

DERECHO CIVIL

Capítulo 17

Alfredo Bullard
Gastón Fernández
(Editores)



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FONDO EDITORIAL 1997
FACULTAD DE DERECHO



Primera edición: octubre de 1997

Diseño de Cubierta: AVA diseños

Derecho Civil Patrimonial

Copyright © 1997 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Av. Universitaria, cuadra 18 San Miguel. Lima, Perú. Telfs. 460-0872 y 460-2291 - 460-2870 anexos 220 y 356.

Derechos reservados

ISBN 9972-42-029-9

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Impreso en el Perú - Printed in Peru

LA DIMENSIONE PATRIMONIALE DEL CORPO UMANO

Stefano Rodota

1. In questi anni, ovunque nel mondo, si sta riscrivendo lo statuto giuridico del corpo umano. A questa impresa, corale e conflittuale, contribuiscono scienziati e giuristi, teologi e filosofi morali, medici, sociologi, antropologi, economisti. Le vecchie regole giuridiche, e molti degli stessi concetti che le sostenevano, appaiono inadeguate ai problemi che devono essere affrontati. È mutata la realtà materiale che costituisce il punto di riferimento della (eventuale) disciplina legislativa.

Fino a non molto tempo fa, le norme sugli usi del corpo erano poche, sintetiche, e riferite solo ad una ridottissima parte dei problemi oggi discussi¹. Questo non era il frutto d'una disattenzione o di un disinteresse. Era la conseguenza del fatto che l'uso del corpo, nella grandissima parte dei casi, dipendeva unicamente da leggi naturali, consentiva solo limitati interventi attivi che ne modificassero la struttura e, quindi, non aveva bisogno di specifiche regolazioni giuridiche. La norma morale o sociale sull'uso del corpo trovava proprio nell'inalterabilità dei processi naturali la sua più forte garanzia.

L'impegnativa e perentoria formula di Immanuel Kant, che affermava che «l'uomo non può disporre di se stesso» e «non gli è consentito vendere un dente o un'altra parte di se stesso»², è stata messa

1 Il Codice civile del 1942 contiene una sola norma in materia, l'art. 5, dedicato agli «Atti di disposizione del proprio corpo». Il Codice civile del 1865 ignorava del tutto la questione.

2 I. Kant, *Lezioni di etica*, Bari, 1991, p. 189 (le lezioni risalgono probabilmente agli anni 1775-1780).

in dubbio non tanto da un mutamento della morale universale, quanto piuttosto da un insieme di innovazioni tecnologiche che hanno modificato la percezione stessa del corpo. Ma in quelle affermazioni si coglie un motivo più generale, e non cancellato dalle novità prodotte dalla ricerca scientifica, che riguarda la possibilità stessa di una riduzione del corpo ad uno dei tanti oggetti disponibili o commerciabili. Escludendo la vendita di un dente, che la tecnica del suo tempo rendeva possibile, Kant vuol concludere che il corpo non può essere oggetto di proprietà neppure da parte di chi in quel corpo si impersona: «l'uomo può disporre del suo stato, ma non della sua persona»; «l'uomo, per esempio, non è autorizzato a vendere per denaro le sue membra, neanche se, per un dito, ricevesse diecimila talleri, altrimenti si potrebbero acquistare da un uomo tutte le sue membra»³.

Già all'epoca di Kant, comunque, era acquisito che alcuni «prodotti» del corpo umano, o sue parti riproducibili, potessero far oggetto di contratti giuridicamente validi: è il caso del contratto di vendita di capelli (femminili quasi sempre) o di quello che regolava la prestazione del latte da parte della nutrice. Bisogna, allora, verificare nella realtà di oggi se, come quando il corpo, le sue parti e i suoi prodotti possano divenire oggetto di atti di disposizione, e da parte di chi, o di vere e proprie transazioni commerciali.

2. Per muoversi concretamente in questa direzione può essere utile ricordare e analizzare alcuni casi particolarmente significativi.

1) Robert Rodriguez, un giovane regista autore del *cult-movie* dal titolo *El Mariachi*, ha dichiarato nel 1993 in una intervista che, per procurarsi una parte della somma necessaria per la produzione del film (7.000 dollari), ha accettato di «lavorare» come cavia retribuita per la sperimentazione di prodotti farmaceutici. In questo caso si può vedere il risultato estremo di una idea del corpo come fonte di profitto: non si può vendere un dente, ma si può farlo con la forza lavoro. «Labour being the unquestionable Property of the Labourer, no Man but he can have a right to what that once is joined to»⁴: così scriveva John Locke, ponendo la

3 I. Kant, *Lezioni*, cit., pp. 139, 143.

4 J. Locke, *Second Treatise of Government* (1690), sect. 27, trad. it. *Due trattati sul governo*, Torino, 1960².

premessa teorica per lo scambio tra forza lavoro e remunerazione. E, se si legge una delle *Ordonnances* del *contrôleur général* Robert-Jacques Turgot, quella del 1776, si trova una definizione del lavoro come «droit inaliénable de l'humanité», dove si vuol dire appunto che nessuno può essere privato del diritto di scambiare o vendere la propria forza lavoro.

Attraverso il lavoro libero e remunerato, e quindi in opposizione alla logica della schiavitù, il diritto di proprietà si proietta sul corpo, e questo entra a far parte delle relazioni mercantili in forme diverse (lavoro manuale, intellettuale). La particolare «fisicità» della prestazione fornita da Robert Rodriguez pone certamente problemi particolari, ma non esclude la possibilità di considerarla nella prospettiva di una integrale utilizzazione commerciale del corpo⁵.

2) Il caso forse più noto in tema di proprietà del corpo e delle sue parti è certamente quello di John Moore, un paziente affetto da leucemia che venne curato nel 1976 presso il Medical Center della University of California at Los Angeles (Ucla). Durante la cura gli venne asportata la milza, e due medici curanti scoprirono che i tessuti della milza avevano la proprietà di produrre una particolare proteina del sangue. I linfociti T di Moore vennero così utilizzati per una linea cellulare per la produzione di medicinali antibatterici e contro il cancro. Nel 1981 gli amministratori dell'Ucla chiesero ed ottennero di brevettare questa linea cellulare e, su questa base, l'università e i due ricercatori stipularono un contratto con le società Genetic e Sandoz che, a loro volta, brevettarono nel 1984 nove prodotti derivati da quella linea cellulare. Il valore complessivo dell'operazione «Mo cell line» è stato stimato in più di tre miliardi di dollari.

