

Sulla configurabilità della rapina di ovociti.

di **Stefania Pia Perrino**

Sommario. **1.** Premessa - **2.** La prognosi accusatoria - **3.** I dubbi sulla configurabilità della rapina di ovociti. - **4.** L'impostazione favorevole del Tribunale e della Corte d'Appello di Milano. - **5.** La conferma della Corte di Cassazione. - **6.** Le parti separate dal corpo. Una riflessione sulla natura giuridica.

1. Premessa.

La pronuncia in commento si è occupata della *querelle* interpretativa, sorta nel 2016, attorno all'applicazione del reato di furto, prima, e rapina, poi, alle parti separate dal corpo e, segnatamente, alle cellule riproduttive umane. La complessità del caso, al centro di un acceso dibattito dogmatico e sociale, merita una ricostruzione analitica.

2. La prognosi accusatoria.

Secondo la prognosi accusatoria, la paziente si era volontariamente sottoposta ad un ciclo di stimolazione ovarica per il conseguimento di ovociti da donare, in cambio di un rimborso spese corrisposto dalla clinica, pari a circa mille euro.

Tuttavia, la donatrice aveva revocato il proprio consenso prima della esecuzione del *pick up*, in ragione delle implicazioni etiche della donazione. Ciononostante, il medico responsabile della clinica, insieme ai suoi concorrenti nel reato, aveva prima costretto la paziente a subire il trattamento, integrando il reato di violenza privata, poi, dopo averla sedata, aveva prelevato gli ovociti necessari e, infine, contro il consenso della paziente, li aveva fecondanti e crioconservati per destinarli a coppie di utenti del centro, realizzando così la rapina.

Il GIP, sulla base del panorama conoscitivo della pubblica accusa, ha disposto il sequestro delle cose citate.

Per addivenire a tale decisione il giudice ha qualificato gli ovociti come *res*, sulla base di innumerevoli precedenti che hanno contribuito al sedimentarsi di una nozione di cosa mobile.

In particolare, è stato affermato: « per cosa mobile - secondo la nozione desumibile, nella sua massima estensione, dall'art. 624 cpv. c.p. - deve intendersi qualsiasi entità di cui *in rerum natura* sia possibile una fisica detenzione, sottrazione, impossessamento od appropriazione, e che a sua volta possa spostarsi da un luogo ad un altro o perché ha l'attitudine a

muoversi da sé oppure perché può essere trasportata da un luogo ad un altro, ancorché non mobile *ab origine*, resa tale da attività di mobilitazione ad opera dello stesso autore del fatto, mediante sua avulsione od enucleazione»¹.

Nella pronuncia si opera non solo un richiamo alla teoria della mobilitazione², bensì il giudice procede ad un inquadramento di queste peculiari parti dell'organismo riproduttivo nella categoria concettuale dei frutti di cui all'art. 820 c.c.³.

La tesi in discorso è stata sostenuta in dottrina per superare l'*impasse* determinato dalla difficoltà, riscontrata in letteratura, di individuare un addentellato normativo capace di giustificare la reificazione delle parti staccate dal corpo e il loro regime.

Seguendo questa corrente, allora, il giudice ha fatto ricorso alla disciplina della fruttificazione⁴.

L'istituto richiamato non richiede la proprietà sulla cosa madre, sul corpo quindi, perché il frutto nasce con la separazione dal corpo: «con la separazione muta non solo la situazione materiale della parte, ma anche la situazione giuridica di essa (diventando, [...] bene-nuovo)»⁵.

¹ Cass. pen., sez. II, 1° giugno 2010, n. 20647, rv. 247270 – 01, § 3, in *Italggiure*, la pronuncia, tuttavia, opera una distinzione tra la concezione civilistica di bene mobile e il bene mobile nel diritto penale, operando una sovrapposizione dei concetti di *res* e bene. In specie, nella medesima pronuncia si legge al § 3: «la nozione penalistica di cosa mobile non coincide con quella civilistica, rivelandosi per certi aspetti più ridotta e, per altri, più ampia: è più ridotta laddove non considera cose mobili le entità immateriali - come, appunto, le opere dell'ingegno e i diritti soggettivi - che, invece, l'art. 813 c.c., assimila ai beni mobili; è più ampia, laddove comprende beni che, originariamente immobili o costituenti pertinenze di un complesso immobiliare (queste ultime assoggettate dall'art. 818 c.c., al regime dei beni immobili), siano mobilizzati, divenendo quindi asportabili e sottraibili e, pertanto, potenzialmente oggetto di appropriazione. Ulteriore conferma di ciò si desume - come sopra si è accennato - dall'art. 624 cpv. c.p., che considera cosa mobile anche l'energia, elettrica o di altra natura, munita di valore economico: infatti, come si evince dalla relazione ministeriale sul progetto del codice penale (vol. 2, p. 438 e ss.), il legislatore avvertì l'esigenza di chiarire la connotazione materiale di un bene come l'energia che, fino a quel momento, aveva fatto sorgere dubbi in molti autori di dottrina»; Cass. pen., Sez. II, 4 ottobre 2007, n. 36592, rv. 237807, in *Italggiure*; in generale sul concetto di cosa mobile a fini penalistici v. altresì Cass. pen., Sez. II, 8 novembre 1984, n. 9802, rv. 166566, in *Italggiure*; Cass. pen., Sez. I, 14 novembre 1974, n. 8514, rv. 128491, in *Italggiure*.

² F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, p. 206; A. De Cupis, *I diritti della personalità*, in Trattato Cicu Messineo, Milano, 1982, p. 178; id., voce *Corpo (atti di disposizione del)*, in *Dig. disc. priv.*, IV, Torino, 1959, p. 854 ss. C.M. Bianca, *Diritto civile. La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 1978, p. 163; F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1977, p. 52; S. Rossi, *Corpo umano (atti di disposizione sul)*, in *Dig. disc. priv.*, p. 250.

³ G. Criscuoli, *L'acquisto delle parti staccate dal proprio corpo e gli artt. 820 e 821*, in *Dir. fam. pers.*, 1985, 1-2, p. 266 ss.; L. Francario, *I beni in generale*, cit., p. 54. Come conferma l'A., l'elenco dei frutti naturali operato dal codice (prodotti agricoli, legna, parti degli animali, prodotti delle miniere, cave e torbiere) ha natura esemplificativa; in secondo luogo, non occorre la proprietà della cosa madre per legittimare l'acquisto a titolo originario dei frutti.

⁴ G. Criscuoli, *op. ult. cit.*, p. 272 ss.

⁵ G. Criscuoli, *op. ult. cit.*, p. 273.



La parte del corpo separata, sia essa organo, tessuto o cellula, diviene autonoma cosa in senso giuridico che mantiene una «relazione di appartenenza» con il corpo vivente da cui deriva⁶.

Sicché il paziente diviene titolare del potere di controllo e disposizione della parte prodotta dal corpo e separata.

Difatti, è ormai noto che «da almeno cinquant'anni insegniamo che non esiste la proprietà, ma le proprietà; che la proprietà delle cose «sacre», del sepolcro, dei beni artistici, dei beni ambientalmente protetti, dei ricordi di famiglia sono ciascuna diversa dalle altre e configurate sulle caratteristiche anche «moralì» del bene. Da questo punto di vista, una «proprietà corporale» può essere costruita su misura per le esigenze specifiche di quegli aspetti del diritto del corpo che possano rendersi compatibili con la considerazione del corpo-oggetto, anche in combinazione con il divieto di trarre profitto di cui all'art. 3 della Carta dei diritti dell'UE»⁷.

