

L'opinione dei giuristi

[Luca Nivarra](#), [Marcella Fortino](#), [Gilda Ferrando](#), [Paolo Zatti](#)

Lettera di Anna Finocchiaro ai docenti

La Camera dei Deputati ha approvato, il 18 giugno 2002, in prima lettura, un testo in materia di procreazione medicalmente assistita. L'articolo 1 di questo testo, in questi giorni in discussione al Senato, prevede che "al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito".

Non vogliamo entrare nel merito delle scelte che hanno condotto all'approvazione di questo testo, al quale ci siamo opposti. Ma riteniamo che sia necessario, prima che venga approvato definitivamente e fuori da ogni fraintendimento, che si comprenda cosa significa, nel nostro ordinamento, che il concepito è soggetto titolare di diritti, che, cioè, prima della nascita si acquisisca la titolarità di diritti soggettivi in potenziale conflitto con i diritti della madre. Per questo abbiamo chiesto ai giuristi italiani il contributo scientifico e razionale delle loro competenze. Perché il Parlamento abbia ulteriori strumenti per scegliere, perché le cittadine e i cittadini comprendano per davvero quali sono le conseguenze delle norme che regoleranno quest'ambito della loro vita.

Luca Nivarra

Ordinario di Istituzioni di Diritto privato nella Facoltà Giuridica di Palermo

Il disegno di legge in materia di fecondazione assistita, di recente approvato dalla Camera ed ora all'esame del Senato, si presta ad una serie di considerazioni vuoi di ordine politico culturale, vuoi di ordine tecnico - giuridico.

Sotto il primo profilo, appare abbastanza evidente, già ad una lettura sommaria, che il testo in questione, lungi dal rappresentare un ragionevole compromesso tra punti di vista differenti, esprime la volontà della maggioranza di imporre non soltanto alla minoranza ma all'intero paese una soluzione tutta ideologica a problemi delicatissimi intorno ai quali non si è coagulata un'opinione condivisa né tra i cittadini né nell'ambito della comunità scientifica. Ne è una chiara riprova l'attenzione riservata allo statuto giuridico del concepito, quasi che la disciplina della fecondazione assistita costituisse solo un pretesto per introdurre, nell'ordinamento, il principio della soggettività giuridica dell'embrione. Così, ai sensi dell'art.1, comma 1 "al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, in particolare del concepito".

Si tratta di una formula estremamente impegnativa che, appunto, sembrerebbe lasciare intendere la volontà del legislatore di attribuire al concepito la dignità di soggetto di diritto: là dove, fino ad oggi, la capacità giuridica - ossia la conditio sine qua non della soggettività giuridica - era subordinata all'evento della nascita (art.1, comma 1 c.c.).

Il punto si presta ad un triplice ordine di considerazioni. In primo luogo, si può osservare che già il codice civile contiene alcune disposizioni che anticipano il riconoscimento della capacità giuridica ad un momento anteriore a quello della nascita e, perfino, del concepimento (artt.2, 462 e 784). Si tratta, secondo l'opinione largamente prevalente in dottrina ed in giurisprudenza, di norme a carattere eccezionale inidonee, pertanto, a sovvertire la regola generale dell'art.1, comma 1 c.c. secondo cui, come già detto, la capacità giuridica si acquista al momento della nascita. Lo stesso tipo di ragionamento potrebbe applicarsi alle disposizioni sulla soggettività giuridica del nascituro contenute nella legge sulla fecondazione assistita. Certo, però, il moltiplicarsi delle eccezioni rischia di dare ragione al vecchio Hegel ed alla sua legge di conversione della quantità in qualità: in altri termini, norme del tipo di quelle delle quali stiamo discutendo minacciano, se non la vigenza, almeno la limpidezza di un principio sin qui considerato indiscutibile.

In secondo luogo, va osservato come l'implicito riconoscimento della soggettività giuridica del concepito si accompagni, in barba a quanto proclamato dall'art.1, comma 1, ad un sostanzioso sacrificio dei diritti e delle ragioni della donna. Infatti la disciplina in esame, lungi dal realizzare quel contemperamento tra interessi potenzialmente in conflitto al quale si allude attraverso la formula secondo cui "la presente legge... assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti...", assesta un duplice micidiale colpo alle donne che ricorrono alla procreazione assistita. Infatti, nella misura in cui si vieta la crioconservazione degli embrioni (art.14, comma 1) e si limita a tre il numero massimo di embrioni producibili in vista di "un unico e contemporaneo impianto" (art.14, co.2), si impone alla donna di sottoporsi, ad ogni tentativo, alle pesantissime e costosissime terapie ormonali che precedono l'intervento vero e proprio.

Infine, va denunciato con forza l'equivoco - ancora una volta, tutto ideologico - in base al quale la tutela

dell'embrione passa necessariamente attraverso il riconoscimento della soggettività giuridica di quest'ultimo. Norme come quelle dell'art.13, che vietano la sperimentazione sugli embrioni, o come quelle dell'art.14, che ne vietano la crioconservazione, condivisibili in toto o in parte, sono in ogni caso perfettamente compatibili con una strategia di tutela dell'embrione come bene giuridico in senso oggettivo e non implicano, né dal punto di vista logico né dal punto di vista sistematico, che all'embrione sia attribuita la dignità di soggetto di diritto, una scelta gravida di pesanti conseguenze sia sotto il profilo della edificazione di una morale davvero condivisa, sia sotto il profilo della coerenza interna al sistema giuridico. Del resto, l'equilibrato approccio nei termini di una tutela "oggettiva" dell'embrione è quello che ispira la l.194/78 sulla interruzione volontaria della gravidanza: i limiti procedurali temporali e sostanziali posti dagli artt.4, 5 e 6 alla possibilità per la donna di abortire sono altrettanti indici del valore che l'embrione riveste come bene giuridico meritevole di tutela, senza che da ciò possano ricavarsi argomenti a sostegno di una sua configurabilità come soggetto di diritto.

