

FRANCESCA GALEAZ, *Il diritto alle strette: la condizione del concepito nell'ordinamento giuridico italiano*, in «Il Margine. Mensile dell'Associazione Culturale "Oscar A. Romero"», 20/2, (2000), pp. 22-29.

Url: <https://heyjoe.fbk.eu/index.php/ilmarg>

Questo articolo è stato digitalizzato della Biblioteca Fondazione Bruno Kessler, in collaborazione con l'Associazione culturale Oscar A. Romero all'interno del portale [HeyJoe](#) - *History, Religion and Philosophy Journals Online Access*. HeyJoe è un progetto di digitalizzazione di riviste storiche, delle discipline filosofico-religiose e affini per le quali non esiste una versione elettronica.

Il materiale sul sito [HeyJoe](#) è disponibile sotto licenza CC BY-NC-ND 4.0: può essere scaricato, stampato e condiviso per uso non commerciale, con attribuzione e senza modifiche.

This article was digitized by the Bruno Kessler Foundation Library in collaboration with the Oscar A. Romero Cultural Association as part of the [HeyJoe](#) portal - *History, Religion, and Philosophy Journals Online Access*. HeyJoe is a project dedicated to digitizing historical journals in the fields of philosophy, religion, and related disciplines for which no electronic version exists.

The material on the [HeyJoe](#) site is available under the CC BY-NC-ND 4.0 license: it can be downloaded, printed, and shared for non-commercial use, with attribution and without modifications.



Il diritto alle strette

La condizione del concepito nell'ordinamento giuridico italiano

FRANCESCA GALEAZ

La questione della condizione giuridica del concepito ha assunto in questi ultimi anni dimensioni e contorni nuovi a seguito delle scoperte scientifiche e tecnologiche che hanno permesso, da un lato, di conoscere con maggiore precisione i processi biologici che regolano la vita prenatale e, dall'altro, di intervenire in maniera sempre più radicale sulla vita prenatale stessa, a partire dai primissimi stadi del suo sviluppo. In proposito è sufficiente accennare alle scoperte realizzate nel campo della genetica e in quello dell'embriologia umana negli ultimi decenni. A partire dagli anni settanta, infatti, sono state messe a punto numerose tecniche di ingegneria genetica, attraverso le quali è possibile intervenire sul patrimonio genetico umano, ad esempio mediante geneterapia oppure ingegneria genetica alterativa, mentre risale al 1978 la prima nascita mediante fecondazione in vitro con embryo-transfer, che consente di formare embrioni in vitro e determina l'insorgere di numerosi problemi, collegati in particolare alla produzione di embrioni cosiddetti sovrannumerari e alla loro conseguente crioconservazione, che pone di fronte a quella particolare forma di vita che è stata definita «vita sospesa».

Proprio questa capacità di intervenire sulla vita prenatale, ed in particolare sulle prime fasi dello sviluppo embrionale, ha posto di fronte ad interrogativi nuovi, non solo in ambito medico, etico e filosofico, ma anche in ambito giuridico, poiché ha sollevato, con un'intensità inimmaginabile anche solo pochi anni orsono, il problema della liceità degli interventi sui primi stadi della vita umana. Per affrontare questo problema è però necessario svolgere, anzitutto, un'accurata indagine circa la condizione del concepito nel nostro ordinamento giuridico. Le accresciute conoscenze scientifiche non hanno contribuito, infatti, a chiarire la natura ed il valore della vita prenatale, ma hanno, invece, fatto affiorare le difficoltà che ogni tentativo di definizione incontra. Le questioni etiche fondamentali, relative all'inizio della vita umana e della persona, devono diventare oggetto anche di dibattito giuridico.

Chi è persona fisica

Giungere alla definizione della condizione giuridica del concepito significa anzitutto identificare un referente principale, ossia stabilire che cosa il diritto intenda per persona fisica. Il concetto giuridico di persona fisica ruota intorno all'art. 1, comma 1° del codice civile, in cui si dispone che «la capacità giuridica si acquista dal momento della nascita», e da cui deriva che l'uomo è persona per il diritto a partire dalla nascita, in quanto solo a partire da questo momento egli acquista la generica idoneità ad essere titolare di diritti e di doveri.

