” del 16 agosto 2013, p. 66.

dato un definitivo riconoscimento dal Legislatore italiano con gli artt. 13 e 14 del capo VI (*Misure a tutela dell'embrione*) della legge 40 del 2004 che disciplinano la sperimentazione e pongono dei limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni umani; ma soprattutto dal Giudice Costituzionale che almeno a partire dalla legge 194/1978 sull'interruzione volontaria della gravidanza (non saprei con quale coerenza al di là di funambolici artifici sofisticati) ha più volte ribadito che *il concepito è meritevole di tutela costituzionale*<sup>41</sup>.

Anche se da questo orecchio molti continuano a non voler sentire, il requisito della razionalità, e quindi dell'autodeterminazione, è solo un postulato apodittico (non necessario ai fini della configurabilità dell'embrione "come persona") della modernità, costruito sulle spoglie del pensiero medioevale, e inoltre inadeguato a descrivere la realtà dell'embrione umano oggi che sappiamo che questo, da un dato momento (20/24 ore dal concepimento), si identifica per essere portatore dello stesso DNA dell'individuo umano adulto. Tale soluzione sarebbe perfettamente conforme al concetto del diritto romano di *persona* come *indice logico di attribuzione in un contesto dato meritevole di attenzione giuridica*. Guardato "come" persona e non come *res* esso potrebbe essere quindi qualificato giuridicamente in Italia "persona" o se si preferisce "come una persona" anche indipendentemente dalla questione «del problematico riconoscimento della sua *soggettività giuridica*» (vd. Cass. it., sez. III, n. 16754/2012) e con *una disciplina sua propria* che, nel merito, andrebbe costruita in base alle sue caratteristiche di specie. Dovrebbe essere questo a mio avviso il compito del Legislatore o della Corte Costituzionale che sulla questione continuano invece a subire, a mio avviso, forse troppo l'influenza della pressione mediatica e di quella parte dell'opinione pubblica di cui questa si fa portavoce. Già nel 2005 Emilio Dolcini aveva espressamente auspicato un intervento in tal senso da parte della Corte Costituzionale, ma ad oggi niente di tutto questo è ancora accaduto<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> Sul problema della costituzionalità della legge sulla interruzione volontaria della gravidanza si vd. Lorenzo Chieffi, *Aborto e Costituzione*, in *Bioetica e diritti dell'uomo*, Paravia-Bruno Mondadori, Torino 2000; Paolo Veronesi, *Il corpo e la Costituzione: concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano 2007, p. 97 ss.; Rosanna Fattibene e Maria P. Iadicicco, *Il diritto alla vita del concepito e l'interruzione volontaria della gravidanza nella giurisprudenza costituzionale*, in Raffaele Prodomo (a cura di), *La nascita. I mille volti di un'idea*, Giappichelli, Torino 2006, p. 209 ss. Sui vari interventi della Consulta dove si ribadisce che l'embrione umano è meritevole di tutela costituzionale vd. ora Andrea Patroni Griffi, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita*, cit., p. 9, 22, 25, 27 e *passim*.

<sup>42</sup> Carlo Flamigni, *Il secondo libro della sterilità*, cit., p. 663.

Sul punto vorrei però dare atto a Carlo Flamigni che, pur essendo stato uno dei più agguerriti sostenitori delle pratiche di PMA (uso il tempo verbale al passato perché credo che ormai con la sent. 162/2014 Flamigni abbia vinto la sua battaglia) e della tesi della non personalità dell'embrione umano, non ha mai mancato di riconoscere:

«Mi limito dunque a dire una sola cosa: il fatto che l'embrione non sia persona (e che sia perciò ingiusto ascrivergli diritti che non gli spettano) non implica che l'embrione non meriti una qualche forma di tutela, ma solo che essa non può dipendere dall'essere persona. I doveri di tutela dell'embrione dipendono dunque da altre ragioni e la quantità di tutela che gli è dovuta può essere in teoria anche superiore a quella dovuta alla persona»<sup>43</sup>.

Ecco davvero il punto. Lo stesso Flamigni, nel suo libro molto ben documentato dedicato all'argomento, riporta in traduzione una frase della *American Society for Reproductive Medicine* (ASRM) tratta dalle sue linee guida pubblicate nel 2004: «È necessario ricordare che la legge ha difficoltà nell'occuparsi di un'entità che non è né una cosa né una persona come il concepito umano»<sup>44</sup>. Molto dipende quindi dallo stabilire cosa sia "persona"; ma soprattutto dal saper vedere dov'è la verità nel rapporto tra il *concetto di persona* e *l'essere umano* e di conseguenza dal saper vedere quale è la *vera relazione* che dobbiamo riconoscere tra l'embrione e l'essere umano.

Se lo è chiesto recentemente anche Lucio Luzzatto, con parole evidentemente molto soppesate, perché a mio parere centrano la questione:

«Quando, in qualche momento tra l'embrione e il neonato, si può cominciare a parlare di persona umana? A rispondere a questa domanda qui non mi cimento: lo farei se qualcuno prima mi definisse il termine persona umana»<sup>45</sup>.

Ho l'impressione che Luzzatto continui a scontare una certa influenza del postulato dell'identità esclusiva tra la persona e l'essere umano che storicamente (pur riconoscendo l'importanza del concetto teologico di persona e del personalismo che in un certo senso può definirsi un suo sbocco consequenziale) ha un valore solo relativo; ma a parte questo (e se anche fosse), ho molto apprezzato un suo intervento apparso sul *Domenicale del Sole24Ore* del 10 agosto 2014; e quindi, anche accogliendo la sua sollecitazione a cui in parte ho già risposto, se la catena è: embrione, feto, neonato, bambino, adolescente, giovane, adulto, anziano, cadavere; perché continuare a escludere da questa sequenza temporale proprio l'embrio-

<sup>43</sup> Ivi, p. 582 ss.

<sup>44</sup> Ivi, p. 541.

<sup>45</sup> Lucio Luzzatto, *La morula dimenticata*, cit., p. 20.

ne? Siamo proprio sicuri che si tratti di un'entità ontologicamente diversa? Quando la Corte europea dei diritti dell'uomo rileva che il concetto di "bambino" non è assimilabile a quello di "embrione" dice un'ovvietà che non può valere come argomento per giustificare una diversa consistenza ontologica dell'embrione<sup>46</sup>.

Proviamo a impostare invece il problema mettendo a confronto le seguenti due proposizioni. Primo enunciato: a) *la persona è l'essere umano; l'essere umano non è l'embrione; dunque l'embrione non è la persona* (l'embrione, che non è un concetto ma qualcosa che esiste davvero, deve quindi dirsi *res*). Secondo enunciato: b) *la persona ha a che fare con l'essere umano; l'essere umano ha a che fare con l'embrione; dunque la persona ha a che fare con l'embrione* (in questo caso l'embrione non potrebbe dirsi soltanto *res*). Dal punto di vista meramente logico le due proposizioni sono entrambe valide. Ma allora, cosa differenzia questi due sillogismi, da rendere quello "b" *veramente* vero, mentre quello "a" solo *verosimilmente* vero? Il dato scientifico, ossia la realtà sperimentalmente verificata (e sempre verificabile) che l'essere umano, così come il suo embrione, hanno lo stesso DNA, mentre persona è solo un concetto, esposto quindi come è ovvio, al relativismo filosofico con tutto quel che segue. Da tutto questo ragionamento si ricava però un dato oggettivo difficilmente contestabile: il sillogismo "b" *trae fondamento da una verità scientifica*; mentre il primo ("a"), *solo da un'interpretazione*. Alla domanda di Luzzatto credo quindi di aver risposto. Aspetto lumi al riguardo.

## 5. Il concetto di persona e il suo fondamento giuridico-dogmatico

Lo statuto giuridico dell'embrione umano per l'ordinamento italiano è frutto dunque di una complessa stratificazione che trae origine da due momenti molto importanti per la storia del concetto di persona che ci viene consegnato dall'antichità e dalla speculazione medioevale e moderna. Come dicevo in apertura, avendo dedicato uno studio alla complessa vicenda della sedimentazione semantica di *persona* dalle origini della cultura occidentale sino alla formulazione di Boezio (VI secolo d.C.), posso permettermi qui di procedere con relativa speditezza<sup>47</sup>.