Il disegno di legge sulla procreazione assistita si presterebbe ad una serie di ulteriori rilievi critici. Ci limitiamo ad alcune sintetiche osservazioni conclusive:

a) viene affermato in modo inequivocabile il carattere terapeutico della fecondazione assistita (art.1, commi 1 e 2) e ciò in nome di un primato dei metodi "naturali" di riproduzione che già di per sé è indicativo di una cultura profondamente illiberale;

b) sulla base della medesima premessa ideologica, viene vietato il ricorso alla fecondazione eterologa ed alle varie tecniche di maternità surrogata (art.4, comma 3); in pari tempo, però, viene negata la legittimazione ad agire ex art. artt.235 e 263 c.c. Curiosamente la legittimazione ad agire per il disconoscimento della paternità viene esclusa con riguardo alle sole ipotesi di cui ai nn. 1 e 2 dell'art. 235 e non anche con riguardo all'ipotesi di cui al n. 3: la ratio di tale limitazione appare del tutto incomprensibile posto che le tre fattispecie sono accomunate dalla insussistenza del vincolo biologico che è quanto, appunto, si verifica nel caso di ricorso (fraudolento) a tecniche di fecondazione eterologa;

c) l'accesso alla fecondazione assistita viene vietato ai single (art. 5): qui è scoperto il tentativo di usare la disciplina della procreazione artificiale per ribadire il primato di un modello di famiglia necessariamente fondato sulla doppia figura genitoriale, modello già messo in crisi da alcune norme del diritto di famiglia riformato e da una costante giurisprudenza che subordina l'esperibilità dell'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità alla sussistenza in concreto dell'interesse del minore;

d) il nato a seguito del ricorso alla fecondazione assistita rivestirà lo stato di figlio legittimo (ove a ricorrervi sia una coppia sposata) o di figlio naturale riconosciuto (ove a ricorrervi sia una coppia di conviventi more uxorio): art. 8. Dunque, questo è destinato ad essere uno dei pochissimi casi (l'altro è contemplato dall'art. 128, comma 5 c.c. con riguardo ai figli nati in costanza di un matrimonio nullo per violazione di uno degli impedimenti di cui all'art. 87 c.c. - cosiddetti figli incestuosi - i quali perdono lo status di figli legittimi ma acquistano automaticamente quello di figli naturali riconosciuti, ove il riconoscimento sia ammissibile), in cui lo status di figlio naturale riconosciuto si acquista indipendentemente dal riconoscimento ad opera dei genitori. La ratio della norma è chiara: la volontà di accedere alla fecondazione assistita contiene, per così dire, la volontà di riconoscere il figlio. Mi domando se il legislatore, ancora una volta, abbia riflettuto sulla portata sistematica delle sue scelte ideologicamente orientate: qui il fatto generatore dello status viene radicalmente anticipato rispetto al momento del concepimento e, ancor più, della nascita con l'effetto - paradossale per un legislatore tanto attento alle ragioni della "natura" - di incrementare il tasso di artificialità nella instaurazione del vincolo.

In conclusione: una legge ideologicamente orientata, di impronta illiberale e molto discutibile dal punto di vista tecnico. Una legge di fronte alla quale non ci si può non chiedere, ancora una volta, se questa materia necessitasse davvero di una regolamentazione analitica o, più semplicemente, di alcuni aggiustamenti della disciplina delle fattispecie attributive dello status di figlio. Un interrogativo, questo, che ormai purtroppo ha un rilievo soltanto storiografico.

Marcella Fortino

Professore straordinario di Istituzioni di Diritto privato, Facoltà Scienze politiche di Messina

Procreazione: il termine evoca il felice momento in cui fiorisce una nuova vita, momento dunque da salutare con gioia, da sostenere con ogni mezzo. Se però accanto alla parola "procreazione" si aggiunge "artificiale" o "medicalmente assistita", come recita il titolo del testo approvato dalla Camera il 19 giugno scorso, attorno all'evento - lo sottolinea Alpa - aleggia un'ombra, talvolta inconsapevole, di riprovazione, di condanna verso qualcosa che, essendo "artificiale", si contrappone alla "legge di natura". È la sensazione che si prova leggendo l'articolato di norme approvate dalla Camera, in cui divieti, limiti, sanzioni fino alla previsione della obiezione di coscienza per il personale sanitario ed esercente attività sanitarie ausiliarie (art. 16) sembrano trasformare un atto di aiuto alla vita in un atto contro natura, nei confronti del quale poter opporre e far valere i superiori valori etici della propria coscienza.