Peraltro, il richiamo alla teoria della fruttificazione e all'art. 820 c.c.⁸ è stato propugnato dalla Pubblica accusa in ragione delle caratteristiche degli ovociti: la loro esistenza consegue ad un rapporto di derivazione dalla entità madre; costituiscono una entità cosale autonoma dotata di una struttura propria; l'apparato femminile produce e scarta ciclicamente le cellule riproduttive allorquando non impiegate in un procedimento di fecondazione naturale o artificiale.

Dunque, sono entità cosali solo temporaneamente detenute all'interno del corpo.

3. I dubbi sulla configurabilità della rapina di ovociti.

Impugnata l'ordinanza emessa in sede cautelare, il Tribunale del Riesame ha dissentito con tale qualificazione.

Contestando la qualificazione giuridica di ovociti alla stregua di "cosa mobile", la difesa dell'imputato ha impugnato l'ordinanza perché sono stati ritenuti inconferenti i precedenti richiamati, riferiti all'avulsione o all'enucleazione di un complesso immobiliare di cui il bene fa parte e non al corpo umano in vita, insuscettibile di mobilitazione.

La teoria delle parti staccate dal corpo e la sua giustificazione alla stregua della fruttificazione, dunque, non potrebbe avere seguito poiché manca una cosa-madre e la proprietà su di essa.

Il Tribunale del riesame ha condiviso le argomentazioni difensive.

In specie, è stata ritenuta, da un lato, non idonea l'applicazione di un reato contro il patrimonio con riferimento al corpo e alle parti del corpo: ciò non

⁶ P. Zatti, *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza. Dalla sovranità alla proprietà*, in Aa.Vv., *Per uno statuto del corpo*, C.M. Mazzoni (a cura di), Milano, 2008, p. 71; id., *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza*, in NGCC, 2007, p. 1 ss; id., *Principi e forme del "governo del corpo"*, in Aa.Vv., *Il governo del corpo. Trattato di Biodiritto*, cit., p. 99.

⁷ P. Zatti, *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza*, cit., p. 10.

⁸ P. Barcellona, voce *Frutti (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 215.

perché l'ovocita sia cosa o soggetto, bensì perché la sottrazione dell'ovulo non determina un danno al patrimonio.

Dall'altro, poi, il giudice osserva: «la giurisprudenza richiamata riguarda una ipotesi di avulsione ed enucleazione di un bene che da immobile diventa mobile. Ebbene una analogia con il corpo umano non è possibile. Finché in vita il corpo umano non è una cosa e si differenzia dai beni immobili e mobili. Così gli organi e le parti del corpo vivente (tra cui gli ovociti) non possono essere considerati cose mobili riconducibili alla normativa dei reati contro il patrimonio. Una volta cessato di vivere il corpo diviene cadavere e per esso l'ordinamento prevede norme apposite (tra cui gli artt. 410 – 413 c.p.). Le parti del corpo, gli organi, diventano cose una volta separate ma non sono tali sino a che fanno parte del corpo vivente»⁹.

All'esito di un ricorso per Cassazione proposto dalla Pubblica Accusa, la Suprema Corte ha aderito, almeno in parte, al *dictum* del Tribunale del Riesame, osservando che il concetto di cosa mobile non può trovare applicazione alle parti del corpo umano, fintanto che la persona è ancora in vita.

È vero che, dice la corte, le parti del corpo, come gli organi espianati, diventano cose, ma tali non sono fintanto che fanno parte del corpo vivente. Con specifico riferimento agli ovociti prodotti nel corpo della donna e destinati ad essere espulsi o trasformati fecondazione, la Cassazione osserva che «è discutibile la loro assimilazione agli organi del corpo umano, tuttavia fanno indiscutibilmente parte del "circuito biologico dell'essere umano» e «non possono essere considerati "cose", solo temporaneamente detenute dalla donna all'interno del proprio corpo»¹⁰.

4. L'impostazione favorevole del Tribunale e della Corte d'Appello di Milano.

Celebratosi il dibattimento ed accertata la penale responsabilità dell'imputato nel contraddittorio, la sezione VIII penale del Tribunale di Milano prende le distanze dalle statuizioni rese in sede cautelare e condanna il medico responsabile ed i suoi correi per il reato di violenza privata e rapina, disponendo la confisca degli embrioni, prodotto del reato.

In specie, è stato osservato che non sussiste «alcuna antinomia, quantomeno in astratto, a qualificare come *res* una parte del corpo umano: semplicemente – si afferma – detta qualificazione è giuridicamente possibile soltanto ove la parte del corpo sia stata distaccata. Prima del distacco, la parte è sottratta al

⁹ Trib. Milano, 25 maggio 2016, Pres. Tacconi, in *Dir. pen. cont.*, 2017, con nota di A. Vallini, *La rilevanza penale di una sottrazione violenta di ovociti da donna non consenziente*.

¹⁰ Cass. pen., sez. fer., 23 settembre 2016, n. 39541, Rv. 267990 – 01, in *Italggiure*; in *Giur. pen. web*, 2016, 10, con nota di M. Aliatis, *Prelievo forzoso di ovociti: rapina o violenza privata?*

novero delle *res*, poiché organicamente inserita nell'essere umano come entità fisica»¹¹.

Trova adesione, ancora una volta, la teoria delle parti distaccate dal corpo o della mobilitazione¹².

Spiega il giudice *a quo*: si tratta di una teoria che è stata elaborata nella materia penale e specificamente con riferimento alla fattispecie di furto, tuttavia questa ha trovato applicazione con riferimento a tutti i reati contro il patrimonio.

Alla stregua di questa teoria, la nozione di cosa si espande, fino a ricomprendere tanto le entità cosali che esistono già sul piano fenomenico in via autonoma senza alcuna operazione "maeutica" da parte dell'uomo, quanto le parti di un *unicum*, ossia di una cosa immobile, all'esito di una operazione di distacco per mano dell'agente, che le renda apprezzabili per la loro corporalità¹³ ancorché prive di valore economico¹⁴.

La cosa-madre, secondo orientamento giurisprudenziale compatto e secondo la dottrina maggioritaria¹⁵, è anche il corpo.

Il corpo costituisce un *unicum* da cui, per il tramite di un fatto naturale o per un trauma oppure per l'esecuzione di procedure di avulsione ed espianto determinato da esigenze di carattere terapeutico, è possibile separare alcune sue parti¹⁶: si pensi al plasma, ai denti, ai capelli, al latte, alle unghie¹⁷, al rene, al liquido seminale¹⁸, ai tessuti ossei, cartilaginei e corneali¹⁹.

A supporto della applicazione di questa teoria al caso della rapina degli ovociti è stato richiamato un risalente precedente, relativo alla sottrazione di una protesi dentaria ad un cadavere.

