

## Qualche appunto sugli status

di Silvia Silverio \*

(30 gennaio 2012)

Se in passato gli *status* rappresentavano i presupposti necessari della generale capacità giuridica<sup>1</sup>, oggi formano il presupposto per il conferimento di particolari condizioni giuridiche. In particolare, due sembrano essere le concezioni dominanti. La prima è quella c.d. organicistica, di chiara influenza della pandettistica tedesca, che ricostruisce il concetto di *status* in un'accezione «comunitaria», storicamente dominante dal diritto romano all'epoca moderna<sup>2</sup>. In base a questa ricostruzione, lo *status* sarebbe il vincolo giuridico che lega il singolo all'aggregato sociale. Più specificamente, lo *status* indicherebbe una particolare posizione giuridica che spetta ad una persona all'interno di determinate collettività, delle quali essa è *necessariamente* partecipe. Esso costituirebbe, dunque, il presupposto di una serie di poteri, doveri, diritti ed obblighi, i quali possono mutare a prescindere dallo *status* medesimo, che può restare invariato. In base a questa teoria, dunque, non tutte le diverse condizioni nelle quali un individuo può venirsi a trovare vanno incluse nel concetto di *status*, ma solo quelle condizioni *necessarie*, che indicano la partecipazione alle entità collettive. In tal modo vengono isolati lo Stato e la famiglia, ossia gli *status* di cittadino e di membro di una famiglia (*rectius*: di figlio). Nel concetto così ricostruito non rientrano, dunque, tutte le altre possibili indicazioni qualitative riguardanti un individuo, come la condizione di libero professionista, di operaio, di casalinga, di imprenditore, di studente, di socio, e così via<sup>3</sup>. Corollario di questa concezione è quello dell'*indisponibilità* degli *status*: in particolare, lo *status* di cittadino e quello di figlio (gli unici esistenti in base a questa ricostruzione) non possono essere costituiti, modificati o estinti per effetto di un'attività negoziale a ciò indirizzata.

<sup>1</sup> P. COSTA, *Civitas*, vol. II, Roma-Bari 2000, pp. 10 ss.; G. MANCINI, *Cittadinanza e status negli antichi e nei moderni*, Pescara 2000, *passim*; P. RESCIGNO, *Capacità di diritto privato*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, II, 2, Milano 1991, spec. pp. 812 ss.; A. CORASANITI, *Stato delle persone*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano 1990, pp. 948 ss.; L. LENTI, *Una nota sul concetto di status*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, II, a cura di P. Cendon, Milano 1994, pp. 659 ss.; V. G. ALPA, *Status e capacità*, Roma-Bari 1993, spec. pp. 3 ss.; R. ORESTANO, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Bologna 1978, spec. pp. 203 ss.; G. D'AMELIO, *Capacità e «status» delle persone*, in *Il diritto privato nella società moderna*, a cura di S. Rodotà, Bologna 1971, pp. 133 ss.; A. CICU, *Il concetto di «status»*, in *Studi in onore di V. Simoncelli*, Napoli 1917, ora in *Scritti minori*, I, 1, Milano 1965, pp. 181 ss.; A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano 1939; N. STOLFI, *Capacità giuridica*, in *Nuovo dig. it.*, II, Torino 1938, spec. pp. 784 ss.

<sup>2</sup> Si v., per tutti, lo scritto di A. CICU, *op. cit.*, pp. 181 ss., tuttora considerato nella dottrina italiana come una pietra miliare sul tema.

<sup>3</sup> Si v., in proposito, l'ampia riflessione critica di P. RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, spec. pp. 216 ss.