5 È bene ricordare, ad ogni modo, che in materia di sperimentazione si diffondono i divieti alla remunerazione delle persone che liberamente vi si sottopongono. Si veda, ad esempio, la Raccomandazione R (90) 3, adottata il 6 febbraio 1990 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, il cui principio 13 stabilisce che «ai possibili soggetti di una ricerca medica non possono essere offerti incentivi tali da compromettere la libertà del consenso. Le persone che si sottopongono a ricerche mediche non possono ottenere alcuna remunerazione. Tuttavia, possono essere rimborsati le spese e i mancati guadagni e, in casi specifici, può essere concesso un modesto compenso per gli inconvenienti causati dalla ricerca».

Nel 1984 John Moore avviò un'azione giudiziaria perchè gli fosse riconosciuta una partecipazione ai profitti resi possibili dall'utilizzazione delle cellule della sua milza. In primo grado, nel 1986, la sua domanda venne respinta, negandosi l'esistenza di un diritto di proprietà sulle parti staccate del proprio corpo: diritto che, invece, venne riconosciuto a Moore nel 1988 dalla Corte d'Appello della California⁶. Ma la parola definitiva è venuta dalla Corte Suprema della California⁷, con una decisione che a qualcuno è sembrata un compromesso tra le due sentenze precedenti⁸. Da una parte, infatti, ha negato l'esistenza di un «property right» su tessuti e cellule del proprio corpo. Dall'altra, ha affermato che era stata violata la relazione fiduciaria tra medico e paziente, dal momento che Moore non era stato informato delle potenzialità economiche legate all'utilizzazione dei suoi tessuti. La necessità di questa informazione è stata così argomentata dalla Corte: «riteniamo che un medico, quando richiede il consenso di un paziente per un trattamento, debbarvelargli, per adempiere ai suoi doveri fiduciari, i propri interessi personali, economici o di ricerca, che non riguardano la salute del paziente e che possono influenzare le sue valutazioni terapeutiche».

In realtà, sulla questione essenziale non vi è stato alcun compromesso, dal momento che la proprietà dei tessuti è stata esclusa. Il riferimento alla violazione dei doveri fiduciari dà soltanto la possibilità a Moore di ottenere un risarcimento del danno a titolo diverso dalla violazione del diritto di proprietà.

3) In Germania, il signor M.B., trentunenne, apprende di avere un cancro alla vescica e decide di sottoporsi ad un intervento chirurgico per l'asportazione della prostata e della vescica. Poiché questo avrebbe avuto come conseguenza l'impossibilità di generare, l'interessato decide, prima dell'operazione, di depositare il proprio sperma presso il dipartimento andrologico di una clinica specializzata. Due anni dopo, avendo problemi di spazi, la clinica chiede ai «depositanti» di far sapere entro quattro settimane se vogliono che la conservazione del loro sperma continui.

6 *Moore v. The Regents of the University of California*, 202 Cal App., 1248.

7 *Moore v. The Regents of the University of California et al.*, Supreme Court of the State of California, file n. S006987.

8 A. Kimbrell, *The Body Shop*, San Francisco, 1993, p. 209.

M.B. risponde dopo cinque giorni, ma la lettera non è inserita nel suo dossier e, scaduto il termine, il suo sperma viene distrutto.

Sposatosi nello stesso anno, M.B. chiede al dipartimento lo sperma depositato, per avere un figlio grazie alle tecnologie della riproduzione. Conosciuta la distruzione, agisce in giudizio per un risarcimento di danni di 25.000 marchi in base al paragrafo 823 del BGB (Codice civile). In primo e secondo grado i tribunali respingono la sua richiesta, sostenendo che non si è in presenza di una delle circostanze che, secondo l'articolo citato, legittimano la richiesta di risarcimento. Mancherebbe, infatti, una «lesione del corpo» (così si esprime il paragrafo 823), dal momento che una parte ormai separata da questo dev'essere considerata come una cosa soggetta a regole proprie, e diverse da quelle che regolano il corpo nella sua integrità.

Il *Bundesgerichtshof* (la Corte di Cassazione), con una sentenza del novembre del 1993⁹, non contesta in via generale quest'ultima argomentazione. Introduce, però, una serie di distinzioni. Osserva, in primo luogo, che vi sono casi di separazione irreversibile, che si hanno quando un organo o un prodotto del corpo (sangue) sono destinati a far parte di un altro corpo. In altri casi, invece, la separazione è soltanto temporanea, essendo le parti o i prodotti destinati ad essere reintegrati nel corpo d'origine: questo avviene, ad esempio, per i prelievi di sangue per autotrasfusione, per i prelievi di pelle o di ossa a fini di autotrapianto, per gli ovuli prelevati per una fecondazione *in vitro* nell'interesse della stessa donna dalla quale provengono. In tutte queste ipotesi viene mantenuta una «unità funzionale» con il corpo d'origine, che non consente di qualificare le entità separate come cose e impone di considerare come una lesione del corpo gli interventi che pregiudicano appunto quella unità.

Lo sperma si presenta come un caso a parte, dal momento che alla sua separazione segue la destinazione ad essere integrato nel corpo di un'altra persona. Ma osserva la sentenza:

9 *Bundesgerichtshof*, 9 novembre 1993, in «Familienrecht», 1994, pp. 154-156.

da una parte, lo sperma è separato dal corpo del soggetto di diritto in maniera irreversibile; dall'altra, è destinato a realizzare una tipica funzione del corpo, quella della riproduzione. Anche se la conservazione dello sperma sostituisce la funzione riproduttiva, essa ha per l'integrità del soggetto di diritto e per la sua capacità personale di realizzazione e decisione la stessa importanza di un ovulo o di un'altra parte del corpo, protetti dai paragrafi 823 e 847 del BGB. Allo stesso modo dell'ovulo prelevato e destinato ad essere reimpiantato dopo una fecondazione artificiale, nel caso considerato lo sperma rappresenta l'unica possibilità che il soggetto di diritto ha di procreare e di trasmettere ai figli le proprie informazioni genetiche.

Il corpo, dunque, è inteso e definito come unità funzionale, che dev'essere protetta anche per consentire la realizzazione del diritto di ciascuno all'autodeterminazione.

4) Le diverse modalità di separazione dal corpo di sue parti o prodotti non incidono soltanto sulla natura giuridica di tali cose, ma, proprio per effetto di tale mutamento, consentono una loro utilizzazione commerciale. È noto, ad esempio, che i donatori di sperma ricevono in ogni caso una contropartita finanziaria, ordinariamente nella forma del «rimborso spese». Per quanto riguarda gli ovuli, invece, i compensi sono dichiarati e molto più elevati: la donna «produttrice» riceve in media l'equivalente di 2.000 dollari per un bene che, sul mercato, raggiunge un valore di 20.000 dollari.