Nel caso menzionato, la Cassazione ha affermato: «la "cosa mobile" va intesa in senso realistico, dovendosi considerare tali non solo tutte le cose di per sé mobili, cioè quelle che hanno l'attitudine a muoversi da se medesime o ad essere trasportate da luogo a luogo, ma anche le cose che possono essere mobilitate ad opera dello stesso ladro mediante la loro avulsione od enucleazione, o ricorrendo ad analoghe attività materiali»²⁰.

¹¹ Trib. Milano, sez. VIII pen., 31 maggio 2018, cit., § 1.11.1., p. 99.

¹² A. De Cupis, *I diritti della personalità*, II ed., Milano, 1982, p. 177 ss. A. Barba, *sub art. 5 c.c.*, in Aa.Vv., *Codice civile commentato*, P. Rescigno (a cura di), X ed., Milano, 2018, p. 41; C.M. Bianca, *op. ult. cit.*, p. 163; F. Santoro-Passarelli, *op. ult. cit.*, p. 52.

¹³ F. Mantovani, voce *Furto*, in *Dig. disc. pen.*, 1991, § 4.

¹⁴ F. Mantovani, *op. ult. cit.*, § 6.

¹⁵ S. Rossi, voce *Corpo umano (atto di disposizione sul)*, cit., § 10.

¹⁶ F. Mantovani, *op. ult. cit.*, § 4.

¹⁷ G. Raimondi, *Ritorno alla città*, Milano, 1958, p. 19 ss. L'A. narra di un uomo che, tagliandosi le unghie, ne raccoglieva i frammenti in una scatola. A causa dello strano "affetto" del raccoglitore costituiva una cosa in senso giuridico e un bene di sua proprietà.

¹⁸ A. Falzea, voce *Fatto vitale*, cit., p. 510.

¹⁹ G. Criscuoli, *L'acquisto delle parti staccate del proprio corpo e gli artt. 820 e 821 c.c.*, cit., p. 266-267.

²⁰ Cass. pen., Sez. II, 8 novembre 1984, n. 9802, Rv. 166566 – 01, in *Italggiure*.

Attraverso la mobilitazione si determina, allora, la reificazione della parte, ancorché si tratti di mobilitazione illecita.

Si osserva che il richiamo del precedente relativo al furto di protesi dentaria da cadavere risulta non perfettamente calzante. Tuttavia, si evidenzia che la pronuncia menzionata si pone nel solco di una consolidata corrente ermeneutica di stampo pretorio: in specie, è da considerarsi risalente l'affermazione secondo cui l'enucleazione della cornea comporta l'acquisto della proprietà della stessa a partire dal momento del distacco²¹ da parte del paziente.

Non assumono rilievo le critiche secondo cui l'ovulo non preesiste alla condotta, in quanto la teoria della mobilitazione si applica anche in tali casi²², e, parimenti, non trovano fondamento quelle tesi secondo cui la teoria della mobilitazione non possa trovare applicazione per il corpo umano: a prescindere dai casi specifici in cui ha trovato applicazione, la teoria mira a provvedere un inquadramento giuridico delle cose distaccate ma anche create per il tramite di una manipolazione umana, come accade con l'avulsione dell'ovulo.

Ancora, con riferimento alla cosa-madre quale cosa immobile, si rievoca quella dottrina accreditata che attribuisce al termine di cui all'art. 820 c.c. «un significato chiaramente traslato, indicativo di ogni entità, animata o inanimata, dotata di produttività»²³.

Le conclusioni del Tribunale milanese sono state successivamente confermate dalla Corte d'Appello.

In appello, tuttavia, la Corte ha aggiunto come sia pacifico il potere di controllo della donna sugli ovociti e ciò è desumibile da tutta la normativa sugli atti di disposizione di organi, sangue e gameti: la donna è «unica titolare del diritto di disporre»²⁴. La corte allinea il proprio convincimento ad alcune disposizioni delle linee guida attuative della l. n. 40/2004.

5. La conferma della Corte di Cassazione.

Con la pronuncia qui annotata, la Cassazione aderisce all'efficace *iter* argomentativo del Tribunale e della Corte d'Appello di Milano.

La Suprema Corte afferma che gli ovociti sono «parte del corpo suscettibili di valutazione patrimoniale, quindi cose mobili in senso realistico, comprensive cioè anche delle "cose che possono essere mobilitate ad opera dello stesso ladro mediante la loro avulsione od enucleazione, o ricorrendo ad analoghe attività materiali" (teoria della "mobilitazione", pag. 72 della

²¹ Trib. Napoli, 14 marzo 1972, in *Dir. Giur.*, 1972, p. 394. La pronuncia ha avuto il merito di chiarire che con l'espianto della cornea non si determina l'acquisto della proprietà della parte del corpo enucleata da parte dell'operatore oculista, in ragione della operatività dell'occupazione. Sul punto, v. G. Criscuoli, *op. ult. cit.*, p. 268.

²² Cfr. G. Criscuoli, *op. ult. cit.*, p. 272 ss.

²³ Così G. Criscuoli, *op. ult. cit.*, p. 272 ss.

²⁴ Corte d'Appello Milano, 11 luglio 2019, inedita, p. 120.

sentenza di primo grado), come peraltro affermato nella sentenza emessa da questa Corte nella fase cautelare (Sez. F, n. 39541 del 17/08/2016, Rv. 267990)».

Nella pronuncia si richiamano ed esaminano i precedenti impiegati dai giudici milanesi per la ricostruzione dell'impianto argomentativo a sostegno della configurabilità del reato di rapina, la giurisprudenza sulla protesi dentaria sottratta da cadavere, sugli alberi piantati, sulle pertinenze, sui progetti e disegni industriali coperti da segreto.

Siffatti approdi realizzano, secondo la Corte, un'opera di regolamento dei confini del concetto di cosa. Nozione che diverge dal concetto di bene in senso giuridico ed economico, di cui all'art. 810 c.c.

Alla stregua della teoria della mobilitazione, poi, si afferma *claris verbis* che non è affatto inibita la reificazione dell'ovulo, anzi la trasformazione della parte del corpo in entità cosale è attività configurabile tanto a fronte di condotte lecite del detentore o a fronte dell'avulsione periodica e fisiologica, quanto all'esito di una condotta illecita realizzata da parte del soggetto attivo.

Nell'argomentare l'ammissibilità della reificazione dell'ovocita, la Cassazione prende atto della evoluzione che ha riguardato la disciplina della fecondazione artificiale, contenuta nella l. 19 febbraio 2004, n. 40.

Questo è il vero tratto che caratterizza come innovativo e dinamico l'approccio ermeneutico della Cassazione.

La disciplina sulla procreazione medicalmente assistita è stata sottoposta ad un ingente attività erosiva ad opera della Corte costituzionale, difatti ha subito evoluzioni notevoli nel corso di sedici anni di vigenza, senza alcun intervento del legislatore²⁵.

In particolare, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa, contenuto nell'art. 4, comma 3°, l. n. 40/2004²⁶.

²⁵ Si consenta, sul punto, il rinvio a S.P. Perrino, *La donazione di cellule riproduttive e l'indennità per spese e inconvenienti*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 4, 1308-1326.

