

Il campione biologico di *unidentified person*. Profili di sistema

Stefano Deplano*

THE BIOLOGICAL SAMPLE BELONGING TO AN UNIDENTIFIED PERSON. ANALYSIS OF THE APPLICABLE REGULATORY FRAMEWORK

ABSTRACT: The essay analyses the discipline applicable to the biological sample belonging to an unidentified person. Considering the provisions applicable to the specific case, the paper verifies whether the biological sample can be qualified as a «bene giuridico» under article 810 of the Italian Civil Code. Concluding remarks concern the effects that the attribution of identity to a person deceased in ancient times may have on limitation period in paternity suits.

KEYWORDS: DNA Testing; Biological Samples; Social Function; Human Body; Reasonableness

SOMMARIO: 1. Il campione biologico di *unidentified person*. Limiti insiti nella lettura patrimonialistica dell'autonomia negoziale avente ad oggetto il corpo umano e le sue parti. Procedimento qualificatorio del materiale biologico e rilievo del «contesto situazionale» – 2. Superamento della logica patrimonialistica nella teoria dei diritti reali sul corpo. Lo statuto del campione biologico quale esito del bilanciamento, assiologicamente orientato, di interessi aventi natura differente – 3. Il quadro normativo applicabile nel vigente sistema ordinamentale – 4. Lo statuto giuridico del campione biologico appartenente ad *unidentified person* – 5. *segue*. Identificazione del defunto e riflessi sulla disciplina applicabile al cadavere. Potere di disposizione delle spoglie da parte dei familiari e diritto all'identità biologica dei terzi qualificati.

«Non vi è nulla di nascosto che non debba essere rivelato. Cosa segreta che non venga alla luce»
Matteo, X, 26

1. Il campione biologico di *unidentified person*. Limiti insiti nella lettura patrimonialistica dell'autonomia negoziale avente ad oggetto il corpo umano e le sue parti. Procedimento qualificatorio del materiale biologico e rilievo del «contesto situazionale»

I presente saggio intende fornire un inquadramento giuridico ad un'ipotesi normativa recentemente giunta all'attenzione degli interpreti: il campione biologico¹ di *unidentified person*.

* Professore associato, Dipartimento di Scienze Politiche, Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli".
Mail: stefano.deplano@unicampania.it. Il contributo è stato sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ D. FARACE, *Campioni biologici (Diritto civile)*, in *Enc. it. Treccani delle Scienze, lettere e arti*, IX, I, Roma, 2015, 215 ss. trae le definizioni del campione biologico dall'art. 6, l. 30 giugno 2009, n. 85: «quantità di sostanza biologica

Indichiamo con tale sintagma la persona che, in tempi risalenti, sia stata dichiarata morta ai sensi degli artt. 58 ss. c.c.² senza che sia stata attribuita un'identità alle sue spoglie mortali.

La non-riconducibilità dei resti mortali al soggetto-fonte era, fino a pochi anni or sono, un dato immutabile: la combustione, l'immersione, la polverizzazione, la mescolanza dei resti scheletrici realizzatesi nel corso del tempo (condizioni ricorrenti nei casi in discorso, frequentemente connessi a guerre e disastri naturali o umani)³ rendevano del tutto impossibile attribuire un'identità postuma al defunto attraverso l'analisi molecolare tradizionale (ovvero effettuata mediante il DNA e secondo protocolli utilizzati di *routine* in ambito forense)⁴. A causa dei fattori ambientali a cui tali campioni biologici vengono sottoposti nel corso del tempo, infatti, il DNA in essi contenuto risultava essere altamente degradato e, pertanto, non utile al fine di ricavare un attendibile profilo identificativo⁵.

La descritta situazione è venuta progressivamente mutando nel corso dell'ultimo ventennio: la biologia molecolare ha sviluppato tecniche utili a sequenziare interi genomi sì da incrementare qualità e quantità dei dati ottenuti anche da campioni biologici degradati⁶. L'evoluzione dei processi di analisi del DNA nucleare su campioni biologici di resti umani (in particolare ossa, denti e formazioni pilifere), di conseguenza, consente oggi di ottenere, da una parte, informazioni fisiche su persone scomparse anche da lunghissimo tempo (quali il sesso, l'età alla morte, la statura, l'origine geografica) e, dall'altra parte, profili identificativi utili per attribuire un'identità ai resti cadaverici⁷. Il campione biologico appartenente ad *unidentified person* assume, dunque, la natura di "passaporto crono-biologico" per attribuire – con elevato grado di certezza – un'identità che si assumeva essere stata perduta per sempre. L'ipotesi in esame conferma l'osservazione secondo cui «le vie della giuridificazione del corpo si palesano lunghe, diverse e tortuose»⁸ e stimola l'interesse del civilista ad indagare lo statuto disciplinare

prelevata sulla persona sottoposta a tipizzazione del profilo del DNA» (lett. c). Ai sensi del punto 4.1, Provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali, 5 giugno 2019, recante le prescrizioni relative al trattamento di categorie particolari di dati ai sensi dell'art. 21, comma 1, d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, si considera campione biologico «ogni campione di materiale biologico da cui possono essere estratti dati genetici caratteristici di un individuo».

² In argomento D. BARILLARO, *Sub Artt. 43-78, Della dichiarazione di morte presunta*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1970, 325.

³ Riferimenti in D. MARJANOVIĆ, A. DURMIĆ-PASIĆ, L. KOVACEVIĆ, *Identification of skeletal remains of Communist Armed Forces victims during and after World War II: combined Y-chromosome (STR) and MiniSTR approach*, in *Croat. Med. Journal*, 50, 2009, 296 ss.

⁴ I. BORIĆ, J. LJUBKOVIĆ, D. SUTLOVIĆ, *Discovering the 60 years old secret: identification of the World War II mass grave victims from the island of Daksa near Dubrovnik*, in *Croat. Med. Journal*, 52, 2011, 327 ss.

⁵ Cfr. H. JÓNSSON, A. GINOLHAC, M. SCHUBERT, P. JOHNSON, L. ORLANDO, *MapDamage2.0: fast approximate Bayesian estimates of ancient DNA damage parameters*, in *Bioinformatics*, 29, 2013, 1682 ss.

⁶ M.A. DEPRISTO et al., *A framework for variation discovery and genotyping using next-generation DNA sequencing data*, in *Nat. Genet.*, 43, 2011, 491 ss.

⁷ Per un esempio applicativo di questa tecnica sulle spoglie mortali dei caduti alle Fosse ardeatine v. E. PILLI, S. BOCCONE, A. AGOSTINO, A. VIRGILI, G. D'ERRICO, M. LARI, C. RAPONE, F. BARNI, J. MOGGI CECCHI, A. BERTI, DAVID CARAMELLI, *From unknown to known: Identification of the remains at the mausoleum of fosse Ardeatine*, in *Sci Justice*, 2018, 469-478.

⁸ S. RODOTÀ, *Il corpo "giuridificato"*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. MARCO MAZZONI, Id., e P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, in *Trattato di biodiritto* RODOTÀ e ZATTI, Milano, 2011, 54 ove si elencano le seguenti esemplificazioni: a.) corpo dell'uomo e corpo della donna; b.) corpo della gestante; c.) corpo vivo e corpo morto; d.) corpo dei maggiori e dei minori d'età, dei capaci e degli incapaci, dei giovani e degli anziani; e.) corpo dei familiari e degli estranei; f.) corpo malato e corpo sano; g.) corpo prima e dopo la nascita, prima e dopo la morte; h.) corpo

da applicarsi al campione biologico tratto dalle spoglie mortali di persona ignota e scomparsa da lungo tempo.

Ad essere in valutazione è, nuovamente⁹ ma da un punto di vista originale¹⁰, lo statuto del corpo umano, in merito al quale la dottrina spesso tende ancora a ragionare secondo una logica di oggettivazione che rifluisce *recta via* in una non convincente adesione al modello proprietario¹¹. In via di prima approssimazione, infatti, non appare appagante la posizione che pone aprioristicamente in relazione un campione biologico (astrattamente inteso)¹² con i concetti di «proprietà», «circolazione», «responsabilità» letti secondo una prospettiva dogmatica tradizionale. Quest'ultima è infatti intesa a disciplinare la sfera dell'avere e si concentra su elementi oggettivamente e definitivamente scindibili rispetto al patrimonio del disponente¹³. Di contro, come osservato¹⁴, nell'analizzare il corpo e la sua giuridificazione vi è sempre il dovere ermeneutico di non guardare ad esso come ad altro rispetto alla persona¹⁵ e, del pari, di non prescindere da questa linea ricostruttiva nell'indagare la relazione tra categorie giuridiche quali l'oggetto, il corpo e il soggetto¹⁶.

“potenziale” o “progettato”; i.) corpo “terminale” e corpo “recuperabile”; l.) corpo degli organi singoli o doppi; m.) corpo separato dal sangue, dalle cellule e dai tessuti; n.) corpo integro e corpo distribuito; o.) corpo dei transessuali e dei *transgender*; p.) corpo fisico e corpo elettronico il corpo reale e quello virtuale; q.) corpo umano e post-umano.

⁹ In merito alla qualificazione giuridica del corpo, al suo «statuto», ai suoi rapporti con la persona, v. M. BESSONE, G. FERRANDO, *Persona fisica*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 194 ss.; M. DOGLIOTTI, *Atti di disposizione sul corpo e teoria contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 241 ss.; C. D'ARRIGO, *Integrità fisica*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 2000, 712 ss.; P. ZATTI, *Principi e forme del “governo del corpo”*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. MARCO MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, cit., I, 99 ss.

¹⁰ Per una non recente ma lucida ed ancora attuale analisi della questione dei diritti sul corpo, per tutti, S. RODOTÀ, *Ipotesi sul corpo “giuridificato”*, in *Id.*, *Tecnologie e diritti*, 1995, 73 ss.

¹¹ In termini v. A. NICOLUSSI, *Enhancement e salute nel rapporto medico paziente*, in L. PALAZZANI (a cura di), *Verso la salute perfetta, Enhancement tra bioetica e biodiritto*, Roma, 2015, 115 ss. V. anche G. RESTA, *Do we own our bodies? Il problema dell'utilizzazione del materiale biologico umano a scopi di ricerca e brevettazione*, in *Polemos*, 2008, 143: «Benché il paradigma dominicale eserciti sempre un grande fascino presso il giurista, impegnato a risolvere problemi nuovi, proprio per quell'aura di certezza e rigore concettuale, che promana dalle categorie tradizionali, non sembra che esso sia in grado di offrire un valido ausilio per la risoluzione dei problemi posti dalla ricerca genetica. In questa materia, più che in altre, v'è infatti un estremo bisogno di soluzioni flessibili ed articolate e l'applicazione del paradigma proprietario rischia soltanto di irrigidire oltre misura il quadro di riferimento». La posizione – si nota – è espressa in merito ad un campione biologico destinato a fini di ricerca.