La qualificazione giuridica di persona non viene dunque collegata a particolari qualità dell'individuo, ma al fatto giuridico della nascita, a partire dalla quale l'uomo fa la sua comparsa sulla scena giuridica. Più precisamente il concetto di persona «si definisce attraverso una premessa di fatto – cioè l'esistenza di un uomo – ed una premessa di diritto, che si riassume nel collegamento di fatti ed atti giuridici e di comportamenti regolati attraverso il comune riferimento all'identità di un uomo»¹, e la premessa di fatto è delimitata in modo da non richiedere alcun richiamo ad elementi che non siano attinenti alla condizione biologica di esistenza in vita di un organismo umano individuale. Il presupposto per poter utilizzare il concetto giuridico di persona è dunque l'esistenza di un uomo, tra la nascita e la morte, non arricchito da ulteriori requisiti. Qualche autore ha parlato in proposito di «sdoppiamento della persona rispetto all'uomo», realizzato appunto dal legislatore attraverso «un procedimento artificiale di sovrapposizione del diritto alla biologia»², che ha determinato il crearsi di un piano biologico dell'individuo umano e di un distinto piano giuridico. Per il diritto non esiste identità tra uomo e persona in senso giuridico: in effetti «persona in senso giuridico è l'uomo che in più ha anche la capacità giuridica. Non la semplice, generica personalità, bensì quella particolare e qualificata personalità che è la personalità o capacità giuridica determina la qualifica di persona»³. Di conseguenza la nozione giuridica di persona viene a significare «l'astratto e quasi disumanato "attore" giuridico» in quanto priva «di consistenza esistenziale, mera apparenza artificiale, [...] di nuovo maschera come in antico»⁴.

¹ P. Zatti, *Quale statuto per l'embrione?*, in *Rivista critica di diritto privato*, n. 3-1990, p. 466.

² F. D. Busnelli, *Lo statuto del concepito*, in *Democrazia e diritto*, n. 4-5/1988, pp. 212 ss.

³ F. Cionti, *Segni distintivi della persona e segni distintivi della personalità*, Giuffrè, Milano 1994, p. 19.

⁴ S. Cotta, *Persona (filosofia del diritto)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIII, 1983, p. 162.

Pur non essendo persona in senso giuridico, il concepito può acquistare la titolarità dei diritti che la legge gli riconosce, ma subordinatamente all'evento della nascita (art. 1, comma 2 del codice civile). In particolare gli è attribuita la capacità di essere destinatario di attribuzioni di carattere patrimoniale: può, infatti, ricevere per successione (art. 462) e per donazione (art. 784). Gli è altresì attribuita la capacità di status familiari, in quanto può essere riconosciuto quale figlio naturale (art. 254) ed è rappresentato in tutti gli atti civili dai genitori o da quello tra essi che abbia l'esercizio esclusivo della potestà (art. 320).

La dottrina ha variamente tentato, attraverso ricostruzioni più o meno articolate, di conciliare il difetto della generica idoneità ad essere titolare di diritti e di doveri con queste ulteriori previsioni normative. Così, solo per fare qualche esempio, secondo alcuni autori il concepito sarebbe titolare di una *capacità provvisoria*, secondo altri di una *capacità anticipata*. C'è chi parla, invece, di *capacità attenuata o ridotta*, e chi preferisce considerare la capacità del concepito come una *capacità speciale*, piuttosto che come un'anticipazione oppure una riduzione di quella generale. Ancora, si è sostenuto che l'istituzione del concepito equivalga all'istituzione di un *soggetto possibile*, anche se non ancora esistente, oppure *all'attribuzione di diritti senza un attuale titolare*. Si tratta comunque di tentativi, di carattere per lo più definitorio, di qualificare il fenomeno giuridico previsto dal secondo comma del primo articolo del codice civile, in relazione a quei diritti che il codice espressamente riconosce al nascituro. In definitiva si può affermare che, a parte qualche caso isolato, la dottrina italiana, pur assumendo posizioni diverse nell'affrontare il problema, a partire dal presupposto che il concepito non ha capacità giuridica, esclude la sua configurabilità generale come soggetto di diritto.

La vita umana giuridicamente rilevante

Se questo è il punto di partenza dell'indagine sulla condizione giuridica del concepito, esistono, però, nel nostro ordinamento altri segnali che sembrano smorzare il rigore di tale affermazione. Alcuni di essi provengono dallo stesso legislatore. Si possono considerare in proposito le disposizioni che riconoscono un valore giuridicamente rilevante alla vita prenatale.