Innumerevoli le osservazioni del giurista (solo in minima parte affrontabili in questa sede) di fronte ad un testo normativo che, toccando il delicato aspetto dell'esercizio di una libertà fondamentale relativa peraltro ad aspetti personalissimi ed intimi della vita, avrebbe dovuto - come suggerisce Rodotà - non solo essere sobrio e leggero, lasciando ai soggetti interessati la scelta delle tecniche ormai collaudate offerte dalla scienza, ma avrebbe dovuto garantire maggiormente i diritti del nato. Sì, perché il divieto di fecondazione

eterologa, sancito dalla legge (art. 4, comma 3) non solo : a) esclude dall'aiuto medico tutte le numerosissime forme di impossibilità di procreare dovute alla sterilità dell'uomo, senza che tale divieto trovi giustificazione in una diversità o maggiore pericolosità di questa tecnica rispetto all'inseminazione omologa, e b) opera una discriminazione nei confronti della coppia meno abbiente che non può permettersi viaggi della speranza nei vicini Paesi europei, in cui tale tecnica è generalmente ammessa; ma, c) soprattutto offre una tutela di "serie B" a quel bambino che, nonostante i divieti, è nato proprio attraverso la inseminazione eterologa. Su di esso pesa infatti un'incertezza relativa al suo stato di figlio legittimo o naturale riconosciuto non risolta attraverso il divieto, previsto dal testo, per il padre di intentare azioni di disconoscimento della paternità. Il divieto infatti è subordinato a condizioni, che qui non è possibile esaminare, avvalendosi delle quali il padre, pur consenziente alla inseminazione eterologa, potrebbe poi, pentitosi, agire per il disconoscimento del figlio. Si ripropone dunque integralmente il problema che in questi ultimi anni ha impegnato la coscienza di giudici e tecnici, chiamando in causa anche la Corte costituzionale.

Tradisce il suo scopo un testo di norme sulla fecondazione artificiale che non offre strumenti adeguati per la tutela di chi appare il soggetto più debole dell'intera operazione: il bambino nato contro una incomprensibile legge, a dispetto di essa. E il tradimento degli obiettivi appare ancora più evidente se si considera che la Camera, invece di occuparsi di garantire il nato, dedica un'attenzione particolare al nascituro, come se l'intera tecnica di fecondazione fosse volta a sopprimere la nuova vita anziché ad aiutarne la formazione. Peraltro è proprio la formulazione della norma sulla tutela del concepito che suscita le maggiori preoccupazioni nel giurista, consapevole delle conseguenze che sul piano tecnico-giuridico essa potrà avere, e legittima il sospetto che proprio in vista di queste sue conseguenze essa sia stata predisposta.

Per l'art. 1 infatti "... è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito". Il corsivo vale a sottolineare tre parole che, nella loro connessione, stravolgono l'art. 1 del codice civile, secondo il quale la nascita segna il momento iniziale per l'attribuzione all'uomo della qualità di soggetto giuridico. Il che significa, uscendo dal tecnicismo del linguaggio giuridico, che tutti gli uomini, dalla nascita alla morte, sono considerati dal nostro ordinamento, in omaggio al principio di eguaglianza formale, come possibili titolari di tutti i diritti riconosciuti dall'ordinamento e da nessuno di questi possono essere in via generale e preventiva esclusi, ma significa anche che il momento iniziale dell'attribuzione di questa potenzialità è la nascita, tanto vero che nello stesso art. 1 si specifica che "i diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita". La ragione della mancata estensione della soggettività giuridica al concepito non è frutto di una "scelta" dell'ordinamento positivo, ma riposa su un dato naturale che si impone con forza cogente: l'immedesimazione fisica del figlio col corpo della madre durante la specialissima situazione della gravidanza. Questo legame esclusivo del figlio con la madre nel periodo prenatale, fondato su una ragione biologica prima ancora che etica e emozionale, fa sì che il corpo della madre diventi strumento unico ed insostituibile per la vita del figlio, il quale in questa simbiosi annulla, almeno giuridicamente, la sua soggettività. Orbene, proporre una norma, in cui, con apparente nonchalance, si afferma che bisogna tutelare i diritti del concepito al pari degli altri soggetti coinvolti nel processo di fecondazione, significa configurare il concepito come titolare di diritti, il cui esercizio e la cui realizzazione, necessariamente espliciti tramite terze persone (il padre? il giudice minorile? un rinato curator ventris?), porrebbero la madre, come rileva Zatti, non solo in posizione di soggezione e tutela violando la sua dignità, ma in una situazione di potenziale conflitto con il figlio che porta in grembo, ove una sua scelta, frutto di consapevole autodeterminazione, si ponesse in contrasto con i cosiddetti diritti del nascituro. La paradossalità di una simile estensione emerge chiara sol che si pensi che in tal modo i comportamenti della madre relativi al nascituro dovrebbero essere giuridicamente trattati nello stesso modo dei comportamenti della madre rispetto al nato: la madre che si nutre male dovrebbe essere giuridicamente perseguita come la madre che non nutre il figlio già nato? La madre che tenta il suicidio dovrebbe essere incriminata per tentato omicidio del nascituro? E le ipotesi potrebbero continuare.