Il primo di tali momenti è la celeberrima formulazione di Boezio che

<sup>46</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 agosto 2012, caso Costa e Pavan *versus* Italia, punto n. 62 su cui si vd. Andrea Patroni Griffi, *Il bilanciamento*, cit., p. 12 e nt. 45.

<sup>47</sup> Per ogni ulteriore approfondimento sul tema rinvio a Osvaldo Sacchi, *Antica persona. Alle radici della soggettività in diritto romano tra costruzione retorica e pensiero patristico*, Satura, Napoli 2012, pp. XV-277.

diede la definizione di *persona* come *rationabilis naturae individua substantia*. Poi ripresa e perfezionata, primo per importanza su tutti, da San Tommaso<sup>48</sup>. Il secondo è l'altrettanto celebre formulazione di Savigny che nel suo *Sistema del diritto romano attuale* sancì l'equivalenza stretta tra il concetto di persona, quello di soggetto di diritti e quello di uomo in campo giuridico<sup>49</sup>. Nella sentenza Corte Cost. n. 162/2014, al punto 5.2 delle *considerazioni in fatto*, viene menzionato infatti il *principio personalistico* che trae fondamento proprio dai postulati testè citati:

«In relazione alle censure riferite agli artt. 2, 29 e 31 Cost., le parti reiterano gli argomenti svolti dal rimettente e richiamano ricerche e studi i quali hanno escluso che il difetto di parentela genetica comprometta lo sviluppo del bambino, mentre la sentenza n. 151 del 2009 avrebbe fatto emergere un valore costituzionale nuovo, costituito dalle «giuste esigenze della procreazione». L'art. 32 Cost. sarebbe violato, alla luce della giurisprudenza di questa Corte richiamata dal giudice a quo, perché il divieto in esame lederebbe l'integrità psichica e fisica delle coppie con più gravi problemi di sterilità o infertilità. Le norme censurate non garantirebbero, inoltre, alle coppie affette da sterilità o infertilità assoluta il proprio diritto all'identità ed autodeterminazione, espresso dal principio personalistico dell'art. 2 Cost.»<sup>50</sup>.

Esso si collega direttamente quindi all'art. 2 Cost. che risolve anche il problema di stabilire chi abbia legittimità per decidere sui diritti dell'essere umano; e quello, ancora più importante – posto che una pacifica e civile convivenza in un consesso di uomini è impossibile senza delle leggi che la governino –, di stabilire se la legge possa regolamentare tutti gli aspetti della vita umana. Il legislatore costituzionale italiano dimostra di aver accolto la tesi che lo Stato possa solo “riconoscere” (e dunque non anche

<sup>48</sup> Boeth. *c. Enty. et Nest.* PL 64 IV 1345 C [Migne]: «... *persona vero (scil. si parla dell'uomo), rationabilis naturae individua substantia*» [Migne]. Boeth. *c. Enty. et Nest.* 4,8: «*persona vero (scil. si parla dell'uomo) rationabilis naturae individua substantia*» [Loeb]. S. Thomae, *Summa Theol.*, I, q. 29, a.3: «*persona significat id quod est in tota natura, scilicet subsistens in rationali natura*».

<sup>49</sup> Friedrich C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts* II, Berlin 1840, p. 2 che può essere letto anche nella traduzione di Vittorio Scialoja, *Sistema del diritto romano attuale*, II, Torino 1888, p. 1: «Perciò il concetto primitivo della persona ossia del soggetto di diritti deve coincidere col concetto dell'uomo, e questa primitiva identità dei due concetti si può esprimere con la formula seguente: 'Ogni singolo uomo, e solo l'uomo singolo, è capace di diritto'. Tuttavia questo primitivo concetto della persona può dal diritto positivo ricevere modificazioni di due maniere, limitative ed estensive, già accennate nella formula enunciata. Può cioè, in primo luogo, negarsi a taluni singoli uomini, in tutto o in parte, la capacità giuridica. Può, in secondo luogo, estendersi la capacità a qualche altro ente, oltre l'uomo singolo, e così può artificialmente formarsi una persona giuridica».

<sup>50</sup> Sent. Corte Cost. del 10 giugno 2014, n. 162 di cui uso una versione scaricata dal web ultimo accesso 26.08.2014: <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>.

“disporre”) dei diritti dell'uomo. Tali diritti quindi, almeno in Italia, sono da considerare «preesistenti alla nascita dello Stato, e quindi già appartenenti alla persona umana»<sup>51</sup>. Uno di tali diritti è indubbiamente quello previsto dalla prima parte dell'articolo art. 3 Cost., secondo comma, che parla del “pieno sviluppo della persona umana”.

Sin dal primo anno di università lo studente impara che con questo articolo la Costituzione ha inteso sancire il principio di eguaglianza fissato nella cd. *regola di giustizia* per cui «si devono trattare le situazioni eguali in modo eguale e le diseguali in modo diseguale»<sup>52</sup>. È incontrovertito che qui il legislatore si riferisca alla persona umana come al “cittadino” già nato e capace di autodeterminazione (vd. il primo comma di tale articolo), ma abbiamo visto come le ragioni di questa soluzione siano state (e lo sono ancora) fortemente condizionate ideologicamente. Il progresso scientifico e tecnologico ci permette oggi di sapere sull'embrione molte più cose di quante non si potessero sapere prima. Del resto l'assemblea Costituente nel 1948 non poteva neanche immaginare che un giorno ci si sarebbe dovuti interrogare su una situazione di conflitto tra identità genetica, identità biologica e identità legale (tornerò ancora su questo punto). Un'estensione di senso del significato autentico di tale formulazione a favore dell'embrione quindi non sarebbe certamente illogica o contraria alla *ratio* di tale norma anche considerando che per il Legislatore italiano il concepito, come detto, ha sempre ricevuto un'esplicita considerazione giuridica<sup>53</sup>.

Si dovrebbe ripensare quindi, in tema di statuto giuridico dell'embrione umano, al senso della frase “pieno sviluppo della persona umana” e anche a quello della frase “la legge non può violare in nessun caso i limiti imposti dal rispetto della persona umana” poste rispettivamente dagli artt. 3, secondo comma, e 32, secondo comma, Cost. Per quale incomprensibile motivo *ciò che accade nella fase prenatale* dell'essere umano non dovrebbe riguardare anche il *pieno sviluppo della persona umana*? Perché il diritto all'identità genetica, ossia ad avere come genitori due esseri umani che hanno il proprio stesso DNA, non può rientrare nella previsione di tale norma costituzionale come una modalità di quel rispetto della persona umana che “*in nessun caso dev'essere violato dalla legge*”? Può davvero il legislatore, alla luce delle conoscenze che oggi abbiamo acquisito sul periodo

<sup>51</sup> Traggo da Paolo Barile, in AA.VV., *La Costituzione per tutti*, Milano 1996, p. 17.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

<sup>53</sup> Sul sofferto travaglio dottrinale e legislativo in tema di considerazione giuridica dell'embrione vd. ora Antonio Meola, *Sul 'nato morto': osservazioni a margine di un caso giurisprudenziale*, in Carlo Lanza (a cura di), *La tradizione classica e l'unità d'Italia. La questione del diritto romano*, Satura, Napoli 2015, pp. 61-80.

prenatale dello sviluppo di un essere umano, continuare a insistere sulla irrilevanza quasi assoluta di questa fase della sua formazione? E quindi non accorgersi che, alla luce di quanto detto finora, un'impostazione del genere possa apparire quanto meno riduttiva? Si può ancora ricondurre tutta la gravidanza dei diritti spettanti al concepito ex art. 2 Cost. (che garantisce il riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo) al solo disposto dell'art. 31, secondo comma, Cost.?

