

LA FIGURA DEL CONCEPITO NEL SISTEMA EUROPEO DELLE FONTI: BASI NORMATIVE E “CREAZIONE GIURISPRUDENZIALE”

Annarita Caramico*

Sommario: 1.- Il nascituro come persona nella Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo e nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo. 2.- La Dichiarazione dei diritti del fanciullo del 1959 e ulteriori fonti sovranazionali. 3.- Le tecniche di fecondazione artificiale e le risoluzioni dell'aprile 1989 del Parlamento europeo. 4.- La Convenzione di Oviedo del 1997 e la Dichiarazione universale sul genoma umano del 1998. 5.- La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: priorità assiologica del super-valore della dignità umana. 6.- La nozione di embrione umano in due fondamentali decisioni della Corte Europea di Giustizia. 7.- Considerazioni conclusive

1. — Negli ultimi decenni, i rapidi progressi della scienza, l'inarrestabile evoluzione dell'ingegneria genetica, il consolidamento della medicina prenatale, l'anticipazione al momento della fecondazione di interventi, correttivi o migliorativi, sul DNA hanno schiuso orizzonti inimmaginabili nella lotta alle malattie ma anche sollevato nuove e spinose problematiche in tema di tutela dei diritti fondamentali dell'essere umano. In questo campo così delicato e ricco di questioni, bioetiche prima e biogiuridiche di conseguenza, si avverte forte la necessità di certezza, *ergo* di definizioni. In proposito, è possibile rintracciare una similitudine tra la nostra Costituzione e le fonti sovranazionali proprio nel fatto che, anche in queste ultime, a livello contenutistico, non ci si riferisce esplicitamente al concepito, sebbene l'ampio respiro delle previsioni ne permetta una estensione atta a garantirne una diffusa tutela. Infatti, l'assenza di espliciti riferimenti non legittima l'uso di definizioni tese a coglierne soltanto l'essenza di valore giuridico da tutelare o, *peius*, di mero oggetto di diritti¹. La specifica unicità, l'unitarietà ed identità biologica e genetica che contraddistinguono, sin dal momento della fecondazione, l'"unborn child"² unitamente alla convinzione che, ai fini del riconoscimento della qualità di essere umano, ciò che rileva sia proprio il principio di vita³, consentono di parlare anche nel caso specifico di persona umana⁴, termine, quest'ultimo, dotato di una valenza speciale perché in grado, meglio di ogni altro, di esprimere appieno la complessità dell'appartenenza al genere umano caratterizzato da una "pienezza e una perfezione particolari". Nello specifico, è doveroso ricordare che molti preferiscono discorrere di

* Laureata in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Salerno. Elaborato estratto e rivisitato dalla tesi finale redatta a conclusione del Corso di perfezionamento in Diritto dell'Unione Europea applicato.

¹ Sembra guardare al concepito come ad un "oggetto speciale di tutela" Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Rass. dir. civ.*, 2013, 894 ss. *Contra*, Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, *ivi*, 2011, 603 ss. Prende atto del contrasto giurisprudenziale sussistente in ordine alla complessa problematica del cd. "danno da nascita indesiderata" e rimette pertanto gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite, Cass., ord., 23 febbraio 2015, n. 3569 (www.neldiritto.it).

² G. Villanacci, *Il concepito nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 2006, 87 ss.; V. Ivone, *Vulnerabilità del corpo e diritto al consenso*, Napoli, 2013, 134 ss., cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche.

³ Così, per tutti, Villanacci, *Il concepito*, cit., specie 113; P. Perlingieri, *La tutela dell'embrione*, in Id., *La persona ed i suoi diritti*, Napoli, 2007, 313 s.

⁴ Autorevole la dottrina in tal senso. Per tutti, cfr., Ivone, *Vulnerabilità del corpo*, cit., 134 ss., testo e note.

persona *in fieri*⁵ o anche di prefigurazione della persona⁶. In ogni caso, non sembra discutibile che il nascituro possa essere ricompreso nella grande famiglia umana di cui, in primo luogo, all'art. 1 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre del 1948, si garantiscono la dignità e una serie di diritti inalienabili nell'auspicio di una concreta possibilità di pace, giustizia ed eguaglianza nel mondo⁷. Da un punto di vista più dettagliato, maggior rilievo assume l'art. 25, comma 2, ove sono previste cure e forme d'assistenza della maternità e dell'infanzia. Alla Dichiarazione del '48, ove i diritti dell'uomo costituivano un'utopia da perseguire e realizzare, solamente due anni dopo si affianca l'art. 1 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo⁸ rubricato "Obbligo di rispettare i diritti dell'uomo". Mentre la Dichiarazione, però, si riferisce espressamente ad ogni individuo, differenti giochi di traduzione hanno portato nel testo inglese della CEDU a mantenere l'uso del termine ampio "everyone", mentre in francese compare la definizione "à toute personne", cui fa da "pendant" la locuzione "ad ogni persona" prevista nella traduzione italiana, in rapporto agli artt. 1 e 2. Questa incertezza terminologica ha portato la stessa Commissione europea, con interpretazione fortemente criticata, ad affermare negli anni '80 che non può ricavarsi dall'art. 2 della CEDU l'esistenza di un diritto assoluto del feto alla vita, soprattutto se in contrapposizione a quello della madre⁹.