La coscienza del giurista, proprio perché consapevole della delicatezza dei problemi coinvolti dal misterioso ed unico percorso della maternità, si ribella a soluzioni non meditate, strumentalmente inserite in una legge allo scopo, non poi tanto velato, di costituire il presupposto per un processo che metta in forse la vigenza di un'altra legge: quella sulla interruzione della gravidanza. Se il concepito è soggetto giuridico, si può escludere l'iniziativa di un giudice, particolarmente sensibile a queste tematiche, che sollevi di fronte alla Corte costituzionale la questione di legittimità della legge sostenendo l'aberrante tesi di una "irragionevole" contraddizione tra una legge che riconosce lo stesso come soggetto giuridico ed un'altra che ne autorizza la soppressione? Non si potrebbe correre il rischio di qualificare come omicidio l'aborto, pur nei limiti e con le cautele previste dalla 194, segnando un inammissibile arretramento anche in relazione alla precedente disciplina penalistica, che configurava l'aborto come fattispecie di reato diversa e distinta rispetto all'omicidio, perché diversi e distinti i beni da tutelare?

La difesa della vita del nascituro, problema che non lascia indifferente la coscienza di nessuno, non passa necessariamente attraverso la attribuzione ad esso di una soggettività giuridica, i cui riflessi, come visto, stravolgono, essi sì, l'irripetibile legame tra madre e figlio nel periodo della gestazione: la strada della tutela del nascituro (e non del semplice concepito) è correttamente tracciata proprio nella 194, che salvaguarda la vita del bambino - salvo che non ricorrano, ed in linea di massima entro precisi limiti temporali, le specifiche ipotesi in essa previste che consentono l'aborto - senza tuttavia fare di esso un soggetto giuridico cui attribuire diritti, che un terzo eserciterebbe in suo nome, essenzialmente contro colei, che è l'unica persona deputata dalla natura, prima che dall'etica e dal diritto, a garantirne la vita.

Gilda Ferrando

Professore ordinario di Diritto privato nell'Università di Genova

Quali diritti per il concepito?

La proposta di legge sulla procreazione assistita approvata dalla Camera dei Deputati si apre con l'art. 1 secondo cui "al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito". Si tratta di una dichiarazione di principio che fa riferimento in termini ancora generici ai "diritti del concepito", ma che, tuttavia, nelle intenzioni di chi la ha formulata, intende aprire la strada al riconoscimento di più ampi diritti e della stessa capacità giuridica, come in termini non equivoci facevano altre proposte di legge di iniziativa popolare.

Nella disciplina del nostro codice civile (art. 1), la capacità giuridica si acquista solo al momento della nascita. Ed anche la tutela dei singoli diritti (in campo patrimoniale e successorio) che il codice riconosce al concepito è subordinata al fatto della nascita. Il riconoscimento al concepito di una capacità di ordine generale alla titolarità di diritti sembra non tener conto di quello che è il perdurante significato dell'art. 1 c.c., vale a dire la traduzione nell'ambito del diritto privato del principio di eguaglianza giuridico-formale per il quale uomini e donne, senza alcuna distinzione, hanno tutti, tra la nascita e la morte, eguale attitudine ad essere titolari di diritti. La nascita e la morte segnano, così, con il primo respiro autonomo e con l'ultimo battito cardiaco il periodo entro cui l'uomo è in grado di conservare in modo autonomo la propria individualità e può essere oggetto di una tutela individuale che solo a lui appartiene. Il riconoscimento della capacità giuridica non potrebbe allora essere meccanicamente esteso a chi, non essendo ancora nato, manca dell'autonomia dei propri processi vitali. In altri termini, il fatto che fin dal concepimento inizi un nuovo processo vitale non può far trascurare le profonde differenze che esistono tra il momento iniziale (l'ovulo fecondato) ed il momento finale di tale processo (il bambino che nasce). Né far dimenticare che l'embrione da solo non è in grado di compiere la strada che porta dall'uovo fecondato alla nascita: ciò è possibile solo se una donna accetta di accoglierlo e si realizza, nella gravidanza, quell'unione, unica nel suo genere, tra la madre ed il figlio che nascerà. Si comprende bene, anche da questo punto di vista, la ferma protesta della Comunità israelitica quando, di fronte alla decisione britannica di distruggere gli embrioni congelati da più di cinque anni, qualcuno ha gridato al genocidio. Nei campi di sterminio furono uccisi uomini e donne, padri, madri, sorelle e fratelli: non embrioni. E non c'è peggior disegualianza che il trattare allo stesso modo situazioni differenti.

Se ci guardiamo attorno, possiamo constatare che nessuna delle leggi europee che, con diversità di accenti e ispirazione, hanno regolamentato questi problemi ha ritenuto di dover modificare la norma sulla capacità giuridica. Alcune legislazioni contengono enunciazioni di principio sulla tutela della dignità dell'uomo o del concepito. Così l'art. 24 novies della Costituzione svizzera si apre affermando che "l'uomo e il suo ambiente sono protetti contro gli abusi in materia di tecniche della procreazione di manipolazioni genetiche". A sua volta l'art. 16 del c.c. francese - modificato dalla legge n. 653 del 1994 sul "Rispetto del corpo umano" - dispone che "la legge assicura il primato della persona e impedisce ogni menomazione della dignità di questa garantendo il rispetto dell'essere umano dall'inizio della vita". In questa enunciazione si parla di "rispetto" dell'essere umano, di tutela della sua "dignità", ma questo non coincide con la capacità giuridica.

