

## Editoriale

1. Il 22 maggio 2012 la Corte Costituzionale Italiana, invitata a pronunciarsi sulla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 3 novembre 2011 in materia di fecondazione eterologa (ossia con ricorso a ovociti o gameti non appartenenti alla coppia), ha deciso, con un sostanziale *non liquet*, di restituire gli atti ai giudici di quei Tribunali<sup>1</sup> che l'avevano investita del caso, invitandoli a valutare la questione tenendo conto di quanto deciso dalla Corte di Strasburgo. In base a questa pronuncia i giudici dovranno rivalutare la questione della legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa vigente in Italia in seguito alla legge 40/2004, decidendo se riproporre il giudizio di costituzionalità alla Consulta o invece valutare che, alla luce della sentenza europea, l'incostituzionalità non esiste più. In effetti la Camera Grande della Corte di Strasburgo aveva giudicato legittimo vietare la fecondazione eterologa nei Paesi comunitari (come avviene in Italia con la Legge 40), in quanto tale divieto non viola l'art. 8 della Convenzione dei diritti dell'uomo sul diritto al rispetto della vita privata e familiare.

---

Tutto nasce dal fatto che tre coppie sterili si erano sentite discriminate dalla legge n. 40/2004. Essa vietava loro di ricorrere in Italia a tecniche di fecondazione assistita. Ora, nel merito la Corte Costituzionale aveva l'obbligo di misurare la portata soprattutto dell'art. 32 della Costituzione<sup>2</sup>. Perciò è lecito chiedersi: come avrebbe potuto decidere il nostro Giudice Supremo in modo conforme al dettato costituzionale? Nel caso specifico entravano in gioco dei principi costituzionali come *tutelare la salute come fondamentale diritto dell'individuo*, e impedire che la legge violi *i limiti imposti dal rispetto della persona umana*.

2. Individuo, persona, tutela giuridica, contrasto tra le aspettative del singolo e l'interesse collettivo. Tutto questo per l'uomo moderno è ragione di

<sup>1</sup> Il tribunale di Firenze con ordinanza del 6 settembre 2010, di Catania con ordinanza del 21 ottobre 2010 e di Milano con ordinanza del 2 febbraio 2011.

<sup>2</sup> Esso, come è noto, con la prima parte del primo comma stabilisce: «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività...»; mentre con la seconda parte del secondo comma: «La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

profondo sradicamento. Franz Kafka parla di un “mal di mare sulla terraferma” che «consiste nel dimenticare i nomi veri delle cose e approfondire frettolosamente su di esse dei nomi a caso»<sup>3</sup>. È uno sradicamento della libertà dalla verità e della verità dalla libertà. Questo è altresì un effetto dell’allontanamento dell’uomo come *persona* dalle sue relazioni originarie, e quindi anche del superamento della dimensione originaria di questo paradigma antropologico che era stato sapientemente costruito dagli antichi. Alla fine di questo percorso è scomparsa la figura classica dell’*individuum* (l’atomo democriteo, l’unità inscindibile di anima e corpo, la metafora *in enigma* del Cristo, allo stesso tempo uomo e Dio) ed è comparsa la figura moderna dell’individuo come sostanza di natura razionale. Col tempo questa entità sarebbe diventata però una *monade nuda*, ossia, come dice Hegel, *la riflessione assoluta dell’io in se stesso*; vale a dire una “persona” presa da angoscia nichilistica e finita nelle sabbie mobili del postmodernismo, un individuo che è diviso anche in se stesso e non solo da ogni altro. Basta che sia possibile tecnicamente fare qualcosa perché il desiderio individuale debba essere comunque soddisfatto? Esistono dei limiti al libero arbitrio? Esiste la verità? Qualcosa ha un senso? Giacomo Leopardi fu tra coloro che ebbero una netta percezione di questo disagio. Nella lirica-icona di questo grande poeta, *L’infinito*, egli/uomo contempla *oltre la siepe quell’infinito* che è qualcosa ancora lontanissimo dall’uomo consapevole. Qualcosa che tuttavia alla fine del canto si trasforma in *questa immensità*, ossia in *questo mare*. Quando l’uomo interiorizza l’infinito, immediatamente prova quel senso di paura ancestrale che da sempre lo accompagna («ove per poco il cor non si spaura») e vi anega. Di qui la metafora del mare che può simboleggiare il grembo materno. È dunque un ritorno a ciò che per ognuno di noi è indiscutibilmente l’*arché*: quello che è al confine con la vita e perciò è più contiguo al mistero suo e della vita stessa. Un ritorno, se vogliamo, alla dimensione del concepito, che rappresenta il paradosso di una vita che *esiste pur non essendo ancora nata*. Questo paradosso diventa anche giuridico, se poniamo mente a un *individuum* che non è ancora “individualità”, perché “indivisibile” dalla madre che lo ha concepito. Nello stesso tempo però per l’ordinamento italiano non potrebbe essere considerato ancora *persona* perché, stando a una recentissima sentenza della nostra Corte Costituzionale (n. 438 del 2008), egli sarebbe *ancora incapace di autodeterminazione*, giacché non in grado di manifestare un consenso informato, vale a dire *scritto, libero, consapevole, attuale e manifesto*.