In primo luogo l'art. 1 comma 1 della legge n. 194 del 1978, recante *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*, ai sensi del quale «Lo Stato [...] tutela la vita umana dal suo inizio». Tale disposizione introduce indubbiamente elementi di forte novità nella situazione giuridica del concepito, ma anche di rottura rispetto all'art. 1 del codice civile. In particolare ci si chiede se con tale affermazione debba riconoscersi al concepito, oltre alla tutela dei diritti patrimoniali predisposta dal codice civile, la tutela di quelli strettamente personali, quali appunto la vita e l'in-

tegrità fisica. La dottrina ha peraltro avvertito la contraddittorietà di un rafforzamento dello statuto giuridico del concepito a partire dalla normativa che legittima l'interruzione volontaria della gravidanza, sottolineando come la configurazione di una capacità in capo al nascituro sia ancora più improbabile in seguito all'entrata in vigore di questa disciplina. Secondo un altro orientamento, invece, l'art. 1 della legge n. 194 si configura come lo sbocco naturale di una lettura delle norme civili attuata con il sostegno della Costituzione, che, ponendo al centro della propria tutela l'uomo come tale, a prescindere quindi dal ruolo rivestito nella vita concreta, ha innescato la progressiva modifica del sistema a carattere patrimonialistico disegnato dal codice civile.

Porta a riflessioni analoghe quanto disposto dall'art. 1 lett. c della legge n. 405 del 1975, con cui sono stati istituiti i consultori familiari, che impone la tutela della salute della donna è del prodotto del concepimento. Questa tutela sembra avere un fondamento costituzionale, dal momento che l'art. 32 della Costituzione indica al primo comma la salute come fondamentale diritto dell'individuo. Biologicamente, individuo è anche il concepito, e quindi ci si chiede se a quest'ultimo possa essere riconosciuta la tutela del diritto alla salute, come del resto sembra essere sostenuto dalla legge appena citata; ma tale riconoscimento urta contro il fatto che il concepito nella realtà giuridica non è qualificabile come persona o soggetto di diritto. Si deve comunque precisare che, secondo alcuni autori, l'espressione *individuo* è utilizzata una sola volta nella Costituzione (appunto nel primo comma dell'art. 32), contrapposta all'espressione *collettiva*: attraverso quest'opzione legislativa il costituente ha voluto evidenziare la duplicità della tutela dell'unitario bene della salute e non esprimere un significato distinto da quello del termine persona o uomo.

Altra disposizione utile nella costruzione della condizione giuridica del concepito è l'art. 578 del codice penale, non abrogato dalla legislazione sull'aborto e anzi riformato da una legge successiva (legge n. 442 del 1981), che ha sostituito all'infanticidio per causa d'onore, l'infanticidio in condizioni di abbandono materiale e morale. La norma in questione punisce chi cagiona la morte del neonato immediatamente dopo il parto o del feto durante il parto, e punisce la stessa madre (salva l'attenuante dell'abbandono), con la pena dell'omicidio. Questa disposizione ci dice che esiste almeno una fase anteriore alla nascita, identificata appunto con le parole 'durante il parto', in cui il feto è considerato uomo, pur non essendo ancora separato dal corpo della madre. La soppressione del feto in questa fase è omicidio *tout court*. La norma quindi «prova che, se non persona, uomo può esserci, per lo stesso diritto positivo, anche prima della nascita»⁵. Ciò è confermato dalla disposizione di cui all'art. 7 comma 3 della legge n. 194 del 1978. In base a questa norma, se il feto ha ca-

⁵ G. Oppo, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. Dir. Civ.*, I, 1982, p. 522.

pacità di vita autonoma, l'interruzione della gravidanza è consentita solo se sussiste grave pericolo per la vita della madre, ma il medico ha il dovere di salvaguardare la vita del feto. La dottrina ravvisa il delitto di omicidio a carico del medico che, nel praticare l'aborto abbia sacrificato la vita del concepito, che poteva essere salvata, o che, dopo l'aborto, non abbia preso le misure idonee a salvaguardare la vita dello stesso. Di conseguenza il feto è uomo per il diritto penale a partire dal momento in cui ha capacità di vita autonoma e quest'ultima deve essere valutata alla luce delle nuove acquisizioni della scienza, tese ad anticipare sempre più l'inizio di tale capacità di vita, fino a 20 settimane dal concepimento.

Il danno al concepito

Altri segnali particolarmente significativi provengono dalla giurisprudenza, di legittimità e di merito, in materia di danno al concepito. Si supponga che, a causa di un'inesatta valutazione del quadro clinico precedente al parto, venga alla luce un bambino con lesioni gravissime, tali da comprometterne in maniera irreversibile l'integrità psico-fisica; oppure che i genitori affetti da una malattia incurabile, la trasmettano al nascituro all'atto del concepimento; o ancora che, per fatto colpevole di un terzo, il concepito rimanga orfano del padre, venendo così privato dell'affetto del genitore e della fonte di mantenimento. In queste ipotesi il nato si trova a dover convivere con le conseguenze di un danno che ha subito prima della nascita, quando, secondo la legislazione attuale, ancora non esisteva come soggetto di diritto. Può comunque ottenere un risarcimento di quel danno oppure il fatto di averlo subito prima della nascita è sufficiente ad escluderne la risarcibilità?

