

Luigi Ferrajoli, *La questione dell'embrione tra diritto e morale*. (in "Politeia", n.65, 2002)

1. *Morale, diritto e scienza. Sulla separazione tra diritto e morale.*- In che misura e a quali condizioni si giustifica l'intervento del diritto nella soluzione dei dilemmi sollevati dalle questioni bioetiche e, in particolare, da quelle connesse alle applicazioni scientifiche sul corpo umano? E quali sono le fonti di diritto a tal fine più appropriate: le leggi, nella forma di regole generali ed astratte, o invece - come di fatto sta accadendo, nei paesi di *civil law* non meno che in quelli di *common law* - l'intervento dei giudici nella forma equitativa delle decisioni argomentate, caso per caso, in base a principi?

Per rispondere a queste domande dobbiamo prima affrontare un problema pregiudiziale: quello del rapporto tra applicazioni scientifiche da un lato e morale e diritto dall'altro. Questo problema, a sua volta, può essere ricondotto al più generale e classico problema dei limiti - giuridici e, ancor prima, morali - della libertà di agire: se sia *lecito* fare, senza recare danno a terzi, tutto ciò che è *possibile* fare; se quindi sia possibile deonticamente (ossia moralmente e/o giuridicamente), senza danno a terzi, praticare le applicazioni scientifiche che è possibile praticare materialmente. Certamente le possibilità di manipolazione e di intervento sul corpo umano rese possibili dalla scienza e dalla tecnica sono in questi anni enormemente aumentate e sono destinate ancor più ad aumentare. Ma questo non cambia la natura del problema. Quegli interventi non sono diversi, sotto l'aspetto etico e sotto quello giuridico, da qualunque altra attività. Si tratta dunque, in breve, del classico problema dei limiti della libertà, riferito non tanto alla ricerca scientifica, che tra l'altro è in Italia assistita da tutela costituzionale, ma alle sue applicazioni tecnologiche, e precisamente a quegli interventi sul corpo umano che sono rilevanti nella sfera altrui.

La prima cosa che dobbiamo decidere, nell'affrontare queste questioni di libertà - in ordine per esempio alla conservazione e all'utilizzazione terapeutica degli embrioni, o alla questione dell'aborto, oppure al diritto a morire, all'eutanasia del consenziente, o al mantenimento in vita di una persona ridotta in stato vegetativo - è allora quella che riguarda il loro statuto metateorico e, perciò, lo statuto delle risposte da esse ammesse: se ne parliamo come di questioni morali o come di questioni giuridiche. Ovviamente tutte queste questioni - la questione dell'embrione come quella della fecondazione assistita o dell'eutanasia di chi la richiede - sono al tempo stesso questioni morali, ossia di filosofia morale, e questioni giuridiche, ossia di filosofia del diritto. Ma è sul rapporto tra i due ordini di questioni e su quello tra le loro soluzioni che si manifesta la più importante contrapposizione meta-etica tra diverse e, direi, opposte concezioni così della morale come del diritto. Schematicamente, possiamo distinguere due posizioni opposte, che

riflettono un'antica, secolare divisione tra due contrapposte filosofie morali e due correlative filosofie giuridiche.

La prima posizione è quella della confusione, ossia della reciproca implicazione tra questioni giuridiche e corrispondenti questioni morali: in breve, tra diritto e morale. La (presunta) immoralità di una determinata applicazione scientifica - supponiamo della fecondazione assistita o della clonazione di tessuti embrionali o anche, per restare a problemi più classici, dell'aborto o dell'eutanasia - non è solo, in base ad essa, la condizione necessaria, ma anche la ragione sufficiente della loro proibizione e punizione. E' la posizione espressa, in maniera emblematica, da molti cattolici: se un comportamento è immorale, esso deve essere anche proibito dal diritto; se è un peccato deve essere anche trattato come reato. Se dunque la soppressione di un embrione, a seguito di interventi abortivi o di sperimentazioni mediche, è (ritenuta) immorale, allora deve essere configurata altresì come un illecito da parte del diritto.

La seconda posizione è quella opposta della separazione tra questioni giuridiche e questioni morali, ossia tra diritto e morale. In base ad essa, la riprovazione morale di un dato comportamento, come per esempio la distruzione di un embrione, non è da sola una ragione sufficiente a giustificare la proibizione giuridica. Si tratta, com'è noto, della tesi illuministica sostenuta da Hobbes, da Locke, e poi dall'intero pensiero laico e liberale, da Bentham e Beccaria a Mill, fino a Bobbio e ad Hart. Il diritto, secondo questa tesi, non è - non dev'essere, non consentendolo la ragione giuridica, né pretendendolo la ragione morale - uno strumento di rafforzamento della morale. Il suo scopo non è quello di offrire un braccio armato alla morale o meglio, a causa delle diverse concezioni morali presenti nella società, a una determinata morale. Esso ha il compito, diverso e più limitato, di assicurare la pace e la convivenza civile, impedendo i danni che le persone possono recarsi tra loro - *ne cives ad arma veniant* - e non imponendo loro sacrifici inutili o insostenibili.

Possiamo identificare questa seconda posizione - quella della separazione assiologica tra diritto e morale - con il primo postulato del liberalismo: ossia con il principio del pluralismo morale e culturale che dobbiamo ammettere e tollerare nella società. Diritto e morale, in base ad essa, non solo sono, ma devono restare sistemi deontici separati. Tutti siamo sottoposti al medesimo diritto: è una condizione dell'uguaglianza e ancor prima della certezza e dello stesso ruolo normativo del diritto. Non tutti, invece, abbiamo - né tanto meno dobbiamo avere, in una società liberale - le medesime opinioni, o credenze, o valori morali o culturali.

E' su questa asimmetria e su questa loro reciproca autonomia che si basano così il diritto moderno come l'etica moderna: da un lato la morale laica fondata, in opposizione all'eteronomia del diritto, sull'autonomia della coscienza individuale, ossia sulla tesi meta-etica della separazione della morale dal diritto, in forza della

quale il giudizio morale su un fatto è indipendente dalla sua qualificazione giuridica; dall'altro la secolarizzazione del diritto e la laicità dello Stato fondate sulla tesi meta-giuridica della separazione del diritto dalla morale, in forza della quale il diritto positivo non solo è altra cosa dalla morale, ma neppure deve riflettere una determinata morale proibendo un comportamento come reato solo perché considerato peccato.

Questa seconda tesi, oltre ad essere un postulato assiologico del *liberalismo politico*, equivale anche a un altro principio, quello dell'*utilitarismo giuridico*, che ben può essere considerato l'altra faccia del liberalismo. Il diritto e lo Stato, in forza di questo principio, non incarnano valori morali né hanno il compito di affermare, o sostenere o rafforzare la (o una determinata) morale o la (o una determinata) cultura, ma solo quello di tutelare i cittadini, garantendone i diritti. Lo Stato non deve perciò immischiarsi nella vita morale dei cittadini, difendendone o precludendone stili morali di vita, credenze ideologiche o religiose, opzioni o atteggiamenti culturali. Il suo compito è solo quello di garantirne l'uguaglianza, la sicurezza e i minimi vitali. E può farlo attraverso la stipulazione e la garanzia, nel patto costituzionale, dei diritti fondamentali di tutti: a cominciare dai diritti di libertà, che equivalgono ad altrettanti diritti alla propria identità culturale quale che sia: omogenea o differente, maggioritaria o minoritaria e perfino liberale o illiberale. E' precisamente in questa sua neutralità morale, ideologica e culturale e perciò nella sua non invadenza nella vita privata delle persone se non per proibire condotte dannose per i terzi, che risiede la laicità del diritto e dello stato liberale. Per questo il diritto penale è stato il terreno sul quale è nato il liberalismo e insieme lo stato di diritto. Per questo il principio di offensività, quale criterio di giustificazione di ciò che è punibile, è un corollario del principio liberale (1). Non a caso questo nesso fu stabilito dall'art.4 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789: "La libertà consiste nel poter fare tutto ciò che non nuoce ad altri. Così l'esistenza dei diritti naturali di ciascun uomo non ha altri limiti che quelli che assicurano agli altri membri della società il godimento di questi stessi diritti. Questi limiti non possono essere determinati che dalla legge". Che è il medesimo principio con cui Kant espresse la funzione del diritto, che è precisamente quella di garantire la convivenza della libertà di ciascuno con le libertà di tutti.