La stessa Convenzione europea di bioetica (Oviedo, 1997) impegna gli Stati ad essa aderenti a proteggere "l'essere umano nella sua dignità e identità" (art. 1). Fa divieto di produrre embrioni a scopo di ricerca (art. 18), ma precisa che, quando la ricerca sull'embrione in vitro è ammessa dalla legge, quest'ultima deve garantire una tutela "adeguata" dell'embrione. Si tratta di norme che variamente proteggono la dignità e la vita umana ma che non fanno riferimento alla nozione di capacità giuridica, né a singoli diritti del concepito. Anche la legge tedesca del 1990, che è tra le più garantiste in Europa, non contiene nessuna enunciazione di carattere generale sulla natura e sulla tutela dell'embrione.

La legge italiana sull'interruzione della gravidanza si iscrive in questo indirizzo. Essa si apre, all'art. 1, con l'enunciazione secondo cui "la legge protegge la vita umana fin dal suo inizio", ma allo stesso tempo attua un bilanciamento tra tutela del concepito e diritto alla salute fisica e psichica della madre. Solo quando sussiste la possibilità di vita autonoma del feto il medico deve adottare ogni misura idonea a salvaguardare la vita del feto (art. 7). La tutela del concepito non è assoluta, ma è mediata con i diritti della donna ed è più intensa con il progredire della gravidanza.

Era stata, d'altra parte, la stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 27 del 1975, a stabilire che, nel bilanciamento di interessi tra diritto alla salute "di chi è già persona", la donna, e diritto alla vita "di chi persona non è ancora", il feto, è il primo a dover prevalere, alla luce dei principi della nostra Costituzione.

Questa impostazione prudente, che non nega all'embrione tutela e non ne misconosce la dignità, ma non gli riconosce l'attitudine generale alla titolarità di diritti, come fa per chi è già nato, non va, a mio giudizio, abbandonata. Quando, infatti, si considerino gli interessi dell'embrione nella molteplicità di situazioni in cui può venire in gioco la sua tutela, e li si pongano a confronto con gli altri interessi con cui si misura, mi pare difficile credere che tutti i problemi possano essere risolti con una "formula magica", con il riconoscimento della capacità giuridica del concepito. Volta a volta, infatti, con il diritto dell'embrione si confrontano quello della scienza (sperimentazione), il diritto alla salute dei malati (utilizzo di tessuti embrionali o

fetali in medicina), il diritto della madre alla salute e all'autodeterminazione (FIVET, diagnosi e chirurgia prenatale). Altre volte sono gli stessi diritti degli embrioni a confrontarsi tra loro ponendo il medico di fronte ad una di quelle scelte tragiche che paiono senza soluzione (riduzione embrionaria nelle gravidanze plurime).

Quando l'embrione sia stato concepito in vitro, le sue possibilità di svilupparsi e, quindi, di nascere dipendono dalla disponibilità di una donna di iniziare e portare a termine la gravidanza. Senza una donna l'embrione non può realizzare quello che pare essere il suo interesse primario, vale a dire diventare uomo, sembrando l'interesse ad essere conservato come embrione rivestire un carattere strumentale e provvisorio rispetto ad esso. D'altra parte il principio dell'invulnerabilità fisica della persona è così profondamente radicato nella nostra cultura e nel nostro ordinamento (art. 13 Cost.) che nessuno può essere costretto a versare una sola goccia del suo sangue contro la sua volontà, anche quando si tratti di accertare la sua paternità nei confronti di un figlio, o di salvare la vita del figlio con un trapianto di midollo o una donazione di sangue. Sembra allora assurdo anche soltanto pensare che una donna possa essere costretta a iniziare una gravidanza per consentire all'embrione di svilupparsi. Ma questo vuol dire che l'interesse primario dell'embrione a diventare uomo non può essere tutelato in via autonoma e, dunque, è qualcosa di diverso da un "diritto".

Neppure sembrano tutelabili in via autonoma il diritto alla salute, o alla stessa vita, dell'embrione o del feto nel corso di una gravidanza. Il rispetto dell'autonomia della persona, della inviolabilità della sua sfera fisica, da cui discende la necessità del consenso informato e personale del paziente che si sottopone a trattamento medico, esclude che un intervento medico (terapeutico o chirurgico) sul feto possa avvenire senza o contro il consenso della madre. Qui non si tratta di decidere se l'embrione sia semplicemente "nel ventre" di sua madre, o non sia piuttosto "cosa sua". Pur partendo dalla premessa che il feto sia "altro" rispetto alla madre, la gravidanza fa sì che quella del feto sia una condizione particolarissima per cui ogni intervento su di lui è anche intervento sulla madre, il cui personale consenso è condizione irrinunciabile. Viceversa, ogni intervento sulla madre implica anche delle conseguenze rispetto al feto: solo la donna potrà decidere se sottoporsi o non sottoporsi a terapie o interventi necessari per tutelare il suo diritto alla vita o alla salute, anche quando ad altissimo rischio per il feto.

Con riguardo alla FIVET la preoccupazione espressa dal progetto approvato dalla Camera è quella di evitare lo spreco di embrioni e la formazione di embrioni sovrannumerari. Viene vietata la crioconservazione di embrioni (salvo casi davvero eccezionali) e l'le tecniche di produzione degli embrioni... non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre" (art. 14). In tal modo, tuttavia, si costringe la donna ogni volta a sottoporsi a cicli di stimolazione ormonale ed al prelievo di ovociti, senza tener conto dei rischi per la sua salute, che talvolta potrebbero consigliare il prelievo di un numero maggiore di ovociti ed congelamento o degli stessi ovociti o degli embrioni.