In base ad un'altra concezione, ampiamente diffusa nella dottrina italiana<sup>4</sup>, lo *status* è inteso in un'accezione «soggettivistica-individualistica», emersa in un primo momento sotto la spinta del giusnaturalismo; poi ad opera dell'influenza del pensiero cristiano; successivamente per effetto del razionalismo illuminista e del contrattualismo individualista, che formano l'ambiente culturale della Rivoluzione francese; infine con l'affermazione del principio di eguaglianza<sup>5</sup>. In quest'accezione lo *status* racchiuderebbe in sé tutte le posizioni soggettive, giuridicamente rilevanti, che non siano né precarie né discontinue. In altri termini, si tratterebbe di una «situazione che, secondo l'ambiente sociale e secondo l'apprezzamento comune distingue un individuo dagli altri, per ragioni strettamente individuali o in ragione dell'appartenenza ad un gruppo». Lo *status*, insomma, non sarebbe altro che un sinonimo della locuzione «qualità personale».

A ben vedere, entrambe le teorie vanno tenute in considerazione, giacché evidenziano l'esistenza di una biforcazione degli *status*. Accanto ai tradizionali *status* di privilegio, che dalla tradizione romana arrivano ai giorni nostri, si affermano e si moltiplicano degli *status*, per così dire, di protezione. È facilmente intuibile da chiunque infatti la differenza che intercorre tra uno *status* come quello di «figlio» o «cittadino», e uno *status* come quello di «handicappato» o «malato di mente». In questo senso lo *status* si presta a tutelare le categorie più deboli.

Ed è qui il vero punto dolente. Infatti, in una società tendente alla globalizzazione, in cui i bisogni e le esigenze crescono rapidamente e in maniera esponenziale, le forme di differenziazione sono in continuo dinamismo, ossia si moltiplicano o si riducono, a seconda dei valori che ne stanno di volta in volta alla base. Come la solidarietà (es.: normative a favore dei portatori di handicap e degli immigrati extracomunitari); la pace sociale (es.: diversificazione dei prestatori di lavoro in apprendisti, disoccupati, cassa-integrati); la preservazione dell'aggregato sociale (es.: criminalizzazione dei drogati, identificazione dei soggetti a rischio di AIDS); l'identità della maggioranza (es.: sfavore per i celibi, per gli omosessuali, per i conviventi *more uxorio*).

Ora, prescindendo dalle illimitate classificazioni astrattamente ipotizzabili, sembra che la «vera differenza» sia una sola: quella relativa ai titolari di *status* deboli, che il più delle volte sono anche *occulti*, ossia giuridicamente irrilevanti, come nel caso delle coppie di fatto o dei «diversi» nell'orientamento sessuale. Proprio da quest'ultima considerazione

---

<sup>4</sup> Cfr. G. ALPA, *op. cit.*, pp. 108 ss.; G. ALPA, A. ANSALDO, *Le persone fisiche, Artt. 1-10*, in *Commentario del codice civile*, diretto da P. Schlesinger, Milano 1996, pp. 99 ss.; P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli 1982, pp. 147 ss.

<sup>5</sup> Sul punto, cfr. A. CORASANITI, *op. cit.*, spec. pp. 952 ss.

emerge l'eterna contraddizione insita nell'atto di «distinguere»: cioè che più si distingue, più si discrimina. Ma chi non si distingue e non rivela le proprie qualità individuali e l'appartenenza ad un gruppo, rischia di non essere protetto dal suo gruppo o, peggio, rischia di non godere delle misure di protezione che gli altri gruppi maggioritari abbiano introdotto per difendere il gruppo minoritario<sup>6</sup>. Questa contraddizione emerge più che mai in questo momento storico, nel quale crescono e si moltiplicano le categorie di soggetti meritevoli di aiuto e protezione. E se gli *status* di privilegio non sono scomparsi del tutto, quelli di protezione presentano delle potenzialità non ancora compiutamente espresse<sup>7</sup>.

Al di là dei vari usi storicamente fatti dello *status*, esso ha infatti sempre indicato i connotati fondamentali della posizione dell'individuo nella società e davanti al diritto, tali da *identificarlo* e *distinguerlo* dagli altri individui. *Identificare*, allora, significa dare rilievo a ciò che differenzia il singolo: serve dunque a porre le basi per un trattamento che può contenere, in misura più o meno grande, elementi di disuguaglianza tra gli individui. Tra i cc.dd. «soggetti deboli», soggetti cioè che abitano ai margini della società, che non hanno sufficiente voce per farsi ascoltare dai «forti», che a stento si reggono sulle proprie gambe e che, proprio per questo sono sempre più emarginati, sempre più dimenticati.