2. — Tuttavia, tale interpretazione potrebbe essere superata considerando sia la Convenzione strettamente legata alla Dichiarazione Universale, che espressamente viene richiamata, sia prendendo atto della sopravvenienza nel 1959 della Dichiarazione dei diritti del fanciullo da parte dell'ONU. Quest'ultima, mentre al terzo considerando stabilisce che "il fanciullo ha diritto, *sin dalla nascita*, a un nome e a una nazionalità", al quarto considerando si premura di affermare che "devono essere assicurate, a lui e alla madre le cure mediche e le protezioni sociali adeguate, specialmente nel periodo precedente e seguente alla nascita". Stabilito, al primo considerando, che i diritti riconosciuti ed enunciati nella Dichiarazione appartengono a tutti i fanciulli "senza eccezione alcuna", può notarsi, con facilità, che laddove, "par contre", si è inteso delimitare restrittivamente la titolarità di questi interessi, come ad esempio al terzo considerando, lo si è fatto esplicitamente, specificando in modo chiaro quando determinati diritti spettano "sin dalla nascita". Anzi, l'uso dell'avverbio "specialmente" può indurre a credere che il nascituro debba considerarsi soggetto

⁵ G. Oppo, *Declino del soggetto e ascesa della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 830; A. Scalisi, *Lo statuto giuridico dell'embrione umano alla luce della l. n. 40 del 2004 in tema di procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. Dir.*, 2005, pag. 203 ss.

⁶ Puntualizza come il diritto riconosca, dunque non disponga o imponga, il valore primario – la "primauté" – della persona ed, al tempo stesso, disponga la soggettività del concepito, imponendo di rispettarla per quanto possibile come "prefigurazione della persona" F.D. Busnelli, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 563 ss.; Id., *Persona umana e dilemmi della bioetica: come ripensare lo statuto della soggettività*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2007, I, 245 ss.

⁷ Art. 1: "Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti. Essi sono dotati di ragione di coscienza e devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza."

⁸ Come ha espressamente stabilito la Corte Costituzionale (Corte Cost., 24 ottobre 2007, n. 348, in *Giur. it.*, 2008, I, c. 39 ss.) la Convenzione rappresenta ormai un testo di notevole rilievo essendo stati fugati del tutto i dubbi sul valore precettivo delle sue disposizioni all'interno degli Stati membri. In dottrina, per tutti, C. Perlingieri, *Enti e diritti della persona*, Napoli, 2008, 35 ss., note 57-60.

⁹ Art. 2 CEDU (1950): "Diritto alla vita. 1. Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo che in esecuzione di una sentenza capitale pronunciata da un tribunale, nel caso in cui il reato sia punito dalla legge con tale pena. 2. La morte non si considera cagionata in violazione del presente articolo se è il risultato di un ricorso alla forza reclusi assolutamente necessario: (a) per garantire la difesa di ogni persona contro la violenza illegale; (b) per eseguire un arresto regolare o per impedire l'evasione di una persona regolarmente detenuta; (c) per reprimere, in modo conforme alla legge, una sommossa o un'insurrezione"

meritevole non soltanto di protezione, bensì di una salvaguardia speciale in virtù dell'immatùrità, incompletezza e fragilità sue proprie. In questo importantissimo documento internazionale il termine fanciullo, atto ad individuare il soggetto protetto, indistintamente, sia prima che dopo l'evento nascita, ricomprende, senza dubbio alcuno, la nozione di concepito. In seguito, nel 1966, la persona umana viene posta al centro di un altro fondamentale testo normativo adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, il Patto Internazionale sui diritti civili e politici, il cui primo considerando rinnova il riconoscimento della dignità che connota ogni membro della famiglia umana. Segue questa linea, tracciata in via preliminare, l'art. 6, specificandola e statuendo che il diritto alla vita è inerente alla persona umana e "deve essere protetto dalla legge; nessuno può essere arbitrariamente privato della vita". Al quinto comma del summenzionato articolo rintracciamo poi il divieto, già presente nel diritto romano, di eseguire una sentenza capitale di condanna su una donna incinta, alla base del quale non può non rinvenirsi un riconoscimento palese del valore della vita in sé e per sé, pulsante già nel grembo materno e degna di protezione giacché totalmente innocente. Spicca all'interno del Patto Internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, sempre del 1966, l'art. 10 in cui si riconosce alle madri una più accorta tutela nel periodo sia precedente che immediatamente successivo al parto, proteggendo così, indirettamente, anche il concepito. Il 20 novembre 1989 viene adottata dall'Assemblea generale dell'ONU la Convenzione sui diritti del fanciullo. Sebbene nel preambolo si proclami che il fanciullo necessita, sia prima che dopo la nascita, di opportuna tutela giuridica, il termine in oggetto risulta usato in modo ambiguo giacché all'art. 1 si definisce "fanciullo" ogni essere umano di età inferiore ai 18 anni per poi, nondimeno, garantirgli, all'art. 6, "un diritto inerente alla vita" assicurandone "lo sviluppo e la sopravvivenza". Si può, di nuovo, operare una estensione del termine fanciullo al concepito giacché, anche all'interno di questa Convenzione, nelle ipotesi in cui la nascita sia condizione imprescindibile per l'idoneità a essere titolari di determinati diritti, ciò viene formalmente sancito¹⁰. Grazie a questa operazione ermeneutica è lecito ritenere fortemente tutelato il concepito alla luce, inoltre, sia dell'art. 24, in cui si garantiscono alle madri cure prenatali oltre che postnatali, sia dell'art. 27 in cui è esplicitato il fine di assicurare lo sviluppo fisico, morale e sociale "à chacun enfant".