¹² In senso contrario alla indistinzione tra i vari campioni biologici depone, anzitutto, il dato normativo. In materia di trapianto di rene la disciplina è dettata dalla l. 26 giugno 1967, n. 458; il trapianto (parziale) di fegato è invece disciplinato dalla l. 16 dicembre 1999, n. 483. Le leggi 1 aprile 1999, n. 91 e 12 agosto 1993, n. 301 dettano disposizioni sui trapianti di organi da cadavere e cornea; la l. 6 marzo 2001, n. 52 sul midollo osseo e, infine, la l. 19 settembre 2012, n. 167 sui trapianti parziali di polmone, pancreas e intestino. V., in generale, sul punto, D. CARUSI, *Donazioni e trapianti: allocazione e consenso*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. MARCO MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, cit., I, 1119 ss. e, con particolare riferimento alla donazione dei gameti, S.P. PERRINO, *La donazione di cellule riproduttive e l'indennità per spese e inconvenienti*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 1308 ss.

¹³ Lo evidenzia A. NICOLUSSI, *I campioni biologici tra bioetica e biodiritto*, in D. FARACE (a cura di), *Lo statuto etico-giuridico dei campioni biologici umani*, Roma, 2016, 151 ss.

¹⁴ G. CRICENTI, *I diritti sul corpo*, Napoli, 2008, 16 ss.

¹⁵ M. TALLACCHINI, *Bodyright. Corpo biotecnologico e biodiritto*, in *Biblioteca della libertà*, XXXIII, Torino, 1998, 24.

¹⁶ P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei “casi” e astrattezza della norma*, Milano, 2007, *passim*, spec. 97 ss.

Non mancano, del resto, ipotesi utili a dimostrare la “trasfigurazione” delle regole dettate a disciplina di fenomeni patrimoniali quando applicate ad atti di autonomia negoziale aventi ad oggetto interessi esistenziali connessi alla salute della persona o al corpo umano¹⁷. Un primo caso può evincersi dalla modalità con la quale il consenso informato al trattamento medico¹⁸ si relaziona con le disposizioni in materia di manifestazione della volontà negoziale, essenzialmente concepite al fine di tutelare l’affidamento e garantire la sicurezza dei traffici¹⁹: queste regole moderano la tutela del contraente che cada in errore (artt. 1429 ss. c.c.)²⁰ sì da limitare la possibilità che la validità del regolamento contrattuale possa essere rimessa in discussione. L’atto con il quale si esprime il consenso informato, tutto al contrario, avendo natura personalissima è sempre revocabile perché il sistema ordinamentale attribuisce rilievo prioritario all’autodeterminazione della persona²¹. Ulteriore esempio della non immediata applicabilità allo statuto del corpo umano delle disposizioni dettate per la disciplina di interessi patrimoniali si rinviene nel rapporto tra donatore del campione biologico e biobanca di ricerca²². Il sistema ordinamentale assicura al primo un diritto di revoca del consenso senza obbligo di corresponsione di un indennizzo o di un corrispettivo²³: si tratta di un profilo disciplinare che – opportunamente – è stato ritenuto idoneo a sottrarre il concreto rapporto alla logica della tutela dell’affidamento²⁴. La particolare natura del campione biologico, pertanto, conduce a rifiutare un approccio ermeneutico che ragioni a partire da sterili apriorismi o dogmatismi per ritenere maggiormente condivisibile, al contrario, un’impostazione di metodo intesa ad identificare l’«ordinamento del caso concreto»²⁵ sulla base dell’assiologia che conforma il sistema. In tale prospettiva, ad esempio, non pare punto possibile

¹⁷ Lo nota, con chiarezza ed esaustività, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, 3ª ed., IV, Napoli, 2020, 1 ss., spec. 27 ss.

¹⁸ Cfr., sul punto, F. CARIMINI, *Ars medica e tutela del paziente*, Napoli, 2019, 62 ss. e V. ROTONDO, *Responsabilità medica e autodeterminazione della persona*, Napoli, 2020, 113 ss.

¹⁹ V., sul punto, P. STANZIONE, B. TROISI, *Principi generali del diritto civile*, Torino, 2011, 97 ss.

²⁰ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Napoli, 1985, 56.

²¹ «Il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell’art. 2 cost., che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 cost.», Corte cost., 15 dicembre 2008, n. 438, in *Giur. cost.*, 2008, 4972, con nota di D. MORANA, *A proposito del fondamento costituzionale per il “consenso informato” ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sent. 438 del 2008 della Corte costituzionale*. Per una ricostruzione della genesi e dell’evoluzione del si rinvia a S. DEPLANO, *Diritto all’autodeterminazione terapeutica e suoi limiti*, in G. PERLINGIERI, G. CARAPEZZA FIGLIA (a cura di), *L’«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, I, Napoli, 2012, 51 ss.

²² Tanto l’art. 15 della Raccomandazione (2006)4 del Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa relativa alla ricerca su materiali biologici di origine umana, tanto l’art. 9, Dichiarazione UNESCO sui dati genetici tanto le Autorizzazioni generali del Garante sulla *privacy* (sin dalla prima emanata con provv. 22 febbraio 2007) riconoscono espressamente la revocabilità ad *nutum* del consenso di colui che attribuisca un campione biologico tratto dal proprio corpo ad una biobanca di ricerca.

²³ M. MACIOTTI, *Le biobanche di ricerca. Studio comparato sulla «zona grigia» tra privacy e proprietà*, Trento, 2013, 137 ss.

²⁴ A. NICOLUSSI, *I campioni biologici tra bioetica e biodiritto*, cit., 158.

²⁵ P. PERLINGIERI, *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Napoli, 1979, 86 ss.; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, 10 ss.; Id., *Fonti del diritto e ordinamento del caso concreto*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 4 ss. e, da ultimo, Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, cit., 345 ove si afferma che «l’interpretazione è individuazione dell’«ordinamento del caso concreto»».

ragionare di campione biologico “in astratto”: altra è la disciplina applicabile ad un organo da trapiantare, altra quella applicabile ad una sacca di sangue da trasfondere, altra quella applicabile ad un tampone contenente residui di saliva²⁶. Si tratta, allora, di avviare l’analisi a partire dagli interessi che connotano il caso concreto e valutare, del pari, il «contesto situazionale»²⁷ nel quale quest’ultimo viene considerato²⁸.

Il presente saggio intende sviluppare un’indagine sullo statuto del campione biologico appartenente ad *unidentified person*, dando conto degli originali riflessi teorici e pratico-applicativi che derivano da questo innovativo campo di studio. L’analisi seguirà il seguente percorso. Dapprima saranno analizzate le posizioni interpretative tradizionali in tema di diritti sul proprio corpo o sulle sue parti, al fine di verificarne la perdurante validità. In secondo luogo si procederà a ricercare ed individuare le fonti del vigente sistema ordinamentale suscettibili di essere coinvolte nella qualificazione dello specifico campione biologico oggetto di studio. Da ultimo, si tratteranno alcune linee interpretative utili a qualificare l’ipotesi in esame, con particolare riferimento alla sua collocazione nell’ambito della teoria dei beni giuridici, nella fase precedente e successiva alla attribuzione dell’identità del soggetto-fonte.

²⁶ Alla luce del dato normativo si manifesta scettica nei confronti di posizioni generalizzanti in merito alla qualificazione del campione biologico umano V. CAREDDA, «Solo il divino è totale nel sorso e nella briciola». *Spunti sistematici in tema di materiali e campioni biologici*, in *Nuovo dir. civ.*, 2021, 31 s.: «Nel quadro di un’ipotetica visione unitaria sarebbe difficile distinguere, ai fini del trattamento, tra diverse specie di campioni. Non ci sentiamo, però, di mettere sullo stesso piano un organo da trapianto ed una piccola quantità di saliva per la sola circostanza che entrambi sono annoverati nella categoria dei campioni biologici. Solo l’asserita capacità rappresentativa – la «parte per il tutto» – spinta all’estremo potrebbe consentirci di farlo. Ma i dati normativi, sparsi e disomogenei, che riguardano i materiali e campioni biologici (specialmente in quanto siano visti nella dimensione materiale) non confermano un simile livellamento».

²⁷ L’espressione è stata utilizzata da E. BETTI, *Teoria generale dell’interpretazione*, I, Milano, 1955, 304 ss. Rileva opportunamente che il profilo qualificatorio del campione biologico non può essere tratto se non in rapporto alla sua destinazione P. ZATTI, *Il corpo e la nebulosa dell’appartenenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2007, 34: «anche la parte da separare è in prospettiva ‘isolata’ in vista della destinazione o funzione che le si attribuisce: quella di organo o tessuto da donare, quella di materiale da destinare a ricerca».

²⁸ Il punto appare efficacemente colto da V. CALDERAI, *A pound of man’s flesh. Consenso alla ricerca sui tessuti biologici umani e teoria dei beni*, in A. GAMBINO, C. PETRINI, G. RESTA (a cura di), *La ricerca sui materiali biologici di origine umana: giuristi e scienziati a confronto*, Roma, 2018, 76-77: «Avvezzi a guardare alla relazione giuridica tra corpo e persona attraverso le lenti del dualismo metafisico e della signoria del volere, trascuriamo il contesto, saturo di qualificazioni giuridiche [...]. La ciocca di capelli recisa nella bottega del barbiere è una *res derelicta*, della quale è lecito liberamente disporre, in un centro di ricerca è un campione biologico [...]; il cordone ombelicale conservato per essere eventualmente impiegato nei trapianti di cellule staminali è un “oggetto giuridico” diverso dal cordone del quale non è stata autorizzata la conservazione [...], dal cordone destinato alla ricerca, dal cordone conservato per l’impianto autologo [...]. Tale è la capacità delle qualificazioni giuridiche di astrarre dall’oggetto in senso fiscalista che lo stesso prelievo può dare simultaneamente origine a “cose” diverse *sub specie juris* in relazione a diverse destinazioni: diagnosi, cura, sperimentazione, ricerca». Analizza criticamente la richiesta avanzata dal Comune natio del “brigante” nei confronti del museo dedicato a Cesare Lombroso ed intesa ad ottenere la restituzione del cranio di un soggetto, condannato per aver commesso efferati illeciti, studiato dal noto antropologo, S. THOBANI, *L’esposizione museale di resti umani: Lombroso e il teschio del “brigante” Villella*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2020, 77 ss. Mette conto evidenziare che in tale ricostruzione allo stesso campione biologico vengono ricollegati, a seconda del «contesto situazionale» prescelto, tre statuti giuridici differenti: tessuto umano, bene identitario, bene culturale.

2. Superamento della logica patrimonialistica nella teoria dei diritti reali sul corpo. Lo statuto del campione biologico quale esito del bilanciamento, assiologicamente orientato, di interessi aventi natura differente

A séguito dell'asportazione i tessuti umani acquisiscono un'autonomia ontologica rispetto alla persona dalla quale provengono. Su un piano strettamente empirico, in altri termini, il distacco ne sancisce l'alterità rispetto alle vicende inerenti il corpo: eventuali attività poste in essere sulle parti rimosse non si prestano ad avere diretta influenza sullo stato di salute del soggetto-fonte²⁹. Convincentemente, allora, si è rilevata la marginalità, nella qualificazione dell'ipotesi in esame, dell'art. 5 c.c. riferendosi questa disposizione soltanto agli atti di disposizione del corpo inteso nella sua unitarietà³⁰: tale precepto normativo non trova applicazione quando il campione divenga altro rispetto al corpo dal quale proviene.