Ebbene, tutti questi soggetti rappresentano i “diversi”: diversi rispetto a parametri di normalità sociale che ruotano intorno alla cittadinanza, all'età, alla salute psico-fisica. E che, per ciò, richiedono la predisposizione di uno statuto giuridico differenziato, che poggia su quei principi e valori costituzionali di inviolabilità dei diritti fondamentali, di dignità, di eguaglianza sostanziale, di solidarietà sociale.

Del resto, è proprio dalla consapevolezza dell'esistenza di molteplici situazioni di sofferenza sociale che la nostra Carta costituzionale ha predisposto un programma d'emancipazione, un disegno di giustizia sociale che ha un sapore tutto illuministico. Ma che, evidentemente, non è da solo sufficiente a ricondurre nell'alveo della “normalità” tutte quelle situazioni di disagio e di emarginazione sociale. A ben vedere, però «quel progetto di emancipazione riguarda tutti, perché tutti siamo potenzialmente soggetti deboli. Tutti siamo stati bambini e tutti potremmo trovarci alle prese con problemi di salute o della terza età»<sup>8</sup>. Ciò che, sul piano giuridico, si trasforma in una domanda di eguaglianza.

---

<sup>6</sup> Sul punto, si v. G. ALPA, *La rinascita dello status*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna 1992, pp. 435 ss. Sul concetto di «auto-differenziazione», ossia sul modo in cui le differenze «occulte» possono divenire giuridicamente rilevanti, cfr. G. ALPA, *Status e capacità*, cit., pp. 206 ss.

<sup>7</sup> Cfr. il commento degli artt. 1 e 2 del cod. civ. di P. CENDON, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. Cendon, Aggiornamento 1991-2001, vol. I (artt. 1-1172), Torino 2002, spec. pp. 52 ss.

<sup>8</sup> M. AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano 1999, I, pp. 13-14.

Vero è che non sono mancate prese di posizione in questo senso da parte del legislatore. Si fa riferimento, in generale, alle cc.dd. *affirmative actions*: la politica delle discriminazioni «alla rovescia» in favore delle categorie più svantaggiate, nata negli anni Sessanta in America, poi diffusasi in Europa, per giungere in Italia con la legge 10 aprile 1991, n. 125. Se l'introduzione di questa politica è stata tardiva, i suoi limiti sono emersi, viceversa, con molta rapidità. In un primo momento, infatti, si è trattato di interventi estremamente settoriali, sia qualitativamente che quantitativamente; negli ultimi vent'anni, poi, si sono moltiplicati a dismisura, finendo così per trasformarsi nel loro contrario. In altri termini, l'eccessiva proliferazione di misure di sostegno ha finito per soffocare i soggetti verso i quali erano rivolte, ad invadere ogni angolo della loro vita privata e associata. A ciò si aggiunga che, nella realtà, le azioni positive possono condurre ad un surrogato di quella domanda di libertà che si pone per il riscatto dalla condizione di «debolezza». Detto altrimenti, la misura di favore, insita nell'azione positiva, se da un lato può riequilibrare una situazione di diseguaglianza, dall'altro lato può però irrigidire ulteriormente le differenze tra i «normali» e i «diversi», alimentando un sentimento di inferiorità di questi ultimi.

Così, accanto al moltiplicarsi delle «Carte dei diritti» (dell'anziano, del malato, dell'infanzia, del consumatore e così via), continua a mancare una seria indagine intorno alle cause effettive delle varie disfunzioni oggi constatabili, troppo spesso ricondotte ora a motivi fatalistici, ora all'impossibilità per la società di addossarsi compiti eccessivamente gravosi. Vero è che oggi più che in passato sia estremamente difficile immaginare un metodo di lavoro che risulti all'altezza di questi problemi. Le società contemporanee sono infatti sempre più complesse e frammentate, e i ruoli sociali sono sempre in qualche misura fluidi, provvisori; pertanto c'è già uno spazio di discrezionalità nella stessa individuazione delle categorie di riferimento. Ed è qui che la scelta rivela la propria sostanza squisitamente politica.