La commercializzazione della funzione riproduttiva giunge ad investire il corpo nella sua totalità, come avviene nel caso delle madri «surrogate» o di «sostituzione». Qui le tariffe di mercato variano. Se la donna partecipa con il suo materiale genetico, e viene quindi inseminata con lo sperma del committente, la tariffa è più elevata, dal momento che si opera una selezione della madre di sostituzione in funzione di particolari caratteri che questa presenta (colore della pelle o degli occhi, statura, quoziente d'intelligenza...). La tariffa può scendere nei casi in cui si procede all'impianto di un embrione nell'utero della madre di sostituzione: poiché non interessano i caratteri genetici di quest'ultima, ma solo la sua attitudine ad una buona gravidanza, si allarga la disponibilità delle candidate e diminuiscono le esigenze di selezione.

5) Per quanto riguarda gli organi, l'esistenza di un mercato è ben

nota, e presenta caratteri diversi. Vi sono situazioni di mercato *legale*, come in Turchia e in India; in Germania è stato possibile il funzionamento di una agenzia che agiva pubblicamente, attraverso annunci sui giornali, per reclutare le persone disposte a vendere loro organi. Vi sono poi casi di mercato *non legale, clandestino*, ma *non violento*: è documentata l'esistenza di un traffico di organi (cornee, in particolare, prelevate illegalmente da cadaveri) da alcuni paesi dell'Europa centrale e orientale, dalla Russia soprattutto, verso l'Europa occidentale. Un mercato *illegale, clandestino e violento*, infine, caratterizza altre aree, come l'America centrale e meridionale, dove molte volte sono stati denunciati la sparizione di bambini probabilmente destinati a questo mercato, o il ritrovamento di alcuni di loro con cicatrici che provavano l'avvenuto prelievo di un organo.

6) La crescita delle conoscenze sul corpo ha fatto aumentare la richiesta di quelle particolari rappresentazioni del corpo che sono, in primo luogo, le informazioni genetiche. La richiesta proviene soprattutto da molte imprese e, in particolare, dalle compagnie di assicurazione, per le quali la conoscenza di quelle informazioni assume grande rilevanza per la selezione degli aspiranti all'assunzione o di coloro che richiedono particolari assicurazioni, e quindi per la stipulazione dei contratti di lavoro e dei diversi tipi di contratti di assicurazione. In questo modo, l'informazione sul corpo diventa un elemento rilevante per il calcolo economico e le decisioni d'impresa.

3. Gli esempi appena ricordati indicano anche alcune delle risposte dei sistemi giuridici ai problemi posti dalle nuove situazioni create dalle tecniche di intervento sul corpo. In generale, si può osservare come in quasi tutti i sistemi vengano tenuti fermi i principi dell'autodeterminazione, della non commerciabilità e del divieto di tutti gli atti di disposizione riguardanti il corpo «quando cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica, o quando siano comunque altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume» (art. 5 del codice civile). Altri esempi recenti possono indicare con maggiore precisione quali siano gli orientamenti che oggi si possono ritrovare in ambienti giuridici diversi.

a) Il Progetto di Convenzione sulla bioetica, elaborato dal Comitato direttivo per la bioetica del Consiglio d'Europa (Convenzione per la

protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano di fronte alle applicazioni della biologia e della medicina, 1994), contiene l'articolo 11 (Divieto di profitto), che dispone «Il corpo umano e le sue parti non devono costituire, in quanto tali, fonte di profitto». Nel Rapporto che accompagna il progetto si specifica che è ammessa «una remunerazione ragionevole» per le «attività tecniche (prelievo, test, conservazione, coltura, trasporto...)» relative alle parti del corpo utilizzate. Inoltre, è sempre ammesso un rimborso per le spese sostenute o per il lucro cessante a favore delle persone dalle quali provengono le parti o i prodotti del corpo.

b) Il Progetto di Protocollo sui trapianti d'organo, elaborato dallo stesso Comitato, con l'art. 14, ribadisce e specifica il principio:

«1. Gli organi in quanto tali non devono divenire fonte di profitti economici.

2. Questo non esclude:

- un compenso ai donatori viventi per i mancati guadagni e per qualsiasi spesa determinata dall'espianto o dalle relative analisi;

- il pagamento (di un compenso ragionevole) per i servizi medici necessari e per i relativi servizi tecnici, resi in occasione dei trapianti».

c) Il divieto di commercializzazione del sangue è esplicitamente previsto da una Direttiva del 1989 delle Comunità europee.

Questi primi tre esempi documentano la tendenza a trasferire in atti internazionali o sovranazionali, specificandolo, il principio di non commerciabilità già previsto in molte legislazioni nazionali.

d) Nel giugno del 1993 il Parlamento francese ha approvato il più ampio e ambizioso complesso di norme in materia di bioetica oggi vigente. La legge n. 94-653 del 29 luglio 1994 contiene le norme seguenti (l'art. 3):

«Dopo l'art. 16 del codice civile sono inseriti i seguenti articoli da 16-1 a 16-9:

Art. 16-1. Tutti hanno diritto al rispetto del loro corpo.

Il corpo umano è inviolabile.

Il corpo umano, le sue parti e i suoi prodotti non possono essere oggetto di un diritto patrimoniale.

Art. 16-5. Sono nulle le convenzioni che abbiano come effetto quello di attribuire un valore patrimoniale al corpo umano, alle sue parti o ai suoi prodotti.

Art. 16-6. Non può esser data alcuna remunerazione a chi si presta a sperimentazioni sul proprio corpo, o al prelievo di organi o alla raccolta di prodotti di esso»;

e l'art. 7 dispone: «(...) il corpo umano, le sue parti e i suoi prodotti, così come la conoscenza della struttura totale o parziale d'un genoma umano, non possono costituire, in quanto tali, l'oggetto di un brevetto».

Nella legge n. 94-654 del 29 luglio 1994, l'art. L. 665-13 stabilisce che:

«Nessuna retribuzione, in qualsiasi forma, può essere data a chi consente al prelievo di parti o alla raccolta di prodotti del suo corpo. Può essere eventualmente previsto un rimborso delle spese, secondo le modalità fissate con decreto del Consiglio di Stato».