Ma cosa significa "danno ad altri"? In che cosa consiste il "danno", e chi sono gli "altri"? Ovviamente anche il principio di offensività conserva margini di vaghezza. E tuttavia esso esclude, quanto meno, che il danno consista unicamente nella violazione di un principio morale, o di una fede religiosa, o anche di un principio giuridico o politico, come la sacralità dello Stato, la maestà del diritto o simili. E consente di spostare la riflessione sul terreno concreto della valutazione delle conseguenze lesive di beni altrui - empiriche e quindi osservabili - dell'azione di cui si afferma o si nega il carattere dannoso.

2. *La questione morale. Il significato di 'persona' e il ruolo performativo dell'auto-determinazione della maternità.*- E' dunque nel principio di offensività che risiede, in un sistema liberale, il criterio di giustificazione dell'intervento del diritto nella limitazione della libertà in generale, e quindi anche in ordine alle applicazioni scientifiche sul corpo umano o su materiali biologici umani. Naturalmente non avrebbe senso discutere della giustificazione dell'intervento del diritto con riferimento alle "applicazioni scientifiche" in generale. Occorre trattare, analiticamente, dei diversi tipi di applicazioni scientifiche e dei diversi dilemmi da ciascuna di esse sollevato, a seconda dei diversi effetti che esse hanno sulla vita e sull'integrità della persona umana. Affronterò pertanto - mettendo alla prova il principio meta-etico di offensività, quale corollario della separazione assiologica del diritto dalla morale - un solo problema di filosofia giuridica e morale: quello della disponibilità dell'embrione umano, che del resto è alla base di molte altre classiche questioni, come l'aborto, la fecondazione assistita e l'utilizzazione di tessuti embrionali a scopi terapeutici. I problemi, se accogliamo la tesi della separazione, sono due: quello del giudizio morale sulle possibili aggressioni all'embrione - l'aborto, le manomissioni genetiche, l'utilizzazione o la clonazione di embrioni a fini terapeutici - e quello della giustificazione morale e politica della loro proibizione giuridica, quale che sia il giudizio morale su di esse.

Sul piano meta-giuridico e su quello meta-morale, entrambe queste questioni vengono comunemente identificate con quella della natura dell'embrione: se questo sia una *persona*, come ritiene la Chiesa cattolica - si ricordi l'istruzione Ratzinger del 1987 (2) - o non lo sia. L'argomento principale delle posizioni antiabortiste è infatti che l'aborto è un omicidio, essendo il feto una *persona*. Ora questa tesi, come del resto la sua negazione, è solo apparentemente un'asserzione. Di solito essa viene suffragata dall'osservazione, sempre più precisa e documentata, della vitalità dell'embrione quale forma iniziale della persona. Ma la tesi della vitalità dell'embrione, empiricamente vera, non equivale né consente di dedurre quella che l'embrione è una persona. Possiamo sapere (e ormai sappiamo) esattamente tutto sulle caratteristiche empiriche dell'embrione nelle varie fasi della gestazione. Ciò non toglie che dedurre per esempio il divieto d'aborto dalla tesi che la vita precede la nascita è un *non sequitur*, ossia un'implicazione indebita perché viziata da fallacia naturalistica. Una simile deduzione suppone infatti, surrettiziamente, la tesi morale della *qualità di "persona"* del feto: che non è un'asserzione, ma una prescrizione; non un giudizio di fatto ma un giudizio di valore, come tale né vero né falso ma rimesso alla valutazione morale e alla libertà di coscienza di ciascuno.

Insisto su questo punto perché esso riguarda lo statuto metaetico dell'intera questione, ed è quindi decisivo ai fini della nostra discussione (3). Le tesi che affermano e quelle che negano che l'embrione è una persona non sono né vere né false. Il fatto che la vita cominci prima della nascita, pur essendo indubbiamente vero, non è un argomento sufficiente per stabilire che l'embrione e neppure il feto sono persone, essendo "persona" un termine del linguaggio morale e la qualificazione di qualcosa come "persona" un giudizio morale che non può essere dedotto, per la legge di Hume, da un giudizio di fatto.

Ma allora, se la questione se il feto (come l'embrione) è o meno una persona non è una questione scientifica o di fatto, essendo sul piano empirico *indecidibile*, bensì una questione morale che ammette soluzioni diverse e opinabili, essa non può essere risolta dal diritto, ove si condivida il principio laico e liberale della separazione tra diritto e morale, privilegiando una determinata tesi morale, quella che considera il feto una persona, imponendola a tutti e perciò obbligando anche le donne che non la condividono a subirne le drammatiche conseguenze. Ciò che il diritto può fare - e che la legge italiana ha fatto, con riguardo al problema dell'aborto - è solo stabilire una convenzione che, nel rispetto del pluralismo morale e perciò della possibilità di ciascuno di operare le proprie scelte morali, definisca i presupposti in presenza dei quali la questione cessa di essere soltanto morale. La convenzione stipulata dalla legge n.194 del 22.5.1978 è il termine di tre mesi entro il quale soltanto, salvo casi eccezionali, è consentita l'interruzione volontaria della gravidanza. Ma non, si badi, perché tre mesi significhino qualcosa sul piano biologico, ma solo perché essi sono il tempo necessario e sufficiente alla donna per prendere una decisione: per consentire la libertà di coscienza, ossia l'autodeterminazione morale della donna e, insieme, la sua dignità di persona.

Ora, a me pare, proprio il principio convenzionalistico e utilitaristico della separazione tra diritto e morale ci offre la chiave per la soluzione del problema. Per chi condivida tali principi c'è una sola convenzione che rende compatibile la tutela del feto, e in generale dell'embrione in quanto potenziale persona, e la tutela della donna che, proprio perché persona, non può essere, in base alla seconda massima della morale kantiana (4), trattata come un mezzo per fini non suoi: quella secondo cui l'embrione è meritevole di tutela *se e solo se* è pensato e voluto dalla madre come persona. Il fondamento morale della tesi metagiuridica e metamorale della non punibilità dell'aborto dopo un certo periodo di tempo dal concepimento, oppure della liceità di un'utilizzazione a fini terapeutici delle cellule degli embrioni non consiste certo nell'idea che l'embrione non sia una potenzialità di persona ma una semplice cosa (*una portio mulieris vel viscerum*, come dicevano i romani). Esso risiede bensì, a mio parere, nella tesi morale che la decisione sulla natura di "persona" dell'embrione dev'essere rimessa all'autonomia morale della donna, in forza della natura appunto *morale* e non semplicemente biologica delle condizioni

in presenza delle quali esso è "persona".

