

Capacità giuridica al concepito e tutela della vita nascente. La proposta di modifica dell'articolo 1 del codice civile italiano nel nuovo scenario globale sull'aborto

Alessandra Pisu*

THE LEGAL CAPACITY OF THE HUMAN BEING CONCEIVED AND PROTECTION OF UNBORN LIFE. THE PROPOSAL TO AMEND ARTICLE 1 OF THE ITALIAN CIVIL CODE IN THE NEW GLOBAL ABORTION FRAMEWORK

ABSTRACT: The essay critically examines the proposed amendment to article 1 of the Italian Civil Code aimed at recognising the legal capacity of the unborn child from the moment of conception.

KEYWORDS: Life protection; abortion; unborn human being; unborn child; legal capacity

ABSTRACT: Il saggio esamina criticamente la proposta di modifica dell'articolo 1 del codice civile italiano volta ad anticipare al momento del concepimento il riconoscimento della capacità giuridica generale.

PAROLE CHIAVE: Concepito; persona; capacità giuridica; tutela della vita nascente; aborto

SOMMARIO: 1. Il riconoscimento della capacità giuridica al concepito nel disegno di legge AS N. 165/2022. Primi rilievi critici – 2. L'inizio della vita umana e la tutela dell'aspettativa a nascere. Il *nondum natus* non necessita della capacità generale – 3. La matrice ideologica della proposta di modifica dell'art. 1 c.c. nel quadro globale di arretramento della tutela dei diritti riproduttivi della donna.

1. Il riconoscimento della capacità giuridica al concepito nel disegno di legge AS N. 165/2022. Primi rilievi critici

Tra i primissimi atti della XIX legislatura della Repubblica Italiana, il disegno di legge “*Modifica dell'articolo 1 del codice civile in materia di riconoscimento della capacità giuridica del concepito*”, del 13 ottobre 2022, prevede l'attribuzione della capacità giuridica fin dal momento del concepimento, subordinando esplicitamente l'acquisto dei soli diritti patrimoniali, che la legge riconosce a favore del concepito, all'evento della nascita¹. In tal modo, nell'intenzione del pro-

* Professoressa associata di Diritto Privato e Biodiritto nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Cagliari. Mail alepisu@unica.it. Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

¹ L'art. 1 c.c. che attualmente prevede «La capacità giuridica si acquista al momento della nascita. I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita», sarebbe così riformulato:

ponente, i diritti personali ed *in primis* il diritto alla vita, verrebbero invece «affermati nella loro pienezza, fin dal concepimento»².

Si tratta della pedissequa riproposizione di una risalente proposta di legge d’iniziativa popolare³ ripetuta, finora senza successo, in diverse legislature⁴.

Implicitamente muovendo dalla logica binaria, che tradizionalmente permea il diritto privato, secondo la quale le entità giuridicamente rilevanti si qualificano come “soggetto” ovvero come “oggetto” di diritto⁵ e dall’assunto, insito nella prospettiva codicistica, della sovrapponibilità tra i concetti di capacità giuridica⁶, soggetto di diritto e persona⁷, il d.d.l. mira ad introdurre nel codice civile – e dunque a generalizzare – una regola che troverebbe conferma nel diritto internazionale⁸ e nella disciplina italiana sulla procreazione medicalmente assistita, laddove afferma che la legge «assicura i *diritti di tutti i soggetti* coinvolti, compreso il *concepito*»⁹. L’intervento proposto sul codice viene dapprima definito

«Ogni essere umano ha la capacità giuridica fin dal momento del concepimento. I diritti patrimoniali che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all’evento della nascita».

² V. p. 4 della Relazione di accompagnamento al d.d.l. AS N. 162, d’iniziativa del senatore Gasparri, comunicato alla Presidenza il 13 ottobre 2022 e assegnato alla 2^a Commissione permanente (Giustizia), in sede redigente, il 14 novembre 2022.

³ Presentata nel 1995 (XII legislatura) dal Movimento per la vita italiano (atto Camera N. 2922). Per un breve ma incisivo commento, P. ZATTI, *Diritti dell’embrione e capacità giuridica del nato*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 107 ss.

⁴ Nella XV legislatura con atto Camera N. 80; nella XVI legislatura con atto Senato N. 1915; e nella XVIII legislatura con atto Senato N. 950.

⁵ Si tratta, per il vero, di una prospettiva semplicistica e inappagante che intrappola chi l’adotta «nel vecchio pregiudizio (che risulta sfatato proprio dalle più penetranti indagini sulla capacità di diritto, e sulla relatività della nozione) che di ogni fatto naturale pensa sia necessaria la reificazione, o, al contrario, la personificazione “umanizzante”, ignorando gli spazi che resistono al dilemma» (sono le parole di P. RESCIGNO, *Capacità di diritto privato e discriminazione dei soggetti*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1988, 794).

⁶ Sulla formula tecnica tradizionalmente utilizzata per configurare la posizione della persona (non solo) fisica nel mondo del diritto, indicando l’idoneità del soggetto ad essere titolare di poteri e doveri giuridici, è d’obbligo almeno il rinvio a P. RESCIGNO, *Capacità giuridica*, voce in *Digesto, disc. priv.*, II, Torino, 1988, 218 ss.; e allo studio di P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, ristampa 2018, spec. 34 ss.