La Corte Costituzionale non lo dice apertamente ma, avendo proceduto a una valutazione di ragionevole bilanciamento tra i valori costituzionali in gioco e avendo riconosciuto un rilievo prevalente al principio delle *giuste esigenze di procreazione* poste dalla sent. Corte Cost. 151/2009, ci lascia presumere che ai principi del *pieno sviluppo della persona umana* (posto dall'art. 3, secondo comma, Cost.) e a quello del *rispetto della persona umana* (posto dall'art. 32, secondo comma, Cost.) non si possa riconoscere (almeno per ora) alcuna rilevanza giuridica per l'embrione umano. Sintomatica peraltro appare l'assenza di riferimento agli embrioni umani appositamente creati per l'accesso alla fecondazione eterologa nella sentenza 162/2014<sup>54</sup>.

Si potrebbe maliziosamente pensare che la Consulta *dovendo* salvare la legittimità della legge sull'aborto e *volendo* legittimare la PMA eterologa, abbia usato degli argomenti speciosi (e una perizia argomentativa davvero ragguardevole) per far passare come decisione equilibrata (cioè come diritto) un'imposizione di legge. Ma voglio credere sinceramente che non sia così. Piuttosto è auspicabile che il Legislatore rifletta su come mandare a regime la PMA eterologa in modo che non siano travolti o elusi i principi informativi della legge 40/2004. Una buona soluzione per cominciare sarebbe, ad esempio, limitare l'accesso all'eterologa alle sole donne in età potenzialmente fertile (come pare stiano facendo le Regioni con le loro linee guida) e vigilare *realmente* sulla corretta osservanza dei limiti applicativi posti dalla legge 40/2004<sup>55</sup>.

## 6. L'embrione umano per la scienza

È necessario dunque chiarire prima di tutto di cosa stiamo parlando (lo dico anzitutto a me stesso che ovviamente non sono uno specialista della materia). Tutto comincia nel 1978 quando la scienza medica è stata in grado di applicare le cd. tecniche di "fecondazione assistita" o "extracor-

<sup>54</sup> Si vd. per questo Andrea Patroni Griffi, *Il bilanciamento*, cit., p. 22.

<sup>55</sup> Mi pare vadano nella stessa direzione le conclusioni di Andrea Patroni Griffi, *Il bilanciamento*, cit., p. 25 ss.

porea" all'uomo. Da questo momento è diventato possibile generare un essere umano anche fuori dal modo naturale e il combinato disposto di *scientismo* (solo la scienza può avere accesso alla conoscenza) e etica *utilitaristica* (è moralmente giusto compiere tutte quelle azioni accessibili in grado di produrre le migliori conseguenze possibili), alimentati da una massiccia propaganda dei mezzi di informazione, ha creato una nuova fiorente industria: «l'industria altamente tecnologica della fecondazione extracorporea che, come ogni industria, è soggetta a fattori ben noti: il profitto, la legge della domanda-offerta, la pubblicità, la concorrenza, il mercato, la sollecitazione al consumo, ecc., dove l'affare è appunto produrre bambini e costruire artificialmente famiglie»<sup>56</sup>. Forse i toni con cui Vittorio Possenti esprime la sua preoccupazione sono eccessivi, ma il problema esiste, tanto è vero che la Corte ne accenna al punto 7 delle *considerazioni di diritto*, trattando proprio del diritto alla salute in un modo però che potrebbe sembrare un'*excusatio non petita*:

«Non si tratta di soggettivizzare la nozione di salute, né di assecondare il desiderio di autocompiacimento dei componenti di una coppia, piegando la tecnica a fini consumistici, bensì di tenere conto che la nozione di patologia, anche psichica, la sua incidenza sul diritto alla salute e l'esistenza di pratiche terapeutiche idonee a tutelarla vanno accertate alla luce delle valutazioni riservate alla scienza medica, ferma la necessità di verificare che la relativa scelta non si ponga in contrasto con interessi di pari rango».

Il riferimento al diritto alla salute implica che la PMA sia qualificata come una terapia e anche volendo definire una terapia come qualsiasi «*pratica intesa a sopperire ad alterazioni dell'organismo*» che incidano sulla psiche della persona umana, non riesco a vedere la PMA come un modo per guarire dallo stato provocato dalla «*esistenza di una patologia che sia causa irreversibile di sterilità o infertilità assoluta*» che, come vedremo, la Corte ha ribadito come presupposto indefettibile per accedere a tale pratica. La sterilità o l'infertilità assolute dei pazienti restano tali, anche dopo un'esito riuscito della PMA. Piuttosto mi sembrerebbe più appropriato definire, senza offendere o urtare la sensibilità di nessuno, le pratiche di PMA come delle modalità tecnicamente possibili finalizzate ad aggirare un impedimento oggettivo e irreversibile.

Il medico poi, nel caso dell'eterologa, dovrebbe valutare la compatibilità dei gameti o dell'embrione donati da terzi con la coppia «*alla luce delle valutazioni riservate alla scienza medica*» secondo quella ampia autonomia che la Corte con altra sentenza celebre ha riconosciuto in materia di pratica terapeutica dove «*la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità*

<sup>56</sup> Vittorio Possenti, *Il principio-persona*, Roma 2006, p. 141.

*del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali»* (sentenza n. 151 del 2009); naturalmente *«fermo restando il potere del legislatore di intervenire in modo conforme ai precetti costituzionali»* (sentenza n. 162/2014), tra i quali, la Corte contempla anche quello di evitare l'uso di tali tecniche riproduttive per fini eugenetici.

Ma allora sembra lecito chiedersi: perché questa autonomia riservata al medico nella valutazione della compatibilità non può essere altresì considerata come una pratica eugenetica? Può essere considerato sufficiente il riscontro del requisito della sussistenza *«di una patologia, che è causa irreversibile di sterilità o infertilità assolute»* per escludere in radice *«un'eventuale utilizzazione della stessa ad illegittimi fini eugenetici»*? Sempre in questa parte della sentenza n. 162 (punto 9 delle *considerazioni in diritto*) la Corte, sottolineando in linea preliminare che *«la PMA di tipo eterologo (...) pone problematiche riferibili eminentemente al tempo successivo alla nascita»*, mostra una volta di più di non avere alcuna considerazione dell'embrione umano, se non come qualcosa che non sia diverso da una cosa almeno fino al momento della nascita. Siamo davvero sicuri che sia così?

Basta vedere un po' meglio di cosa si sta parlando. Tecnicamente parliamo della Fivet, acronimo di *“fecondazione in vitro ed embryo transfer”*, che consiste nel procedimento in grado di creare in provetta un embrione umano. Successivamente questo viene trasferito meccanicamente nel grembo di una futura madre. Si tratta dunque di tecniche di riproduzione artificiale che vengono attuate fuori dal corpo della donna (ovviamente una Fivet omoparentale per una coppia di maschi è impossibile) finalizzate alla nascita di un essere umano che si determina per effetto della competenza tecnica di persone terze. Il *politically correct* usa espressioni come *fecondazione o procreazione assistita, donazione di seme*, ma in realtà si tratta della procreazione umana realizzata con tecniche di laboratorio piuttosto che secondo modalità naturali<sup>57</sup>.

In più c'è da considerare che la tecnica della fecondazione in provetta presuppone anche il congelamento dell'embrione umano che può anche essere vista come una pratica volta a bloccare la crescita naturale dell'embrione che viene privato della possibilità di assecondare la sua natura che è quella di diventare feto (installandosi nell'utero materno con la mutua costruzione della placenta) e poi neonato<sup>58</sup>. È chiaro che intendendo l'em-

<sup>57</sup> Sulle differenze di metodo tra le fecondazioni assistite complesse GIFT, FIVET o ICSI vd. Carlo Flamigni, *Il secondo libro della sterilità*, cit., p. 149.

<sup>58</sup> Si apprende da fonte Ansa che gli embrioni sovrannumerari restano in uno stato di “vita sospesa” mediante congelamento e immersione nell'azoto liquido a una temperatura di -197 gradi. Nel 2004 in Israele nascono due gemelli dopo 12 anni; nel 2006 in Spagna nasce un

brione “come” persona, e riconoscendo a questa persona *sui generis* pari dignità dell’essere umano, la tecnica stessa configurerebbe una gravissima violazione del principio etico, prima ancora che giuridico, del *neminem laedere*.