<sup>3</sup> F. Kafka, *Conversazione con l’uomo che prega* (1909), in Id., *Tutti i romanzi e i racconti*, tr. it. di L. Coppé, Newton Compton, Roma 2006, p. 618.

3. L'idea che il concepito (embrione o feto) sia persona troverebbe quindi, nell'ordinamento italiano, un ostacolo nell'impossibilità di autodeterminazione. Non è questo però l'unico modo possibile per affrontare la questione. Il diritto romano considerava il concepito già *persona*<sup>4</sup>. Pressoché analoga è la posizione ufficiale della dottrina cattolica. Nel *Catechismo della Chiesa Cattolica*, nella parte dedicata al v comandamento (Es 20, 13: «non uccidere»), aborto e eutanasia sono considerati atti gravemente contrari alla legge morale. In particolare il primo, perché la vita una volta concepita dev'essere protetta con la massima cura. Approvata come ufficiale da Benedetto XVI, questa dottrina dimostra pertanto come, alla stregua dei giuristi romani, essa qualifica chiaramente il concepito come persona<sup>5</sup>.

Ma torniamo allora alla Corte costituzionale italiana che deve ragionare in termini di laicità. Sul tema della fecondazione assistita, in base alla sentenza n. 151 del 2009, il Giudice costituzionale ha stabilito il principio per cui sulle sorti dell'embrione deve decidere la madre con il supporto delle migliori competenze mediche e scientifiche del caso. Sancendo l'illegittimità costituzionale del *divieto di crioconservazione e di soppressione degli ovuli in numero non superiore a tre* (art. 14 della L. 40/2004), tale Corte ha aperto quindi alla possibilità che la madre, col supporto del medico, *in itinere* possa decidere le sorti di queste forme embrionali di vita. Questo è lo scenario in cui era stata chiamata a pronunciarsi la Corte Costituzionale italiana con la sentenza di cui sopra. A complicare la questione interviene poi il progresso tecnologico, che consente la fecondazione dell'embrione umano attraverso pratiche di laboratorio. Offre quindi motivi di riflessione anche il *modo* del concepimento. Viene dunque da chiedersi: se si può ritenere conforme allo *ius naturae* che sul frutto del

<sup>4</sup> Lo dice espressamente Gaio (II sec.), che qualificava il *postumus alienus* come *incerta* "persona" (2.242). Una considerazione del nascituro (*qui in utero est*) come *persona* all'interno della più generale classificazione gaiana (D. 1.5.1: *Omne ius quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones*) risponde pienamente alla concezione dei giuristi romani. Essi in via di *interpretatio* considerarono tale qualificazione come espressione di *ius naturae* (D. 1.5.26: *Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse*). Emblematico su questo piano l'insegnamento ulpiano, nel quale il riconoscimento del nascituro come *persona* è perfettamente compatibile con un'idea non individualistica della società. Per il giurista di età severiana la tutela del concepito protegge infatti un interesse della *res publica* e non quello dei suoi genitori (D. 37.9.1.15).

<sup>5</sup> «2270 La vita umana deve essere rispettata e protetta in modo assoluto fin dal momento del concepimento. Dal primo istante della sua esistenza, *l'essere umano deve vedersi riconosciuti i diritti della persona*, tra i quali il diritto inviolabile di ogni essere innocente alla vita» (Congregazione per la Dottrina della Fede, Istr. *Donum vitae*, 1, 1: AAS 80 [1988] 79, corsivo nostro). Ancora: «2274 L'embrione, poiché fin dal concepimento *deve essere trattato come una persona*, dovrà essere difeso nella sua integrità, curato e guarito, per quanto è possibile, come ogni altro essere umano» (*ivi*, p. 79 s., corsivo nostro).

concepimento impiantato nell'utero della donna debba decidere la madre, si può dire lo stesso quando il concepimento avviene in provetta, con tecnologie riproduttive, e perciò non nel suo alveo naturale (l'utero della donna)?