Possiamo meglio chiarire la portata di questa tesi invertendo il rapporto tra natura dell'embrione e autodeterminazione della donna in tema di maternità. Cosa significa affidare alla libertà di coscienza della donna la decisione morale che il feto che porta in grembo è una "persona", ossia far dipendere da tale decisione la qualità di persona del nascituro? Significa accettare la tesi morale che "persona", in quanto tale meritevole di tutela, è l'essere nato o comunque destinato dalla madre a nascere. E questo vale per l'aborto come per qualunque altra pratica lesiva dell'embrione. Ci opponiamo tutti con fermezza a qualunque atto possa danneggiare il nascituro, che consideriamo "inviolabile" in quanto pensato e voluto come futura persona. Mentre non tutti considerano lesivo ciò che non fa nascere la persona, né quindi inviolabile ciò che è semplicemente un embrione non destinato a nascere come persona.

Del resto, qualunque donna e chiunque abbia parlato con una donna dell'esperienza della gestazione sanno che una donna sente in sé non una semplice vita ma un figlio, nel momento stesso in cui la pensa e la vuole come un figlio, ossia come una persona. Ma questo, a me pare, suggerisce un'altra importante tesi morale che può servire in via generale, come si vedrà più oltre, a risolvere l'annosa questione giuridica non certo della personalità quanto della tutela giuridica dell'embrione: la tesi che la procreazione, al pari della persona, non è solo un fatto biologico ma è anche un atto morale di volontà. E' precisamente quest'atto di volontà, in forza del quale la madre (magari solo perché cattolica) pensa il feto come persona, che secondo questa tesi conferisce ad esso il valore di persona: che *crea* la persona. Possiamo ben anticipare la "nascita" della persona a prima del parto: purché sia chiaro che essa, secondo la concezione morale qui sostenuta, è comunque collegata all'atto con cui la donna si pensa e vuole come "madre" e pensa e vuole il feto come "nato". Secondo questo punto di vista morale, la procreazione è realmente un atto creativo, come il *fiat lux*: frutto non solo di un processo biologico ma di un atto di consapevolezza e di volontà. Con essa la madre dà non solo corpo, ma anche forma di persona al nascituro, pensandolo come figlio. Detto in altri termini: se è vero che per nascere l'embrione ha bisogno della (decisione della) madre, allora tale decisione ne cambia la natura facendo di esso una (futura) persona. La sua qualità di "persona" viene insomma decisa dalla madre, ossia dal soggetto che è in grado di farlo nascere come tale.

Naturalmente non tutti condividono questa concezione morale della persona e della maternità. Tale concezione non è più "vera" (ma a mio parere solo più ragionevole) di quella che identifica comunque nell'embrione una persona indipendentemente dalla volontà della madre di metterlo al mondo. Non è più vera, ma neanche più falsa. Le due concezioni sono però incompatibili. Sul terreno morale non esiste infatti possibilità di accordo né di compromesso, ma solo di re-

ciproca tolleranza. E la tolleranza consiste, in questo caso, nel riconoscere a entrambe le concezioni il carattere di legittime posizioni morali, nessuna delle quali è squalificabile come "immorale" solo perché non condivisa. Ma questo equivale a non brandire contro nessuna di esse il codice penale, come invece vorrebbero per esempio, pretendendo di imporre a tutti la loro morale, i sostenitori della punizione dell'aborto.

Vengo così alla questione dell'ammissibilità non già delle pratiche lesive dell'embrione, bensì della loro proibizione giuridica: se si giustifichi, quali che siano le nostre tesi morali sulla natura dell'embrione, l'intervento del diritto contro le sue possibili manomissioni. Distinguerò e analizzerò a tal fine tre distinte questioni nelle quali può essere articolato questo problema: innanzitutto l'aborto, poi le tecniche di procreazione assistita, infine le manipolazioni genetiche e le utilizzazioni di embrioni a fini terapeutici. E sosterrò che almeno per le prime due l'intervento del diritto non è moralmente giustificato, quali che siano le nostre concezioni morali intorno alla natura dell'embrione, mentre per le utilizzazioni terapeutiche di embrioni esso non lo è se si condivide un'etica laica e liberale quale quella qui illustrata.

3. *Le questioni giuridiche: A) il problema dell'aborto.*- Affronterò per prima la questione giuridica dell'aborto, che è anche la più antica e dibattuta. Se si accoglie la concezione morale della persona che ho appena sostenuto, il problema, evidentemente, non si pone neppure: "persona" è solo l'embrione destinato dalla madre a nascere, ed è quindi esclusa qualunque possibilità di conflitto tra autodeterminazione della maternità e tutela della potenziale persona rappresentata dall'embrione non esistendo, prima di quell'atto di autodeterminazione, nessuna persona (5).

Ma la questione giuridica dell'ammissibilità della punizione dell'aborto resta comunque, si è detto, una questione del tutto diversa dalla questione morale della liceità dell'aborto medesimo, non essendo affatto pregiudicata dall'idea dell'immoralità dell'aborto. Assumiamo infatti, contrariamente alla tesi morale fin qui sostenuta, il punto di vista morale di chi ritiene che l'embrione o il feto siano "persone" e che quindi l'aborto sia sempre - oggettivamente e incondizionatamente - immorale: non dunque la violazione di *una* determinata morale ma una violazione *della* morale *tout court*. Benché questa tesi sia condivisa soprattutto da coloro che sostengono altresì la tesi della confusione assiologica tra diritto e morale, le due tesi sono tra loro indipendenti. Un cattolico liberale, per esempio, pur ritenendo l'aborto immorale, non potrà non condividere il principio meta-etico e meta-giuridico della separazione tra diritto e morale nel senso qui illustrato. In ogni caso questo principio, che fa parte del costituzionalismo profondo di ogni stato di diritto non

confessionale, ha nella Costituzione italiana un esplicito ancoraggio costituzionale. Cosa significano infatti la separazione tra Stato e Chiesa sancita dall'art.7 1^a comma e il principio che "tutte le confessioni religiose sono ugualmente libere davanti alla legge" stabilito dall'art.8, se non la rinuncia dello stato di farsi portatore di una determinata morale in danno di altre e di interferire sulla morale dei singoli?

La questione giuridica che dobbiamo quindi risolvere è se sia giustificato, sulla base del principio della separazione tra diritto e morale, (non già l'aborto ma) la punizione giuridica dell'aborto pur considerato immorale: se, in altre parole, l'immoralità dell'aborto, pur assunta come premessa, sia un argomento moralmente sufficiente per giustificare, oltre alla decisione individuale di non abortire, la previsione di una sanzione penale per chi abortisce. E' chiaro che per risolvere razionalmente questa questione sulla base del principio della separazione e del suo corollario utilitaristico, non possiamo ignorare gli effetti concreti delle leggi che puniscono l'aborto e non rispondere quindi, preliminarmente, a un'altra domanda: la penalizzazione degli aborti, pur ritenuti immorali, al di là delle enormi sofferenze che provoca a milioni di donne, serve di fatto prevenirli? Ebbene, la risposta a questa domanda, suggerita per esempio dall'esperienza più che ventennale seguita in Italia alla legge 194, è sicuramente negativa: non solo il divieto penale d'aborto contenuto nel codice Rocco non era in grado di prevenire gli aborti, ma questi, al contrario, sono diminuiti enormemente, pressoché dimezzandosi, dopo la sua soppressione. Possiamo discutere se tra la legalizzazione degli aborti e la loro diminuzione ci sia un nesso di causa ed effetto, legato magari alla loro sdrammatizzazione, alla conseguente crescita di coscienza e di responsabilità e perciò alla maggiore libertà conquistata dalle donne di disporre del proprio corpo e di decidere circa la procreazione. Ma è indiscutibile, sulla base dell'esperienza compiuta, che la penalizzazione dell'aborto non può più essere ragionevolmente invocata neppure per difendere la vita dei feti. Giacché essa non equivale, magicamente, alla prevenzione degli aborti, ossia alla tutela degli embrioni, bensì all'aborto illegale e clandestino di massa, ossia alla loro soppressione in dimensioni maggiori e comunque non minori di quella che proviene dall'aborto legalizzato, con in più il costo di sofferenze e lesioni gravi per la salute e per la dignità delle donne, costrette a scegliere tra aborto clandestino e maternità coatta.

