



**Guido Alpa**

(ordinario di Istituzioni di diritto privato nella Facoltà di  
Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza")

### **Laicità e diritto privato \***

**SOMMARIO:** 1. Laicità: definizioni - 2. Il problema della laicità nel diritto privato - 3. Laicità e rapporti di diritto privato - 4. Giurisprudenza recente - 4.1. Procreazione artificiale - 4.2. Esposizione dei simboli religiosi - 4.3. Licenziamento del dipendente per contrasto con la tendenza dell'impresa datoriale - 5. Congedo - 6. Appendice - 6.1. Lo statuto dell'embrione tra libertà, responsabilità, divieti - 6.1.1. Spetta al giurista definire lo statuto dell'embrione? - 6.1.2. La risposta del giurista è condizionata dal metodo? - 6.1.3. Il dibattito apertosi in Europa tra studiosi di diverse discipline ha segnato percorsi fruibili dal legislatore? - 6.1.4. Quali proposte si erano formulate nell'esperienza italiana? - 6.1.5. Il diritto europeo e il diritto comunitario possono soccorrere il giurista italiano? - 6.1.6. Il modello inglese può costituire un'alternativa possibile? - 6.1.7. Si può costruire lo statuto dell'embrione soltanto su regole che impongano divieti? - 6.1.8. Da dove ripartire per definire un modello accettabile? - 6.2. Il danno da procreazione e il diritto a nascere sani - 6.3. Il principio di autodeterminazione e le direttive anticipate sulle cure mediche - 6.3.1. Premessa - 6.3.2. La prima fase del dibattito. Accanimento terapeutico e diritti dei malati e dei morenti - 6.3.3. La seconda fase del dibattito. Il "testamento biologico" - 6.3.4. La terza fase del dibattito. La dignità del morente - 6.3.5. La situazione attuale. Utilità dell'intervento legislativo - 6.3.6. Conclusione.

#### **1 - Laicità: definizioni**

Il dibattito che si è acceso nel corso del biennio in tema di laicità ha sollecitato gli studiosi a definire in modo preciso i confini di questo termine. Si è posto in luce che la parola *laos* ("popolo", in greco) passa per il latino medievale "per designare innanzitutto ciò che non faceva parte di un ordine ecclesiastico, restando però legato alla vita della Chiesa" (1); viene ripreso nel corso del Settecento, in particolare da Voltaire, per alludere ad una sorta di religione deista, con i suoi simboli e i suoi rituali, contrapposta alle religioni confessionali; nei rapporti tra

---

\* Testo, corredato delle note, della relazione al IV Convegno della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano-Bicocca (9-10 febbraio 2006) su *Laicità e stato di diritto*, destinato alla pubblicazione negli Atti (a cura di A. Ceretti e L. Garlati) per la casa editrice Giuffrè.

(1) P. MATVEJEVIC', "L'Europa e il laicismo", in E. SCALFARI (a cura di), *Dibattito sul laicismo*, Roma La Repubblica 2005, pp. 115 e segg.



Stato e Chiesa, *laicità* è omologa di *secolarizzazione*, e si contrappone a *confessionalità*. Sono pertanto *laici* non coloro che negano l'esistenza di dio (gli atei), non coloro che sono indifferenti rispetto al problema di Dio (agnostici), ma coloro che – anche se credenti – “rifiutano di fondare la politica, le istituzioni, la convivenza civile su basi teologiche, fideistiche” (2). “Laicità non è un contenuto filosofico, bensì un abito mentale, la capacità di distinguere ciò che è dimostrabile razionalmente da ciò che invece è oggetto di fede – a prescindere dall'adesione o meno a tale fede – e di distinguere le sfere di ambiti delle diverse competenze, per esempio quelle della Chiesa e dello Stato, ciò che – secondo il detto evangelico – bisogna dare a Dio e ciò che bisogna dare a Cesare” (3).

I valori della laicità attengono ai rapporti tra l'individuo e lo Stato, la sfera pubblica e la sfera privata, l'eguaglianza dei diritti, la lotta contro le discriminazioni, la promozione degli ideali di tolleranza e di fraternità, di pluralismo e riconoscimento dell'altro (4). Laicità significa rispetto dei diritti umani, ed è quindi coniugata con il diritto naturale, ma non necessariamente con la tendenza a riprodurre nelle leggi civili le espressioni di ciò che molti ritengono appartenere alla “natura”.

La laicità è un processo storico, che si viene delineando a partire dal Secolo dei Lumi, attraversa l'Ottocento e ai primi del Novecento trova la sua compiuta realizzazione nella legislazione introdotta in Francia a proposito del divorzio, della sepoltura nei cimiteri, nella scolarizzazione, nell'interdizione dell'insegnamento religioso nelle scuole elementari, nel divieto di esposizione di simboli e segni religiosi nei luoghi pubblici. Nel 1946 la nuova Costituzione francese definisce nel suo primo articolo la Francia come una “repubblica laica”. Ma vi sono Paesi le cui costituzioni si aprono con l'invocazione a Dio, come la Germania, la Grecia o l'Irlanda.

Laicità è un metodo, che appartiene sia ai credenti sia ai non credenti: laicità significa che lo Stato (per l'appunto laico) è “aconfessionale”, “non offre una sanzione giuridica alle norme etico-religiose proprie di una particolare confessione, ma che al tempo stesso riconosce non solo la libertà di coscienza, l'esistenza delle istituzioni religiose e l'importanza fondamentale del fattore religioso per la vita della comunità politica” (5).

---

(2) G. PRETEROSSÌ, “Contro le nuove teologie della politica”, in G. PRETEROSSÌ (a cura di), *Le ragioni dei laici*, Laterza, Roma-Bari 2005, p. 3.

(3) C. MAGRIS, “Laicità e religione”, in *Le ragioni*, cit., p. 109.

(4) P. MATVEJEVIC', “L'Europa e il laicismo”, cit., p. 119.

(5) P. SCOPPOLA, “Cristianesimo e laicità”, in *Le ragioni*, cit., pp. 121 e segg.



Nella Costituzione italiana il principio di laicità è formulato in diverse disposizioni, e comporta <sup>(6)</sup>:

- il diritto di professare liberamente la propria credenza religiosa
- il diritto di farne propaganda, e di praticarne il culto in pubblico e in privato
- la dignità dei cittadini e l'eguaglianza senza distinzione secondo il loro credo
- i diritti inviolabili dell'uomo nel loro livello individuale e nelle formazioni sociali
- la separazione di Stato e Chiesa intesi come due ordini sovrani e indipendenti
- il diritto dei culti di organizzarsi liberamente
- la istituzione di patti tra lo Stato e le diverse confessioni religiose
- il divieto di gravami fiscali o di limitazioni legislative che possano pregiudicare la costituzione e l'attività di associazioni o istituzioni aventi lo scopo della religione e del culto.

Laicità è un principio generale del diritto, in particolare del diritto italiano, proclamato da numerose sentenze della Corte costituzionale, emesse prima della riforma dei Patti lateranensi (nn. 30, 31, 32 del 1971; 185 del 1972; 175 del 1973; 16, 17, 18 del 1982) e dopo la riforma, con gli Accordi di Villa Madama del 1984 (n. 203 del 1989, 13 del 1991, 195 del 1993, 440 del 1995, 235 e 329 del 1997, 508 del 2000, 327 e 346 del 2002, 168 del 2005). Esso significa che lo Stato non è indifferente rispetto ai fenomeni religiosi, ma anzi, salvaguarda la libertà religiosa in regime di pluralismo confessionale e culturale.

Laicità dunque è anche una dimensione giuridica, nel senso della distinzione tra valori religiosi e valori giuridici, così come sono distinti i valori etici dai valori giuridici, anche se il diritto se ne può appropriare. La scelta dell'appropriazione deriva dalla volontà della maggioranza, cioè dalle scelte parlamentari, dai principi costituzionali, dai principi derivanti dal diritto europeo.

La riforma del titolo V della Costituzione non ha modificato questa impostazione, anche introducendo il principio di sussidiarietà.

La Carta di Nizza, e poi il testo della Costituzione europea, senza disconoscere i valori cristiani dell'Occidente, hanno tuttavia scelto di non fondare l'Unione sulle "radici cristiane dell'Europa" <sup>(7)</sup>, per non

---

<sup>(6)</sup> F. MARGIOTTA BROGLIO, "La laicità dello Stato", in *Le ragioni*, cit., pp. 84 e segg.

<sup>(7)</sup> G. ALPA, M. ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, Giuffrè, Milano 2005.



accedere alla confessionalizzazione del testo costituzionale e per dare spazio al più ampio pluralismo <sup>(8)</sup>.

## **2 - Il problema della laicità nel diritto privato**

In questo contesto potrebbe apparire che la laicità dello Stato (e quindi del suo ordinamento giuridico) configuri un carattere proprio soltanto ai rapporti tra il cittadino e lo Stato, o tra enti che si pongono in rapporto con lo Stato e le sue articolazioni, cioè attenga alla dimensione pubblicistica del diritto. Ed in effetti, se si pensa alla storia dei rapporti tra Stato e Chiesa in Italia, alla diversa posizione che ha la Chiesa cattolica nello Statuto albertino (dal quale tuttavia originò una legislazione laica dello Stato unitario) e nella Costituzione repubblicana, alla disciplina della religione nella scuola, alla disciplina dell'insegnamento privato, al regime fiscale della Chiesa e delle sue istituzioni, e così via, oppure alla ripartizione in sede scientifica e didattica delle materie (tra le quali il diritto ecclesiastico, pur autonomo, è considerato come una branca o una specializzazione del diritto pubblico), questa collocazione non può essere contestata.

Tuttavia, molti sono i casi in cui emerge il dibattito e la tensione (o, se si vuole, il rapporto dialettico) tra laicità e confessionarietà anche nell'ambito dei rapporti tra privati, e quindi la laicità lambisce anche la dimensione privatistica, ora per i suoi aspetti etici, ora perché incide sulla sfera del privato, ora perché coinvolge rapporti negoziali. Su questa problematica si è organizzato trent'anni fa un ampio dibattito promosso dalla Università Cattolica di Milano <sup>(9)</sup>. A distanza di trent'anni molte cose sono cambiate, ma siccome la laicità – come sopra sottolineavo – è un processo, non si deve credere che il cambiamento abbia assunto solo il segno della progressiva sempre più spiccata secolarizzazione. È un processo che avanza e retrocede, come tutti i processi culturali <sup>(10)</sup> è un processo che non riguarda solo il nostro

---

<sup>(8)</sup> S. RODOTÀ, "L'offensiva religiosa nel laico Occidente", in *Dibattito sul laicismo*, cit., pp. 19 e segg.; R. DAHRENDORF, "La ragione illuminista e i fanatici del dogma", in *Dibattito sul laicismo*, cit., pp. 55 e segg.; G. AMATO, "Dove nasce la società egoista", in *Dibattito sul laicismo*, cit., pp. 95 e segg.

<sup>(9)</sup> *Laicità. Problemi e prospettive*, Atti del XLVII corso di aggiornamento culturale dell'Università cattolica, Verona 25-30 settembre 1977, Vita e pensiero, Milano 1977.

<sup>(10)</sup> U. ECO, *A passo di gambero. Guerre calde e populismo mediatico*, Bompiani, Milano 2006; R. BODEI, "Ma la storia non va né avanti né indietro", in *Il Sole 24 Ore*, 5.2.2006, n. 35, p. 31.



Paese, ma tutto l'Occidente, dove è sorto e si è radicato il problema della laicità <sup>(11)</sup>.

Allo stesso modo tutto il dibattito – si potrebbe dire l'epopea – dei diritti fondamentali (come riflesso del diritto naturale vigente, come riflesso del giuspositivismo, come provenienti direttamente da Dio oppure come codificati storicamente e quindi relativamente) ne è un esempio sintomatico.

### **3 - Laicità e rapporti di diritto privato**

Come accennavo, molti problemi propri del campo etico sono assunti rispettivamente dalla religione e dal diritto, sì che dal loro intreccio emergono soluzioni che variano nel tempo e nello spazio.

#### *(i) La persona*

Esempi conclamati sono la concezione e quindi la disciplina del corpo umano, dei trapianti, del cambiamento di sesso, dell'embrione e delle cellule staminali, della procreazione naturale (alla quale si sottrae il requisito della volontarietà) e della procreazione artificiale, del testamento biologico, dell'aborto e della pillola abortiva, alla tutela della salute e all'impiego di mezzi contraccettivi e protettivi.

#### *(ii) La famiglia*

Altri esempi si possono rinvenire nella disciplina della famiglia e dei rapporti familiari. Si pensi al divorzio consensuale, all'affidamento dei minori effettuato sulla base della moralità o delle opinioni religiose di uno dei genitori, alla famiglia di fatto, alla convivenza omosessuale, ai "pacs", all'adozione del "single".

#### *(iii) La scuola*

In particolare il dibattito si è incentrato sui simboli religiosi esposti nelle aule scolastiche e sul velo delle giovani islamiche.

#### *(iv) I rapporti di lavoro*

Il dibattito si è incentrato sulle c.d. imprese di tendenza e sui licenziamenti dei dipendenti di istituzioni religiose per aver espresso opinioni o aver tenuto comportamenti incompatibili con i valori propri del loro datore di lavoro

#### *(v) Le associazioni*

In particolare le questioni riguardano le Onlus, le associazioni di volontariato e di promozione sociale.

#### *(vi) La responsabilità civile*

---

<sup>(11)</sup> J. CASANOVA, *Oltre la secolarizzazione. Le religioni alla riconquista della sfera pubblica*, Il Mulino, Bologna 2000, pp. 74 e segg.



Si tratta del danno da procreazione, del risarcimento del danno morale ai conviventi more uxorio.

Sono temi che investono la legislazione, la giurisprudenza e gli orientamenti dottrinali.

#### **4 – Giurisprudenza recente**

##### **4.1 - Procreazione artificiale.**

Sulla procreazione naturale e sulla non necessarietà del requisito della volontarietà è ormai consolidato l'orientamento in base al quale spetta unicamente alla donna la scelta responsabile di interrompere la gravidanza, sussistendone le ragioni giustificative; e che la paternità naturale può essere accertata anche contrariamente alla volontà del presunto padre, dal momento che ai sensi dell'art. 269 cod. civ. la paternità va attribuita come conseguenza giuridica della procreazione – onde l'esclusiva decisività dell'elemento biologico – non occorrendo anche una cosciente volontà di procreare e non rilevando di conseguenza un disvolere od il rifiuto del presunto padre, che altrimenti, la disciplina ex art. 269 cod. civ. risulterebbe ben agevolmente eludibile; il rapporto di filiazione naturale configura la particolare situazione giuridica in cui si trova la persona per fini che trascendono l'interesse degli stessi soggetti del rapporto e sono per ciò sottratti al libero potere di disposizione della volontà privata (v. già Cass. 1973, n. 2163; 18 novembre 1992, n. 12350).

Sulla procreazione assistita si è raccolta una giurisprudenza nutrita in epoca anteriore all'intervento legislativo (l. 19 febbraio 2004, n. 40; Decr. Min. Salute, 16 dicembre 2004, n. 336).

Il Tribunale di Napoli, con ord. del 14 marzo 1997, aveva sollevato la questione della legittimità costituzionale dell'art. 235 n. 2, ai sensi degli artt. 2, 3, 29, 30, 31 Cost., che non consente, in caso di inseminazione artificiale eterologa, il disconoscimento da parte del padre (cosciente della propria impotenza di generare) consenziente all'intervento. La Corte costituzionale, con sentenza del 26 settembre 1998, n. 347, ha ritenuto inammissibile la questione in quanto la disposizione non riguarda l'inseminazione artificiale bensì la filiazione nascente da una relazione adulterina.

Il Tribunale di Palermo, con ord. dell'8 gennaio 1999 <sup>(12)</sup> ha ordinato al centro per la riproduzione, presso il quale si custodivano embrioni fecondati dal marito, di procedere al loro impianto nel corpo

---

<sup>(12)</sup> Tribunale di Palermo, ord. 8 gennaio 1999, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, I, 1999, p. 221, annotata da Busnelli.



della madre, anche se dopo la fecondazione il marito era deceduto. Ciò sulla base del contratto di opera professionale intercorso tra i coniugi e il centro avente ad oggetto la formazione in vitro di embrioni e del loro successivo impianto, contratto che conserva la sua validità anche dopo la morte del marito. Il Tribunale ha ritenuto che sussisteva il diritto della moglie a richiedere l'impianto *post mortem*, atteso che il rifiuto di procedere all'impianto contrastava con il diritto alla vita del nascituro e il diritto alla integrità psico-fisica della madre, i quali a loro volta segnano il limite entro cui può ricevere tutela il diritto costituzionale dei minori all'inserimento in una famiglia completa.

Sempre all'art. 700 del cod. proc. civ. aveva fatto ricorso il Tribunale di Roma, che con ord. del 17 febbraio 2000 aveva disposto l'impianto di embrioni crioconservati appartenenti a due coniugi nell'utero di una donna consenziente <sup>(13)</sup>. È un caso di "maternità surrogata" <sup>(14)</sup>.

Ancora. Il Tribunale di Bologna, con ord. del 9 maggio 2000, ha escluso che la moglie ormai divorziata avesse diritto all'impianto di ovuli fecondati dall'ex marito, perché ormai da considerarsi come una donna sola non più in grado di garantire il diritto del nascituro alla doppia figura genitoriale <sup>(15)</sup>; lo stesso Tribunale aveva statuito che solo le coppie unite in matrimonio o le coppie stabilmente conviventi avevano diritto alla procreazione assistita.

L'intervento legislativo ha introdotto limitazioni notevolissime alla procreazione artificiale, sia vietando la fecondazione eterologa, sia circoscrivendo i casi e le modalità della fecondazione omologa.

Con provvedimento del 3 maggio 2004 perciò il Tribunale di Catania ha respinto il ricorso con cui i coniugi ricorrenti (che si erano esposti ad un vero e proprio calvario per poter procreare) intendevano arrestare la via di embrioni attivata con procedura procreativa in quanto non era stato loro consentito di accertare se gli embrioni fossero portatori della talassemia di cui erano affetti i ricorrenti.

La Corte cost. si è espressa positivamente sull'ammissibilità del referendum popolare per l'abrogazione della l. n. 40 del 2004 (sentenze del 28 gennaio 2005, n. 45, 46, 47, 48, 49).

La Corte di Cassazione ha stabilito che non esiste un diritto del feto a nascere sano, né un diritto a non nascere se le sue condizioni fisiche sono compromesse (sentenza del 29 luglio 2004, n. 14488).

---

<sup>(13)</sup> Tribunale di Roma, ord. 17 febbraio 2000, in *Giurisprudenza italiana*, I, 2001, p. 74.

<sup>(14)</sup> V. le note di Natoli, *ivi*, e di Mancuso, *ivi*, p. 1417.

<sup>(15)</sup> Tribunale di Bologna, ord. 9 maggio 2000, in *Famiglia*, 2001, p. 468 con annotazione di Corti.



Per parte sua il T.A.R. Lazio, con sentenza del 9 maggio 2005, n. 3452, ha statuito la legittimità del decreto ministeriale di attuazione della l. n. 40 del 2004, che era stato impugnato da un istituto di ricerca e assistenza procreativa, in quanto non porta la definizione di embrione, e per altre ragioni. I giudici, tra l'altro, sottolineano che non è possibile individuare la data di nascita degli embrioni, che a prescindere da ogni valutazione filosofica o religiosa, il processo biologico è un *continuum* che comincia in condizioni normali con la fecondazione e procede senza salti di qualità, sicché il momento in cui l'embrione diventa persona è una convenzione umana espressione di una scelta politica del legislatore.

Sempre il T.A.R. Lazio, con sentenza del 23 maggio 2005, n. 4046, ha statuito che il concepito deve considerarsi soggetto di diritto al pari delle persone nate e che non esiste un diritto dei genitori a conoscere le condizioni di salute dell'embrione.

Sempre in applicazione della l. cit. il Tribunale di Roma, con ord. del 23 febbraio 2005 <sup>(16)</sup>, ha rigettato la richiesta di provvedimento d'urgenza diretto ad ottenere da parte di una coppia di fatto la effettuazione di un intervento di procreazione assistita mediante la crioconservazione di ovuli fecondati e non utilizzati.

Infine, il Tribunale di Cagliari ha sollevato la questione di legittimità costituzionale, con riferimento agli artt. 3 e 32 Cost., dell'art. 13 della l. n. 40 del 2004 nella parte in cui fa divieto di ottenere la diagnosi preimpianto dell'embrione ai fini di conoscere le eventuali patologie riportate <sup>(17)</sup>.

#### **4.2 - Esposizione di simboli religiosi**

Il principio supremo di laicità dello Stato è stato riaffermato a proposito della esposizione del crocifisso in diversi ambienti pubblici: scuole, aule giudiziarie, aule in cui si collocano i seggi elettorali.

Gli orientamenti non sono univoci.

La Corte di Cassazione (sez. IV penale) con sentenza del 1 marzo 2000, n. 4273, ha stabilito che non costituisce reato e quindi non può essere sanzionato lo scrutatore che si rifiuta di assolvere alla sua funzione in quanto l'aula nella quale è collocato il seggio elettorale espone il crocifisso, in quanto tale esposizione viola il principio di laicità dello Stato. Per contro il T.A.R. Veneto ha affermato che non viola tale principio la sua esposizione nelle aule scolastiche (sentenza

---

<sup>(16)</sup> Tribunale di Roma, ord. 23 febbraio 2005, in *Foro italiano*, I, 2005, p. 881.