3. — La sempre maggiore utilizzazione delle tecniche di fecondazione artificiale *in vivo* e *in vitro* e il paventare una deriva etica del progresso scientifico hanno condotto il Parlamento Europeo, sempre nel 1989, ad adottare due risoluzioni¹¹. Nell'ambito della prima, in merito alla ricerca sugli embrioni ed alla necessità di proteggere il patrimonio genetico umano, si proclama la necessità di tutela dello zigote e si chiede agli Stati, al punto 32, di definire giuridicamente i limiti di applicazione della ricerca in modo che interventi su embrioni umani vivi o sui feti siano effettuati esclusivamente a fini diagnostici e terapeutici, *ergo* per il benessere del bambino. Si può facilmente intuire che il bambino in questione altro non è che il concepito, nozione comprendente sia l'embrione che il feto (tra questi ultimi, infatti, la unica rilevante differenza è strettamente legata al fattore tempo, ma in entrambi è presente quel principio di vita umana di cui si è discusso in precedenza)¹². Nella seconda risoluzione, concernente la fecondazione artificiale, si afferma, al punto C, "la necessità di proteggere la vita umana fin dal momento della fecondazione", soprattutto in ambiti sì problematici, tant'è che al punto D si individua quale criterio fondamentale per la disciplina delle operazioni di fecondazione artificiale "il diritto di autodeterminazione della madre e

¹⁰ Si veda, ad esempio, l'art. 7 della Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989 in cui si accorda il diritto a essere registrato, ad avere un nome e una cittadinanza al fanciullo già venuto alla luce.

¹¹ GUCE del 17 aprile 1989, c. 96

¹² Cfr., *supra*, note 2-3.

il rispetto dei diritti ed interessi del figlio, riassumibili nel diritto alla vita”¹³. Sempre nel 1989, la problematica in oggetto viene affrontata in modo specifico dal Consiglio d’Europa nella Raccomandazione 1100 in cui, al punto 7, si proclama che “l’embrione umano, pur sviluppandosi in fasi successive indicate con definizioni differenti (zigote, morula, blastula, embrione pre-impianto, embrione, feto) manifesta comunque una differenziazione progressiva del suo organismo, e tuttavia mantiene continuamente la propria identità biologica e genetica”. Si seguiva così la scia di una precedente Raccomandazione, quella n. 1046/1986, in cui si enunciava che “fin dalla fecondazione dell’ovulo la vita umana si sviluppa in modo continuo, sicché non si possono fare distinzioni durante le prime fasi del suo sviluppo e si rivela quindi necessaria una definizione dello statuto biologico dell’embrione umano”¹⁴.

4. — Sebbene con il progredire della ricerca si avverta sempre più forte il bisogno di tutelarne la libertà, l’*excursus* sin qui delineato consente di affermare che il valore posto irrimediabilmente all’apice anche della normativa sovranazionale è sicuramente la tutela della persona umana, sia nella sua individualità sia in rapporto alla sua appartenenza alla specie umana, che non può essere oltremodo negata al concepito. Queste sono esigenze sottese anche alla Convenzione per la protezione dei diritti dell’uomo e della dignità dell’essere umano riguardo all’applicazione della biologia e della medicina, più sinteticamente detta Convenzione sui diritti dell’uomo e biomedicina del 4 aprile del 1997, firmata ad Oviedo, alla quale si è giunti su “input” del Consiglio d’Europa che ha istituito una commissione di esperti per la sua elaborazione¹⁵. È da ricordare, in primo luogo, l’art. 1 della Convenzione di Oviedo che impegna le parti firmatarie a proteggere “la dignità e l’identità di tutti gli esseri umani” nonché a garantire “a ciascun individuo, senza discriminazione, il rispetto della sua integrità e dei suoi diritti e libertà fondamentali nei confronti delle applicazioni della biologia e della medicina”. È significativo, inoltre, il deciso riconoscimento, nell’art. 2, del primato delle esigenze e del “bene dell’essere umano [...] sull’interesse della società o della scienza” come pure il divieto di modificazioni genetiche di spermatozoi ed ovuli destinati alla fecondazione (art. 13) e di ogni utilizzo delle tecniche di assistenza medica alla procreazione al solo scopo di conoscere il sesso del nascituro “salvo che al fine di evitare una grave malattia ereditaria legata al sesso” (art. 14). Disposizioni del genere proiettano sulla sfera del soggetto non ancora nato una specifica tutela, salvaguardandone l’interesse alla irripetibile unicità ed identità genetica della persona ed è proprio per questo che, al secondo comma dell’art. 18, categoricamente “è vietata la creazione di embrioni umani a fini di ricerca”, mentre si prevede, comunque, che, laddove la legge consenta la ricerca sugli embrioni *in vitro*, si debba assicurare, a questi ultimi, una quanto più possibile adeguata protezione. Un ulteriore divieto, posto fermamente, è quello della clonazione umana in quanto la strumentalizzazione di esseri umani mediante la deliberata creazione di soggetti geneticamente identici è da ritenersi “contraria alla dignità umana”. Di fondamentale importanza, inoltre, è da ritenersi la Dichiarazione universale sul genoma umano adottata dall’UNESCO l’11