In questo senso, si assiste infatti ad una sorta di neo-feudalesimo innestato dalla frantumazione degli *status* e che si sviluppa attraverso l'abuso di leggi corporative e settoriali. Oggi come allora, infatti, la condizione dell'individuo all'interno della società varia a seconda della sua posizione economica, politica, familiare, religiosa, di salute, tanto per fare qualche esempio.

Il che trovava una giustificazione nella cultura medievale, basata su una visione «verticale» della società, che implicava l'idea di un ordine, dove la parte, il singolo elemento, era comprensibile solo se ed in quanto fosse riferito ad una totalità che lo includeva e gli assegnava la sua collocazione e la sua destinazione. Viceversa, in una

società basata sull'eguale libertà, quest'ordine ascendente, composto cioè secondo la logica dal "basso" all' "alto", dall'imperfetto al perfetto, è composizione delle diseguaglianze: presuppone la disparità dei suoi elementi, la loro diversità ontologica. In tal modo, non esiste più il soggetto ma, piuttosto, una molteplicità di condizioni soggettive che collocano "ciascuno al suo posto".

Un esempio per tutti: i malati. E proliferano leggi, associazioni, tribunali dei malati, addirittura guide ai diritti di malati e dei relativi familiari. Così, ad esempio, per la tubercolosi esiste una normativa (L. n.1088/70; L. n. 429/75 e L. n. 88/87) che modula le prestazioni (antitubercolari) alle diverse esigenze del malato, lavoratore e non, nelle varie fasi della malattia oltre alla specifiche disposizioni sul periodo di comperto.

Ancora: gli invalidi civili cui sia stata riconosciuta un'invalidità superiore al 50% hanno diritto a trenta giorni l'anno (anche non continuativi) di congedo per cure connesse allo stato di invalidità (combinato disposto dell'art. 26, L.118/71 e dell'art. 10 del d.lgs. 23.11.1988, n.509). La legge 5 febbraio 1992, n. 104, poi, prevede tutta una serie di norme per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate. Con L. n. 80/2006 (art. 6) il legislatore ha disposto un *iter* di accertamento accelerato dell'invalidità civile e dell'handicap, a carico della Commissione medica della Asl, in caso di malattia oncologica. La visita di accertamento deve effettuarsi entro 15 giorni dalla data della domanda. Il 1° gennaio 2010 è partita poi la riforma della procedura di accertamento dell'invalidità civile, dell'handicap e della disabilità introdotta dall'art. 20 del decreto anticrisi (d.l. n. 78 del 1° luglio 2009 convertito in legge n. 102 del 3 agosto 2009).

La disposizione contenuta nell'art. 46 del d. lgs. n. 276/2003 e nel comma 44 della L. n. 247/2007 riconosce ai lavoratori malati di tumore che siano in grado di lavorare, ma che preferiscano ridurre l'orario di lavoro senza rinunciare definitivamente all'impiego, il diritto di chiedere e ottenere dal datore di lavoro la trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale fino a quando il miglioramento delle condizioni di salute non consentirà loro di riprendere il normale orario di lavoro.

La legge 31 dicembre 1991, n. 429, ha introdotto "*Nuove norme in materia di indennità di accompagnamento ai ciechi civili ed ai pluriminorati*".