<sup>(17)</sup> Tribunale di Cagliari, ord. 16 luglio 2005, in *Giurisprudenza di merito*, I, 2005, p. 16.



del 22 maggio 2005, n. 1110); ma lo stesso T.A.R. aveva sollevato la questione costituzionale della legittimità di regole che includessero tra gli arredi scolastici anche il crocifisso (ord. del 14 gennaio 2004, n. 56), questione ritenuta inammissibile perché di natura regolamentare e non più incluse in testi legislativi (e quindi da ritenersi abrogate: Corte cost., ord. del 13 dicembre 2004). E con ord. del 23 ottobre 2003 il Tribunale de L'Aquila ha ritenuto decadute le norme concernenti l'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche.

#### **4.3 - Licenziamento del dipendente per contrasto con la tendenza dell'impresa datoriale**

È giurisprudenza consolidata la conferma della legittimità del licenziamento del dipendente di un'impresa di tendenza il quale con atti e comportamenti si ponga in contrasto con tale tendenza.

Tra i molti casi repertoriati si consideri, a titolo esemplificativo, la sentenza della Corte di Appello di Firenze (18), con cui si è affermata la legittimità del licenziamento di una insegnante di religione a cui l'Ordinario diocesano aveva revocato l'idoneità in quanto in stato di gravidanza pur essendo nubile. Per contro la Cassazione, con sentenza del 16 giugno 1994, n. 5832, ha annullato il licenziamento di un insegnante di ginnastica dipendente di un istituto religioso in quanto aveva fatto ricorso al divorzio.

La Corte di Cassazione ha ritenuto che alle imprese di tendenza non si applichi la disciplina dello Statuto dei lavoratori (l. n. 300 del 1970) riguardante i licenziamenti illegittimi, ex art. 18 (Cass. 22 novembre 1999, n. 12926).

### **5 - Congedo**

La secolarizzazione del diritto privato è dunque un risultato che si è acquisito con fatica, ma sempre posto in pericolo, o se si vuole, sottoposto a verifica e a sfide provenienti sia da iniziative politiche sia da iniziative personali o istituzionali di natura religiosa. Il principio supremo di laicità dello Stato, come tutti i principi, è una formula che si adatta via via, dovendo "relativizzarsi" a seconda delle esigenze e degli orientamenti interpretativi del momento (19). In ogni caso, sono da salvaguardare i principi fondamentali che tutelano la persona, ed appare molto dubbio che il legislatore o l'interprete possano violarli per

---

(18) Corte di Appello di Firenze, sentenza 29 novembre 2000, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, I, 2001, p. 288, annotata da Pizzorno.

(19) Sul punto cfr. G. ALPA, *I principi generali* 2, Giuffrè, Milano 2006.



salvaguardare finalità di tutela di valori etico-religiosi che, pur apprezzabili in sé in quanto espressione di tensioni morali e di aspirazioni elevate, non sono in linea con i cardini dell'ordinamento costituzionale e quindi del diritto privato vigente.

## **6 - Appendice**

In queste pagine si approfondiscono alcuni aspetti relativi ai temi che si sono sommariamente illustrati nella sintesi della relazione sulla questione della laicità nel diritto privato. Si tratta di temi che involgono sia la dimensione etica e religiosa, sia la dimensione bio-giuridica, nel trattare i quali l'interprete è maggiormente sensibile alle proprie credenze e ai valori che costituiscono il fondamento dell'ordinamento giuridico.

### **6.1 - Lo statuto dell'embrione tra libertà, responsabilità, divieti.**

#### **6.1.1 - Spetta al giurista definire lo statuto dell'embrione?**

Il 2004 segna una data importante per i giuristi italiani: la ricorrenza ventennale della pubblicazione del Rapporto Warnock <sup>(20)</sup>, che ha aperto nel nostro Paese il dibattito sulla procreazione artificiale <sup>(21)</sup> e posto il problema della opportunità di definire uno statuto

---

<sup>(20)</sup> Il Rapporto Warnock (le cui conclusioni in forma di "raccomandazioni" sono riportate in *Procreazione artificiale e interventi nella genetica umana*, Atti del Convegno di Verona 2-3-4 ottobre 1986, Cedam, Padova 1997, p. 357; ma v. anche M. WARNOCK, *A Question of Life*, in G. FERRANTI, S. MAFFETTONE (a cura di), *Introduzione alla bioetica*, Liguori, Napoli 1992, pp. 293 e segg.) ha avuto una storia che trascende le immediate finalità per le quali era stato predisposto. La presidente della Commissione, divenuta Lady, ha continuato ad occuparsi dei problemi di bioetica e di disciplina delle tecniche di procreazione artificiale; ha pubblicato libri divulgativi, e in certo senso, ha modificato le sue posizioni iniziali, sulle quali si dirà più oltre.

<sup>(21)</sup> Il punto del dibattito è stato effettuato nell'ambito di un convegno genovese i cui atti sono stati raccolti da G. FERRANDO (a cura di), *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Cedam, Padova 1989; di Ferrando v. già G. FERRANDO, "Procreazione artificiale: verso una regolamentazione per legge", in *Politica del diritto*, 1986, pp. 501 e segg. I contributi di Rodotà hanno precisato i confini del dibattito, hanno sollecitato la riflessione degli intellettuali e stimolato i giuristi a prendere posizione: S. RODOTÀ, "Per un nuovo statuto del corpo umano", in A. DI MEO, C. MANCINA (a cura di), *Bioetica*, Laterza, Roma-Bari 1989, pp. 41 e segg.; S. RODOTÀ (a cura di), *Questioni di bioetica*, Laterza, Roma-Bari 1993; S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, Bologna 1995. Nello stesso torno d'anni v. A. TRABUCCHI, "Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista", in *Rivista di diritto civile*, vol. I, 1986, pp. 495 e segg.; S. PATTI, "Verità e stato giuridico della persona", in *Rivista di diritto civile*, vol. I, 1988, pp. 231 e segg.; G. B. ASCONE, L. ROSSI CARLEO, *La procreazione artificiale: prospettive di una regolamentazione legislativa nel nostro paese*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1986; una ricostruzione complessiva della situazione è offerta da L.



giuridico dell’embrione<sup>(22)</sup>, e l’introduzione della legge sulla procreazione assistita (n. 40 del 2004), approvata dal Parlamento a seguito di sedute travagliate, e con un rovesciamento di prospettive rispetto al testo unitario presentato nella precedente legislatura. Il nuovo testo normativo reca alcune importanti regole sull’utilizzazione dell’embrione (23) che, in qualche senso, costituiscono una sorta di statuto di questa entità di difficile definizione.

Leggere il calendario e congiungere idealmente i due eventi non è solo un’operazione di memoria. In queste due date si racchiude la vicenda biomedica, etica e giuridica che aveva preso avvio in Italia con una discussione aperta, accesa, affascinante – e piena di speranze – in attesa di un intervento legislativo compiuto e soddisfacente per tutti. Essa si era trascinata tra dubbi e ripensamenti, oltre che tra molti tentativi di regolamentazione più o meno condivisi; ma pochi avrebbero immaginato che fosse destinata a concludersi, almeno a quanto sembra alla data odierna, con la legge n. 40 del 2004. Si tratta di un testo arido e lacunoso, limitativo e per molti aspetti deprimente, suscettibile di impugnazione davanti alla Corte costituzionale per presunta violazione dei principi della Carta fondamentale, probabile oggetto di referendum abrogativo, e bersaglio delle iniziative comunitarie più progressive. Non che nel corso della discussione non fossero emersi modelli restrittivi di disciplina; anzi, come si dirà, il Comitato nazionale di bioetica e la Commissione ministeriale incaricata di redigere una bozza di legge già lasciavano emergere il tentativo di restringere il più possibile l’accesso alla inseminazione artificiale, e l’opportunità di individuare regole giuridiche concernenti gli embrioni. Tuttavia, all’interno del Comitato e all’interno della Commissione si erano delineate posizioni più aperte, tanto da non consentire la redazione di testi propositivi unitari. In fin dei conti, anche in quegli organismi si erano riflessi i dubbi e le divisioni che intersecavano la società civile, e che oggi, con l’approvazione della l. n. 40 del 2004,

---

LENTI, *La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità*, Cedam, Padova 1993; e sul tema della ricerca biotecnologica i saggi raccolti e introdotti da C. M. MAZZONI, *Etica della ricerca biologica*, Olschki, Firenze 2000.

<sup>(22)</sup> In particolare v. gli atti dei convegni organizzati da Politeia: M. MORI (a cura di), *La bioetica. Questioni morali e politiche per il futuro dell’uomo*, Bibliotechne, Milano 1991; M. MORI (a cura di), *Quale statuto per l’embrione umano. Problemi e prospettive*, Bibliotechne, Milano 1992; i saggi raccolti in *Bioetica. Rivista interdisciplinare*, vol. 1, 1993.

<sup>(23)</sup> Sul dibattito parlamentare e sugli interrogativi che hanno preceduto il testo definitivamente approvato la letteratura è amplissima, prevalentemente di circostanza, pubblicata sugli organi di stampa o su Internet; ma v. i saggi raccolti in *Testimonianze. I diritti dell’embrione*, vol. 412, 2000.



sembrano essere stati risolti in modo drastico. La parabola ha segnato un corso discendente, e sarà difficile risalire la china.

Atteso il risultato, con il senno di poi, dobbiamo riconoscere la saggezza di quanti, temendo che l'intervento legislativo potesse condurre a soluzioni inaccettabili, si domandavano se fosse davvero opportuno affidare questa materia al legislatore e avevano proposto di mantenere le regole sul solo piano amministrativo e deontologico. "Meglio una lacuna legislativa che una (cattiva) legge", era in sostanza la convinzione di chi aveva saputo presagire il futuro.

A questa alternativa radicale si affiancavano poi le soluzioni proposte da altri giuristi che, auspicando l'intervento legislativo (in modo più liberale) si chiedevano se fosse proprio necessario prevedere in un provvedimento normativo dedicato alla procreazione assistita anche regole sullo statuto giuridico dell'embrione. Non potendosi effettuare interventi di procreazione assistita senza effettuare operazioni sull'embrione, gli effetti della disciplina cambiano a seconda delle scelte sottostanti le regole di trattamento dell'embrione.

Per la verità, la definizione di uno statuto giuridico dell'embrione costituisce, dal punto di vista logico, un *prius* rispetto ad ogni altro intervento legislativo che riguardi l'inseminazione artificiale, le cellule staminali, i codici genetici e così via. Ma già porsi la questione dello statuto *giuridico* dell'embrione implica una scelta di campo. Implica, innanzitutto, la convinzione che le altre scienze sociali, le scienze morali o le scienze biomediche non siano in grado di offrire una risposta compiuta e soddisfacente alle questioni fondamentali che concernono la natura dell'embrione, la sua creazione, la sua registrazione, la sua conservazione, la sua utilizzazione, la sua distruzione, e i rapporti che si possono istituire avendo come "soggetto" o come "oggetto" l'embrione e le persone che hanno prodotto i gameti e gli ovuli necessari alla sua formazione nonché i soggetti autorizzati al suo trattamento. Implica che all'embrione si riconosca una posizione giuridica identica rispetto a quella di una *cosa* oppure a quella di una *persona*, o una posizione diversa, che condurrebbe alla convinzione che l'embrione sia un *quid* distinto dall'una e dall'altra.

Ma i giuristi – sui quali in definitiva si è riversata la responsabilità delle scelte – avvertono tutto il peso della risposta che sono chiamati a dare. E sono consapevoli del fatto che il medico, il biologo, lo studioso di etica debbono condividere queste scelte e quindi queste responsabilità.

Dobbiamo lasciare l'ultima parola al diritto perché questa è l'unica scienza che può imporsi a tutte le altre, che può pretendere da



tutti comportamenti uniformi e pronunciare sentenze interdittive? O perché il diritto chiude – come una pietra tombale – tutte le discussioni, e la legge, una volta approvata, deve essere osservata da tutti, nessuno escluso?

E se è il diritto che deve effettuare le scelte definitive, come orientare la macchina del diritto verso i lidi della libertà di utilizzazione o verso i recinti delle limitate operazioni?

A quali scelte si deve ispirare la regola giuridica? E su quali valori riposano quelle scelte?

A quelle accolte dalle posizioni religiose cattoliche ed ebraiche conformi alla tradizione (24), cioè contrarie ad ogni manipolazione della natura, anche se rivolta alla procreazione, alla cura delle malattie, alla salvezza di chi è in pericolo di vita? A quelle accolte dalle posizioni religiose più accondiscendenti all'uso salvifico della scienza? Alle posizioni etiche che promuovono la ricerca di un bilanciamento dei valori in gioco?

Si possono applicare in questa materia le regole della democrazia, e quindi il principio maggioritario, oppure il peso riconosciuto alle minoranze deve essere tale da condizionare le scelte della maggioranza?

Come risalire ai confini della vita, alle origini della cellula e alla fecondazione, applicando le categorie giuridiche?

C'è un tempo per ogni domanda e per ogni risposta: ma il tempo nel mondo del diritto non procede in modo lineare, perché segna corsi e ricorsi.

Solo sette anni fa una ricerca sulla procreazione assistita in ambito europeo collocava l'Italia tra i Paesi in cui erano praticate tecniche per raggiungere la finalità di assicurare un figlio a persone che non avessero potuto averlo naturalmente. Molti Paesi, tra i quali non era annoverata l'Italia, avevano introdotto regole giuridiche per realizzare questa finalità. Il Regno Unito, l'Olanda e la Spagna già consentivano anche alla donna nubile di assoggettarsi al trattamento per la procreazione artificiale. Lo stato di fatto in cui versava la nostra esperienza consentiva la donazione dei gameti e dell'ovulo, consentiva

---

(24) Oltre ai contributi già menzionati si veda l'omelia di Giovanni Paolo II letta a Nowy Targ l'8 giugno 1979; i documenti elaborati dal Centro di Bioetica dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, in particolare *Identità e statuto dell'embrione umano* del 1989; F. OPPEDISANO, P. QUATTROCCHI, "Problemi della fecondazione artificiale in Italia e all'estero. Gli orizzonti del dibattito bioetico", in *Informazione Psicologia Psicoterapia Psichiatria*, vol. 28/29, 1996, pp. 9-16.; la posizione della Church of England, in [www.cofe.anglican.org/view/embryo.html](http://www.cofe.anglican.org/view/embryo.html); e per la posizione ebraica A. M. RABELLO, *Introduzione al diritto ebraico*, Giappichelli, Torino 2003.



la “micromanipolazione” dei gameti. Non risultava che l’Italia praticasse la riduzione selettiva degli embrioni fecondati al fine di evitare parti multipli. L’Italia non consentiva la ricerca sugli embrioni come fine a se stessa, ma consentiva sia la crioconservazione degli embrioni sia la soppressione di embrioni soprannumerari.

Insomma, il modello italiano, costruito sull’adattamento di regole risalenti, destinate a tutt’altra materia, su circolari ministeriali concernenti l’attività delle strutture sanitarie pubbliche, su codici deontologici elaborati dalla categoria medica e su principi etici, costituiva un modello intermedio tra quelli più aperti alle innovazioni e meno preoccupati della posizione giuridica dell’embrione e i modelli più restrittivi, per la verità sempre più rari (come quello irlandese). La comunità scientifica e la comunità degli studiosi di etica e di diritto avevano raggiunto un’*entente cordiale*. La maggioranza (laica) non imponeva regole alla minoranza, le minoranze potevano imporre ai loro adepti regole più restrittive, non era necessario trasferirsi all’estero per poter ottenere “il figlio della provetta”, e chi per ragioni di coscienza, di credo religioso o etico, non era d’accordo, non per questo si riteneva dimidiato o immerso in una società incivile.

Il nostro Paese aveva conosciuto fasi ben più difficili, traumi più profondi, dibattiti più accesi: come quando si varò il divorzio o quando si riuscì ad introdurre l’aborto.

Negli ultimi anni il modello italiano ha cominciato a mostrare le sue crepe.

In primo luogo, era un modello ispirato alla filosofia dell’adattamento, piuttosto che non a quella dell’innovazione. Poi, era un modello monco, provvisto di scarse regole e di diversa durezza. Infine, era un modello non perfettamente coerente con gli orientamenti del Consiglio d’Europa e con quelli dell’Unione europea. Rimasto uno degli ultimi Paesi dell’Unione privo di una legge speciale in materia, occorreva correre ai ripari. Indirizzi politici trasversali, orientamenti religiosi assillanti, un’opinione pubblica divisa e timorosa degli eccessi della scienza biomedica (più immaginari che reali) hanno condotto a scelte drastiche, collocando il modello italiano tra i più restrittivi del mondo occidentale.

#### **6.1.2 - La risposta del giurista è condizionata dal metodo?**

Con quale processo logico e sulla base di quali premesse tentare di risolvere le questioni? Si sarebbe dovuto seguire il metodo tradizionale o inventarne uno nuovo? Si potevano adattare le vecchie categorie alle nuove esigenze oppure era preferibile coniarne altre più adatte alla bisogna?



La risposta al problema non è condizionata dal metodo impiegato dai giuristi, ma dai valori - etici, religiosi, filosofici, biomedici - che stanno alla base delle regole giuridiche.

Per tutelare un interesse i giuristi che applicano il metodo formale - il metodo più diffuso nell'Europa continentale - seguono il medesimo iter logico: costruiscono la crisalide, mediante la sua conformazione strutturale che si denomina "diritto soggettivo" (di volta in volta e in via gradata - seguendo la fase discendente della sua forza e della intensità di tutela - diritto soggettivo assoluto, diritto soggettivo relativo, interesse legittimo, interesse collettivo, interesse diffuso, interesse semplice); individuano il soggetto titolare dell'interesse, cioè del diritto classificato come si è detto; individuano i rimedi giuridici a cui i titolari del diritto possono ricorrere per ottenerne la tutela.

Con l'embrione questo processo si presenta difficile e rischioso: difficile, perché l'embrione (pur essendo una entità che accompagna l'uomo dall'inizio della sua storia) è oggetto di analisi scientifica solo da qualche decennio e quindi l'analisi giuridica si trova di fronte ad una realtà che non ha alle spalle una tradizione millenaria, come accade per le cose visibili. Il dilemma del giurista consiste allora nella scelta tra due opzioni: creare termini, nozioni, regole giuridiche *ad hoc*, perché nell'armamentario consegnato dalla tradizione e praticato quotidianamente non si possono ritrovare termini, nozioni, regole adattabili alla nuova realtà. Potremmo denominare questo metodo il "metodo dell'innovazione". Oppure si può ricorrere a finzioni, a manipolazioni concettuali, a sovrapposizioni anche un po' spregiudicate o meccaniche per usare ciò che si ha già a disposizione. Potremmo denominare questo metodo il "metodo dell'adattamento".

È un dilemma nel quale ci si imbatte sempre più frequentemente, dovendo il giurista correr dietro alle scoperte scientifiche e alle invenzioni tecnologiche. Ed è un dilemma che si scioglie, nella gran parte dei casi, seguendo il metodo dell'adattamento, come è capitato per il *software* e l' *hardware*, per le operazioni finanziarie, per la multiproprietà, per l'ambiente e così via.

Il metodo dell'adattamento, se comporta molti vantaggi, quali il risparmio di energie, la conservazione delle categorie tradizionali, la circolazione della comunicazione e quindi dei modelli concettuali, implica anche molti costi, dovuti al fatto che l'adattamento non avviene senza sacrifici. E quando questi sacrifici - sull'altare della logica, sull'altare della funzionalità, sull'altare della ofelimità - divengono eccessivi, ecco il segno che qualcosa non quadra con quel metodo e quindi l'invito a cambiarlo, e a ricorrere all'altro metodo, più difficile, più incerto, meno prevedibile, ma almeno più coerente.



Ora, con l'embrione il metodo dell'adattamento non ha dato (né avrebbe potuto dare) risultati apprezzabili. Tutto il mondo del diritto ruota intorno alla persona intesa - come è naturale che sia - come un individuo vivente. Il diritto comincia con la vita visibile. E alla vita visibile il diritto impartisce le sue regole. Possiamo far retroagire queste regole anticipandone gli effetti fin dal momento del concepimento?

Questo interrogativo si è posto qualche anno fa sempre a proposito della disciplina della fecondazione artificiale e delle libertà della ricerca e della sperimentazione scientifica sugli embrioni. Quanti erano favorevoli alla introduzione di limiti alla utilizzazione degli embrioni e alla restrizione degli ambiti di ricerca e sperimentazione avevano escogitato una soluzione al tempo stesso drastica e semplice: era sufficiente anticipare degli effetti della *capacità giuridica*, l'idoneità ad essere titolari di diritti e di doveri, che il codice civile italiano, all'art.1, fa coincidere con la nascita, per modo che questi effetti si potessero dispiegare anche nei confronti degli embrioni. In tal modo, riconoscendo la capacità giuridica in capo agli embrioni, si otteneva al tempo stesso il risultato di equiparare l'embrione alla persona vivente e l'estensione all'embrione di ogni tutela che l'ordinamento riserva alla persona. Ma la proposta, pur difesa da voci autorevoli, non ebbe seguito. Come si poteva conciliare la natura giuridica dell'embrione con quella della persona? Si potevano riconoscere diritti e imporre obblighi all'embrione come si possono configurare in capo alla persona? Le difficoltà sormontavano ogni licenza all'immaginazione e la praticabilità di ogni finzione.