⁷ Ci riferiamo sempre al concetto di persona adottato dal codice civile, dunque a una *factio* tipica del diritto comune che soddisfa esigenze classificatorie. Essa identifica la persona fisica, quale soggetto di diritto, nell’essere umano nato vivo e la vita quale arco di tempo tra la nascita e la morte, fatti a loro volta individuati con la rigidità delle relative definizioni giuridiche. Il processo di revisione critica che ha investito questi temi e le categorie della capacità, della soggettività e della personalità dall’entrata in vigore della Costituzione è approfondito da P. STANZIONE, *Capacità, legittimazione, status, Il soggetto*, II, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI (già diretto da), P. SCHLESINGER (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2017, 73 ss. Sull’evoluzione storica della nozione giuridica di persona, si legga altresì G. LISELLA, F. PARENTE, *Persona fisica*, in P. PERLINGIERI (diretto da), *Tratt. dir. civ. del CNN*, Napoli, 2012, 1 ss.; G. ALPA, G. RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, v. 1, *Le persone e la Famiglia*, 2 ed., Milano, 2019, 3 ss. Rimane la distanza, e non può essere altrimenti, con il concetto di persona elaborato dalle scienze morali. In questa diversa prospettiva, v. L. PALAZZANI, *Il concetto di persona tra bioetica e diritto*, Torino, 1996; e il parere del Comitato Nazionale per la Bioetica, *Identità e statuto dell’embrione umano*, del 22 giugno 1996.

⁸ Così si legge nella Relazione di accompagnamento che si rifà alla Convenzione universale sui diritti del fanciullo (1989) laddove, nel preambolo, enuncia il bisogno di una protezione giuridica speciale del fanciullo «sia prima che dopo la nascita».

⁹ Art. 1 l. n. 40/2004, corsivo aggiunto. Sulla disposizione si sono consumati fiumi d’inchiostro, essendo stata salutata come significativa del riconoscimento legislativo della qualità di soggetto di diritto al concepito (v. F.D.

quale mero “chiarimento legislativo” consequenziale a quanto già previsto dalla legge n. 40/2004, laddove – ecco il travisamento della disposizione – «il concepito è qualificato come “soggetto” *al pari* delle altre persone coinvolte, ed è un *soggetto titolare di diritti*»¹⁰. Ma, di lì a poche righe, si enuncia la reale finalità della modifica che rafforzerebbe la posizione del non ancora nato ricavabile dalla legge sull'interruzione volontaria della gravidanza e, attribuendogli il diritto alla vita, «condurrebbe ad una applicazione dell'intera legge n. 194 del 1978 più coerente con l'intento di prevenire l'aborto volontario, in qualsiasi forma, legale o clandestino che sia»¹¹.

La proposta sembra ispirarsi alla cd. teoria organica che identifica la capacità giuridica con la soggettività. In quest'ottica, la capacità (qualità astratta e generica attribuita a priori) è indice dell'esistenza o della rilevanza giuridica del soggetto che l'ordinamento riconosce come titolare dei diritti personali, a partire dal diritto alla vita. Si tratta di una prospettiva angusta che ha subito una rilettura alla luce del quadro valoriale enucleabile dalla Costituzione e dalle Carte dei diritti fondamentali. Esse individuano nell'essere umano un valore di rilevanza primaria, protetto al di là dei nominalismi e delle astrazioni del linguaggio giuridico. Da qui il fenomeno che ha visto il riferimento al soggetto cedere di fronte all'ascesa del riferimento alla persona¹².

Occorre inoltre osservare che da nessun indice positivo di diritto interno come di diritto internazionale si ricava l'attribuzione al concepito della capacità giuridica generale e della “pienezza” di tutela che in tal modo si annuncia di poter assicurare¹³. Né l'innovazione della norma di apertura del codice risulta necessaria al fine di riconoscere un'ovvietà sulla quale tutti convergono, e che trova conferma

BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 533 ss.; ID., *Il problema della soggettività del concepito a cinque anni dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *NGCC*, II, 2010, 185 ss.). Ma l'entusiasmo è stato fin da subito smorzato da chi (G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 99 ss.) ha considerato la dichiarazione “enfatica” e “ottimistica”, osservando come la disposizione, di «contenuto non direttamente precettivo», «dovesse essere rapportata ai contenuti effettivi del provvedimento per controllare se tutti i soggetti coinvolti abbiano diritti, se tutti i diritti siano “assicurati”, se i “coinvolti” siano tutti “soggetti”». Conferma il contenuto meramente enunciativo della disposizione Corte cost., 28 gennaio 2005, n. 48.

¹⁰ Corsivo e sottolineatura aggiunti a sottolineare la capziosità del messaggio, che consiste nel parificare ciò che né il legislatore, né la dottrina e nemmeno la giurisprudenza hanno mai considerato identico, ossia la persona nata e il *nondum natus*, la vita perfetta e il principio di vita. E quindi, di conseguenza, il diritto alla vita – quale esistenza umana tra la nascita e la morte – e i diritti del concepito connessi alla sua aspettativa a nascere. Su questo profilo, G. GEMMA, *Vita (diritto alla)*, voce in *Digesto, disc. pubbl.*, XV, Torino, 1999 (agg. 2013). Sulle difficoltà di equiparare l'embrione alla persona vivente e di estendere al primo ogni tutela che l'ordinamento riserva alla seconda, v. anche G. ALPA, G. RESTA, *op. cit.*, 36 ss.