Le opinioni in proposito sono contraddittorie e testimoniano la difficoltà di affrontare in maniera uniforme il tema del danno subito durante la vita prenatale, in assenza di una soggettività giuridica del concepito configurata in termini tradizionali. In alcuni casi, infatti, i giudici hanno negato, in altri, invece, hanno riconosciuto la risarcibilità di questo danno, a seconda del diverso modo di affrontare e risolvere tale problematica. Basti pensare che casi simili sono stati risolti in maniera addirittura opposta a seconda che i giudici abbiano aderito ad un'interpretazione tradizionale dell'art. 1 del codice civile, oppure abbiano accolto una lettura di questo articolo effettuata attraverso la lente della Costituzione e delle disposizioni di legge che riconoscono un valore giuridicamente rilevante alla vita prenatale. Al di là delle oscillazioni giurisprudenziali, ancora presenti, è tuttavia riconoscibile una significativa evoluzione nel senso di una maggiore attenzione nei confronti della vita prenatale: dal 1973 ad oggi si è, infatti, passati dal considerare il concepito inesistente come soggetto giuridico, senza possibilità di alternativa, ad affermare la titolarità, in capo a

quest'ultimo, di *posizioni giuridiche soggettive* diverse da quelle espressamente previste dal codice civile. Si avverte, in generale, un'accresciuta coscienza dell'esigenza di superare la lettera dell'art. 1 del codice civile, anche se l'interpretazione e l'applicazione di questo articolo costituiscono indubbiamente un nodo ancora da sciogliere.

In questo quadro riveste particolare interesse la giurisprudenza in tema di c.d. *danno da procreazione* (ipotesi in cui i genitori abbiano messo al mondo un figlio trasmettendogli con il concepimento gravi patologie morbose o gravi menomazioni genetiche di cui erano portatori), che, in seguito alla messa a punto delle tecniche di fecondazione artificiale, potrebbe assumere contorni nuovi: basti pensare alla possibilità che il medico, nel corso dell'intervento di fecondazione, commetta un errore tale da pregiudicare la salute del nato, oppure provochi la nascita di un bambino con un fenotipo molto diverso da quello dei genitori (ad esempio nel colore della pelle).

La giurisprudenza esclude, in generale, la risarcibilità del *danno da procreazione*, per l'incompatibilità con il nostro ordinamento giuridico di un *diritto a non nascere*, che metterebbe in discussione il valore, supremo ed indiscutibile, della vita umana. Ammettere la risarcibilità del danno subito al momento del concepimento porterebbe, infatti, a riconoscere l'esistenza di un diritto a non nascere, in quanto, considerato il rapporto inscindibile che lega la nascita e la malattia, significherebbe tutelare una pretesa alla non-esistenza. Il singolo soggetto può arrivare a chiedersi se sia preferibile non essere nati piuttosto che condurre una vita nella sofferenza, ma l'ordinamento giuridico non può giungere a configurare l'interesse a non essere nato.

E l'embrione?

Questi sono solo alcuni dei segnali che rivelano la difficoltà di delineare la condizione giuridica del concepito nel nostro ordinamento. Tale difficoltà aumenta ancora di più quando si considera l'embrione formato *in vitro*, di fronte al quale si ha veramente la percezione di trovarsi alla radice delle questioni relative alla vita prenatale. Basti pensare alla problematicità di definire la condizione giuridica dell'embrione *in vitro* a causa della mancanza di indicazioni legislative specifiche al riguardo e, viceversa, alla difficoltà di legiferare in materia senza prima aver affrontato la questione della sua natura giuridica. A ciò si aggiunge il fatto che il progresso scientifico mette a nostra disposizione tecniche di manipolazione sempre nuove e, come tali, difficili da far rientrare in una previsione legislativa. Inoltre, non si deve trascurare che la possibilità di operare sugli embrioni all'esterno del corpo della madre può portare a considerarli, a torto o a ragione, più come materiale biologico che come vita umana. Non a caso alcuni giuristi ritengono che l'embrione formato *in vitro* sia ogget-

to di un diritto giuridicamente costruito sullo schema della fruttificazione, così come previsto dagli art. 820 e 821 del codice civile, in base al quale il bene nuovo (embrione), in quanto derivato dalla cosa-madre (gameti), appartiene a chi è titolare di quest'ultima (ad esempio, la coppia); altri utilizzano lo schema dell'accessione ai sensi dell'art. 934 del codice civile, in base al quale la proprietà, o comunque il diritto esclusivo di godere e disporre della cosa nuova, spetta a chi ha realizzato l'atto creativo o a colui che l'ha disposto; altri ancora considerano l'embrione *in vitro* oggetto di un diritto di seguito, di carattere non patrimoniale, che sorge in capo a chi ha fornito i gameti oppure, nell'ipotesi di donatori entrambi anonimi, in capo a chi ha formato l'embrione.