Al metodo dell'adattamento si è fatto ricorso anche per classificare gli embrioni tra le categorie di centri di imputazione di norme giuridiche, tra i "soggetti" e gli "oggetti" dei diritti.

Applicando il metodo dell'adattamento, l'embrione può essere considerato:

- (i) una cosa, cioè una porzione del mondo esterno oggetto di diritti;
- (ii) una persona, cioè un soggetto di diritti
- (iii) una porzione del corpo, anzi l'unione di una porzione del corpo femminile (l'ovulo) con una porzione del corpo maschile (lo spermatozoo).

In ciascuno di questi casi l'adattamento implica la soluzione di non facili problemi:

- (i) nel primo caso, perché l'embrione non è una cosa in senso proprio, non essendo né inanimato né autosufficiente;
- (ii) nel secondo caso, perché l'equiparazione alla persona comporterebbe l'attribuzione all'embrione di diritti fondamentali, di un



nome, di rapporti parentali, di rapporti sociali, cioè di uno status completo assimilabile a quello del minore;

(iii) nel terzo caso, perché anche lo statuto giuridico del corpo umano è complesso, di incerta definizione, tanto più quando occorre tener conto della duplicità dell'imputazione, maschile e femminile.

A seconda della categoria alla quale può essere ascritto l'embrione si possono estendere all'embrione le regole della categoria.

Ma anche questa soluzione, pur proposta autorevolmente, non ha trovato grande seguito. Ciò soprattutto perché i giuristi, a seconda dei valori nei quali credono e che professano, si sono divisi sulla scelta della categoria nella quale incasellare l'embrione.

Il metodo dell'innovazione consente di inventare una disciplina *ad hoc*: definire l'embrione, precisare in quali ambiti si può utilizzare, se possa essere attribuito a soggetti diversi da quelli da cui è stato formato, se possa avere una vita propria, quando possa essere soppresso, in che modo debba essere conservato, come debba essere curato, quali strutture se ne debbano occupare, e così via.

Nella gran parte degli ordinamenti si è seguito il metodo dell'innovazione, proprio perché questi nuovi fenomeni non potevano essere disciplinati con regole antiche, del tutto inappaganti.

Anche con la nuova legge si è seguito questa linea.

Ma il discorso per il giurista che voglia indagare il metodo da applicare per la redazione di norme destinate a disciplinare un nuovo fenomeno non finisce qui. Perché ci si deve chiedere - una volta costruita la crisalide - con quali valori essa debba esser riempita. Le regole sono solo strumenti, non hanno una finalità in se stesse. Sono strumenti orientati a tutelare, promuovere, salvaguardare "valori".

Anche in questa nuova dimensione dunque occorre stabilire quali valori si intendano tutelare, promuovere, salvaguardare. E soprattutto occorre bilanciare i valori che sono egualmente meritevoli di considerazione ma spesso sono in conflitto tra loro.

Quando si parla di valori si parla di interessi sottesi alle norme, che spesso le norme incorporano: si tratta di interessi morali e religiosi, economici e sociali, filosofici e politici. Ebbene, la posizione dell'embrione, nel mondo del diritto, subisce l'effetto di questi indirizzi, proprio perché intorno all'embrione configgono tutte le categorie di valori - cioè di interessi - che si sono menzionate.

È chiaro allora che a seconda che si voglia assimilare o non assimilare l'embrione alla persona, sulla base delle convinzioni espresse in termini di valori, si avrà una disciplina più o meno restrittiva delle libertà di trattamento dell'embrione.



I modelli che sono emersi nell'esperienza europea non sono uniformi. Alcuni, come quello inglese, sono liberali, altri, come quello italiano, molto restrittivi. In sede comunitaria, salva qualche indicazione di carattere marginale, non si riscontra a tutt'oggi una proposta di armonizzazione dei diversi modelli.

### ***6.1.3 - Il dibattito apertosi in Europa tra studiosi di diverse discipline ha segnato percorsi fruibili dal legislatore?***

Le questioni fondamentali che stanno alla base della discussione odierna tra i filosofi, tra i giuristi, e tra questi e quelli sono molteplici; dalla loro soluzione dipendono le scelte legislative o interpretative in materia di bioetica. In particolare, si pensi al rapporto tra valori etici e valori giuridici; al peso della tradizione, alle radici e agli scopi della modernità; al significato dell'uomo e alla sua doppia valenza, di corpo e di anima; al valore della "natura"; al valore della ricerca scientifica; al carattere sacro della vita e alla qualità della vita; al valore della dignità umana, e così via. Val la pena di esaminare qualche frammento di questo dibattito che, investendo le società occidentali, è necessariamente transnazionale e interdisciplinare.

Secondo Labrusse-Riou (25) ogni qualificazione dell'embrione poggia su di un artificio; l'essere o è o non è; la sua autonomia dipende dagli adulti; l'essere è in divenire dal momento della sua esistenza al momento della morte. E secondo Taguieff (26) occorre sciogliere l'antinomia tra il rispetto incondizionato della dignità della persona, che implica il rispetto della sua integrità somato-psichica, e il perfezionamento della natura umana; l'antinomia si riflette su chi deve prendere le decisioni: se lo Stato, che interviene limitando o dando direttive (anche di eugenetica) o l'individuo che si appella alla sua sfera di libertà. La traduzione dalla concezione sacrale della persona a quella profana avviene attraverso la "concezione giuridica della persona". Secondo Frydman (27) occorre una definizione collettiva di bene e di male e secondo Edelman (28) si deve superare l'etica sacrificale e la concezione della patologia come norma sociale, e si deve superare il trionfo "forza, magia, teologia" che ancora attanaglia i moderni nell'assunzione delle decisioni.

---

(25) C. LABROUSSE-RIOU, "L'enjeu des qualifications: la survie juridique de la personne", in *Droits*, vol. 13, 1991, pp. 19 e segg..

(26) P. A. TAGUIEFF, "L'eugénisme, objet de phobie idéologique. Lectures françaises récentes", in *Esprit*, vol. 11, 1989, pp. 99-115.

(27) R. FRYDMAN, *Libération*, 31.5.1990.

(28) B. EDELMAN, "Généétique et liberté", in *Droits*, vol. 13, 1991, pp. 31 e segg..



Ancora. per Lemennicier (29) occorre superare la concezione giuridica tradizionale che poggia su quattro dogmi: l’inviolabilità del corpo umano; il dono consensuale; la gratuità; la finalità terapeutica. A suo dire, questa concezione è nociva socialmente perché, limitando la disponibilità delle parti del corpo umano ostacola la possibilità di trapianti; proibendo il rapporto tra madre sterile e madre surrogata, ostacola la fecondità imponendo l’adozione; impedendo i correttivi alla natura umana, ostacola la lotta dell’uomo contro l’ambiente ostile; impedendo la manipolazione dell’embrione, ostacola l’acquisizione di una vita migliore; è mal fondata filosoficamente perché le definizioni di persona umana e di personalità sono arbitrarie; inoltre l’essere persona presuppone l’esistenza di un essere autocosciente e dotato di ragione; ma la morale concerne le persone e non gli esseri umani e il principio di inviolabilità ne verrebbe costantemente derogato; è inoltre fuorviante in quanto confonde morale e diritto, perché esprime un principio morale la convinzione che non si possa utilizzare il proprio corpo per raggiungere un fine; sul piano giuridico invece il problema si può risolvere assicurando a ciascuno il diritto di proprietà sul proprio corpo.

A fronte di queste posizioni laiche e moderne stanno le posizioni degli studiosi cattolici. Secondo i teologi cattolici (30) l’embrione, in quanto espressione dell’inizio della vita, deve essere considerato come uomo o persona.

Nell’opera di S. Tommaso d’Aquino non si rinviene la trattazione di un “diritto alla vita”. Ma questo assunto è ricavabile dalle sue pagine fondate sulle Scritture e sulla ragione naturale. Nelle Scritture si proclama che l’uomo è creatura di Dio, fatto a sua immagine e somiglianza (Genesi, 1.27). La ragione naturale ci spiega che l’uomo è composto di corpo e di anima; l’anima ha carattere immateriale, incorruttibile e sussistente; in contrasto con S. Agostino e altri teologi S. Tommaso ritiene che l’anima razionale si instauri nell’uomo dopo il quarantesimo giorno dal concepimento e nella donna dopo l’ottantesimo giorno; la vita umana è un dono gratuito di Dio; l’uomo ha l’inclinazione naturale alla vita.

Bueche sostiene che l’interrogativo “quando la vita umana

---

(29) B. LEMENNICIER, “Le corps humain: propriété de l’État ou propriété de soi?”, in *Droits*, vol. 13, 1991, pp. 111 e segg..

(30) J. KALINOWSKI, “Il diritto alla vita in S. Tommaso d’Aquino”, in M. MORI, U. SCARPELLI (a cura di), “Il diritto alla vita”, in *Rivista di Filosofia*, 1983, pp. 43 e segg.; W. BUECHE, “L’embrione umano: vita umana, essere umano, persona umana”, in M. MORI (a cura di), *Quale statuto per l’embrione umano. Problemi e prospettive*, Bibliotechne, Milano 1992, p. 71.



diventa persona?” si fonda su tre presupposti: che la vita umana esista fin dal primo istante, che per divenire “persona” occorra qualche tempo, che sia necessario individuare questo frangente per stabilire il passaggio da essere umano a persona; sostiene altresì che questi presupposti sono arbitrari, quando non falsi. Le argomentazioni così articolate hanno la finalità di consentire l’uso degli embrioni e la loro sperimentazione. La vita umana si identifica con l’essere umano e questo si identifica con la persona; la vita si identifica con il genoma umano, ed esso è destinato a rimanere immutato per sempre; *l’Istruzione sul rispetto della vita umana e la dignità della procreazione* dispone che l’“essere umano va rispettato e trattato come una persona fin dal suo concepimento e pertanto fin da quel momento gli si debbono riconoscere i diritti della persona, tra i quali anzitutto il diritto inviolabile di ogni essere umano innocente alla vita”.

Non si possono però fare generalizzazioni. La concezione laica o liberale non implicano, *tout court*, una liberalizzazione completa nella utilizzazione dell’embrione.

Secondo l’etica kantiana ogni persona ha doveri verso il proprio corpo: “l’uomo non è autorizzato a vendere per danaro le sue membra, neanche se, per un dito, ricevesse diecimila talleri” (31).

Ma secondo Stuart Mill si deve considerare il problema dal punto di vista della qualità della vita e quindi entro un’etica della responsabilità (32).

Secondo Engelhardt (33) i feti non sono persone, diventano persone dopo la nascita e hanno i diritti che loro assegna la comunità; non hanno una capacità mentale sufficiente per soffrire; non si possono dare regole drastiche, ma piuttosto regole di correttezza; le regole devono essere governate dall’etica della responsabilità, perché i figli non sono più visti né come dono di Dio, né come cieco risultato delle forze biologiche, ma piuttosto come prodotto delle forze biologiche sotto il controllo dell’uomo. In ogni caso, occorre proteggere l’“innocente”, cioè chi non è in grado di scegliere da sé.

Secondo Fantini e Grmek (34) il concetto di vita dal punto di vista biologico è mutevole; non si può dare una definizione di vita dal punto di vista medico, occorre acquisire il punto di vista biologico; si

---

(31) E. KANT, *Lezioni di etica*, Laterza, Roma-Bari 1971, p. 143.

(32) E. LECALDANO, “J. S. Mill e il diritto alla vita”, in *Rivista di Filosofia*, 1983, p. 62; e E. LECALDANO, “Questioni etiche sui confini della vita”, in A. DI MEO, C. MANCINA (a cura di), *Bioetica*, Laterza, Roma-Bari 1989, p. 19.

(33) H. T. ENGELHARDT, *Manuale di bioetica*, Il Saggiatore, Milano 1991, p. 273.

(34) B. FANTINI, M. D. GRMEK, “Le definizioni di vita e di morte nella biologia e nella medicina contemporanee”, in *Bioetica*, cit., p. 163.



danno quindi visioni concorrenti, di natura biochimica, di natura organicistica, di natura genetica; ora emerge la visione della vita come “programma”.

Secondo Rodotà (35) occorre distinguere l’embrione in vitro, l’embrione soprannumerario, l’embrione impiantato.

Secondo Zatti (36) non si può procedere a delineare una disciplina generale sull’embrione ma occorre collocare ogni problema nel suo contesto: nel contesto della fecondazione, nel contesto della gravidanza iniziata, nel contesto dell’embrione in vitro.

Secondo Bourg (37) occorre distinguere tra: soggetto, individuo, persona; l’individuo è il supporto biologico della relazione di interlocuzione e pertanto della persona; la persona è un concetto relazionale: la persona esiste solo se considerata all’interno del gruppo e in relazione al gruppo; l’identità inerisce alla persona; il soggetto è l’opposto dell’individuo biologico, è l’individuo socializzato, a cui si imputa una responsabilità morale e una responsabilità legale; allo stesso modo, la persona si contrappone al soggetto: il soggetto è l’individuo che si pensa e si vive come tale, è il prodotto della riorganizzazione della società che si modella su formule complesse.

Insorgono poi altre questioni.

Quale tecnica di intervento è la più indicata per dare regole all’embrione? Occorre affidarsi al mercato, alla comunità scientifica, all’autodisciplina? O, se deve intervenire l’autorità pubblica, è più opportuno che sia il giudice (ordinario o costituzionale) o il Parlamento o un’autorità amministrativa indipendente a dettare le regole? Il problema è affrontato in modo organico da Dworkin (38). Il presupposto è che occorre porre limiti alla ricerca, perché è costosa e perché è pericolosa; ma tali limiti debbono essere posti da una autorità amministrativa indipendente, con poteri regolatori e con poteri

---

(35) S. RODOTÀ, “Problemi posti dalla tutela giuridica dell’embrione in una società pluralista”, in M. MORI, *Quale statuto per l’embrione umano. Problemi e prospettive*, Bibliotechne, Milano 1992, p. 129.

(36) P. ZATTI, “La sperimentazione sull’embrione: una prospettiva giuridica”, in *Bioetica. Rivista interdisciplinare*, fasc. 1, 1993, p. 65; ma v. anche del medesimo autore “Quale statuto per l’embrione”, in M. MORI (a cura di), *La bioetica. Questioni morali e politiche per il futuro dell’uomo*, Bibliotechne, Milano 1991, pp. 97 e segg.; “Verso un diritto per la bioetica”, in C. M. MAZZONI (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, Il Mulino, Bologna 1998, pp. 63 e segg.; “Il diritto “materialista” e la continuità della vita prenatale”, in *Testimonianze. I diritti dell’embrione*, n. 412, 2000, pp. 43 e segg..

(37) D. BOURG, *Sujet, personne, individu*, in *Droits*, vol. 13, 1991, p. 87.

(38) R. B. DWORKIN, *Limit. The role of Law in Bioethical Decision Making*, Indiana University Press, Bloomington 1996, recensito da M. Warnock, in *TLS*, 1997, 14 marzo, p. 3.



decisionali. Una legge è troppo rigida e statica, mentre l'evoluzione della ricerca biologica richiede interventi flessibili; la casistica giudiziaria è occasionale, e non assicura l'intervento immediato.

Ancora. Stabiliti i confini del quadro etico, stabilita l'autorità competente, si debbono risolvere ulteriori questioni.

Quale *status*? Uno *status* di privilegio, uno *status* di oppressione o uno *status* di garanzia? Queste domande ne attraggono altre. Si può considerare l'embrione come materiale di laboratorio, o lo si deve considerare come persona in fieri? Dove sono i confini tra l'identità individuale e l'identità collettiva? E come definire i diritti sul corpo?

Infine. Quali modelli di intervento scegliere? Quello proprietario individualista, quello collettivo sociale, o quello composito e compromissorio?

#### 6.1.4 - Quali proposte si erano formulate nell'esperienza italiana?

Il giurista, pur non potendosi spogliare del proprio mondo di valori, del proprio modo di pensare - che si riflette sulla definizione del testo normativo, quando è chiamato a redigerlo, oppure nella sua interpretazione, quando è chiamato a darvi significato e ad applicarlo alle fattispecie concrete - assolve un compito più arduo di quanto non sia quello assolto dai filosofi, dagli studiosi di etica, ecc. Questi creeranno il consenso, indirizzeranno le coscienze, stimoleranno la critica e il dibattito: il giurista propone regole, applica regole, quindi si deve far carico non di un solo settore dell'aggregato sociale, non di una sola frangia, e nemmeno della sola maggioranza, perché le regole riguardano tutti i membri dell'aggregato sociale, sia quelli che condividono i valori della maggioranza, sia quelli che non li condividono. Il giurista, quindi, deve: (i) identificare i valori della collettività; (ii) ricondurli alla legge fondamentale (la Costituzione); (iii) redigere regole che valgano per tutti; (iv) temperare i valori della maggioranza con quelli della minoranza e con quelli individuali.

A metà degli anni Novanta, quando appare più acuta l'esigenza di uscire da un sistema segnato da incerti confini, si moltiplicano le dichiarazioni, le proposte, le linee elaborate da giuristi, filosofi, medici e intellettuali di altre discipline per segnalare al legislatore le vie da percorrere.

Vorrei ricordare innanzitutto il *Manifesto di bioetica laica*, elaborato da medici e filosofi, a cui hanno poi fatto coro anche giuristi (39). Il Manifesto pone alcuni principi di base sui quali vorrebbe far

---

(39) Il testo del Manifesto, redatto da C. Flamini, A. Massarenti, M. Mori e A. Petroni, e il dibattito che ne è scaturito (oltre che su *Il Sole 24 Ore* del 9 giugno 1996)



convergere l'opinione pubblica. La linea seguita è molto ragionevole e molto equilibrata, perché i principi intendono comporre in modo bilanciato i conflitti tra valori contrapposti, la libertà di ricerca e di sperimentazione scientifica, l'autonomia dell'individuo, la tutela degli interessi pubblici.

Riconsiderandoli sinteticamente:

(a) autonomia. Le scelte inerenti la salute e la vita sono affidate esclusivamente all'individuo; il principio è in linea con l'attuale interpretazione dell'art. 32 Cost.; l'unica eccezione consentita è l'intervento dell'autorità (giudiziaria, non un qualsiasi comitato di etica ospedaliera) per salvare la persona quando questa sia un minore, anche contro la sua volontà e quella dei suoi genitori;

(b) rispetto delle convinzioni religiose (artt. 8, 19 Cost.). Il maggiorenne che non voglia assoggettarsi a trattamenti sanitari (e non sia contagioso, cioè pericoloso per altri), non può esservi costretto (è il caso dei testimoni di Geova che, se maggiorenni, hanno diritto di rifiutare la trasfusione anche in caso di pericolo di vita); né può essere costretto a condividere i valori religiosi altrui, anche se maggioritari, nell'essere privato di autodeterminazione; la donna osservante può decidere di non abortire; è contrario alle regole democratiche impedire alla donna che decide di abortire di effettuare questa scelta perché la maggioranza la ritiene in contrasto con regole religiose o etiche non universali;

(c) rispetto della qualità della vita. E la problematica dell'accanimento terapeutico e della eutanasia "dolce", che rifluisce nel punto precedente.

Ma aggiungerei altri principi a quelli elencati. In primis, il giurista deve esser cauto con le finzioni (c.d. finzioni giuridiche, con cui si tratta una fattispecie "come se" fosse identica ad un'altra). Ora, un conto è la persona già vivente in tutta la sua compiutezza, altro conto è l'ovulo fecondato. È una finzione - e dobbiamo esserne consapevoli - attribuire valori alla "natura"; così come è una finzione porre sullo stesso piano l'embrione e la persona vivente e compiuta. Poi: occorre soppesare i diversi interessi; un conto è la soppressione di embrioni in eccedenza, altro conto utilizzarli per salvare la vita di un essere umano compiuto. In ogni caso, che l'embrione sia un individuo umano a pieno titolo è pura finzione, che non tutti sono disposti ad accettare. E poiché un conto è la sfera dell'etica, altro conto la sfera del diritto (anche se

---

sono riportati nel fascicolo di *Notizie di Politeia*, XII, nn. 41/42, 1996, con il titolo *Quale base comune per la riflessione bioetica in Italia? Dibattito sul Manifesto di bioetica laica*, a cura di E. D'ORAZIO e M. MORI.



sono sfere intersecantisi, ma non concentriche), questa finzione non è accettabile per le ragioni sopra indicate: non vi è autorità (etica, religiosa, morale, ecc.) che possa imporre questa regola, ma solo il Parlamento; non sono gli appartenenti alla maggioranza (ove la maggioranza condividesse questa finzione) che possono imporla alla minoranza che non la condivide; non si può ignorare che l'ovulo appartiene ad una persona vivente (la madre) e che è stato fecondato con il seme di altra persona vivente (il padre naturale/donatore).

Gli scienziati e i medici (autonomi a titolo individuale o aggregati in comitati, associazioni, ordini distrettuali o nazionali) non possono esser liberi di manipolare embrioni, così come non possono esser liberi di impedire i procedimenti di procreazione assistita: non possono, in altri termini, far prevalere le loro soggettive convinzioni (etiche, religiose, o indifferenti a tutti i valori) su quelle che il Parlamento esprime in quanto appartenenti all'intera collettività.