E l'art. L. 152-5 aggiunge: «Nessuna retribuzione, in qualsiasi forma, può esser data alla coppia che abbia rinunciato ad un proprio embrione».

e) Per quanto riguarda le informazioni genetiche e, più in generale, quelle sulla salute, già la Convenzione europea sulla protezione dei dati personali (1981) e alcune leggi nazionali hanno attribuito loro un particolare statuto giuridico, classificandole tra le informazioni «sensibili», comprese nel cosiddetto «nucleo duro» della *privacy*. Vengono in questo modo limitate le possibilità di raccolta e di circolazione di questa categoria di informazioni, con una impostazione

specificamente ribadita per le informazioni riguardanti le persone sieropositive o malate di Aids¹⁰.

Questa linea è ripresa nel Progetto di Convenzione europea sulla bioetica. L'art. 12 stabilisce in via generale che «tutti hanno diritto al rispetto della vita privata in materia di salute». Più specificamente, l'art. 18 afferma che «la comunicazione dei risultati di un test genetico, fuori dall'ambito sanitario, è ammessa solo nei casi previsti dall'articolo 2, paragrafo 2, della presente convenzione». Ora, quest'ultimo paragrafo prevede che la deroga al divieto di circolazione sia ammissibile solo quando si tratti di «misure necessarie, in una società democratica, per la sicurezza pubblica, la difesa dell'ordine e la prevenzione dei reati, la tutela della salute pubblica e dei diritti e delle libertà di altri soggetti». Questa formulazione segue lo schema adottato dall'art. 8.2 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950), ma con alcune omissioni particolarmente significative per il problema della circolazione delle informazioni genetiche: nella Convenzione sulla bioetica, infatti, non si parla della «protezione della morale» e, soprattutto, del «benessere económico del paese». Inoltre, l'art. 17 del Progetto di Convenzione sulla bioetica prevede che i test predittivi di malattie genetiche o indicativi di una predisposizione genetica ad una malattia possano essere effettuati solo per ragioni di salute, o per finalità di ricerca sempre fondate su motivi di salute.

Si può, quindi, escludere che possa essere richiesta la comunicazione di informazioni genetiche per finalità unicamente legate allo svolgimento di attività imprenditoriali (divieto già esistente in Olanda e che si è introdotto anche nello stato della California).

f) In materia di trapianti di organi, nei paesi che vietano ogni forma di commercializzazione, per i prelievi da cadavere ordinariamente si adotta o lo schema del consenso presunto (con conseguente possibilità di dichiarare esplicitamente la propria volontà contraria all'espianto) o quello del consenso esplicitamente manifestato in vita dalla persona (con

10 Cfr. l'art. 6 della legge 5 giugno 1990, n. 135.

possibilità di sostituire a questo il consenso dei familiari), con altre soluzioni risultanti da combinazioni varie di questi principi. Una strada diversa, che risponde all'intenzione di incentivare al massimo la propensione a rendere disponibili i propri organi senza ricorrere a meccanismi di mercato, è stata scelta nel 1987 da Singapore con l'*Human Organ Transplant Act (HOTA)*.

Questa legge stabilisce che tutte le persone capaci tra i 21 e i 60 anni, cittadini o residenti permanenti nello Stato, siano considerati donatori di rene nel caso di morte per incidente, a meno che non abbiano in vita fatto registrare il loro dissenso. Non è richiesto alcun consenso dei familiari, che possono intervenire, per autorizzare il prelievo, solo nei casi della morte di minori o di incapaci.

I musulmani, che rappresentano una minoranza consistente della comunità di Singapore, sono considerati automaticamente dissenzienti per motivi religiosi. Essi, tuttavia, possono volontariamente dichiarare la loro disponibilità al prelievo, così come i familiari possono dare il loro consenso nel caso della morte di un congiunto.

La novità della legge non consiste tanto in queste norme, che riproducono schemi già noti (con un apprezzabile adattamento al carattere multiculturale della società di Singapore), quanto piuttosto nel sistema di incentivi (o disincentivi) previsto. L'art. 12 della legge, infatti, stabilisce che coloro i quali abbiano dato la loro disponibilità all'espianto del rene, esplicitamente o implicitamente, siano preferiti nel caso in cui essi stessi si trovino nella condizione di aver bisogno di un trapianto renale. Anche ai dissenzienti è data la possibilità di giovare di questa priorità solo dopo due anni dalla revoca della loro obiezione. Inoltre, ai familiari delle persone che abbiano donato i loro reni è concesso dallo Stato un contributo pari al 50% delle spese mediche sostenute in ospedali pubblici nei cinque anni successivi al prelievo.

Naturalmente questa legge ha suscitato molte discussioni sia sotto il profilo etico, sia per quanto riguarda il rispetto del principio di eguaglianza tra i cittadini. Nella prospettiva qui considerata, assume particolare rilievo il problema che riguarda i diversi benefici concessi ai donatori e ai loro familiari, che possono essere considerati come una contropartita che modifica lo schema della donazione e dà vita ad una particolare forma di «mercato».

g) La maternità di sostituzione ha dato origine a risposte legislative che vanno dal divieto assoluto al pieno riconoscimento della libertà contrattuale in materia, e che saranno analiticamente considerate più avanti.

4. Da questa serie di esempi emerge con chiarezza come il corpo sia, al tempo stesso, oggetto di interventi legislativi sempre più penetranti e differenziati. Sulla base di queste differenziazioni, e di altre che potrebbero aggiungersi, si può procedere ad una classificazione analitica del corpo «giuridificato». Abbiamo così:

- a) il corpo dell'uomo e quello della donna;
- b) il corpo vivo e il corpo morto;
- c) il corpo dei maggiori e dei minori d'età, dei capaci e degli incapaci, dei giovani e degli anziani;
- d) il corpo dei familiari e degli estranei;
- e) il corpo malato e il corpo sano;
- f) il corpo prima e dopo la nascita (una volta ammessa la possibilità di riferire la nozione di corpo al non nato), il corpo «potenziale» o «progettato» (embrione creato *in vitro*) e attuale;
- g) il corpo «terminale» e quello «recuperabile»;
- h) il corpo degli organi singoli o doppi;
- i) il corpo dei tessuti rigenerabili e non rigenerabili;
- l) il corpo dei tessuti fetali e non;
- m) il corpo delle cellule somatiche o germinali.

L'elenco, che fa riferimento a distinzioni già contenute in norme giuridiche, potrebbe essere ancora allungato. Esso, ad ogni modo, mostra chiaramente come non sia più possibile una considerazione unitaria del corpo umano sulla base del riferimento materiale che, fino a ieri, la aveva resa possibile. L'inscindibilità del corpo nelle sue parti è stata sostituita, grazie ad una molteplicità di tecniche, da una sua scomposizione sempre più accentuata, che ha fatto parlare di un rischio di considerare il corpo come un semplice insieme di parti separabili.