¹³ Secondo E. Giacobbe, *Il concepito come persona in senso giuridico*, Torino, 2003, 107, “il criterio primario è costituito da due posizioni nettamente contrapposte e tra loro inconciliabili”

¹⁴ In precedenza, con la racc. n. 934 del 26 gennaio 1982 il Consiglio d’Europa afferma che “i diritti alla vita e alla dignità umana garantiti dagli artt. 2 e 3 della Convenzione Europea dei diritti dell’uomo implicano il diritto di ereditare caratteristiche genetiche che non abbiano subito alcuna manipolazione; questo diritto deve essere espressamente enunciato nel quadro della Convenzione Europea dei diritti dell’uomo”.

¹⁵ Alla Convenzione di Oviedo sono stati aggiunti tre protocolli: il primo, adottato a Parigi il 12 gennaio 1998, vieta la clonazione umana; il secondo, adottato a Strasburgo il 4 dicembre 2001 ha per oggetto l’adozione di regole per il trapianto di organi e tessuti tra umani; l’ultimo, sottoscritto sempre a Strasburgo il 25 gennaio 2005, tratta il caso della ricerca biomedica. Ed è in quest’ultimo contenuta una particolare attenzione alla “ricerca durante la gravidanza”, consentita a condizione che porti un beneficio diretto per la salute della gestante “or to that of embryo” o purché non comporti che “only minimal risk”.

novembre del 1997 ed approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1998, in cui si è cercato di pervenire ad una definizione giuridica del genoma umano¹⁶. Finalità precipua della dichiarazione è affermare, solennemente, che “nessun progetto scientifico nel campo della biologia e della genetica può prevalere sulla dignità e sui diritti della persona”. Dunque, “nel rapporto scienza e vita a prevalere devono essere sempre i diritti della vita e della persona umana su quelli della scienza”¹⁷. Occorre, inoltre, ricordare che, nel qualificare il genoma umano come patrimonio dell'umanità, “la Dichiarazione intende anzitutto sottolineare il dovere che la comunità internazionale ha di assicurare la protezione della specie umana e dei suoi valori morali di fronte ai rischi potenziali della genetica. Si tratta di un imperativo etico capitale, poiché, aldilà della dignità e dei diritti di ogni singolo individuo, è in gioco la dignità stessa del genere umano”¹⁸.

5. — Fondamentale, infine, nell'Unione Europea risulta la promulgazione, nel 2000, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, firmata a Nizza, che all'art. 1 sancisce il super-principio della dignità umana, proclamandolo inviolabile, e all'art. 2 dispone che “ogni individuo ha diritto alla vita”. Significativo, in proposito, è il riconoscimento, sin dal preambolo, di come l'Unione ponga “la persona al centro della sua azione” ed “i valori indivisibili ed universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà” quale base essenziale dell'intero sistema. L'attenta lettura in combinato disposto di tale normativa rappresenta uno snodo centrale in quanto consente di fissare una serie di principi-guida nell'ambito della medicina e della biologia quali il divieto sia delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone (art. 3, comma 2, lett. b), sia della clonazione riproduttiva degli esseri umani (art. 3, comma 2, lett. d). La principale giustificazione di simili proibizioni si rintraccia comunque nella priorità assiologica del precetto di tutela della dignità umana che si pone come valore dei valori in grado di informare di sé l'intero ordinamento nonché come principio cardine del sistema italo-comunitario delle fonti¹⁹. Più in dettaglio, è doveroso riconoscere che, se il concetto di persona si lega all'inizio del processo di sviluppo biologico, a quest'ultima non può non essere, senza soluzione di continuità, immanente l'esigenza di rispetto della dignità umana “presupposto fondante di qualunque diritto garantito alla persona”, in grado di esplicare un'innegabile funzione di conformazione e rafforzamento di questi ultimi. In altre parole, unica condizione di operatività del super principio della dignità risulta essere la qualità di persona (riconoscibile, sia pure *in fieri*, al nascituro) della quale, a ben vedere, la dignità stessa costituisce attuazione in un legame circolare inscindibile e inossidabile. Dignità e tutela della persona danno quindi vita ad un'ipotesi singolare di concorso tra principi: l'una non è pensabile senza l'altra perché l'una realizza l'altra. In definitiva, la possibilità di indicare nella dignità non un valore astratto bensì una priorità ontologica da riferire alla persona umana nella sua essenza e, dunque, un *quid* inviolabile che afferisce ad ogni essere umano sin dall'inizio del processo vitale, costituendone il nucleo essenziale, giustifica il guardare proprio al valore della dignità come ciò che ispira e precede l'attribuzione allo stesso nascituro dei diritti della persona compatibili con il suo particolare modo di essere. Concentrandosi, poi, sull'art. 2 della Carta di Nizza, è doveroso notare che non viene in alcun modo specificato se la vita abbia inizio con il concepimento, ma non è neanche formalizzato che essa abbia inizio con la