È lo stesso Parlamento a stabilire la graduatoria degli interessi, il componimento degli opposti interessi equipollenti, e il "giusto mezzo" tra le posizioni estreme. Ad esempio, un conto è l'uso commerciale dell'embrione, altro conto l'uso terapeutico; un conto è la sperimentazione di embrioni umani con animali, altro conto è la sperimentazione sull'embrione per prevenire o curare gravi anomalie fisiche che si convertirebbero in una tortura a vita per il nato; un conto è la fecondazione della nonna, altro conto la fecondazione della giovane nubile, e così via.

In ogni caso il giurista deve rifuggire dalle suggestioni dello Stato etico, dello Stato totalitario, dello Stato confessionale, per essere un giurista pluralista, democratico, e rispettoso (non "tollerante") delle idee e dei valori altrui.

Come si vede, accanto alla – o forse in ragione della – imminente predisposizione di una legge diretta a governare la procreazione artificiale e a dettare regole sulla utilizzazione degli embrioni, si era registrato un concorso di voci e di posizioni che avevano corroborato il piano culturale sul quale innestare tutta la problematica.

Quasi a segnare una risposta al Manifesto di etica laica è intervenuto – di lì a pochi mesi – il Comitato nazionale per la bioetica, un organismo istituito presso la Presidenza del Consiglio.

Il parere reso dal Comitato nazionale per la bioetica il 22 giugno 1996 è particolarmente elaborato.

Questo documento, corroborato da un cospicuo apparato teorico e bibliografico, attribuisce all'embrione natura compiutamente umana, una individualità propria, una potenzialità di vita e di sviluppo. La



conclusione è che sono da ritenersi moralmente illecite le utilizzazioni dell'embrione a scopo di ricerca, sperimentale, commerciale o industriale; la generazione multipla di embrioni, la produzione di chimere e di ibridi, le congiunzioni con embrioni animali. L'unico impiego ritenuto moralmente lecito è quello a scopo procreativo. È interessante notare - ex post - che su queste linee si è attestato il modello legislativo italiano approvato qualche mese fa.

Si muovono su di un piano non distante da questo parere le conclusioni raggiunte dalla Commissione di studio per la bioetica, che nel medesimo periodo, era stata incaricata di redigere un testo di legge in materia.

Il documento si occupa della fecondazione artificiale e, incidentalmente, dello statuto dell'embrione, quale presupposto della disciplina della fecondazione. Solo quest'ultimo documento si fa latore di una proposta di legge in cui, tra l'altro, si definisce l'embrione come "la cellula uovo fecondata, capace di sviluppo, a partire dal momento della fecondazione"; si consente la formazione in vitro degli embrioni solo nel numero necessario per il singolo tentativo di fecondazione; si fissa il divieto di formazione degli embrioni per fini diversi dalla procreazione; si prevede altresì la conservazione degli embrioni, non utilizzati, che, ove non richiesti per interventi procreativi dalla coppia (unita in matrimonio) per cui essi sono stati formati, possono essere utilizzati per altra coppia richiedente. La conservazione cessa ove si riscontri la sopravvenuta non vitalità degli embrioni.

Come si vede, in tutti questi documenti, normativi od ottativi o propositivi, si introducono limiti alla formazione e alla utilizzazione degli embrioni. Solo il documento del Comitato nazionale di bioetica, tuttavia, conferisce all'embrione lo status di persona, considerandolo omologo a quello dell'individuo già vivente. In ogni caso, tutti i documenti si preoccupano di dettare una disciplina organica dell'embrione.

A soluzioni più drastiche, e al tempo stesso semplicistiche, portava la proposta - avanzata nello stesso torno di tempo, ma riemessa anche di recente - di stabilire l'acquisto della capacità giuridica al momento del concepimento, anziché, come prevede il codice civile vigente, all'art. 1, al momento della nascita.

L'associazione cattolica "Movimento per la vita", e altre associazioni in diverse occasioni avevano promosso la presentazione di una proposta di legge rivolta alla tutela dell'embrione mediante l'anticipazione della capacità giuridica al momento del concepimento. Questa proposta era stata accolta con favore anche da studiosi di



diversa estrazione (40). Giuliano Amato concludeva il suo scritto con una *vocatio in jus* e con inversione dell'onere della prova: "non tocca più a chi vuole cambiarlo (il testo dell'art. 1 c.c.) dimostrare le ragioni per cui intende cambiarlo. Tocca a chi lo vuole lasciare com'è, dimostrare le ragioni attuali per cui dovrebbe restare com'è". Si possono opporre a queste conclusioni due assunti: (a) non è opportuno modificare l'art. 1 c.c. nel senso indicato da Amato e dalla proposta legislativa di cui egli si fa paladino; (b) non è opportuno introdurre forme di tutela dell'embrione modificando esclusivamente l'art. 1 c.c. Alla base di questi assunti sta, per contro, la convinzione della quasi totalità degli studiosi di diritto civile che sia urgente ed indifferibile un intervento legislativo diretto a disciplinare l'uso degli embrioni.

(a) Le ragioni che militano contro la modificazione dell'art. 1 c.c. sono di diversa natura, non tutte equipollenti, non tutte dotate della medesima forza. Si devono considerare, innanzitutto, le ragioni storiche, quelle comparatistiche, quelle tecniche.

(i) L'art. 1 c.c. riconosce (secondo alcuni) o conferisce (secondo altri) la capacità giuridica alla persona dal momento della nascita. Amato risale al diritto romano, richiama il diritto germanico e si ferma al diritto napoleonico, secondo il quale il nato deve essere vivo, vegeto e vitale. La dottrina italiana del secolo scorso ha seguito la matrice francese, così interpretando il codice del 1865, fino alla soglia della codificazione del 1939 - 1942. Qui si è introdotta una triplice svolta: si elimina il requisito della vitalità tra i requisiti di esistenza della persona; si riconoscono tutele ai concepito, subordinatamente alla condizione della nascita; si introducono limitazioni alla capacità giuridica per ragioni razziali. La capacità giuridica è intesa come idoneità ad essere titolari di diritti e di doveri; è strettamente collegata non con l'essere umano, né con i fenomeni vitali, ma con la "persona": due punti fermi che ancor oggi sono basilari per poter dare certezza ai rapporti giuridici e per poter configurare integralmente (dal punto di vista dei diritti e dei doveri, pubblici e privati) lo status della "persona". Le limitazioni di natura razziale che hanno costituito la pagina più vergognosa della nostra storia politica e giuridica, sono, ovviamente, cadute: ma se ne sono ricordati i Padri costituenti, sia con il divieto di discriminazioni di cui all'art. 3 Cost., sia con la elevazione della capacità giuridica a valore costituzionale (art. 22).

Questa storia non ha nulla a che fare con l'embrione. Si potrà dire che le formule giuridiche debbono essere interpretate in modo evolutivo, che

---

(40) V., ad es., G. AMATO, "I diritti dell'embrione", in *Liberal*, n. 24, marzo 1997, p. 3.



devono essere adattate alla nuova realtà, anche tecnologica, che i concetti e le finzioni giuridiche non integrano valori assoluti, ma relativi. Sono sempre stato d'accordo su questo modo di intendere il diritto. Ma non possiamo obliterare la storia.

(ii) Sul piano comparatistico si trovano modelli diversificati: codici che ignorano la capacità giuridica, dandola per nozione acquisita; codici che ne trattano; non conosco codici che abbiano modificato la vecchia normativa per connettere capacità giuridica ed embrione.

Anche la recente riforma del *Code Napoléon* con cui si è introdotta, all'art. 16 e ss., la disciplina sul "rispetto dei corpo umano" non conferisce la capacità giuridica all'embrione; piuttosto, si apre con una enunciazione apprezzabile così formulata: "la legge assicura il primato della persona, vieta ogni lesione della sua dignità e garantisce il rispetto dell'essere umano dall'inizio della sua vita". Si tratta di una enunciazione di cui possiamo fare a meno, in quanto già l'art. 2 Cost. provvede ad assegnare al nostro ordinamento identici contenuti. Si noti però che nel testo francese si usano termini diversi (persona, essere umano) che non sono omologhi: per il giurista "la persona" è l'essere umano venuto alla vita, non l'essere umano in formazione; il "rispetto" dell'essere umano non è coincidente con il conferimento della capacità giuridica all'embrione. Implica, per contro, l'impegno del legislatore a far sì che l'essere umano, già dall'inizio della sua vita, sia protetto. Ma protezione, tuttavia, non implica soggettività. In più, questa enunciazione si colloca nell'ambito di una disciplina che è rivolta a tutelare "il corpo umano".

(iii) Le ragioni tecniche che sconsigliano l'accoglimento della proposta di modificazione dell'art. 1 c.c. come sopra formulata sono ancora più convincenti. Se si pensa alla capacità giuridica, si pensa ad una capacità "piena"; all'embrione non potrebbe che essere riconosciuta una capacità dimidiata, non potendosi conoscere: se l'embrione perverrà al termine della sua evoluzione e quindi alla generazione e alla nascita e se nascerà vivo morto. Non vi sarebbe dunque certezza dei rapporti giuridici, se non ex post. Di qui la scelta del codice del 1942 che subordina i diritti del concepito alla condizione della sua nascita. Nel medesimo corpo (della madre) vi sarebbero poi due titolari di diritti: la madre e l'embrione. Altro discorso riguarda invece la tutela dell'embrione sprovvisto di capacità giuridica.

Il clima che si respira in Italia alla metà degli anni Novanta è dunque acceso ma pluralista, articolato e non dogmatico. In seno a ciascun gruppo di studio, a ciascuna commissione di ricerca e di proposta, si vagliano le opposte ragioni, si analizzano gli aspetti positivi



e negativi di un modello troppo restrittivo o di un modello troppo permissivo.

L'attenzione dei giuristi italiani è anche rivolta alle esperienze degli altri Paesi europei e all'esperienza nord-americana.

Il modello tedesco appare restrittivo (Gentechnikgesetz del 1990): la formazione di embrioni è ammessa solo a scopo procreativo. Prevale il principio della dignità umana, che si ha dal momento della fusione dei nuclei cellulari dell'ovocita fecondato; l'embrione è definito "la cellula ovarica umana che dal momento della fusione dei nuclei sia in grado di svilupparsi".

Il modello inglese appare permissivo; nel Fertilisation and Embryology Act del 1990 (41) l'embrione è considerato come oggetto, e si applica la logica proprietaria, per cui occorre il consenso di entrambi i donatori; di contro, nella giurisprudenza statunitense si rinvencono sentenze (come *Davis v. Davis*) in cui l'embrione è considerato un "unborn child"; in ogni caso si impongono limiti meno rigidi: l'embrione può essere formato anche per scopi diversi dalla procreazione; per la ricerca scientifica, allo scopo di progredire nel trattamento della sterilità, per la conoscenza delle malattie congenite, per la conoscenza della causa dell'aborto, per lo sviluppo di tecniche contraccettive, per la scoperta di malattie genetiche.

Il modello francese appare invece compromissorio; la dignità umana è protetta dall'inizio della vita (art. 16 code civil); è vietata la formazione di embrioni per scopi diversi dalla procreazione; è vietata ogni forma di commercializzazione dell'embrione e di sua sperimentazione (l. 94-604 del 1994); è vietato il concepimento di embrioni in vitro; la conservazione non può eccedere i cinque anni; previo consenso, l'embrione può essere utilizzato per la fecondazione di altre coppie; la coppia può essere anche vincolata di fatto; è vietata la miscela di liquidi seminali; l'intervento medico sull'embrione è soggetto ad autorizzazione (42).

Il nucleo di valori comuni a tutti i modelli si fonda su alcuni principi:

- (1) l'embrione non può essere trattato come cosa,
- (2) l'identità individuale esclude ogni intervento che non sia concepibile su di un essere umano.

### **6.1.5 - Il diritto europeo e il diritto comunitario possono soccorrere il giurista italiano?**

---

(41) Sul quale v. G. DOUGLAS, in *Family Law*, 1991, pp. 110 e segg..

(42) Sul punto v. D. CARUSI, "Le nuove leggi francesi sulle biotecnologie", in *Rivista di Diritto Civile*, vol. II, 1996, pp. 537 e segg..



Gli organismi europei hanno intrecciato un dialogo tra loro, con i legislatori nazionali e sono stati attenti alle diverse organizzazioni della società civile che in ogni esperienza si sono mobilitate. In sostanza, hanno tentato di perseguire un'azione comune in questo settore. In particolare si sono occupati dell'embrione sia il Consiglio d'Europa, sia il Parlamento europeo.

Con la Raccomandazione n. 1046 del 1986 il Consiglio d'Europa si è posto il problema di limitare l'utilizzazione degli embrioni, ammettendone l'impiego diagnostico, terapeutico, scientifico, ed escludendo quello industriale o commerciale, perché contrario alla dignità umana. Il principio è stato ribadito nella Raccomandazione n. 1100 del 1989.

Il Parlamento europeo si è espresso a proposito delle tecniche di ingegneria genetica e sull'inseminazione artificiale in vivo e in vitro con la Risoluzione del 16 marzo 1989; con altra risoluzione del 28 ottobre 1993 ha preso posizione - in senso restrittivo - sulla clonazione di embrioni umani; con altre tre Risoluzioni si è espresso, sempre in senso restrittivo, sulla clonazione umana (il 15 gennaio 1998, il 30 marzo 2000, il 7 settembre 2000). Ma il principio di base rimane fermo: l'utilizzazione è possibile se fatta a scopi diagnostici, terapeutici e scientifici.

Di seguito, il Consiglio d'Europa ha elaborato una convenzione adottata a Strasburgo il 19 novembre 1996, concernente la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano rispetto alla utilizzazione della biologia e della medicina.

Questo testo è particolarmente rilevante e conviene esaminarlo in dettaglio.

La Convenzione si compone di un preambolo in cui si richiamano i documenti pregressi, nel cui alveo si colloca la nuova disciplina: la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite, proclamata nel 1948, la Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950, la Carta sociale europea del 1961, il Patto internazionale sui diritti civili e politici e il Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali del 1966, la Convenzione per la protezione dell'individuo rispetto al trattamento automatizzato dei dati di carattere personale del 1981, la Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989, la Raccomandazione sulla elaborazione di una convenzione di bioetica, del 1991. Nel preambolo si sottolinea la necessità della cooperazione internazionale in materia di biologia e medicina e l'esigenza di prevenire i pericoli alla dignità dell'uomo provenienti dalla biologia e dalla medicina; nel testo si fissano alcuni principi generali, concernenti



la prevalenza dell'interesse e del bene dell'essere umano sull'interesse della società o della scienza, l'esigenza di fissare regole di comportamento sul trattamento sanitario (fondate sul consenso dell'interessato); si ribadisce il diritto alla tutela della vita privata, qui specificato con riguardo alla tutela della salute, il divieto di discriminazione con riguardo ai caratteri genetici; si prevedono forme di tutela per le persone che si prestano alla ricerca scientifica ed infine si prevedono regole sull'espianto di organi a scopo di trapianto e il divieto di trarre profitto ed uso di una parte del corpo umano.

Tra queste regole si anticipa una disposizione concernente l'embrione, che sarà oggetto di successiva convenzione. L'art. 18, infatti, prevede che "quando la ricerca sull'embrione in vitro è ammessa dalla legge, quest'ultima garantisce una tutela adeguata dell'embrione". Si introduce anche il divieto di creare embrioni a scopo di ricerca.

La Convenzione traccia quindi un quadro di carattere generale entro il quale si debbono muovere gli Stati firmatari; in qualche modo prende atto dei diversi provvedimenti legislativi che si sono via via avvicinati nei principali Stati europei. Tra questi val la pena di segnalare l'intervento francese, che si articola in due provvedimenti: la *loi* n. 94-653 del 29 luglio 1994 con cui si è novellato il *code civil* (artt. 16.16-1 fino a 16-12) e la *loi* n. 94-654 emessa in pari data sulla utilizzazione del corpo umano. La prima legge conferma la dignità della persona e il rispetto dell'essere umano dall'inizio della vita, afferma il diritto di ciascuno al proprio corpo e fissa i limiti all'intervento sulla persona e sulla specie umana; la seconda si occupa dei trapianti e della fecondazione artificiale.

Su queste innovazioni si è aperto un vivace dibattito tra i giuristi francesi (43).

Il 4 aprile 1997 il Consiglio d'Europa, ad Oviedo, ha approvato una più comprensiva convenzione "per la protezione dei diritti dell'uomo e la dignità dell'essere umano riguardo le applicazioni della biologia e della medicina - Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina". L'art. 2 della convenzione proclama il primato dell'essere umano su ogni interesse della scienza o della società; gli artt. 5 - 9 codificano il principio del consenso per ogni trattamento medico; gli artt. 11 - 14 enunciano il principio del rispetto della persona nella ricerca genetica;

---

(43) Su queste innovazioni si è aperto un vivace dibattito tra i giuristi francesi (v., ad es., B. MATHIEU, "La dignité de la personne humaine: quel droit? quel titulaire?", in *Recueil Dalloz*, 1996, *Chronique*, p. 281; C. PHILIPPE, "La viabilité de l'enfant nouveauné", in *Recueil Dalloz*, 1996, *Chronique*, p. 29; J. HAUSER, "Un nouveauné: l'enfant conventionnelle?", in *Recueil Dalloz*, 1996, *Chronique*, p. 181; C. BYK, *La recherche sur l'embryon humain*, in *Semaine juridique*, vol. 29, 1996, p. 3949).



ammettono interventi sui geni, ma solo a scopo terapeutico; l'art. 18 vieta la creazione di embrioni a fini di ricerca.

Il Parlamento europeo e il Consiglio il 6 luglio 1998 hanno approvato una direttiva - sulla protezione delle invenzioni biotecnologiche - che riguarda anche l'embrione. Nei considerando si precisa innanzitutto che la brevettazione di tecnologie non può riguardare il corpo umano, comprese le cellule germinali, i geni, e che gli elementi isolati del corpo possono essere utilizzati solo nel rispetto della dignità dell'uomo e dell'ordine pubblico e del buon costume; poi si stabilisce che in caso di parti del corpo, la brevettazione è consentita solo se si è acquisito il consenso della persona sulla quale si è effettuato il prelievo; infine si esclude la brevettabilità della utilizzazione di embrioni a fini industriali e commerciali. Il divieto è ribadito agli artt. 5 e 6 della direttiva.

Con altra Risoluzione del 2000 il Parlamento europeo ha precisato che la dignità umana e il valore di ciascun essere umano sono gli obiettivi degli Stati Membri; che la ricerca medica è necessaria, ma deve svolgersi entro rigorosi limiti etici e sociali; che l'uso degli embrioni a scopo terapeutico deve essere limitato quando sia possibile fare impiego di cellule staminali; che la clonazione umana, cioè la riproduzione con il medesimo patrimonio genetico di cellule che appartengono ad una persona deve essere vietata; che le tecniche di inseminazione artificiale non debbono produrre un numero eccessivo di embrioni.

Infine la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, approvata a Nizza il 18 dicembre 2000 ha posto, nella previsione del principio della dignità, il divieto "di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro" e il divieto di "clonazione riproduttiva di esseri umani".

Sono dunque chiari e precisi i limiti alla produzione, utilizzazione e brevettazione di embrioni.

Ma è altrettanto chiaro che la produzione di embrioni - anche se in numero non eccessivo - è consentita dagli organi comunitari a fini diagnostici, terapeutici e di ricerca scientifica.

I diversi modelli giuridici con cui negli ordinamenti nazionali si è provveduto a disciplinare l'uso degli embrioni sembrano dunque compatibili con queste linee, sia che essi siano restrittivi sia che essi siano più liberali. Ogni Stato Membro può fare le sue scelte. Ma - lo si ribadisce - i modelli più liberali non sono riprovati, sempre che si allineino ai principi generali espressi nei documenti sopra riportati per cenni.



#### **6.1.6 - Il modello inglese può costituire un'alternativa possibile?**

Rispetto al modello italiano, che sembra segnare il limite massimo delle restrizioni, il modello inglese segna il limite massimo della libertà biomedica. Ma non si tratta di un modello riprovevole, perché è in linea con gli orientamenti degli organi europei e comunitari, né appare privo di limiti e di controlli. È informato ai principi di libertà e di responsabilità. Sono principi già segnalati nel Rapporto Warnock, il quale si fondava soprattutto su motivazioni etiche: e per l'appunto si apriva con l'avvertimento secondo il quale "vi sono barriere che non possono essere valicate". Ciò implica che gli interventi di procreazione assistita non possano essere liberi, anche se destinati a garantire il diritto alla procreazione della coppia, il diritto alla maternità, il diritto ad avere un erede, il diritto a mantenere il vincolo (morale) con il coniuge che sia deceduto senza aver potuto avere figli, e, considerando l'embrione di per sé, il diritto alla vita e alla salute di chi abbisogna di cure che si possono essere praticate solo con il ricorso alla utilizzazione degli embrioni. E neppure gli sviluppi della ricerca e della scienza biomedica, della sperimentazione e delle pratiche terapeutiche possono avvenire all'insegna dell'assoluta libertà. Nel contempo, il Rapporto Warnock si collocava in una posizione mediana, assentendo le utilizzazioni degli embrioni che fossero rispettose di ogni "ragionevole" principio etico (44).