Il discorso chiama in causa la sensibilità del filosofo sul problema dell'autodeterminazione; è questione molto difficile<sup>6</sup>. Ma tutto questo dimostra a sufficienza quanto sia appropriata la metafora di Kafka e quanto sia opportuno che il legislatore recuperi piena consapevolezza della necessità di stabilire chi, o cosa, sia *persona* in senso generale e nelle ipotesi intorno a cui stiamo ragionando. Tenendo conto certo delle competenze scientifiche ma senza trascurare problemi di natura morale e storica. Può essere considerato *persona* un embrione? Può esserlo un embrione fecondato in laboratorio? Lo è il nascituro? Può non esserlo il neonato fino a una certa fase del suo sviluppo? Appare lecito pensare che, senza pregiudizi, in questa come in altre materie così delicate, si debba stabilire cosa sia *ius naturae*. D'altra parte sui problemi posti dall'embrione, dal nascituro e dal neonato il criterio dell'autodeterminazione non sembra fornire sufficienti garanzie. Siamo veramente di fronte a una delle problematiche più difficili da trattare per la scienza giuridica<sup>7</sup>. Chi deve fare i conti con "persona", dovrebbe farlo

<sup>6</sup> Alberto Giubilini e Francesca Minerva hanno firmato per la rivista *Journal of Medical Ethics* un articolo in cui si sostiene la tesi davvero sconcertante che il feto e un neonato sarebbero privi in egual misura dello *status* morale di persona ("Journal of Medical Ethics" del 23 febbraio 2012 [ma 2011] sul web). Partendo dalla premessa che «lo *status* morale di un neonato è uguale a quello di un feto, cioè nessuno dei due può essere considerato "persona" in un significato che abbia rilievo morale», questi due ricercatori italiani (di materie filosofiche) arrivano alla conturbante conclusione che, «se criteri come i costi (sociali, psicologici, economici) sono per i genitori motivi abbastanza validi per un aborto pur se il feto è sano, se lo *status* morale del neonato è lo stesso del bambino nei primi anni di vita, e se nessuno di essi ha alcun valore morale in virtù dell'essere una persona potenziale, allora le medesime ragioni che giustificano l'aborto dovrebbero giustificare anche l'uccisione della persona potenziale, quando è allo stadio infantile». Questa posizione sembra coerente con la descrizione scientifica della condizione del nascituro; essa viene ben riassunta dalle seguenti parole: «Si sa che almeno fino al quattordicesimo giorno dal concepimento il pre-embrione (che non a caso si chiama appunto "pre-") non può essere considerato un individuo attuale: prima del sesto giorno, perché le sue cellule sono ancora totipotenti, e dunque ciascuna di esse è un individuo potenziale; e tra il sesto e il quattordicesimo giorno perché il pre-embrione può ancora dividersi in gemelli monozigoti, e dunque nemmeno esso ha un'individualità attuale. Quanto all'umanità, poi, tutto dipende da cosa significa il termine. Se indica la presenza di un sistema nervoso, questo comincia a svilupparsi dopo il quattordicesimo giorno. Se la percettività sensoriale, allora il tatto arriva al secondo o terzo mese, il gusto al sesto e l'olfatto all'ottavo. Se l'autocoscienza, bisogna naturalmente attendere mesi dopo la nascita» (P. Odifreddi, *Perché non possiamo essere cristiani (e meno che mai cattolici)*, TEA, Milano 2011, p. 72).

<sup>7</sup> Di fronte a questa problematica appare quasi surreale il tentativo del Legislatore italiano di presentare nel 1996 un disegno di legge (n. 546) dal seguente tenore: «La Repubblica

tenendo presente l'insegnamento hegeliano, che metteva ben in chiaro che i fondamenti dello Stato reale non possono che risiedere nelle forme del diritto in esso vigente. Se è quindi con il diritto che dobbiamo comunque misurare il codice concettuale costituito da persona (i giuspersonalisti lo sanno bene), capiamo perché le recenti pronunce della Corte Costituzionale assumano in questa materia un rilievo altamente strategico. Sarebbe però opportuno tenere fuori dal ragionamento giuridico l'ideologia.

