



Data pubblicazione: 21.05.2014

La tutela dell'embrione nella Costituzione

di

Francesco Rinaldi

*Homo natus de muliere, brevi vivens
tempore repletur multis miseriis*

Job, 14

SOMMARIO: – 1. Premessa. – 2. – La necessità di uno statuto giuridico dell'embrione tra art. 1, L. n. 194, del 1978 e recenti decisioni giurisprudenziali. – 3. Dall'art. 1 della L. n. 194, del 1978 all'art. 1 della L. n. 40, del 2004, con particolare attenzione alle disposizioni sulla crioconservazione degli embrioni. – 4. Sul diritto di procreare. – 5. La tutela della vita prenatale tra diritto e morale: ipotesi per una possibile (necessaria?) revisione della Costituzione, art. 2, ed anche del Codice civile, art. 1 ? . – 6. Dalla storica sentenza n. 27, del 1975 della Corte Costituzionale alla decisione n. 151, del 2009: considerazioni conclusive.

1. – La problematica *tutela dell'embrione* è argomento particolarmente ampio ed impegnativo, dal che, in questa, sede non ci si potrà che limitare a poche fugaci indicazioni, come dire, dall'angolazione del *privatista*, senza, però, esimersi da una piccola riflessione introduttiva in riferimento al tema del Convegno, «*La Costituzione e la sua revisione*», potendosi, al riguardo, ricordare l'art. 28 della Costituzione francese del 1794, per il quale: «un popolo ha sempre il diritto di rivedere, riformare e modificare la Costituzione. Una generazione non può vincolare alle proprie leggi le generazioni future»¹.

Inoltre, con riferimento alla Costituzione americana, secondo una significativa impostazione, considerata *anarchica*, si indicava in trentaquattro anni la durata di una Costituzione e, più in generale, di un *sistema giuridico*, coincidente, sostanzialmente, con la durata di una generazione: «nessuna società può creare una Costituzione

¹ La considerazione è tratta da S. RODOTA', *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2012, spec. 14.

perpetua, e nemmeno un diritto perpetuo (...). La Costituzione e le leggi dei predecessori (di ciascuna generazione), quindi, si estinguono in via naturale con i loro artefici (...) muoiono di morte naturale dopo trentaquattro anni di vita. Se vengono applicati per un tempo più lungo, si tratta di un atto di forza, non di giustizia»².

Considerazione, questa, che sembra adattarsi con particolare efficacia al tema in indagine, la *tutela dell'embrione nella Costituzione*, tema «familiare», questo, che appare come quell'«isola» – citando l'immagine di Carlo Jemolo – che il «mare del diritto può solo lambire»³.

2. – La tutela dell'embrione – come del «pre-embrione», del gene, del gamete, dell'ovulo, del feto, quindi, meglio sarebbe dire del *nascituro* – si identifica nella tutela della «vita prenatale» e, seppure sollevando diverse complesse questioni, pare dover essere considerata imprescindibile affermazione di rispetto e tutela della dignità dell'essere umano, ove si ritenga necessario precisare, a prescindere dal suo essere *persona fatta*.

In questa direzione, l'*incipit* dell'art. 1, co. 1, della l. n. 194 del 1978, sull'interruzione di gravidanza, secondo cui: «lo Stato tutela la vita umana dal suo inizio». Disposizione, questa, che è da ricordare integralmente: «lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio».

La legge, poi, agli artt. 4 e 7, com'è noto, nell'ambito di un complesso e delicato *bilanciamento* tra valori e diritti fondamentali (vita del nascituro e salute della madre), consente l'interruzione di gravidanza entro un tempo determinato (novanta giorni dal concepimento) e a condizione che sia compromessa la salute fisica e psichica della futura madre, dando luogo a note tensioni e vivaci discussioni.

² Così, si era espresso Thomas Jefferson nel 1789, all'epoca Segretario di Stato, per nomina del Presidente George Washington, divenuto, poi, a sua volta, com'è noto, Presidente, il 3°, degli Stati Uniti. La citazione è tratta da L. SPOONER, *La Costituzione senza autorità* (1870), Genova, 1997, spec. 20 e 21.

³ Così, A. C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, III, 1948; ed in *Pagine sparse di diritto e storiografia*, Milano, 1957, spec. 241.

In proposito, pare utile ricordare anche l'art. 1, lett. c), della l. n. 405 del 1975, istitutiva dei consultori familiari, che, tra le diverse finalità del *servizio*, prevede anche quella di tutelare la salute del «prodotto del concepimento», che, con ogni dovuta precisazione, pare poter essere individuato nel diritto alla vita del nascituro, anche nella sua proiezione *diacronica* del *diritto a nascere* e, secondo una ulteriore impostazione, finanche in una sua discutibile versione negativa del *diritto a non nascere se non sani*⁴.

Ci si riferisce, in particolare, alla recente e nota decisione di Cass., 2.10.2012, n. 16754. Questa significativa, quanto controversa, decisione, nel ricercare il fondamento del *diritto a nascer sani* direttamente in favore del nascituro (al quale è attribuita la conseguente azione risarcitoria in caso di *nascita indesiderata* o *malformata*, nel caso deciso dalla Corte, la bimba nasceva *dawn*), tenta di abbandonare la motivazione fondata sul *diritto a non nascere* (per la verità, pare, non riuscendoci del tutto), diritto, questo negativo, cioè, alla *non vita* di difficile configurabilità. E tenta di abbandonare, altresì, la prospettiva della soggettività giuridica del nascituro – che difficilmente mette d'accordo –, affermando espressamente che il nascituro non è il soggetto, bensì l'*oggetto* della tutela, in quanto, si legge in motivazione: «l'intero plesso normativo, ordinario e costituzionale, sembra muovere dalla direzione del concepito come oggetto di tutela e non come soggetto di diritto (...) Ne è conferma lo storico *dictum* della Corte Cost. n. 27 del 1975, predicativa del principio di non equivalenza fra diritto non solo alla vita ma anche alla salute di chi è già persona (la madre) e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare». Il fondamento di questo diritto è rinvenuto nei citati articoli 2, 3, 29, 30, 32 della Costituzione, argomentando anche da un reale ed effettivo, in questo caso, rapporto di immedesimazione organica tra madre e nascituro (v. art. 320, co. 1, del cod. civ.)⁵.

⁴ Il riferimento è alla nota, recente, decisione di CASS., 2.10.2012, n. 16754. Questa significativa, quanto controversa, decisione, nel ricercare il fondamento del *diritto a nascer sani* direttamente in favore del nascituro (al quale è attribuita la conseguente azione risarcitoria in caso di *nascita indesiderata* o *malformata*, nel caso deciso dalla Corte, la bimba nasceva *dawn*),

⁵ La Corte richiama il noto precedente della Cassazione francese, assemblea plenaria, del 17.11.2000, meglio noto come *affaire Perruche*; ed le note decisioni interne di Cass., n. 10741 del 2009 e, specialmente, Cass., n. 9700 del 2011. In argomento, sia consentito rinviare, anche per ogni opportuno approfondimento bibliografico, a F. RINALDI, *La problematica soggettività*

L'annotata decisione sembra aderire a quella tradizionale concezione dell'embrione come *porzione del corpo* della madre, tutelato, dunque, per osmosi del diritto alla salute di questa.