Il corso degli interventi normativi è stato accompagnato da una accesa discussione anche nell'ambito della società civile, oltre che in Parlamento. È interessante segnalare che alcune delle argomentazioni contrarie all'uso degli embrioni al di fuori dei trattamenti clinici destinati alla procreazione - per esempio, per la ricerca pura o per la sperimentazione - coincidono con quelli difesi dal nostro Comitato nazionale di bioetica, poi accolti dal legislatore italiano. Si è infatti sostenuto che se l'embrione deve considerarsi una persona "in potenza", non si può procedere alla sua distruzione, quando, essendo in soprannumero, non sia necessario impiantarla; inoltre, che, se l'embrione si può equiparare alla persona, gli si dovrebbe riconoscere la

---

(44) Mary Warnock, illustre docente di etica, divenuta in seguito baronessa, ha modificato in parte le idee che erano state riversate nel Rapporto licenziato dalla Commissione da lei presieduta e che prende il suo nome. In particolare, si è di recente espressa in senso contrario alla surrogazione della madre, alla fecondazione della donna nubile, al divieto di far conoscere al figlio l'identità dei genitori naturali, alla selezione dei dati genetici del figlio da parte degli aspiranti genitori (M. WARNOCK, *Making Babies. Is there a right to have children?*, Oxford University Press, Oxford 2004). Tuttavia i suoi ripensamenti riguardano gli interventi di procreazione, non l'utilizzazione di embrioni.



dignità della persona, e quindi il diritto alla vita. Tuttavia, la stessa Autorità che si occupa dell'applicazione della disciplina, valutati i pro e contro delle soluzioni possibili, ha ritenuto che la ricerca sia consentita quando sia diretta a salvare la vita di persone la cui sopravvivenza o la cui sofferenza possa essere alleviata da terapie che ricorrano all'uso di embrioni, come quanti sono affetti dal morbo di Parkinson. Di qui la posizione che riconosce ai medici il diritto di fare impiego di embrioni nella ricerca, sempre che rispettino il limite dei 14 giorni, oltre i quali l'embrione, diventando sensibile, può essere assimilato al feto. A questi argomenti si affiancano poi quelli che riposano sulla disciplina dell'aborto, che in Inghilterra è ammesso da più di trent'anni, entro ragionevoli limiti. In sostanza, la stessa Autorità ritiene che si possano creare embrioni a soli fini di ricerca, ma in speciali circostanze, di natura eccezionale, in cui si possono anche creare embrioni in soprannumero, se necessari per salvare vite umane.

Anche se in queste pagine non è possibile approfondire nei dettagli la descrizione della situazione normativa inglese, val la pena di considerare almeno tre punti: la costruzione del modello, che è in costante evoluzione; la istituzione di una autorità di vigilanza nel settore delle biotecnologie, incluse quelle applicate all'uomo, agli embrioni, alle cellule staminali e ai "materiali umani"; l'applicazione giurisprudenziale delle regole legislative.

Sul primo punto. A seguito del Rapporto Warnock, che aveva suscitato un'ampia discussione non solo negli ambienti politici e religiosi, ma anche nella società civile, il Parlamento ha approvato lo *Human Fertilisation and Embriology Act 1990* (c. 37). In sintesi, quanto alle regole concernenti l'embrione, l'Act ne dà una definizione nei seguenti termini: "live human embryo where fertilisation is complete", "an egg in the process of fertilisation"; "fertilisation is not complete until the appearance of a two cell zygote"; l'embrione può essere in vitro se la sua fecondazione è iniziata al di fuori del corpo umano; i riferimenti della legge all'embrione riguardano solo quelli la cui fecondazione non è iniziata in vitro (sec. 1); la creazione di un embrione o la sua utilizzazione possono essere effettuate solo da chi sia provvisto di apposita autorizzazione (sec. 2); non è consentito l'impianto di un embrione o un gamete non umani nel corpo della donna; né l'impianto di embrioni umani in animali; è altresì vietato l'utilizzazione di embrioni in modo diverso da quello consentito; è vietata anche la sostituzione del nucleo di una cellula di un embrione con il nucleo derivante dalla cellula di altra persona, e così per la sostituzione di embrioni, anche in fasi ulteriori del loro sviluppo (sec. 3); se non si è acquisita l'autorizzazione, è vietato l'uso di gameti o di seme di una



persona in modo diverso da quello previsto per la fecondazione di una donna (sec. 4).

Nella linea propria della mentalità e tradizione inglesi, l'Act non classifica l'embrione tra le cose, tra le persone, tra le parti del corpo.

L'Act del 1990 prevede anche la istituzione di una autorità di vigilanza (*Human Fertilisation and Embriology Authority*) (sec. 5). Questo organismo, che ogni anno è tenuto a redigere un rapporto sull'attività svolta, controlla le informazioni relative agli embrioni, al loro sviluppo, e al loro trattamento; tiene i rapporti con i soggetti autorizzati al trattamento, ne riceve segnalazioni e richieste di informazioni, provvede alle richieste; effettua la vigilanza sui soggetti autorizzati mediante propri comitati; rilascia le autorizzazioni alle condizioni previste dall'Act (secc. 6 - 12).

Particolarmente rilevante è la sec. 14 in cui si disciplinano i requisiti per poter ottenere l'autorizzazione. La section prevede infatti che i gameti di una persona o un embrione possano essere conservati solo se ricevuti da un soggetto identificato o da una donna o da un soggetto autorizzato e che la fecondazione in vitro sia eseguita solo da parte di soggetti autorizzati; che i gameti e gli embrioni conservati possano essere utilizzati solo nel corso di un trattamento o consegnati a soggetto autorizzato; che la conservazione non possa durare per un periodo più lungo di quello previsto dalla legge, e che siano destinati alla estinzione alla fine del periodo prescritto, fissato in dieci anni per gli embrioni e in cinque per i gameti.

Nel gennaio del 2001 il Parlamento ha approvato un regolamento per consentire la ricerca a fini terapeutici condotta su cellule derivate da embrioni umani. Il dibattito è stato molto animato, e i temi discussi rivelano con quanta cura gli ambienti politici inglesi abbiano seguito la problematica (45).

Sempre il Parlamento ha approvato lo *Human Reproductive Cloning Act* (2001, ch. 23) per bandire la clonazione ottenuta mediante l'impianto in una donna di un embrione umano creato con tecniche diverse dalla fecondazione. Per cui attualmente il dibattito si è spostato dalla procreazione assistita e dalla disciplina dell'uso degli embrioni alla utilizzazione di cellule staminali.

Il 18 settembre del 2003 il Parlamento ha approvato una integrazione alla disciplina mediante lo *Human Fertilisation and Embryology (Deceased Fathers) Act* (2003, ch. 24). Si tratta di una precisazione riguardante il caso delle madri che abbiano concepito figli

---

(45) Il dibattito è reperibile su internet, nel sito della Cattedra de Biotecnologia, Biodiversidad & Derecho: <http://www.biotech.bioetica.org/docta4.htm>.



dopo la morte del marito o del convivente e che abbiano fatto ricorso alla procreazione assistita. Poiché l'Act del 1990 non consentiva che il figlio nato dalla fecondazione *post mortem* del padre avesse lo *status* di figlio del padre ormai deceduto, la nuova legge risolve il problema, ma solo sul piano morale e non giuridico. In altri termini, il figlio concepito usando il seme del padre (legittimo o naturale) dopo la morte di questi può richiedere (ed analogo diritto viene riconosciuto alla madre che ne faccia richiesta entro 42 giorni dalla morte del padre) di essere registrato allo stato civile e di averne menzione nei documenti come figlio del padre deceduto. Questa menzione non implica tuttavia che, dal punto di vista giuridico, il nato acquisti lo *status* giuridico di figlio della persona deceduta.

Sul secondo punto. Tra le molteplici attività svolte dall'Autorità, si deve segnalare in particolare il "code of practice", giunto alla sesta edizione (46) nel quale si illustrano la normativa, gli adempimenti amministrativi, le tecniche di procreazione con le soluzioni ai quesiti pratici più frequenti. Un'autentica guida sia per i soggetti autorizzati sia per tutti gli interessati agli interventi.

Sul terzo punto. Alcuni casi esaminati dai giudici - normalmente giudici di prime cure - hanno sollevato questioni in ordine alla applicazione dell'Act nella sua versione del 1990. Il Parlamento ha preso buona nota delle perplessità dei giudici e, quando ha ritenuto di doverle accogliere, ha modificato il testo originario della legge.

Due soli casi val la pena di menzionare. In un caso si controvertava sul diritto della madre di poter esportare il seme del marito, nel frattempo deceduto, per poter procreare artificialmente in uno Stato della Comunità in cui l'intervento fosse ammesso (come in Belgio). Il caso si è chiuso con l'autorizzazione all'espatrio del seme (47). In un altro caso si controvertava sulla applicazione della disciplina vigente agli embrioni impiegati nella clonazione terapeutica. La sentenza di primo grado aveva escluso l'applicabilità della disciplina a questo tipo di embrioni (48), ma in appello fu riformata (49). Sicché dovette intervenire il Parlamento per appianare la questione, e precisare che non è possibile incidere il nucleo della cellula per ricavarne un'altra simile.

#### **6.1.7 - Si può costruire lo statuto dell'embrione soltanto su regole che impongano divieti?**

---

(46) HFEA, *Code of practice*, London 2003.

(47) R v. Fertilisation and Embryology Authority, ex parte Blood [1997], 2 WRL 806.

(48) The Queen on the application of Bruno Quintavalle on behalf of Pro-Life Alliance v. Secretary of State for Health [2001] EWHC Admin 918.

(49) R v. Secretary of State for Health [2002] EWCA Civ 29.



Il modello italiano non è informato a principi di libertà e responsabilità. È informato a limiti e divieti che si rinvengono nella l. 19 febbraio 2004, n. 40.

La legge del 19 febbraio 2004, n. 40 reca “norme in materia di procreazione medicalmente assistita”, e per la verità non è una legge destinata a regolare lo statuto giuridico dell’embrione. Le sue finalità sono diverse, nel senso che sono rivolte a risolvere i problemi “riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana”. L’embrione è un mezzo per risolvere questi problemi, che potrebbero essere risolti anche in altri modi. Ma si tratta di un mezzo particolare, perché per poter raggiungere lo scopo che la legge vuol realizzare occorre innanzitutto creare l’embrione, poi trattarlo, e stabilire le modalità di trattamento, ed ancora stabilire chi debba assumere le decisioni inerenti il trattamento, ed infine stabilire la sorte degli embrioni non utilizzati.

La legge dà qualche risposta a questi interrogativi, ma non risolve tutte le questioni. Dobbiamo inoltre verificare se le risposte sono plausibili. Per far ciò è necessario compiere alcune operazioni. Innanzitutto una lettura del testo al fine di individuare regole concernenti l’embrione. E poi la loro costruzione in complesso sistematico. Infine la loro valutazione critica.

Cominciamo innanzitutto dai termini impiegati, che sono molteplici e che richiedono l’attribuzione di un significato. Il testo infatti si riferisce, di volta in volta:

(i) al *concepito*, a proposito delle finalità, contenute nel capo dei “principi generali”, per sottolineare che essa tutela i diritti di tutti i soggetti coinvolti ai quali è ascritto il concepito (art. 1 c. 1);

(ii) al *nascituro*, a proposito del consenso informato riguardante le conseguenze della applicazione delle tecniche di procreazione assistita (art. 6);

(iii) al *nato*, cioè alle persone che siano state procreate mediante il ricorso a queste tecniche con riguardo al loro *status* familiare; si tratta di disposizioni (previste dagli artt. 8 e 9) contenute in un capo destinato alla tutela del “nascituro”, ma in realtà riguardano chi sia già nato; al nato viene riconosciuto lo *status* di figlio legittimo e si pone il divieto del disconoscimento della paternità e dell’anonimato della madre; il nato è registrato presso le strutture autorizzate alla applicazione delle tecniche di procreazione assistita (art. 11 c. 1);

(iv) ai *gameti*, sempre a proposito delle finalità, tra cui è ricompreso il sostegno alla ricerca sulle tecniche di crioconservazione (art. 2 c. 1); a proposito della loro donazione da parte del soggetto da cui provengono e a cui si nega una relazione parentale con il nato (art. 9



c. 3); con riguardo al divieto di utilizzazione a fini procreativi se appartengano a soggetti estranei alla coppia richiedente l'applicazione delle tecniche procreative (art. 12 c. 1); con riguardo al divieto di commercializzazione (art. 12 c. 6); con riguardo al divieto di selezione a scopo eugenico (art. 13 c. 3 lett. b); con riguardo al divieto di fecondazione di un gamete umano con un gamete di specie diversa e al divieto di produzione di ibridi e di chimere (art. 13 c. 3 lett. d); con riguardo alla loro crioconservazione, che è consentita (art. 14 c. 8);

(v) alla *cellula* e al *patrimonio genetico nucleare*, in quanto oggetto e risultato della clonazione umana, che è vietata dall'art. 12 c. 7;

(vi) all'*embrione*, che, in quanto "formato" è oggetto di registrazione al pari del nato, nel libro tenuto dalle strutture autorizzate (art. 11 c. 1); non può essere oggetto di commercio (art. 12 c. 6).

All'embrione è dedicato l'intero capo VI; ma si tratta in prevalenza di disposizioni che impongono divieti, sì che la tutela dell'embrione appare di riflesso, indiretta: si tratta del divieto di sperimentazione (art. 13 c. 1); del divieto di ricerca che non sia destinato a finalità di tutela della salute e dello sviluppo dell'embrione oggetto del trattamento a fini procreativi (art. 13 c. 2); del divieto di produzione di embrioni a fini di ricerca e di sperimentazione (art. 13 c. 3 lett. a); del divieto di selezione a scopo eugenico (art. 13 c. 3 lett. b); del divieto di scissione (art. 13 c. 3 lett. c); del divieto di crioconservazione (salva l'ipotesi di rinvio dell'intervento per ragioni connesse alla salute della donna, ex art. 14 c. 3) e di soppressione (art. 14 c. 1); del divieto di produzione di embrioni soprannumerari (art. 14 c. 2).

Nonostante sia più volte menzionato, l'embrione non è definito: occorre dunque fare riferimento alla definizione tecnico-scientifica per poter assegnare un significato a questa espressione.

Dalla semplice enumerazione delle disposizioni che se ne occupano appare evidente che non si è in presenza di una disciplina organica: non solo non si definisce l'embrione nella sua entità, e neppure lo si parifica alla persona in quanto tale, ma non si declinano i diritti che il titolo del capo VI - "misure di tutela dell'embrione" - farebbe supporre.

Proviamo allora a fare una seconda operazione, cioè a rovesciare le disposizioni che sono espresse in forma di divieto, e a risalire dal comportamento negativo sanzionato alla posizione del destinatario dei benefici derivanti dall'osservanza del divieto. Abbiamo allora un embrione che ha diritto ad essere identificato e registrato; un embrione che ha un diritto alla salute, alla integrità del proprio patrimonio genetico, alla conservazione e allo sviluppo, alla "non proliferazione", alla dignità pari a quella di un essere umano, in quanto non può essere



fatto oggetto di commercio, di utilizzazione diversa dalla procreazione, né oggetto di ricerca e di sperimentazione.

Questa operazione non è solo un semplice esercizio di analisi della tecnica legislativa. Al contrario, porta al risultato della costruzione di uno statuto dei “diritti dell’embrione” - ricavabile dalle norme per via indiretta - che ne fa un soggetto anomalo, singolare, e tutelato in modo del tutto sproporzionato rispetto ad altri soggetti.

Ed in effetti, l’embrione è tutelato di più del concepito quanto alla legge civile, perché il concepito acquista i diritti solo alla sua nascita, e di più del feto, perché il feto può essere soppresso se sussistono i presupposti per l’applicazione della legge sull’aborto.

Ma poiché concepito, embrione e feto si riferiscono sempre alla medesima “persona”, cioè al medesimo soggetto che, una volta concepito e sviluppato nel feto, poi potrebbe venire alla luce, questa disciplina appare del tutto illogica, incongrua, insomma insensata, perché rispetto alla medesima “persona” propone tutele differenziate a seconda dell’età e dello stadio di sviluppo, oltre al fatto che crea uno *status* giuridico superiore per l’embrione e deteriore per il feto.

Di qui il suo conflitto diretto con la disciplina dell’aborto, oltre che il conflitto con:

(i) le finalità di tutela della vita e della salute di persone che potrebbero essere curate mediante trattamenti effettuati con embrioni;

(ii) le finalità di ricerca e di sperimentazione scientifica, sempre per consentire e promuovere lo sviluppo delle biotecnologie e della medicina;

(iii) il diritto alla procreazione di coppie sterili che richiedano l’apporto di estranei per la fecondazione;

(iv) il diritto alla procreazione di donne vedove o di donne nubili, o di minorenni (conviventi);

(v) il diritto all’accesso alle tecniche da parte di coppie del medesimo sesso.

#### **6.1.8 - Da dove ripartire per definire un modello accettabile?**

Il Forum delle Associazioni familiari, di ispirazione cattolica, aveva promosso una campagna di opinione - a cinquant’anni dalla Dichiarazione dei diritti dell’uomo e nel corso del primo dibattito parlamentare sulla procreazione artificiale - a favore della approvazione di una disciplina dei diritti dell’embrione. Era da questa disciplina, sosteneva (correttamente) il Forum che si doveva partire, in quanto “lo statuto giuridico dell’embrione è l’antecedente logico di qualsiasi altra disciplina della fecondazione o della manipolazione genetica”. Si era anche fatto promotore di una proposta di legge in cui



si saldava lo statuto giuridico dell'embrione con la procreazione assistita e con l'aborto. All'embrione si proponeva di riconoscere - se non i diritti di natura patrimoniale - certamente la capacità giuridica, e comunque il diritto alla vita, alla famiglia e all'identità.

Il risultato a cui è pervenuto il Parlamento italiano non è molto dissimile. Anche se non sono proclamati in via esplicita, tutti questi diritti sono implicitamente assegnati all'embrione. E così almeno è stato interpretato dalle associazioni che avevano promosso il "diritto alla vita". "Riconoscere l'eguale dignità umana sin dal concepimento rappresenta il giusto fondamento dello stato di diritto, della concezione laica della società, del principio d'eguaglianza, della solidarietà verso i più deboli, di una reale legalità che non sia espressione solo di forza". Sono assunti dell'associazione Federvita del Trentino Alto Adige, che riflettono la mentalità e le convinzioni della maggioranza parlamentare.

Ma dobbiamo in primo luogo domandarci se la nuova legge sia "moralmente" accettabile. Quali sono i valori sacrificati da una costruzione giuridica dello *status* dell'embrione così forte? La potenzialità di vita - se così si vuol dire - dell'embrione è posta in posizione preminente rispetto alle prospettive di sopravvivenza dei malati e dei sofferenti, destinati a sicura morte, se non fossero assoggettati a cure e interventi medici nei quali si richiede l'utilizzazione di embrioni. Di qui la protesta delle associazioni di malati, o perché i loro affiliati sono stati privati di una speranza, o perché essendo affetti da malattie ereditarie, non possono profittare neppure delle tecniche consentite.

In secondo luogo, dobbiamo chiederci se le argomentazioni addotte a favore delle scelte legislative siano coerenti.

L'equiparazione dell'embrione alla persona è frutto di una finzione, ma è suggestiva. L'equiparazione dell'embrione ad un essere debole è anch'essa una finzione. La concezione laica della società, rispettosa della libertà coniugata alla responsabilità, vorrebbe che fosse la coscienza individuale di ogni persona a dettare le regole del suo comportamento, proprio per evitare che la maggioranza imponga divieti alla minoranza. E ci si può chiedere se i più deboli non siano le coppie sterili che non possono ricorrere alla fecondazione eterologa, i pazienti che non possono essere curati con terapie che impiegano embrioni, i malati in generale che attendono una speranza dalla ricerca scientifica, mortificata dalle restrizioni inflitte dalla legge ai ricercatori e agli sperimentatori.

In terzo luogo, ci si può chiedere se la distanza del nostro ordinamento da quelli più liberali non implichi una differenza di trattamento in ambito europeo innanzitutto tra coloro che desiderano



procreare e necessitano di assistenza e poi tra coloro che possono sopportare i costi di un trasferimento all'estero per ottenere quanto sia loro negato in Italia e chi invece non sia in grado di provvedervi.

Ma se si guarda alla nuova disciplina anche dal punto di vista della tutela dell'embrione, appare assurdo impedire sia la soppressione di embrioni soprannumerari sia la loro crioconservazione: non vi è contraddizione in queste due esigenze, perché la prima impedisce all'embrione di rimanere in attesa di una qualche utilizzazione e di morire naturalmente, la seconda impedisce di riutilizzare embrioni a scopo di fecondazione. Appare, più che assurdo, sconcertante imporre l'impianto di embrioni malati: sia dal punto di vista della madre, che poi sarà posta di fronte alla scelta se portare a termine la gravidanza di un figlio destinato a nascere malato oppure a ricorrere all'aborto, sia dal punto di vista del figlio che nascerà in condizioni deteriori.

Rimangono poi da risolvere alcune questioni fondamentali: fino a che punto si può spingere la ricerca scientifica e la sperimentazione non sull'embrione ma sulle cellule staminali? Possiamo almeno in questo settore lasciare libera la scienza biomedica che si preoccupa di predisporre tecniche terapeutiche per chi soffre e attende una parola di speranza per sopravvivere o addirittura per guarire? È ormai questo il problema più pressante e delicato da risolvere, sul quale il dibattito - anche in Inghilterra - è tuttora aperto.