Assunte queste premesse non può sorprendere che la dottrina interessatasi per prima alla qualificazione giuridica delle parti staccate dal corpo non abbia indugiato nell'attribuire a queste ultime natura di «cose» e *sub specie iuris* le abbia qualificate alla stregua di «beni» (mobili). In quanto tali si reputava che esse fossero suscettibili di divenire oggetto di situazioni giuridiche a contenuto patrimoniale³¹. Ancóra all'epoca della redazione del vigente codice civile la dottrina maggioritaria era informata alla tesi del cd. *ius in se ipsum*³². Essa attribuiva al soggetto un diritto su se stesso argomentando a partire da una scissione concettuale tra uomo-persona e uomo-cosa: sul piano tanto funzionale tanto strutturale tale situazione giuridica veniva ricostruita alla stregua di un diritto di proprietà sulle parti del proprio corpo con l'attribuzione della correlativa facoltà di disposizione³³. In chiave patrimonialistica, insomma, la parte del corpo separata era qualificata alla stregua di un bene giuridico di proprietà del soggetto-fonte.

Contro tale teorica si evidenziò che il corpo umano non sarebbe stato suscettibile in alcun caso di essere considerato, in sé, alla stregua di un oggetto di diritto³⁴. Con ciò ci si proponeva di superare la teoria dello *ius in se ipsum* in rapporto all'acquisto del diritto di proprietà – della cui configurazione, beninteso, non si dubitava sul piano teorico – sulle parti staccate. L'acquisto del diritto si sarebbe realizzato, a titolo originario, soltanto al momento del “distacco” ed avrebbe avuto ad oggetto un diritto di natura esclusivamente patrimoniale³⁵.

²⁹ V. RIZZO, *Atti di disposizione del corpo e tecniche legislative*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, 618 ss.

³⁰ M. MACIOTTI, *Proprietà, informazione ed interessi nella disciplina delle biobanche a fini di ricerca*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2008, 226.

³¹ A. RAVÀ, *I diritti sulla propria persona nella scienza e nella filosofia del diritto*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1901, 192 ss.; F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1914, 187 ss.

³² F. CARNELUTTI, *Usucapione della proprietà industriale*, Milano, 1938, 54 ss.

³³ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, 125 ss.; Id., *Problemi giuridici della trasfusione del sangue*, in *Jus*, 1954, 510 ss.

³⁴ E. ONDEI, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in W. BIGIAVI (diretta da), *Giur. sist.*, Torino, 1965, 274 ss.

³⁵ A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in A. CICU, F. MESSINEO (diretto da), *Tratt. dir. civ. comm.*, Milano, 1982, 178 e 180: «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 intermedia di *res nullius*. Un diritto si sostituisce all'altro senza soluzione di continuità».

L'assunto secondo il quale il tessuto umano era un bene giuridico appartenente al soggetto-fonte risultava, d'altra parte, indiscusso. Un indirizzo qualificava le parti del corpo alla stregua di frutti e, di riflesso, proponeva l'applicazione a tale ipotesi degli artt. 820 e 821 c.c.³⁶; altro orientamento considerava le parti staccate quali *res nullius per derelictio* ed individuava il titolo di acquisto nello schema dell'occupazione (artt. 922 e 923 c.c.)³⁷, ulteriore corrente di pensiero reputava applicabile all'ipotesi in discorso la disciplina prevista per l'acquisto delle opere dell'ingegno³⁸. Orientamenti più recenti, da ultimo, postulavano l'esistenza di un diritto di esclusiva sul proprio essere corporale³⁹.

Pur differenziandosi in relazione al *quomodo* dell'acquisto, in altri termini, gli indirizzi richiamati argomentavano a partire dalla constatazione (all'epoca pacifica) secondo la quale la parte staccata dal corpo fosse soltanto (e non potesse essere altro che) «un aggregato di molecole»⁴⁰ da considerare, in quanto tale, alla stregua di un bene mobile⁴¹. La dottrina civilistica italiana, di riflesso e per larga parte del secolo scorso, non dubitava del fatto che le parti staccate dal corpo fossero suscettive di essere oggetto di situazioni patrimoniali quali la proprietà o il possesso⁴². Tale conclusione era verosimilmente influenzata dal fatto che, fino a tempi a noi prossimi, i tessuti umani consistevano in semplici scarti operatori sostanzialmente privi di utilità pratica e, dunque, di modesto valore economico⁴³.

Le più recenti acquisizioni scientifiche, tuttavia, hanno reso le parti del corpo umano una preziosa fonte di dati⁴⁴ relativi, oltretutto all'identità biologica, allo stato di salute, alla predisposizione a contrarre

³⁶ G. CRISCUOLI, *L'acquisto delle parti staccate dal proprio corpo e gli artt. 820 e 821 c.c.*, in *Dir. fam. pers.*, 1985, 271.

³⁷ M. DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, II, Torino, 1982, 81.

³⁸ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., 52.

³⁹ F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione (a proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue)*, in *Dir. soc.*, 1982, 303 ss.

⁴⁰ M. MACIOTTI, *o.u.c.*, 227.

⁴¹ D. CARUSI, *Atti di disposizione del corpo*, in *Enc. giur.* Treccani, III, Roma, 1998, 1 ss.

⁴² In giurisprudenza v. Trib. Milano, 17 aprile 1961, in *Temi rom.*, 1961, 141 e Trib. Napoli, 14 marzo 1972, in *Dir. e giur.*, 1972, 394. Di recente v. anche Cass. pen., Sez. II, 25 novembre 2020, n. 37818, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 1502 ss. con nota di M. FORMICA, *Un'inedita forma di rapina: la sottrazione violenta di cellule gametiche*, riconosce la rapina in un prelievo violento di ovociti dal corpo di una donna, eseguito dopo averla immobilizzata e sedata, in vista di successivi impianti embrionali in favore di terzi. Per giungere a tale qualificazione giuridica, il Collegio qualifica alla stregua di «cose mobili» gli ovociti, una volta separati dal corpo umano, e configura in capo alla vittima la detenzione degli stessi, prima della relativa sottrazione e dell'impossessamento ad opera del personale medico intervenuto.

⁴³ C.M. BIANCA, *Diritto civile, 1, La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 1978, 163 affermava che i tessuti corporei «in linea di massima, non offrono alle persone né un interesse di godimento né un interesse di scambio». Evidenza perspicuamente G. FERRANDO, *Il principio di gratuità, biotecnologie e «atti di disposizione del proprio corpo»*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, 763, che «[q]uando le utilizzazioni del corpo sono limitate, sono sufficienti poche regole. Quando queste possibilità crescono occorrono più regole, e regole nuove per dare ordine alla materia. Le tecnologie dilatano le dimensioni del corpo e richiedono nuovi equilibri. Ma il giurista non ha punti di riferimento sicuri perché queste trasformazioni mettono in discussione i valori culturali sui quali ordinare le decisioni». Nel senso che i tessuti separati dal corpo nel corso di un intervento medico non hanno valore di scambio e, quindi, non possono essere oggetto di diritti patrimoniali v. invece G. RESTA, *Do We Own Our Bodies? Il problema dell'utilizzazione del materiale biologico umano a scopi di ricerca e brevettazione*, cit., 115 ss., 148 s.

⁴⁴ Cass. civ., 13 settembre 2013, n. 21014, in *Danno resp.*, 2014, 47-54 con nota di F. AGNINO, *Nozione di dati genetici ed il decalogo di legittimità al loro trattamento*. Si legge nel provvedimento: «In tema di trattamento dei dati personali, i "dati genetici" vanno distinti dai "dati sensibili", di cui all'art. 4 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, in quanto la loro peculiarità consiste nel rivelare il corredo identificativo unico ed esclusivo di ciascuna persona

malattie, alla paternità del soggetto al quale appartengono⁴⁵. Il cambio di prospettiva appare, ai nostri fini, fondamentale: diversamente da quanto accade per la dimensione materiale, i dati genetici ritraibili dai tessuti umani mantengono una relazione con il corpo originario che non può essere in alcun modo dissolta⁴⁶. Non appare più corretto, pertanto, ritenere che il distacco del tessuto dal corpo ne sancisca la totale autonomia dal soggetto-fonte: il profilo dell'appartenenza insiste sul bene ma è indissolubilmente legato a quello informazionale, ovvero attinente ai dati personali che dal materiale biologico si ricavano.

Il rilievo normativo dell'endiadi appartenenza-informazione⁴⁷, d'altra parte, emerge chiaramente dal disposto dell'art. 4, par. 1, n. 13 e dal Considerando n. 34 GDPR i quali si riferiscono a quelli genetici alla stregua di «dati personali [...] che forniscono informazioni univoche sulla fisiologia o sulla salute [...], e che risultano in particolare dall'analisi di un campione biologico della persona fisica in questione» (corsivo aggiunto). Attesa la commistione tra il piano fisico e quello informazionale appare del tutto irragionevole⁴⁸ e non congruo ritenere, ad esempio, che al campione biologico dal quale un ricercatore tragga sequenze genetiche utili a curare una malattia⁴⁹ sia applicabile *sic et simpliciter* l'art. 940 c.c., implicitamente ritenendo che il tessuto umano sia un bene mobile suscettivo di diventare di proprietà di colui che vi compie un'opera che ne aumenti il valore⁵⁰. Tale conclusione, a ben vedere, appare inaccettabile perché trascura di considerare che sul campione biologico incidono interessi ulteriori rispetto a quelli patrimoniali⁵¹ ma dotati di caratura esistenziale in quanto attinenti alla tutela della persona e dell'identità del soggetto-fonte⁵².

L'analisi di un'ipotesi concreta permette di apprezzare le conseguenze derivanti sul piano pratico-applicativo dal considerare il campione biologico quale oggetto di diritto su cui incidono interessi di rango

umana, dall'interrogazione del quale può essere estrapolata un'ampia varietà d'informazioni, non tutte da includersi in quelle di natura sanitaria, e tale potenzialità predittiva ne determina l'ontologica diversità [...]».

⁴⁵ S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 81 s. accosta i dati genetici a strumenti di identità biologica.

⁴⁶ C. PETRINI, *Introduzione ai lavori*, in A.M. GAMBINO, C. PETRINI, G. RESTA (a cura di), *La ricerca su materiali biologici di origine umana: giuristi e scienziati a confronto*, cit., 21 ss. e G. NOVELLI, *I campioni biologici nell'esperienza del genetista*, in D. FARACE (a cura di), *Lo statuto etico-giuridico dei campioni biologici umani*, cit., 17 ss.

⁴⁷ Lo nota I. RAPISARDA, *Ricerca scientifica e circolazione dei dati personali. Verso il definitivo superamento del paradigma privatistico?*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, 305.

⁴⁸ Sul valore ermeneutico da attribuire al principio di ragionevolezza v., per tutti, G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, spec. 35 ss.

⁴⁹ Il riferimento è al caso, notissimo, che ha come (sfortunata) protagonista Henrietta Lacks, sul quale v. R. SKLOOT, *The Immortal Life of Henrietta Lacks*, 2010 (trad. it., Milano, 2011).