Ecco quindi la *ratio* degli artt. 13 e 14 della legge 40/2004 (peraltro salvati dalla sentenza *de quo*) che hanno cercato di impedire qualsiasi forma di manipolazione dell’embrione umano fuori dallo stretto necessario individuato dai criteri generali della legge. Oltre questo schema si configurerebbe invece una considerazione dell’embrione come oggetto (quindi *res*) nella disponibilità di chiunque vi abbia interesse che potrebbe oltretutto liberamente dare luogo a tutte le manipolazioni genetiche che la scienze rendesse possibili.

Vediamo adesso cosa succede con la fecondazione. In termini estremamente sintetici si può dire che la fecondazione avviene quando due gameti (cellule sessuali a questo finalizzate dal corredo cromosomico dimezzato o aploide) portatrici del corredo genetico dei due genitori, ossia 23 cromosomi per parte di padre e 23 per parte di madre, si fondono in un’unica cellula che si dota del corredo di 46 cromosomi. Si costituisce così il patrimonio genetico di un essere umano che è dato da una delle combinazioni che possono darsi dalla unione dei circa 30.000 geni di cui è composto il patrimonio genetico di ciascun gamete. Si forma così lo zigote che è la nuova cellula formata dalla fusione delle due cellule genitoriali che inizia il ciclo vitale del nuovo essere umano. Comincia così la moltiplicazione cellulare che porterà per successive divisioni alle circa 100.000 miliardi di cellule che formano un corpo adulto maschile o femminile.

Entro le prime 20/24 ore si organizza dunque il genoma, che si potrebbe definire come il centro informativo e propulsivo necessario al compimento dello sviluppo del nuovo essere umano. Esso configura il cariotipo, costituito dalla fusione dei due pronuclei maschile e femminile, che a sua volta definisce «la natura dell’organismo umano dell’embrione, del suo sistema vitale, *informativo, autoreferenziale, autoadattivo, autopoietico*, della strutturale apertura bio-psichica, ed energetica»<sup>59</sup>. Il dato interessante è che durante questa fase, detta dell’anfimissi o del preimpianto, l’embrione pur all’interno del corpo materno non è un coacervo di cellule inerti,

---

bimbo da un’embrione conservato da 13 anni; in Italia nel 2009 nasce un bambino da un’embrione reimpiantato dopo 11 anni; nel 2010 in Gran Bretagna è risvegliato un’embrione congelato da 20 anni; infine, ancora in Italia, nel 2014 si è dato l’ok all’impianto di un’embrione dopo 19 anni. Gli embrioni conservati in Italia solo circa 60.000 di cui circa 3.000 sono dichiarati “in abbandono”. Si vd. “il Mattino” del 28 agosto 2015, p. 10.

<sup>59</sup> Roberto Gallinaro, *L’enigma dell’embrione umano*, cit., p. 98.

ma ha una sua individualità perché ha circa 5/6 giorni di tempo per farsi riconoscere dall'organismo femminile che lo ospita, salire lungo la tuba ovarica e intallarsi nell'utero e dunque farsi accogliere dalla madre<sup>60</sup>. Il tutto avviene attraverso una forma di empatia naturale giocata su reazioni chimiche (citochine, proteine, fattori di crescita) e ormonali che i fecondatori in vitro sono costretti a simulare per non alterare il corretto fenomeno epigenetico dell'imprinting genomico<sup>61</sup>.

Vale la pena di sottolineare che tutto questo in natura avviene esclusivamente sul piano *bio*-logico (cioè del *logos* della vita) e fuori dal controllo della volontà umana, altrimenti non si avrebbero delle gravidanze indesiderate. I sostenitori del principio della libertà della ricerca scientifica insistono, da parte loro, col sottolineare invece che nella pre-compattazione del genoma, detta morulare – dove un ammasso di poche cellule totipotenti, ognuna delle quali sarebbe in grado di produrre un soggetto clone (gemellare) completo, del tutto uguale geneticamente alla matrice – si avrebbe solo il pre-embrione, ossia una *addizione di possibilità biochimiche* del tutto assimilabile a una *res*. E quindi non si fanno scrupolo nel considerarlo utilizzabile per fini terapeutici, di ricerca e di sperimentazione<sup>62</sup>. Ad ogni buon conto, pur concedendo che in ciascuna delle cellule della fase morulare non ci sia già il *progetto sistemico-autopoietico dell'individuo che sarà*, si potrebbe dire che se l'essere embrione coincide col genoma, e quindi per questo si può qualificare “come” persona, solo *ciò che viene prima* dovrebbe essere *res*. La scienza dovrebbe quindi dirci cosa succede, a questo ammasso addizionale di possibilità biochimiche, tra la fecondazione e la compattazione del genoma (cioè nelle prime 24 ore circa). Sul punto, a mia conoscenza, si possono citare uno scritto di Gilbert (*Where does human life begin?*) dove si legge «la letteratura scientifica contemporanea propone una serie di risposte alla domanda di quando inizia la vita umana» ma questa «non è stata in grado di dare una risposta definitiva a questa domanda»<sup>63</sup> e l'interpretazione cattolica della parola concepito così come testualmente riportata da Carlo Flamigni: «si tratta di colui che si forma nel momento iniziale del concepimento, quando inizia la nuova vita di un essere non

<sup>60</sup> Salvatore Mancuso e Mariella Zezza, *La mia prima casa. Nove mesi nella pancia della mamma: storia di una meravigliosa simbiosi*, Milano 2010 (ma 2009), p. 58.

<sup>61</sup> Cfr. Carlo Flamigni, *Il secondo libro della sterilità*, cit., p. 174.

<sup>62</sup> Michael G. Coughlan, *The Vatican, the Law and the Human embryo*, Macmillan, London 1991, pp. 69-70.

<sup>63</sup> Scott F. Gilbert, *Where does human life begin?*, sul web: [www.devbio.com/article.php?r=162](http://www.devbio.com/article.php?r=162), di cui vd. Id., *Developmental biology*. Sinauer Ass. Inc., Sunderland, USA, 2003, che cito da Carlo Flamigni, *Il secondo libro della sterilità*, cit., p. 644.

anonimo, ma che è un vero e proprio essere umano, con la sua identità e individualità»<sup>64</sup>.

## 7. La sentenza della Corte Cost. n. 162/2014

Se questo è lo sfondo, molto brevemente abbozzato, entro cui si può collocare il complesso dibattito sulla PMA si deve dire che la Corte Costituzionale con la sentenza 162/2014 (decisa il 9 aprile, depositata il 10 giugno e pubblicata in G.U. il 18 giugno 2014) ha non solo abolito il divieto posto dalla legge 40/2004 sulla PMA eterologa (art. 4, comma 3; 9, comma 1 e 3; 12, comma 1), ma si è anche preoccupata di indicare le norme che sul piano disciplinatorio rendono questo tipo di PMA immediatamente attuabile in Italia<sup>65</sup>. Comincio col dire che alla fine di una sentenza per molti profili coraggiosa, tecnicamente di livello considerevole, e credo anche molto sofferta, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto posto dell'art. 4, comma 3, dalla legge n. 40 del 2004, «*nella parte in cui stabilisce il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili*»; e quindi anche l'illegittimità costituzionale dell'art. 9, comma 1, della legge n. 40 del 2004, limitatamente alle parole «*in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3*»; dell'art. 9, comma 3, della legge n. 40 del 2004, limitatamente alle parole «*in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3*»; dell'art. 12, comma 1, della legge n. 40 del 2004 «*nei limiti di cui in motivazione*».

Detto questo, i punti salienti su cui la Corte ha ritenuto di doversi pronunciare con questa importante sentenza sono i seguenti: la natura giuridica dell'embrione; la questione del vuoto normativo, la questione del turismo procreativo; quella della natura della PMA eterologa per l'ordinamento vigente. Procederò in quest'ordine.

### 1) *La natura giuridica dell'embrione.*

La stessa Corte con la sentenza n. 151/2009, sancendo l'illegittimità costituzionale del *divieto di crioconservazione e di soppressione degli ovuli in numero non superiore a tre* stabiliti dall'art. 14 della L. 40/2004 (che aveva vietato in Italia la cd. fecondazione assistita) aveva confermato, come detto, il

<sup>64</sup> Carlo Flamigni, *Il secondo libro della sterilità*, cit., p. 642.