¹¹ Così si legge nella Relazione al d.d.l. AS N. 162/2022, 4.

¹² Su quest'ultimo aspetto, v. S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, 3 ed., Milano, 2018, 25.

¹³ Sulla protezione del nascituro nel diritto interno torneremo brevemente nel paragrafo successivo. Per quanto riguarda la richiamata fonte di diritto internazionale basti aggiungere che, mentre a p. 3 della Relazione al d.d.l. si legge che «l'articolo 4 della Convenzione americana sui diritti dell'uomo attribuisce la capacità giuridica fin dal concepimento», la norma (art. 4, *Right to life*, par. 1), invece, prevede che la protezione legale del diritto alla vita inizia, in generale, dal momento del concepimento: «*Every person has the right to have his life respected. This right shall be protected by law and, in general, from the moment of conception. No one shall be arbitrarily deprived of his life*». Tale protezione – come nella logica sottesa a tutte le discipline che si riferiscono al nascituro – è naturalmente commisurata alla specifica condizione del bene da proteggere, ossia la vita in formazione che può entrare in conflitto e soccombere di fronte a contrapposti interessi di rilevanza primaria.

nella nostra Carta costituzionale¹⁴, ossia la costante tensione dei sistemi giuridici moderni alla protezione dell'essere umano e della vita fin dal germe della sua formazione e, dunque, dalla fase prenatale.

L'intervento modificativo non avrebbe dunque un mero carattere ricognitivo¹⁵. Si presenta, piuttosto, come un tentativo, peraltro inutile e consunto, di intaccare per via indiretta i diritti della donna in gravidanza – costruiti su un bilanciamento di valori tra vita e salute della madre e del figlio – introducendo una generale indifferenziazione delle posizioni in campo, alle quali si riconducono interessi non dotati di uguale forza di resistenza nella disputa che li può riguardare.

Gli ineliminabili conflitti di interesse che possono insorgere durante una gravidanza richiedono, difatti, un bilanciamento che esclude, per definizione, la pienezza della protezione accordata a ciascuno e, quindi, anche del centro di interessi facente capo al concepito, la cui tutela è destinata ad affievolirsi quando risulta incompatibile con la protezione di valori altrettanto rilevanti riferibili alla gestante.

Il disegno di legge esprime dunque il proposito di scardinare l'equilibrio raggiunto con la legge n. 194/1978 e di contestare il sacrificio della vita nascente che essa, a determinate condizioni, consente. È indice, pertanto, di una volontà politica tesa a ridurre l'ampiezza del diritto all'aborto, quale possibile esito di una decisione riservata alla donna.

Si tenta così di dissolvere l'inevitabile distinguo che riecheggia nella celebre affermazione della Corte costituzionale secondo cui «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare»¹⁶.

La proposta in esame mira difatti a riconoscere nell'entità che si sviluppa a partire dal concepimento una "persona" tale e quale a quella che, in tutti i sistemi giuridici europei, si individua nell'essere umano solo a partire dalla nascita; così appiattendolo la gradazione inscritta nel fatto naturale della vita in formazione che, almeno fino a un certo grado di sviluppo, dipende dal corpo materno, immedesimandosi in esso.

Non a caso, il fondamento teorico della modifica viene indicato nel principio di eguaglianza, invocato come «cardine della moderna civiltà giuridica»¹⁷.

In effetti, l'abrogazione che nel 1944 ha interessato il terzo comma dell'art. 1 c.c. era stata adottata all'insegna dell'uguaglianza tra esseri umani, volendosi allora definitivamente superare la grave discriminazione perpetrata dal legislatore fascista in danno delle persone appartenenti alla razza non

¹⁴ La tutela del concepito ha fondamento costituzionale nell'art. 31, comma 2, che protegge la maternità, e nell'art. 2 che «riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito» (testualmente, Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27).

¹⁵ Riferendosi all'originaria proposta, taluno ha osservato, anzi, che esso costringerebbe a riscrivere gran parte delle norme dedicate alla persona fisica, così C.M. MAZZONI, *La vita nascente: il corpo del nascituro*, in C.M. MAZZONI (a cura di), *Per uno statuto del corpo*, Milano, 2008, 216 ss.

¹⁶ Sempre Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27.

¹⁷ Così la Relazione di accompagnamento (a p. 3) che qui riecheggia la valutazione sull'art. 1 c.c. espressa dalla più risalente dottrina, la quale considerava la norma «indice di somma civiltà dell'ordinamento giuridico italiano» e «massima espressione del principio di eguaglianza di tutti gli "esseri umani"» (lo ricorda E. GIACOBBE, *Il concepito come persona in senso giuridico*, Torino, 2003, 16, alla quale si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici).

ariana. E la nozione di capacità giuridica generale, considerata di scarso rilievo pratico, riveste – secondo la dottrina – un innegabile valore morale proprio nell’esprimere il definitivo ripudio di discriminazioni conosciute in altre epoche storiche e nel confermare l’impegno a rimuovere le disparità di carattere formale e le diseguaglianze che di fatto incidono sulla proclamata idoneità ad acquistare diritti e doveri¹⁸.

