

VIII LA FILIAZIONE OGGI

L'art. 1 comma 1 del vigente Codice Civile Italiano stabilisce: "La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita". E al comma 2: "I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita".

Questo codice, del 1942, rispetto a quello del 1865, introduce una innovazione. Evochiamola con le Parole stesse della Relazione al Re del Ministro Guardasigilli Grandi del 16 marzo 1942: "Per quanto concerne i requisiti necessari all'esistenza di una persona fisica quale soggetto di diritti, il nuovo Codice sopprime la menzione del requisito della vitalità soprattutto per la considerazione che nella pratica riesce assai difficile la distinzione del nato vitale dal nato non vitale, nei casi in cui la vita duri poche ore o pochi giorni. D'altra parte, l'importanza concreta del requisito stesso era attenuata dalla presunzione che, nel dubbio, dovesse ritenersi vitale chi fosse nato vivo" (Codice Civile, Relazione del Ministro Guardasigilli ecc., Libreria dello Stato 1943, p. 46).

Fra i vari codici civili applicati nei diversi Stati italiani, prima dell'Unità, ha una particolare chiarezza in materia il Codice Generale Austriaco del 1811, andato in vigore nel milanese nel 1816. All'art. 22 si legge: "Anche la prole non nata ha, dal momento ch'è concepita, un titolo alla protezione delle leggi. In quanto si tratta dei propri suoi diritti e non di quelli del terzo, essa si considererà come nata; un figlio poi nato morto si considererà, in riguardo ai diritti statigli riservati pel caso di vita, come se non fosse mai stato concepito". E all'art. 23: "Nel dubbio, se un figlio sia nato vivo o morto, si presumerà esser nato vivo. Chi pretenderà il contrario, dovrà provarlo".

La irrilevanza della vitalità sembra corrispondere alla alternativa secca del nato morto o del nato vivo ed alla presunzione di vitalità di ogni nato vivo che supplisce la difficoltà della diagnosi medica. La questione aveva interessato medici e giuristi dagli inizi dell'Ottocento ed aveva trovato la soluzione, poi adottata dal legislatore italiano del 1942, già in Savigny. Ma la vera ragione di quella scelta sta nella necessità di dare una data certa alla

nascita della capacità giuridica. E l'unico evento che salda l'esistenza di un essere umano con la titolarità di diritti è la nascita, cioè la separazione dal corpo della madre.

In questo il legislatore italiano sembra ispirarsi alla più rigida tradizione romana. Papiniano, tra secondo e terzo secolo d.C., affermava che non potesse dirsi uomo chi non fosse stato ancora partorito (D. 35.2.9.1, Papin. XIX *quaest.*). Il suo allievo, Ulpiano, considera il feto, prima del parto, una porzione del corpo e delle viscere della donna (D. 25.4.1.1, Ulp. XXIV *ad ed.*). Il contemporaneo Paolo formula la finzione che l'essere vivente nell'utero è destinatario di una custodia come se già vivesse nel mondo delle relazioni umane perché possa conservare ogni sua vantaggiosa spettanza una volta partorito (D. 1.5.7 *l. sing. de portionibus, quae liberis damnatorum conceduntur*). In realtà prima del parto si può concettualizzare una *spes hominis*, ma non identificare un *homo*.

Solo dopo la espulsione o la estrazione dall'utero quella entità si personalizzerà in un essere umano se risulterà avere una forma umana, e non apparire come un *monstrum vel prodigium*. Se nascerà morto, lo si considererà non mai concepito, quasi non abbia mai avuto esistenza fetale, se nascerà vivo e sarà in vita per una qualsiasi durata temporale, anche brevissima, sarà un titolare di diritti, nella famiglia e nello Stato. Le conoscenze della biomedicina contemporanea hanno una portata rivoluzionaria su questo assetto plurimillenario del tema. L'oscurità che nascondeva l'arco temporale dal concepimento alla nascita si è del tutto dissolta. L'esistenza fetale è osservabile in ogni suo movimento. Il nascituro è noto in ogni determinazione della sua identità corporea. Quel termine persona, che i giuristi romani riservavano agli *status* relazionali *libertatis civitatis familiae* e che la scienza giuridica europea ha impiegato per i soggetti titolari di diritti, oggi si vorrebbe estendere al frutto del concepimento, alla fusione del gamete maschile con quello femminile, all'embrione. L'uso che di persona si vorrebbe fare in embriologia non è metaforico, né analogico, ma sostantivo. Un esempio: per gli embrioni eccedentari, crioconservati che la coppia parentale non intende utilizzare si parla di orfanità compensabile con una adozione per nascita impiantandoli in donna di altra coppia. Questa terminologia appare in un documento del nostro Comitato Nazionale per la Bioetica.

Quel che è stato dominio esclusivo della natura per procreare un essere umano, oggi è terra di ricerca e di operazioni della tecnica biomedica. Alla sterilità e infertilità della coppia soccorre la procreazione medicalmente assistita. A seconda delle tecniche usate, l'embrione che diventerà il nascituro e poi il nato appartiene geneticamente alla coppia parentale. Lo sche-

ma della famiglia naturale non ne viene alterato. Ma se la fecondazione, anziché omologa, è eterologa con seme di un donatore estraneo alla coppia, e anonimo, il nascituro e poi nato avrà due padri, uno genetico o naturale, ed uno giuridico o sociale. Anche la maternità può moltiplicarsi in tre figure: la madre genetica che ha donato l'ovocita, la madre biologica che ha ospitato la gestazione, e la madre sociale che alleva il nato.