<sup>65</sup> Nelle more della preparazione di questo testo per la stampa è stata pubblicata la Sentenza Corte Cost. n. 49 del 2015 in tema di legittimità costituzionale della diagnosi preimpianto. Mi limito a dire che tale sentenza ha ribadito un'esigenza di persistente tutela dell'embrione. Si vd. per questo Andrea Patroni Griffi, *Il bilanciamento*, cit., p. 13 ss.

principio della *non umanità* di tutto ciò che non ha consapevolezza di sé, ribadendo così il conseguenziale declassamento del soggetto embrionario a *res*. Molto istruttivo al riguardo è quindi uno stralcio della sentenza della Consulta n. 162/2014 nella parte in cui (punto 4.2 delle *considerazioni in fatto*) riferisce delle motivazioni addotte dal Tribunale di Catania (che insieme a quello di Firenze e a quello di Milano avevano sollecitato l'intervento della Corte) riportate dalla sentenza tra caporali e noi tra doppi apici alti:

«da soluzione dei problemi riproduttivi della coppia sarebbe riconducibile al diritto fondamentale della maternità/paternità ed il bilanciamento del diritto costituzionalmente protetto alla creazione di una famiglia (riconosciuto e tutelato dagli artt. 2 e 31 Cost.) spettante “a soggetti esistenti (persone in senso tecnico)” e del diritto riconoscibile “ad una entità (embrione, feto) che soggetto (nel senso pieno di persona) ancora non è, non sembra possa ragionevolmente risolversi in favore del secondo”. L'ampia tutela del nascituro deve tenere conto che, comunque, questi non sarebbe equiparabile alla persona già nata; la stessa legge n. 40 del 2004 tutela il concepito, ma non “arriva [...] a modificare l'art. 1 del codice civile che [...] riconosce la capacità giuridica solo al momento della nascita e subordina ad essa l'effettivo sorgere dei diritti ivi menzionati con riferimento agli artt. 462, 678 e 715 c.c. (per donazione e testamento)”».

Le argomentazioni addotte dal Tribunale di Catania rappresentano bene l'impostazione che la Corte ha inteso dare al problema. Il ragionamento, pur formalmente corretto, rischia tuttavia di apparire nel merito pretestuoso. Qui si sta dicendo che l'embrione non può ricevere tutela, in quanto configurabile come soggetto che è privo di capacità giuridica, *perché lo dice la legge*. Il Giudice Costituzionale, che ha condiviso questa impostazione, a mio avviso, avrebbe invece dovuto porsi rispetto al problema in termini esattamente ribaltati e chiedersi: continua a essere giusto un assetto di legge che in base al principio che la capacità giuridica si acquista *solo* con la nascita, finisce col negare ogni tutela al nascituro o all'embrione? È giusto non riconoscere alcun diritto all'essere umano in questa fase della sua esistenza? Soprattutto se quello che gli accade in questa fase avrà delle ripercussioni non di poco conto per la sua vita futura?

Si può rispondere legittimamente in modo affermativo a questi interrogativi (come è stato fatto), ma qualcuno poi dovrebbe spiegare il perché del clamore suscitato dalla vicenda dei due gemellini dell'Aquila di cui si è riferito in apertura. Emergono qui tutti i limiti di un'impostazione normativista del diritto, da cui la Corte, a mio parere, nella pronuncia *de quo* non ha saputo (o voluto?) discostarsi. La pericolosità e l'inadeguatezza dell'argomentazione giuridica, se non viene fondata su dei riferimenti di verità sostanziale, rispetto a questioni di fondamentale importanza come quelle che riguardano il rispetto della vita umana, si comprende in tutta la sua

drammatica evidenza pensando alle leggi razziali o alla legge sull'aborto. È inutile nascondere, se la Consulta avesse deciso in modo difforme da come ha fatto avrebbe spalancato un'autostrada quanto meno per il riconoscimento dell'illegittimità costituzionale della legge sull'interruzione volontaria della gravidanza<sup>66</sup>. Di questo emerge piena consapevolezza, così come siamo anche consapevoli che un ragionamento del genere (ripensare alla legge sull'aborto) sarebbe a dir poco "politicamente scorretto" nel momento storico che stiamo vivendo. Si dovrebbe toccare uno dei *sancta sanctorum* della sinistra italiana. Ma non è neanche questo il punto.

Mi limito soltanto a osservare che sarebbe stato ben difficile per il legislatore riconoscere diritti di donazione o ereditari (gli artt. 462, 678 e 715 c.c.) a un soggetto (dunque un *non-soggetto* giuridico?) che non presenti neanche il requisito minimo di essere nato. Faccio questa considerazione perché dimostra quanto sia importante la qualificazione giuridica del nascituro come *incerta persona* data dai giuristi romani. Sebbene non ancora nato, l'essere umano *in itinere* o *eventuale*, è già tanto rilevante per la *res pubblica* che il diritto ne tiene conto ai fini del regime delle donazioni e delle disposizioni ereditarie (ma c'è anche il *tempus lugendi*). Lo stesso capita col Legislatore italiano che (a parte gli artt. 89, 320, 339, e 687 c.c.) in tema di paternità, fino al 28 dicembre del 2013, con l'art. 231 c.c., recitava a proposito dello stato di figlio legittimo che «Il marito è padre del figlio concepito durante il matrimonio». Ora la norma rinovellata aggiunge alla qualifica di "concepito" anche quella di "nato"<sup>67</sup>. A questo punto, se il concepito non ancora nato non può essere considerato ancora un essere umano (ancorché essendo parte della madre), se ne dovrebbe inferire che il marito (che è *padre del figlio concepito durante il matrimonio*), finché dura la gestazione, sarebbe padre legittimo di una cosa (!) anche se di questa può riconoscerne il DNA ed ecograficamente il sesso e i tratti somatici.

La Corte Costituzionale è ben consapevole di questo problema (l'inquadramento giuridico dell'embrione) se è vero che con la sentenza *de quo* ha dichiarato ancora, nel merito, al punto 5 delle *considerazioni in diritto*, che la «*tutela dell'embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione*». Essa, richiamandosi espressamente a una sua precedente pronuncia (la sentenza n. 151 del 2009) ha costruito tuttavia, con piena cognizione di causa, un'architettura giuridica fondata sul postulato della quasi totale irrilevanza dell'essere umano per la fase antecedente alla sua nascita.

<sup>66</sup> Esplicitamente in tal senso Carlo Flamigni, *Il secondo libro della sterilità*, cit., p. 645.

<sup>67</sup> Sul punto vd. anche *infra*.

Qui si pone un'altra questione (certamente non meno rilevante) che riguarda il declamato *diritto alla genitorialità*. La Corte affronta il problema al punto 6 delle *considerazioni in diritto*:

«Deve anzitutto essere ribadito che la scelta di tale coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di 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. Conseguentemente, le limitazioni di tale libertà, ed in particolare un divieto assoluto imposto al suo esercizio, devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango (sentenza n. 332 del 2000). La determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, 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 del 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)».