Appare significativo osservare che la Corte di Cassazione è ritornata in argomento, con due recenti decisioni che si muovono in direzioni diverse, anche rispetto alla citata decisione del 2012, ed alle quali, in questa sede, non può che essere effettuato soltanto un cenno.

Si tratta, precisamente, di Cass., 23.1.2014, n. 1361⁶, in materia di risarcibilità della lesione della *vita*, e conseguenze patrimoniali e non patrimoniali, in caso di perdita di congiunto, indicando a fondamento del risarcimento di un simile danno i *diritti inviolabili della famiglia* (artt. 2, 29 e 30 Cost.) e soffermandosi sulla complessa dinamica del *danno-evento* e del *danno-conseguenza*. Ed inoltre, di Cass., 10.3.2014, n. 5509⁷, che qui maggiormente interessa specialmente in considerazione della negazione in favore del nascituro della piena capacità giuridica – dunque, in una tradizionale concezione dell'art. 1 del cod. civ. –, pur riconoscendolo, tuttavia, «soggetto di diritto», in quanto

giuridica del nascituro, con particolare riguardo al diritto a nascer sani: bioetica di un recente diritto, in questa Rivista, luglio 2013, spec. 1 ss.; Id., RINALDI, La «dignità umana» e la «vita»: tra «volontà e rappresentazione». Note minime, in questa Rivista, gennaio 2014, 1 ss.

⁶ In questa *Rivista*, e di cui si riporta la massima: «La categoria generale del danno non patrimoniale è connotata da una pluralità di aspetti o voci, quali il danno biologico, danno morale e danno c.d. “esistenziale”. In particolare, i pregiudizi esistenziali subiti sono risarcibili, purché conseguenti alla lesione di un diritto inviolabile della persona costituzionalmente garantito, come nel caso di sconvolgimento della vita familiare provocato da perdita di un congiunto (cd. danno da perdita del rapporto parentale), conseguente alla lesione dei diritti inviolabili della famiglia, (artt. 2, 29 e 30 Cost.). In contrasto con l'orientamento finora assunto dalla giurisprudenza di legittimità, il danno da perdita della vita è individuato come categoria autonoma di danno non patrimoniale risarcibile ex se, ritenendo la perdita del bene vita oggetto di un diritto assoluto e inviolabile garantito in via primaria dall'ordinamento anche sotto il profilo della tutela civilistica. La sua risarcibilità deve ritenersi di per sé ristorabile in favore della vittima che subisce la perdita della propria vita “a prescindere dalla consapevolezza che il danneggiato ne abbia”, ritenendo così irrilevanti sia il presupposto della permanenza in vita per un apprezzabile lasso di tempo successivo all'evento morte sia il criterio della intensità della sofferenza subita dalla vittima per la percezione dell'imminente sopraggiungere della propria fine. In tal senso, la vittima acquisisce il diritto al risarcimento per la perdita della vita nel momento stesso in cui si verifica la lesione mortale (e quindi anche in caso di morte immediata o istantanea) derogando così al principio, da sempre affermato, dell'irrisarcibilità del danno evento. Ammettendosi, inoltre, la natura compensativa del risarcimento, il relativo diritto di ristoro del danno è trasmissibile iure hereditatis».

⁷ In questa *Rivista*.

«titolare di molteplici interessi personali riconosciuti dall'ordinamento nazionale e sopranazionale, quali il diritto alla vita, alla salute, all'onore, all'identità personale, a nascer sano; diritti questi rispetto ai quali l'avverarsi della *condicio iuris* della nascita è condizione imprescindibile per la loro azionabilità in giudizio ai fini risarcitori», essendo da considerarsi «irrilevante la non contemporaneità fra la condotta dell'autor dell'illecito ed il danno, che ben può verificarsi successivamente». Per queste ragioni la decisione conclude nel senso che «anche il soggetto nato dopo la morte del padre naturale, verificatasi per fatto illecito di un terzo durante la gestazione, ha diritto nei confronti del responsabile al risarcimento del danno per la perdita del relativo rapporto e per i pregiudizi di natura non patrimoniale e patrimoniale che gli siano derivati».

Il riferimento alle citate, contrastanti decisioni, è parso significativo, al fine, non tanto di rappresentare la problematicità della questione relativa alla tutela del nascituro soprattutto sotto il profilo della pretesa di diritti fondamentali, e con particolare attenzione al diritto alla vita, quanto al fine di avvalorare la considerazione della necessità di uno *statuto giuridico* dell'embrione. A voler, altresì, significare che, tutto sommato, altre *scienze (moralì, sociali o biomediche)* hanno, forse, dimostrato la loro incapacità a fornire compiute e soddisfacenti risposte in relazione a fondamentali questioni relative alla «natura dell'embrione, alla sua creazione, alla sua conservazione»⁸.

Così come pure è da chiedersi se valgano in materia comuni regole democratiche e, dunque, maggioritarie, o se, al contrario, «il peso di minoranze possa condizionare le scelte maggioritarie»⁹.

3. – L'embrione, *rectius* il nascituro, è, dunque, da tempo destinatario di significative disposizioni legislative, costituenti uno *statuto giuridico* a tutela di alcuni diritti fondamentali, quali specialmente il diritto alla vita e alla salute, oggi strettamente connessi, sostanzialmente inseparabili: dalla legge sull'interruzione di

⁸ In questa prospettiva, v., specialmente, G. ALPA, *Lo statuto dell'embrione tra libertà, responsabilità, divieti*, in *La fecondazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi*, Milano, 2005, spec. 141.

⁹ Così, ALPA, *op. ult. cit.*, 143.

gravidanza del 1978 e sui consultori familiari del 1975, alla, prima, *Dichiarazione dei diritti del fanciullo* del 1959, poi, *Carta europea dei diritti del bambino* del 1989, che afferma la «protezione del bambino prima e dopo la nascita», colpendo sempre la straordinaria chiarezza e semplicità dei documenti internazionali.

Questo *statuto giuridico* in tempi più recenti si è arricchito attraverso la previsione dell'art. 1 della n. 40 del 2004, a vent'anni dal «*Rapporto Warnock*» del 1985¹⁰, che fissava al quattordicesimo giorno l'inizio della vita umana, con la formazione della c.d. *stria primitiva*, prima di questa data non essendo riconosciuto «all'embrione umano un diritto alla vita»; e pur riconoscendo, tuttavia, protezione anche al «pre-embrione», limitandone l'utilizzazione solo al fine della ricerca scientifica e vietandone, invece, ogni uso «frivolo».

La l. n. 40 del 2004 – intervento legislativo, questo, pare il caso di ricordare, in materia di fecondazione assistita e, dunque, di *diritto a diventar genitori* –, o si dovrebbe dire, quel che resta della legge n. 40 del 2004 dopo il *restyling* costituzionale¹¹, all'art. 1 – ed è forse questa la novità più significativa introdotta dalla legge – «assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito», introducendo, così, nell'ordinamento una disposizione di favore nel senso del riconoscimento della *personalità* o, ove si preferisca, *soggettività* del concepito. Naturalmente, aprendo il dibattito circa l'individuazione di questi diritti, soprattutto, sotto il profilo della pretesa di diritti fondamentali.