²⁶ Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Foro it.*, 2014, c. 2343, con nota di G. Casaburi, *Requiem (gioiosa) per il divieto di fecondazione eterologa: l'agonia della l. 40/04*; in *Fam. dir.*, 2014, 753 ss. con nota di V. Carbone, *Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*; in *Europa dir. priv.*, 2014, p. 1105 ss., con nota di C. Castronovo, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*; in *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 1005 ss., con nota di L. D'Avack, *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*; in *NGCC*, 2014, p. 393 ss., con nota di G. Ferrando, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*; in *Corr. Giur.*, 2014, p. 1068 ss., con nota di G. Ferrando, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione «eterologa»*; in *Riv. dir. intern.*, 2014, p. 1123, con nota di S. Tonolo, *Il diritto alla genitorialità nella sentenza della Corte costituzionale che cancella il divieto di fecondazione eterologa: profili irrisolti e possibili soluzioni*; in *NGCC*, 2016, 10, p. 1360 ss., con nota di U. Salanitro, *I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete*; in *Studium Iuris*, 2014, 11, p. 1243-1257, con nota di Villani, *La caduta del divieto di procreazione medicalmente*

All'esito della declaratoria, a partire dal 2014, anche in Italia è divenuto lecito l'impiego di cellule riproduttive di terzi estranei da parte della coppia aderente a cicli di fecondazione e, conseguentemente, la donazione di tali cellule, ovvero sia l'*egg-sharing* e *sperm-sharing* per eterologhe totali o parziali.

Ecco che allora anche il legislatore considera lecito e sollecita la mobilitazione delle cellule riproduttive detenute per destinarle ad altri soggetti, mediante una donazione volontaria e gratuita.

Tali attività, peraltro, sono state recentemente regolate, con il D.P.R. 131/2019²⁷.

Proprio valorizzando tali regole e presupposti applicativi della reificazione, la Cassazione esclude ogni dubbio in ordine alla possibilità di separare gli ovuli dal corpo e destinarli a terzi in via solidale, come "cose in senso giuridico" secondo la nota accezione di Pugliatti.

Con riferimento alla compatibilità del reato di rapina alla condotta di coattiva mobilitazione delle cellule, poi, la Cassazione considera i beni giuridici presidiati dalla fattispecie di rapina.

Si tratta di delitto "dalla ben nota natura plurioffensiva", perché idoneo a realizzare l'aggressione del patrimonio, ma anche della libertà e dell'integrità fisica e morale del soggetto passivo, per la realizzazione del profitto.

È proprio nel rapporto di immediatezza e strumentalità fra la condotta violenta posta in essere sulla paziente e l'impossessamento degli ovociti poi utilizzati per la fecondazione che si innesta la materialità e l'offensività della rapina.

Dice la Corte: «L'imputato, infatti, usò violenza per costringere la ragazza a subire l'intervento, ponendola poi in stato d'incapacità di agire mediante sedazione, al preciso ed esclusivo scopo di prelevare i suoi ovociti, poi fecondati, con successivo impianto degli embrioni in tre pazienti e, quindi, di conseguire un ingiusto profitto».

Il nesso che avvince la coattiva sottrazione per espanto e il successivo atto di fecondazione per la destinazione ad altri pazienti esclude che possa trovare applicazione la fattispecie di violenza privata, di cui all'art. 610 c.p.

In aggiunta, secondo una (implicita) applicazione del principio di offensività e proporzionalità, la Cassazione ritiene insufficiente la violenza privata,

assistita di tipo eterologo: le ragioni della sua incostituzionalità e i successivi «indirizzi operativi» della conferenza delle regioni; L. Risicato, La Corte costituzionale supera le esitazioni della CEDU: cade il divieto irragionevole di fecondazione eterologa, in Riv. it. dir. proc. pen., 2014, p. 1487 ss.; F. Basile, I donatori di gameti, in NGCC, 2015, 2, p. 223-240; M. D'Amico-M.P. Costantini, L'illegittimità costituzionale della «fecondazione eterologa» (Analisi critica e materiali), Milano, 2014, p. 25 ss.; in Dir. pen. proc., 2014, p. 825 ss., con nota di A. Vallini, Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa".

²⁷ Si consenta il rinvio a S.P. Perrino, *Note a margine del D.P.R. 23 Agosto 2019 N. 131: le nuove disposizioni in materia di donazioni di cellule riproduttive a cinque anni dalla Corte Cost. N. 162/2014*, in *BioLaw Journal*, 2020, 1, p. 311-319.

rispetto ad una condotta aggressiva di plurimi beni giuridici e finalizzata allo sfruttamento degli embrioni conseguiti. All'opposto, la fattispecie di rapina consente di considerare non solo la violenza ma anche lo spossessamento e l'impossessamento di entità cosali che vengono a nascere dal prelievo forzoso. Si evitano, dunque, zone d'ombra.

Ancora, ritengono i giudici, l'alternativa proposta in via di estremo subordine dalla difesa, vale a dire quella di ravvisare un concorso tra un reato di violenza privata (la costrizione all'intervento di pick-up) ed un furto (la sottrazione e l'impossessamento del prelevato), rappresenta una soluzione evidentemente artificiosa.

Siffatta impostazione difensiva, infatti, mira a frazionare in modo ingiustificato l'unitaria complessiva sequenza materiale già regolata da una specifica fattispecie complessa, quale è la rapina ex art. 628 c.p.

6. Le parti separate dal corpo. Una riflessione sulla natura giuridica.

«Di chi è il corpo? Della persona interessata, della sua cerchia familiare, di un dio che l'ha donato, di una natura che lo vuole inviolabile, di un potere sociale che in mille modi se ne impadronisce, di un medico o di un magistrato che ne stabiliscono il destino? E di quale corpo stiamo parlando?»²⁸. L'interrogativo è posto da Stefano Rodotà dopo l'introduzione della legge n. 40/2004 e induce il giurista a chiedersi: "quale corpo?".

Un altro grande maestro del diritto, Angelo Falzea, pure, subisce la fascinazione della indagine sul trattamento giuridico del corpo, evidenziando una cesura tra la concezione anatomica in senso comune e la concezione giuridica della "parte del corpo"²⁹.

L'interrogativo rievoca, infatti, alcuni casi posti all'attenzione della giurisprudenza, nella applicazione dell'art. 583 c.p. in caso di lesione della milza.

La giurisprudenza non ha qualificato la milza come organo³⁰, diversamente lo ha ritenuto una parte integrante e non autonoma dell'organo diffuso emopoietico e dell'apparato reticoloistocitario³¹.

Dunque, può sembrare fuor dubbio che al corpo umano appartengano i suoi organi, tessuti e cellule, tuttavia l'anatomia giuridica del corpo presenta non pochi elementi di asimmetria rispetto alla sua configurazione biologica.

Si osservi che l'ordinamento italiano non disciplina in via unitaria il corpo, lo "disgrega" in numerose leggi³² per ciascun tipo di organo o tessuto o per

²⁸ S. Rodotà, *La vita e le regole*, III ed., Milano, 2018, p. 73.

²⁹ A. Falzea, *I fatti giuridici della vita materiale*, in Aa.Vv., *Il diritto e la vita materiale. Atti dei Convegni Lincei*, Roma, 1984; in *Riv. dir. civ.*, 1982, 1, p. 415.

³⁰ M. Dogliotti, voce *Organo*, cit., § 1.

³¹ Pret. Barra, 10 dicembre 1987, n. 564, inedita.