Ora, nella metaetica, questa posizione ha un nome specifico: "fanatismo". Il fanatismo, sostiene Richard Hare, è l'atteggiamento di chi persegue l'affermazione dei propri principi morali lasciando che essi soverchino gli interessi reali delle persone in carne ed ossa e restando indifferente di fronte agli enormi danni che la loro attuazione provoca a milioni di esseri umani (6): nel nostro caso, l'atteggiamento di chi impone e antepone il principio morale della difesa della vita agli effetti disastrosi per la vita delle persone provocati dall'imposizione giuridica del principio. Escluso infatti che la "difesa della vita", qualunque cosa si pensi

intorno alla natura del feto, possa configurarsi come uno scopo concretamente raggiungibile e perciò giustificante della punizione dell'aborto, il solo scopo perseguito dai fautori di una legislazione penale antiabortista - e da essi stessi, del resto, apertamente dichiarato (7) - resta la consacrazione giuridica del principio morale che il feto è una persona e che la sua soppressione è un illecito morale. Ciò che equivale, precisamente, alla confusione tra diritto e morale, ossia alla pretesa che un fatto sia punito *solo perché* ritenuto immorale, e perciò che il diritto penale venga impiegato come strumento di declamazione della morale, anche a costo della sua totale ineffettività, oltre che di inutili sofferenze per le donne.

La pretesa di penalizzare l'aborto o comunque, come molti vorrebbero da qualche anno in Italia, di fare un passo indietro rispetto alla sua legalizzazione è dunque in contrasto con i fondamenti stessi del diritto penale moderno. La civiltà giuridica moderna fondata sulla libertà individuale, così come la morale laica fondata sull'autonomia della coscienza, nascono entrambe, ripeto, dalla loro reciproca autonomizzazione: non basta perché di un fatto sia giustificata la punizione che esso sia considerato immorale; così come non basta che esso sia giuridicamente permesso o punito perché sia considerato moralmente lecito o illecito. Il diritto penale si giustifica solo con la sua capacità di prevenire danni alle persone senza cagionare effetti ancor più dannosi di quelli che è in grado di impedire. E degenera nel dispotismo tutte le volte che si arroga funzioni pedagogiche quale strumento di semplice stigmatizzazione morale.

Ma quella pretesa è insostenibile, indipendentemente dalla nostra valutazione morale dell'aborto e perfino dall'ineffettività della sua proibizione, per un altro e ancor più importante ordine di ragioni. Se è quanto meno opinabile, sul piano morale, che il feto sia una persona, siccome tale meritevole di tutela, sono invece certi i terribili costi che il divieto di aborto e una maternità coatta comportano in danno della persona della donna, in contrasto con principi basilari della nostra Costituzione. Non dobbiamo dimenticare, innanzitutto, che fu proprio una sentenza della Corte Costituzionale (la n.27 del 18.2.1975) ad aprire la strada alla legge n.194 del 1978 affermando che il diritto alla salute anche solo psichica della donna prevale sul valore della vita del feto. Ma soprattutto la penalizzazione dell'aborto contraddice i principi fondamentali della libertà personale sancito dall'art.13 e della dignità della persona e dell'uguaglianza sanciti dall'art.3 della Costituzione.

A questo proposito c'è un equivoco da chiarire. Nel dibattito pubblico il diritto della donna di decidere la sua maternità viene di solito presentato come "diritto di aborto", cioè come una libertà positiva (o 'libertà di') consistente appunto nella libertà di abortire. Si trascura invece che esso è ancor prima una libertà negativa (o 'libertà da'), ossia il diritto della donna a non essere costretta a divenire madre contro la propria volontà; e che il divieto penale di aborto non si limita a proibire un fare, ma obbliga altresì a una scelta di vita quale è la maternità. E' in questione

insomma, ben prima che una *facultas agendi*, un'immunità, un *habeas corpus*, ossia la "libertà personale" sancita come "inviolabile" dall'art.13 della Costituzione, che è una libertà da "restrizioni", quali sono appunto la costrizione o la coercizione giuridica a divenire madre.

Si rivela sotto questo aspetto il carattere costituzionalmente abnorme di qualunque norma penale sull'aborto. Dopo l'abolizione delle *corvées* e delle servitù personali, non è infatti più concesso al diritto penale d'imporre un *fare*. Il diritto penale può solo imporre un *non fare*, cioè vietare comportamenti, e non anche imporre condotte e meno che mai scelte di vita. Con il divieto di aborto e con la conseguente costrizione penale a divenire madri s'impone invece alla donna non tanto e non solo di non abortire, quanto uno sconvolgimento di vita incalcolabile: non solo la gestazione e il parto, ma la rinuncia a progetti di vita diversi, l'obbligo di allevare e mantenere un figlio, in una parola la costrizione a una specie di servitù. Una maternità indesiderata può distruggere la vita di una persona: costringerla a smettere di studiare o di lavorare, metterla in urto con la propria famiglia, ridurla in miseria o comunque non più in grado di provvedere al mantenimento di se stessa e del proprio figlio (8).

Ebbene, la punizione dell'aborto è il solo caso in cui si penalizza l'omissione non già di un semplice atto - come nel caso, del resto abbastanza isolato, dell'"omissione di soccorso" - ma di una scelta di vita: il non voler diventare madri. Questa circostanza è generalmente ignorata. Si trascura di solito il fatto che, diversamente da ogni altra proibizione penale, il divieto di aborto equivale anche ad un obbligo - l'obbligo di divenire madre, di sostenere una gravidanza, di partorire, di allevare un figlio - in contrasto con tutti i principi liberali del diritto penale. Non solo. In contrasto con il principio di uguaglianza, che vuol dire uguale rispetto e tutela dell'identità di ciascuno, la penalizzazione dell'aborto sottrae alla donna l'autonomia sul proprio corpo, e con esse la sua dignità di persona, riducendola a cosa o a strumento di procreazione sottoposta a fini non suoi.

Come non vedere in tutto questo una lesione della libertà personale sancita come "inviolabile" dall'art.13 della Costituzione? la violazione, si badi, non di uno specifico diritto di aborto, ma del diritto della persona su se medesima di cui il diritto di aborto è solo un riflesso. Non di uno tra tanti dei diritti della persona, ma del primo, fondamentale diritto umano: il *diritto su sé medesimi*, sulla propria persona e sul proprio futuro espresso dalla classica massima di John Stuart Mill: "su se stesso, sulla sua mente e sul suo corpo, l'individuo è sovrano" (9).

Né si tratta soltanto del primo e più importante dei diritti fondamentali. Si tratta anche del primo, fondamentale principio dell'etica laica contemporanea: quello già ricordato in base al quale nessuna persona può essere trattata come una cosa, sicché qualunque decisione eteronoma, giustificata da interessi estranei a quelli della donna, equivale a una lesione dell'imperativo kantiano secondo cui nessuna

persona può essere trattata come *mezzo* - sia pure di procreazione - per fini non suoi, ma solo come *fine* a sé medesima. Per questo parliamo di "autodeterminazione della donna" in tema di maternità. Per questo la decisione della maternità riflette un diritto fondamentale esclusivamente proprio delle donne: perché almeno sotto questo aspetto la differenza sessuale giustifica un diritto disuguale. Il diritto alla maternità volontaria quale autodeterminazione della donna sul proprio corpo le appartiene infatti in via esclusiva proprio perché in materia di gestazione gli uomini non sono uguali alle donne, ed è solo svalORIZZANDO le donne come persone e riducendole a strumenti di procreazione che si è potuto limitare la loro sovranità sul proprio corpo sottoponendola al controllo penale. Non può quindi configurarsi un "diritto alla paternità volontaria" analogo e simmetrico al "diritto alla maternità volontaria": perché gestazione e parto riguardano soltanto il corpo delle donne, e non anche quello degli uomini. Se la decisione di mettere o non mettere al mondo attraverso un corpo femminile fosse subordinata anche solo all'accordo con il potenziale padre, la decisione di questi sarebbe sul corpo di un'altra persona, ed equivarrebbe quindi all'esercizio di un potere dell'uomo sulla donna che violerebbe sia la libertà personale delle donne che l'uguale valore delle persone.