Senonché, ci troviamo ora al cospetto di un intervento assai diverso che impropriamente invoca il principio di eguaglianza per applicarlo a situazioni differenti, quali la condizione della persona già vivente e di quella non ancora nata, la cui sopravvivenza dipende dal grembo materno¹⁹. La modifica sarebbe inoltre inservibile al fine dichiarato e, come tale, ha incassato un giudizio negativo fin dalla sua prima ideazione²⁰. Difatti, la norma codicistica che individua nella nascita la condizione per il “riconoscimento” generale ed egualitario della totalità dei diritti non patrimoniali spettanti al soggetto, non implica – come la migliore dottrina ha chiarito da tempo – una esclusione “a contrario” del non nato da tutti e da ciascuno di quei diritti²¹.

Pertanto, è davvero necessario procedere alla modifica dell’art. 1 c.c. al fine di tutelare il concepito e la vita nascente? La “pienezza” di tutela invocata da chi propone di anticipare al concepimento l’acquisto della capacità giuridica a quale “entità” si commisura? Qual è il reale significato e il costo che sconterebbe la sua attuazione?

2. L’inizio della vita umana e la tutela dell’aspettativa a nascere. Il *nondum natus* non necessita della capacità generale

La nozione tradizionale di capacità sottesa all’art. 1 c.c., indicando una «qualità astratta ed ideale, sempre identica a sé stessa»²², mal si adatta alla condizione del concepito per descrivere la quale si è parlato di una mera aspettativa alla nascita e a nascere sano²³.

Se non v’è dubbio che, dal punto di vista biologico, la vita umana inizi ben prima della nascita e si sviluppi in un processo continuo dal concepimento²⁴, non può stupire che la corrispondente nozione

¹⁸ Tra i primi a condividere l’osservazione, P. RESCIGNO, *Capacità di diritto privato e discriminazione dei soggetti*, cit., 794.

¹⁹ Persino la dottrina assestata su posizioni conservatrici e tendenzialmente restrittive riconosce che «non vi è quella “equivalenza” tra la “individualità” del concepito e la “personalità” della madre che potrebbe giustificare una – peraltro comunque azzardata – operatività del principio di parità di trattamento», così F.D. BUSNELLI, *Di chi è il corpo che nasce?*, in C.M. MAZZONI (a cura di), *Per uno statuto del corpo*, cit., 117.

²⁰ V., per tutti, il giudizio espresso da G. ALPA, G. RESTA, *op. cit.*, 44 ss.

²¹ V. P. ZATTI, *Diritti dell’embrione e capacità giuridica del nato*, cit., 109.

²² La sottolineatura in questi termini è di M. DOGLIOTTI, *Capacità, incapacità, diritti degli incapaci. Le misure di protezione*, in L. MENGONI (diretto da), P. SCHLESINGER, V. ROPPO, F. ANELLI (continuato da), *Tratt. dir. civ. comm.*, Milano, 2019, 28.

²³ Ancora M. DOGLIOTTI, *op. cit.*, 32 ss., il quale scrive con fermezza che la l. n. 194 non lede alcun presunto diritto del concepito al conseguimento della vita.

²⁴ Processo del quale, peraltro, possono essere individuate alcune tappe cruciali anche per il diritto, come il momento in cui si inverte la cd. *viability* del feto. Il processo riproduttivo in chiave biologica è illustrato da C. FLAMIGNI, *Le tappe dell’evoluzione biologica*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto, Il governo del corpo*, II, 1281 ss.

giuridica si sia invece imperniata su due fatti – la nascita e la morte – che la legge ha eretto a confini dell’arco della vita²⁵, ricorrendo a criteri fissi per determinare il loro verificarsi²⁶.

Di fronte alla complessità e gradualità del processo, ora non più solo naturale, di formazione della vita umana, il diritto civile individua nella nascita²⁷ il momento decisivo e di facile accertamento per il riconoscimento della capacità giuridica generale²⁸, ossia quella prerogativa che, secondo una nota definizione, indica l’astratta attitudine ad essere titolare di diritti e doveri che si riscontra nella persona intesa in senso giuridico²⁹. Conseguentemente, si è giunti a distinguere la soggettività piena delle persone già nate da quelle forme di soggettività che possono ricondursi alla condizione dell’embrione e del feto. Emerse soprattutto con l’avvento delle biotecnologie, esse esprimono l’attenzione dell’ordinamento per valori, considerati di interesse generale, che si collocano nella fase prenatale.

La dottrina giuridica, nell’affrontare i dilemmi posti da alcune questioni morali di inizio vita (dall’aborto alla tutela dell’embrione nella procreazione medicalmente assistita), ha dunque indagato l’atteggiarsi della “soggettività” prima della nascita, al fine di delineare i contorni della protezione che il diritto può assicurare a valori universalmente condivisi, quali la vita prenatale e la dignità dell’embrione. Nelle sue analisi, oltre ad aver da tempo abbandonato l’alternativa secca tra *personae* e *res*, propugnando la costruzione di una soggettività “tagliata su misura del corpo che nasce” ha perentoriamente escluso che questa costruzione passi attraverso l’attribuzione di una capacità giuridica generale al nascituro concepito³⁰.

²⁵ Risale ad Alcmeone, un medico vissuto nel VI secolo a.C., la considerazione secondo la quale, a fronte della figura più perfetta, il cerchio, noi siamo un cerchio incompiuto, un “arco”, appunto. Lo ricorda I. DIONIGI, *Parole che allungano la vita*, Milano, 2020, 88, laddove osserva che «per una meravigliosa e tremenda ambiguità linguistica la morte e la vita sono iscritte nella stessa parola greca *bios*: *bíos* è “vita”, *bíos* è “arco”».