## **6.2 - Il danno da procreazione e il diritto a nascere sani**

*L'affaire Perruche*, deciso dalla Corte di Cassazione francese, riunita in Assemblea plenaria, il 17 novembre 2000, si avvia a diventare uno dei "casi difficili" sui quali esercitare le armi più sofisticate dell'ermeneutica giuridica. È un caso che si presta, infatti, a comprendere come le risorse del diritto rispondano alla domanda di giustizia di una società che per un verso moltiplica le situazioni soggettive della persona e per altro verso si preoccupa di mediare tra diritti e interessi tra loro in conflitto. Ma si presta anche a discutere se tutti i problemi concernenti la persona possano (o debbano) essere 'giuridificati', e, in caso affermativo, quali modelli (italiani o stranieri) debbano ritenersi soddisfacenti. Vi sono infatti modelli che rivendicano uno spazio autonomo alle tecniche del formalismo e altri che sono pronti a incorporare nelle regole giuridiche valori etici e morali assunti a loro fondamento. Nella sua singolarità, e per i contorni drammatici che presenta, il caso si presta anche ad esaminare come si eserciti l'"arte di giudicare", e come reagiscano, di fronte a casi simili, le diverse esperienze che compongono lo scenario della comparazione giuridica.



Lo svolgimento processuale del caso si può ricostruire leggendo la relazione del Consigliere Pierre Sargos <sup>(50)</sup>, le conclusioni dell'Avvocato generale alla Corte di Cassazione Jerry Sainte-Rose <sup>(51)</sup> e i numerosi commenti elaborati dalla dottrina <sup>(52)</sup>.

Maggiori difficoltà oppone la scarsa motivazione dell'Assemblea plenaria, che, in quanto corte di legittimità, muove soltanto dai giudizi di secondo grado.

Ecco dunque i passaggi essenziali:

(i) con pronuncia del 13 gennaio 1992, il Tribunale di grande istanza di Evry ritiene che al medico e al laboratorio di biologia medica ai quali una gestante si era rivolta per far accertare l'esistenza di anticorpi della rosolia si possa imputare una colpa di natura contrattuale per aver consegnato alla gestante referti errati, che l'avevano convinta della possibilità di portare a termine la gravidanza senza pregiudizi per il nascituro; decide inoltre che il danno derivatone debba essere risarcito sia al figlio, per lesione della sua integrità fisica, sia ai genitori;

(ii) con pronuncia del 17 dicembre 1993 la Corte d'Appello di Parigi, adita dal medico perché l'errore era imputabile, a suo dire, solo al laboratorio, ritiene che anche il medico sia in colpa contrattuale (per violazione di una obbligazione di mezzi) e debba rispondere in solido con il laboratorio e con le compagnie assicurative di entrambi nei confronti della madre e nei confronti del padre, in quanto la madre, confidando nei risultati errati, aveva deciso di non interrompere la gravidanza, mentre si sarebbe determinata ad abortire in caso di pericolo per il nascituro, intenzione di cui era ben consapevole il professionista;

(iii) il capo della pronuncia di primo grado concernente la responsabilità solidale dei convenuti nei confronti dei genitori diviene incontrovertibile in quanto su questo aspetto della questione si forma la res iudicata;

(iv) la Corte di Appello riforma invece il capo della decisione riguardante la responsabilità nei confronti del figlio; secondo i giudici d'appello il pregiudizio risentito dal figlio non può essere causalmente collegato alle colpe accertate; ciò perché gli effetti della rosolia non dipendevano da errore dei medici, ma piuttosto dal fatto che la madre aveva contratto la malattia all'inizio della gravidanza e perché la determinazione della madre di portarla a termine non avrebbe potuto,

---

<sup>50</sup> In *Sem. jur.*, 10438, 13.12.2000, n. 50, p. 2293 ss..

<sup>51</sup> *Ivi*, p. 2302 ss..

<sup>52</sup> Ad es. CHABAS, *Note, ivi*, p. 2309.



di per sé, costituire causa giustificativa di danno risarcibile per il figlio, essendo gli effetti della rosolia costituzionalmente inerenti alla persona ed assolutamente irreversibili;

(v) investita della questione, la prima sezione della Corte di Cassazione, con sentenza del 26 marzo 1996, riforma la sentenza d'appello sul solo punto inerente il nesso causale, sostenendo che l'errore diagnostico aveva indotto i genitori a credere che la madre fosse immune dalla rosolia, e che il figlio aveva perso la *chance* di sopportare le conseguenze devastanti della rosolia; la causa è dunque rinviata, sul solo punto del nesso causale, alla Corte d'appello di Orléans, la quale, tuttavia, con sentenza del 5 febbraio 1999, si rifiuta di seguire il principio di diritto enunciato dalla Cassazione e decide che non sussiste un nesso causale tra la colpa del medico (e del laboratorio) e il danno risentito dal figlio;

(vi) pervenuta nuovamente in Cassazione, la Corte, riunita in adunanza plenaria, ritiene:

a) che le colpe imputabili al medico e al laboratorio nell'esecuzione dei contratti conclusi con la gestante l'avevano indotta a confidare sull'esattezza dei referti e sulla propria immunità e quindi le avevano impedito di esercitare il proprio diritto di interrompere la gravidanza al fine di evitare di dare alla luce un figlio affetto da handicap;

b) che il figlio sia legittimato ad ottenere il risarcimento del danno risultante dall'handicap e cagionato dalle colpe accertate;

(vii) le parti sono rinviate ad altro giudice d'appello per la determinazione del danno.

La laconicità del testo della decisione, contenuto in poche righe di motivazione, non soddisfa il giurista, che pur apprezza la sinteticità delle sentenze francesi. Ma un conto è il percorso logico-giuridico con cui la Corte perviene al risultato, altro conto è l'effetto raggiunto.

Per procedere all'esame della pronuncia occorre sgombrare il campo da alcune questioni, che pure avrebbero titolo ad essere trattate. Ad esempio, la collocazione della pronuncia nel suo contesto, dottrinale e giurisprudenziale, ma anche nel contesto culturale del momento. L'interpretazione della pronuncia, nella sua laconicità, solleva poi molti dubbi sulla normativa richiamata (gli artt. del Code civil 1165, sull'effetto del contratto nei confronti dei terzi, e 1382 sul fatto illecito), e ancora sulla mancata ricostruzione del nesso causale, apoditticamente ritenuto sussistente; nulla dicono inoltre i giudici di legittimità sulla natura del danno considerato risarcibile.

Occorre però circoscrivere l'ambito dell'indagine. Considerando le circostanze in cui il caso si è manifestato, è appena il caso di rilevare che



non si tratta né di danno inferto direttamente dai medici alla integrità fisica della gestante, la quale era affetta da rosolia già prima di sottoporsi agli accertamenti, né di danno inferto direttamente al feto al quale la rosolia era stata trasmessa dalla madre, né di danno subito dai genitori per mancata interruzione della gravidanza conseguente ad errori nella sterilizzazione del marito o della moglie. Tutti casi che la nostra giurisprudenza ha registrato in numero ormai copioso.

Si tratta di ipotesi ben note all'osservatore italiano, perché la nostra esperienza registra ormai numerosi casi che si collocano in aree finitime a quella in esame.

A favore del risarcimento del danno fisiopsichico risentito dal neonato in occasione del parto cesareo per asfissia e per successivi episodi di apnea, con conseguente perdita di capacità lavorativa e di attitudine alla vita di relazione e dal danno risentito altresì dai genitori per oneri patrimoniali e sofferenze morali si è espressa la Corte di Cassazione con sentenza del 16 febbraio 2001, n. 2335 <sup>(53)</sup>; la responsabilità del medico è fondata sulla colpa lieve ex art. 1176 cod. civ.

Quanto all'ammissibilità del risarcimento del danno (extracontrattuale) risentito dalla madre per l'omissione di informazioni da parte del medico sull'esito negativo dell'intervento diretto ad interrompere la gravidanza si erano espressi il Tribunale di Padova <sup>(54)</sup>, la Corte di Appello di Bologna <sup>(55)</sup> e la stessa Corte di Cassazione <sup>(56)</sup>.

Sulla risarcibilità del danno cagionato ad entrambi i genitori per mancata informazione alla madre sulle malformazioni del nascituro in occasione di errata diagnostica e conseguente radicale impossibilità di procurare l'aborto si è pronunciato favorevolmente il Tribunale di Bergamo <sup>(57)</sup>; i giudici hanno posto in luce come l'interesse leso sia a questo proposito il diritto della madre: il diritto di scelta e di autodeterminazione in ordine alla interruzione della gravidanza; ma si considera ammissibile anche l'azione promossa dal padre, che sarebbe stato coinvolto, se non nella scelta, quanto meno nella partecipazione ad

---

<sup>(53)</sup> Corte di Cassazione, sent. 16 febbraio 2001 n. 2335, in *Diritto & Giustizia*, vol. 8, 2001, pp. 33 e segg., con nota di Rossetti.

<sup>(54)</sup> Tribunale di Padova, sent. 9 agosto 1985, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, vol. I, 1986, p. 115, annotata da Zatti.

<sup>(55)</sup> Corte di Appello di Bologna, sent. 19 dicembre 1991, in *Diritto di famiglia*, 1993, p. 1081.

<sup>(56)</sup> Corte di Cassazione, sent. 8 luglio 1994 n. 6464, in *Giurisprudenza italiana*, 1995, p. 790.

<sup>(57)</sup> Tribunale di Bergamo, sent. 16 novembre 1995, in *Giustizia civile*, vol. I, 1996, p. 867.



essa. Nello stesso senso si è orientato il Tribunale di Perugia <sup>(58)</sup>, perché il medico non aveva informato i genitori del fatto che il feto presentava malformazioni e sarebbe venuto alla luce affetto da sindrome di Down.

In casi analoghi la Suprema Corte ha però precisato che ai fini della dimostrazione del nesso causale tra il comportamento dei sanitari e i danni lamentati dalla madre (o da entrambi i genitori) occorre provare la sussistenza delle condizioni previste dalla legge per procedere alla interruzione della gravidanza <sup>(59)</sup>. Il diritto che si considera violato è il diritto della madre alla interruzione della gravidanza. Nella pronuncia n. 12195 del 1998 il risarcimento del danno subito dal padre, è qualificato come “danno riflesso”.

A favore del risarcimento del danno (contrattuale) risentito dalla madre per aver procreato un figlio sano, ma non voluto, a seguito di un fallito intervento di interruzione della gravidanza si è determinato il Tribunale di Cagliari con sentenza del 23 febbraio 1995 <sup>(60)</sup>.

Ancora. A favore del risarcimento del danno (extracontrattuale) cagionato ai genitori perché, a seguito di scorretta esecuzione dell'intervento di sterilizzazione del marito, era stato leso il loro diritto alla procreazione cosciente e responsabile si è pronunciato il Tribunale di Milano con sentenza del 20 ottobre 1997 <sup>(61)</sup>. È da sottolineare, tuttavia, che il Tribunale ha considerato come danno-evento non tanto la nascita del figlio - essendo la vita bene incommensurabile, portatore di gioie ai genitori, e tale da compensare il disagio di dover mantenere un figlio - ma piuttosto la lesione di un diritto di libertà personale che si configura in capo ai genitori. La gioia della paternità e della maternità sono altrettanti beni compensativi di cui il giudice deve tener conto nella sua valutazione della *compensatio lucri cum damno*.

Sulla natura del danno la giurisprudenza è divisa. Si tratta comunque di un ulteriore profilo esorbitante da queste note.

Non sono questi comunque i problemi rilevanti ai fini della comprensione delle novità della pronuncia dell'Assemblea plenaria.

La novità riguarda la legittimazione ad agire riconosciuta in capo al figlio. Novità, per così dire, relativa, perché già nel procedimento sopra descritto a favore del risarcimento del figlio si era pronunciata la prima sentenza di merito e la prima sezione della Cassazione.

---

<sup>(58)</sup> Tribunale di Perugia, sent. 7 settembre 1998, in *Foro italiano*, vol. I, 1999, p. 1810.

<sup>(59)</sup> Corte di Cassazione, sent. 1 dicembre 1998 n. 12195, in *Guida al diritto*, vol. 8, 1999, p. 66, con nota di Profita e 24 marzo 1999 n. 2793, vol. I, 1999, p. 1804.

<sup>(60)</sup> Tribunale di Cagliari, sent. 23 febbraio 1995, in *Rivista giuridica sarda*, 1995, p. 669 con nota di Diana.

<sup>(61)</sup> Tribunale di Milano, sent. 20 ottobre 1997, in *Rivista italiana medico legale*, 1999, pp. 597 e segg., con nota di Introna.



Il caso dunque può essere scarnificato e assunto come ipotesi di scuola, i cui punti essenziali, superando i confini della fattispecie in esame, possono riassumersi in alcuni interrogativi. Atteso che i genitori avevano già visto consolidato il proprio diritto al risarcimento del danno, questo assunto - condiviso dai giudici italiani con le precisazioni e i limiti di cui si è detto - ci si chiede:

a) se dal punto di vista metodologico, la problematica si possa esaurire nella discussione sulla sussistenza del nesso causale o se possano/debbero intervenire altri fattori di valutazione;

b) se dal punto di vista delle regole giuridiche il figlio sia legittimato a chiedere un risarcimento e

c) per quale danno e

d) nei confronti di quali soggetti.

A questo punto si aprono ulteriori interrogativi:

e) se il figlio possa rivolgere l'azione risarcitoria al medico e al laboratorio per essere venuto al mondo in condizioni disagiate, pur non essendo quelle condizioni cagionate direttamente dai convenuti, ma soltanto dalla combinazione di due fattori, l'errore di informazione condizionante la scelta di abortire e la prosecuzione inconsapevole della gravidanza da parte della madre;

f) se l'azione possa coinvolgere la madre, consapevole, che si sia determinata a portare a termine la gravidanza;

g) se il risarcimento del danno possa essere richiesto anche al padre oltre che alla madre.

Per individuare un caso che non simile ma affine a quello deciso dalla Cour de Cassation occorre dunque risalire al precedente più discusso, e probabilmente, unico che possiamo registrare presso di noi, il caso dell'eredoluetica deciso dal Tribunale di Piacenza nel lontano 31 luglio 1950 <sup>(62)</sup>.

Ciò perché in tutte le decisioni ora indicate, e in altre che si potrebbero menzionare, si tratta sempre di danni richiesti dall'uno o dall'altro genitore o da entrambi, ma non dal figlio.

Il tribunale piacentino aveva ammesso il risarcimento superando il problema del nesso causale con queste parole: "la vita è un grande dono, un immenso dono. Ora il trasmettere attraverso la generazione (...) una condizione morbosa che questo grande dono trasformi in una immensa felicità è illecito, contrario al diritto, contrario al comportamento della persona quale le è imposto dall'ordinamento giuridico che la riconosce e la eleva". La critica con cui la dottrina, salve alcune opinioni favorevoli, aveva accolto la decisione ha esercitato una

---

<sup>(62)</sup> Tribunale di Piacenza, sent. 31 luglio 1950, in *Foro italiano*, vol. I, 1951, p. 987.



sufficiente forza dissuasiva a promuovere nei confronti dei genitori azioni risarcitorie da parte di figli venuti alla luce con handicap. È però da segnalare che la infezione luetica era stata trasmessa dal padre alla madre, e che quest'ultima forse non ne era consapevole, ma certamente (all'epoca) non aveva il diritto di abortire.

Anche nel caso *Perruche* siamo in presenza di un'azione risarcitoria, ma l'azione non è rivolta ai genitori, bensì ai medici e al laboratorio, e quindi non si può neppure riproporre il problema della immunità dei genitori nei confronti dei figli per il fatto di averli procreati in condizioni disagiate o la questione della impossibilità di risarcire il danno, perché si lederebbe il diritto alla procreazione dei genitori o il diritto alla libera scelta di abortire da parte della madre.

Rimane invece aperto il problema del nesso causale. L'alternativa, semplice, ma apparente, è tra "essere e non essere", vivere afflitto da handicap irreversibile, oppure non esserne afflitto, ed allora non venire alla luce. Ebbene, questa alternativa, nel caso della responsabilità medica, non si può porre, perché il figlio comunque è venuto alla luce, ed è condannato a vivere in condizioni disagiate perché la madre non ha potuto interrompere la gravidanza. Le parole dei giudici del Tribunale di Piacenza, a mezzo secolo di distanza, sembrano ancor attuali (straordinariamente attuali) anche se non offrono una motivazione adeguata in punto di stretto diritto.

Oggi quei giudici, esposti alla gogna da parte di alcuni, rispettati ma criticati da parte di quasi tutti <sup>(63)</sup> godrebbero di ben altra considerazione.

Per risolvere il rebus si deve seguire una linea di ragionamento giuridico in senso stretto o una linea che dà spazio ai valori presupposti da quel ragionamento?

Nell'uno e nell'altro caso si può pervenire a soluzioni opposte. Per tentare di assegnare al quesito una soluzione positiva, si possono costruire ragionamenti coerenti sia seguendo il primo sia il secondo sentiero.

---

<sup>(63)</sup> Si vedano le puntuali ricostruzioni di quella vicenda in S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano 1984, pp. 112 e segg., ove riferimenti all'esperienza tedesca e statunitense; Z. ZENCOVICH, "La responsabilità da procreazione", in *Giurisprudenza italiana*, vol. IV, 1986, p. 113, con ulteriori riferimenti comparatistici; e per altri casi cfr. C. BAR, *The Common European Law of Torts*, I, Clarendon press, Oxford 1998, pp. 581 e segg.; A. D'ANGELO (a cura di), *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Giuffrè, Milano 1999, ove saggi e interventi di Lupoi, Canale, Busnelli, Lipari, Ruffolo, Cendon, Passio, Brunetta d'Usseaux, D'Angelo, Bregante, Ferrando, De Matteis, Spallarossa, Monasteri.



Seguendo la via del diritto, appare chiaro che la considerazione della vita come un valore incomparabile è una considerazione non giuridica “che si sovrappone ad una considerazione puramente formale”: se si distingue il momento della lesione dal momento delle sue manifestazioni, si può pervenire al superamento dell’ostacolo del nesso di causalità anche in termini rigorosamente formali <sup>(64)</sup>.

Ma queste considerazioni riguardano la questione nei suoi contorni di responsabilità extracontrattuale. Se si porta la questione in ambito contrattuale, o si ritiene che la madre abbia concluso con il laboratorio un contratto di assistenza per prestazioni diagnostiche e con il medico il contratto di prestazione sanitaria, e in entrambi i contratti si possano includere obblighi di protezione del terzo (il feto); oppure si può ritenere che gli effetti prodotti dai contratti riguardino proprio prestazioni da effettuarsi a favore del feto (di cui si deve accertare la condizione endouterina). In entrambi i casi è impossibile negare un contatto con gli interessi del feto-nato, così come è impossibile negare che la carenza o l’inesattezza di informazioni non incidano quanto meno indirettamente anche su di esso. Non si pone allora il problema dell’inesistenza del diritto a non nascere, oppure del diritto a nascere sano, ma della condizione necessitata in cui si trova il nato che, per effetto della carenza o della inesattezza delle informazioni, è venuto alla luce nell’unica condizione in cui avrebbe potuto vivere, cioè affetto da handicap. L’errore dei medici si è riflesso sulla condizione tragica di vita del nato.

Certo, seguendo la distinzione tra causalità materiale e causalità giuridica, si potrebbe osservare che l’errore dei medici è stato una *concausa*, ma non l’unica causa (la madre avrebbe potuto decidere di non abortire). Se i medici non avessero errato, la consapevolezza della condizione tragica del figlio non avrebbe consentito a questo di agire contro la madre, perché non vi era *colpa* di lei, ma solo una scelta libera di procreazione non sindacabile né orientabile dalle pretese risarcitorie del figlio.

Seguendo la via dei valori, si può consentire con Paolo Zatti quando osservava che l’idea, in base alla quale la nascita sia sempre “dono prezioso” (stilema ricorrente in giurisprudenza), “sovrappone e confonde il valore e la tutela della vita umana con la valutazione del rapporto tra l’evento della nascita e la persona del genitore: rapporto che può far riguardare la nascita come evento dal significato non univoco, portatore per un verso di “doni”, per l’altro di “difficoltà”;

---

<sup>(64)</sup> P. RESCIGNO, “Il danno da procreazione”, in *Rivista di diritto civile*, vol. 1, 1956, p. 634.



sicché “legare in unica sorte e in un unico apprezzamento nascita e maternità significa in realtà alimentare la confusione di piani che fa riconoscere valore alla vita umana solo se ‘accettata’”.

Ai genitori dunque, si può riconoscere il danno di natura patrimoniale, nonché il danno di natura biologica e di natura morale in senso stretto; non potendosi duplicare il danno, al figlio si può riconoscere soltanto il danno morale.

È una decisione di equità? È una decisione che fa ricadere su soggetti (medici, strutture ospedaliere, compagnie di assicurazione) un danno che dovrebbe restare “là dove esso cade” o al limite essere assorbito dal sistema previdenziale? Fino a che punto il discorso logico-formale deve essere seguito? E se non lo seguiamo, entriamo *tour court* nelle sabbie mobili del “diritto libero”?

Con accenti accorati Pietro Rescigno concludeva il suo saggio sul danno da procreazione osservando che “...il tema del nascituro, nella singolarità del caso scopr(e) l’incoerenza della legge. Una contraddizione che spiega la dolorosa incertezza del giudice e l’inquietudine amara del lettore”.

Ma è proprio con questa consapevolezza e da questo punto di arrivo che occorre oggi ripartire.