La scelta della coppia che decide di accedere alla PMA di tipo eterologo, consistente nella volontà di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli è ritenuta quindi «*espressione della fondamentale e generale libertà di 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*». Che necessità c'era di ribadire l'esistenza di questo diritto costituzionale alla genitorialità, scomodando, direi un po' a grana grossa, l'art. 29 Cost. sull'unità familiare come società naturale (a proposito, ma il Dlgs. 28.12.2014 non aveva soppresso con l'art. 100, primo comma, punto "i", la figura dei "genitori naturali" dalla disciplina dell'adozione?) fondata sul matrimonio (il richiamo è nell'*incipit*, al punto 4, delle *considerazioni in diritto*: «*Nel merito, le questioni sollevate in riferimento agli artt. 2,3,29,31 e 32 Cost. sono fondate nei termini di seguito precisati*»)? Andrebbe bene ribadire tale principio di fronte alla minaccia di un dittatore folle che intendesse praticare delle sterilizzazioni di massa per motivi di discriminazione razziale, etnica, politica o soltanto di ordine economico. Lo stesso potrebbe dirsi di qualsiasi divieto volto a limitare il diritto di generare figli a chi sia in condizione e abbia voglia di farlo. Ma cosa c'entra questo con la PMA di tipo eterologo? Essa è una tecnica di laboratorio volta ad aggirare l'ostacolo di un'impedimento oggettivo (e assoluto) che è quello (purtrop-

po) di non potere avere figli. E poi cosa c'è di "naturale" in una procreazione attuata attraverso una PMA eterologa? In linea di principio, prosegue la Corte, si potrebbe limitare tale libertà solo di fronte alla *ragionevole e congrua giustificazione di tutelare altrimenti interessi di pari rango* (sentenza n. 332 del 2000); ovvero, solo *nel caso in cui si vulnerassero altri valori costituzionali*. Tra questi non può trovare spazio però l'embrione umano. È semplicemente ovvio che tra i diritti umani esista anche quello che tutela l'essere umano nei confronti di chiunque intenda limitare la sua capacità procreativa, ma si ritorna sempre allo stesso punto. La valutazione del *ragionevole contemperamento dei diritti in gioco* deve comunque tener presente (la Corte stessa lo ripete più volte) la necessità di salvaguardare il *neminem laedere*. La sentenza *de quo* sancendo quindi l'irrilevanza costituzionale di qualsiasi forma di tutela riconducibile alla situazione dell'embrione, non solo nega al nascituro ogni rilevanza al *diritto di proseguire il suo processo vitale fino alla nascita* e del *diritto di essere figlio dei propri genitori genetici*, ma ha aperto anche una zona franca in cui tanti, diciamo così, "corredi cromosomici" conservati *in vitro*, che sarebbero corrispondenti ad altrettanti esseri umani unici e irripetibili, potranno essere fatti oggetto di tentativi più o meno sperimentali ed essere trattati come materia biologica da laboratorio per chissà quali scopi l'*homo thecnologicus* sia capace di inventarsi. Nonostante i divieti pur stabiliti dalla legge 40/2004 c'è da augurarsi davvero che non sarà così.

## 2) La questione del vuoto normativo.

La questione del vuoto normativo è quella che pone meno problemi all'interprete. Non c'è dubbio che oggi in Italia si possa procedere alle pratiche di PMA eterologa anche senza ulteriori interventi del legislatore. La pronuncia detta infatti, al punto 11.1 delle *motivazioni in diritto*, delle direttive ben precise sul presupposto che questo tipo di PMA è considerata essere una *species* del *genus* più ampio di PMA. In ordine ai *requisiti soggettivi*, per avere accesso alla pratica procreativa la Corte ha ribadito i paletti posti già dall'art. 5, comma 1, della L. 40/2004. Possono quindi ricorrere alla PMA di tipo eterologo esclusivamente le «*coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi*». Lo stesso può dirsi della *disciplina del consenso*. La completa regolamentazione stabilita dall'art. 6 della legge n. 40 del 2004 si estende anche alla tecnica in esame, in quanto costituisce una particolare metodica di PMA. Lo stesso vale per la disciplina prevista dall'art. 7 (che offre la base giuridica alle *Linee guida* emanate dal Ministro della salute, «*contenenti l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*», avendo ad oggetto le direttive che devono essere emanate per l'esecuzione della disciplina); e per quella

posta dagli artt. 10 e 11 della legge n. 40 del 2004 in tema di *«individuazione delle strutture autorizzate a praticare la procreazione medicalmente assistita e di documentazione dei relativi interventi»*.

Direttamente applicabili (non quindi solo per estensione analogica) sono poi ritenute le norme (in quanto non censurate) di divieto e sanzione previste dagli art. 12, commi da 2 a 10, della legge n. 40 del 2004. A parte le norme che sono *«preordinate a garantire l'osservanza delle disposizioni in materia di requisiti soggettivi, modalità di espressione del consenso e documentazione medica necessaria ai fini della diagnosi della patologia e della praticabilità della tecnica, nonché a garantire il rispetto delle prescrizioni concernenti le modalità di svolgimento della PMA»*, viene confermato il divieto della commercializzazione di gameti ed embrioni e la surrogazione di maternità. Così come restano pienamente in vigore le altre norme della 40/2004 nelle parti non incise dalla pronuncia della Corte.

Desumibili attraverso i normali strumenti interpretativi sono infine tutte le norme riguardanti la *disciplina concernente la donazione di tessuti e cellule umani*, in quanto espressive di principi generali pur nella diversità delle fattispecie (ad es. gratuità e volontarietà della donazione, modalità del consenso, anonimato del donatore, esigenze di tutela sotto il profilo sanitario che sono oggetto degli artt. 12, 13, comma 1, 14 e 15 del decreto legislativo 6 novembre 2007, n. 191, recante l'«Attuazione della direttiva 2004/23/CE sulla definizione delle norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umane»). A questo si aggiunge il richiamo alla piena vigenza dell'art. 8 della legge 40/2004 che riconosce ai figli nati da PMA omologa lo *«stato di figli legittimi o di figli riconosciuti dalla coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'art. 6»* (della legge 40/2014) che la Corte ha ritenuto valido anche per la PMA di tipo eterologo. L'unico punto su cui il legislatore dovrebbe intervenire, come ha anche precisato recentemente il presidente Giuseppe Tesauro agli organi di stampa<sup>68</sup>, è quello invece del numero delle donazioni su cui la Corte auspica un aggiornamento delle linee guida, suggerendo anche il ricorso alle discipline stabilite in altri Paesi europei (come, ad esempio, Francia e Regno Unito). Su questo la Corte si è limitata soltanto a esortare il legislatore a tener conto dell'esigenza di consentirle entro un limite ragionevolmente ridotto.

### 3) *La questione del turismo procreativo.*

<sup>68</sup> Seguo dalla sintesi dell'intervista al Messaggero del 10 agosto 2014, curata da Silvia Barrocci, apparsa su "il Mattino" dell'11 agosto 2014, p. 6.

Quanto al cd. *turismo procreativo*, la questione è stata sollevata dal Tribunale di Milano. Le coppie affette da sterilità o infertilità irreversibili, in ragione del divieto posto dall'art. 4, terzo comma, della legge 40 del 2004, sarebbero state costrette a rivolgersi all'estero per praticare una PMA eterologa. Le motivazioni del Tribunale di Milano si leggono nel punto 5.1 delle *considerazioni in fatto* della sentenza n. 162/2014:

«Sotto un ulteriore profilo, la disciplina in esame (*sicil.* per il Tribunale di Milano) discriminerebbe le coppie in base alla situazione patrimoniale. Quelle abbienti possono, infatti, praticare la fecondazione eterologa all'estero, ricorrendo ad una sorta di “turismo procreativo” che vanificherebbe il divieto censurato, nel quadro di una regolamentazione viziata da incoerenza, poiché, da un canto, stabilisce il divieto di tale tecnica terapeutica, dall'altro, prevede la non punibilità di coloro che vi fanno ricorso e disciplina compiutamente la situazione del nato».

La Corte risponde nel merito nella parte finale del punto 13 delle *considerazioni in diritto*:

«La regolamentazione degli effetti della PMA di tipo eterologo praticata al di fuori del nostro Paese, benché sia correttamente ispirata allo scopo di offrire la dovuta tutela al nato, pone, infine, in evidenza un ulteriore elemento di irrazionalità della censurata disciplina. Questa realizza, infatti, un ingiustificato, diverso trattamento delle coppie affette dalla più grave patologia, in base alla capacità economica delle stesse, che assurge intollerabile a requisito dell'esercizio di un diritto fondamentale, negato solo a quelle prive delle risorse finanziarie necessarie per potere fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi. Ed è questo non un mero inconveniente di fatto, bensì il diretto effetto delle disposizioni in esame, conseguente ad un bilanciamento degli interessi manifestamente irragionevole. In definitiva, le norme censurate, pur nell'obiettivo di assicurare tutela ad un valore di rango costituzionale, stabiliscono una disciplina che non rispetta il vincolo del minor sacrificio possibile degli altri interessi e valori costituzionalmente protetti, giungendo a realizzare una palese ed irreversibile lesione di alcuni di essi, in violazione dei parametri costituzionali sopra richiamati».