4. B) *Il problema della procreazione assistita.*- Problemi morali e giuridici del tutto diversi pongono il secondo tipo di interventi e manomissioni degli embrioni che ho sopra indicato: quelli che si esprimono nelle tecniche di procreazione assistita e quelli consistenti nelle loro utilizzazioni a fini sperimentali o terapeutici. In entrambi i casi il presupposto è dato, evidentemente, dalla possibilità, generata dalle nuove tecnologie, di conservare gli embrioni fuori dell'utero della donna.

I due casi sono ovviamente molto diversi. Nella fecondazione artificiale mi pare che non si ponga neppure una questione di "tutela dell'embrione". Qui si ha una vicenda opposta a quella dell'aborto, dato che gli embrioni vengono per l'appunto fatti nascere. Il pericolo che nella fecondazione artificiale taluni di essi possano venire distrutti non è d'altra parte maggiore, ma minore di quello che ricorre nella procreazione naturale, nella quale sono molto più numerosi gli embrioni che non si annidano e vengono quindi distrutti (10). E infatti le obiezioni morali contro queste tecniche, anch'esse prevalentemente di parte cattolica, sono in realtà di tutt'altro tipo. C'è un rifiuto morale di tipo assoluto, legato al carattere appunto "artificiale" di queste pratiche e a una sorta di consacrazione morale di tutto e solo ciò che è "naturale" (11). E ci sono obiezioni più specifiche, legate per esempio al ricorso a tali tecniche fuori dei casi di sterilità o di rischio di malformazioni nella fecondazione naturale, oppure al carattere "eterologo" anziché "omologo" della fecondazione artificiale (con gameti entrambi della coppia dei coniugi o meno).

Non mi soffermerò a lungo sull'analisi meta-etica di questi argomenti (12). Il ricorso alla "natura" come "norma morale" - sia esso incondizionato oppure derogabile solo in presenza di ragioni terapeutiche, come la sterilità o il rischio di malformazioni in caso di procreazione naturale - è privo di senso. Come scrisse John Stuart Mill, ogni azione umana, a cominciare dalle cure mediche, modifica la natura (13). In materia di procreazione, poi, si discostano dalla natura tutte le forme di procreazione o non procreazione responsabile, in vista per esempio delle capacità di sostentamento dei propri figli e inclusa la stessa decisione di non procreare per ragioni religiose quali il voto di castità. Quanto al rifiuto della fecondazione eterologa esso suppone l'associazione di un valore morale alla sola coppia coniugata. Aggiungo che la stigmatizzazione morale di simili pratiche procreative si risolve, per le persone che comunque tramite esse vengono in vita - e che sono ormai innumerevoli - in una forma di menomazione della loro dignità di persone.

Tutti questi argomenti, comunque, sono irrilevanti per il diritto. Al pari della questione, ben più seria, della qualità o meno di "persona" dell'embrione, essi sono argomenti morali del tutto opinabili, nessuno dei quali, se accogliamo la separazione tra diritto e morale e le finalità solo di tutela delle persone del diritto, può essere imposto a tutti fino a giustificare interventi giuridici restrittivi dell'autonomia individuale. Ma soprattutto, diversamente dalla questione della personalità dell'embrione, nessuno di questi argomenti ha nulla a che vedere con il tema della tutela dell'embrione.

Semmai, problemi sia morali che giuridici - non legati neppure questi alla tutela dell'embrione, ma a quella della donna - sono posti da quella particolare forma di procreazione assistita che è la maternità surrogata: quella in forza della quale la gestazione di un bambino è portata avanti, a seguito di un accordo precedentemente stipulato, da una donna diversa da quella cui appartiene l'ovulo fecondato. A mio parere, il principio morale secondo cui nessuna persona può essere usata come strumento per fini non suoi e, per altro verso, il principio giuridico che vieta la disposizione e la mercificazione del proprio corpo (14) impediscono, a tutela della dignità della donna che sostiene il peso della gestazione, di applicare a un simile accordo la logica del contratto: non solo nella forma a pagamento del cosiddetto "utero in affitto", ma anche nelle implicazioni che ne proverrebbero in tema per esempio di esecuzione forzata.

Gli stessi principi che fondano l'autodeterminazione della donna sul proprio corpo e quindi il diritto alla maternità volontaria comportano infatti l'esclusione, per nullità del contratto, di ogni obbligo a carico della donna che porti avanti la gestazione e perciò l'affermazione della sua facoltà, fino al momento del parto, di cambiare idea e di volere il figlio come suo. Una maternità surrogata è perciò ammissibile solo nella forma della donazione e fermo restando il diritto della

madre surrogante di recedere da essa fino al momento della nascita: anche se resta comunque problematica sul piano morale la richiesta, se non l'accettazione, ad un'altra persona di una prestazione di tale impegno esistenziale come è la gestazione e, sul piano giuridico, la natura dell'accordo, che ben potrebbe nascondere, anziché una donazione, un inammissibile contratto d'opera.

5. C) *Il problema della sperimentazione sugli embrioni.*- Tutt'altro ordine di problemi è quello sollevato dalle possibilità, aperte anch'esse dalle nuove tecnologie, della sperimentazione e manipolazione genetica degli embrioni (15). Si tratta non di uno ma di più problemi diversi, quante sono le diverse ed eterogenee condotte rilevanti: dalle semplici diagnosi prenatali agli interventi terapeutici o eugenetici sulla gravidanza, dall'impiego a scopi terapeutici di tessuti embrionali già disponibili, fino alla clonazione degli embrioni o ad altri tipi di manipolazione genetica.

Il problema è relativamente semplice ove si tratti di interventi terapeutici o eugenetici sull'embrione, sia questo concepito come persona in quanto tale o lo sia invece, secondo l'etica laica qui sostenuta, in quanto e solo in quanto destinato dalla madre a nascere. In questi casi dobbiamo indubbiamente parlare, se non di un diritto dell'embrione, di una legittima tutela della sua identità e integrità genetica che ne precluda giuridicamente interventi lesivi o arbitrari: che impedisca, in particolare, la clonazione di esseri umani, o peggio la creazione di esseri umani con caratteri strumentali a fini non loro. Ma qui si apre e non si chiude il problema. Quali interventi sono lesivi o arbitrari, e quali terapeutici? E chi è legittimato a deciderli? Ci opporremo moralmente a interventi su difetti genetici, richiesti ovviamente dai genitori, in grado di escludere determinate tare, o handicap, o malformazioni o malattie? Ovviamente no, dato che certamente non ci opporremo agli stessi interventi, parimenti richiesti dai genitori, su un neonato o anche su un bambino ancora incapace d'intendere e di volere. Il problema, allora, è quello del confine tra interventi lesivi o arbitrari e interventi terapeutici. Quando un intervento è lesivo, o arbitrario o futile e perciò ingiustificato, e quando è terapeutico? La risposta è facile in astratto: quando è nell'esclusivo interesse della futura persona, in accordo con la già ricordata massima kantiana secondo cui nessuna persona può essere trattata come cosa, cioè come mezzo per fini non suoi. Ma non è altrettanto facile in concreto.