¹⁶ “Il genoma umano è l'insieme dei geni (codificanti o non) presenti nel materiale ereditario di un individuo [...]. Il genoma è complesso, poiché è allo stesso tempo una struttura genetica comune per tutti gli esseri umani (46 cromosomi), un linguaggio genetico comune ed una espressione genetica puramente individuale” afferma Ph. Laurent, *L'UNESCO e la Dichiarazione internazionale sul genoma umano*, in *La civiltà cattolica*, 1996, I, 49ss.

¹⁷ G. Tarantino, *Continuità della vita e responsabilità da procreazione*, Milano, 2011, 39.

¹⁸ Ph. Laurent, *L'UNESCO*, cit., 51 ss.

¹⁹ Sul super-valore della dignità, per tutti, L. Lonardo, *Il valore della dignità della persona nell'ordinamento italiano*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 774 ss.

nascita. Da tale constatazione si ritiene lecito, secondo alcuni, identificare nell'“individuo”, cui la Carta attribuisce il diritto alla vita, anche il concepito²⁰. A quest'ultimo è riferibile anche il diritto all'integrità fisica previsto all'art. 3²¹ della Carta di Nizza, riproclamata con alcune modifiche il 2007 a Strasburgo. L'espresso divieto, ivi previsto, di pratiche eugenetiche, autorizza a considerare proprio il concepito quale portatore di interessi giuridicamente rilevanti dato che buona parte di dette pratiche sono volte a incidere sul suo patrimonio genetico. Inoltre, considerato che l'art. 24 della Carta di Nizza riconosce nel bambino il titolare di situazioni giuridiche soggettive che necessitano di particolare tutela²² poiché, come si legge nella proclamazione d'intenti contenuta all'interno del preambolo, “il godimento di questi diritti fa sorgere responsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure della comunità umana e delle generazioni future”, parte della dottrina ritiene di poter estendere tale previsione anche al concepito non solo quale parte della comunità umana ma, soprattutto, quale incarnazione del rispetto dovuto alle prossime generazioni. “Pour conclure”, è lecito affermare che la migliore garanzia contro il rischio di una strumentalizzazione della vita prenatale viene dal riconoscimento del nascituro quale essere umano al quale va esteso il super-principio della dignità²³. Un'ulteriore conferma di ciò si desume dall'art. 62 della Costituzione per l'Europa, firmata a Roma il 29 ottobre 2004, in cui si stabilisce che “ogni persona ha diritto alla vita”. Occorre, infine, ricordare che, in seguito al Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre del 2007 ma entrato in vigore unicamente il primo dicembre 2009, la Carta di Nizza, con opportune modifiche, risulta, ormai, dotata, in virtù dell'art. 6.1 del Trattato UE, dello stesso “valore giuridico dei trattati” mentre la Costituzione per l'Europa, firmata a Roma nel 2004, è stata per buona parte nelle sue innovazioni principali recepita all'interno del TUE e del TFUE.

6. — Nella stessa direzione muove la Corte europea di giustizia, con due interessanti decisioni relative al divieto di brevettabilità di invenzioni aventi ad oggetto embrioni *ex art. 6 n. 2 lett. c)* direttiva 6 luglio 1998, 98/44/CE sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche in cui si legge che “*sono considerate non brevettabili... c) le utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali*”. Parte della dottrina osserva giustamente che tale disposizione va letta in combinato disposto con l'art. 5, par. 1, della stessa direttiva: “*il corpo umano, nei vari stadi della sua costituzione e del suo sviluppo, nonché la mera scoperta di uno dei suoi elementi, ivi compresa la sequenza o la sequenza parziale di un gene, non possono costituire invenzioni brevettabili*”. Si ha

²⁰ M. Olivetti, *Art. 2 diritto alla vita*, in *L'europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001, 48, secondo cui “quest'ultima è la sola soluzione accettabile in sede logica: non si potrebbe, infatti, concludere diversamente argomentando dalla non autonomia del feto rispetto alla madre; se, infatti, fosse vita solo quella completamente autonoma, non dovrebbe essere ritenuta tale nemmeno quella del neonato, dell'anziano non autosufficiente, del malato terminale o della persona gravemente minorata dal punto di vista fisico. Da questo punto di vista il sistema dei diritti definito dalla Carta che riconosce senza dubbio il diritto non solo alla vita, ma anche alla dignità, e alla sussistenza... offre un argomento per considerare vita umana — e come tale inviolabile ai sensi dell'art. 1 e protetta dall'art. 2 da ogni aggressione esterna — anche quella del feto.”