⁵⁰ Porta questo esempio, in chiave critica, P. FEMIA, *Il campione biologico come oggetto di diritti. Bene giuridico e processi di valorizzazione*, in D. FARACE (a cura di) *Lo statuto etico-giuridico dei campioni biologici umani*, cit., 188. Da tale ricostruzione deriverebbe l'ulteriore (e chiaramente semplicistica) conseguenza che la proprietà del bene specificato non spetterebbe più al proprietario della materia originaria, ma a colui che l'ha trasformata, salvo il diritto all'indennizzo.

⁵¹ Come notato, infatti, nell'uso linguistico dei ricercatori «campione biologico» denota sempre i tessuti e i dati, V. CALDERAI, *A pound of man's flesh*, cit., 82 e M. MACIOTTI, *Reshaping Informed Consent in the Biobanking Context*, in *19 European Journal of Health Law*, 2012, 285: «in human tissue the material dimension and the informational one are inextricably linked».

⁵² R. PACIA, *Campione biologico e consenso informato nella ricerca genetica: il possibile ruolo delle biobanche*, in *Jus civile*, 2014, 76 ss.

sia patrimoniale sia esistenziale. Ci si potrebbe domandare, ad esempio, quale sia la natura giuridica del diritto “trasferito” alla biobanca di ricerca⁵³ per il tramite del negozio con il quale si dispone di cellule tumorali estratte dal proprio corpo.

Qualora, ad esempio, si ritenga che la situazione ceduta corrisponda al diritto di proprietà⁵⁴ sorgerebbero una serie di questioni problematiche. Posta la necessaria gratuità dell’attribuzione⁵⁵, in primo luogo, occorrerebbe interrogarsi sul se la configurazione del diritto dominicale su un campione biologico risponda alla funzione sociale che lo stesso deve necessariamente possedere in base a quanto sancito dall’art. 42 cost.⁵⁶. A meno di non teorizzare la costituzione di un diritto reale che fuoriesca dal *numerus clausus*⁵⁷, inoltre, appare problematico ritenere che la biobanca di ricerca acquisti il diritto di proprietà su un campione la cui titolarità è soggetta alla revoca per mera volontà del soggetto-fonte: il riconoscimento di tale potere in capo a quest’ultimo è infatti stato ribadito nel 2019 dal Garante per la protezione dei dati personali, secondo il quale «[i]n caso di revoca del consenso da parte dell’interessato, i trattamenti devono cessare e i dati devono essere cancellati o resi anonimi [...] *attraverso la distruzione del campione biologico prelevato*»⁵⁸ (corsivo aggiunto). Sembrerebbe, insomma, che il diritto sul campione biologico possa sussistere in capo al terzo soltanto nel rispetto della libertà di autodeterminazione della persona dalla quale proviene il tessuto⁵⁹. Il riferimento al diritto dominicale, peraltro, non rappresenta una scelta qualificatoria obbligata⁶⁰. Come autorevolmente evidenziato, infatti, lo studio della teoria dei beni

⁵³ Per questa distinzione v. M. MACIOTTI, *Proprietà, informazione ed interessi nella disciplina delle biobanche a fini di ricerca*, cit., 225 s.

⁵⁴ V. O.T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche dell’appartenenza*, Milano, 1982, 602.

⁵⁵ M. CICORIA, *La l. n. 167 del 2012: ancora sul dono*, in *Giust. civ.*, 2013, 463 ss.; Id., *Profili del dono nel diritto privato*, in *Giust. civ.*, 2010, 4111 ss.; M. TAMPONI, *Campioni biologici e atti di disposizione del corpo*, in D. FARACE (a cura di), *Lo statuto etico-giuridico dei campioni biologici umani*, cit., 217. V., anche, in prospettiva filosofica, S. BAUZON, *Il “giusto prezzo” dei campioni biologici umani*, *ivi*, 103 ss. In rapporto alla categoria del «dono» quale modello per la circolazione dei diritti sul corpo umano v., invece, G. RESTA, voce *Doni non patrimoniali*, in *Enc. dir.*, *Ann.*, IV., 2011, 510 ss., spec. 516 ss.

⁵⁶ P. D’ADDINO SERRAVALLE, *Corpo (atti di disposizione del)*, in *Enc. bioetica*, III, Napoli, 2010, 547; M.C. VENUTI, *Atti di disposizione del proprio corpo*, Milano, 2002, 219 s.; G. RESTA, *Do we own our bodies?*, cit., 150. Peraltro, come rileva M. TAMPONI, *o.c.*, 213, «anche ad ammettere che il corpo privo di vita venga attratto dal mondo dell’essere a quello dell’avere, la sua reificazione non consentirebbe di ricondurlo in tutto e per tutto allo schema dominicale, fino a fare di esso un mero e qualsiasi bene ex art. 810 cod. civ.».

⁵⁷ Analizza criticamente la valenza della regola della tipicità dei diritti reali E. CALZOLAIO, *La tipicità dei diritti reali: spunti per una comparazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1080 ss.

⁵⁸ Garante della privacy, Provvedimento recante le prescrizioni relative al trattamento di categorie particolari di dati, ai sensi dell’art. 21, comma 1 del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101 del 5 giugno 2019, punto 4.5.1, consultabile all’indirizzo <https://www.garanteprivacy.it>. Il legame esistente tra campione biologico e soggetto-fonte era peraltro già stato affermato dalle autorizzazioni generali al trattamento dei dati genetici n. 8/2013 e n. 8/2016.

⁵⁹ Cfr., sul punto, A. STAZI, F. CORRADO, *Titolarità, cessione e tutele nella circolazione dei dati*, in A.M. GAMBINO, A. STAZI (a cura di), *La circolazione dei dati. Titolarità, strumenti negoziali, diritti e tutele*, Pisa, 2020, 93-96. Osserva G. CRICENTI, *I diritti sul corpo*, cit., 190: «[i]l consenso non vale a rendere lecito il prelievo a fini terapeutici o scientifici di materiale umano (ad esempio cellule), poiché quel prelievo è lecito di suo; ma vale a rendere lecito lo sfruttamento in proprio fatto dal ricercatore dei risultati di quel prelievo; vale a determinare gli ambiti del diritto di terzi sul corpo del soggetto e sulle sue parti».

⁶⁰ V., in argomento, V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Dir. inf.*, 2018, 694 ss.

«non si deve esaurire nella teoria dei diritti reali né in quella della proprietà. Non è condivisibile l'orientamento che identifica le caratteristiche di ogni bene possibile con quelle dei beni oggetto del diritto di proprietà, sí che le utilità non idonee a costituire oggetto di situazioni soggettive proprietarie (o comunque reali), non connotate quindi dall'esclusività, non potrebbero essere beni»⁶¹.

Principiando l'analisi dalla qualificazione del campione biologico alla stregua di un bene, allora, risulta possibile osservare che l'attenzione della dottrina più recente si sia concentrata in prevalenza sulla dimensione informazionale con la conseguenza che l'elaborazione concernente quest'ultima abbia gettato un cono d'ombra sul rilievo del profilo "cosale"⁶². Anche questa prospettiva, tuttavia, non appare esente da critica⁶³: nell'operazione qualificatoria appare preferibile utilizzare il paradigma secondo cui lo statuto giuridico del campione biologico deve risultare quale bilanciamento tra interessi diversi⁶⁴ senza escludere *a priori* una rilevanza ermeneutica anche della "cosa" corrispondente al campione biologico.

Se si aderisce a questa impostazione e si conviene con l'assunto secondo il quale l'interpretazione non può che essere in chiave applicativa⁶⁵ occorrerà concentrarsi sulle vicende che contraddistinguono il campione biologico appartenente ad *unidentified person* avendo anzitutto cura di identificare, secondo una prospettiva di sistema, le disposizioni ad esso applicabili.

3. Il quadro normativo applicabile nel vigente sistema ordinamentale

La dottrina si è diffusamente interessata alla disciplina applicabile tanto ai campioni biologici "ospitati" presso le biobanche⁶⁶ tanto, più nel dettaglio, alla tutela della *privacy* nell'utilizzo di dati genetici, tratti

⁶¹ P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 326 ss., ora in Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, cit., 259 ss. Anche M. TOMASI, *Il modello individualista al banco di prova*, in C. CASONATO, C. PICIOCCHI, P. VERONESI (a cura di), *Forum Biodiritto 2010. La disciplina delle biobanche a fini terapeutici e di ricerca*, Trento, 2012, 193 invita ad andare «oltre l'approccio prettamente individualistico basato sui principî di autonomia e autodeterminazione».

⁶² V. ZENO ZENCOVICH, *La «comunione» di dati personali. Un contributo al sistema dei diritti della personalità*, in *Dir. inf.*, 2009, 5 ss.; V. RICCIUTO, *Campioni biologici e trattamento dei dati personali*, in D. FARACE (a cura di), *Lo statuto etico-giuridico dei campioni biologici umani*, cit., 159 ss.; I. RAPISARDA, *Brevi note sullo statuto giuridico dei materiali biologici umani*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 625 ss.; B. GUIDI, M. GERBI, F. IANNACCONE, M. DI PAOLO, *Dall'habeas corpus all'habeas data: regole per l'archiviazione del materiale biologico*, in *Resp. civ. prev.*, I, 2019, 349 ss.; P. GUARDA, *I dati sanitari*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, 579 ss.

⁶³ P. FEMIA, *o.c.*, 189 s.

⁶⁴ Ulteriori riferimenti in P. FEMIA, *o.l.u.c.*

⁶⁵ «Le peculiarità delle circostanze, che caratterizzano l'agire e il caso concreto da decidere, richiedono al giurista non operazioni sillogistiche o logiche di carattere quasi aritmetico – e quindi tipiche –, ma "apprezzamenti interpretativi, nei quali entrano in vibrazione la sua sensibilità dei valori giuridici nella percezione degli interessi protetti dal diritto, il suo occhio clinico e diagnostico, la sua esperienza"», P. PERLINGIERI, "Principi generali" e "interpretazione integrativa" nelle pagine di Emilio Betti, in *Rass. dir. civ.*, 2019, 109.

⁶⁶ M. MACIOTTI, *Proprietà, informazione ed interessi nella disciplina delle biobanche a fini di ricerca*, cit., 223 ss. e Id., *Consenso informato e biobanche di ricerca*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2009, 153 ss.; Id., *Le biobanche di ricerca. Studio comparato sulla «zona grigia» tra privacy e proprietà*, cit., *passim*.

a fini di ricerca scientifica⁶⁷ e riconducibili al soggetto-fonte⁶⁸. Si è giunti alla conclusione secondo cui il quadro normativo relativo a questa ipotesi si caratterizza, da una parte, per l'assenza di una disciplina legislativa interna e, dall'altra parte, per lo spiccato rilievo in chiave applicativa delle norme di rango costituzionale, internazionale, europeo⁶⁹. È stato inoltre evidenziato che il procedimento ermeneutico relativo allo statuto dei campioni biologici risulta incisivamente conformato da provvedimenti amministrativi di natura regolamentare e da fonti paranormative e di *soft law*⁷⁰. Tanto avrebbe delineato un «*corpus normativo* del tutto inedito [avente natura] a tratti vincolante a tratti soltanto persuasiv[a]». Quest'ultimo sarebbe tale da «generare regole [...] distribuite fra più livelli istituzionali ed straordinari e devianti dal tradizionale sistema delle fonti [sì da rendere] inadeguati [ad inquadrare il fenomeno] sia il principio gerarchico sia quello di competenza»⁷¹.