²⁶ Nella prospettiva del legislatore del 1942, «il nascere e il morire tracciano i confini del soggetto: tanto dura la vita altrettanto dura l’uomo come persona giuridica», scrive N. IRTI, *La giuridificazione del bios*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 337 ss., osservando peraltro come la saldezza di questi confini, con l’avvento della biotecnica e del biodiritto, appartenga al passato.

²⁷ V. P. RESCIGNO, *Nascita*, voce in *Digesto, disc. priv.*, XII, Torino, 1995, 1 ss.

²⁸ Ciononostante, la tesi secondo la quale l’acquisto della capacità giuridica sarebbe anticipato al concepimento è stata formulata in dottrina da E. GIACOBBE, *op. cit.*, 255 s., la quale esprime il convincimento che «nulla ostacola l’affermazione della capacità giuridica del concepito ad eccezione dell’autodeterminazione della donna», frapponendosi all’affermazione della sua personalità giuridica esclusivamente la legge sull’aborto. V. anche G. BALLARANI, *La capacità giuridica “statica” del concepito*, in *Dir. fam.*, II, 2007, 1462 ss., secondo il quale «l’art. 1 c.c. potrebbe leggersi con una aggiunta: *La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita, e fin dal momento del concepimento per quanto attiene alla tutela della persona*». La tesi è ripresa nel successivo scritto dell’autore: *La situazione giuridica del concepito tra esigenze di qualificazione e istanze di tutela*, in C.M. BIANCA (a cura di), *Interessi fondamentali della persona e nuove relazioni di mercato*, Roma, 2012, 60 ss.

²⁹ V. ancora P. RESCIGNO, *Capacità giuridica*, voce cit., 218 ss.

³⁰ Fondamentale il contributo di P. ZATTI, *Corpo nato, corpo nascente, capacità, diritti. L’art. 1 c.c. e la vita prenatale*, in C.M. MAZZONI (a cura di), *Per uno statuto del corpo*, cit., 159 ss.; *Id.*, *Questioni della vita nascente*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto, Il governo del corpo*, II, 1307 ss. V. anche P. BUSNELLI, *Di chi è il corpo che nasce?*, cit., 120 s. Prima della nascita non c’è soggetto capace, ma a prescindere da ciò, secondo la nota prospettazione di G. OPPO, *Declino del soggetto e ascesa della persona*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2002, 829 ss., con il concepimento si crea il “principio dell’uomo”. Sui riflessi delle qualificazioni soggettive riferite alla vita prenatale, si leggano le interessanti pagine di D. CANALE, *La qualificazione giuridica della vita umana prenatale*, in *Trattato di biodiritto, Il governo del corpo*, cit., 1253 ss. Più di recente, a favore della soggettività del concepito

Si è privilegiato in sostanza, e tale visione non può che condividersi, un approccio più vicino possibile al dato empirico; alla mutevolezza di una condizione in divenire, che richiede un certo grado di relatività delle valutazioni che la concernono in ragione dei differenti contesti (gravidanza, PMA, ricerca scientifica) nei quali la tutela dell'embrione e del feto può entrare in conflitto con altri interessi.

Per altro verso, anche sul piano giuridico, è da tempo matura l'idea secondo la quale l'esistenza e la tutela dell'uomo – di ogni "persona" secondo la terminologia in uso nelle Carte dei diritti fondamentali³¹ – non è condizionata dalla nascita³².

In questo quadro, la qualificazione dell'embrione o del feto come individuo umano non implica l'attribuzione di una soggettività piena, né della capacità giuridica. Oltretutto, la meccanica estensione di queste qualifiche non è funzionale ad una tutela che viene comunque garantita – con la tecnica del bilanciamento – nei particolari e noti ambiti in cui il percorso verso l'autonomia vitale può subire interferenze³³.

Su questi presupposti, con specifico riferimento alla gravidanza, il concepito può legittimamente essere oggetto di un intervento abortivo, lasciato all'autonoma valutazione della donna circa l'incidenza della gestazione sulla propria salute fisica o psichica, nei primi 90 giorni³⁴, e a condizioni più rigorose nel periodo successivo, privilegiandosi, in tal caso, la tutela della vita della donna o della sua salute (artt. 4 e 6 l. n. 194/1978).

Allo stesso tempo, altre norme della legge n. 194/1978 giustamente riservano una particolare protezione alla vita nascente. Basti qui ricordare la significativa disposizione contenuta nell'ultimo comma dell'art. 7 secondo la quale, quando sussiste la possibilità di vita autonoma del feto, l'interruzione

(distinto dalla persona dotata di capacità *ex art. 1 c.c.*) si è espresso R. SENIGAGLIA, *Vita prenatale e autodeterminazione: alla ricerca di un "ragionevole" bilanciamento tra interessi contrapposti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1554 ss. Per una critica alla dissociazione tra capacità giuridica e soggettività che, con riferimento al concepito, si ritrova in alcuni orientamenti della dottrina e della giurisprudenza, v. invece P. STANZIONE, *Capacità, legittimazione, status*, cit., 107 ss., secondo il quale la protezione dei beni e dei valori inerenti al concepito è attuata dall'ordinamento «attraverso singole e specifiche forme di tutela, che prescindono dall'attribuzione della qualità di soggetto di diritto» (112).