Intenzionalmente, sino ad ora, non si è effettuato alcun cenno specifico in ordine all'art. 1 del cod. civ., non tanto in considerazione, forse, del suo essere orientato maggiormente nella direzione della tutela della pretesa di diritti patrimoniali del nascituro, dando luogo a diverse, complesse soluzioni esegetiche (dalla soggettività giuridica anticipata alla capacità condizionata, dall'aspettativa di diritto¹² ai diritti

¹⁰ M. WARNOCK, *A Question of Life. The Warnock Report on Human Fertilisation and Embriology*, Oxford, 1985. In argomento, v., specialmente, F. D. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 533 ss.

¹¹ In argomento, v., specialmente, G. CASABURI, *Il resyling giurisprudenziale della l. n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giur. mer.*, 2009, 300 ss.; nonché M. SESTA, *La procreazione medicalmente assistita tra legge, Corte costituzionale, giurisprudenza di merito e prassi medica*, in *Fam. e dir.*, 2010, 839 ss.

¹² In questo senso, pare intervenire la citata decisione di CASS., 10.3.2014, n. 5509.

adespota), quanto, piuttosto, in considerazione della portata attuativa, forse, anche di disposizioni costituzionali in materia di diritti fondamentali (v. art. 2 Cost.), di questa peculiare disposizione normativa sulla quale si tornerà in prosieguo, e laddove, irrimediabilmente, fissa la soggettività giuridica con il momento della nascita, impedendo, dunque, una anticipazione di tutela, almeno in prima approssimazione, dalla nascita al concepimento.

In ogni caso, la Norma fondamentale ed i successivi ed articolati interventi legislativi e giurisprudenziali in materia, sembrano essere orientati ad assicurare, quanto meno, uno statuto giuridico dell'embrione compatibile con i principi e valori ordinanti della dignità e del rispetto della vita umana. In tal senso, si considerino, a titolo esemplificativo – ed a prescindere da alcune discutibili decisioni – quelle volontà di dar vita ad un solo embrione alla volta, affinché nessuno di essi sia creato per essere lasciato, poi, *morire*.

In un simile contesto assumono particolare rilievo le disposizioni della legge 40 in materia di crioconservazione degli embrioni, ed in particolare la distinzione tra embrioni naturalmente fecondati ed embrioni *in vitro*, in quest'ultimo caso, interrogandoci su quando possa considerarsi iniziata la vita umana: se, cioè, solo quando l'embrione è impiantato nell'utero o anche quando è ancora *in vitro*¹³.

La disciplina del criocongelamento degli embrioni, con particolare riferimento, al consenso della coppia all'accesso alle tecniche di riproduzione assistita e sua revoca, sembra poter svolgere un ruolo affatto significativo nella direzione della tutela del diritto alla vita dell'embrione, nella proiezione del *diritto a nascere*.

Così, ad esempio, l'art. 6, co. 3, della l. 40, dopo aver reso necessaria la volontà di entrambi i soggetti (coniugi o conviventi) per poter accedere alle tecniche di procreazione assistita; e dopo aver stabilito che tra la manifestazione della volontà e l'applicazione della tecnica deve intercorrere un termine (di *ripensamento*) non inferiore di sette giorni, afferma che la volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti «fino al momento della fecondazione dell'ovulo».

¹³ Cfr. P. ZATTI, *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, in *La tutela dell'embrione*, Napoli, 2002, 122 ss.

Il successivo art. 14, co. 1, stabilisce, poi, i «limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni», fissando, come principio generale, quello del divieto di crioconservazione e di soppressione degli embrioni e – circostanza, questa, particolarmente significativa – aggiunge: «fermo quanto previsto dalla legge 194/1978» in materia di interruzione di gravidanza. Inoltre, il comma 3 dell'art. 14 dispone che: «qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione è consentita la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile»; ed il successivo comma 8: «è consentita la crioconservazione dei gameti maschile e femminile, previo consenso informato e scritto».

Com'è noto, l'art. 14, co. 2, è stato dichiarato incostituzionale da Corte Cost., sentenza n. 151 del 2009, limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre», ed inoltre, il co. 3, «nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come stabilisce la norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna».

Particolarmente significativa, infine, la distinzione che le linee guida del 2008 alla l. n. 40, relative all'art. 14, effettua tra embrioni crioconservati in attesa di un futuro impianto, compresi tutti quelli crioconservati prima dell'entrata in vigore della l. n. 40 del 2004, ed embrioni per i quali è stato accertato lo stato di abbandono, quest'ultimo ad evocare il concetto della *res nullius*.

La regola è, dunque, il divieto di crioconservazione e di soppressione degli embrioni, salvo che – nel solco del bilanciamento tracciato dalla l. n. 194 del 1978 sull'interruzione di gravidanza – non vengano in gioco questioni di salute della donna.

Questi divieti affermano, dunque, ove ve ne fosse bisogno, che la destinazione dell'embrione è quella dell'impianto in utero. E questo, al di là di ogni obiezione e ideologia, è rispettoso del fatto che l'embrione segna, ineludibilmente e soggettivamente, l'inizio di una vita, a prescindere, se si vuole, dal suo essere *persona fatta*. Ponendosi, poi, la questione della problematica soggettività giuridica del nascituro, nella prospettiva *personalista* di cui in Costituzione.

L'indagine è, così, destinata a spostarsi anche sui doveri, specialmente in ambito familiare, di preservare l'integrità, di garantire la nascita, la crescita, di proteggere la salute del nascituro. «Bisogni e interessi», questi, «non diritti», scrive Giorgio Oppo, «attuali di quella entità vivente che è il feto a prescindere dalla sua qualificazione come persona»¹⁴.

In considerazione anche del fatto che i diritti fondamentali, secondo una diversa impostazione, possono anche prescindere dal «soggetto», nel senso, cioè, di appartenere al *genus* umanità. Prospettiva, questa, che va nel senso dei c.d. *diritti adespota*¹⁵, in direzione contraria all'affermazione della soggettività o personalità del nascituro. La teoria degli *adespota*, dunque, è negatrice della soggettività del nascituro, non ritenuta necessaria al fine dell'imputazione della situazione giuridica soggettiva.

Con ogni dovuta precisazione, diversa sembra essere la prospettiva dei citati articoli 1 delle leggi n. 194 del 1978 e n. 40 del 2004, ed il riferimento che l'art. 1 della l. 40 fa alla legge 194/1978 sembra essere motivato nel senso dell'estensione della possibilità di ricorrere all'interruzione di gravidanza anche in caso di fecondazione artificiale e non soltanto in caso di fecondazione naturale, pur potendosi, poi, distinguere tra «embrioni» e «feti».

In argomento è da ricordare una significativa decisione di merito¹⁶ che decise, respingendola e sollevando comprensibili ed opposte reazioni, la richiesta di due coniugi di ottenere l'impianto di soli embrioni sani, rifiutando quelli ammalati. La citata decisione ha affermato che. «tutti gli embrioni prodotti devono essere trasferiti nell'utero, senza possibilità di distinguere tra embrioni sani e embrioni malati, altrimenti correndosi il rischio di una sorta di selezione degli esseri umani»; e ritenendo infondata la questione di costituzionalità, in tal senso, sollevata con riguardo agli artt. 2 e 3 Cost.