Soprattutto, problemi e dilemmi gravissimi sono generati dalle biotecnologie che potrebbero applicare al genere umano mutazioni genetiche del tipo sperimentato su vegetali e su animali, con la produzione di esseri viventi transgenici o con la loro clonazione. Certamente, come è stato osservato, sia pure in altre forme l'umanità ha sempre ri-creato se stessa, attraverso l'igiene e la

medicina (16); e perfino la clonazione non produrrà mai esseri umani identici, più di quanto lo siano due gemelli monozigoti, se non altro per il ruolo decisivo dell'ambiente e della cultura nella loro formazione (17). E tuttavia, di fronte agli scenari mostruosi aperti da queste prospettive - lo scenario Frankenstein - i limiti imposti dal diritto, a tutela della dignità della persona umana e del principio di uguaglianza, sono essenziali. E' per questo che il Parlamento europeo, con un parere del 13 marzo 1997, ha stigmatizzato queste sperimentazioni; e la Carta europea dei diritti fondamentali approvata a Nizza il 7 dicembre 2000 ha stabilito, nel suo articolo 3 cpv lett.d), "il divieto della clonazione riproduttiva degli esseri umani". Ma qui, è bene sottolineare, non è in questione la tutela dell'embrione, bensì quella delle (future) persone umane, nonché della stessa specie umana e delle generazioni future, contro le manipolazioni della loro identità ed eredità genetica per fini non loro.

Del tutto diverse sono le questioni poste dalla possibilità di utilizzazione e magari di clonazione degli embrioni a fini terapeutici. Diversamente dagli altri problemi fin qui esaminati, incluso quello dell'aborto, nei quali la separazione tra diritto e morale e il principio di offensività sono sufficienti, se accolti, a suggerire, anche a coloro che ritengono che l'embrione è una "persona", una soluzione razionale fondata sul rispetto dell'autonomia individuale e quindi sulla rinuncia alla proibizione giuridica, questi problemi aprono invece dilemmi aperti a soluzioni più problematiche. Salvo il caso dell'utilizzazione di embrioni destinati comunque alla distruzione perché non impiegati a fini procreativi, non si può infatti dire in questi casi, sia pure solo per coloro che ritengono che si tratti di "persone", che non esiste un problema di tutela giuridica dell'embrione.

Soccorrono anche qui tuttavia, a una morale laica fondata sull'autonomia della coscienza, i principi meta-morali più sopra illustrati. Innanzitutto il carattere morale, né vero né falso, sia delle tesi che affermano che di quelle che negano la qualità di 'persona' dell'embrione. In secondo luogo il principio laico e liberale della separazione tra diritto e morale: ferma restando la rilevanza morale di qualunque intervento sull'embrione che possa influire sull'identità di una futura persona, l'opinione morale, sia pure maggioritaria, circa la sua intrinseca e originaria qualità di persona non è sufficiente a giustificarne da sola una sua protezione giuridica incondizionata. In terzo luogo lo scopo della tutela delle persone, presenti o future, che solo giustifica l'intervento del diritto.

Dalla somma di questi principi può trarsi - sia pure solo per quanti condividono una prospettiva laica e liberale - un criterio di valutazione meta-etica e meta-giuridica, relativamente preciso circa l'ammissibilità dell'intervento del diritto a tutela dell'embrione. Non si giustifica una tutela giuridica dell'embrione in quanto tale ma solo, come si è detto, una tutela dell'embrione destinato a nascere, ossia destinato a divenire persona e quindi consistente, concretamente e non astrattamente,

in una potenzialità di persona, ovvero in una futura persona. Acquista qui rilevanza il concorso, di cui ho parlato nel § 2, dell'*atto morale di volontà* della madre, in accordo o meno con quello del padre, nella procreazione responsabile, per così dire, non solo del *corpo* ma anche della *persona* messa al mondo: il suo carattere creativo, performativo o costitutivo della stessa personalità. Intendo dire che tanto quanto è ingiustificata la tutela come persona di un'entità che di per sé non è né sarà una persona, non essendo da sola in grado di nascere, altrettanto è giustificata la tutela della stessa entità, se destinata, dalla volontà di chi decide di metterlo al mondo, a divenire persona: tanto che non a caso l'art.18 della legge n.194 punisce gravemente l'aborto senza il consenso della donna che è, esso sì, un delitto, non solo contro la donna ma anche contro la potenziale persona del nascituro.

Se accettiamo questo criterio e questa prospettiva, non potremo certo parlare di un diritto dell'embrione a nascere o di una sua ontologica intangibilità. Potremo al contrario ammettere anche la sua utilizzazione per fini terapeutici e perfino la creazione di embrioni per i medesimi fini o anche per fini di sperimentazione. Semmai il problema - il solo problema etico, almeno secondo una prospettiva liberale - posto dall'utilizzabilità o dalla creazione di embrioni a fini terapeutici riguarda il possibile sfruttamento delle donne in quanto produttrici di ovociti. A causa del costo di queste terapie, è infatti ben possibile una discriminazione tra persone e paesi ricchi che quel costo possono permettersi e persone e paesi che non solo non possono permetterselo ma finirebbero per essere i principali fornitori di ovociti. E certamente non sarà facile, se anche lo si vorrà, elaborare, contro simili forme di sfruttamento e di discriminazione, adeguate tecniche di garanzia.

6. *Il ruolo del diritto nelle questioni bioetiche. Legge e giudizio.*- Ritorniamo dunque agli interrogativi all'inizio formulati. La riflessione meta-etica, possiamo ora affermare, è in grado di fornire criteri razionali per affrontare sia i problemi morali e giuridici generati dalle biotecnologie, sia il problema meta-giuridico del ruolo che è giustificato assegnare al diritto nella loro soluzione. I dilemmi non solo morali, ma anche giuridici del primo tipo sono sicuramente destinati ad aumentare con i progressi scientifici e tecnologici. La domanda cui dobbiamo rispondere è se sia altresì giustificato che aumenti, e in quali forme, il ruolo del diritto, ove si condividano i principi all'inizio illustrati della separazione tra diritto e morale e dell'utilitarismo giuridico.

Dobbiamo essere consapevoli, innanzitutto, dei limiti che comunque ha il diritto in queste delicate materie. Un primo limite è quello della sua tendenziale ineffettività. L'esperienza dell'aborto dovrebbe servire d'insegnamento. Quali che siano le nostre opinioni filosofico-giuridiche e filosofico-morali, in materie come

queste il diritto, soprattutto penale, è destinato ad essere ignorato e a produrre semplicemente la clandestinizzazione dei fenomeni che intende proibire o limitare. Il secondo limite è quello del carattere generale ed astratto delle norme giuridiche, in contrasto assai spesso con la singolarità irripetibile delle situazioni più drammatiche e controverse. C'è quindi il pericolo che l'intervento del diritto nella forma della regola astratta non sia, nella maggior parte dei casi, in grado di farsi carico della specificità e complessità dei dilemmi prospettati, che richiedono scelte non predeterminabili, e si riveli perciò non pertinente o peggio dannoso.