³² È talmente copiosa la produzione legislativa in materia di trapianti da vivo in Italia da avere costituito un vero e proprio «microcosmo normativo estraneo al corpo del codice civile», tale da alimentare dialettiche autonome. Sul punto, cfr. G. Resta-V. Zeno Zencovich, *Informazione*,

l'espianto e il trapianto o per la donazione, lo stoccaggio e l'approvvigionamento o, ancora per l'importazione e l'esportazione³³.

Una frammentazione³⁴ su cui ha certamente influito la rapsodica attuazione delle direttive³⁵ europee in materia³⁶.

All'esito di questa frammentazione, l'interprete è indotto a chiedersi cosa sia il corpo in senso giuridico, quale sia la sua estensione, quale sia il potere su

consenso e responsabilità nei trapianti da vivente: prospettive nazionali e comunitarie, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, p. 965-986. Peraltro, la fuga dal codice, in favore della legislazione speciale frammentata, secondo taluni autori, ha determinato la scarsa diffusione delle pratiche di trapianto da vivo in Italia. Così, Moscati, *Trapianto di organi*, in *Dizionari di diritto privato*, N. Irti (a cura di), Milano, 1980, p. 812 ss.

³³ Si elencano, a titolo esemplificativo, le leggi vigenti in materia di trapianto di organi e innesto di tessuti e cellule: la l. 6 marzo 2001, n. 52, recante le disposizioni sulla donazione del midollo ed integrante le disposizioni normative in materia di prelievo di cellule staminali, midollari e periferiche; l. 21 ottobre 2005 n. 219, recante la nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati; l. 12 agosto 1993, n. 301, sull'innesto della cornea; l. 16 dicembre 1999, n. 483, sui trattamenti per il trapianto parziale di fegato; l. 26 giugno 1967, n. 458, contenente la disciplina sul trapianto del rene tra persone viventi; l. 19 settembre 2012 n. 2012 in materia di trapianto di polmoni, pancreas e intestino; D.P.R. 23 agosto 2019, n. 131, Regolamento di attuazione della direttiva 2012/39/UE della commissione, del 26 novembre 2012, che modifica la direttiva 2006/17/CE per quanto riguarda determinate prescrizioni tecniche relative agli esami effettuati su tessuti e cellule umani. Sul punto, si rinvia a S. Rossi, voce *Corpo umano (atto di disposizione sul corpo)*, cit., p. 216 ss.; M. Dogliotti, voce *Organo*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1995, p. 181 ss.; P. Vercellone, voce *Trapianti di tessuti e organi*, in *Dig. disc. priv.*, Agg. II, Torino, 2003, p. 1267 ss.; F. Mantovani, *Trapianti*, in *Umanità e razionalità del diritto penale*, cit., p. 1537 ss.; id., *Donazioni e trapianti: prospettiva penalistica*, in *Aa.Vv., Il governo del corpo. Trattato di Biodiritto*, cit., p. 1135 ss.

³⁴ In questo senso, v. P. Zatti, *Maschere del diritto*, cit., p. 85: "Al giurista che osserva la relazione con il corpo si apre un panorama incomparabile rispetto anche al recente passato. Un vasto repertorio di norme – che nascono dalle fonti internazionali e sopranazionali, dalle leggi, dalle fonti deontologiche, dalla giurisprudenza – forma uno 'statuto del corpo' che continuamente evolve".

³⁵ Direttiva 23/2004/CE sulla definizione delle norme di qualità e sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani. Alla citata Direttiva si accompagnano le Direttive attuative 2006/17/CE e 2006/86/CE.

³⁶ D.Lgs. 6 novembre 2007, n. 191, Attuazione della Dir. 2004/23/CE sulla definizione delle norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani; D. Lgs. 25 gennaio 2010, n. 16 Attuazione delle direttive 2006/17/CE e 2006/86/CE, che attuano la direttiva 2004/23/CE per quanto riguarda le prescrizioni tecniche per la donazione, l'approvvigionamento e il controllo di tessuti e cellule umani, nonché per quanto riguarda le prescrizioni in tema di rintracciabilità, la notifica di reazioni ed eventi avversi gravi e determinate prescrizioni tecniche per la codifica, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani; D. Lgs. 30 maggio 2012, n. 85, Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 25 gennaio 2010, n. 16, recante attuazione delle direttive 2006/17/CE e 2006/86/CE, che attuano la direttiva 2004/23/CE per quanto riguarda le prescrizioni tecniche per la donazione, l'approvvigionamento e il controllo di tessuti e cellule umani, nonché per quanto riguarda le prescrizioni in tema di rintracciabilità, la notifica di reazioni ed eventi avversi gravi e determinate prescrizioni tecniche per la codifica, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani.

di esso spendibile, chi sia il titolare di tale potere e, infine, quale sia la sua base giuridica.

Il corpo, cogliendo gli insegnamenti tramandati da Ulpiano³⁷, è una «*res extra commercium*, irriducibile a merce, sottratto alla logica del mercato, alla *commodification*»³⁸.

L'ordinamento dedica al regime del corpo l'art. 32 Cost., ma anche l'art. 5 c.c., oltre alle disposizioni penali in materia di lesioni personali.

La regola codicistica presidia l'integrità fisica da atti di disposizione idonei ad alterare il corpo mediante sottrazione³⁹, ovvero sia a provocare una diminuzione permanente dell'unità fisica.

La disposizione è stata introdotta nel codice del 1942 all'esito di un peculiare dibattito e ha rappresentato, per l'epoca, una vera innovazione rispetto al *Code civil* napoleonico e al codice del 1865, che difettavano di norme attinenti alla sfera corporea dell'uomo.

In specie, l'elaborazione di procedure sempre più sofisticate nell'ambito medico-chirurgico ha comportato la più agile esecuzione di separazioni di parti del corpo per la cessione a terzi.

L'accelerazione delle tecniche chirurgiche ha provocato, però, un vuoto di disciplina ed i formanti sono stati chiamati a confrontarsi con il tema della cessione onerosa di parti del corpo.

È stato autorevolmente sostenuto: «La fine del XX secolo resterà nella storia del diritto come l'epoca in cui la riflessione giuridica ha dovuto riscoprire il corpo, mentre il sistema di pensiero in cui si muoveva era stato costituito, duemila anni prima, perché non se ne parlasse, perché non si dovesse dunque pronunciarsi sulla sua natura giuridica [...]; senza l'irruzione delle biotecnologie, la storia dello statuto dell'uomo nel diritto civile sarebbe stata quella della censura del suo corpo»⁴⁰.

L'*occasio legis* dell'art. 5 c.c. si è verificata nel 1934 allorché la Suprema Corte è stata chiamata a pronunciarsi sull'inedito caso dell'espianto di una ghiandola sessuale maschile dal corpo di uno studente universitario per il trapianto a vantaggio di un ricco committente. Mentre quest'ultimo veniva

³⁷ È di Ulpiano il noto adagio *Nemo membrorum suorum dominus esse videtur*. Cfr. Ulpiano, frg. 13, Dig., IX, 2.

³⁸ S. Rodotà, *La vita e le regole*, cit., p. 95.