Come si vede, il divieto posto dalla legge 40 alla PMA di tipo eterologo, sarebbe censurabile anche perché, non stabilendo delle sanzioni a carico di chi si rechi all'estero per accedere a tale pratica medica, e disciplinando comunque la situazione del nato in seguito all'esito favorevole di tale procedura, avrebbe determinato in fatto una situazione di irragionevole disparità a danno di quelle coppie prive dei mezzi economici sufficienti per accedere a tali protocolli medici fuori dall'Italia. Il fatto che la stessa Corte riconosca che la regolamentazione degli effetti della PMA di tipo eterologo praticata al di fuori del nostro Paese «*sia correttamente ispirata allo scopo di offrire la dovuta tutela al nato*» non è stato ritenuto un motivo sufficiente per

spiegare l'effettiva anomalia.

La legge 40, per vero, potrebbe aver sancito tale divieto guardando all'esclusivo interesse del concepito o embrione, forse pensando che la situazione di eventuali coppie "costrette" ad andare all'estero per praticare una PMA eterologa non fosse assimilabile a quella di altre coppie (queste sì davvero costrette) a recarvisi per accedere a una terapia come del tipo salva-vita, o altra equivalente, a fronte di un'accertata mancanza di analoga possibilità in Italia. La situazione su cui ha dovuto decidere il Tribunale di Roma il 29 agosto (mantenendo il massimo rispetto per le parti in causa e manifestando nei loro confronti la massima solidarietà) credo però che ci aiuti a inquadrare bene la questione. Inoltre, come poteva il legislatore, in sede di promulgazione della legge 40, porsi il problema di tutelare in qualche modo la situazione di chi, adulto e consapevole, si fosse recato all'estero per aggirare la sua stessa legge?

#### 4) *La PMA di tipo eterologo e il regime dell'adozione.*

L'ultimo punto riguarda la PMA di tipo eterologo in relazione al regime dell'adozione.

In modo perfettamente coerente la Corte affronta in questo caso, il problema della natura giuridica della PMA eterologa in rapporto al *diritto all'identità genetica* del nascituro che forse tocca l'aspetto a mio avviso più delicato di tutta la questione. In via del tutto incidentale, e per completezza d'informazione, va detto che il Tribunale di Firenze (la cui argomentazione si rileva al punto 3.2 delle *considerazioni di fatto* preliminari), pur basando la sua istanza sul rilievo di incostituzionalità della legge 40 (nella parte in cui vietando l'eterologa avrebbe determinato una disparità di trattamento ai sensi dell'art 3 Cost. tra coppie in possesso di eguali requisiti di accesso alla PMA), questo problema non se lo è neanche posto.

La questione comunque è trattata dalla Corte nella parte dedicata all'inesistenza di un vuoto normativo in tema di regolamentazione della materia (punto 12 delle *considerazioni di diritto*). Ho già anticipato prima il mio pensiero circa le questioni più generali relative all'inquadramento giuridico della fattispecie. Posso pertanto non ripetermi. Mi limito a osservare che qui, la Corte, riferendosi alla disciplina dell'adozione vigente in Italia, sembra dare l'impressione di aver agito tagliando il nodo gordiano:

«La questione del diritto all'identità genetica, nonostante le peculiarità che la connotano in relazione alla fattispecie in esame, neppure è nuova. Essa si è posta, infatti, in riferimento all'istituto dell'adozione e sulla stessa è di recente intervenuto il legislatore, che ha disciplinato l'an ed il quomodo del diritto dei genitori adottivi all'accesso alle informazioni concernenti l'identità dei genitori biologici dell'adottato (art. 28, comma

4, della legge 4 maggio 1983, n. 184, recante "Diritto del minore ad una famiglia", nel testo modificato dall'art. 100, comma 1, lettera p, del d.lgs. n. 154 del 2013). Inoltre, in tale ambito era stato già infranto il dogma della segretezza dell'identità dei genitori biologici quale garanzia insuperabile della coesione della famiglia adottiva, nella consapevolezza dell'esigenza di una valutazione dialettica dei relativi rapporti (art. 28, comma 5, della legge n. 184 del 1983). Siffatta esigenza è stata confermata da questa Corte la quale, nello scrutinare la norma che vietava l'accesso alle informazioni nei confronti della madre che abbia dichiarato alla nascita di non volere essere nominata, ha affermato che l'irreversibilità del segreto arrecava un insanabile vulnus agli artt. 2 e 3 Cost. e l'ha, quindi, rimossa, giudicando inammissibile il suo mantenimento ed invitando 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 (sentenza n. 278 del 2013)».

Secondo quanto si legge, il *diritto all'identità genetica* del nascituro sarebbe tutelato già dalle previsioni della legge sull'adozione. È importante, per questo, il punto 13 del merito delle *considerazioni in diritto*:

«Il divieto in esame (scil. della PMA eterologa) cagiona, in definitiva, una lesione della libertà fondamentale della coppia destinataria della legge 40 del 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».

Quali sarebbero queste norme che tutelerebbero il nato, desumibili dalle norme vigenti che disciplinano i più importanti profili della sua situazione giuridica? Anzitutto l'apertura del legislatore, in seguito ai più recenti interventi legislativi, alla possibilità di conoscere i propri genitori biologici infrangendo «*il dogma della segretezza dell'identità dei genitori biologici quale garanzia insuperabile della coesione della famiglia adottiva, nella consapevolezza dell'esigenza di una valutazione dialettica dei relativi rapporti (art. 28, comma 5, della legge n. 184 del 1983)*». La Corte ha ribadito questo principio; poi menziona anche la recentissima declaratoria di incostituzionalità del divieto all'accesso delle informazioni riguardanti la «*madre che abbia dichiarato alla nascita di non volere essere nominata*». L'irreversibilità di tale segreto è stata rimossa perché «*arrecava un insanabile vulnus agli artt. 2 e 3 Cost.*» essendo stato giudicato «*inammissibile il suo mantenimento*» e si è dunque 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 (sentenza n. 278 del 2013)*». Qui la questione si fa molto delicata perché a proposito del (potremmo dire così?) diritto che

non resti segreta l'origine biologica (ma direi anche genetica) dell'adottato nei confronti di chi abbia un'interesse specifico al riguardo (direi sempre l'adottato piuttosto che non i genitori adottivi), la Corte svolge il ragionamento principale posto a sostegno della sua decisione. Si tratta di una vera lezione di equilibrio giuridico su cui è davvero interessante fermarsi a riflettere (punto 13 delle *considerazioni in diritto*):

«Il censurato divieto, nella sua assolutezza, è pertanto il risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, in violazione anche del canone di razionalità dell'ordinamento, non giustificabile neppure richiamando l'esigenza di intervenire con norme primarie o secondarie per stabilire alcuni profili della disciplina della PMA di tipo eterologo. A tal proposito, va ricordato che la giurisprudenza costituzionale “ha desunto dall'art. 3 Cost. un canone di ‘razionalità’ della legge svincolato da una normativa di raffronto, rintracciato nell'“esigenza di conformità dell'ordinamento a valori di giustizia e di equità’ [...] ed a criteri di coerenza logica, teleologica e storico-cronologica, che costituisce un presidio contro l'eventuale manifesta irrazionalità o iniquità delle conseguenze della stessa” (sentenza n. 87 del 2012). Lo scrutinio di ragionevolezza, in ambiti connotati da un'ampia discrezionalità legislativa, impone, inoltre, a questa Corte di verificare che il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti non sia stato realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale. Tale giudizio deve svolgersi “attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti” (sentenza n. 1130 del 1988). A questo scopo può essere utilizzato il test di proporzionalità, insieme con quello di ragionevolezza, che “richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi” (sentenza n. 1 del 2014)».

È sembrata un'eccellente via d'uscita negare al nascituro ogni diritto di essere figlio dei suoi genitori, biologici, genetici o che dir si voglia (“naturali” non si può più dire ex art. art. 100, comma 1, lettera p, del Dlgs. n. 154 del 2013), suggerendo poi di ricorrere per la regolamentazione della situazione conseguente alla PMA eterologa alle norme che disciplinano l'istituto dell'adozione.