Gli esempi potrebbero continuare all'infinito. Ma per ciò che interessa in questa sede emergono chiaramente alcuni concetti chiave: assistenza, previdenza e lavoro sembrano essere infatti le principali preoccupazioni del legislatore. Anche se non mancano leggi che si occupano, ad esempio, delle "giuste" formulazioni linguistiche, come l'art. 1 della legge 20 febbraio 2006, n. 95 (recante "*Nuova disciplina dei minorati auditivi*"),

che ha stabilito che in tutte le disposizioni legislative vigenti, il termine «sordomuto» è sostituito con l'espressione «sordo». La medesima disposizione, all'art. 1, comma 2, ha modificato la precedente definizione di «sordomuto», sostituendo l'art. 1, comma 2, della legge 26 maggio 1970, n. 381, con il seguente: «Agli effetti della presente legge si considera sordo il minorato sensoriale dell'udito affetto da sordità congenita o acquisita durante l'età evolutiva che gli abbia compromesso il normale apprendimento del linguaggio parlato, purché la sordità non sia di natura esclusivamente psichica o dipendente da causa di guerra, di lavoro o di servizio».

Ma qual è il rovescio della medaglia di queste normative settoriali? Che i malati terminali non hanno diritto di morire dignitosamente, ad esempio. Nel nostro Paese, infatti, le pratiche eutanasiache sono punite a titolo di omicidio del consenziente (art. 579 cod. pen.), istigazione o aiuto al suicidio (art. 580 cod. pen.) oppure, in alcuni casi, a titolo di omicidio comune (art. 575 cod. pen.). Anche se, nelle aule dei Tribunali, non mancano casi di assoluzione<sup>9</sup>. Ciò evidenzia la mancanza, tanto in dottrina che in giurisprudenza, di una visione unitaria del problema. In particolare, l'intero dibattito sull'eutanasia ruota intorno a due orientamenti tradizionali: quello (cattolico) del principio della sacralità della vita, da cui discende il corollario dell'inviolabilità della stessa e quello (laico) della qualità della vita, in base al quale occorre far riferimento ai principi di autodeterminazione e della dignità dell'individuo, posto in tal modo al centro dell'intera problematica dell'eutanasia.

Non sembra potersi soffermare in questa sede sui dibattiti, antichi e recenti, che hanno spinto e spingono verso l'una o l'altra direzione. Qui basti evidenziare che in questo ambito – e, più in generale, nelle cc. dd. questioni scientifiche controverse – sembra prevalere il c.d. principio di precauzione<sup>10</sup> rispetto al diritto di non soffrire e di morire in maniera dignitosa.

Oltre al diritto di non soffrire, quando è possibile evitarlo, si ha l'impressione che tutta un'altra serie di «diritti dei malati» sia, di fatto, complessivamente negata. Si pensi, infatti, all'assistenza sanitaria, riconosciuta «a tutti»: compresi i pazienti psichiatrici, i tossicodipendenti, gli alcoolisti, le persone autolesioniste; al diritto degli indigenti di ricevere cure gratuite; al diritto di essere informati circa il proprio stato di salute, di tenere riservata la cartella sanitaria, di ottenere cure efficaci e rapide, di reclamare e farsi risarcire

---

<sup>9</sup> Un esempio per tutti: Corte d'Assise di appello di Milano, sentenza del 24 aprile 2002.

<sup>10</sup> Sul principio di precauzione si v. s. FOIS, "Nuovi" diritti di libertà, in *Scritti in onore di P. Barile*, Padova 1990, pp. 84 ss.; s. GRASSI, *Prime osservazioni sul "principio di precauzione" come norma di diritto positivo*, in *Dir. gest. dell'ambiente*, 2001, 2, pp. 37 ss.; A. GRAGNANI, *Principio di precauzione, libertà terapeutica e ripartizione di competenze tra Stato e Regioni*, in *Foro it.*, 2003, I, 1, pp. 406 ss.

per i danni subiti nelle sale operatorie. Si faccia riferimento, ancora, al diritto ad una medicina preventiva reale, alle cure riabilitative, alle protesi, ad una rete capillare di medici e psichiatri per le famiglie e per le persone sole.