¹⁴ Così, G. OPPO, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, 499 ss., ma spec. 504.

¹⁵ In proposito, cfr., in particolare, R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, in *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, Bologna, 1978, spec. 187 ss.

¹⁶ Ci si riferisce a TRIB. CATANIA, 3.5.2004, in *Fam. e dir.*, 2004, 372 ss., con commento di G. FERRANDO, *Procreazione medicalmente assistita e malattie genetiche: i coniugi possono rifiutare l'impianto di embrioni ammalati?*

Il tema meriterebbe di essere approfondito, coinvolgendo la complessa problematica delle indagini preimpianto, che vede decisioni sfavorevoli, meno recenti, e favorevoli più recenti, investendo anche la tematica del divieto di trattamenti sanitari se non obbligatori, per lo più a tutela della salute pubblica o collettiva¹⁷.

4. – Nell’ambito dell’indagine qui proposta e, si ritiene, in linea con una possibile affermazione di imputabilità del diritto alla vita all’embrione nella proiezione del diritto a nascere, sembra destinata ad assumere valore un’altra significativa disposizione normativa singolarmente contenuta nelle linee guida all’art. 14 della l. n. 40 del 2004, per la quale: «la donna ha sempre il diritto ad ottenere il trasferimento degli embrioni crioconservati».

Anche questa disposizione meriterebbe ben altro approfondimento con riferimento al *diritto di procreare*, affermazione in estensione dei diritti di libertà e autodeterminazione di cui in Costituzione. Diritto fondamentale, questo, annoverato nell’ambito dei diritti della persona e della *personalità*, secondo la previsione di cui all’art. 2 Cost., in seguito ad una significativa decisione della Corte Costituzionale, che pose termine ad ogni legittima discussione al riguardo. Si tratta della decisione n. 332 del 2000, che dichiarò illegittime le norme che rendevano incompatibile la permanenza nelle forze armate con la procreazione.

Sulla *libertà di procreare*, intesa anche quale «diritto al rispetto della decisione di avere o non avere un figlio»¹⁸, si dovrebbe considerare irrevocabile una simile scelta originaria, sia nell’ambito della riproduzione naturale che in quella assistita e, naturalmente, in caso di scelta positiva.

In argomento, è da segnalare un’altra significativa, quanto controversa, decisione di merito¹⁹, che distingue tra «ovuli umani fecondati ma non impiantati e crioconservati», costituendo «sul piano biologico e giuridico, entità diversa dagli embrioni già allocati nell’utero materno». Benché, poi, l’annotata decisione – in maniera non del tutto ineccepibile – affermi che «gli embrioni, per quanto vitali, non

¹⁷ Basti, al riguardo, ricordare la nota e controversa decisione della CORTE E.D.U., 28.8.2012, C-54270/2010, Costa c./ Pavan, in materia di diagnosi reimpianto.

¹⁸ Cfr. CORTE E.D.U., 1.4.2010, n. 57813/00, spec. par. 58.

¹⁹ Ci si riferisce a TRIB. BOLOGNA, 26.6.2000, in *Corr. giur.*, 2001, 1221 ss.

godono della stessa tutela legale e non hanno le stesse prerogative della persona nata viva»; e, prosegue la decisione, «considerato altresì che il diritto di procreare o di non procreare è costituzionalmente garantito, specie qualora non vi sia in atto una gravidanza». La decisione fonda questo diritto di libertà sugli artt. 2, 29, 30 e 31 Cost., e sulle disposizioni della legge sull'interruzione di gravidanza, affermando che le «tecniche riproduttive artificiali non possono essere considerate come una forma alternativa di procreazione cui le persone possono ricorrere liberamente, bensì come un intervento eccezionale e residuale cui si può ricorrere soltanto in particolari situazioni e a determinate condizioni». Il riferimento è, ovviamente, ai problemi di sterilità, ed appare interessante porre in relazione questa decisione con altra, più recente, decisione di merito²⁰ che, non mancando di sollevare legittime ed opposte reazioni, modificando pregressi orientamenti, assume, invece, la possibilità di ricorso alla fecondazione assistita anche da parte di coppie non sterili con il rischio di essere portatrici di malattie ereditarie.

In argomento sono anche da richiamare le decisioni nn. 45, 46, 47, 48 e 49, del 28.1.2005, della Corte Costituzionale in ordine all'ammissibilità dei *referendum* diretti a consentire l'accesso alla procreazione assistita anche per finalità diverse dalla soluzione di problemi riproduttivi di fertilità. Così come pure non può omettersi il riferimento alla decisione del Tribunale di Milano, del 23.11.2009, che, circa la fecondazione eterologa, considerò infondata la questione di costituzionalità, in quanto «la tutela esclusiva della genitorialità biologica, pur potendo non essere condivisibile, non risulta sindacabile perché attiene alla discrezionalità riservata al legislatore, che così ha voluto proteggere il diritto del nascituro alla propria identità biologica».

Alla luce delle considerazioni che precedono, ed in particolare, per effetto delle diverse decisioni della Consulta intervenute in argomento, come si indicava dianzi, è, forse, giusto parlare, avuto riguardo anche alla citata decisione della Corte E.D.U. del 28.8.2012 (Costa c./ Pavan), di una *riscrittura costituzionale* della legge n. 40 del 2004, mossa spcialmente dalla questione della diagnosi preimpianto.

²⁰ Si tratta di TRIB. SALERNO, 9.1.2010; in senso conforme Trib. Bologna 29 giugno 2009; Trib. Firenze 18 dicembre 2007.

Ed infine, solo un cenno è da fare anche alle diverse istanze del sistema volte a legittimare la fecondazione di tipo eterologo, ammessa dalla recentissima decisione della Corte Costituzionale del 9.4.2014, che ha dichiarato l'incostituzionalità della legge n. 40 del 2004 (spec. artt. 4, co. 3, 9, co. 1 e 9, e 12, co. 1) nella parte in cui non consente ma solo alle coppie con problemi di assoluta impossibilità di concepimento (infertilità) di utilizzare anche gameti esterni alla coppia²¹.

L'indagine andrebbe, altresì, estesa ulteriormente alla problematica della fecondazione *post mortem*, nonché a quella relativa al riconoscimento del figlio premorto (v. art. 251 del cod. civ.), ed infine alle recenti decisioni in materia di cure attraverso il ricorso a cellule staminali, ex artt. 3 e 32 Cost.²².

5. – La fin troppo ovvia necessità e doverosità di tutelare, dunque, anche la *vita prenatale* o *embrionale* costituisce, indubbiamente, un fine ed un nobile dovere che, però, corre il rischio di ridursi ad una semplice *buona intenzione* ove lo Stato non dimostri di essere in grado di intervenire con efficacia, *concretizzando* un simile *bene comune* e *diritto umano fondamentale*, quale è la *vita* ed il *diritto alla vita* in tutte le sue proiezioni anche temporali, dunque, anche nella manifestazione del *diritto a nascere*.