Occorre adesso saggiare se identica conclusione valga anche in rapporto al campione biologico proveniente da *unidentified person*. Si tratta, in particolare, di analizzare le fonti che vengono in rilievo nel procedimento qualificatorio di nostro interesse.

Centrale, anzitutto, il rilievo dell'art. 2 cost. il quale, nel tutelare la dignità della persona, è idoneo a fondare la base giuridica sulla quale poggiare il diritto all'identità personale anche a vantaggio di un soggetto che, da tempo, abbia cessato la propria esistenza⁷². Proprio l'attribuzione di un'identità, d'altra parte, risulta essere il fine dell'analisi del DNA del campione biologico appartenente al soggetto scomparso. Appaiono altresì applicabili all'ipotesi in esame gli artt. 9 e 33, comma 1, cost. i quali tutelano, rispettivamente, lo sviluppo e la libertà della scienza⁷³.

Tra i non numerosi atti di rango internazionale rilevanti ai nostri fini occorre menzionare l'art. 1, Dichiarazione Universale sul genoma umano e i diritti umani, adottata dall'Unesco l'11 novembre 1997, a mente del quale «il genoma umano sottende l'unità fondamentale di tutti i membri della famiglia umana, come pure il riconoscimento della loro intrinseca dignità e della loro diversità»⁷⁴ e le Linee

⁶⁷ V., *ex plurimis*, L. CHIEFFI, *La tutela della riservatezza dei dati sensibili: le nuove frontiere europee*, in *Federalismi.it.*, 4, 2018, 2 ss., spec. 17 ss.; A. FALCONE, *Tutela della salute e della libertà della ricerca scientifica nelle nuove biotecnologie di sintesi in campo genetico. Dai brevetti "biotech" ai modelli "open source"*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2014, 209 ss.; N. LAZZERINI, *Il contributo della Corte di Giustizia alla formazione di un biodiritto europeo attraverso i diritti fondamentali*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2019, 263 ss.; B. SIRGIOVANNI, *Dal consenso dell'interessato alla "responsabilizzazione" del titolare del trattamento dei dati genetici*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2020, 1010 ss.; S. FANNI, L. MARILOTTI, *Ricerca genetica e tutela dei dati personali nel diritto dell'Unione Europea e nel diritto italiano: è possibile un bilanciamento?*, in *Federalismi.it.*, 8, 2021, 82 ss.

⁶⁸ In termini A. IANNUZZI, F. FILOSA, *Il trattamento dei dati genetici e biometrici*, in *Dir. fondamentali*, 2019, 4.

⁶⁹ R. CIPPITANI, *Il trattamento dei dati genetici a fini di ricerca scientifica*, in *Ann. Giur. Università Studi di Perugia*, 2018, 102.

⁷⁰ V., in argomento, G. COSCO, *La disposizione del corpo tra disciplina codicistica e complesso del sistema delle fonti*, in *Ordines*, 2, 2015, 108 ss.

⁷¹ A. CORDIANO, *Biobanche di ricerca e modelli regolativi*, in *Comp. dir. civ.*, 2018, 22.

⁷² V. già P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1982, 309 s. e R. LATTANZI, *Ricerca genetica e protezione dei dati personali*, in *Trattato di biodiritto*, cit., *Il governo del corpo*, I, cit., 332 s.

⁷³ V. già L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Napoli, 1993, 38 ss. e, più di recente, G. D'AMICO, *Verso il riconoscimento di un diritto alla scienza?*, in *Dirittifondamentali.it*, 2, 2019, 13-14.

⁷⁴ V., a riguardo, le considerazioni di C.M. ROMEO CASABONA, *La tutela del genoma umano*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. MARCO MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, cit., II, 261.

guida dell'OCSE (emanate nel 2007 e aggiornate nel 2009) e denominate «*Best Practice Guidelines on Biosecurity for BRCs*», le quali dettano regole operative per l'attività di raccolta e di conservazione dei materiali biologici e fissano i parametri qualitativi cui devono attenersi le strutture di raccolta.

A livello europeo occorre menzionare l'art. 1, Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina sottoscritta ad Oviedo il 4 aprile 1997, nella parte in cui obbliga a «protegg[ere] nella sua dignità e nella sua identità» l'essere umano (sintagma che sembra riferirsi ad un campo semantico più ampio rispetto a quello di «persona» e, pertanto, conferma l'assunto secondo il quale il sistema impone di tutelare la dignità anche di colui che abbia cessato di vivere). Benché sprovvista di efficacia vincolante appare inoltre rilevante la Raccomandazione R (2006) 4 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, indirizzata agli Stati membri al fine di adattare leggi e procedure amministrative alle indicazioni in essa contenute. Ai sensi dell'art. 1, Raccomandazione cit., «[g]li Stati Membri proteggono la dignità e l'identità di tutti gli esseri umani e garantiscono ad ognuno, senza discriminazione, il rispetto della propria integrità». L'art. 2, comma 2, Raccomandazione R (2006) 4 cit. specifica, inoltre, che le linee guida del provvedimento in esame si applicano a tutte le ricerche che «prevedano l'uso di campioni biologici d'origine umana».

Non pare invece direttamente incidente sul nostro campo di studio la dir. 2004/23/CE del 31 marzo 2004, «sulla definizione di 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» (attuata dal d.lgs. 6 novembre 2007, n. 191), il cui Considerando n. 10 stabilisce che il provvedimento si applica unicamente ai tessuti e alle cellule «destinati all'applicazione sull'uomo». Identica conclusione vale anche a proposito della dir. 2006/17/CE dell'8 febbraio 2006, che ha attuato la dir. 2004/23/CE cit. per quanto riguarda determinate prescrizioni tecniche per la donazione, l'approvvigionamento e il controllo di tessuti e cellule umani e la dir. 98/44/CE del 6 luglio 1998 sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, la quale indica i limiti di brevettabilità dei materiali biologici. Tali raccolte normative, infatti, sono intese a disciplinare i campioni biologici prioritariamente in una logica patrimonialistica che, come si evidenzierà, risulta essere del tutto estranea allo stato del campione biologico di *unidentified person*.

Premidente rilievo ermeneutico deve essere attribuito ai diritti fondamentali sanciti dall'Unione europea, progressivamente emersi in via interpretativa a partire dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona⁷⁵. L'art. 1 Carta Edu prescrive l'inviolabilità della dignità umana e, del pari, impone agli Stati aderenti di tutelarla e rispettarla, mentre l'art. 3, comma 2, Carta cit. nel sancire «il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro»⁷⁶ conferma la natura di *res extra*

⁷⁵ La Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea, adottata a Nizza il 7 dicembre del 2000, aveva inizialmente natura programmatica. Attualmente, in virtù dell'art. 6, par. 1, Trattato sull'Unione Europea (TUE) come modificato dal Trattato di Lisbona, ha lo stesso valore giuridico dei Trattati e le sue disposizioni sono divenute giuridicamente vincolanti. La Corte di Giustizia ha sancito che i diritti fondamentali espressi dalla Carta di Nizza sono oggi al centro della costruzione giuridica europea. V., in termini, il Parere n. 2/13 del 21 dicembre 2014 sul Progetto di Accordo di Adesione dell'Unione alla CEDU, EU:C:2014:2454, punto 169.

⁷⁶ In termini v. anche art. 21, Conv. Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina sottoscritta ad Oviedo il 4 aprile 1997.

*commercium*⁷⁷ delle parti del corpo umano la cui negoziazione risulti offensiva della dignità umana⁷⁸. Certamente rilevante è altresì l'art. 8, comma 2, Carta Edu nella parte in cui stabilisce che il trattamento del dato personale (quale quello genetico) di un soggetto debba avvenire sulla base del consenso informato oppure di «un [...] fondamento legittimo previsto dalla legge».

Tale ultimo precetto appare essenziale nell'economia della presente indagine perché – come evidenziato – l'esame del DNA su un campione biologico di *unidentified person* se, da un lato, è necessario per stabilire la paternità del tessuto, dall'altro lato non può in alcun caso essere autorizzato sulla base del consenso informato del soggetto-fonte l'identità del quale è ignota.

Occorre dunque domandarsi se l'ordinamento italo-europeo preveda la possibilità di effettuare il trattamento dei dati genetici contenuti in questo specifico campione biologico.

La risposta sembra essere in senso positivo. Se è vero che – in linea di principio – l'art. 9, comma 1, GDPR vieta in ogni caso il trattamento dei dati genetici, esso prevede *inter alia* un'espressa ipotesi di deroga per il caso in cui il trattamento sia «necessario per motivi di interesse pubblico rilevante sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri [...]» (art. 9, comma 2, lett. g., GDPR). Per i fini della presente indagine questa disposizione deve essere letta in combinato disposto con l'art. 2 *sexies*, comma 1, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, introdotto dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101 (cod. *privacy*). Tale disposizione specifica che il trattamento di cui all'art. 9 GDPR è ammesso a condizione che esso sia previsto «da disposizioni di legge [...] che specificino i tipi di dati che possono essere trattati, le operazioni eseguibili e il motivo di interesse pubblico rilevante, nonché le misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato»⁷⁹.

Orbene, ai sensi dell'art. 5, d.P.R. 10 settembre 1990, n. 285 (Regolamento polizia mortuaria) chiunque rinvenga parti di cadavere, resti mortali od ossa umane deve informare prontamente sia l'autorità giudiziaria sia quella di pubblica sicurezza. La legge prescrive altresì l'obbligo di incaricare dell'esame del materiale rinvenuto il medico necroscopo il quale comunicherà i risultati degli accertamenti eseguiti alla stessa autorità giudiziaria affinché questa rilasci il nulla osta per la sepoltura. In questo frangente acquista particolare rilevanza l'art. 7, comma 1, lett. c., l. 30 giugno 2009, n. 85⁸⁰, il quale prescrive di

⁷⁷ In dottrina analizzano questo profilo P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Autonomia privata e prestazioni senza corrispettivo*, Torino, 2004, 99 ss.; S. MAZZARESE, *Invito beneficium non datur: gratuità del titolo e volontà di ricevere l'attribuzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 12; A. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, Torino, 2000, 19; M.G. SALARIS, *Corpo umano e diritto civile*, Milano, 2007, spec. 531 ss.; C. CASTRONOVO, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 87 ss.; C. D'ARRIGO, *Il contratto e il corpo: meritevolezza e liceità degli atti di disposizione dell'integrità fisica*, in *Famiglia*, 2005, 777 ss.

⁷⁸ Nota, condivisibilmente, V. CAREDDA, «Solo il divino è totale nel sorso e nella briciola». *Spunti sistematici in tema di materiali e campioni biologici*, cit., 34: «il principio del divieto di (fare del corpo umano o delle sue parti in quanto tali una fonte di) profitto non vale per materiali quali le unghie o i capelli, che devono considerarsi come materiali di scarto, la vendita dei quali non offende la dignità umana, venendo meno così la *ratio* ispiratrice del divieto».