Sono tutti diritti che quasi mai vengono effettivamente garantiti, proprio quando più se ne avrebbe bisogno<sup>11</sup>. Qualche esempio: nel 1999 gli istituti di cura hanno tagliato più di 35.000 posti letto rispetto all'anno precedente<sup>12</sup>; determinate prestazioni sono escluse o, di fatto, impedito, come la psicoterapia e le cure odontoiatriche; e si pensi anche alle lunghissime liste di attesa per effettuare accertamenti, controlli, visite, esami o terapie. Ancora: in occasione dei referendum del 12 e 13 giugno 2005, circa centomila disabili sono stati iscritti «d'ufficio» tra gli astensionisti, pur godendo pienamente dei diritti civili e politici<sup>13</sup>. Per non parlare del difficile intervento sanitario nelle carceri, sempre più sovraffollate e sempre più da tossicodipendenti, malati di aids, di disagi psichici e di altre difficili malattie<sup>14</sup>.

Merita poi di essere segnalato il (preteso) diritto ad avere una famiglia per le coppie con problemi di sterilità o infertilità, che porta con sé anche il problema di consentire la sperimentazione sulle cellule staminali embrionali per curare malattie come il parkinson, l'alzheimer o il diabete<sup>15</sup>. Si tratta di un altro tema di grande attualità, dato il fallimento dei referendum sulla procreazione assistita del 12 e 13 giugno 2005, che hanno visto un'affluenza alle urne del 25,9%. Un fallimento annunciato, visti i dibattiti (o meglio le polemiche) che li hanno preceduti e le procedure che li hanno accompagnati<sup>16</sup>. Ma che, comunque, ha confermato la necessità di una regolamentazione della materia, dato che la percentuale dei «sì» è prevalsa in maniera netta.

Oggetto dei quattro referendum abrogativi erano, come è noto, parti (del tutto eterogenee) della legge n. 40 del 2004. Una legge "schizofrenica" e di dubbia costituzionalità<sup>17</sup>. In essa, infatti, si rinviene un contrasto tra il fine dichiarato (la cura della

<sup>11</sup> Sul punto, M. AINIS, *Le libertà negate*, Milano 2004, spec. pp. 234 ss.

<sup>12</sup> Cfr. M. AINIS, *op. et loc. ult. cit.*, p. 236.

<sup>13</sup> Cfr. L. COSCIONI, *La rivolta dei malati*, in *L'Unità*, 3 dicembre 2005, p. 1; *id.*, *Una firma contro la vergogna dei 100mila malati che non possono votare*, in *Libero*, 18 dicembre 2005, p. 9.

<sup>14</sup> Nei 206 istituti di pena italiani si trovano 67.428 detenuti, a fronte di un massimo regolamentare di 45.817 posti (i dati, aggiornati al 30 settembre 2011, sono stati diffusi dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria. Si v., ad esempio, [www.adnkronos.com](http://www.adnkronos.com)). Di questi, circa il 30% è rappresentato da malati: hiv, tubercolosi, epatiti virali e malattie psichiatriche sono le patologie più diffuse (fonte: [www.europadeidiritti.it](http://www.europadeidiritti.it)).

<sup>15</sup> È appena il caso di evidenziare che il 90,5% dei medici italiani è favorevole alle biotecnologie, in particolare all'uso di cellule staminali embrionali, come risulta dal *Rapporto annuale 2005* del Censis («*Il Sistema di Welfare*»), in [www.censis.it](http://www.censis.it). Sul dibattito più recente si v.

<sup>16</sup> Per un'ampia analisi del clima – politico, giuridico e sociale – che ha preceduto i referendum, cfr. AA. VV., *I referendum sulla procreazione assistita*, a cura di M. Ainis, Milano 2005.