²¹ Articolo 3 rubricato “Diritto all'integrità della persona”: “1. Ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica. 2. Nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge; il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone; il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro; il divieto della clonazione riproduttiva degli esseri umani.”

²² Articolo 24 rubricato “Diritti del bambino”: “1. I bambini hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione; questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità. 2. In tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente. Ogni bambino ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse”

²³ F.D. Busnelli, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 549 ss.

quindi un'ulteriore conferma che il legislatore europeo ha escluso qualsiasi possibilità di brevetto lesiva del rispetto dovuto alla dignità umana²⁴. La prima delle due decisioni risale al 18 ottobre 2011, nel caso "Brustle vs Green Peace" ed è stata adottata nel contesto di un procedimento di annullamento di un brevetto tedesco riguardante cellule progenitrici neurali e relativi processi di produzione a partire da cellule staminali embrionali nonché la loro utilizzazione a fini terapeutici²⁵. In modo estremamente interessante la Corte, nell'interpretare il summenzionato articolo della Direttiva 6 luglio 1998, 98/44/CE sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, pur prendendo atto della necessità, per definire cosa sia l'embrione umano, di un confronto con le conoscenze scientifiche, caratterizzate in ogni caso da una pluralità di visioni diverse, ribadisce con forza la valenza esclusivamente giuridica della questione e si orienta a favore di una lettura della succitata normativa dominata in primo luogo dal criterio teleologico. Il collegio chiarisce, infatti, di dovere ricavare la determinazione del significato e della portata dell'espressione "utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali e commerciali" contenuta nella direttiva, tenendo conto del contesto nel quale è impiegata e degli scopi perseguiti dalla disciplina ovvero la rimozione degli ostacoli agli scambi commerciali ed al buon funzionamento del mercato interno. Tuttavia, nonostante la chiara impronta mercantile di quest'ultimi, la sentenza in esame finisce per accogliere un'impostazione spiccatamente personalista della questione, in linea con la crescente apertura del diritto comunitario alle istanze del costituzionalismo europeo. In altre parole, la tendenza, assai diffusa presso i giudici comunitari, di far sì che il criterio teleologico si colora di una precisa caratura assiologica attraverso il doveroso riferimento ai principi fondamentali dell'Unione, spinge la Corte a ricercare una nozione di embrione umano conforme ai valori di dignità umana ed integrità personale giustamente selezionati nell'ambito del complesso normativo comunitario quali valori fondanti del sistema. In quest'ottica la sentenza perviene ad una nozione in senso ampio di embrione umano in grado di ricomprendere non solo qualsiasi ovulo dal momento della fecondazione, ma anche quelli ottenuti con le tecniche di partenogenesi e di clonazione terapeutica, in quanto ciò che rileva ai fini del riconoscimento della qualità di essere umano è il principio di vita, cioè l'inizio del processo di sviluppo biologico, al quale è immanente, senza soluzione di continuità, l'esigenza di rispetto della dignità umana. L'ottimizzazione di siffatto valore è alla base anche della soluzione al problema della qualificazione delle cellule staminali ricavate da un embrione nello stadio di blastocisti, ovvero della decisione di rimettere prudenzialmente ai giudici nazionali tale qualificazione, evocando una prospettiva dinamica che tenga conto dell'evoluzione scientifica. La volontà di improntare la disciplina dei brevetti al rispetto dei diritti inviolabili dell'uomo ispira, inoltre, la estensione in via ermeneutica del divieto contenuto nell'art. 6, n. 2, lett. c.) della direttiva in esame a tutti i procedimenti l'applicazione dei quali sia comunque in grado di ledere il valore della dignità umana. Successivamente, la Grande Sezione della Corte di Giustizia nel 18 dicembre 2014 si è ritrovata ad interrogarsi nuovamente sulla problematica concernente la nozione di embrione umano nel caso "International Stem Cell Corporation vs Comptroller General of Patents". Mentre nella sentenza "Brustle vs Green Peace" del 2011 la Corte aveva, come precedentemente argomentato, ampliato la nozione di embrione umano, nel 2014 la stessa ne ha ridotto significativamente il campo di applicazione. La causa in esame ha alla base il rifiuto dell'IPO ("Intellectual Property Office") dell'"UK" di riconoscere due domande di brevetto presentate dalla "International Stem Cell Corporation", società all'avanguardia nel campo della biotecnologia che si

²⁴ A. Di Stasi, *Alla ricerca di una nozione giuridica di "embrione umano": il contributo del judicial dialogue tra Corti internazionali*, in *Federalismi.it*, 7, testo e note.