³⁹ S. Rossi, voce *Corpo umano (atto di disposizione sul)*, cit., § 3; M.C. Venuti, *Gli atti di disposizione del corpo*, cit., p. 21 ss.; S. Rodotà, *op. ult. cit.*, p. 85, il quale acutamente osserva come l'art. 5 c.c. non tenga conto delle nuove tecnologie che consentono le alterazioni per addizione, come nel caso dell'impiego di sostanze dopanti, di fumo passivo e attivo, dell'impiego di impianti elettronici per la reintegrazione di funzioni perdute, dell'impianto di microchip per il rilevamento delle condizioni di salute e dell'alterazione delle funzioni organiche, la marchiatura artistica come l'installazione di *piercing* o l'attività di tatuaggio o *branding*. Sul punto, M. Piccinni, *Il corpo artefatto: le "marchiature artistiche" tra integrità e autodeterminazione*, in Aa.Vv., *Il governo del corpo. Trattato di Biodiritto*, cit., p. 601 ss.; S. Bonini, *Il doping*, *ibidem*, p. 621 ss.

⁴⁰ J.P. Baud, *Il caso della mano rubata*, C.M. Mazzoni (a cura di), Milano, 2003, p. 50 ss.

indotto all'esecuzione dell'impianto dalla promessa di una virilità rinvigorita, il giovane "donatore" veniva indotto dalla remunerazione pari a diecimila lire. Si tratta del c.d. innesto Voronoff⁴¹.

È vero che l'integrità della ghiandola superstite può assicurare al giovane la continuità fisiologica e biologica dell'organo della procreazione, è però altrettanto vero che la spermatogenesi a cui provvedono i testicoli, nonché la funzione endocrina degli stessi, nel caso andavano considerate necessariamente alterate a causa di detta menomazione, oltre al danno potenziale costituito dalla ridotta riserva funzionale dell'organo, affidata alla sola ghiandola superstite.

Tuttavia, in difetto di una disposizione, come l'art. 5 c.c., l'espianto remunerato ai fini di successivo innesto non vantava l'antigiuridicità richiesta dalla struttura del reato, in ragione della applicazione della causa di giustificazione del consenso dell'avente diritto.

La Cassazione ha preso atto della questione proiettata nel futuro sottoposta al suo vaglio e ha affermato: «nei casi di lesione alla integrità, che comportano un pregiudizio di una certa rilevanza al corpo, la morale sociale valuta come lecito il consenso solo a condizione che concorra uno scopo di particolare valore sociale e il vantaggio alla salute di un'altra persona è di per sé uno scopo di particolare valore sociale [...]. Attesa l'importanza sociale del bene dell'integrità personale, la morale sociale non ritiene sufficiente a giustificare il sacrificio uno scopo non immorale, ma esige addirittura che l'atto sia volto a realizzare un risultato vantaggioso per la collettività»⁴².

È stata tratteggiata, così, la via per il legislatore codicistico e fornita la primigenia indicazione dei principi della gratuità, volontarietà e solidarietà degli atti di disposizione del corpo nell'ordinamento italiano.

L'art. 5 c.c. va allora coordinato con le discipline specifiche in materia di espianto ai fini di trapianto o per la destinazione solidaristica o per studio e ricerca⁴³.

Il corpo così giuridificato si compone di una pleora cospicua di parti, talune recanti l'attitudine ad essere separate dallo stesso. Quindi, il corpo si

⁴¹ Dal nome dell'autore della procedura Serge Abrahamovitch Voronoff. Cfr. M. Donati, voce *Voronoff (Serge)*, in *Enc. Treccani*, 1937. Per gli aspetti giuridici dell'espianto, M.C. Venuti, *Gli atti di disposizione del corpo*, cit., p. 21; S. Rodotà, *La vita e le regole*, cit., p. 84; id., *Il corpo giuridificato*, in Aa.Vv., *Il governo del corpo. Trattato di Biodiritto*, Milano, 2011, p. 53; C.G.O. Frattari, *I diritti sul corpo tra prerogative individuali e interessi pubblici. Il caso dell'innesto Voronoff*, in *NGCC*, 2020, p. 101 ss.

⁴² Cass. pen., 31 gennaio 1934, in *Foro it.*, 1934, 2, c. 146 ss. con nota di G. Arangio Ruiz, *Contro l'innesto Woronoff da uomo a uomo*. Sul punto, cfr. F. Maroi, *sub art. 5 c.c.*, in M. D'Amelio, *Commentario del codice civile*, Firenze, 1940, p. 97.

⁴³ G. Resta, *op. ult. cit.*, p. 809 ss. L'A. descrive l'art. 5 c.c. come "ormai" un tassello, neanche troppo importante, in un più complesso novero di regole e principi, di fonte non soltanto interna ma anche e sempre più internazionale, in ragione di una progressiva erosione della disposizione.

espande⁴⁴ oltre la sagoma dell'individuo e si moltiplica⁴⁵ negli organi, nei tessuti e nelle cellule da esso separati⁴⁶, mediante la natura ciclica espulsione, come accade per i denti, per i capelli o per gli ovociti, oppure per avulsione o espianto, attraverso l'opera maieutica dell'uomo⁴⁷. Il corpo diviene «istituzionalmente distribuito»⁴⁸.

Tra queste parti corporali destinate a proiettare il corpo al di fuori della propria unità si annoverano i capelli, i denti, le parti del fegato, il rene, il cordone ombelicale, le cellule ematiche, i campioni di midollo osseo e tutte le parti cui è possibile ricorrere per studi anatomici⁴⁹.

Si tratta di tutti gli organi, i tessuti e le cellule suscettibili di separazione in ragione di uno scopo di particolare valore sociale ed in virtù di una previsione di legge, ex l'art. 5 c.c.

Tanto il codice quanto le leggi speciali dedicate ai trapianti, però, non individuano il regime per il trattamento di queste parti ed il tema ha indotto grandi interpreti alla elaborazione di alcune soluzioni esegetiche.

Secondo la più risalente tesi dello *ius in se ipsum*⁵⁰, l'ordinamento distingue l'uomo dal corpo: si verifica uno sdoppiamento che vede distinte le due proiezioni ordinamentali del corpo e della persona.

La persona è il soggetto di diritto, cui l'ordinamento attribuisce i diritti della personalità, tra cui il diritto alla salute; il corpo va inteso, invece, come entità cosale di supporto per il soggetto. Il primo, allora, vanta un diritto di proprietà sul secondo, che si estende anche sulle parti che da esso vengono divise, senza soluzione di continuità, poiché queste erano e continuano ad essere nella sfera giuridica patrimoniale, *sub specie* dominicale, del soggetto.

⁴⁴ P. Zatti, *Principi e forme del "governo del corpo"*, in Aa.Vv., *Il governo del corpo. Trattato di Biodiritto*, cit., p. 114.

⁴⁵ S. Rodotà, *Il corpo giuridificato*, cit., p. 60.

⁴⁶ G. Resta, *La disposizione del corpo. Regole di appartenenza e di circolazione*, in Aa.Vv., *Il governo del corpo. Trattato di Biodiritto*, cit., p. 805 ss.

⁴⁷ Per un approfondimento sulla estensione del corpo oltre i confini della sua unità fisica v. S. Rodotà, *La vita e le regole*, cit., p. 80.

⁴⁸ S. Rodotà, *Il corpo giuridificato*, cit., p. 62.

⁴⁹ S. Pugliatti, voce *Cosa*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, § 8.