<sup>17</sup> Sul punto, cfr. M. AINIS, *Introduzione*, in AA. VV., *I referendum*, cit., spec. pp. 13 ss. Nello stesso volume, si v. anche *l'Intervento* di C. PINELLI, pp. 97-98. Per un'analisi sul controllo preliminare della Corte costituzionale circa

sterilità o dell'infertilità) e i mezzi che la stessa legge predispone per raggiungere quel fine. Mezzi che rendono ardua l'eventualità che la terapia si concluda con successo, dato che il limite di tre embrioni risulta in alcuni casi troppo alto (determinando il pericolo di gravidanze plurigemellari); in altri casi troppo basso. Inoltre, il divieto di crioconservazione degli embrioni aumenta la necessità di ripetere la stimolazione ormonale, idonea a mettere in pericolo la salute della donna. «Da qui un vizio d'irragionevolezza – o per meglio dire di irrazionalità – della legge, ulteriormente comprovato dal divieto di soppressione degli embrioni, “fermo restando quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194”»<sup>18</sup>. Così viene tutelato senza compromessi l'embrione non appena formato, lasciandolo poi senza tutela dopo il primo trimestre di gravidanza. A ciò si aggiunga che la legge regola in via autoritativa questioni scientifiche controverse. Non è ancora accertato, infatti, se l'embrione possa essere considerato a pieno titolo come un “essere umano”. Ma anche a voler trascurare quest'ultima considerazione – per l'avvertita necessità di introdurre una disciplina della materia – è noto che ogni disciplina in materia di diritti si risolve in un bilanciamento di interessi e valori fondamentali. Nella legge n. 40, invece, sembra che il legislatore gerarchizzi questi interessi e valori, piuttosto che bilanciarli<sup>19</sup>. Così, la tutela della famiglia prevale sul diritto individuale alla procreazione<sup>20</sup>; si ritiene prevalente la tutela dell'embrione rispetto alla libertà di ricerca scientifica, ma resta legittimo l'aborto di un feto. Il diritto alla vita dell'embrione prevale anche rispetto alla tutela della salute psichica della madre: nella legge n. 194/1978, infatti, il pericolo per la salute psichica della madre giustifica l'aborto; nella legge n. 40/2004, invece, lo stesso pericolo non giustifica il non impianto.

---

l'ammissibilità dei quesiti referendari, nonché sui contenuti delle memorie, sulla natura e sull'identità dei soggetti interventori, si v., nello stesso volume, A. PUGIOTTO, *Fuga dal referendum: “Comitati del no” e governo a corte*, pp. 587 ss. Cfr. anche A. CELOTTO, *La legge sulla procreazione assistita: perché no*, in *Quad. cost.*, 2004, 2, pp. 381 ss.; M. MANETTI, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Pol. dir.*, 2004, 3, pp. 453 ss.; P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2004, 3, spec. pp. 530 ss.

<sup>18</sup> Così M. AINIS, *Introduzione*, cit., p. 15.

<sup>19</sup> Sul punto, si rinvia ad alcune relazioni tenute in occasione del Convegno dei Lincei, (Roma, 31 gennaio 2005), sul tema: «*Procreazione assistita: problemi e prospettive*». Gli Atti del Convegno sono consultabili nel sito [www.laprocreazioneassistita.it](http://www.laprocreazioneassistita.it). In particolare cfr. A. BARBERA, *Appunti*; P. GROSSI, *Alcune considerazioni in merito al problema della tutela giuridica del concepito*; L. VIOLINI, *Tra scienza e diritto: i nodi irrisolti della fecondazione medicalmente assistita*. Si v. anche le osservazioni di M. MANETTI, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, cit., spec. pp. 461 e 462.

<sup>20</sup> È appena il caso di evidenziare che tra il 2004 e il 2005 si è registrato un aumento del 20% del c.d. turismo procreativo. Cresce, dunque, il numero di coppie che sceglie di recarsi all'estero per ovviare ai limiti imposti in Italia dalla legge n. 40. La notizia può leggersi nel sito [www.lucacoscioni.it](http://www.lucacoscioni.it).

In tal modo, la legge n. 40, oltre ad essere la più arretrata in ambito europeo<sup>21</sup>, si trasforma da strumento di tutela del diritto ad avere una famiglia ad un complesso di divieti, obblighi e sanzioni, ispirati al (ritenuto) superiore principio di precauzione<sup>22</sup>. Il risultato è, ancora una volta, la negazione di un diritto fondamentale.