Una rinnovata considerazione unitaria del corpo, quindi, non può essere fondata su di una impossibile ricostituzione di una unità affidata alla «natura», sul dato materiale di una indisponibilità del corpo e delle sue parti garantita dalla sua naturalità. Questa considerazione unitaria,

anche dal punto di vista giuridico, oggi può essere ricostruita solo sul piano dei principi fondamentali del sistema. E, tra questi principi, assumono immediata rilevanza quelli relativi all'eguaglianza, alla dignità della persona, al diritto alla salute e alla non commerciabilità del corpo, delle sue parti e dei suoi prodotti. È interessante notare che alla dignità della persona è stato riconosciuto, per la prima volta nel sistema francese, il rango di principio costituzionale proprio nella decisione con la quale il *Conseil constitutionnel* ha respinto diverse eccezioni proposte contro le leggi riguardanti il corpo, i trapianti e le tecnologie della riproduzione¹¹.

5. Per muoversi in questa direzione, è utile tornare più analiticamente sui problemi posti dal corpo della donna, in particolare su quelli legati alla maternità surrogata. La comparazione tra i diversi sistemi giuridici mette in evidenza una gamma di soluzioni profondamente diverse tra loro. Se si considera il contratto stipulato tra la coppia committente (ma potrebbe anche trattarsi di una singola persona) e la donna che accetta di portare avanti la gravidanza, le soluzioni concretamente adottate sono le seguenti:

a) il contratto è valido, e i committenti possono in ogni caso richiederne l'esecuzione, ottenendo la consegna del nato anche quando la donna che lo ha partorito rifiuta di consegnarlo;

b) il contratto è valido, ma la madre surrogata ha un diritto di ripensamento, che le consente di tenere presso di sé il nato, ovviamente con la restituzione delle somme ricevute;

c) il contratto è valido solo nei casi in cui non vi sia alcuna controprestazione a favore della madre surrogata;

d) il contratto è nullo.

Si possono così individuare tre modelli:

11 *Conseil constitutionnel*, Decisione n. 94-343-344 del 27 luglio 1994, in «Journal officiel de la République française», 1994, pp. 11204-11206.

I) il corpo è parificato a qualsiasi altro bene, può costituire l'oggetto di un contratto con contenuto patrimoniale e a prestazioni corrispettive, e il potere di disposizione della donna non può essere limitato per ragioni morali (l'eventuale riconoscimento di un diritto di ripensamento non altera la sostanza di questo modello, riproducendo uno schema ormai diffuso per i contratti che abbiano come oggetto l'acquisto di beni o servizi in particolari situazioni, come l'acquisto per corrispondenza in base ad un catalogo, l'acquisto ad aste televisive, e così via);

II) il corpo può costituire l'oggetto di un contratto solo nei casi in cui non è prevista alcuna controprestazione (analogia con il contratto di donazione);

III) il corpo è considerato *extra commercium* nel senso pieno dell'espressione e non può, quindi, costituire l'oggetto di nessun tipo di contratto o convenzione.

Una valutazione più approfondita di questi modelli, tuttavia, richiede la considerazione di una prospettiva più ampia e risalente nel tempo. Se si adotta questo punto di vista, ci si avvede che quasi tutti i sistemi hanno sempre ammesso la commercializzazione di alcuni prodotti del corpo, in particolare i capelli, la placenta, il latte e il sangue. La giustificazione consisteva (consiste) nel fatto che si tratta di entità riproducibili e, soprattutto, che non comportano menomazioni dell'integrità fisica e lesioni della dignità della persona¹². Proprio partendo da quest'ultima considerazione, tuttavia, si è progressivamente limitata la possibilità di disporre del proprio sangue, considerandosi la commercializzazione lesiva della dignità umana, visto che la possibilità di ottenere una contropartita economica fa sì che soltanto i soggetti più deboli siano spinti a stipulare contratti di vendita del sangue, determinando così una sostanziale violazione del principio di eguaglianza ed una svalutazione delle ragioni della solidarietà.

12 Nella relazione che accompagna il citato Progetto di Convenzione europea sulla bioetica si dice esplicitamente che il divieto di utilizzazioni commerciali del corpo non si estende ai capelli e alle unghie, «la cui vendita non lede la dignità umana».

Nessun ostacolo continua ad essere posto al commercio dei capelli e della placenta, mentre merita d'essere ricordato il tema del contratto di baliatico, anche se ormai è stato cancellato dal diffondersi delle tecniche di alimentazione artificiale dei neonati. Questo, infatti, ci appare come un contratto particolarmente significativo, poiché già pone molti tra i problemi che oggi si incontrano quando si discute della cessione onerosa di parti del corpo. Esso, infatti, contribuisce a definire una stratificazione sociale, poiché soltanto le donne di alcuni ceti (e con difficoltà economiche) erano indotte a stipularlo. In questo modo, vi era sicuramente un vantaggio per il bambino della coppia «committente», con un concreto conflitto e un possibile pregiudizio per il figlio della nutrice. Si tratta, inoltre, di un contratto reso possibile da una particolare maniera di disporre di un potere tipicamente femminile, quello di procreare, che coinvolge il corpo nella sua integralità, e non soltanto un suo prodotto (il latte). Si possono così scorgere in questo antico contratto alcune delle questioni che, sul piano dei principi, si ritrovano in molte delle discussioni attuali sulla legittimità di un mercato degli organi e sui limiti della libera utilizzazione del proprio corpo da parte delle donne.

Proprio considerando la specificità del potere di procreare¹³, si è cercato di affermare la liceità del contratto di maternità di sostituzione in una prospettiva che vuole andare oltre le consuete argomentazioni di carattere generale, nelle quali si riflette o un'analisi strettamente limitata ai profili economici o l'affermazione di una generica pienezza del potere di disposizione per tutto quel che riguarda il corpo. L'irriducibilità della sfera femminile a questi criteri deriverebbe proprio dal fatto che il contratto di maternità di sostituzione, essendo legato al potere di procreare, può essere stipulato solo da una donna. Il riconoscimento di un diritto incompressibile a disporre del proprio corpo, di conseguenza, assume il significato di una espansione del potere femminile, al di là della specifica vicenda della maternità di sostituzione, che viene così collocata in una dimensione nella quale sia i rischi della commercializzazione, sia quelli legati alla lesione della dignità della donna dovrebbero essere cancellati da questa superiore affermazione di potere.