È facile smontare pezzo per pezzo l’esile motivazione della pronuncia della Cassazione: lo si è visto in termini di logica, e in termini di analisi formale. Ma proprio qui sta il problema, che è un problema tipicamente - oserei dire esclusivamente - ermeneutico, perché siamo alle soglie del diritto, certamente immersi nelle scelte dei valori. Ed è un problema di politica del diritto, piuttosto che non un problema di analisi economica del diritto. Da quest’ultimo punto di vista, l’argomentazione economica che sconsiglia di allargare oltre misura i confini della responsabilità civile può essere ridimensionata se si accettasse l’idea di risarcire il danno solo nei casi (eccezionali) di condizioni di vita tragiche, di sofferenze intollerabili, di destino segnato da un dolore permanente, vita natural durante.

È questo il grande pregio del contributo che Basil Markesinis ha dedicato all’*affaire Perruche*: lo si potrebbe definire un *masterpiece* di realismo giuridico, oltre che un saggio pregevolissimo di comparazione giuridica.

### **6.3 - Il principio di autodeterminazione e le direttive anticipate sulle cure mediche.**

#### **6.3.1 - Premessa.**

Il dibattito sulla rilevanza giuridica ed etica di “direttive anticipate” che l’interessato voglia esprimere sulle cure mediche a cui



potrà essere sottoposto nel futuro, specialmente nel caso in cui il trattamento debba essere effettuato sul paziente che versi in stato di incapacità legale o naturale, si è riaperto nel nostro Paese in un momento particolarmente complesso dal punto di vista politico, culturale e sociale. Era appena terminata la vivace polemica sul referendum abrogativo della l. n. 40 del 2004 concernente la procreazione medicalmente assistita (65) che - registratosi il risultato negativo della consultazione - sono emersi ulteriori terreni di conflitto. Si è proposto di riesaminare la disciplina dell'aborto, di introdurre regole sull'adozione degli embrioni, di mantenere fermo il divieto di prescrizione di farmaci anticoncezionali, con una determinazione coerente nel riportare indietro negli anni le frontiere della laicità dello Stato e dei diritti civili, ormai attestate su posizione ragionevoli e condivise. Si è ritornati su argomenti che sembravano ormai destinati all'oblio perché ritenuti definitivamente risolti. Si è postulata l'assolutezza dei diritti fondamentali, predicandone l'origine divina, si è condannata la relatività etica, si è contrastata ogni iniziativa volta a riconoscere all'individuo la libertà di scelta nelle vicende biologiche che riguardano la sua stessa persona. Si è acuito, in altri termini, il divario tra posizioni scientifiche e posizioni bioetiche: la scienza prosegue il suo cammino verso nuove scoperte (sull'uso delle cellule staminali, sull'uso degli embrioni, sul ritardo dell'invecchiamento) e la bioetica ha imboccato il senso opposto, tornando ad arroccarsi su presupposti fondamentalisti che ben poco spazio lasciano alla ricerca, alla libertà personale, alla vita e alla morte dignitose.

È certo semplicificante parlare di scienza e bioetica in conflitto tra loro: perché gli indirizzi scientifici sono variegati e le interpretazioni della bioetica non sono univoche; tuttavia, se guardiamo alla situazione italiana - anche da questo punto di vista anomala rispetto agli altri Paesi dell'Unione europea - la contrapposizione sembra il paradigma più appropriato per descrivere la realtà delle cose in questa fase storica. Oggi, la scienza, cioè la medicina, la biologia, la filosofia, sono prevalentemente favorevoli ad una tutela della *persona* che non si spinga a considerare la vita come sinonimo di concepimento e la morte come sinonimo di esaurimento di tutte le possibilità di alimentazione artificiale. Al contrario, oggi la bioetica è prevalentemente orientata ad identificare l'embrione con la persona, e a considerare ogni iniziativa volta ad abbreviare la terapia del dolore, ad evitare l'accanimento

---

(65) Oggetto del volume intitolato *La fecondazione assistita*, edito a Milano (2005) dalla Fondazione Veronesi e dalla Fondazione Corriere della Sera, con prefazione di Veronesi, introduzione di de Tilla e interventi di Rescigno, Quadri, Celotto, Balestra, Ferrando, Patti, Bellelli.



terapeutico, a dismettere i trattamenti di sopravvivenza artificiale come altrettante forme di eutanasia, e pertanto da bandire in modo inesorabile.

Con una intelligente e realistica analisi dei problemi della vita e della morte, e con la delicatezza che solo il medico e lo scienziato possono impiegare senza urtare le coscienze e le posizioni preconcepite, Umberto Veronesi ha trattato il tema della fine della vita nel suo libro più recente, che ha suscitato apprezzamenti e polemiche prima ancora di essere disponibile in libreria. Segno, questo, della attenzione con cui il pubblico segue i problemi della bioetica e partecipa, spesso con passione ma anche con pregiudizi inveterati, ad una discussione che dovrebbe essere affidata, per converso, alla ragione e quindi alla distinzione tra etica religiosa ed etica laica (66).

L'ambito dell'indagine di queste problematiche è molto vasto, mentre in queste pagine l'argomento è circoscritto alle "direttive anticipate sui trattamenti sanitari". Un problema che più spesso, ormai per convenzione linguistica, si esprime in termini di legittimità ed efficacia del "testamento biologico", e che si ricollega all'accanimento terapeutico; talvolta, ma ad effetto, esso è associato alla tematica della eutanasia passiva, per inferirne una condanna morale e una valutazione di illegittimità.

In termini di filosofia giuridica e di diritto positivo si può anche descrivere ricorrendo ad un'altra formula: il principio di *autodeterminazione* (che fa *pendant* con il principio di *responsabilità* teorizzato da Hans Jonas) in base al quale solo il soggetto (cioè la persona, o l'interessato) ha diritto di decidere la sorte del proprio corpo, della propria vita, delle terapie che può accettare o rifiutare al fine di alleviare il dolore e di protrarre il corso della vita. Non voglio estendere la materia all'autodeterminazione nella scelta del momento di finire la vita, perché si dovrebbe allora coinvolgere le questioni del suicidio, dell'eutanasia nelle sue diverse forme, e così via. È sufficiente ripercorrere la dottrina, la giurisprudenza e la legislazione speciale attuative dell'art. 32 Cost., concernente il diritto alla salute, e poi la dottrina e la giurisprudenza sull'art. 5 del cod. civ. concernente gli atti di disposizione del proprio corpo, e ancora la illustrazione delle regole che, di rango costituzionale ed ora anche europeo, costruiscono la persona come il titolare di ogni diritto che la riguarda, per assegnare soluzione a tutte le questioni aperte ricorrendo al principio di

---

(66) Da ultimo v. gli interventi di Viola, Spagnolo, Bompiani, Mori, Palmaro, in "Testamento di vita. Presentazione", sul sito [www.portaledibioetica.it](http://www.portaledibioetica.it); ma v. il "Manifesto di bioetica laica", a cura di Flamini, Massarenti, Mori, Petroni, ne *Il Sole 24 Ore* del 9.6.1996; S. RODOTÀ (a cura di), *Questioni di bioetica*, Laterza, Roma-Bari 1997.



autodeterminazione. Tuttavia, gli orientamenti oggi sono divisi e quindi occorre riprendere per alcuni capi il filo del dibattito.

A soli fini espositivi si possono individuare tre fasi del dibattito.

### **6.3.2 - La prima fase del dibattito. Accanimento terapeutico e diritti dei malati e dei morenti**

Il 29 gennaio 1976, dopo la discussione del rapporto preparato dalla Commissione per i problemi sociali e sanitari, l'Assemblea del Consiglio d'Europa adotta la *Raccomandazione relativa ai diritti dei malati e dei morenti* (67). Già allora si avvertiva la necessità di intervenire, con un testo che raccogliesse principi generali condivisi da tutti i Paesi europei, sugli avanzamenti della medicina, al fine di evitare che i suoi "progressi rapidi e costanti" potessero creare problemi e celare minacce "per i diritti fondamentali dell'uomo e per l'integrità dei malati". Le premesse della *Raccomandazione* sono molto ragionevoli, meditate e moderate: prendono atto che la medicina, assumendo un carattere sempre più "tecnico", corre il rischio di perdere il suo volto "umano"; che i medici debbono rispettare "la volontà dell'interessato circa il trattamento da applicare"; che a tutti i malati deve essere riconosciuto e garantito il diritto alla dignità e alla integrità, il diritto alla informazione e alle cure appropriate; che la professione medica, essendo al servizio dell'uomo, deve essere rivolta alla protezione della salute, al trattamento di malattie e ferite, all'alleviamento delle sofferenze, "nel rispetto della vita umana e della persona umana"; che "il prolungamento della vita non debba essere in sé lo scopo esclusivo della pratica medica"; che il medico "non ha il diritto, neppure nei casi che sembrano disperati, di affrettare intenzionalmente il processo naturale della morte"; che "il prolungamento con mezzi artificiali dipende da fattori quali l'attrezzatura disponibile"; che i medici possono trovarsi in situazioni difficili quando la vita possa essere prolungata per molto tempo anche in caso di irreversibilità della cessazione di tutte le funzioni cerebrali; che i medici non debbono essere costretti ad agire contro la propria coscienza in correlazione con il diritto del malato di non soffrire inutilmente.

Le premesse avrebbero potuto portare alla enunciazione di raccomandazioni precise in ordine alla definizione dei diritti dei malati e al comportamento dei medici. Tuttavia, proprio perché in allora la discussione era ai suoi albori e il consenso di tutti gli Stati membri del Consiglio avrebbe potuto coagularsi intorno a principi sufficientemente elastici e non prescrittivi, le raccomandazioni che scaturiscono da quelle

---

(67) V. il testo in [www.portaledibioetica.it](http://www.portaledibioetica.it).



premesse sono scarse e piuttosto deludenti: si limitano a promuovere la formazione del personale medico perché i malati siano alleviati nella loro sofferenza; a richiamare l'attenzione dei medici sul diritto dei malati a conoscere il loro stato di salute e - con riguardo al nostro tema - a promuovere la possibilità per i malati di prepararsi psicologicamente alla morte.

Pur così mutilata della sua raccomandazione fondamentale, che tuttavia si può considerare esplicitata nelle premesse - consistente nel riconoscere al malato il diritto di sapere e quindi di determinarsi in ordine al trattamento sanitario impartitogli, e finanche di assumere disposizioni in ordine al trattamento, perché non sia protratto in contrasto con la dignità umana - la *Risoluzione* fu accolta con positive valutazioni.

Pochi anni dopo la Sacra Congregazione per la Dottrina della Fede (il 5 maggio 1980) diffonde la sua *Dichiarazione sull'eutanasia* (68) in cui si pone in evidenza che la "vita umana è il fondamento di tutti i beni", si contrappone la tutela della vita all'eutanasia, ma si consente l'uso di analgesici per lenire il dolore, pur volendo mantenere vigile la coscienza dell'uomo per l'incontro con Cristo al termine della vita umana e all'inizio della vita eterna. Anche a queste condizioni, tuttavia, la stessa Congregazione aveva modo di precisare che "è molto importante oggi proteggere, nel momento della morte, la dignità della persona umana", anche in contrasto con le tecnologie che spingono la medicina ad esperire ogni tentativo per prolungare la vita. Il problema era posto, in allora, in modo rovesciato rispetto a quello considerato dai laici: non tanto l'opportunità di far cessare le cure per salvare la dignità, quanto far cessare le cure quando esse non diano, o non possano dare, il risultato sperato. Per dirlo con le parole della *Dichiarazione*: "In mancanza di altri rimedi, è lecito ricorrere, con il consenso dell'ammalato, ai mezzi messi a disposizione dalla medicina più avanzata (...) ed anche lecito interrompere l'applicazione di tali mezzi, quando i risultati deludono le speranze risposte in essi".

La stessa *Dichiarazione* aggiunge una precisazione molto rilevante: "È sempre lecito accontentarsi dei mezzi normali che la medicina può offrire. Non si può quindi imporre a nessuno l'obbligo di ricorrere ad un tipo di cura che, per quanto già in uso, tuttavia non è ancora esente da pericoli o è troppo oneroso. Il suo rifiuto non equivale a suicidio: significa piuttosto o semplice accettazione della condizione umana, o desiderio di evitare la messa in opera di un dispositivo medico sproporzionato ai risultati che si potrebbero sperare, oppure

---

(68) V. il testo in [www.portaledibioetica.it](http://www.portaledibioetica.it).



volontà di non imporre oneri troppo gravi alla famiglia o alla collettività. Nell'imminenza di una morte inevitabile nonostante i mezzi usati, è lecito in coscienza prendere la decisione di rinunciare a trattamenti che procurerebbero soltanto un prolungamento precario e penoso della vita, senza tuttavia interrompere le cure normali dovute all'ammalato in simili casi. Perciò il medico non ha motivo di angustiarsi, quasi che non avesse prestato assistenza ad una persona in pericolo".

Considerate con attenzione, le due formulazioni non sono molto distanti tra loro, anzi, sono più numerosi i punti di contatto che i punti di divergenza che esse presentano.

Entrambi i documenti collocano la questione del trattamento sanitario diretto al prolungamento della vita in una dialettica che vede tra loro contrapposte la posizione del paziente e quella del medico: al paziente si deve garantire la consapevolezza della situazione in cui egli versa e un trattamento non contrastante con la dignità umana; il medico non deve promuovere terapie sperimentali né accanirsi nel trattamento perché lo scopo della medicina non consiste nel prolungamento della vita ma nell'alleviamento delle sofferenze; le terapie prestate, inoltre, debbono essere bilanciate secondo i risultati ottenibili senza inutili torture. Non sono coinvolti i congiunti, e tanto meno il giudice. Non si considera il problema dei minorenni, anche se in ogni ordinamento le questioni inerenti il trattamento sanitario dei minorenni sono risolte da chi esercita la potestà, a meno che l'ordinamento non preveda vincoli invalicabili.

Entrambi i documenti si pongono problemi che investono la collettività, ma soprattutto la *Dichiarazione* affronta il problema della disparità di trattamento dei pazienti a seconda delle loro disponibilità economiche. Per parte sua la *Raccomandazione* si pone il problema della situazione in cui versa il paziente incapace di decidere, e quindi si rivolge agli Stati aderenti perché siano istituite commissioni d'inchiesta dirette, tra l'altro, ad esaminare il problema "delle dichiarazioni scritte fatte da persone giuridicamente capaci autorizzando i medici a rinunciare a misure per prolungare la vita, in particolare in caso di cessazione irreversibile delle funzioni cerebrali".

### **6.3.3 - La seconda fase del dibattito. Il "testamento biologico"**

Dopo tre lustri il problema si acuisce, anche per effetto della evoluzione tecnologica che consente alla medicina di prolungare *sine die* la vita del paziente, anche se questi è incosciente, ha perso le funzioni cerebrali, e può sopravvivere solo se alimentato artificialmente. I termini del problema - sopra esposti dai due primi documenti con un



certo candore - si spostano ulteriormente: ora la medicina può osare di più, perché i trattamenti un tempo ritenuti sperimentali possono considerarsi "ordinari"; la finalità del trattamento terapeutico non è rivolta solo ad alleviare il dolore ma a prolungare comunque la vita (sempre che di "vita" si possa parlare quando si solo respirazione e alimentazione, ma non coscienza vigile ); compaiono sulla scena altri soggetti, come i congiunti e i giudici; mentre sul piano legislativo, almeno nel nostro Paese, non si è pronti per dettare soluzioni al problema. Forse per esacerbare il dibattito i mass media tendono a parlare più di eutanasia passiva che non di cessazione di trattamenti inutilmente lesivi della dignità della persona. Nessuno parla ancora di sprechi economici o di scelte tragiche quando le risorse sono scarse e le cure non si possono assicurare a tutti, perché all'epoca è persistente lo "Stato sociale", lo "Stato-Provvidenza", ed è ancora radicata la concezione che la collettività deve subentrare quando l'individuo non può provvedere da sé al trattamento medico.

È merito di alcuni studiosi - sociologi, medici, giuristi - e di esponenti politici, di gruppi di ricerca e di animazione culturale, riproporre il tema. Al convegno organizzato da *Politeia* a Roma nel marzo 1990, per sollecitazione del senatore Luigi Manconi, si presenta alla comunità scientifica e alle istituzioni una proposta di legge che incontra un largo favore. Avendone discusso e rivisto il testo, la proposta prende il mio nome (69). Ma si tratta di una iniziativa che associa il "testamento biologico" all'accanimento terapeutico: in altri termini, il testamento biologico non è considerato in sé e per sé, ma piuttosto come strumento per la tutela dei diritti fondamentali della persona e per la sua difesa da trattamenti sanitari non desiderati, aggressivi e lesivi della dignità umana.

Per l'appunto lo scopo della proposta consiste nel difendere il diritto all'*autodeterminazione*, consentendo a tutti di disporre in ordine al divieto di iniziare o di proseguire il trattamento consistente nelle procedure di sostegno vitale in condizioni terminali o atte a procrastinare per breve tempo il processo del morire. Il problema della comunicazione delle determinazioni era risolto nella loro raccolta in un atto scritto, anche anteriore al momento in cui il trattamento dovesse essere applicato, e anche rivolto ad affidare la decisione ad un terzo nel caso in cui il disponente non fosse stato più in grado di intendere o di volere. Quanto alla forma, si era pensato di renderla solenne, ma solo con la presenza di due testimoni, certo non con la formazione di un atto

---

(69) V. il testo in L. IAPICHINO, *Testamento biologico e direttive anticipate. Le disposizioni in previsione dell'incapacità*, Giuffrè, Milano 2000, p. 77, n. 39.



pubblico: al contrario, il testo doveva affidarsi al medico curante, che l'avrebbe conservato. Si prevedeva anche un modello che avrebbe agevolato ogni interessato a stendere la dichiarazione, che comunque doveva intendersi come sempre revocabile.

La proposta di legge non ebbe fortuna, anche se contribuì ad agitare le coscienze e a stimolare il dibattito. Peraltro essa era connessa con altre problematiche, inerenti la definizione della morte. E il Comitato Nazionale di Bioetica (istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri) nel breve volgere di pochi mesi, approvò tre importanti documenti: uno dedicato a *Definizione e accertamento della morte nell'uomo* (15 febbraio 1991), l'altro all'*Assistenza ai pazienti terminali* (6 settembre 1991), e il terzo alle *Questioni bioetiche relative alla fine della vita umana* (14 luglio 1995) (70).

C'è notevole difformità tra i primi due pareri e il terzo, ma non è il caso di insistervi in questa sede. È comprensibile che con il mutamento dei componenti del Comitato e del clima, anche politico, nel corso degli anni, le valutazioni di natura etica tendano a modificarsi, confermando il principio di *relatività* che si applica anche nelle valutazioni di questa natura. In particolare, mentre i primi due pareri mostrano una certa accondiscendenza a valutare la vita anche nei suoi aspetti psico-fisici, e quindi nella sua dimensione "qualitativa", il terzo è più dubitativo.

In ogni caso, riguardo al testamento biologico l'ultimo parere precisa che il Comitato "riconosce senz'altro rilievo morale alle direttive anticipate di trattamento, ma manifesta le proprie perplessità quando queste acquistano il carattere di veri e propri testamenti di vita, perplessità che si fanno particolarmente gravi soprattutto nei confronti di alcune versioni di essi, di cui è possibile riscontrare oggi una sempre maggior diffusione (...). A giudizio del CNB non è comunque possibile riconoscere un valore perentorio a tali direttive, ma eventualmente quello di mero orientamento del comportamento di chi assiste il paziente".

Questo assunto è collocato tra l'affermazione che condanna l'accanimento terapeutico, da un lato, e l'eutanasia passiva, dall'altro. Ma al di là della sua collocazione, che pure è significativa per darne una interpretazione meta-giuridica, questo assunto sembra in contrasto con la disciplina già allora vigente.

Infatti era convinzione di tutti i firmatari della proposta di legge emersa al convegno di *Politeia* che essa non portasse innovazioni di sostanza ma piuttosto di forma, e che le regole sottoposte alla

---

(70) V. il testo in [www.governo.it/bioetica/testi](http://www.governo.it/bioetica/testi).



attenzione del legislatore servissero soltanto a semplificare l'applicazione delle direttive anticipate, ma non a conferire loro una rilevanza giuridica che già ad esse si riconosceva.

In altri termini, come si poteva ritenere che una manifestazione di volontà diretta all'esercizio di un diritto garantito costituzionalmente - il diritto di rifiutare cure mediche - non potesse avere rilevanza giuridica (71)? Era d'altronde del tutto indifferente che tale dichiarazione non fosse contestuale al momento in cui le cure, peraltro normalmente concernenti il prolungamento della vita in situazioni di gravità e di disagio, fossero prestate. Nessuno, ancora, riteneva che attraverso quella proposta si volesse introdurre nella nostra esperienza un nuovo tipo di testamento, destinato a valere fintanto che il disponente fosse in vita. Tutti erano persuasi che l'espressione *testamento biologico* - traduzione approssimativa di "living will" - fosse solo allusiva ad un atto formale di ultime volontà, ma piuttosto riguardasse una dichiarazione di volontà concernente trattamenti sanitari posticipati rispetto al momento in cui essi sarebbero stati praticati. Tutti erano d'accordo nel conferire validità alla dichiarazione, anche se chi l'avesse predisposta avrebbe corso di il rischio che fosse applicata in un momento in cui, non essendo più cosciente, non aveva l'opportunità di revocarla. Ma chi scriveva una dichiarazione di tal fatta poteva circoscriverne gli effetti, e comunque si assumeva volontariamente il rischio relativo.