\* Assegnista di ricerca presso l'Università di "Roma Tre"

---

<sup>21</sup> Si osservi che nel febbraio 2002 la Camera dei *Lords*, con una decisione storica, ha autorizzato, oltre agli esperimenti, anche la prima banca di cellule staminali embrionali e quindi lo studio sugli embrioni a scopo terapeutico. Alcuni mesi prima, Francia e Germania proposero di vietare la clonazione riproduttiva, ma di legalizzare quella a fini terapeutici, come aveva già fatto l'Inghilterra, cui si è affiancato anche il Giappone. Nel 2005, inoltre, l'Autorità britannica per la riproduzione ha concesso due autorizzazioni alla clonazione terapeutica: una all'Istituto di genetica umana dell'Università di Newcastle e l'altra all'équipe del Prof. Wilmut, il "papà" della Pecora Dolly. La ricerca sulle cellule staminali e la clonazione terapeutica sono promosse anche nel 2005 dal governo di Tony Blair, come risulta dal suo progetto scientifico contenuto nel piano quinquennale per commercio e industria. Le notizie sono consultabili nel sito [www.lucacoscioni.it](http://www.lucacoscioni.it). Quanto alla cattolicissima Spagna, il fenomeno è stato regolato sin dal 1988, con la legge n. 35, recante "*Sobre técnicas de reproducción asistida*". Essa ammette sia l'inseminazione artificiale, omologa ed eterologa, sia la tecnica FIVET, ossia la fecondazione *in vitro* con *embryo-transfer*. Ma all'orizzonte iberico si affacciano delle novità: la prima è l'autorizzazione, da parte del governo, della preselezione genetica a fini terapeutici, contenuta nella bozza di riforma della legge sulla procreazione assistita. Così, alle famiglie con un figlio ammalato, si offre la possibilità di concepirne un altro per salvargli la vita. Un'altra novità è che nel febbraio del 2005 il governo di José Luis Rodríguez Zapatero ha approvato quattro progetti di ricerca che prevedono l'impiego di cellule staminali umane. Le notizie sono tratte dal sito [www.lucacoscioni.it](http://www.lucacoscioni.it).

<sup>22</sup> Sul principio di precauzione si rinvia alla letteratura indicata nella nota n. 35. Per quanto riguarda i rapporti tra quel principio e il settore specifico della procreazione medicalmente assistita, si v. E. SGRECCIA, *La Chiesa e la fecondazione artificiale*, in *Il Corriere della Sera*, 8 febbraio 2005, p. 10, il quale afferma: « (...) anche qualora ci fossero dubbi sulla esistenza del carattere pienamente umano dell'embrione, di fronte al dubbio e di fronte anche alla seria possibilità che si tratti di un essere umano individuale che ha la dignità di figlio e di persona, ci si deve astenere da ogni atto che possa danneggiarlo o sopprimerlo». In senso contrario, G. AMATO: « (...) il principio di precauzione deve essere ragionevole: a volte "precauzione" significa evitare il male maggiore, rassegnarsi a quello minore. Il male maggiore sarebbe, in questo caso, impedire che il desiderio di avere dei figli abbia il suo corso con l'aiuto della tecnica, il male minore un residuo dubbio che ci sia continuità fra quello stadio dell'ootide, del pre-embione e quello successivo, e che dunque si torni all'uso della vita umana fecondata come mezzo, insomma alla sua negazione». Queste affermazioni sono riportate e criticate da G. FERRARA (*I diritti dell'uomo? Cominciano con l'embrione*, in *Il Corriere della Sera*, 12 aprile 2005, p. 9), il quale inverte male maggiore e male minore – ossia «quel residuo dubbio sull'uso come mezzo di una vita umana in corso di sviluppo pesa più del desiderio di avere figli con l'assistenza della tecnica» – e critica l'«illimitata libertà di ricerca scientifica» contemplata nella legge n. 40.