Il rischio, in questo caso, è noto ed è quello che, di frequente, ragioni di ordine economico possano incidere sul processo procreativo, appunto, determinandone l'interruzione attraverso la rimozione di una *vita nascente*. Al riguardo, la l. n. 194 del

²¹ La citata decisione chiude una vicenda di rimessione degli alla Corte che ha avuto inizio con le ordinanze di rimessione dei Tribunali di Firenze, 6.9.2010, di Catania, 21.10.2010, di Milano, 2.2.2011. Nelle more del giudizio di costituzionalità dell'eterologa, interveniva, poi, la decisione della Grande Camera della Corte E.D.U. del 3.11.2011 che, diversamente, peraltro, da quanto affermato dalla prima sezione della medesima Corte nel 2010, ha affermato che «gli Stati hanno il diritto di scegliere le regole interne idonee a disciplinare l'accesso alla procreazione assistita di carattere eterologo», dovendosi, in ogni caso, «tenere conto dei mutamenti introdotti dalla scienza medica». La Corte Cost., pertanto, con l'ordinanza *interlocutoria* del 7.6.2012, n. 150, disponeva la restituzione degli atti ai giudici rimettenti, in considerazione dell' «incidenza sulle questioni di legittimità costituzionale del *novum* costituito dalla sentenza della Grande Camera. La questione veniva, dunque, riproposta dal Tribunale di Milano, con l'ordinanza del 3.4.2013 e dal Tribunale di Catania del 13.4.2013, in relazione alla discriminazione delle coppie sterili, per le quali può rendersi necessario il ricorso alla fecondazione eterologa, «nel proprio diritto di determinare la propria condizione genitoriale».

²² Ci si riferisce, in particolare, alle ordinanze del Tribunale di Bergamo, del 17.7.2013, di Milano del 26.7.2013, di Lecco del 18.7.2013 e di Firenze del 9.8.2013, in relazione alle richieste di accesso in via d'urgenza (art. 700 c.p.c.) alla sperimentazione e trattamenti con cellule staminali.

1978 sull'interruzione di gravidanza oltre a non affermare, si ritiene, alcun «diritto all'aborto»²³, bensì, al contrario, un diritto del nascituro a *nascere* e, con esso, un diritto dei genitori a diventare tali, dei genitori a diventare tali, pur nell'ambito di un complesso bilanciamento cui si è accennato, per poter essere attuata, ed in maniera soddisfacente, in tutte le sue previsioni, richiederebbe una organizzazione di *mezzi* idonei (servizi sociali, strumenti di informazione e di sostegno sia materiale che spirituale).

«La disarticolazione del processo generativo», si osserva²⁴, consentita da recenti progressi in campo *biomedico*, pone all'interprete ed al legislatore nuove fondamentali questioni, nell'affrontare le quali, sia consentito considerare, non sempre sembra essere presente – nell'ambito delle scelte esegetiche, delle decisioni della giurisprudenza e delle opzioni del legislatore – la coesistenza delle due possibilità procreative: quella naturale e quella artificiale. Diversificazione del processo generativo, questa, che pare poter indurre a ritenere che pur essendo in entrambe le ipotesi in gioco la «stessa vita» (in utero e *in vitro*), tuttavia, diversi interessi sembrano fronteggiarsi sino a contrapporsi, a discapito di una sempre più solo ostentata *solidarietà di valori*, destinata, però, solo a fluttuare nelle buone intenzioni di legislatori e interpreti, a dispetto di una «tirannia dei valori», per dirla con Schmitt, specialmente di libertà e autodeterminazione²⁵.

²³ L'aborto, difatti, è ammesso solo ed eccezionalmente con finalità terapeutiche, a rigide ed accertate condizioni di rischio per la salute fisica e psichica della madre ed in un tempo limitato. E' vietata ogni forma di aborto eugenetico.

²⁴ E. QUADRI, in *Diritto privato* a cura di F. Bocchini e E. Quadri, Bologna, 2014, 422 ss.

²⁵ Il grande filosofo, Carl Schmitt, ha messo più volte in guardia dal fatto che «ogni valore – una volta che abbia guadagnato potere su una persona – ha la tendenza ad erigersi a tiranno unico di tutto l'*ethos* umano, e ciò a spese di altri valori, anche di quelli che non gli sono diametralmente opposti». Il riferimento è alla *Tirannia dei valori* (1967), trad. it., Adelphi, 2008, 1 e ss.: «il valore superiore ha il diritto e il dovere di sottomettere a sé il valore inferiore, e il valore in quanto tale annienta giustamente il non valore in quanto tale. E' tutto chiaro e semplice, fondato sulla specificità del valutare. Appunto in ciò consiste la "tirannia dei valori", di cui a poco a poco acquisiamo consapevolezza» (spec. p. 60). E neppure può omettersi almeno il riferimento all'insegnamento di Hartmann, Heidegger, Scheler, che si tende ad opporre al *soggettivismo* ed al *nichilismo*. Specialmente Hartmann, *Il problema dell'essere spirituale*, Firenze, 1965, spec. p. 93 ss., osserva che «i valori, nella idealità che è loro peculiare, sussistono e sono sentiti come valori indipendentemente dal fatto che siano o no realizzabili»; prosegue l'a., «l'adesione dello spirito al regno dei valori è come un legame con un altro mondo, quasi la sua disposizione ad ascoltare il richiamo che ne discende nel mondo reale, ad interpretare l'esigenza

Affrontare la teorica della tutela dell'embrione e, dunque, della *vita prenatale* come valore e principio costituzionale non può non sollevare anche una questione morale, prima che giuridica; e nell'ordine del dovere morale di tutelare la vita prenatale o embrionale. Torna, dunque, la perenne ed inevitabile «reciproca implicazione» tra diritto e morale, in termini di confusione o separazione, ricordando, al riguardo, specialmente il pensiero di Luigi Ferrajoli²⁶.

Considerazione, questa, di particolare valore, atteso che, in effetti, ove si convenga con il ritenere che il diritto, e la sua *Norma fondamentale*, non sembri possa essere ridotto a «braccio armato della morale o di una morale prevalente»²⁷, dovendo svolgere – tra le tante e diverse *funzioni* – quella di assicurare la *pace sociale* (ricordando Kelsen), allora, con specifico riferimento al tema in indagine, ci si dovrebbe chiedere – anche in comparazione con altre Costituzioni, quali specialmente quella tedesca e quella irlandese – se sia, come dire, opportuna o necessaria una *revisione* della Costituzione sotto il profilo, come definirlo, *sostanziale*, e nella direzione di una previsione costituzionale di tutela della vita prenatale. In direzione, dunque, di uno *statuto costituzionale dell'embrione*.

Questa riflessione muove da due considerazioni che traggono impulso dalla valutazione di due significativi modelli costituzionali.