⁵⁰ F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, p. 206; id., *Il problema giuridico della trasfusione di sangue*, in *Foro it.*, 1938, 4, c. 92; id., *Usucapione della proprietà industriale*, Milano, 1938, p. 54. In particolare, l'A. inquadrava il sangue, prelevato per la trasfusione e la cessione a terzi, quale cosa e parte del corpo umano, suscettibile di cessione a terzi. Si tratta di una tesi avanzata in un periodo storico in cui era ammessa la donazione professionale di sangue: dopo la terza cessione, il paziente poteva conseguire un corrispettivo economico. Tale previsione è stata abrogata. Ciononostante, la tesi di Carnelutti non richiedeva un corrispettivo economico per configurare come entità cosale oggetto di proprietà del soggetto. In questo senso, anche V. Degni, *Sulla trasfusione obbligatoria del sangue*, in *Foro it.*, 1938, c. 129; id., *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Trattato Vassalli*, 1939, 1, Torino, p. 139 ss. *Contra*, S. Rodotà, *op. ult. cit.*, p. 56; P. Zatti, *Maschere del diritto*, cit., p. 65.

La tesi è stata profondamente criticata⁵¹ ricorrendo a molteplici argomentazioni.

Anzitutto, si svaluta l'esecuzione di una procedura tesa all'espianto o all'avulsione della parte dal corpo. Non si tiene conto della *ratio* che giustifica la separazione, la sua causa: per vero, va diversamente inteso l'evento traumatico di origine naturale che comporta la caduta di un dente dal prelievo di sangue per l'innesto nel paziente che ne abbisogna per la sopravvivenza. Come è noto, infatti, il consenso informato alla procedura medica imprime una destinazione nei *biomaterials*, conseguentemente è ritenuta illecita ogni attività contraria al tipo di utilizzo consentito dalla determinazione del soggetto.

In secondo luogo, non assume rilievo la funzione esclusivamente solidaristica ad essa sottesa. La frammentata disciplina dei trapianti e delle donazioni di organi, tessuti e cellule soggiace a precise regole comunitarie tese ad evitare che lo scopo di lucro determini l'elusione delle regole di sicurezza previste in materia.

Secondo taluni, poi, pure abbracciando la dualità uomo-corpo e a voler ritenere sottoposto a diritto di proprietà il corpo, come entità oggettiva speculare al soggetto titolare di diritti, la teoria diviene incoerente nella estensione del diritto di proprietà anche alle parti staccate. Non si tratta più di corpo, ma di cosa altra e diversa in ragione della perdita di unità⁵².

Infine, la tesi non presenta un addentellato normativo idoneo a giustificare la proprietà sul corpo.

Secondo una diversa opzione esegetica, adesiva alla dogmatica tedesca, le parti del corpo diventano cosa esterna all'unità con la separazione realizzata da un professionista, subiscono così una trasformazione in senso giuridico e soggiacciono alle regole che caratterizzano il possesso⁵³.

La teoria in discorso valorizza la funzione esclusivamente solidaristica della separazione e rileva come l'espianto determini la formazione di una *res nullius per derelicto*.

⁵¹ *Ex Multis*, cfr. P. Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 182; A. De Cupis, *I diritti della personalità*, II ed., Milano, 1982, p. 177 ss.; P. D'Addino Serravalle, *Atti di disposizione del corpo a tutela della persona umana*, Camerino, 1983, p. 16.

⁵² G. Criscuoli, *op. ult. cit.*, p. 268.

⁵³ C.M. Bianca, *op. ult. cit.*, p. 163-168, l'A. opera una distinzione tra regime giuridico delle spoglie umane e parti del corpo separate da essere umano vivente: la parte staccata viene trasformata con la separazione in cosa esterna, che non offre alcun godimento e interesse di scambio, infatti sono di regola destinate alla eliminazione, sicché appare fondata la presunzione di abbandono. Le parti staccate possono essere gestite come cose e sono suscettibili di possesso. Diversamente nel caso del cadavere, l'A. nega la possibilità dei privati di possederlo o di disporne come cosa propria, anzi le spoglie umane si ritiene siano di proprietà pubblica, soggiacciono alla polizia funeraria o alle esigenze di insegnamento o di sperimentazione. In senso conforme, M. Dogliotti, *op. ult. cit.*, p. 81.

Si presume, all'atto dell'espianto, una volontà di abbandonare la parte separata, mentre è posto in capo al soggetto che si priva della parte provare il difetto dell'*animus dereliquendi*.

Formata l'entità cosale inquadrata secondo l'insegnamento di Ulpiano, non vi sono ostacoli per individuare il *titulus adquirendi* nello schema della occupazione, a norma degli artt. 922 e 923 c.c.

La tesi, ancorché autorevolmente sostenuta, non è stata accolta con favore dalla dogmatica.

In specie, è stato osservato che non è possibile affermare la sussistenza di un generale *animus dereliquendi* all'atto di separazione e, sebbene il comportamento di abbandono possa essere presunto secondo le regole generali della occupazione, l'*animus* in discorso non appare conforme alle regole in materia. Si tratta di procedure che hanno precise funzioni e finalità, che non lasciano spazio alla presunzione di abbandono.

Inoltre, sembra distonico ascrivere l'onere probatorio della carenza dell'*animus dereliquendi* proprio al diretto interessato dall'espianto.

La tesi, peraltro, non ha incontrato il favore della giurisprudenza, che ha confutato l'inquadramento alla stregua di *res nullius* e l'applicabilità dell'occupazione⁵⁴, seguendo le citate osservazioni critiche.

Sempre in accordo con la dogmatica teutonica, taluni autori⁵⁵ hanno affermato, invece, che la separazione giustifica l'acquisto della proprietà delle cose separate, il distacco fa sì che l'entità diventi cosa autonoma, che abbandona il corpo sottoposto alla sfera personale per venire a far parte della sfera patrimoniale: «il fatto da cui dipende l'immediato sorgere del diritto [...] (e) può qualificarsi tra i fatti da cui il diritto sorge originariamente [...]. La parte staccata esce dalla sfera giuridica strettamente personale per entrare immediatamente in quella patrimoniale facente capo alla stessa persona, senza passare per la condizione di *res nullius*».

L'acquisto a titolo originario avvantaggia la stessa persona il cui corpo è attinto dalla procedura medica di espianto o dal trauma da cui deriva la separazione.

Si tratta di un acquisto di diritto a titolo originario, mentre va negata cittadinanza ad una presunzione di abbandono della parte del corpo quando non sia provata la conoscenza preventiva della ulteriore destinazione della stessa.

Peraltro, secondo quanto sostenuto, non occorre l'abbandono per determinare l'acquisto della proprietà, perché si tratta di parti che «rientrano in una preesistente sfera giuridico-personale»⁵⁶.

⁵⁴ Trib. Milano, sez. I civ., 17 aprile 1961, in *Temi*, XXXVII, Milano, 1961, p. 141 ss.,

⁵⁵ A. De Cupis, *op. ult. cit.*, p. 178.

⁵⁶ A. De Cupis, *op. ult. cit.*, p. 181.