Chi, invece, non se la sente di affermare che l'embrione umano *in vitro* è un oggetto, molto spesso si limita a dire che è una non-cosa, utilizzando quindi il linguaggio negativo, che sembra rendere più agevole il raggiungimento di un accordo al riguardo, ma che in realtà non aiuta certamente a trovare soluzioni legislative.

Superare l'analisi per singoli contesti

In definitiva emerge, anzitutto, la difficoltà del diritto di fornire le coordinate per una sistemazione organica della materia. Sicuramente questa difficoltà favorisce coloro che intervengono senza troppi scrupoli sulla vita prenatale. Tale situazione risulta ancora più difficile da giustificare se si guarda al dibattito, spesso molto più avanzato, che si è svolto in altri Paesi europei, o negli Stati Uniti. Il vuoto legislativo, se da un lato garantisce libertà di movimento, dall'altro lascia spazio agli abusi; e l'incertezza che sussiste in relazione alla natura della vita prenatale, in particolare nella fase embrionale, determina il crearsi di una "zona franca", nella quale, in assenza di normativa specifica, si finisce in concreto col non tutelare il soggetto più debole. Da qui deriva l'urgenza di una formulazione più organica del diritto per la vita prenatale.

In secondo luogo, va rilevata la difficoltà di pervenire ad una ricostruzione sistematica della condizione giuridica del concepito. Si ha l'impressione che il nostro ordinamento giuridico si sia fino ad ora interessato al concepito per singoli contesti, con la conseguenza che la situazione giuridica di quest'ultimo rivela margini notevoli di differenziabilità: a seconda che il nascituro venga in rilievo come destinatario di attribuzioni di carattere patrimoniale, oppure come parte di un rapporto di "filiazione prenatale", o come prodotto del concepimento entro i novanta giorni dall'inizio della gravidanza, o ancora, come feto con capacità di vita autonoma, oppure, secondo quanto emerge da alcune sentenze, come portatore di un interesse a nascere e conseguentemente a nascere sano, e così via. Questo è certamente dovuto alla necessità di affrontare singole situazioni, diverse tra loro, che spesso si configurano come casi limite e che,

dunque, interpellano con forza il diritto. Si ricava, però, l'impressione di una difficoltà generale nell'approccio alla materia, che non ha consentito fino ad ora di trovare dei criteri univoci. Questa asistematicità può certamente essere considerata anche una conseguenza dell'impressionante sviluppo scientifico e tecnologico, che costringe il diritto a seguire l'evolversi dei problemi con un inevitabile ritardo, e a risolvere situazioni che si sono già verificate (si pensi, solo per fare un esempio, alla drammatica realtà degli embrioni crioconservati).

In questo contesto non va sottovalutata neppure l'impostazione di fondo che ha il diritto nei Paesi democratici, dove esso tende a rispondere ai problemi nuovi con prudenza, per non limitare arbitrariamente la libertà dei singoli. Rimane, però, la sensazione che nel nostro Paese abbia inciso non poco l'impostazione della riflessione etica in merito. Il dibattito etico, infatti, tanto acceso, quanto radicalizzato, ha probabilmente reso più complesso quel lavoro di sintesi e quel distacco, che appaiono necessari per ogni formulazione legislativa. Tuttavia, proprio il carattere specifico del dibattito italiano sembra richiedere uno sforzo aggiuntivo, ormai improcrastinabile, per giungere ad una revisione sistematica della materia. Altrimenti si corre il rischio di assistere ad interventi che non superano la funzione di tamponare situazioni straordinarie e che si presentano, come accennato, addirittura contraddittori.

Si può dire, dunque, che ci troviamo in presenza di una sfida aperta, che probabilmente investirà il dibattito giuridico, etico e politico ancora per molti anni e la cui soluzione appare, tuttavia, tanto più urgente, se si considera che il potere dell'uomo di intervenire sulla vita umana nascente condiziona inevitabilmente, con effetti che a tutt'oggi non è dato conoscere, il nostro futuro.