#### 6.3.4 - La terza fase del dibattito. La dignità del morente

A distanza di cinque lustri dalla prima *Raccomandazione* del Consiglio d'Europa, sviluppatasi enormemente i processi tecnologici applicati alla medicina, il problema si acuisce, e diventa sempre più difficile tracciare una linea di demarcazione tra la cura e l'accanimento terapeutico. Ciò che un tempo era straordinario, sperimentale, particolarmente oneroso, diviene routinario, normale, anche se continua ad essere oneroso. Non è più lo Stato sociale che provvede, ma le cliniche private e l'assicurazione, e quando le scelte diventano tragiche, si comincia a discutere su quali criteri oggettivi debbano esser effettuate, per non incorrere nella discriminazione dei pazienti.

Il legislatore italiano, tuttavia, è ancora latitante, ma cominciano a moltiplicarsi gli interventi negli altri Paesi dell'Unione, che prendono a modello le leggi introdotte nell'America del Nord (72). I siti americani e canadesi pullulano di informazioni sul *living will*, ne propongono

---

(71) Sul punto v. - in piena sintonia - la relazione di Maltese cit. alla nota 18.

(72) In argomento v. L. IAPICHINO, *Testamento biologico*, cit., pp. 25 e segg..



modelli, ne illustrano gli aspetti vantaggiosi, e nasce persino un settore professionale, in cui sono attivi avvocati, medici e religiosi, che serve di guida, consiglio e strumento operativo per il cliente interessato a profittarne (73). Proprio dagli Stati Uniti provengono due tra i casi più famosi e più discussi in tutto il mondo: quello di *Nancy Cruzan* e quello di *Terry Schiavo*.

Mi preme ricordare che in un contesto molto diverso da quello in cui fu calata la sua prima *Raccomandazione*, il Consiglio d'Europa interviene nuovamente con un testo intitolato *Protection des droit de l'homme et de la dignité des malades incurables et des mourants*: si tratta della *Raccomandazione* n. 1418 adottata dall'Assemblea il 25 giugno 1999 (74).

Tutto il testo è informato al principio della *dignità* dell'uomo, che non può esser passata sotto silenzio dalle tecnologie della medicina che sembrano indifferenti, nel voler prolungare la vita di chi soffre, alla solitudine e al dolore del morente e dei suoi congiunti. Richiamati i principi della *Convenzione di Oviedo* sui diritti dell'uomo e sulla dignità umana nelle applicazioni della biologia e della medicina, la *Raccomandazione* si sofferma sulla necessità di assicurare al paziente un trattamento ragionevole contro il dolore, sull'opportunità di effettuare una valutazione proporzionata delle misure con cui prolungare artificialmente la sua vita, sulla esigenza di formare culturalmente la classe medica e i parenti, ma registra anche l'assenza di un ambiente solidale, la carenza di risorse finanziarie e la discriminazione sociale di fronte alla malattia, all'agonia e alla morte. Le proposte finali sono molto più articolate di quelle, semplici, schematiche, e meramente programmatiche del 1999: esse coinvolgono non solo la comunità scientifica e le istituzioni politiche, ma tutti i soggetti che, a vario titolo, svolgono un ruolo nella organizzazione della vita terminale dei malati.

Particolare attenzione, in questa *Raccomandazione*, ricevono le determinazioni del soggetto: il quale deve essere, innanzitutto, informato adeguatamente, deve essere protetto nell'osservanza delle sue volontà, protetto dall'intervento terapeutico non desiderato, e protetto nel rispetto delle istruzioni o dichiarazioni formali (*living will*) dirette a rifiutare determinati trattamenti terapeutici. La *Raccomandazione* precisa ancora che occorre assicurare che il rappresentante legale del paziente "non assuma, in luogo dell'interessato, decisioni fondate su dichiarazioni precedenti del

---

(73) Tra i siti più significativi v. [www.uslivingwillregistry.com](http://www.uslivingwillregistry.com); [living will-Wikipedia, the free encyclopedia](http://living-will-Wikipedia, the free encyclopedia); [www.agingwithdignity.org](http://www.agingwithdignity.org).

(74) V. il testo in [www.portaledibioetica.it](http://www.portaledibioetica.it).



paziente o su presunzioni di volontà che questi non abbia mai espresso direttamente o chiaramente”; insiste cioè nel rispetto della volontà del paziente anche se contrastante con i valori prevalenti nella società in cui egli vive o con le indicazioni offerte dai medici.

Mentre sul piano dei principi condivisi dai Paesi europei avanza l’idea di autodeterminazione del paziente, si irrigidisce la posizione della Chiesa cattolica che, con il documento predisposto in epoca coeva alla *Raccomandazione* dalla Pontificia Accademia per la Vita, considera le argomentazioni rivolte a prevenire l’accanimento terapeutico e il lenimento del dolore come strumenti ambigui, artatamente utilizzati per dare ingresso a forme più o meno larvate di eutanasia (75).

Il principio di autodeterminazione viene inteso in senso restrittivo, e subordinato al valore della vita, comunque essa debba essere vissuta, non potendo l’uomo esserne il “padrone assoluto”. E pur riconoscendo che verso il malato grave e il morente occorre comportarsi in modo da non indulgere all’accanimento terapeutico, la Pontificia Accademia distingue tra cure *ordinarie* (comprehensive della nutrizione e della idratazione, anche se artificiali), cure *palliative*, dirette a lenire il dolore, e terapie *straordinarie o rischiose*. Solo in quest’ultimo caso si consente al paziente di esprimere le proprie volontà.

La medesima classificazione si rinviene nell’ultimo documento approvato in materia dal Comitato Nazionale per la Bioetica, dedicato a *L’alimentazione e l’idratazione di pazienti in stato vegetativo persistente*, che è stato pubblicato il 30 settembre 2005 (76). Il Comitato si concentra sulle cure, cioè sulla fase in cui occorre prendere la decisione di attivarle e su quella, eventuale, di sospenderle. Considera necessaria la prima, illegittima la seconda. Ciò in considerazione del fatto che i trattamenti volti a mantenere in vita il paziente sono ormai accreditati dalla scienza medica come cure normali e rispondono ai principi di civiltà solidale in cui viviamo, che impongono a ciascuno di “prenderci cura del più debole”.

Quanto alle dichiarazioni anticipate di trattamento, il CNB, richiamato il precedente parere reso nel 2003 (77), ritiene che esse siano lecite e vincolanti, e tuttavia possano essere prese in considerazione soltanto se riferite a *trattamenti di natura straordinaria*. In tutti gli altri casi, nonostante la volontà del paziente, il medico, a parere del Comitato, ha il dovere di non osservarle e di procedere con

---

(75) J. D. VIAL CORREA, E. SGRECCIA (a cura di), *Il rispetto della dignità del morente. Considerazioni etiche sull’eutanasia*, 9.12.2000, in [www.portaledibioetica.it](http://www.portaledibioetica.it).

(76) V. il testo sul sito della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

(77) *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, 18.12.2003.



l'assoggettamento del paziente alle cure stabilite (78). Questo parere è stato contestato però nella sua fondatezza scientifica e nella sua coerenza con il precedente parere sulle dichiarazioni anticipate di trattamento, del dicembre 2003.

A questo proposito infatti il CNB aveva dichiarato che “ogni persona ha il diritto di esprimere i propri desideri anche in modo anticipato in relazione a tutti i trattamenti terapeutici e a tutti gli interventi medici circa i quali può lecitamente esprimere la propria volontà attuale”.

### 6.3.5 - La situazione attuale. Utilità dell'intervento legislativo

In questo quadro complesso, in cui si intrecciano problemi di biodiritto, posizioni filosofiche e religiose, ideologie tra loro contrastanti come quelle a fondamento individualista e quelle a fondamento solidaristico, e in cui la legge civile non è coordinata con la legge penale, l'intervento legislativo è utile per molteplici ragioni, anche se, ragionando sui principi costituzionali e sulle regole che si applicano alle dichiarazioni di volontà, si potrebbe giungere alla conclusione che le “dichiarazioni di volontà anticipate” hanno una valenza giuridica in ogni caso e già oggi.

Innanzitutto occorre sgombrare il campo da alcuni equivoci. Quando si parla di “dichiarazioni di volontà anticipate” non ci si riferisce all'eutanasia, perché non si richiede né il comportamento attivo di terzi per ottenere il risultato di mettere fine alla vita, né si richiede la passiva partecipazione di terzi, in quanto oggetto di tali dichiarazioni è il rifiuto del trattamento medico. Anche se cristallizzato nel tempo, tale rifiuto vale ad esercitare il diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost., che può consistere, nel caso di adulti, nell'esercizio negativo del diritto. Sono quindi estranei a questo ambito di temi: (i) i problemi inerenti al minore e a chi debba decidere in suo luogo; (ii) i problemi relativi a persone che non abbiano esternato le loro volontà circa i trattamenti terapeutici (e quindi restano estranei alla nostra discussione i casi di Nancy, Terry, Eluana e di tutte le altre vittime di controversie giudiziarie riguardanti la cessazione dei trattamenti terapeutici (79)); (iii) lo stesso “testamento biologico”, nella misura in cui sia assimilato per l'appunto ad atti di ultima volontà, o sia prospettata l'analogia delle dichiarazioni in esame con atti *mortis causa*.

---

(78) Il parere è stato approvato a maggioranza.

(79) La estenuante vicenda giudiziaria di Terry Schiavo si può ricostruire nei suoi diversi gradi sulla base di atti giudiziari, pareri e provvedimenti legislativi sul sito FindLaw.com.



Tuttavia, anche se la tutela della autonomia privata comporta l'assegnazione di effetti a dichiarazioni di tal fatta, l'intervento legislativo segnerebbe vantaggi consistenti: (i) nella certezza del rapporto giuridico, nel senso che non vi sarebbero più contrasti in ordine al fondamento giuridico, alla validità, agli effetti di tali dichiarazioni; (ii) nella prevalenza delle dichiarazioni dell'interessato rispetto a qualsiasi altra volontà imputabile a congiunti, parenti, conviventi, medici, comitati etici ospedalieri, autorità amministrative e allo stesso giudice; (iii) nell'esonero da qualsiasi responsabilità del medico curante e di ogni altro operatore coinvolto nelle terapie.

L'esigenza di dare una risposta alle attese di quanti intendono "morire con dignità" ha indotto esponenti di diverse parti politiche a presentare disegni di legge nelle ultime legislature (80), e perfino la categoria professionale che - all'apparenza - sarebbe investita dagli adempimenti del caso, quella notarile, ha predisposto un testo diretto a disciplinare le dichiarazioni anticipate di volontà nei trattamenti sanitari (81). Si sono anche moltiplicati i convegni organizzati da sedi universitarie e da organizzazioni private per diffondere la cultura del "testamento biologico" (82) e i siti web dai quali trarre utili informazioni, oltre che modelli di "dichiarazioni anticipate" (83).

Il d.l. n. 2943, in particolare, prevede due modalità per esternare la volontà dell'interessato al governo dei trattamenti sanitario che lo concernono o che lo potranno concernere in futuro: il "testamento di vita" e il "mandato in previsione dell'incapacità". Al di là della terminologia utilizzata - ritengo preferibile parlare di "dichiarazioni anticipate di trattamento", anziché di testamento biologico o di vita (anche se a suo tempo ne avevo condiviso la dizione) - le finalità che si

---

(80) Nella XIV Legislatura v. ad es. il d.l. n. 1437 d'iniziativa della senatrice Acciarini, comunicato alla Presidenza del Senato della Repubblica il 23.5.2002; il d.l. n. 2279 d'iniziativa dei senatori Ripamonti e Del Pennino, comunicato alla Presidenza il 23.5.2003, e il d.l. n. 2943 d'iniziativa del senatore Tomassini comunicato alla Presidenza il 4.5.2004. È questo il testo attualmente in esame presso la 12a Commissione (Igiene e Sanità), insieme con i disegni connessi.

(81) Cfr. V. GALLETTA, *I testamenti di vita*, sul sito del Consiglio Nazionale del Notariato, con riguardo al congresso organizzato a Cagliari nei giorni 23-24 gennaio 2005 dal Comitato regionale dei Collegi notarili della Sardegna e dall'Associazione sindacale regionale.

(82) Da ultimo v. gli atti del convegno organizzato a Trieste il 6 aprile 2005 dall'Associazione Goffredo de Banfield su *Testamento biologico. Direttive anticipate di trattamento* (con relazioni di Benciolini, Bompiani, Cendon, Dalla Palma, Defanti, Gullo, Maltese) reperibili sul sito web dell'Associazione.

(83) V. in particolare il sito di *A buon diritto. Associazione per le libertà*, [www.abuondiritto.it](http://www.abuondiritto.it); interessanti documenti si possono reperire anche nel sito del Senato francese, [www.senat.fr](http://www.senat.fr).



vogliono raggiungere sono altamente meritevoli: si vuol riservare all'interessato sia il diritto di esprimersi direttamente sui trattamenti sanitari che lo concernono sia il diritto di scegliere la persona che potrà in suo luogo provvedere alla bisogna, nel caso in cui egli versi in stato di incapacità naturale.

Mi domando però se sia necessario sdoppiare l'atto, potendo esso contenere sia disposizioni direttamente impartite dall'interessato, sia istruzioni conferite al mandatario che debba operare in sua vece. Scorrendo l'articolato, si possono muovere poi alcuni appunti al testo, che, sostanzialmente riprende le soluzioni offerte a suo tempo dai fautori del testamento biologico.

Tralasciando le definizioni contenute in apertura (art. 1), ci si può chiedere se sia necessario associare le dichiarazioni anticipate sul trattamento medico al "consenso informato". Se le regole riguardano il consenso in modo proprio, cioè qualsiasi forma e occasione in cui il consenso debba essere prestato, probabilmente la disposizione avrebbe potuto essere collocata in altro contesto, per esempio in una disciplina che riordini i diritti del paziente affidato a strutture ospedaliere. È probabile che il richiamo al consenso fosse necessario per far "digerire" politicamente un testo, altrimenti tacciabile (da parte degli oppositori a qualsiasi forma di intervento legislativo in materia) di essere troppo liberista in settore delicato come quello della tutela della vita. In ogni caso, la disposizione è in linea con i risultati cui sono pervenute la dottrina e la giurisprudenza prevalenti, sì che non recherebbe grandi novità. Apre tuttavia un dubbio: consentendo la revoca del consenso al trattamento anche "parziale", non risolve il problema della difficoltà di cessare il trattamento iniziato nell'eventualità che la sospensione o la cessazione possano produrre lesioni o comunque danni, alterazioni, disfunzioni di cui sarebbe destinatario lo stesso revocante. Mi sembrerebbe pertanto opportuno, in caso di revoca di trattamento in corso, subordinare l'efficacia della revoca al giudizio del medico curante, che potrà valutare, tenuto conto della volontà del paziente, gli eventuali effetti nocivi determinati dalla revoca e le possibilità di recupero del paziente. Per contro, se si tratta di trattamenti a pazienti terminali, la revoca significa semplicemente esercizio del diritto di morire dignitosamente, e quindi la valutazione del medico è del tutto superflua, anzi, potrebbe risultare dannosa perché ostativa della volontà dell'interessato.

L'art. 3 prevede la disciplina delle decisioni sostitutive, nel caso in cui l'interessato non abbia provveduto direttamente. Al di là della precedenza accordata al "mandatario" e al "fiduciario" - cioè al soggetto a cui ci riferisce il d.l. quale depositario del potere di sostituirsi



all'interessato per volontà dell'interessato medesimo - ho molti dubbi che la scelta di iniziare, proseguire, sospendere, o cessare il trattamento terapeutico competano all'amministratore di sostegno o al tutore, soggetti che la disciplina vigente prende in considerazione solo per il compimento di atti di amministrazione aventi natura patrimoniale.

Altri dubbi solleva la successione di legittimati: il coniuge (non legalmente separato, oppure il convivente *more uxorio*) è preferito ai figli; la preferenza è dovuta alla comunanza di vita, o al fatto che in via successoria il coniuge gode di una riserva che prevale quantitativamente su quella prevista per i figli? E perché non dare la preferenza ai figli, posto che in questa situazione è il vincolo del sangue che dovrebbe prevalere su quello coniugale? E che dire dei genitori, posposti al coniuge e ai figli? Se si seguono le regole successorie, i genitori - in presenza di coniuge e figli - non sono eredi necessari, e quindi sono più liberi di esprimere una volontà "disinteressata". Mi rendo conto del fatto che ogni scelta presenti aspetti positivi e aspetti negativi. Il caso di Terry Schiavo è emblematico al riguardo: sta a dimostrare che il conflitto tra coniuge e genitori può essere motivato dall'interesse personale (l'interesse economico del marito e quello "ideologico" dei genitori).

Difficile poi capire perché il convivente stabile dovrebbe prevalere sui genitori, mentre è comprensibile che prevalga sui parenti entro il quarto grado.

L'art. 5, riguardante le situazioni d'urgenza in cui il consenso non è esprimibile dall'interessato, precisa che tale consenso non è richiesto neppure al minore, quando questi versi in pericolo i vita o sia minacciata la sua integrità fisica. Questa precisazione riguardante il minore non si capirebbe (perché è ovvio che il consenso non può essere espresso dal minore) se non fosse collegata con la disposizione successiva, prevista dall'art. 6 c. 3, che riconosce al minore quattordicenne il diritto di prestare il consenso al trattamento medico. Non credo che si tratti di scelta ottimale, tenuto conto della giovane età considerata e della generale immaturità propria dei giovani a quell'età.

Allo stesso modo, mi sembra del tutto peregrino richiedere il consenso all'interdetto e all'inabilitato (art. 7).

Quando poi il consenso debba essere prestato dal giudice, non si comprende perché il medico curante debba essere sentito solo nei casi di urgenza (art. 8 c. 1).

Il d.l. regola anche il "mandato in previsione dell'incapacità" agli artt. 9 - 11. In realtà, non si tratta di una mandato che ha ad oggetto solo le determinazioni relative al trattamento sanitario. Tutta la disciplina inserisce una nuova figura diretta a salvare il potere sostitutivo anche in



caso di sopravvenienza di incapacità, anzi, proprio a causa della incapacità. Occorrerebbe allora distinguere il caso in cui il mandato riguardi solo le determinazioni di ordine sanitario - ed allora non si vede perché sia necessario l'atto notarile, peraltro oneroso (!) - dal caso in cui esso abbia anche contenuto patrimoniale. Per questa seconda alternativa sarebbe sufficiente modificare appropriatamente le regole del codice civile.

Finalmente le ultime disposizioni - dall'art. 12 all'art. 16 - riguardano la materia che ci interessa, cioè il "testamento di vita". Come sottolineavo in apertura, mi sembra preferibile ricorrere ad altra terminologia, peraltro privilegiata dai dd.ll. nn. 1437 e 2279, che si esprimono in termini di "direttive anticipate". L'assonanza con il "testamento" favorisce l'idea che queste determinazioni debbano essere affidate ad un atto pubblico notarile, il che è una eventualità da scongiurare perché finalità precipua di ogni intervento normativo deve rivolgersi alla più diffusa e semplificata prassi di espressione della volontà, piuttosto che non a formalismi onerosi. Se si preferisce l'atto pubblico, si può attribuire il potere necessario al direttore amministrativo della struttura ospedaliera presso la quale il paziente sia degente, oppure si può circoscrivere l'intervento del pubblico ufficiale alla autenticazione della firma, e, in entrambi i casi si potrebbe ricorrere agli uffici comunali; oppure ancora conferire il potere di autenticazione delle volontà inerenti il trattamento sanitario al medico curante, o all'avvocato. Insomma, occorre rifuggire dai paludamenti e dagli oneri economici. Altrimenti si accredita il timore che la soluzione dei problemi di bioetica sia appannaggio degli "happy few", anziché investire ogni persona in quanto tale. La problematica diviene ancor più complessa in caso di revoca, che deve essere effettuata nelle medesime forme, salvo il caso di urgenza in cui si pretendono due testimoni e il medico curante (art. 14).

Se mai, questa potrebbe essere un'alternativa da utilizzare in regime ordinario, anziché essere confinata ai casi d'urgenza.

Non si comprende poi perché le dichiarazioni acquistino effetto solo in caso di sopravvenuta incapacità (ex art. 13): l'interessato capace di intendere e di volere è sempre in grado di revocare o modificare le sue determinazioni. Ancor più macchinosa è la decisione in ordine alla effettiva incapacità prevista dalla disposizione in esame, che pretende di investire un collegio di tre medici, ed altre formalità complesse, potendo invece provvedere il medico curante.

Utile è la istituzione di un registro nazionale, per far sì che le dichiarazioni, comunque espresse, siano produttive di effetti. Se il Consiglio Nazionale del Notariato fosse disposto a curarlo



gratuitamente, questa potrebbe essere la soluzione ideale. Il d.l. prevede un procedimento complesso - sul quale non val la pena di indugiare (artt. 15 e 16) - per la registrazione. L'esenzione fiscale dall'atto appare doverosa (art. 16).

#### **6.3.6 - Conclusione**

In conclusione, normativamente parlando, si sarebbe potuto semplificare ogni procedura, se si fosse rovesciato il problema: e cioè se si fosse disposto l'abbandono di ogni terapia diretta alla protrazione artificiale della vita quando la situazione sia senza speranza, a meno che l'interessato non abbia espresso consenso anticipato all'accanimento terapeutico e ad ogni tentativo per allontanare il momento del decesso. Ma una scelta di questo tipo, pur in linea con la gran parte della legislazione vigente negli altri Stati europei, non avrebbe alcuna *chance* di essere approvata. Soprattutto nel momento storico che sta attraversando il nostro Paese.