In primo luogo, ed in una dimensione più generale, ci si interroga sulla necessità, nell'ambito della nostra Carta costituzionale, di una previsione costituzionale espressa in ordine al *diritto alla vita*, analogamente a quanto accade in Germania, laddove la Costituzione di *Weimer*, all'art. 2, § 2, afferma espressamente che: «ognuno ha diritto

dettata dai valori». Nell'approfondire la teoria ontologica di Hartmann, C. SCOGNAMIGLIO, *La teoria ontologica di Nicolai Hartmann e la processualità del reale*, Edizioni di *Filosofia.it*, 2004, spec. p. 40 e ss., rileva che «tutto ciò che appare all'essere all'umano, si presenta sempre come riferito a valori, e ciò è verificabile con la constatazione che l'uomo non desidera mai ciò che gli sembra non valere nulla; è vero invece che per ogni attività che abbia un fine, e quindi per ogni attività umana intenzionale, quale fine dipende strettamente da quello che chiameremo il "sentimento di valore"». Inoltre, Hartmann, nel riferire il pensiero di Aristotele, osserva che l'uomo è un «essere vivente che, per natura, forma delle comunità». ²⁵ Il riferimento è tratto da N. HARTMANN, *Das Ethos der Persönlichkeit*, in *Actas del Primer Congreso Nacional de Philosophia*, Mendoza, 1949, trad. it. di L. Dappiano, in <http://digilander.libero.it/voneppan/PERSON.htm>.

²⁶ Cfr., L. FERRAJOLI, *La questione dell'embrione. Il problema morale e il ruolo del diritto*, in *La tutela dell'embrione*, Napoli, 2002, 12 ss., ma spec. p. 13.

²⁷ L'espressione è di FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, spec. 14.

alla vita». La scelta del costituente tedesco è nota ed è conseguenza dei tragici eventi del nazionalsocialismo. In Italia, com'è noto, non si è ritenuta necessaria una analoga previsione in quanto già ricompresa nell'ambito dell'art. 2 Cost., che afferma l'inviolabilità dei *diritti dell'uomo*; e, si dovrebbe aggiungere, il riferimento all'art. 27 Cost., che vieta la pena di morte, non ammessa in nessun caso in seguito alla *revisione* operata dalla Legge cost. del 2 ottobre 2007, n. 1²⁸.

La seconda considerazione, più specifica sulla *vita prenatale*, muove dall'interrogativo circa la necessità di una previsione esplicita al riguardo, similmente a quanto accade in Irlanda, dove, com'è noto, il divieto di aborto è rigorosissimo e deriva dal valore fondamentale attribuito al «diritto alla vita del nascituro», specificamente protetto, oltre che in sede penale, dall'art. 40.3.3. della Costituzione irlandese, che espressamente afferma: «lo Stato riconosce il diritto alla vita del nascituro e, col dovuto riguardo all'eguale diritto alla vita della madre, garantisce nelle sue leggi di rispettare e, nell'ambito del possibile, con le proprie leggi, di difendere quel diritto». Molto significativo è osservare che al fine di assicurare questo sacro diritto alla vita del nascituro anche da possibili «ingerenze» di provenienza sopranazionale, attraverso il protocollo n. 17 del 7.2.1992 (allegato al Trattato dell'Unione Europea), è stabilito che: «nessuna disposizione del trattato sull'Unione Europea, dei trattati che istituiscono la Comunità europea e dei trattati o degli atti che li modificano o li integrano, pregiudica l'applicazione in Irlanda dell'art. 40.3.3 della Costituzione irlandese»²⁹.

Con riguardo alla Costituzione italiana, dunque, ci si chiede se sia opportuna o necessaria – e come si vedrà anche sufficiente – una *revisione* costituzionale, nel senso

²⁸ La citata legge ha modificato l'articolo 27 della Costituzione, abolendo la pena di morte in ogni caso, sulla scia della disciplina comunitaria. La Carta dei diritti fondamentali di Nizza del 7 dicembre 2000, difatti, stabilisce che nessuno può essere condannato alla pena di morte (art. 2) e che nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte (art. 19). In Italia nessuna condanna alla pena capitale è stata mai più eseguita dopo l'entrata in vigore della Costituzione, l'ultima esecuzione risalendo, difatti, al 4 marzo del 1947, in Torino. L'art. 27 quarto comma della Costituzione recitava: «non è ammessa la pena di morte, se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra»; oggi, diventa, «non è ammessa la pena di morte».

²⁹ In argomento, cfr. M. PATRONO, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: un passo avanti verso l'Europa unita*, in *Sviluppo dei diritti dell'uomo e protezione giuridica* a cura di L. d'Avack, Napoli, 2003, 59 ss., ma spec 68-69.

indicato di una espressa previsione di protezione della vita prenatale, indubbiamente da bilanciare, in ogni caso, con la tutela del diritto alla salute della madre.

Una possibile *revisione* in tal senso, ed a cristallizzare la tutela del nascituro e, dunque, della vita prenatale, potrebbe intervenire, con ogni dovuto approfondimento e cautela, nell'ambito dell'art. 2 Cost., e nei seguenti termini: «lo Stato tutela il diritto alla vita anche prenatale o embrionale e la sua dignità»; oppure, «lo Stato tutela il diritto alla vita del nascituro in accordo con il prevalente diritto alla salute della madre».

In una dimensione di revisione costituzionale, non può non tenersi conto anche della complessa e controversa problematica del *diritto a nascer sani* che, ove ammesso, non pare poter essere valutato se non nel suo inscindibile legame con la scelta abortiva per finalità terapeutiche, unica ammessa nell'ambito dell'ordinamento. L'ammissione di un simile diritto *a nascer sani* sembra finire con il costituire sindacato, controllo e giudizio – anche in termini di illecito civile risarcitorio, come dianzi osservato – sulla scelta di interrompere la gravidanza per ragioni di tutela della salute della madre e, dunque, affermazione di un diritto *a non nascere se non sani*³⁰.

Senza neppure doversi omettere di considerare, sempre in una prospettiva di revisione costituzionale, che i concetti giuridici in generale, e specialmente quello di *inizio della vita umana* e, dunque, di *nascituro concepito* – al pari della *proprietà* – sono concetti storicamente relativi. Dal che, con riferimento al rema in indagine del diritto alla vita del nascituro concepito, sembra potersi osservare come sia il caso non tanto di doversi discutere (o almeno soltanto) di quando inizia la vita umana – questione piuttosto biologica –, bensì di quando la vita entra sotto la garanzia o sfera protettiva del diritto.

Ed è così che nell'ambito del dibattito si inserisce il riferimento all'art. 1 del cod. civ. ed al problematico accertamento dell'inizio della vita umana, giacché, almeno in prima approssimazione e come dianzi in parte osservato, l'art. 1 del cod. civ. sembra

³⁰ In argomento, cfr. F. P. CASAVOLA, *Bioetica. Una rivoluzione postmoderna*, Roma, 2013, spec. 25 ss. e 30 ss.; sia, altresì, consentito rinviare a RINALDI, *La problematica soggettività giuridica del nascituro, con particolare riguardo al diritto a nascer sani: bioetica di un recente diritto*, cit., spec. 32 ss.

fissare l'inizio della vita umana con il momento della nascita, impedendo, dunque, una anticipazione di tutela al momento del concepimento³¹.

Procedendo con ordine, è il caso di muovere dalla considerazione della natura e della funzione dell'art. 1 del cod. civ., norma che afferma la capacità giuridica generale di diritto di privato, tradizionalmente ed originariamente, sembra potersi ritenere, deputata ad assicurare principalmente al soggetto di diritto e, subordinatamente alla nascita, la pretesa di diritti patrimoniali, secondari. Ad un primo superficiale esame, questa disposizione normativa non sembrerebbe³², con ogni dovuta precisazione, ed almeno originariamente e tradizionalmente, essere orientata o, comunque, sufficiente ad assicurare la pretesa di diritti fondamentali di cui in Costituzione, e con specifico riferimento al diritto alla vita nella proiezione del diritto a nascere.