La tesi, accreditata in dottrina, è stata avallata da giurisprudenza ormai risalente. In particolare, il Tribunale di Milano⁵⁷ ha stabilito che il paziente ha diritto ad ottenere la consegna dei pezzi anatomici derivati da interventi chirurgici sul suo corpo, poiché è l'unico soggetto cui spetta disporne. In questo senso si è pronunciato pure il Tribunale di Napoli, secondo cui è il paziente ad acquistare la proprietà della parte staccata dal suo corpo all'atto stesso del distacco⁵⁸.

Il Tribunale di Milano ha affermato che la proprietà va ascritta al paziente sottoposto a procedura di avulsione di una propria parte a scopi terapeutici, cionondimeno il regime diverge allorché l'attività sanitaria viene esercitata da «un istituto di cura avente anche finalità scientifiche», nel qual caso le esigenze della ricerca scientifica, meritano di trovare adeguato riconoscimento e correlativa tutela giuridica⁵⁹.

In questo senso si è posta pure una più recente pronuncia del Tribunale di Napoli, con cui è stato negato il diritto dominicale del paziente sui propri tessuti conservati dalla clinica. Il diritto di proprietà, su determinate cellule, sarebbe in contrasto con l'interesse della comunità scientifica alla conservazione della parte del corpo per acclerate finalità di studio. Quest'ultimo rappresenta un interesse meritevole di tutela⁶⁰ nell'ordinamento italiano e presidiato a livello costituzionale.

Ciò detto, tali pronunce non individuano il regime di controllo delle cliniche sui tessuti destinati a finalità di studio, né indicano l'addentellato normativo giustificativo di siffatto potere⁶¹.

Nonostante il *favor* dei formanti, anche la più accreditata tra le tesi è destinataria di critiche.

⁵⁷ Trib. Milano, sez. I civ., 17 aprile 1961, cit., p. 141 ss.

⁵⁸ Trib. Napoli, 14 marzo 1972, in *Dir. Giur.*, 1972, p. 39. *Contra*, Trib. Napoli, 14 gennaio 2005, in *Dir. Giur.*, 2008, p. 300 ss., con nota di C. Ghionni, *Le parti separate dal corpo umano tra proprietà e diritto alla salute*.

⁵⁹ Trib. Milano, 7 aprile 1966, in *Temi*, 1966, p. 303.

⁶⁰ Trib. Napoli, 14 gennaio 2005, in *Dir. giur.*, 2008, p. 300.

⁶¹ Vi è chi si richiama agli ordinamenti di *common law*, in cui risultano notevolmente più diffuse le biobanche tese alla conservazione dei *biomaterials*. Nei centri autorizzati di tali ordinamenti non si acquista la proprietà all'esito del prelievo, ma un potere di controllo dei tessuti e delle cellule secondo l'antico modello della *stewardship*. Il "donatore", inquadrato nella figura del *settlor*, cede il controllo sui campioni alla biobanca, quest'ultima agisce così in qualità di *trustee* (gestita da una fondazione pubblica no-profit), assume l'obbligo di amministrazione dei *biomaterials* in adesione al vincolo fiduciario, in uno con l'obiettivo del benefit-sharing collettivo. La collettività, allora, diviene il *beneficiary* del trust, di cui fa parte in questo caso lo stesso donatore. Una parziale applicazione di tale sistema è stata realizzata nel progetto UK biobank. Si tratta di biobanca che si qualifica proprietaria dei *biomaterials* («legal owner of the database and the sample collection»), tuttavia soggiace a stringenti vincoli e realizza un peculiare *public-private charitable model*, mediante il quale si cercano di perseguire gli obiettivi di pubblico interesse. Per un approfondimento, I. Rapisarda, *Brevi note sullo statuto giuridico del materiale biologico umano*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 2, p. 625-664.

Coglie nel segno l'osservazione secondo cui la teoria appena esaminata reca un nuovo modo di acquisto a titolo originario, sprovvisto di una base legale sicura. È stato osservato che la teoria di De Cupis appena descritta «non ci spiega quale sia il presupposto legale sulla cui base essa attribuisce al 'distacco' il valore di causa o titolo dell'acquisto proprietario delle separate parti corporali; o, più semplicemente come quel fatto lo si possa considerare un legittimo modo di acquisto della proprietà di quelle certe "cose"»⁶².

Non soccorre allo scopo il richiamo del diritto d'autore.

Secondo qualcuno, infatti, è possibile assimilare le parti del corpo staccate alle opere d'ingegno, con il fine di recuperare una base giuridica alla tesi poc'anzi illustrata, individuata negli artt. 2576 c.c. e 6 l. n. 360/1941.

La parte separata dal corpo umano diverrebbe, secondo questa tesi, una cosa "per creazione", secondo la peculiare modalità con cui si verifica la separazione ad opera del medico. È proprio con la "creazione" del medico che si verifica l'acquisto della proprietà sul *novum* da parte del soggetto sottoposto a trattamento.

È evidente come questo correttivo alla teoria di De Cupis operi una interpretazione analogica inibita, in quanto si fa applicazione non a casi simili ma a cose distinte nella consistenza oggettiva, nella modalità di produzione, nell'utilizzazione, nelle *rationes* sottese alla formazione e all'impiego.

Peraltro, secondo questa tesi è solo con la creazione che l'autore può difendere la paternità della propria opera, mentre nel caso della parte del corpo il soggetto vanta il diritto alla integrità fisica già prima del momento della separazione.

Più convincente appare l'impostazione esegetica che appunta la base giuridica nella disciplina dei frutti, ai sensi dell'art. 820 c.c.⁶³, su cui si fonda l'impianto argomentativo della pronuncia qui annotata.

Le parti del corpo soddisfano, infatti, i due requisiti della derivazione dalla cosa madre e della autonomia dalla medesima per il godimento⁶⁴. Non rileva, invece, che alcune parti possono non essere capaci di prodursi ciclicamente, poiché la ricorrenza o la periodicità della produzione del frutto nonché la conservazione della capacità produttiva della cosa madre non si annoverano tra i requisiti necessari della fruttificazione⁶⁵.

L'art. 821 c.c. individua nella separazione il *modus acquirendi* a titolo originario e riserva la proprietà sui frutti in capo al proprietario della cosa madre, salvo che sia prevista una diversa attribuzione in capo a soggetti terzi. Non occorre, però, la proprietà della cosa madre per l'acquisto della proprietà, o meglio del potere di "governo", del frutto, è sufficiente invece

⁶² G. Criscuoli, *op. ult. cit.*, p. 270.

⁶³ G. Criscuoli, *op. ult. cit.*, p. 272 ss.

⁶⁴ P. Barcellona, *op.cit.*, p. 215 ss.

⁶⁵ P. Barcellona, *op.cit.*, p. 214.



una relazione qualificata dal diritto che legittimi l'acquisto della *governance* sul frutto.

È proprio il codice a fornire conferma: sono reperibili numerosi referenti normativi in tal senso⁶⁶, essendo sufficiente un diritto di godimento sulla cosa madre, come nel caso dell'enfiteuta o dell'usufruttuario, o anche un rapporto di tipo obbligatorio, come nel caso del locatario, dell'affittuario, del creditore anticretico, del mezzadro o del possessore in buona fede.

⁶⁶ Il pensiero corre agli artt. 52,53-56, 324, 959, 984, 1021, 1148, 1615, 1635-1636, 1960, 2155, 2791 c.c.