Ma allora sarebbe lecito chiedersi preliminarmente: la determinazione ad avere un figlio e a formare una famiglia con figli perché non può essere soddisfatta facendo semplicemente ricorso *sic et simpliciter* a una normale adozione? Che ragione c'era di far pesare alla comunità la spesa di una PMA di tipo eterologo (con tutto quel che segue) quando esistono tantis-

simi minori che sarebbero ben felici di trovare una famiglia che li adotti? Forse che un figlio adottivo sia meno figlio di un figlio nato in seguito a una PMA eterologa?

Forse una risposta implicita a questa domanda è nella parte in cui la Corte dichiara di riconoscere «una nuova concezione della paternità» in coerenza con quanto previsto dall'art. 231 c.c., ora rinnovellato dall'art. 8 Dlgs. 28 dicembre 2013, n. 154, che stabilisce che «Il marito è padre del figlio concepito o nato durante il matrimonio» (prima la paternità era riconosciuta solo ai figli concepiti durante il matrimonio), che mi pare un fatto giuridicamente non da poco. Anzi, di portata epocale. Avendo la Corte qualificato, come si diceva prima, la PMA di tipo eterologo come una *species* del *genus* della tipologia consentita di PMA, essa ha dichiarato (come si diceva prima) che i nati da questa tecnica hanno lo status di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti dalla coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alla PMA (art. 8, L. 40/2004 sullo *Stato giuridico del nato*). Lo ha fatto però minimizzando forse eccessivamente sulla differenza (che invece mi pare molto rilevante) tra l'esito di una PMA di tipo omologo rispetto a una PMA di tipo eterologo dato che solo la prima «rende possibile la nascita di un figlio geneticamente riconducibile ad entrambi i componenti della coppia» (punto 7 del merito delle *considerazioni in diritto*).

In mancanza di diversa eventuale disposizione futura del legislatore, dobbiamo quindi prendere atto che oggi nella categoria dei figli legittimi dobbiamo inserire anche quella dei figli “tecnologici” che si affianca a quella dei geneticamente diversi provenienti da adozione.

Ma non è neanche questo il punto. Sempre per restare fedele al suo disegno la Corte, in perfetta coerenza con la sua strategia argomentativa, ha confermato di voler riconoscere esistenza giuridica al concepito (o nascituro o embrione) solo per il momento successivo alla nascita, ribadendo quindi «l'inammissibilità dell'azione di disconoscimento della paternità» che potrebbe scaturire in seguito a questo tipo di PMA e anche che «la nascita da PMA di tipo eterologo non dà luogo all'istituzione di relazioni giuridiche parentali tra il donatore di gameti ed il nato».

Qui però si osserva una prima contraddizione perché, così facendo, si è creata una situazione piuttosto paradossale. Il nostro ordinamento, da un lato (col test del DNA) può dare rilevanza giuridica al legame genetico per il riconoscimento della paternità per i nati fuori dal matrimonio o per risolvere i casi di cronaca nera; dall'altro lo nega (anzi lo sopprime) per giustificare l'eterologa (è la tesi di Francesco D'Agostino di cui si diceva in apertura). Spero che in futuro si possa risolvere questo pasticcio. Tengo però a ribadire che considero la decisione *de quo* di per sé eticamente in-

differente perché le donazioni del gamete maschile e dell'ovocito possono essere considerate senza alcun dubbio donazioni di *res* essendo questi aggregati cellulari corredati del solo patrimonio genetico del donatore (ossia solo 23 cromosomi); e poi perché la legge italiana ammette che la madre possa disconoscere la maternità dopo il parto.

La perplessità più grave però viene fuori se valutiamo la questione da un altro punto di vista. La Corte Costituzionale, nonostante le apodittiche e per me pretestuose (sebbene comprensibilissime) argomentazioni addotte su questo punto specifico, varando questa nuova *species* di paternità, configura in realtà una *nuova modalità di adozione anticipata alla fase prenatale*. In fondo, la differenza che si può rilevare tra un figlio di eterologa e un figlio adottivo è solo nel fatto che mentre il primo deve ancora nascere, il secondo è già nato. Tuttavia, ecco il problema, il meccanismo di riconoscimento della potestà genitoriale è qui a *ratio* invertita, perché questa nuova sorta di "adozione", che a questo punto si aggiungerebbe agli altri sin qui previsti dal legislatore, è *sancita solo nell'interesse preminente dell'adottante e non dell'adottato*. E questo mi pare configga palesemente già con il combinato disposto degli artt. 31, secondo comma e 2 Cost.; e con la *ratio* ispiratrice della legislazione sull'adozione dei minori, anche tenuto conto delle novelle del 1983, del 2001 e del Dlgs. 28.12.2013, n. 154.

Riemerge quindi, a mio avviso, sempre il problema di fondo che è quello di pensare all'opportunità di apprestare una tutela adeguata all'embrione umano che si identifica nel corredo genetico dei 46 cromosomi che sono la cifra autentica della sua unicità irripetibile che è una conseguenza naturale dell'eredità lasciata dai suoi veri genitori. Quale che sia il modo in cui l'embrione giunga a esistere (secondo natura, *in vivo*, *in vitro*, ovvero in conseguenza di una PMA di tipo omologo o eterologo), a partire da questo momento, esso diventa portatore di una nuova individualità che meriterebbe per me altrettanta considerazione e tutela di quella che l'ordinamento riconosce ai minori da sottoporre ad adozione. Per me la tutela dell'embrione (o concepito), nonostante il diverso e rispettabilissimo orientamento della Corte Costituzionale, potrebbe rientrare nella previsione degli artt. 2 (garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo); 3, secondo comma (pieno sviluppo della persona umana); 31, secondo comma (protezione dell'infanzia); e 32 secondo comma Cost. che è il più importante di tutti, dato che impone alla legge l'obbligo di *non violare in nessun caso i limiti imposti dal rispetto della persona umana*. Si troverebbe così un giusto punto d'incontro tra la nostra tradizione giuridica, l'orientamento cattolico (che merita rispetto perché è espressione di una cultura secolare e di livello raffinatissimo) e l'evidenza scientifica. Un esito ermeneutico,

mi permetto di aggiungere, in cui troverebbero piena soddisfazione tutti gli aspetti ontologici, epistemologici, etici ed estetici che sono implicati in questa complessa questione. L'embrione umano non dovrebbe essere manipolato, commercializzato e in ogni caso gestito nell'interesse di terzi solo perché l'art. 1, primo comma, codice civile, prevede che la capacità giuridica si acquista solo al momento della nascita e il secondo comma di questo stesso articolo prevede che i diritti che la legge riconosce al concepito sono subordinati al momento della nascita.

La dolorosa vicenda dei gemelli dell'Aquila dimostra quanto fragile può essere il gigante d'argilla e abbiamo visto come il minimo errore, per quanto banale, può essere sufficiente per scoperciare il Vaso di Pandora. Ed allora, se la Corte, per rispondere alle forti pressioni che vengono da una parte significativa dell'opinione pubblica, ha sicuramente forzato la *ratio* della legge 40/2004, questo significa che sarà responsabilità di chi dovrà applicare tale legge evitare che questa venga stravolta del tutto.

ABSTRACT: The ontological human embryo actually touches a raw nerve of the contemporary debate on human rights. It seems incredible but it is still difficult to say exactly what is a person and what is a human embryo. My work will aim to provide a definition of the human embryo by an historical and legal perspective. A definition built by comparing the scientific inquiry in order to arrive at a formulation of an epistemological status (res or person?) that it could be useful for a definition of the the current legal framework. A recent judgment, Corte Cost. n. 162/2014, has made possible heterologous fertilization in Italy. The following is a commentary on this judgment, which shows how the Court continues to deny legal consideration to the human embryo betraying the spirit of the law 40/2004.

KEYWORDS: Heterologous Fertilization - Human Embryo - Concept of Person - "Corte Cost. 10 giugno 2014, n. 162".