L'art. 1 del cod. civ. sembra, in effetti, escludere l'anticipazione della soggettività giuridica e, dunque, della titolarità di diritti (patrimoniali e fondamentali, in

³¹ La letteratura in materia di art. 1 del cod. civ., e sui suoi diversi, molteplici, profili è particolarmente ampia. Nell'ambito di questa, si cfr. in particolare: OPPO, *L'inizio della vita umana*, cit., 499 ss., le cui riflessioni restano fondamentali in materia; id., *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 99 ss.; BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, cit., 533 ss., Id., *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, in *Riv. Dir. civ.*, 2011, I, 459 ss.; M. DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, in *Tratt. dir. priv.*, 2, *Persone e famiglia*, I, diretto da P. Rescigno, Torino, 1999, spec. 24 ss., 53 ss. e 118 ss.; A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, IV, t. 1, Milano, 1959, spec. 25 ss. e 98 ss.; E. PROTETTI, *Libro I Delle persone e della famiglia Artt. 1-78*, in *Comm. teorico-pratico al cod. civ.*, diretto da V. De Martino, Novara-Roma, 1971, spec. 19 ss.; A. PIZZORUSSO, *Persone fisiche, artt. 1-4*, in *Comm. cod. civ. Scialoja Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna, 1988, spec. 6 ss.; A. FALZEA, voce *Capacità*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 1 ss., ma spec. 34 ss.; P. STANZIONE, voce *Persona fisica (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, XXIII, 1990, 1 ss.; Id., voce *Capacità (dir. priv.)*, in *Enc. giur.*, IV, 1992, 19 ss.; P. RESCIGNO, voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. giur.*, XXIII, 1990, 1 ss., ma spec. 7 ss.; G. ALPA, in *Le persone fisiche, artt. 1- 10*, di G. Alpa e A. Ansaldo, in *Comm. cod. civ.* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1996, spec. 192 ss.; A. MARTINI, *Riflessioni sulla soggettività e capacità del concepito dopo l'entrata in vigore della legge 19 febbraio 2004, n. 40 "norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*, in *Vita not.*, 2005, 1153 ss.; G. BALLARINI, *La capacità "statica" del concepito*, in *Dir. fam. pers.*, 2007, 1462 ss.; RINALDI, *La problematica soggettività giuridica del nascituro, con particolare riguardo al diritto a nascere sani: bioetica di un recente diritto*, cit., 1 ss.; Id., *La «dignità umana» e la «vita»: tra «volontà e rappresentazione». Note minime*, cit., 1 ss.

³² Nel testo, si è detto che l'art. 1 cod. civ. *sembrerebbe*, ad un primo esame, disposizione normativa non deputata alla tutela della pretesa di diritti fondamentali di cui in Costituzione del soggetto, in considerazione del fatto che la *Relazione al cod. civ.*, n. 35, di cui si dirà più approfonditamente di seguito, nel 1^a cpv. espressamente fa riferimento ai «principali diritti della personalità».

quest'ultimo caso con dovute precisazioni e distinzioni) dal momento della nascita al momento del concepimento³³.

Indubbiamente la portata dell'art. 1 del cod. civ., sotto il profilo del diritto alla vita e a nascere (e conseguenze risarcitorie in caso di *danno da procreazione*) deve essere posta in relazione alla sopravvenuta disciplina della legge sull'interruzione della gravidanza (art. 1, l. 194/1978, cit.) e, soprattutto, con la disciplina di cui all'art. 1, l. n. 40 del 2004, in materia di riproduzione assistita, nonché con l'art. 2 della Costituzione, che tutela *i diritti inviolabili dell'uomo*.

Da questa complessa, solo accennata, relazione normativa potranno, allora, emergere diverse opzioni ermeneutiche, sotto il profilo di una possibile, utile o necessaria, revisione della Costituzione in materia e, segnatamente, nella direzione della tutela della vita prenatale.

Con particolare riferimento alla relazione tra l'art. 1 del cod. civ. e l'art. 2 della Cost., si potrebbe osservare che la tutela della vita prenatale sia già presente in Costituzione, in considerazione del riferimento che l'art. 2 Cost. fa ai «diritti inviolabili dell'uomo», inteso come *essere vivente*, a prescindere, dunque, come si accennava dianzi, dal suo essere persona fatta³⁴, attraverso una interpretazione estensiva del principio personalista di cui in Costituzione, comprensivo anche del *nascituro concepito*.

In tal caso, è, però, da considerare l'art. 1 del cod. civ., in termini di norma attuativa della disposizione costituzionale, riproponendosi la questione del momento di attribuzione della tutela, appunto dalla nascita e non dal concepimento. Circostanza,

³³ Al riguardo, significativo appare il riferimento alla *Relazione al cod. civ.*, n. 35, che, dopo aver sottolineato la soppressione, nel nuovo codice, del riferimento alla «vitalità soprattutto per la considerazione che nella pratica riesce assai difficile la distinzione del nato vitale dal nato non vitale», al 2° cpv., precisa che: «il secondo comma dell'art. 1 stabilisce, con una norma di ordine generale, che i diritti che la legge riconosce al concepito sono subordinati all'evento della nascita». Inoltre, anche al fine di potersi ulteriormente rilevare il rischio, indicato nel testo, di pericolose derive scaturenti da recessive astrazioni concettuali in materia di *soggettività o personalità giuridica*, pare il caso di ricordare anche l'ult. cpv. del citato n. 35 della *Relazione*, laddove riferisce della possibilità di «limitazioni alla capacità giuridica derivanti dall'appartenenza a determinate razze».

³⁴ I argomenti si rinvia, a RINALDI, *La problematica soggettività giuridica del nascituro, con particolare riguardo al diritto a nascere sani: bioetica di un recente diritto*, cit., 1 ss.; Id., RINALDI, *La «dignità umana» e la «vita»: tra «volontà e rappresentazione»*. *Note minime*, cit., 1 ss., anche per ogni opportuno approfondimento di natura bibliografica.

questa, che potrebbe spingere la riflessione in ordine ad una necessaria modifica anche di questa disposizione normativa, e nel senso, almeno sotto il profilo della tutela di diritti fondamentali, dell'anticipazione della tutela al momento del concepimento.

Direzione, questa, che, peraltro, sembra essere quella indicata dai citati articoli 1 delle leggi sull'interruzione di gravidanza (l. 194/1978) e sulla fecondazione artificiale (l. n. 40 del 2004), che, diversamente, menzionano l' «inizio della vita umana» ed il «concepito».

In una simile prospettiva, in effetti, è legittimo interrogarsi sull'utilità di una revisione costituzionale, e con un possibile esito negativo della riflessione.

Ove, invece, si ritenesse che, nell'ambito dell'archetipo normativo, anche i diritti fondamentali (quali il diritto alla vita) siano, in ogni caso, subordinati alla nascita, non rinvenendosi dati normativi sufficienti al fine di consentire una anticipazione generale dell'attribuzione di simili diritti al momento del concepimento, allora, potrà risultare necessaria una modifica costituzionale, nel senso, appunto, di una anticipazione di tutela al concepimento e, dunque, di esplicita previsione di tutela della vita prenatale.