²⁵ In argomento, per tutti, G. Carapezza Figlia, *Tutela dell'embrione e divieto di brevettabilità. Un caso di assiologia dirimente nell'ermeneutica della Corte di Giustizia*, in *Dir. fam. pers.*, 2012, 20-38.

proponeva di brevettare una tecnologia di produzione di cellule staminali pluripotenti. In questo caso, attraverso l'attivazione partenogenetica dell'ovulo non vi è la necessità della fecondazione in quanto l'ovocita viene ad essere stimolato attraverso tecniche elettriche e chimiche grazie alle quali può raggiungere lo stadio della blastocisti: non essendo mai stato fecondato, l'ovocita contiene unicamente DNA materno. L'"IPO" aveva rifiutato il riconoscimento proprio sulla base della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 2011, ritenendo che suddette invenzioni portassero ad un utilizzo comportante la distruzione di embrioni umani. Al contrario, l'impugnazione della "International Stem Cell Corporation" si basava sull'assunto che l'ovocita "attivato" con quel tipo peculiare di tecniche non fosse poi in grado di svilupparsi in embrione umano, posto che in esso sarebbe "contenuto" esclusivamente DNA materno. La "High Court of Justice" si è però chiesta se gli ovuli umani stimolati a dividersi e svilupparsi attraverso partenogenesi contenenti esclusivamente cellule pluripotenti, *ergo* non idonei a svilupparsi in esseri umani, possano o meno essere ricompresi in quella definizione di "embrione umano" di cui alla direttiva 98/44/CE. Proprio per questo ha presentato domanda pregiudiziale nel 2013 alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea. L'unico punto di differenza sostanziale fra le due controversie sottoposte all'attenzione della Corte a pochi anni di distanza riguarda la riconducibilità o meno dei "partenoti" alla nozione di "embrione umano". Nel 2014 vi è stato un "revirement" della Corte Europea rispetto alla sentenza *Brustle* poiché si è preferito sostenere che un partenote che non abbia alcuna possibilità di svilupparsi in un essere umano non risulta sillogisticamente riconducibile alla nozione di "embrione umano". Sebbene si rimetta comunque al giudice britannico la verifica della sussistenza della incapacità intrinseca del partenote di svilupparsi in essere umano, il collegio sembrerebbe escludere dalla nozione di embrione umano quella di "ovulo umano non fecondato il quale, attraverso la partenogenesi sia stato indotto a dividersi e a svilupparsi (...) qualora, alla luce delle attuali conoscenze della scienza, esso sia privo, in quanto tale, della capacità intrinseca di svilupparsi in essere umano". Sarebbe stato preferibile, tuttavia, attribuire maggiore rilievo alla circostanza che, "sebbene i partenoti, secondo la nostra conoscenza attuale, non possano svilupparsi in esseri umani, essi attraversano inizialmente i medesimi stadi di sviluppo di un ovulo fecondato, segnatamente la divisione e la differenziazione cellulare, e costituiscono quindi embrioni umani"²⁶. Ha, invece, evitato di affrontare il problema di determinare quando abbia inizio la vita umana, la Corte Europea dei diritti dell'uomo che, anche quando ha dovuto fare specifico riferimento alla portata dell'art. 2 della CEDU (" Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge") si è limitata a riconoscere agli Stati europei un ampio margine di apprezzamento con riferimento alle scelte di politica legislativa²⁷. Anche nella precedente giurisprudenza la Corte non aveva assunto una posizione chiara perché pur riconoscendo, in nome della dignità umana, la necessità di protezione giuridica del feto e/o dell'embrione, per la potenzialità di quest'ultimo di diventare persona, ha ommesso, tuttavia, di identificarlo come "persona alla quale vada assicurato il diritto alla vita *ex art. 2 della CEDU*"²⁸.

7. — In conclusione, i giudici comunitari, nel timore di diminuire la protezione del corpo umano, violando così il principio di integrità e dignità contenuto nella summenzionata direttiva e, più in generale, espresso nell'intero ordinamento comunitario (artt. 1-3 della Carta nonché art. 2 Tratt. UE) hanno optato per un'accezione non angusta dell'embrione umano. Con questo termine, infatti, si è inteso far riferimento non soltanto all'ovulo fecondato bensì a qualsiasi ovocita che, a seguito di manipolazioni, sia in grado di svilupparsi fino a dare vita ad un individuo. Si rafforza, dunque, in maniera condivisibile, il principio di tutela della vita umana, a partire dai suoi primordi ovvero da

²⁶ Di Stasi, *Alla ricerca di una nozione giuridica di "embrione umano"*, cit., nota 23.

²⁷ Sentenza *Evans vs The United Kingdom* del 10 aprile 2007, Ric. n. 6339/05.