13 C. Shalev, *Nascere per contratto*, trad. it. di G. Ajanie A. Maffiodo, Milano, 1992: vale la pena di ricordare che il titolo originale del libro è *Birth Power*, appunto «potere di procreare».

D'altra parte, in una prospettiva meno ideologica, la liceità della maternità di sostituzione è stata riconosciuta a condizione che essa non comporti alcuna contropartita. Una volta scongiurato il pericolo della commercializzazione, si ripropone la prospettiva del dono che, in questo caso, si manifesta più precisamente come «solidarietà» tra donne, in una dimensione procreativa che conserva la sua piena specificità femminile e che trasferisce il corpo dalla logica egoistica a quella altruistica. Questa è la logica adottata dalla legislazione inglese, che ha imposto il divieto solo per quanto riguarda tutte le possibili forme di commercializzazione, dalla pubblicità, all'intermediazione, alla retribuzione della donna.

Una volta adottate soluzioni che, a diverso titolo, ammettono in tutto o in parte la maternità di sostituzione, si determinano situazioni che possono entrare in conflitto con il principio che determina l'attribuzione della maternità in base al parto (art. 269, co. 3, codice civile). Nel nostro sistema, come in altri, tale principio era fondato sulla considerazione che il parto era al tempo stesso la prova della discendenza biologica del nato da quella donna. Questa premessa non muta nei casi in cui la maternità di sostituzione comporta anche la «prestazione» da parte della donna del proprio materiale genetico, risolvendosi in un caso di fecondazione assistita. Quando, invece, il contratto considera l'impianto di un embrione costituito con il materiale genetico dei committenti (o, comunque, con ovociti non della donna destinata ad esserne portatrice), si spezza il nesso tra gravidanza e contributo genetico, e si pone il difficile problema di ponderare i due diversi contributi -quello della donna che ha portato a termine la gravidanza e quello della donna che ha messo a disposizione i propri gameti.

Problema, quest'ultimo, ineludibile anche nei sistemi in cui vige il divieto assoluto della maternità di sostituzione, poiché ben può presentarsi il caso di accordi in violazione della legge, contrattuali o non, in base ai quali si ha una nascita resa possibile appunto da contributi distinti alla creazione dell'embrione ed alla gestazione. L'eventuale dichiarazione di nullità del contratto, infatti, non risolve la diversa questione dell'attribuzione della maternità. E non sembra accettabile una soluzione a favore della gestante in una prospettiva puramente sanzionatoria, che potrebbe essere in conflitto con l'interesse del nato.

Peraltro, una volta data la prevalenza al dato puramente biologico,

non sarebbe possibile considerare «madre» la donna che, per ragioni di sterilità o di età, abbia avuto bisogno della donazione di gameti per la creazione dell'embrione poi impiantato nel suo utero. In quest'ultimo caso, ormai comune, la soluzione a favore della donna che partorisce viene fondata sul doppio elemento della gravidanza e della volontà di considerare quel figlio come proprio, in base allo stesso principio che regola la paternità nei casi di fecondazione con seme di un donatore. La maternità e la paternità «sociali» prevalgono così su quelle puramente «biologiche», secondo una logica già presente nelle norme in materia di adozione. Queste, infatti, stabiliscono che «con l'adozione cessano i rapporti dell'adottato verso la famiglia d'origine, salvi i divieti matrimoniali»¹⁴.

6. Una integrale risoluzione del corpo nella dimensione del mercato si ritrova nelle ipotesi formulate dagli studiosi che variamente si servono dell'analisi economica del diritto (*economic analysis of law*). Il punto di partenza è qui rappresentato dalla questione dell'efficienza, e dunque dalle tecniche più appropriate per il reperimento e l'allocazione di risorse scarse, degli organi in particolare. In via di principio, si afferma che solo così si rispetta anche la libertà di scelta individuale, non comprimibile in base a valori nei quali altro non si esprimerebbe se non il paternalismo del legislatore o una prevaricazione di alcuni ceti su altri. E, quando non si sceglie la via del riconoscimento incondizionato del diritto individuale alla piena disponibilità del proprio corpo, si delineano complessi sistemi di incentivazione, che comunque riconducono al calcolo economico la questione dei casi e dei modi in cui il corpo, le sue parti e i suoi prodotti possono costituire l'oggetto di transazioni commerciali.

L'argomento del paternalismo è stato largamente adoperato per

14 Art. 27, co. 2, legge 4 maggio 1983, n. 184. E l'art. 28 stabilisce che «qualunque attestazione di stato civile riferita all'adottato deve essere rilasciata con la sola indicazione del nuovo cognome e con l'esclusione di qualsiasi riferimento alla paternità e alla maternità del minore (...). L'ufficiale di stato civile e l'ufficiale di anagrafe debbono rifiutarsi di fornire informazioni, certificazioni, estratti o copie dai quali possa risultare il rapporto di adozione, salvo autorizzazione espressa dell'autorità giudiziaria».

negare la legittimità di qualsiasi intervento legislativo volto a condizionare la libertà di scelta individuale. E si è sottolineata la sostanziale ipocrisia dell'argomento «protettivo» delle situazioni dei soggetti più deboli: osservando, da una parte, che lavori come quello del minatore producono rischi assai maggiori della vendita di un rene; e aggiungendo, dall'altra, che il divieto del commercio degli organi si concreta in una imposizione di valori da parte dei ceti più favoriti.

Al di là delle formule, e delle singole argomentazioni, è così posta l'alternativa tra un sistema di diritti negoziabili e un sistema di diritti indisponibili. In questa prospettiva, la decisione del legislatore segna la frontiera tra le situazioni in cui i diritti individuali sono soltanto *titoli* da scambiare sul mercato e quelle in cui, invece, il riconoscimento di un diritto significa che un interesse deve essere realizzato indipendentemente dalla logica di mercato, perché corrisponde a valori ritenuti essenziali per la comunità. Il ricorso insistente all'argomento antipaternalistico, allora, diventa lo strumento per affermare che quella frontiera non può essere segnata¹⁵, che l'area del corpo non dev'essere oggetto di regole diverse da quelle che consentono la libera disponibilità di questo, come di ogni altro bene patrimonialmente rilevante. Inoltre, affermando che vi sono situazioni e attività lesive della dignità e della salute più dell'espianto di un organo in base a un contratto, si individua sicuramente un limite del sistema giuridico e sociale, ma si offre un sostegno assai fragile alla linea della libera disponibilità: l'obiettivo della regolamentazione giuridica, infatti, dovrebbe essere quello di ridurre i casi di dannosità esistenti, non di invocare questi per giustificare l'accettazione di nuovi casi. Quanto, poi, alla tesi secondo la quale, vietando il commercio degli organi, i ceti più forti impongono a quelli più deboli i loro valori, così tranquillizzando la loro coscienza, si può osservare che questa opinione è contraddetta dall'osservazione della realtà, nella quale è fortissima la pressione degli abbienti per acquistare organidai non abbienti.