³¹ Le fonti di diritto internazionale e comunitario sui diritti dell'uomo dedicano tutte uno tra i primi articoli al diritto alla vita (v. art. 3 Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo; art. 2 Convenzione europea dei diritti umani; art. 2 Carta dei diritti fondamentali dell'UE).

³² Parafrasando G. OPPO, *Declino del soggetto e ascesa della persona*, cit., 830, l'uomo esiste, anche nel seno materno, quando è formato come vivente con capacità di vita, da intendersi come capacità di esistenza fisica, non essendo richiesto altro per la tutela della sua vita; *Id.*, *Ancora su persona umana e diritto*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2007, 259 ss.

³³ V. G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999, 229 ss., secondo la quale «L'attribuzione della capacità giuridica dell'embrione non è dunque la via obbligata per assicurargli tutela. Essa sembra anzi, sotto qualche aspetto, addirittura riduttiva e fuorviante» (così 234). Considera del tutto inadeguato il richiamo ai concetti di personalità, soggettività e capacità per la tutela dell'uomo e della vita prenatale C.M. MAZZONI, *Protezione del concepito: dal nominalismo giuridico all'uomo "in quanto tale"*, in *Trattato di biodiritto, Il governo del corpo*, cit., 1299 ss. Secondo l'autore «occorre svincolare il discorso giuridico dai "pantani della soggettività" ed assegnare al concepito garanzia di difesa senza obbligare il giurista alla necessità pregiudiziale di attribuirgli qualità soggettive nel significato e con le conseguenze che il diritto accorda a questo concetto». Ciò che deve stare a cuore è «preservare una tutela materiale del concepito», dato che «l'essere umano nascente rileva ai fini del diritto come entità ed identità corporea, l'uomo che si sviluppa in un processo di vita» (1304).

³⁴ V., da ultimo, L. BUSATTA, *L'interruzione volontaria della gravidanza entro i primi novanta giorni: una prestazione sanitaria a contenuto costituzionalmente vincolato*, in *Nomos*, 2, 2022.

della gravidanza può essere praticata solo in caso di grave pericolo per la vita della donna e il medico che esegue l'intervento deve adottare ogni misura idonea a salvaguardare la vita del nascituro³⁵.

Si potrebbe sostenere, per contro, che l'attribuzione della qualità di persona (nell'angusto senso codicistico) a partire dalla nascita non è una necessità logica, ma una scelta giuridica, ed in quanto tale può essere teoricamente modificata. Ma il punto non sta nel riconoscere o escludere la capacità generale³⁶ e con essa il carattere di persona di diritto comune al *nondum natus* perché, a voler portare a conclusione il ragionamento con riferimento all'aborto e alla protezione della vita nascente, l'estensione di questa qualifica al concepito «può spostare i pesi nei piatti del bilanciamento, ma non escluderne la necessità»³⁷.

L'eccedenza dell'estensione della capacità giuridica generale al nascituro ai fini della sua tutela ha poi trovato conferma in altri settori del diritto civile. Tra le questioni più rilevanti che hanno intersecato l'art. 1 c.c. si annovera la risarcibilità dei danni derivanti da un fatto avvenuto nella fase prenatale. Ma anche questi problemi, inclusi quelli riconducibili alle diverse fattispecie di cd. nascita indesiderata, hanno avuto soluzione mediante il ricorso alle regole esistenti (segnatamente alle norme che regolano la responsabilità civile), senza bisogno di costruire un'anticipata capacità del nascituro³⁸.

3. La matrice ideologica della proposta di modifica dell'art. 1 c.c. nel quadro globale di arretramento della tutela dei diritti riproduttivi della donna

Come ricordato, l'iniziativa legislativa odierna non è una novità. Potrebbe dunque essere prontamente archiviata alla luce delle considerazioni che la dottrina civilistica ha sviluppato sulla questione. Tanto più perché il tempo trascorso, nonostante l'intensificarsi dei problemi connessi a scelte morali e giuridiche sulla vita prenatale, ha confermato la lungimiranza di quel pensiero.

Tuttavia, l'ostinata riproposizione dell'anacronistica idea di retrocedere al concepimento l'acquisto della capacità giuridica – di cui pure, fin dalle sue prime apparizioni, è stata ampiamente dimostrata l'inutilità – impensierisce poiché esprime una matrice ideologica che si colloca in un quadro globale di arretramento della tutela dei diritti di genere, che sta altrove avendo manifestazioni particolarmente odiose. Difatti, tra le più subdole minacce allo Stato di diritto e ai diritti civili dell'epoca attuale, si an-

³⁵ Per approfondimenti, P. ZATTI, *Questioni della vita nascente*, cit., 1328 ss.

³⁶ Secondo G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 99 ss., la disposizione dell'art. 1 c.c. non va sopravvalutata perché «il problema non è di capacità giuridica, ma di esistenza e consistenza del principio di vita nel quale è già tutto l'uomo futuro». Del resto, prosegue l'autore, la stessa norma riconosce diritti in favore del concepito e la subordinazione alla nascita non esclude che si sia in presenza di una realtà giuridica attuale e tutelabile.

³⁷ Cfr. P. ZATTI, *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2001, 149 ss.