Di qui l'opportunità della massima sobrietà nel ricorso al diritto. Rispetto a leggi affrettate, in grado non già di risolvere i problemi ma solo di esorcizzarli e spesso di aggravarli con facili e inutili divieti, sarà ovviamente preferibile, in queste materie, una semplice legislazione di garanzia, volta ad assicurare l'assenza di discriminazioni, la dignità e i diritti fondamentali di tutte le persone coinvolte, la trasparenza e la competenza professionale nelle applicazioni tecnologiche. All'astrattezza e rigidità dei divieti legislativi, tanto più se di carattere penale, sarà perfino preferibile un'assenza di legislazione, che affidi di volta in volta la soluzione dei problemi all'autonomia e alla responsabilità individuale e, in caso di conflitti, all'intervento equitativo del giudice.

Precisamente, i dilemmi morali, quando coinvolgono soltanto i diritti della persona che è chiamata a risolverli, vanno lasciati alla sua autodeterminazione. Solo quando il dilemma si configura come conflitto o, comunque, riguarda i diritti fondamentali di più persone, si giustifica l'intervento del diritto. L'analisi filosofica può rivelare che taluni conflitti sono in realtà apparenti. E' quanto ho sostenuto, nelle pagine che precedono, a proposito del preteso conflitto tra la donna e l'embrione in caso di interruzione della gravidanza, o tra la tutela dell'embrione non destinato a fini procreativi e l'utilizzazione di tessuti embrionali a fini terapeutici. La tesi etica da me sostenuta è infatti che "persona" è solo l'embrione potenzialmente tale, cioè come tale pensato e voluto dalla madre, la cui gestazione è perciò realmente un atto creativo della persona. Ma in altri casi il conflitto è reale. Si pensi al possibile conflitto tra madre surrogata e madre surrogante, che a mio parere, come ho qui sostenuto, dovrebbe risolversi a favore di quest'ultima. Ma si pensi anche ad altri dilemmi di tipo bioetico: come la sospensione o meno della nutrizione artificiale di un individuo in stato vegetativo permanente, o la rivelazione o meno a un familiare del suo stato di malattia quando questa informazione non sia necessaria come presupposto di una qualche scelta terapeutica.

In tutti questi casi, soprattutto se si manifesta un conflitto tra i soggetti chiamati ad operare le scelte, l'intervento del diritto è inevitabile. Ma esso sarà di solito più appropriato se avverrà nella forma del giudizio, anziché in quella della legge. Il tratto comune di queste situazioni dilemmatiche è infatti l'assoluta singolarità e irripetibilità del caso, non assimilabile ad altri. Sicché, mentre sarebbe comunque

inopportuna la presenza di una regola generale ed astratta, ben può essere adeguata una decisione giudiziaria, preceduta ovviamente da tentativi di composizione e di mediazione del conflitto. Ma è anche evidente che in tali materie questa stessa opzione in favore del giudizio anziché della legge vale solo tendenzialmente, non potendo essere operata in via generale, ma solo con riferimento alle singole, diverse questioni bioetiche.

Note

(1) La più felice formulazione di questo nesso tra liberalismo politico e utilitarismo giuridico è offerta da John Stuart Mill, *On Liberty*, (1861), tr.it. di S. Magistretti, *Saggio sulla libertà*, Il Saggiatore, Milano 1981, Introduzione, pp.32-33: "Il solo scopo per cui si può legittimamente esercitare un potere su qualunque membro di una comunità civilizzata, contro la sua volontà, è per evitare danno agli altri. Il bene dell'individuo, sia esso fisico o morale, non è una giustificazione sufficiente. Non lo si può costringere a fare o non fare qualcosa perché è meglio per lui, perché lo renderà più felice, o perché, nell'opinione altrui, è opportuno o perfino giusto: questi sono buoni motivi per discutere, protestare, persuaderlo o supplicarlo, ma non per costringerlo o per punirlo in alcun modo nel caso si comporti diversamente. Perché la costrizione o la punizione siano giustificate, l'azione da cui si desidera distoglierlo deve essere intesa a causar danno a qualcun altro. Il solo aspetto della propria condotta di cui ciascuno deve render conto alla società è quello riguardante gli altri: per l'aspetto che riguarda soltanto lui, la sua indipendenza è, di diritto, assoluta. Su se stesso, sulla sua mente e sul suo corpo, l'individuo è sovrano".

(2) J.Ratzinger, *Il rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione*, in *Il dono della vita*, a cura di Elio Sgreccia, Vita e Pensiero, Milano 1987, pp.1-44.

(3) Rinvio, per un approfondimento di questa tesi e in generale della questione aborto, a *Aborto, morale e diritto penale*, in "Prassi e teoria", 1976, 3, pp.397-418, e a *La questione aborto. Il problema morale e il ruolo della legge*, in "Critica marxista", maggio-giugno 1995, n.3, pp.41-47.

(4) "L'uomo non deve mai essere trattato come un puro mezzo in servizio dei fini di un altro ed essere confuso con gli oggetti del diritto reale" (I.Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, (1797), tr.it. di G.Vidari, *La metafisica dei costumi*, Laterza,

Bari 1970, pp.164); "l'uomo non può essere trattato da nessuno (cioè né da un altro, e neppure da lui stesso) come un semplice mezzo, ma deve sempre essere trattato nello stesso tempo come un fine; e precisamente in ciò consiste la sua dignità (la sua personalità)" (ivi, pp.333-334).

(5) Sulla drammatizzazione del conflitto tra madre e potenziale figlio per effetto della configurazione del feto come intrinsecamente "persona", si veda T.Pitch, *Relazioni pericolose*, in "Democrazia e diritto", 1996, n.1 p.82: "Potenziale vittima della madre, così il feto (naturalmente, chi per esso) è messo in grado, o nella posizione, di rivendicare diritti nei suoi confronti. E' attraverso questo nuovo statuto di vittima che esso chiede riconoscimento di piena personalità giuridica... Naturalmente, è l'aborto il paradigma nascosto del rischio materno. Tutte e tutti, potenzialmente, abbiamo rischiato di non nascere per volontà delle nostre madri. Probabilmente, non c'è rimedio alla consapevolezza tremenda di questo rischio nell'immaginario maschile, perché il corrispondente potere non lo si avrà mai, e non si può dunque che concepirlo come arbitrario, capriccioso e smisurato: senza misura. Cui bisogna opporre misura maschile, legge, regola certa". Cfr. anche T.Pitch, *Un diritto per due. La costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità*, Feltrinelli, Milano 1998, pp.66-73. Il tema del conflitto madre/feto è ripreso e sviluppato da M.L.Boccia e G.Zuffa, *L'eclisse della madre. Fecondazione artificiale, tecniche, fantasia e norme*, Nuova Pratiche Editrice, Milano 1998, pp.144-147.

(6) R.M.Hare, *Freedom and Reason*, (1963), tr.it. di M.Borioni, *Libertà e ragione*, Il Saggiatore, Milano 1971, pp.213-247.

(7) "Qualsiasi normativa circa l'aborto richiede innanzitutto che la legge lo riconosca come reato. E ciò comporta, anche per ragioni educative, la previsione di pene" (*Aborto e legge di aborto. Documento del Consiglio permanente della Conferenza Episcopale Italiana* dell'8.2.1975, cit. in C.Papa, *Dibattito sull'aborto*, Guaraldi, Rimini-Firenze 1975, p.61).

(8) Senza contare la responsabilità che la madre e il padre si assumono nei confronti del nascituro e che ha fatto parlare a Mill, a proposito della procreazione irresponsabile, di "crimine morale": "Non si ammette ancora che far venire al mondo un bambino senza avere ragionevoli prospettive di potere non solo procurargli alimento per il corpo, ma istruzione e esercizio per la mente, è un crimine morale, sia contro la sfortunata prole che contro la società" (*Saggio sulla libertà*, cit., p.141); "Lo stesso fatto di causare l'esistenza di un essere umano è una delle azioni che comportano più responsabilità nell'intero arco della vita umana. Assumersi questa responsabilità - dare una vita che può essere una sciagura o una

fortuna - senza che l'essere che riceve la vita abbia almeno le normali probabilità di condurre un'esistenza desiderabile, è un delitto contro di lui" (ivi, p.144). Su queste tesi di Mill, cfr. E.Lecaldano, *Bioetica. Le scelte morali*, Laterza, Roma-Bari 1999, pp.150-153.