Ma l'obiezione più consistente alla tesi liberista ed all'argomentazione economica che la sostiene, deriva dalla constatazione che essa trascura, da una parte, i costi sociali di questa impostazione e, dall'altra,

15 C. Sunstein, *After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*, Cambridge, Mass., 1990, p. 3.

opera una distinzione troppo netta tra «produttori» e «consumatori» di organi. Si consideri, ad esempio, l'ipotesi prospettata da Henry Hansmann¹⁶, che suggerisce di adottare contratti con effetti *post mortem* in base ai quali una persona dovrebbe consentire all'espianto di uno o più organi in cambio di una riduzione dei premi assicurativi o delle tariffe di alcuni servizi (luce, gas, telefono), così consentendo alle compagnie interessate di commercializzare a suo tempo gli organi ceduti. Se si adottasse questo sistema, ne avrebbero vantaggio i poveri, che godrebbero di un maggior benessere economico; le compagnie, che potrebbero operare in un settore economicamente redditizio; e, infine, gli ammalati benestanti, che potrebbero curarsi adeguatamente.

Questa impostazione, però, finisce con il trascurare la posizione del malato povero, così cancellando il suo diritto alla salute e incrinando la plausibilità della stessa analisi economica. In sostanza, viene operata una riduzione arbitraria dell'area dei soggetti che pur dovrebbero esser presi in considerazione, dal momento che i poveri vengono considerati unicamente come «produttori» di organi, e non come «consumatori» di trapianti. Si avrebbe, quindi, una sorta di scambio tra benessere economico e diritto alla salute che, riguardando solo una classe sociale, si risolverebbe in una evidente violazione del principio di eguaglianza. Per evitare questa conseguenza, sarebbe necessario introdurre almeno alcune regole volte a fissare i prezzi degli organi o ad assicurare l'accesso ai trapianti da parte dei meno abbienti. Ma questo, evidentemente, implicherebbe l'intervento di un soggetto pubblico e l'esercizio di specifici poteri normativi, così smentendo l'autosufficienza del puro meccanismo di mercato.

Peraltro, si deve osservare che questi modelli di disciplina sono quasi esclusivamente elaborati nell'ambiente giuridico nord-americano. La ragione di ciò non dev'essere ricercata soltanto nell'esistenza di un ambiente culturale più attento di altri ai criteri di carattere economico, ma in una caratteristica di quel sistema giuridico, che consente l'espianto degli organi soltanto con il consenso dell'interessato (o di altri soggetti

16 H. Hansmann, *Market for Human Organs, Paper prepared for the International Workshop on «Legal Regulation of Bioethics»*, Siena, 9-11 giugno 1994.

specificamente indicati, come il coniuge o taluni familiari). Questo tipo di disciplina può rivelarsi un ostacolo ad una disponibilità di organi adeguata alle esigenze di trapianti: da qui nascono ipotesi come quelle ricordate, che non sono necessarie (o lo sono molto meno) nei sistemi che disciplinano l'espianto in base al principio del consenso presunto.

7. È possibile, a questo punto, un tentativo di sintesi riguardante alcuni aspetti dello statuto giuridico del corpo e delle sue parti, e del potere individuale di disporne.

Adottando le classificazioni tradizionali, può dirsi che, nella maggior parte dei sistemi giuridici, il corpo e le sue parti sono considerati *res extra commercium*. Si fa eccezione per alcuni prodotti rinnovabili, come i capelli. L'incomerciabilità, d'altra parte, non significa necessariamente indisponibilità: si può disporre del proprio corpo con effetti *post mortem* o, in vita, di alcune parti o prodotti (rene, pelle, sangue, gameti, ecc.).

In altre situazioni, e sempre ricorrendo agli schemi tradizionali, sembra opportuno parlare di *res derelictae* più che di *res nullius*. Questa sembra la conclusione più appropriata per il caso Moore¹⁷ e, più in generale, per tutti i casi in cui il consenso al trattamento medico implica la possibilità che parti o prodotti del corpo divengano utilizzabili per la ricerca: infatti, il consenso unito alla esclusione della proprietà sulle parti separate ha come conseguenza un «abbandono» di quelle parti. Analoga è la situazione che si determina per i gameti donati senza l'indicazione di uno specifico destinatario e per gli embrioni sovranumerari, quando non sia esplicitamente previsto il consenso della coppia interessata per la sperimentazione, la distruzione o l'impianto a beneficio di una donna diversa (la legge francese 94-654 del 29 luglio 1994 prevede, all'art. L. 152-3, che la coppia dalla quale proviene la «demande parentale» sia interpellata annualmente sull'intenzione di mantener ferma tale «demande» relativamente agli embrioni ancora conservati).

Per quanto riguarda il riconoscimento del potere di disporre, si può

17 Cfr., ad esempio, C.A. Erin, *Who Owns Mo?*, in *Ethics and Biology*, a cura di A. Dyson, J. Harris, London-New York, 1994, p. 165.

rilevare, da un parte, come esso ordinariamente dipenda dalla gratuità dell'atto; e, dall'altra, come dia origine sia a forme di circolazione *libera* di parti o prodotti del corpo, sia a forme di circolazione *controllata*. Il controllo può riguardare i destinatari dell'atto: questo avviene nel caso della donazione del rene consentita solo a vantaggio di congiunti¹⁸ o quando è vietata l'indicazione della persona beneficiaria del dono o quando la separazione è ammessa solo nella prospettiva della reintegrazione funzionale del corpo della stessa persona che ha disposto di una sua parte o prodotto (le leggi austriaca, svedese e tedesca, ad esempio, stabiliscono che il prelievo dell'ovocita è ammesso solo a vantaggio della donna dalla quale proviene). Ma il controllo può riguardare anche la legittimazione a disporre dei propri gameti che, ad esempio, la citata legge francese 94-654, attribuisce soltanto ai membri di una coppia che abbia già procreato (art. L. 673-2).