³⁸ Come aveva sostenuto P. RESCIGNO, *Nascita*, voce cit., 2; *Id.*, *Frammenti da varie riflessioni nel tempo*, in C.M. MAZZONI (a cura di), *Per uno statuto del corpo*, cit., 150. Per un approfondimento su questi temi, v. G. LISELLA, F. PARENTE, *op. cit.*, 115 ss. La giurisprudenza pronunziatasi in materia di danni subiti dal feto nella vita intrauterina ha dapprima riconosciuto la soggettività del concepito, pur considerandolo privo di capacità giuridica generale (v. Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *NGCC*, I, 2009, 1258, con nota critica di G. CRICENTI, *Il concepito soggetto di diritto ed i limiti dell'interpretazione*), per poi assestarsi sull'orientamento espresso dalle Sezioni Unite (Cass., 22 dicembre 2015, n. 25767, in *Foro it.*, 1, 2016, 494) secondo le quali non è indispensabile elevare il nascituro a soggetto di diritto dotato di capacità giuridica per fornirgli protezione.

noverano le incursioni del potere politico nella dimensione morale, corporea, sessuale e riproduttiva dell'individualità umana³⁹.

La vicenda americana sfociata nella sentenza *Dobbs*⁴⁰ rappresenta un esempio emblematico di quanto si va affermando e dello specifico fenomeno di indebolimento delle prerogative individuali sul corpo femminile⁴¹.

In ambito europeo, è stata preceduta dall'involuzione recentemente subita dal diritto all'interruzione volontaria della gravidanza nelle cd. democrazie illiberali di Polonia e Ungheria.

In Polonia, con sentenza del 22 ottobre 2020 (K 1/2020), il Tribunale costituzionale ha dichiarato la parziale illegittimità dell'art. 4a della "*Legge sulla pianificazione familiare, la protezione dell'embrione umano e le condizioni di ammissibilità dell'aborto*" che dal 1993 regola l'accesso all'interruzione volontaria della gravidanza. A seguito della decisione è venuta meno la possibilità di procedere all'aborto in presenza di gravi malformazioni fetali, casistica che riguardava la maggioranza delle procedure di IVG praticate. Nella motivazione della sentenza emerge la visione del concepimento come origine della persona e si utilizza la qualificazione del feto come "fanciullo" al fine di rafforzare la protezione della vita nel periodo prenatale, considerando la vita del "bambino concepito", portatore di gravi malformazioni, quale bene di valore sufficiente a sacrificare la libertà della donna di abortire⁴².

In Ungheria, con decreto entrato in vigore il 15 settembre 2022, il governo è intervenuto sulla legge n. 32 del 1992 "*Protezione della vita fetale*" che consente di abortire entro la dodicesima settimana di gestazione, prescrivendo l'inserimento di un paragrafo aggiuntivo nel modulo standard che la donna deve compilare per l'accesso all'interruzione volontaria della gravidanza. Tale modifica richiede che l'operatore sanitario attesti di aver presentato alla gestante, prima di procedere con l'intervento, un'indicazione chiaramente identificabile dei segni vitali del feto, la cd. rilevazione del battito cardiaco. Ufficialmente la novità si giustifica con l'esigenza di rendere alla donna informazioni più complete sulla gravidanza, ma – com'è facilmente intuibile – si presta ad essere strumentalizzata per disincentivare e ostacolare l'esercizio del diritto sottoponendo la donna che si determina all'IVG ad un ulteriore faticoso adempimento.

³⁹ V., tra gli altri, E. STRADELLA, *La decostituzionalizzazione del diritto all'aborto negli Stati Uniti: riflessioni a partire da Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2022, 221 ss., laddove osserva: «Gli interventi sul corpo delle donne e sull'autodeterminazione rappresentano una delle principali, sebbene non l'unica, manifestazione di questo arretramento (*n.d.r.*: subito dai "diritti di genere"), fortemente legata, peraltro, alla crisi dello stato di diritto che caratterizza gli ordinamenti segnati da gestioni populiste del potere, in cui rinvigoriscono del patriarcato e indebolimento dei principi cardine del costituzionalismo sembrano sempre più integrarsi e confermarsi reciprocamente».

⁴⁰ Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, sentenza 24 giugno 2022, *Dobbs v. Jackson Womens' Health Organization* reperibile qui: [19-1392 Dobbs v. Jackson Women's Health Organization \(06/24/2022\) \(supreme-court.gov\)](https://www.supremecourt.gov/opinions/22-1392).

⁴¹ V. l'accurata analisi di S. PENASA, *People have the power! E i corpi e le biografie delle donne? I diversi livelli di rilievo della sentenza Dobbs della Corte Suprema USA*, in *DPCE Online*, [S.l.], 53, 3, sep. 2022. Available at: <https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1661>. (last access: 03 jan. 2023). Ma anche le considerazioni di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Diritti costituzionali effimeri? L'overruling di «Roe v. Wade»*, in *Foro it.*, 9, IV, 2022, 432 ss.

⁴² Per approfondimenti, J. SAWICKI, *Il divieto quasi totale dell'aborto in Polonia: una disputa ideologica senza fine*, in *Nomos*, 2, 2022.

In tutti questi paesi, con accenti e sistemi diversi, si è dunque esasperato sul piano giuridico, ma anche sociale, l'inevitabile conflitto di interessi sotteso all'aborto utilizzando il metodo, tipico delle posizioni antiabortiste, che consiste nel rafforzare la protezione del feto, mediante la sua personificazione, per erodere di riflesso il diritto all'autodeterminazione della donna⁴³.