In queste ipotesi la procreazione medicalmente assistita fa deflagrare il luogo naturale e storico della procreazione, che è la famiglia, legittima o di fatto, in nome di un diritto umano fondamentale a procreare. Ma nessun documento internazionale o costituzionale ha finora codificato un diritto simile, a meno che non lo si voglia confondere con il diritto a fondare una famiglia. In ogni caso, all'interno di una coppia consenziente ad un progetto parentale, non si può far prevalere il diritto ad avere con qualunque artificio un figlio sul diritto del figlio ad avere una coppia genitoriale e di conoscere la propria vera identità insieme biologica e sociale.

Ma la storia dell'embrione non va solo verso la direzione della filiazione. Dall'embrione non utilizzato per la procreazione sono ricavabili cellule staminali per la terapia di patologie gravi come il Parkinson, l'Alzheimer, la sclerosi multipla, le lesioni del midollo spinale, il diabete mellito, l'infarto cerebrale, epatiti, cirrosi, cancro, immunodeficienze, ustioni, ferite, osteoartriti, distrofie muscolari, osteoporosi, malattie dei vasi nonché per riparare organi. La opposizione alla distruzione di embrioni a fini di ricerca o di terapie si compensa, ma insieme si accredita, con la possibilità di usare cellule staminali adulte che con recenti procedimenti di regressione possono divenire capaci di differenziazione quanto le cellule germinali.

Non c'è dubbio che la scienza ha realizzato progressi di conoscenze e di interventi sulla biologia umana inimmaginabili solo pochi decenni orsono. Gli effetti sul costume sociale e sulla mentalità collettiva interpellano il diritto nelle sue fonti maggiori, della legislazione e della giurisprudenza. Quanto alla prima, un esame comparativistico mette in evidenza la diversità degli orientamenti tra i vari Paesi europei, malgrado convenzioni e risoluzioni sovranazionali e internazionali che proclamano principi comuni e si attestano su divieti uniformi. La ragione di tante disomogeneità e differenze sta nelle diverse storie nazionali con peculiari culture e persuasioni filosofiche e religiose. Per quanto poi riguarda le decisioni dei giudici, occorre rilevare ch'esse sono legate a casi particolari, che vanno regolati con criteri realistici di umanità e di equità, piuttosto che con principi astratti e generali. Oltre il diritto, o prima del diritto, la bioetica si trova a gestire problemi proposti dalla scienza, in nome della sua libertà di ricerca, e dalla morale in nome del bene comune. Condurre la scienza a riconoscere e real-

izzare il bene dell'uomo come individuo e come società è uno dei fini della bioetica. L'altro è di condurre la tradizione verso il futuro senza fratture e conflitti, con un profondo senso della storicità dei valori etici e dei progressi delle tecno-scienze.

La natura dell'uomo è la sua cultura, che è come dire che l'uomo è storia.

Se si saprà riflettere quanto occorre su questo assioma, cadranno i pregiudizi di verità immutabili e di certezze effimere, di religioni passatiste e di scienze futuribili, di umanesimo e di post-umano.

Le polemiche sono in questa materia, che decide non solo della qualità ma del senso della nostra vita, quanto mai sterili. Sappiamo superarle nell'adempimento di comuni interessi e doveri.

Se osserviamo le due leggi italiane, la 194, del 1978, sulla interruzione di gravidanza, la 40, del 2004, sulla procreazione medicalmente assistita, non possiamo non avvertire come la escursione di un pendolo tra un no e un sì alla filiazione. Sono entrambe, queste leggi, la risposta allo stato più corretta possibile del diritto alle domande della società, così come sollecitate dalle conoscenze e dagli strumenti della scienza. Ma l'interrogativo bioetico che grava sull'intero orizzonte della filiazione è altro. La ricerca del figlio è stata nella tradizione motivata da ragioni di gruppo, della famiglia e dello Stato. Ulpiano ha lasciato la formulazione più esplicita di questa polarità a giustificazione della tutela del concepito, perché destinato a nascere non solo per il genitore di cui si dice appartenga, ma per la repubblica di cui è cittadino (D. 37.9.1.15, Ulp. XLI *ad ed.*).

Oggi le motivazioni sono decisamente individuali e individualistiche. Siamo dinanzi ad una imponente mutazione della cultura umana. Ma il prevalere di aspetti biologici nella considerazione della scelta procreativa, rispetto all'esercizio di una sessualità separata dalla generazione, è davvero totalmente una mutazione evolutiva? Non è il caso di dividersi su pregiudiziali filosofiche o religiose di principio, se la vita è un bene in sé e sul quando essa riveli una identità umana che ne imponga la intangibilità. È piuttosto il caso di convenire che la filiazione va letta in una gerarchizzazione delle sue motivazioni e dei suoi fini, al cui culmine c'è l'interesse del figlio. La genitorialità non è riducibile alla essenza biologica della procreazione. Questa è trascesa dal desiderio e bisogno di un dialogo tra genitori e figlio che realizzi la loro comune umanità in un grado più elevato e insieme più libero di quello sinora storicamente da tutti raggiunto. Il diritto con le sue minute disposizioni a tutela della filiazione rivela compiutamente questa volontà etica di trascendimento di un egoismo biologico. La procreazione va vista nel fine non del possesso di figli ma della formazione

della personalità dei figli. Ha scritto un autorevole studioso della filiazione, Antonio Palazzo: “La prossima era del diritto di famiglia europeo si preannuncia essere quella del dialogo e della fraternità. Dall’era del padre sovrano e del figlio oggetto, dopotutto sono passati pochi anni” (A. PALAZZO, *La filiazione*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 507).