⁷⁹ In argomento v. M. MIDIRI, S. PIVA, *L'interesse pubblico come base giuridica e come finalità del trattamento dei dati personali*, in *Aa.Vv., Il nuovo codice in materia di protezione dei dati personali*, Torino, 2019, 22.

⁸⁰ Analizza i pericoli ed i rischi per i diritti fondamentali che può rappresentare lo scambio e la circolazione di dati biometrici, L. SCAFFARDI, *Next Generation Prüm e le scelte strategiche della UE: dall'ampliamento nello scambio dei dati genetici all'introduzione del riconoscimento facciale*, in *Federalismi.it.*, 8, 2021, 220 ss.

raccogliere in un apposito archivio i campioni biologici ed i profili del DNA «di [cadaveri e] resti cadaverici non identificati»⁸¹.

Alla luce dell'analisi effettuata pare possibile confermare, anche in rapporto allo specifico campione biologico oggetto d'esame, le conclusioni innanzi riportate. Risultano applicabili alla presente ipotesi normativa disposizioni di rango sia costituzionale sia eurounitario. In relazione al diritto interno, inoltre, emergono specifici profili di rilevanza in merito all'obbligo di archiviazione del campione e di estrazione dei dati genetici appartenenti allo scomparso. Ma v'è di più. Le disposizioni ordinarie e regolamentari prescrivono l'obbligo di distruggere il campione. A variare è soltanto la data in cui procedere all'eliminazione, la quale muta a seconda che il soggetto-fonte sia o no identificato⁸².

Nel primo caso (ai sensi del combinato disposto degli artt. 13, comma 2, l. n. 85 cit.) il campione biologico deve essere distrutto senza indugio a séguito dell'identificazione, previo nulla osta dell'autorità giudiziaria. Nel caso opposto (a mente degli artt. 13, comma 4, l. n. 85 cit. e 24, comma 3, d.P.R. 7 aprile 2016, n. 87) la distruzione dovrà avvenire decorsi otto anni a partire dalla definitiva tipizzazione del DNA⁸³. Differente, per contro, la disciplina dettata in merito alla conservazione del dato personale rappresentato dal profilo del DNA inserito nella banca dati. In caso di identificazione del soggetto-fonte la cancellazione del profilo avviene, d'ufficio, contestualmente alla distruzione del campione biologico (art. 13, comma 2, l. n. 85 cit. e dell'art. 30, d.P.R. n. 87 cit.). In caso contrario il profilo resterà depositato presso la banca dati per il termine massimo previsto dalla legge (pari a trent'anni, ex artt. 13, comma 4, l. n. 85 cit., 25 e 32, d.P.R. n. 87 cit.) per essere successivamente eliminato.

Dall'analisi delle numerose disposizioni dettate del sistema ordinamentale, in definitiva, si riscontrano diversi caratteri del campione biologico oggetto di studio: la destinazione orientata (non verso una finalità di ricerca, ma) all'identificazione del soggetto dal cadavere del quale proviene il tessuto; l'obbligo di distruzione in séguito all'estrazione del DNA; la tipizzazione della scissione tra statuto normativo applicabile, rispettivamente, al tessuto biologico ed al dato genetico⁸⁴. Dal quadro normativo ricostruito, inoltre, consegue la sicura legittimità del trattamento dei dati genetici contenuti in questo specifico campione biologico. Occorre adesso avanzare una proposta qualificatoria del campione biologico in esame nella prospettiva della teoria dei beni. Si tratta di una prospettiva interessante perché, in quanto il tema analizzato è del tutto originale, esso consente di apportare un ulteriore tassello a tale profilo teorico.

⁸¹ R. BIONDO, *La banca dati nazionale dna italiana*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 213 ss.

⁸² Sulle possibili conseguenze di tipo discriminatorio che potrebbero derivare dalla conservazione per un tempo illimitato dei campioni di DNA in rapporto all'art. 8 Carta Edu, cfr. Corte Edu, sent. 4 dicembre 2008, *S. e Marper c. Regno Unito*, (ricc. 30562/04 e 30566/04).

⁸³ Il punto relativo alla conservazione del campione biologico all'esito del prelievo del DNA era stato oggetto di rilievi da parte del Garante per la protezione dei dati personali anche nei Provvedimenti 31 luglio 2014, n. 389, punto 7 e 9 marzo 2017, n. 127, punto 3. V., sul punto, L. CALIFANO, *Il ruolo di vigilanza del Garante per la protezione dei dati personali*, in *Federalismi.it*, 33, 2020, 2.

⁸⁴ Evidenzia L. CHIEFFI, *La tutela della riservatezza dei dati sensibili*, cit., 20 che: «il recente regolamento contenuto nel D.P.R. 7 aprile 2016, n. 87 [...] introduce regole molto rigide per disciplinare gli accessi alle informazioni in essi contenute e il loro successivo trattamento».

4. Lo statuto giuridico del campione biologico appartenente ad *unidentified person*

Dallo studio delle fonti del sistema ordinamentale applicabili all'ipotesi in discorso emerge che su quest'ultima si appuntano tanto norme di rango costituzionale ed eurounitario tanto disposizioni interne di rango sia ordinario (gli artt. 7 e 13, lett. c., l. n. 85 del 2009) sia secondario (l'art. 5, d.P.R. n. 285 del 1990 e gli artt. 25, 30 e 32, d.P.R. n. 87 del 2016).

Tali disposizioni disciplinano uno statuto rigidamente conformato verso una destinazione⁸⁵: fin dal momento del suo "ritrovamento" il resto biologico è infatti connotato da interessi riconducibili alla sfera pubblicistica: non è possibile sottrarre il campione biologico alla sua destinazione (ovvero utilizzarlo a fini diversi dall'acquisizione del DNA del soggetto-fonte ed unicamente per le finalità e secondo le modalità di cui alla l. n. 85 del 2009); esso non è alienabile a terzi; una volta esaurita la sua funzione è inevitabilmente destinato ad essere distrutto, secondo una scansione cronologica diversa a seconda che il soggetto-fonte sia immediatamente identificato oppure no.

Si tratta di allora di capire se il tessuto in esame, pur essendo «oggetto di diritti»⁸⁶ ai sensi dell'art. 810 c.c. si presti ad essere qualificato alla stregua di un «bene». Sul punto merita di essere richiamata la dottrina che, al fine di elaborare una tassonomia dei materiali biologici di origine umana, con particolare riferimento ai tessuti separati dal corpo nel corso di un intervento medico, ha negato che questi possano essere qualificati – in sé e per sé – alla stregua di beni giuridici reputando a tal fine «necessario [...] ravvisare un minimo di predicati o qualificazioni giuridiche ascritti al diritto di proprietà sulla scorta di precisi indici normativi»⁸⁷. Essendo il campione biologico oggetto di quella indagine privo di valore sia di scambio sia di uso si è esclusa, nella specifica ipotesi, la qualifica di bene dal momento che il diritto di proprietà sui campioni sarebbe risultato privo del suo contenuto caratteristico (poteri di disposizione, di godimento, *ius excludendi alios*, rimedi inerenti allo *ius sequelae*). Più nel dettaglio, poiché il campione biologico in esame sarebbe stato disciplinato «soltanto negativamente [ovvero] per mezzo di interdetti»⁸⁸, l'efficacia costitutiva del bene era fatta dipendere dal consenso del soggetto-fonte, espresso «in seno ad un procedimento»⁸⁹ finalizzato ad autorizzare un terzo a disporre del tessuto per fini di ricerca. Si tratta di un esito ricostruttivo che attribuisce al consenso una funzione

⁸⁵ Con riferimento ai beni culturali il rapporto tra statuto giuridico e destinazione è inquadrato da R. DI RAIMO, *La «proprietà» pubblica e degli enti privati senza scopo di lucro: intestazione e gestione dei beni culturali*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 1101 ss., il quale individua quale carattere essenziale della «proprietà» dei beni culturali quello della destinazione e sposta l'accento dalla fase strutturale a quella dell'attività e del controllo.

⁸⁶ Sul significato attuale dell'espressione v. A. GAMBARO, *I beni*, in A. CICU, F. MESSINEO (diretto da), *Tratt. dir. comm.*, continuato da Schlesinger, Milano, 2012, 3 ss. Con particolare riferimento ai rifiuti v., invece, G. RESTA, *I rifiuti come beni in senso giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2018, 207 ss. Coglie efficacemente il punto V. CAREDDA, «Solo il divino è totale nel sorso e nella briciola», cit., 35: «L'idea di inutilità ed inutile, di scarto, rifiuto ha già rivelato la propria relatività: non vi è modo per radiare dall'area del bene giuridico taluni oggetti in ragione del loro carattere "vile": la vicenda giuridica dei rifiuti lo dimostra in pieno. In quanto beni, anche gli scarti più modesti possono formare oggetto di vicende giuridiche. Se tale conclusione non fosse accettata, essi (gli scarti) riceverebbero a causa della loro viltà, il medesimo trattamento che con delicata sensibilità riserviamo alle cose più elevate proprio a cagione della loro elevatezza».

⁸⁷ V. CALDERAI, *A pound of man's flesh*, cit., 78.

⁸⁸ *Ivi*, 79.

⁸⁹ *Ivi*, 79-80.

pienamente conforme a quanto prescritto dagli artt. 21, 22, Conv. Oviedo e 13, n. vii del Protocollo sulla ricerca biomedica del 25 gennaio 2005, addizionale alla Convenzione.

La tesi risulta convincente ma si riferisce ad un'ipotesi – campione biologico destinato a fini di ricerca – soltanto parzialmente collimante con quella oggetto delle presenti note. Se, per un verso, anche il campione biologico di *unidentified person* è disciplinato «per mezzo di interdetti» potendo essere considerato «rifiuto da esumazione o da estumulazione» e, in quanto tale, essere immediatamente destinato alla distruzione⁹⁰ ai sensi del combinato disposto degli artt. 45, d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 e 12, d.P.R. 15 luglio 2003, n. 254⁹¹, occorre evidenziare che nell'ipotesi oggetto delle presenti note a variare sono tanto il «contesto situazionale» in rapporto al quale il tessuto biologico rileva per l'ordinamento tanto il profilo teleologico.

Gli artt. 7, comma 1, lett. c.), e 13, l. n. 85 cit. trovano la propria *ratio* nella tutela, da una parte, dell'ordine pubblico⁹² e, dall'altra parte, della dignità dell'essere umano anche *post mortem*⁹³. Si tratta di riferimenti riconducibili all'art. 2 cost. e che trovano consonanza negli artt. 410 ss. c.p. (denominati nel Capo II del Titolo IV del Libro II quali «delitti contro la pietà dei defunti»)⁹⁴: proprio nella prospettiva di rivalutare la centralità dell'essere umano nell'identificazione del bene giuridico tutelato dalla fattispecie delittuosa, la dottrina ha opportunamente evidenziato che il cadavere (che, nel caso di specie, consiste nelle spoglie mortali dalle quali è tratto il campione biologico)⁹⁵ rappresenta «la proiezione ultrasensibile» del defunto e «conserva una sua connaturata dignità umana, che lo rende incomparabilmente diverso da tutte le altre cose»⁹⁶. Ciò a significare che il campione biologico di *unidentified person* rileva per il sistema ordinamentale in ragione (non di scopi connessi alla ricerca scientifica, ma unicamente) quale mezzo necessario ad attribuire un'identità certa ad un soggetto defunto ed ignoto. Di riflesso, nella fase precedente all'identificazione del soggetto-fonte ogni questione relativa al

⁹⁰ In argomento v. A.C. NAZZARO, *Nuovi beni tra funzione e dogma*, in *Contr. impr.*, 2013, 1014 ss.; Id., *Trasferimento e circolazione dei beni. Spunti ricostruttivi in tema di possesso al (solo) fine della fruizione*, in *Annali SISDiC*, 2019, 163-179; Id., *Rifiuti, beni e proprietà nella prospettiva dell'economia circolare*, in *Rass. dir. civ.*, 2020, 621 ss.