Si tratta di una strategia, comune al più recente d.d.l. italiano sull'art. 1 c.c., di cui la dottrina rinviene traccia nella decisione della Corte Suprema americana, che ha segnato il definitivo *overruling* di *Roe*⁴⁴. Benché la pronuncia non sia centrata su questo profilo, non è sfuggito agli osservatori come dal concetto di "potential life" cui si riferiva *Roe* e la successiva *Casey*⁴⁵, in *Dobbs* il feto sia diventato "unborn child" o "unborn human being", mentre la donna non viene più menzionata⁴⁶. Il conferimento della personalità al feto, che fa capolino nella sentenza americana della scorsa estate, segna dunque un significativo mutamento di prospettiva⁴⁷ che oltreoceano implica l'apertura «a normative che impediscono alle donne di abortire in Stati in cui l'interruzione della gravidanza è lecita»⁴⁸.

In Europa, il diffondersi di questa visione potrebbe mettere a repentaglio la tenuta delle leggi nazionali sull'interruzione volontaria della gravidanza, che pure rappresenta una delle conquiste sociali più rilevanti degli ultimi decenni, condivisa da quasi tutti i Paesi dell'Unione⁴⁹ e difesa dalle sue istituzioni⁵⁰.

⁴³ Va da sé che ci si riferisce a un'autodeterminazione non slegata da vincoli, ma che si esercita negli spazi che le diverse legislazioni nazionali sull'aborto consentono in connessione alla tutela della vita e della salute della gestante; quindi, in termini diversi e sfumati rispetto a quel diritto all'*autonomy privacy* che la Corte Suprema americana nel 1973 aveva posto a fondamento del diritto all'aborto nel primo trimestre della gravidanza con la storica sentenza *Roe v. Wade*. Difatti, limitando la considerazione alla legge italiana, essa «si caratterizza, con sufficiente chiarezza, come un provvedimento che tutela la vita umana fin dal suo inizio e ne consente il sacrificio a tutela della salute della donna, alla quale rimette la scelta se sopportare rischi di diversa gravità per la propria salute, e proseguire la gravidanza, o invece interrompere la gravidanza per potersi sottrarre a quei rischi; l'autodeterminazione ne risulta garantita non come valore in sé protetto che ponga a discrezione della madre la vita del feto, ma come modo di assunzione di responsabilità in ordine alla soluzione del conflitto tra vita del feto e salute della stessa madre», così P. ZATTI, U.G. NANNINI, *Gravidanza (interruzione della)*, voce in *Digesto, disc. priv.*, IX, Torino, 1993, 264.

⁴⁴ *Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973).

⁴⁵ *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey* 505 U.S. 833 (1992).

⁴⁶ Lo rileva M.R. MARELLA, «*Dobbs*» e la geopolitica dei diritti, in *Foro it.*, 9, IV, 2022, 442 ss., ma v. altresì ID., *Dobbs v. Jackson Womens' Healt Organization, l'Europa e noi*, in *Giustizia insieme*, 26 settembre 2022. La "invisibilizzazione" delle donne in *Dobbs* è una cifra della decisione messa in evidenza anche da E. STRADELLA, *op. cit.*, 215 ss.

⁴⁷ È opinione abbastanza diffusa che uno dei profili di debolezza della sentenza *Roe* sia consistito nell'aver la Corte utilizzato un criterio assolutistico, incentrando la costruzione del diritto all'aborto sull'autodeterminazione della donna. E che un passaggio argomentativo particolarmente critico di questa impostazione fosse quello in cui si negava la qualità di persona al feto. V., tra i tanti, P. ZATTI, *La tutela della vita prenatale*, cit., 150, il quale premoniva: «É del tutto evidente che l'errore può prodursi in senso opposto».

⁴⁸ Così E. GRANDE, *Aborto negato una storia (non solo) americana*, in *Micromega*, 6, 2022, 84 ss., alla quale si rinvia per un'efficace sintesi del percorso giurisprudenziale americano culminato con la sentenza *Dobbs*.

⁴⁹ Con l'eccezione di Malta dove l'accesso alla procedura di IVG è oggetto di una totale criminalizzazione.

⁵⁰ V. la Risoluzione del Parlamento europeo del 7 luglio 2022 "sulla decisione della Corte suprema statunitense di abolire il diritto all'aborto negli Stati Uniti e la necessità di tutelare il diritto all'aborto e la salute delle donne nell'UE", che propone di inserire il diritto all'aborto nella Carta dei diritti fondamentali, con un nuovo articolo 7 bis del seguente tenore: «*Ogni persona ha diritto all'aborto sicuro e legale*».

In questa temperie culturale, il fondamentale principio dell'inviolabilità fisica della persona umana risulta evidentemente in pericolo. Il rischio che la prospettiva morale – di chi ritiene che il valore della vita prenatale meriti una tutela assoluta e incondizionata – penetri nella regolamentazione giuridica, scardinando gli equilibri finora raggiunti dalle legislazioni sull'aborto, sembra difatti crescere in concretezza.

Chi si pone lungo questa scia deve essere coerentemente disposto ad ammettere che intende la gravidanza come una condizione coercibile e che il corpo della donna può essere violato in funzione della tutela della vita e della salute del nascituro che cresce nel suo grembo, rendendosi così complice di un tragico arretramento della condizione femminile.

Nell'attuale scenario globale sull'aborto, l'idea di modificare l'art. 1 del codice civile italiano assume perciò le sembianze di un tedioso rigurgito di sovranità sul corpo delle donne.

Special issue