Si vietano inoltre le diagnosi preimpianto che hanno lo scopo di verificare eventuali malattie genetiche e quindi di selezionare, per l'impianto, solo gli embrioni sani. Si tratta di strumenti molto efficaci per combattere piaghe come l'anemia mediterranea, per consentire di avere un figlio a quelle coppie che altrimenti, nel dubbio di trasmettere la malattia, si asterranno dall'avere figli. Una malintesa tutela dell'embrione priva le coppie di questa possibilità, ma non impedisce che la donna possa ricorrere, dopo l'impianto, all'interruzione della gravidanza.

Piuttosto che riconoscere al nascituro una capacità giuridica anticipata fin dal momento del concepimento, il legislatore dovrebbe affrontare in modo realistico il problema della sua tutela, tenendo conto delle diverse situazioni ed dei diversi contesti in cui viene in gioco la tutela della vita prima della nascita. Ma vi sono anche altre ragioni che raccomandano al legislatore di accostarsi con molta prudenza a questi temi: è la consapevolezza che l'evoluzione rapida dei valori e della coscienza sociale, così come i progressi delle conoscenze mediche e delle tecniche non consentono di dire parole definitive, ma richiedono una verifica paziente e costante nel tempo delle scelte compiute. E' per questo che altrove, ad esempio in Francia, va affermandosi la tecnica del legiferare "a tempo", in modo da poter verificare l'"impatto" che una certa disciplina ha sul tessuto sociale e la sua perdurante attualità.

Paolo Zatti

Dipartimento di diritto comparato Università di Padova

La prima osservazione che sento di fare sull'art. 1 della proposta di legge in materia di concezione assistita (la legge "assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito") non riguarda quel che dice, ma quel che non dice. La disciplina dell'accesso alla fecondazione assistita esclude, come si sa, la coppia non convivente, la coppia omosessuale, la donna sola, la donna in età non fertile, la vedova (art.5). Ebbene, tutte queste esclusioni sono conseguenze di una premessa che non si è tradotta in norma ma che è rintracciabile nella storia della proposta: quella secondo cui esistono diritti "del bambino" che vanno protetti prima del concepimento per stabilirne le modalità; anzi, diritti "del bambino" che impongono in certi casi di evitare il concepimento del bambino medesimo.

Per esempio: perché non ammettere una donna sola alla procreazione assistita? Perché - si è detto - uno dei diritti più importanti del bambino è quello alla "doppia figura genitoriale". Affermazione vera, naturalmente: se si deve tutelare un minore nelle situazioni di conflitto familiare, nelle situazioni di mancato riconoscimento, o di abbandono e conseguente adozione, il criterio che si segue è quello di fare in modo che

abbia, se possibile, due genitori. Nel concreto, anche questo risultato dev'essere spesso valutato, per vedere se davvero faccia il miglior interesse del bambino. Ma il principio c'è, e si può dire che il bambino ha diritto a due genitori piuttosto che a uno solo.

Dal diritto di un bambino (vivo) di avere se possibile due genitori, si è inferito un diritto del bambino (futuribile, quello del cui concepimento si discute) a non essere concepito da madre sola, da madre vedova, e via dicendo: dunque a non essere concepito affatto, a non esistere piuttosto che a esistere come figlio di donna sola o di donna lesbica. A me non pare una scelta pro-life: anzi, mi sembra che si sia utilizzato pesantemente un criterio, assai arbitrario, di qualità della vita: chi sceglierebbe di non essere nato piuttosto che di essere concepito da una single in età fertile, in grado di crescere ragionevolmente un figlio? Mi sembra anche una violazione dell'eguaglianza, visto che una donna feconda che decide di fare un figlio secondo natura utilizzando un rapporto occasionale o un amico solidale usa di una libertà di procreazione che il nostro legislatore non ha osato mai regolare o limitare; la stessa donna, quando deve per infertilità o per scelta rivolgersi alla tecnica medica diviene oggetto di una intrusione pesantissima della legge dello Stato, di un divieto di procreare giustificato in nome del diritto di chi, per poter essere meglio tutelato, sarà escluso dal venire all'esistenza. Tra parentesi: come non concludere che la donna sola che concepisce naturalmente un figlio senza assicurargli la doppia figura genitoriale ha leso un diritto di suo figlio, ha commesso un illecito e lo dovrebbe risarcire ?

* * * * *

In realtà c'è un paradosso in questo diritto del "concepibile" a non essere concepito se non da due genitori. Il nostro linguaggio, dominato dall'idea dell'io, deve riferire i diritti a un soggetto. Si fa un po' di fatica a parlare del diritto di un non-io a non diventare un io: compare un "nessuno", e reclama protezione verso un fato avverso che lo farebbe scendere, contro il suo desiderio, nel regno dei vivi. Si può immaginare in certi casi - molto a stento, perché il diritto non è Dio - un divieto di far nascere al dolore: ma l'idea di un diritto a non nascere è rifiutata, nel pensiero giuridico e nella giurisprudenza, anche in caso di wrongful life; figuriamoci rispetto al destino di avere una madre sola.