²⁸ Di Stasi, *Alla ricerca di una nozione giuridica di "embrione umano"*, cit., 13-16.

quando la cellula va ad annidarsi nel nucleo. L'aver incorporato, nella nozione in questione, ogni entità idonea a costituire l'avvio di un processo di sviluppo di un essere umano segnala una energica scelta a favore della tutela della persona umana, *ergo* dell'embrione, della sua vita e della sua integrità. La persona è fine, mai mezzo: per questo, a giudizio della Corte di Giustizia, anche la ricerca scientifica avente ad oggetto l'utilizzazione di embrioni non può ottenere la protezione del diritto ad eccezione di quelle attività con finalità terapeutiche e/o diagnostiche svolte nell'interesse dell'embrione. Nel rafforzare *de facto* la tutela del momento iniziale della vita umana, i giudici hanno segnato una svolta decisiva, condizionando non poco la riflessione interna agli Stati membri perché hanno assunto una posizione da loro stessi indicata come scrupolosamente rispettosa dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario. In un campo significativamente delicato e soggetto a continue scoperte in cui si intrecciano nuovi bisogni dell'essere umano il confronto costante con elementi metagiuridici aumenta ancor di più la necessità di certezza del diritto. Di fronte ad una confusa e, talvolta, discordante normativa di dettaglio concernente la figura del concepito si rivela sempre più fondamentale l'intervento, anche e soprattutto "creativo", dei giudici non solo a livello comunitario ma anche all'interno di ciascuno Stato membro (si veda di recente l'attività della Corte Costituzionale italiana nell'opera di reinterpretazione della l. n. 40 del 2004²⁹). Si avverte, comunque, nonostante l'importante ruolo suppletivo della magistratura sia comunitaria che nazionale, l'imperante necessità di una cristallizzazione normativa. D'altronde la stessa Corte di giustizia dell'Unione Europea nel caso *Brustle vs Green Peace* ha precisato che "sebbene la definizione dell'embrione umano costituisca un tema sociale particolarmente delicato in numerosi Stati membri, contrassegnato dalla diversità dei loro valori e delle loro tradizioni, la Corte non è chiamata, con il presente rinvio pregiudiziale, ad affrontare questioni di natura medica o etica, ma deve limitarsi ad un'interpretazione giuridica delle pertinenti disposizioni della direttiva". Di là dai profili della normativa comunitaria incidenti direttamente all'interno dei singoli ordinamenti, i principi comunitari influenzano non poco l'elaborazione delle formule elastiche a contenuto variabile (ordine pubblico, etc.) quanto l'intero apparato di categorie, schemi concettuali e modelli culturali interni ai singoli Stati membri³⁰. Condizionano, inoltre, la stessa attività ermeneutica avente ad oggetto i contenuti ed i significati della normativa interna (v. artt. 54, 101, comma 2, e 117, comma 1, Cost.). In definitiva, tutti i dati sin qui analizzati risultano concordi nel privilegiare una nozione di embrione umano tesa a garantire, in modo integrale e fin dall'inizio, lo sviluppo dell'essere umano e, quindi, il rispetto di una qualità ad esso inerente, a conferma dell'indissolubilità che lega, sul piano assiologico, dignità e tutela della persona. Contrariamente all'atteggiamento continentale, un riferimento espresso al concepito ed all'importanza della salvaguardia della vita nascente si rinviene oltreoceano, ove, seguendo una linea ben tracciata dalla tradizione latinoamericana³¹, la "Convenzione americana sui diritti dell'uomo" già nel 1969 stabiliva che si tuteli, a partire dal concepimento, il "diritto al rispetto della propria vita di ogni persona". Dunque, l'*excursus* fin qui condotto porta a ritenere pienamente condivisibile il monito di

²⁹ Significativa a riguardo, Corte Cost., 8 maggio 2009, n. 151, in Nuova giur. civ. comm., 2009, I, pag. 11-23, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 14, commi 2 e 3, l. n. 40 del 2004. Più di recente, v. Corte Cost., 5 giugno 2015, n. 96, in *Il sole 24 ore* (<http://www.diritto24.ilssole24ore.com>).

³⁰ G. Perlingieri, *Introduzione*, in G. Perlingieri e G. Carapezza Figlia (a cura di), *L'«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche, I, Persone-famiglie-successioni*, Napoli, 2012, specie 18 ss.

³¹ Possiamo rinvenire una confortante affermazione all'interno del codice argentino del 1871 in cui ritroviamo il principio secondo cui "tutti gli esseri che presentano segni caratteristici di umanità, senza differenza di qualità e elementi accidentali sono persone" (art. 51) per poi specificare nella parte dedicata alle *personas por nacer* che "a partire dal concepimento nel seno materno comincia l'esistenza delle persone", e nel codice peruviano del 1984 afferma chiaramente che il concepito è "sujeto de derecho".

Zatti a rivolgersi ai principi quale “terreno di elezione per l’equiparazione tra embrione e uomo, ed in particolare delle enunciazioni costituzionali riferibili all’uomo nella sua inerme qualità di vivente”³². Principi tra i quali assume certamente particolare importanza il rilievo fondante riconosciuto alla dignità costituente la base stessa di ogni diritto inviolabile e valore spettante ad ogni individuo in quanto tale, dunque anche al concepito, atteso che la persona umana non può essere considerata come un semplice mezzo, ma va considerata solo e sempre come un fine³³.

³² Zatti, *Quale statuto per l’embrione?*, cit., 486.

³³ Rifacendosi a Immanuel Kant, così M. Vari, *Il principio della dignità umana quale caposaldo per la difesa della persona*, in R. Rossano, S. Sibilla (curr.), *La tutela giuridica della vita prenatale*, Torino, 2005, 166.