⁹¹ Il quadro normativo comune europeo è attualmente definito dalla dir. 2008/98/CE del 19 novembre 2008 e dal reg. n. 1357 del 18 dicembre 2014. I tessuti umani sono identificati dai codici 180102 e 180103 (rispettivamente «parti anatomiche ed organi incluse le sacche per il plasma e le riserve di sangue» e «rifiuti che devono essere raccolti e smaltiti applicando precauzioni particolari per evitare infezioni»).

⁹² G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, 1 ss.

⁹³ Analizza tale profilo C. PICIOCCHI, *La dignità come rappresentazione giuridica della condizione umana*, Padova, 2013, 15 ss., spec. 173 ss.

⁹⁴ Per alcune puntuali notazioni sulla classificazione di queste componenti emotive all'interno della categoria dei «fatti di sentimento» v. A. FALZEA, *Fatti di sentimento*, in Aa.Vv., *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, VI, Napoli, 1972, 315 ss. In seno alla dottrina penalistica individuano il bene giuridico tutelato dalla disposizione (anche) nella tutela della dignità della persona defunta, G. FIANDACA, voce *Pietà dei defunti (Delitti contro la)*, in *Enc. giur.*, XXIII, 1990, 1; A. ROSSI VANNINI, *Pietà dei defunti (Delitti contro la)*, in *Dig. pen.*, IX, Torino, 1995, 571.

⁹⁵ In termini Cass. pen., Sez. II, 10 giugno 2003, n. 34145, in *Riv. pen.*, 2004, 4080: «[l]a nozione di cadavere [...] comprende anche resti umani consistenti nello scheletro od in parte di esso».

⁹⁶ F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974, 340 ss.

consenso alla disposizione del tessuto biologico da parte sia – come ovvio – del soggetto ignoto sia dei suoi eredi o di ulteriori soggetti legittimati⁹⁷ perde ogni rilievo.

Il ragionamento ermeneutico, allora, deve trarre abbrivio proprio dalla destinazione che il sistema ordinamentale imprime al tessuto. Di là dalla disputa in merito alla necessaria valutabilità economica del bene⁹⁸, la prospettiva ricostruttiva suggerita consente, all'interno di una logica discorsiva, «di redistribuire giuridicamente il potere tecnico scientifico sul processo» di utilizzo del campione⁹⁹. Nel nostro caso la valorizzazione sembra dipendere non dal valore di scambio quanto, piuttosto, dalla tipizzazione legislativa dall'uso (che, come evidente, prescinde totalmente da una logica economica ma denota una chiara destinazione ad una finalità personalistica e, del pari, tesa a garantire l'ordine pubblico derivante dall'identificazione dei defunti). Si evidenzia, in questa chiave, il nesso tra oggettivazione e redistribuzione del potere sulla *res sí* da far emergere le modalità di utilizzo dello specifico campione che denotano una rilevanza *sub specie iuris*¹⁰⁰.

Sulla base di questa prospettiva ricostruttiva, allora, in rapporto al campione biologico appartenente ad *unidentified person* occorre ritenere che sia proprio il sistema ordinamentale a connotare tale «cosa» alla stregua di un «bene», pur in difetto di esplicito consenso in tal senso da parte del soggetto-fonte. Tale qualificazione se, per un verso, giustifica il “godimento” del bene entro gli spazi sagomati dalla legge, per altro verso appare congrua al fine di giustificare i numerosi obblighi gravanti sul titolare¹⁰¹. Secondo la prospettiva in discorso, in altri termini, la reificazione del campione biologico non è rivolta verso la dimensione patrimoniale ma, al contrario, appare la qualificazione maggiormente ragionevole nel senso di offrire una spiegazione costruttivamente appagante degli obblighi a contenuto positivo e negativo imposti al titolare del bene¹⁰². Rigidamente conformata dalle disposizioni di

⁹⁷ Un caso interessante in rapporto al fondamento ed ai limiti del consenso informato all'utilizzo del campione biologico con specifico riferimento all'identificazione di *unidentified person* è stato recentemente affrontato dalla Corte di legittimità norvegese. Un uomo aveva depositato il proprio liquido seminale presso una banca biologica ospedaliera per finalità procreative. In séguito alla scomparsa del donatore ed al ritrovamento di alcuni resti ossei che erano stati ritenuti essere le sue spoglie mortali, si controverteva sulla possibilità di estrarre il DNA dal liquido seminale al fine di accertare la paternità di quanto rinvenuto. Riformando la decisione d'appello, la Corte suprema norvegese ha escluso che si potesse ritenere presunto il consenso del donatore ad utilizzare il proprio campione biologico per finalità differenti rispetto a quella previamente autorizzata all'atto del deposito, v. Norges Høyesterett, 1 luglio 2021, n. 1436 in www.domstol.no.

⁹⁸ V., sul punto, N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 119 ss.

⁹⁹ P. FEMIA, *Il campione biologico come oggetto di diritti*, cit., 199.

¹⁰⁰ *Ivi*, 199 ove si specifica: «Il paradigma qui proposto offre il vantaggio di collocare dialetticamente il momento teorico generale entro lo stesso processo conflittuale che aspira a regolare».

¹⁰¹ Emblematica in tal senso può ritenersi la disciplina dei boschi, la quale conforma il diritto dominicale (si pensi all'obbligo conservativo, a contenuto positivo, consistente nel garantire l'integrità paesaggistica del bene), si da aver condotto la dottrina civilistica a discorrere di una «proprietà speciale» e di un «proprietario relegato a mero custode»: v. G.B. FERRI, *Proprietà e impresa in agricoltura: variazioni su un vecchio tema*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, 317; M. TAMPONI, *Una proprietà speciale (lo statuto dei beni forestali)*, Padova, 1983, 13; F. MARINELLI, *Funzione sociale della proprietà e natura delle cose dall'«avere» all'«essere»*, in M. TAMPONI, E. GABRIELLI (a cura di), *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 31.

¹⁰² Per un'applicazione di tale logica ermeneutica al bene culturale, v. F. LONGOBUCCO, *Beni culturali e conformazione dei rapporti tra privati: quando la proprietà «obbliga»*, in *Pol. dir.*, 2016, 547 ss.

legge¹⁰³, la reificazione richiama un diritto dominicale funzionalizzato in senso conforme al principio personalista dal momento che, come detto, la destinazione del bene è indirizzata verso l'attribuzione dell'identità alla persona alla quale sono riconducibili i resti cadaverici¹⁰⁴.

Resta a questo punto da domandarsi se il bene giuridico consistente nel campione biologico di *unidentified person* sia suscettivo di essere acquistato da un soggetto privato che, *in thesi*, rinvenga casualmente il tessuto biologico. Pare corretto affermare che la risposta a tale quesito debba essere in senso negativo, per almeno tre ordini di ragioni.

In primo luogo perché – in ragione del fondamento patrimonialistico dell'art. 923 c.c. – la *derelictio* consiste nella spogliazione di una posizione giuridica soggettiva di vantaggio non coinvolgente terzi né effettuata per soddisfare, in modo diretto o indiretto, bisogni o interessi altrui¹⁰⁵. Si tratta di un'ipotesi che mal si ataglia al frammento biologico in esame il quale non è stato abbandonato ma, all'opposto, residua dalla decomposizione di un cadavere appartenente ad una persona ignota e non identificata. In secondo luogo, stante il richiamato art. 3, comma 2, Carta Edu il materiale biologico in esame è sottratto alla logica patrimonialistica e, alla luce delle norme penali applicabili al caso concreto ed innanzi richiamate, non pare errato reputare che il campione in esame sia *extra commercium* e, come tale, non suscettibile di occupazione¹⁰⁶. Da ultimo perché gli interessi ritraibili dalle norme costituzionali ed eurounitarie richiamate – le quali prescrivono l'obbligo di realizzare la piena tutela della dignità della persona attribuendole un'identità anche in séguito alla consunzione dei suoi resti mortali – portano a ritenere che la disciplina del campione biologico di *unidentified person* debba essere ricostruita a partire dalla destinazione che lo connota sul piano positivo. Proprio tale finalità, di concerto con la rilevata natura *extra commercium* del campione biologico, porta a ritenere ragionevole ed adeguata rispetto agli interessi rinvenibili nel sistema la conclusione secondo la quale il campione biologico appartenente ad *unidentified person* debba essere qualificato alla stregua di un bene di proprietà pubblica¹⁰⁷. Esso, in particolare, non ha valore economico, può appartenere soltanto allo Stato (è dunque indisponibile) ed appare caratterizzato, fino alla definitiva eliminazione, da uno specifico vincolo di destinazione (anch'esso pubblico).

Tale conclusione si inserisce entro l'autorevole insegnamento che reputa beni e servizi essenziali alla vita ed allo sviluppo della persona e della comunità dover essere sottratti, in quanto tali, alle logiche

¹⁰³ La giurisprudenza di legittimità, d'altra parte, già da tempo sottolinea la necessità di "guardare" al tema dei beni pubblici oltre una visione prettamente patrimoniale-proprietaria, v. Cass., Sez. un., 14 febbraio 2011, n. 3665, in *Rass. dir. civ.*, 2012, 524 ss., con nota di G. CARAPEZZA FIGLIA, *Proprietà e funzione sociale. La problematica dei beni comuni nella giurisprudenza delle Sezioni Unite*.

¹⁰⁴ Evidenzia la prospettiva della lettura della funzione sociale sancita dall'art. 42 cost. in chiave servente rispetto al valore-persona, P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della proprietà*, Camerino-Napoli, 1979, 59, spec. pp. 23, 123 ss. e Id., «*Funzione sociale*» della proprietà e sua attualità, in S. CICCARIELLO, A. GORASSINI, R. TOMMASINI (a cura di), *Salvatore Pugliatti, I Maestri italiani del diritto civile*, Napoli, 2016, 187 ss.

¹⁰⁵ G.M. DEJANA, voce *Abbandono / Derelictio*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 9 ss. V. anche, in termini, A. QUARTA, *Cose derelitte*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 781.

¹⁰⁶ Sottolinea il nesso tra natura *extra commercium* della *res* ed inapplicabilità dell'art. 923 c.c., U. MATTEI, *La proprietà*, in R. SACCO (diretto da), *Tratt. dir. civ.*, Torino, 2001, 180.