Non è invece un paradosso parlare di diritti del concepito e di ascrivere il concepito al novero dei "soggetti coinvolti". È una scelta che la proposta di legge fa - qualcuno ha detto - con un secondo fine politico, pensando di introdurre un cuneo in un sistema che nega la soggettività al non-nato. Poiché sono interrogato come giurista, prendo anzitutto la norma per quel che dice. La norma dice una cosa che ha senso, e che non aggiunge nulla a quanto lo stato dell'arte circa lo statuto dell'embrione e del feto non dica già, se lo si considera senza paraocchi ideologici.

Il concepito può avere diritti? Ne ha, allo stato attuale? ed è "soggetto coinvolto" in qualche relazione giuridica? Rispondo di sì a tutte e tre le domande.

Nel linguaggio del diritto, si dice che chi non è nato non ha la qualità giuridica di "persona". Ciò non vuol dire che non sia un essere umano, un esemplare della specie umana in una fase iniziale della sua vita biologica; non vuol dire neppure che non sia un uomo rispetto ai "diritti dell'uomo". Questa è un'altra partita. Quando si dice che il nascituro non è giuridicamente persona, si usa "persona" come qualificazione giuridica, iuris civilis vocabulum; si dice cioè che solo con la nascita un essere umano acquista quello status unificato con cui ciascuno di noi tra la nascita e la morte si muove sulla scena giuridica: la maschera, il prosopon di scena, la veste del soggetto capace di una totalità indeterminata di diritti ed obblighi, cioè dotato della capacità giuridica generale dell'art. 1 cod.civ.

Può, chi non ha questa capacità, essere titolare di diritti? Un secolo fa si sarebbe forse risposto di no, ma oggi si risponde di sì: chi non ha capacità giuridica generale può tuttavia essere titolare di singoli diritti o di pacchetti delimitati di diritti. La soggettività non è più vista nei termini del tutto o del nulla, essere o non essere: essere soggetto o essere oggetto, avere capacità generale o non esistere come destinatario di norme e di singoli diritti. Si pratica una considerazione relativa a contesti, situazioni, aspetti.

Ma il non-nato può avere diritti? Non dicevamo che il linguaggio dei diritti è ancora legato allo schema dell'io? Il non-nato è "abbastanza" io da poter portare un diritto? se l'io è la storia di un organismo umano, il concepito ha una breve storia. Ma è tuttavia un organismo umano emerso nella realtà biologica e nella realtà sociale: è un inizio di storia che non ha le qualità per vestire la maschera uniforme di scena (la persona) ma offre un punto di appoggio sufficiente al riferimento di alcuni diritti. Lo offre, se si guarda bene, in modo analogico, a partire dalla vicinanza che c'è tra il nato e il nascituro alle soglie della nascita, e poi declinando all'indietro, attraverso soglie importanti (la vitalità, la capacità di sofferenza) fino al nucleo dell'individuazione e forse del concepimento. Sarebbe ben singolare che mentre si discute di diritti degli animali la relativa distanza tra il nato e il feto ci impedisse di considerarlo come possibile portatore di delimitati diritti.

Andando all'indietro dal momento della nascita il nostro sistema (legge scritta, convenzioni internazionali, giurisprudenza) riconosce importanti diritti al non-nato:

- la qualità di vittima di omicidio nella fattispecie dell'infanticidio durante il parto o alle soglie del parto (art. 578 cod.pen); secondo un'opinione estensiva l'omicidio riguarda ogni feto viable, idoneo a vivere fuori del grembo;* il diritto al soccorso (che implica diritto alla vita e diritto a nascere) dopo la soglia della vitalità, diritto che riguarda il feto ancora in utero (art. 7, comma 3°, l. 194);

- il diritto alla vita ai fini del risarcimento del danno in caso di incidente o fatto volontario che determini la morte del feto;
- il diritto alla salute e il diritto a nascere sano;
- la qualità di paziente nel rapporto terapeutico pre-natale;
- la qualità di terzo beneficiario di un contratto di cura stipulato dalla madre;
- il diritto all'identità genetica;
- il diritto alla dignità umana;
- il diritto a non essere fatto strumento di ricerca scientifica.

Alcuni di questi diritti possono essere messi a rischio in un processo di fecondazione assistita; non si vede perché non farne richiamo in apertura della legge. Da questo punto di vista, la norma di cui si discute non ha niente di rivoluzionario; riflette lo stato delle cose.

La formula dell'art. 1 della proposta accenna a tutti i " soggetti" coinvolti, mettendo in relazione, eventualmente, madre e concepito. L'idea di una tutela anche rispetto alla madre ha fatto pensare a una ricaduta possibile sull'interruzione di gravidanza. Vediamo quindi il centro del problema: diritti del feto e aborto.

* * * * *

Non ho sopra menzionato la norma forse più importante in materia di tutela del concepito, quella che apre la legge 194 proclamando che la vita umana è protetta "fin dal suo inizio", sulla base della sentenza precedente della Corte costituzionale.

Da parte laica si è visto nell'art. 1 della nuova proposta di legge lo strumento che potrebbe cambiare il senso dello stesso art. 1 della legge 194. Questa non parla di "diritto" alla vita ma di tutela della vita umana. Ecco allora il timore: se la nuova norma proclamerà che il concepito ha dei diritti, anche la vita del concepito non sarà più solo un valore protetto, ma un diritto riconosciuto anche verso la madre: e si sarà posta la premessa per ridiscutere la liceità dell'aborto.