4. Uscendo dall'attualità della cronaca e spostando il discorso su un piano più generale, si deve ricordare che in sede di lavori per giungere alla stesura della nostra Carta costituzionale, nella Sottocommissione impegnata a definire il rapporto tra lo Stato e le persone, col suo celebre *Ordine del Giorno* Dossetti cercò di far passare il principio secondo cui lo Stato è solo uno strumento per realizzare la persona. Invece nella nostra Costituzione, è noto, *persona* non ha ricevuto tale considerazione. Ciò avvenne in conseguenza della forte opposizione di coloro che vollero far prevalere l'idea individualistica nel rapporto tra la/le comunità (famiglia, associazioni, ecc.) e lo Stato. Le ragioni di questa scelta sono molto complesse e sono forse la causa lontana dell'imbarazzo con cui affrontiamo temi come quelli di cui qui si tratta. Stefano Rodotà, in una recentissima *lectio magistralis* dal titolo pure indicativo *Dal soggetto alla persona*, fotografa assai bene lo *status quaestionis*: «Nel momento in cui... il riferimento alla persona viene assunto come connotato realistico, che fa emergere la persona per ciò che è effettivamente, il discorso giuridico prende congedo da quella storica finzione. Ma qual è il senso di questo separarsi del soggetto dalla persona?»<sup>8</sup>. Oggi il vocabolo persona è attraversato da una nuova deformazione concettuale: è diventato codice di riferimento per l'individuo moderno e, nello stesso tempo, simbolo della solitudine dell'uomo contemporaneo.

È difficile dire se l'ottusa apologia postmoderna del *tutto e subito* e a *qualsiasi costo* abbia davvero delle radici antiche. Sta di fatto che la *rimozione della persona*, di cui stiamo parlando, sta producendo uno stallo preoccupante. A parte la sistematica distruzione di ogni valore, viviamo in un mondo immerso nella tecnologia e nella scienza, senza vedere che stiamo andando verso il collasso. Siamo tutti vittime di questa forma narcotica di nichilismo

tutela la persona umana fin dal momento della fecondazione e cioè fin dalla penetrazione dello spermatozoo nella cellula uovo» (cfr. C. Lanza, *Persona. Concezioni giuridiche in forma storica*, Satura Editrice, Napoli 2012, p. 76).

<sup>8</sup> S. Rodotà, *Dal soggetto alla persona*, (Pubblicazioni dell'Università degli Studi Suor Orsola Benincasa), Napoli 2007, pp. 7-83.

che ha portato ad applicare (sotto le mentite spoglie di un neoliberismo che altro non esprime se non la legge del più forte) l'idea della *selezione naturale* anche alla società e all'economia, con le conseguenze devastanti che sono sotto gli occhi di tutti. Con riferimento al rapporto tra potere e sapere la prognosi di Foucault sembra essersi tragicamente avverata: *l'esercizio del potere crea perpetuamente sapere e viceversa il sapere porta con sé effetti di potere*<sup>9</sup>. Verità e sapere, come veicoli di emancipazione, di contropotere e di virtù, erano stati l'eredità buona dell'Illuminismo. Sul lungo periodo però abbiamo visto dove ha portato questa eccessiva fiducia nelle capacità tecnologiche dell'uomo. Di fronte a questa possibile *nullificazione dell'individuo* siamo sicuri che ridimensionare il valore giuridico della persona in favore dell'individuo sia stato veramente un progresso? Quando avviene la sparizione della *persona*, anche dell'individuo umano come tale non si riesce più a cogliere il vero significato. Il nodo con cui confrontarsi resta sempre, ora come nelle tragedie della storia, il reale con tutta la sua durezza da superare. Di fronte alle insidie che ci prospetta la storia (anche delle idee e non solo delle guerre e dell'economia) sarebbe auspicabile procedere verso l'individuazione di un corredo di valori indiscussi e veramente condivisi da tutelare con impegno etico e fermezza giuridica. Ecco perché continuare a sollecitare una riflessione sul valore e il significato di persona resta non solo attuale, ma significa altresì trarre un giusto insegnamento dalla lezione di Edipo: credendo di difendere il proprio potere volle conoscere la verità, ma diventò cieco. Perse cioè la capacità di vedere le cose come realmente sono.

<sup>9</sup> Cfr. M. Ferraris, *La verità e l'esempio di Socrate*, apparso su "la Repubblica" del 7 gennaio 2012; ivi è citata la frase di Foucault tratta da *Microfisica del potere* (M. Foucault – P. Pasquino, *Microfisica del potere: interventi politici*, tr. it. di G. Procacci, Einaudi, Torino 1982).