¹⁰⁷ A.M. SANDULLI, «*Beni pubblici*», in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 1 ss., spec. 277; V. CERULLI IRELLI, *Beni pubblici*, in *Dig. pubbl.*, II, Torino, 1987, 273; M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004, 1 ss.

di mercato¹⁰⁸. In tale prospettiva la funzione sociale – ragione stessa per la quale il diritto di proprietà è attribuito dal sistema ordinamentale – incide peculiarmente sulla proprietà pubblica, differenziandola da quella privata¹⁰⁹. Nel primo caso è essa stessa funzione, nel secondo *ha* funzione sociale rimanendo sempre situazione soggettiva del privato¹¹⁰. Tale differenza sostanzia l'approccio assiologico che consente il passaggio da una logica di mero scambio a quella di gestione del bene tesa alla funzionalizzazione sociale secondo una valutazione di utilità¹¹¹.

5. *segue*. Identificazione del defunto e riflessi sulla disciplina applicabile al cadavere. Potere di disposizione delle spoglie da parte dei familiari e diritto all'identità biologica dei terzi qualificati

Non sembra un fuor'opera, a questo punto, evidenziare che la qualificazione prospettata in merito agli statuti giuridici del campione biologico e del dato genetico oggetto delle presenti note si riflette indirettamente sulla disciplina applicabile ai resti della persona (considerata, prima dell'analisi genetica) ignota. Dal momento che il campione biologico rappresenta una porzione fisica delle spoglie mortali (si pensi ad un frammento osseo), l'avvenuta identificazione del defunto¹¹² permette di reputare il materiale biologico rinvenuto alla stregua del cadavere di persona nota e determinata¹¹³. A séguito dell'identificazione del soggetto-fonte dal quale proviene il frammento corporeo, pertanto, le spoglie mortali vengono conformate anche da interessi aventi una dimensione privatistica¹¹⁴. Muta, pertanto, lo statuto normativo del bene.

La dottrina, in particolare, non dubita che la persona goda del potere di disporre del proprio corpo per il periodo successivo alla morte¹¹⁵. Si reputa, in particolare, che il cadavere sia oggetto di un diritto

¹⁰⁸ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, cit., 275 ss.

¹⁰⁹ Lo nota A. LUCARELLI, *Crisi della demanialità e funzione sociale dei beni pubblici nella prospettiva costituzionale. Verso i beni comuni*, in *Dir. pubb. eur. Rass. online*, 2016, 133 ss.

¹¹⁰ P. PERLINGIERI, *o.u.c.*, 276.

¹¹¹ Afferma A.C. NAZZARO, *Natura giuridica del bene, proprietà pubblica e monopolio*, in R. DI RAIMO, V. RICCIUTO, (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 91 ss. che il bene pubblico «deve essere sottoposto ad una determinata utilizzazione in vista della soddisfazione di un pubblico interesse».

¹¹² In difetto di riconoscimento, per contro, risulterà applicabile l'art. 5, comma 2, d.P.R. 10 settembre 1990, n. 285.

¹¹³ A parere della dottrina, infatti, per cadavere si intende qualunque resto umano idoneo a «suscitare l'idea del corpo umano nominato» e capace di «suscitare l'idea della pietà verso i defunti», tra cui rientrano lo scheletro e singole parti anatomiche, purché, tuttavia, riconoscibili come parti di un corpo, v. M. PESANTE, *Cadavere (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 769.

¹¹⁴ V., a riguardo, F.D. BUSNELLI, *Per uno statuto del corpo umano inanimato*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. MARCO MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, cit., II, 2137 ss., spec. 2144 s.: «Al giurista attento alle questioni segnalate dai nuovi sviluppi della realtà sociale preme piuttosto ribadire che i distinti interessi convergenti sul corpo inanimato non possono mai prescindere dai principi che ad esso afferiscono; e che il bilanciamento tra i vari interessi rinviene proprio in tali principi l'ago della bilancia».

¹¹⁵ V., sul punto, C. LO VETRO, *Atti di disposizione post mortem del corpo a fini non circolatori (osservazioni intorno all'art. 79 d.P.R. 10 settembre 1990, n. 258)*, in *Dir. fam.*, 1997, 1198 e G. BONILINI, *Il diritto al sepolcro*, in *Tratt. dir. succ. don.* Bonilini, I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, 789 ss.

personale di godimento, destinato a produrre effetti dopo l'apertura della successione ed entro i limiti segnati dal diritto positivo¹¹⁶. In linea con l'indirizzo ermeneutico inteso a garantire il rispetto della dignità della persona, la scelta del luogo di sepoltura è, ad esempio, generalmente considerata manifestazione di un diritto della personalità¹¹⁷ suscettibile di essere espresso con disposizioni di ultima volontà relative tanto al sepolcro tanto alla cremazione dei resti mortali ed alla dispersione delle ceneri¹¹⁸. Da ultimo il legislatore ha altresì disciplinato la facoltà di disporre del proprio corpo e dei propri tessuti *post mortem* a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica (artt. 1 ss., l. 10 febbraio 2020, n. 10)¹¹⁹. È per altro verso acquisito che, qualora il defunto non abbia manifestato in vita alcuna volontà sulla sorte delle proprie spoglie mortali dopo la morte, tale scelta spetti ai suoi familiari più stretti. Si tratta di un interesse di fonte consuetudinaria, avente natura non patrimoniale¹²⁰ che, come precisato in dottrina, risulta «innetto a essere considerato un diritto di proprietà»¹²¹.

L'attribuzione di tale qualificazione ai resti mortali di una persona (prima ignota e) successivamente identificata rischia, tuttavia, di collidere con il diritto all'identità biologica vantato da terzi qualificati. Questi ultimi, attribuita l'identità al soggetto scomparso, potrebbero richiedere all'autorità giudiziaria di disporre una consulenza tecnica sulle sue spoglie mortali nell'ambito di un giudizio di stato¹²². I dati genetici del presunto ascendente sarebbero in questa ipotesi ricavabili da una nuova e differente analisi del DNA, stante il divieto di comunicare a terzi, in base alla l. n. 85 del 2009 ed al d.P.R. n. 87 del 2016, il dato genetico tratto dal campione biologico di *unidentified person*.

La questione (dei diritti sul corpo e per il suo tramite) dell'accesso ai dati genetici dell'ascendente¹²³, anche se defunto¹²⁴, viene quindi profondamente innovata dalle innovazioni tecnologiche alla base del presente contributo. Essa merita di essere analizzata alla luce della posizione della giurisprudenza

¹¹⁶ G. BONILINI, *Le disposizioni concernenti i funerali, la sepoltura, le ceneri*, in *Tratt. dir. succ. don. Bonilini*, II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, 1065 ss.

¹¹⁷ Cfr. M. DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, cit., 83. *Contra*, tuttavia, P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Napoli, 1983, 237. In giurisprudenza v. Pret. Macerata, 6 giugno 1992, in *Giur. it.*, 1992, I, 2, c. 577 ss.

¹¹⁸ Si vedano G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, 15 e 73 ove è evidenziata la natura atipica della disposizione e, del pari, il disposto dell'art. 1, l. 30 marzo 2001, n. 130.

¹¹⁹ S. ZULLO, *Considerazioni etico-giuridiche a margine della Legge 10 febbraio 2020, n. 10 "Norme in materia di disposizione del proprio corpo e dei tessuti post mortem a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica"*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2020, 272 ss. In rapporto alla disciplina dei trapianti di organo da cadavere v., invece, M.C. VENUTI, *Novità e prospettive nella normativa in materia di trapianti d'organo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 2030.

¹²⁰ P. RESCIGNO, *La fine della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, 638.

¹²¹ G. BONILINI, *Il diritto, sussidiario, dei famigliari in merito alla sepoltura del congiunto*, in *Fam. dir.*, 2020, 152 ss. ove viene anche analizzata l'ipotesi di contrasto, tra più congiunti prossimi, circa la destinazione dei resti mortali del *de cuius*.

¹²² Cfr. Cass. civ., 5 agosto 2008, n. 21128, in *Fam. dir.*, 2010, con nota di A. BUSACCA, *Analisi genetiche su "parti staccate" del corpo umano ed accertamento della paternità naturale post mortem*; Cass. civ., 19 luglio 2012, n. 12549, in *Fam. dir.*, 2013, p. 441 ss. con nota di R. CAMPIONE, *L'esumazione della salma nei giudizi di stato: diritto all'identità biologica versus volontà del defunto (ma non dei prossimi congiunti)*. In argomento v. anche A. RENDA, *Ipotesi sul prelievo di dna da defunto nei giudizi di stato*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 1080.

¹²³ V., ad esempio, Garante protezione dati, provv. 22 maggio 1999, in *Boll.*, n. 8, 1999, 13.

¹²⁴ V. Icelandic Supreme Court, 27 novembre 2003, n. 151, *Gudmundsdottir c. State of Iceland*, in http://www.epic.org/privacy/genetic/iceland_decision.pdf (consultato in data 31 gennaio 2022).

europea in materia di diritto all'identità biologica ex art. 8, Conv. Edu. Tale situazione giuridica, a séguito del bilanciamento operato dalla Corte, è stata reputata prevalente tanto sull'interesse del defunto (rappresentato in giudizio dagli eredi) a non subire interferenze rispetto alla propria vita privata¹²⁵ tanto sull'espressa volontà del presunto genitore di non essere sottoposto ad alcuna analisi intesa ad accertare il legame di filiazione¹²⁶. Per altro verso i giudici europei hanno sancito che l'azione tardiva di riconoscimento della paternità *post mortem* avanzata dal figlio non è soggetta ai termini prescrizionali ordinari se quest'ultimo non ha avuto modo di dimostrare con mezzi idonei (ovvero l'analisi del DNA) il rapporto di filiazione¹²⁷. Pur sancendo che la disciplina dei procedimenti relativi al riconoscimento di tale rapporto debba tenere in debito conto l'interesse alla stabilità dei rapporti giuridici, la Corte Edu ha ritenuto che tale finalità non rappresentasse, nel caso concreto, ragione sufficiente per privare il ricorrente del diritto di scoprire la verità su un aspetto tanto importante della propria identità personale¹²⁸.

Anche il profilo in esame pare dunque concorrere a dimostrare che le odierne tecniche di indagine genetica implicino l'abbandono di un paradigma individualistico nella qualificazione del campione biologico e richiedano, per contro, l'adozione di un approccio più articolato, in grado di valorizzare il «contesto situazionale», la dimensione relazionale e le implicazioni solidaristiche anche in merito al controllo sui propri dati personali¹²⁹.

¹²⁵ Corte Edu, sent. 15 maggio 2006, *Estate of Kresten Filtenborg Mortensen c. Danimarca* (ric. n. 1338/03).

¹²⁶ Corte Edu, sent. 13 luglio 2006, *Jäggi c. Svizzera* (ric. n. 58757/00).

¹²⁷ Corte Edu, sent. 16 giugno 2020, *Boljevic c. Serbia* (ric. n. 47443/14).

¹²⁸ Corte Edu, sent. 16 giugno 2020, cit., §§ 50 ss.

¹²⁹ Lo notava S. RODOTÀ, *Lo statuto delle informazioni genetiche*, in G. BONACCHI (a cura di), *Dialoghi di bioetica*, Roma, 2003, 243 ss.