Che questo sia o possa essere il disegno politico di una parte, è questione su cui qui non intendo esprimere ipotesi o giudizi. Ma se c'è, questo disegno non può trovare sostegno in una pretesa logica giuridica. Il discorso infatti è diverso.

La vita (e la salute che ne dipende) è già oggi oggetto di un diritto del concepito. Nei contesti estranei alla relazione madre-figlio propria della gravidanza, questo diritto si dispiega ricevendo tutela verso chi ne faccia lesione. Ad esempio, nella diagnosi o nella terapia prenatale il medico ha di fronte il feto come paziente, "inviluppato" se così si può dire, nello schermo del corpo e del consenso della madre: ma a lui, al feto, non solo alla madre, egli deve il comportamento adeguato per proteggerne la vita e il diritto a nascere sano. Ancora: il terzo che causa la morte del feto per incidente o per atto violento, risponde di una lesione del diritto alla vita. Anche tra madre e figlio il problema si può porre, fuori del contesto dell'interruzione di gravidanza. Alla donna è garantita, nelle condizioni previste dalla legge, la scelta di interrompere la gravidanza, ma la madre non è signora della vita del feto fuori da quella specifica scelta: non può essere indifferente, ad esempio, ad un contagio potenzialmente letale per il feto.

Nel contesto della gravidanza e nel problema della sua interruzione, però, il diritto alla vita del feto trova un controvalore di particolare forza dal punto di vista giuridico. Il diritto dello Stato, per proteggere il feto, dovrebbe affermare la sua giurisdizione sul corpo e dentro il corpo della donna. Questa volta, il fatto che il feto sia "inviluppato" in un altro corpo, pone il problema del conflitto tra la sua vita e il rifiuto di continuare la gravidanza da parte della donna il cui corpo - la cui identità, il cui vissuto, la cui salute nel linguaggio della legge 194 - è in questione. Noi viviamo in sistemi giuridici nei quali il principio che attribuisce a ciascuno il diritto di non essere deciso da altri quanto al corpo e alla salute è sempre più forte: basta seguire la giurisprudenza in tema di consenso al trattamento medico, di rifiuto alle cure, di diritto a lasciarsi morire. Rispetto a questo forte controvalore, la vita del feto, benché affermata come diritto, entra in bilanciamento e può soccombere. Questo può urtare il sentimento morale di una parte di noi, ma è una conseguenza propria alla logica giuridica e al limite del diritto, che si ferma là dove, per tutelare una vita, dovrebbe imporre ad un'altra persona interventi sul suo stesso corpo. E' perciò che affermare un diritto alla vita del feto, ed anche la "santità della vita" in senso laico (nel senso in cui, ad esempio, se ne parla nelle sentenze inglesi in materia bioetica) non implica di avere automaticamente negato la liceità dell'interruzione di gravidanza, o averla limitata a casi di stato di necessità. Ed è perciò che, viceversa, affermare la legittimità dell'interruzione di gravidanza non richiede di negare il diritto alla vita del feto: questo significherebbe un eccesso di legittima difesa e - mi si scusi l'idiom poco elegante in questo caso- buttare il bambino con l'acqua sporca; perché di fronte a tutti i contesti diversi dall'interruzione di gravidanza, nei quali è civile proteggere la vita del feto, è utile e giusto ragionare in termini di diritto alla vita. Chi crede che il riconoscimento di uno dei due valori sia l'ineluttabile e totale negazione dell'altro segue un assioma di assolutezza dei valori che non è il più adatto a ispirare il legislatore di uno Stato pluralista e che non è, per fortuna, quello di cui fruiamo nel nostro ordinamento e in quelli a noi vicini.

* * * * *

Guido Calabresi, che tutti conoscono come giurista liberal, ha spesso osservato che in tema di vita prenatale, di statuto dell'embrione e del feto, di interruzione di gravidanza, si assiste ad una contesa in cui una parte cerca di togliere all'altra la cittadinanza, di espellerla dal recinto della legge. La sentenza Roe v. Wade della Corte Suprema U.S.A. - egli sostiene in *Ideals, Beliefs, Attitudes and the Law* - è caduta in questo errore: per ammettere la legittimità dell'interruzione di gravidanza ha creduto necessario proclamare che il feto non è persona secondo la Costituzione degli Stati Uniti. Con ciò, ha reso estranei alla Costituzione quelli che credono che il feto sia persona. Poteva la Corte motivare diversamente una decisione favorevole alla legittimità dell'aborto? Sì, dice Calabresi: poteva motivare sulla base della forza del valore della privacy (in senso americano), o dell'eguaglianza sessuale, e dire che nel balancing tra la vita del feto e questi valori la prima può dover soccombere.

Il modello del bilanciamento però funziona se è reciprocamente accettato da chi sostiene valori in conflitto. Sarebbe bello discutere tra persone che non tentano di espellersi reciprocamente dal recinto della vita civile, riconoscendosi come legittime minoranze (che tali tutti siamo). E invece c'è una singolare concordia nel scegliere la tecnica dell'espulsione, il dogma dell'assolutezza di valori. L'assunto per cui: "se il feto ha diritto alla vita, l'aborto è illecito; ergo, solo negando il diritto alla vita del feto l'aborto è legittimo" sarebbe forse sottoscritto da una larga maggioranza di appartenenti agli opposti schieramenti. Ma giuridicamente è un assunto falso; eticamente, è la regola del gioco di uno scontro di fondamentalismi che si alimentano a vicenda.