Una revisione, in tal senso, potrebbe, oltre che cristallizzare, come si osservava, la tutela della vita prenatale, anche normare il bilanciamento tra la vita del nascituro e la salute della madre, sottraendolo ad ogni possibile scelta interpretativa, per quanto condivisibile, come statuito dalla nota e storica decisione della Corte Costituzionale n. 27 del 1975, ma che pur sempre legittima a chiedere le ragioni di un determinato bilanciamento anziché di un altro.

L'argomento meriterebbe ben altro approfondimento, rispetto alle fugaci indicazioni qui proposte.

Così come pure non dovrebbe essere omesso il riferimento al parametro e valore costituzionale della dignità umana³⁵ nell'ambito della ricostruzione di uno statuto giuridico e costituzionale dell'embrione, avendo, questa, contribuito ad una profonda

³⁵ Cfr.: V. BALDINI, *Teoriche della dignità umana e loro riflessi sul diritto positivo (a proposito del trattamento del malato mentale)*, in questa *Rivista*, 2012, 1 ss.; RINALDI, *La «dignità umana» e la «vita»: tra «volontà e rappresentazione»*, cit., 1 ss., cui si rinvia per ogni opportuno ed ulteriore approfondimento anche di natura bibliografica.

rifondazione del concetto stesso di *persona sociale* e *degn*³⁶ di cui in Costituzione; ed avendo, altresì, rafforzato la necessità del dialogo tra «vita/salute», da un lato, e «libertà/autodeterminazione», dall'altro, imponendo il più efficace rispetto per la persona umana, nell'accezione più estensiva di essere umano, in società moderne e scientificamente e tecnologicamente avanzate, come la nostra, nell'ambito delle quali «nascere, vivere, morire, diventano oggetto di scelte possibili»³⁷, non più affidate, almeno esclusivamente, al destino o alla natura, ampliandosi il poteri disposizione del soggetto.

6. – Il dibattito sull'interruzione della gravidanza ha avuto l'indiscusso merito di porre in debita evidenza la problematica soggettività del nascituro, e con specifico riferimento alla titolarità ed alla garanzia del diritto alla vita del nascituro, il quale, anche se non ancora nato, gode di questo diritto, come statui la citata decisione n. 27 del 1975 della Corte Costituzionale³⁸, tant'è che la legge sull'aborto (richiamata anche dalla legge n. 40 del 2004) contempera esigenze di tutela della salute della madre e del nascituro.

La Corte Costituzionale, con la citata decisione, ebbe, difatti, a sottolineare che la situazione giuridica del nascituro concepito deve collocarsi «sia pure con le particolari caratteristiche su proprie» nell'ambito dei diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 Cost., pur precisando che, non essendo l'embrione «persona», non vi è «equivalenza con il diritto alla salute di chi è già persona».

La validità di questo storico bilanciamento, tra il diritto alla salute della madre ed il diritto alla vita del nascituro, suggellato, poi, con l'approvazione della l. n. 194 del 1978, trova conferma anche nella più recente giurisprudenza costituzionale in materia di indagini preimpianto³⁹, secondo cui la l. n. 40 del 2004 non pare contenere una «tutela assoluta» dell'embrione, allo stesso livello, cioè, di esseri viventi e *persone fatte*. La problematica del divieto della diagnosi preimpianto si giustifica proprio in

³⁶ Il riferimento è alla «persona sociale» di A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 7 ss.

³⁷ S. RODOTA', *Il diritto di avere diritti*, Bologna, 2012, 176 ss.

³⁸ In argomento, v. anche le più recenti Corte Cost. sentenze n. 35 del 1997 e n. 223 del 1996.

³⁹ Ci si riferisce alla sentenza della Corte Costituzionale n. 151 del 2009, cit.

relazione all'esigenza di tutelare l'embrione come essere vivente. Scopo della diagnosi preimpianto è, difatti, quello di individuare e non impiantare un embrione malato, che viene inevitabilmente destinato alla crioconservazione. Ma, come indicato, la tutela dell'embrione non è *assoluta*, bensì determinata ed ispirata a quello stesso bilanciamento tra diritti fondamentali ai quali si ispira la l. n. 194 del 1978 sull'interruzione di gravidanza, rispetto alla quale l'art. 14 (della l. 40) esclude espressamente ogni effetto abrogativo. Dunque, se è possibile abortire, sembra possibile un intervento meno invasivo, quale è, appunto, la diagnosi reimpianto⁴⁰.

Sembra utile concludere questo piccolo lavoro, effettuando un breve riferimento, stante la loro attualità, al momento storico ed al caso che condusse alla decisione n. 27 del 1975. Ebbene, muovendo dalla considerazione che il codice penale «Rocco» del 1930 prevedeva il reato di aborto (e tra i «delitti contro l'integrità e la sanità della stirpe⁴¹), una donna viene processata per questo reato, ma, fortunatamente, al giudice penale sorge il dubbio di legittimità costituzionale del divieto, e con questo interrogativo: «è legittima la repressione penale dell'aborto nel caso in cui sia accertata la pericolosità della gravidanza ?». la giurisprudenza dell'epoca già ricorreva, al riguardo, all'esimente di cui all'art. 54 del cod. pen., che esclude la punibilità nel caso in cui chi ha commesso il fatto vi è stato «costretto dalla necessità di salvare se o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona». Così la Corte dichiarò illegittima la norma penale «nella parte in cui non prevede che la gravidanza possa venir interrotta quando l'ulteriore gestazione implichi danno, o pericolo, grave, medicalmente accertato (...) e non altrimenti evitabile, per la salute della madre. La

⁴⁰ Si spiegano, in tal senso, meglio le citate ordinanze del Tribunale di Cagliari del 2012 e già di Bologna del 2009, che ammettono anche coppie fertili, ma portatrici di malattie ereditarie, alla diagnosi reimpianto. In argomento, v. M. SEGNI, *Troppi dubbi sulla procreazione assistita*, in *Dir. fam.*, 2013, 521 ss.

⁴¹ Era previsto anche il reato anticoncezionali. Il fondamento dell'abrogazione del reato, anch'esso noto, è stato anche quello di impedire gli aborti clandestini, una reintroduzione, oggi, potrebbe condurre, con ogni dovuta precisazione, ad un reato contro la persona e nel senso dell'*omicidio*, in una visione di tipo hegeliano dello Stato, anche in tal caso, con ogni dovuta precisazione.

Corte, con considerevole presbiopia, riconobbe, tuttavia, che «la tutela del concepito» ha «fondamento costituzionale», e precisamente nell'ambito degli artt. 31 e 2 Cost.⁴².

⁴² E' da ricordare anche che il caso concreto non è rappresentato da un danno grave alla salute: la donna, nel caso di specie, era affetta da un grave caso di miopia (22 diottrie) ed era preoccupata di trasmettere la malattia al figlio e di peggiorare le sue condizioni proseguendo la gravidanza. V., in proposito, BIN-PETRUZZELLA, *Diritto pubblico*, Bologna, 2013, 527 ss.