(9) E' la celebre frase con cui si conclude il passo del *Saggio sulla libertà* di Mill, riportato *supra* nella nota 1.

(10) E.Lecaldano, *Bioetica. Le scelte morali*, cit., pp.153-154.

(11) E.Sgreccia, *Manuale di bioetica*, Vita e Pensiero, Milano 1994, vol.I, pp.456-457.

(12) Si vedano, in proposito, T.Pitch, *Un diritto per due* cit., pp.19-60; M.L.Boccia e G.Zuffa, *L'eclisse della madre* cit., pp. 35-78; A.Santosuosso, *Corpo e libertà. Una storia tra diritto e scienza*, Cortina Editore, Milano 2001, pp.215-243.

(13) John Stuart Mill, *Saggi sulla religione*, Feltrinelli, Milano 1972, pp.13-52.

(14) Oltre all'art.5 del nostro codice civile, secondo cui "gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica", l'art.3 cpv lett.c) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea approvata a Nizza il 7 dicembre 2000 vieta "di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro".

(15) Si veda, su questi problemi, lo studio di Stella Maris Martínez, *Manipulación genética y derecho penal*, Editorial Universidad, Buenos Aires 1994. Cfr. anche E.Lecaldano, *Bioetica* cit., pp.201-274.

(16) U.Scarpelli, *Bioetica laica*, Baldini e Castoldi, Milano 1998, p.118.

(17) E.Lecaldano, *op.cit.*, p.219.

Abstract

La tesi che l'embrione è una persona non è una tesi empirica, ma una tesi morale, né vera né falsa, condivisa da molti ma non certo da tutti. La sua imposizione giuridica anche a chi non la condivide è perciò in contrasto con i principi del liberalismo e della laicità del diritto, oltre che con quelli dell'etica laica, in base ai quali il diritto non può privilegiare una determinata morale, ma deve al contrario consentire a ciascuno di operare, senza danni a terzi, le proprie scelte morali. E' nel rispetto di questa possibilità di scelta, e perciò del pluralismo morale, che risiede la ragione del termine di tre mesi entro il quale, secondo la legge italiana, è consentita l'interruzione volontaria della gravidanza. Ciò significa che "persona" (o meglio "futura persona"), siccome tale meritevole di tutela, è solo l'embrione destinato dalla madre a nascere; e che la decisione della madre di metterlo al mondo è un atto creativo, per così dire performativo, non solo del corpo, ma anche della personalità del nascituro.

Basterebbe questo, in una prospettiva laica e liberale, ad escludere una tutela giuridica dell'embrione in quanto tale e quindi ogni possibile conflitto tra l'embrione e la madre. La questione viene però discussa analiticamente anche con riguardo ai diversi tipi di interventi sull'embrione: dall'aborto, la cui penalizzazione equivale per di più a una costrizione della donna, trattata come mezzo per fini non suoi, alla procreazione assistita, in cui in realtà non si pone neppure un problema di tutela dell'embrione, fino agli interventi curativi sull'embrione e a quelli diretti a utilizzarne i tessuti a fini terapeutici. In tutti questi casi, come nella maggior parte dei dilemmi bioetici, sembra opportuno un ricorso al diritto quanto più possibile sobrio: a garanzia dei diritti delle persone e nella forma, ben più che della legge generale ed astratta, del giudizio caso per caso.

Tavola rotonda su "Lo stato vegetativo permanente. Idratazione e nutrizione degli individui in coma irreversibile".

Luigi Ferrajoli.

Mi pare che la nostra tavola rotonda stia registrando un ampio consenso sulle tesi di fondo. Aggiungerò qualche ulteriore considerazione.

La prima riguarda la molteplicità delle definizioni correnti del concetto di "morte". Mi pare che le definizioni possibili di "morte", in senso via via meno ristretto, siano tre: a) la morte cardiaca, che si verifica con la cessazione del battito del cuore; b) la morte cerebrale, che si verifica quando viene meno qualunque segno di attività del cervello; c) la morte corticale o personale, che equivale al venire meno della personalità nello stato vegetativo permanente, allorché l'individuo si trova in coma irreversibile. Il problema, sappiamo, è rilevante ai fini dell'espanto e del trapianto degli organi, che evidentemente suppongono la morte. Penso tuttavia che proprio questa finalità, benché di vitale importanza, non debba condizionare la soluzione del nostro problema e neppure influenzare la nostra riflessione su di esso. Nessuna persona, secondo la classica massima kantiana, può essere utilizzata come mezzo per fini non suoi.

Chi è dunque abilitato a decidere, nel silenzio della legge, quale delle tre definizioni di "morte" debba essere accettata? Per chi condivide un'etica laica e liberale, la persona maggiormente abilitata è evidentemente lo stesso soggetto moribondo; sempre, naturalmente, che egli abbia manifestato la sua decisione prima di perdere coscienza. Del resto, se accettiamo la classica massima liberale formulata da John Stuart Mill - "su se stesso, sulla sua mente e sul suo corpo, l'individuo è sovrano" - dobbiamo ritenere che il diritto a morire, ossia a decidere sulle forme della propria morte, sia un diritto fondamentale della persona.

Ma il problema, naturalmente, si pone di solito proprio in mancanza di qualunque manifestazione di volontà dell'interessato: quando questi è in coma irreversibile e perciò in uno stato vegetativo permanente. Ebbene, a me pare che l'idratazione e la nutrizione artificiale di un individuo in tali condizioni rappresentino una tipica forma di accanimento terapeutico, che contrasta con il rispetto dovuto alla persona. Trattamenti di questo genere, infatti, non sono in alcun modo assimilabili a una cura. E allora, io credo, dobbiamo rovesciare il problema. Dob-

biamo chiederci se sia giustificato l'accanimento terapeutico anziché la sua interruzione; se non sia l'accanimento terapeutico, anziché il non accanimento, a violare la dignità della persona, riducendola allo stato di "cosa"; se infine non dovrebbe essere questo tormentoso accanimento, piuttosto che la sua omissione, a richiedere il consenso consapevole dell'interessato.

Per rispondere a queste domande - se riteniamo, sempre secondo la massima di Mill, che ciascuno è il solo sovrano su se medesimo - dobbiamo però tener conto di quelle che sono, o si suppone che siano state, le convinzioni morali del morituro. Di qui l'importanza di interpellare i parenti e gli amici: non già perché costoro abbiano un qualche titolo autonomo per decidere, ma solo perché essi conoscono la persona in coma irreversibile e possono quindi testimoniare le concezioni morali. Se per esempio il moribondo è un cattolico che si ritiene che avrebbe considerato moralmente doveroso l'accanimento terapeutico, la decisione più rispettosa della sua autodeterminazione, e perciò della sua dignità di persona, sarà quella di mantenerlo il più possibile in vita, pur se allo stato soltanto vegetativo, indipendentemente dall'interesse vitale che per altri avrebbero i suoi organi. Ma per le stesse ragioni occorrerà pervenire alla soluzione contraria se egli è invece un laico che non ha simili convinzioni. E' insomma l'ipotetica volontà dell'interessato che occorrerebbe interpretare. Ed è chiaro che un simile accertamento, almeno nei casi di incertezza o di conflitto tra opposte interpretazioni, non può che essere affidato ad un giudice.