Il controllo, inoltre, può risolversi in una regola di anonimato, ordinariamente bilaterale, nel senso che il donatore (di gameti, di organi, di tessuti, di sangue) non può conoscere il ricevente, e viceversa. Il diritto si presenta così come uno strumento che serve a neutralizzare gli effetti interpersonali delle tecnologie: in questo modo, però, viene meno uno degli elementi tipici del dono -la volontà di beneficiare un soggetto determinato- e ci si avvicina piuttosto all'astrattezza delle relazioni di mercato.

D'altra parte, la previsione di rimborsi spese (ad esempio, per i donatori di sperma) o di incentivi per la «donazione» degli organi danno vita ad una sorta di mercato atipico, che non risponde alla stretta regola

18 Molto restrittiva, in questo senso, è la disposizione contenuta nell'art. L. 671-3 della legge francese n. 94-654: «Il prelievo di organi da una persona vivente, che ne fa dono, può essere effettuato solo nel diretto interesse terapeutico del ricevente. Il ricevente dev'essere padre o madre, figlio o figlia, fratello o sorella del donatore, salvo il caso del prelievo di midollo osseo a fini di trapianto. In caso d'urgenza, il donatore può essere il coniuge». Più aperta la disciplina della legge italiana 26 giugno 1967, n. 458: i soggetti che possono disporre del rene a fini di trapianto sono in primo luogo consanguinei del paziente (genitori, figli, fratelli germani e non) e, solo in loro mancanza o indisponibilità, anche altri parenti e donatori estranei.

della commercializzazione, ma apre comunque la via a forme di scambio, giustificate con il bisogno di creare le condizioni istituzionali necessarie al progressivo rafforzamento di una solidarietà tra soggetti che non può essere affidata soltanto alla spontaneità individuale. È significativo il fatto che si parli di «rewarding donors», di donatori «remunerati» o che comunque ricevono un corrispettivo: questa formula, che può anche esser giudicata contraddittoria, in questo caso mette in evidenza come il corpo debba ormai essere considerato come punto di riferimento o come base di relazioni interpersonali diverse da quelle affidate alla sola logica del mercato.

8. La tendenza ad attrarre il corpo nell'area dei valori economici si estende a sue rappresentazioni (ad esempio, le informazioni genetiche) o a sue componenti anche non separate (sequenze del genoma umano). Si è già ricordato che il valore delle informazioni è legato alla possibilità di farle divenire elementi del calcolo economico: un'impresa può decidere di non assumere le persone che, avendo determinate predisposizioni genetiche, possono determinare costi superiori a quelli del restante personale per maggiori assenze o malattie professionali; una compagnia di assicurazioni può servirsi delle informazioni genetiche per richiedere premi più elevati a determinate categorie di soggetti.

La libertà contrattuale, in questi casi, trova evidenti limiti nella necessità di tutelare la *privacy* e di evitare discriminazioni. Sono stati documentati, infatti, molti casi in cui alcuni soggetti sono stati discriminati sulla base di informazione genetiche. Il rischio concreto è quello di approdare ad una società «castale», nella quale emergono le categorie dei «non assumibili» e dei «non assicurabili» a causa delle loro caratteristiche genetiche. Si avvierebbe così un processo di esclusione, che metterebbe in pericolo la stessa natura democratica di una organizzazione sociale.

Questi processi di esclusione sono ancor più evidenti nei casi in cui ad alcune categorie di soggetti viene negato l'accesso o l'accesso gratuito, a determinati trattamenti medici. È quel che accade talvolta agli anziani, per i quali già in taluni sistemi è prevista, ad esempio, l'esclusione dagli interventi di trapianto. Questa decisione è motivata con l'argomento delle scelte «tragiche» da effettuare tutte le volte che ci si trova di fronte al problema della distribuzione di risorse scarse (mezzi

finanziari, strutture di intervento o di assistenza). Emerge così una visione puramente mercantile del corpo che, una volta uscito dal mercato e presentando più ridotte aspettative di vita, non avrebbe più diritti.

Di nuovo si pone un problema di eguaglianza tra i cittadini e di garanzia del diritto alla salute, come diritto fondamentale della persona. Proprio queste ultime preoccupazioni hanno fatto sì che, mentre in alcuni paesi (Gran Bretagna, Svezia) venivano prese decisioni riduttive dei diritti degli anziani, la Germania abbia deciso di estendere l'assistenza domiciliare gratuita anche agli anziani colpiti dalla malattia di Alzheimer.

D'altra parte, la logica puramente mercantile produce contraddizioni negli stessi sistemi che privilegiano l'elemento produttivistico legato all'età. Infatti, mentre si escludono gli anziani meno abbienti da una piena tutela del diritto alla salute, gli anziani abbienti dispongono di mezzi che consentono loro di poter accedere proprio a trattamenti particolari (come i trapianti), che i giovani meno provvisti di mezzi non possono ottenere, pur vantando una maggiore speranza di vita, e quindi di attività produttiva.

Per quanto riguarda la brevettabilità delle sequenze del genoma umano, si sono già ricordate le norme e le proposte che la vietano, senza tuttavia escludere la possibilità della brevettazione nei casi in cui l'oggetto non sia la sequenza «in quanto tale». Con quest'ultima formulazione, si è voluta rendere esplicita la possibilità dell'appropriazione nei casi in cui la ricerca abbia prodotto un oggetto «nuovo», o comunque un forte valore aggiunto. Le obiezioni alla brevettabilità¹⁹ sono sostanzialmente fondate sulla ostilità a considerare «la vita» come oggetto di proprietà: ad esempio, vale la pena di ricordare tra le molte norme in materia, per la sua nettezza, l'*Australian Patent Act*, sec. 18 (2), dove si stabilisce che «gli esseri umani, e i processi biologici che conducono alla loro generazione, non possono costituire oggetto di brevetto». Inoltre, il patrimonio genetico dovrebbe essere considerato come «patrimonio comune dell'umanità», quindi non suscettibile di qualsiasi forma di appropriazione individuale.

19 Cfr. da ultimo R. Moufang, *Patenting of Human Genes, Cells and Parts of the Body? - The Ethical Dimension of Patent Law*, in «International Review of Industrial and Patent Law», 1994.

9. Queste considerazioni mostrano che il corpo si presenta come *un oggetto giuridico nuovo*. L'impossibilità evidente di ricorrere alle categorie giuridiche tradizionali, fondate sull'esistenza di processi naturali non modificabili, impone la revisione di tali categorie, ma non esclude la necessità di individuare i principi di riferimento sia della legislazione, sia della ricostruzione scientifica, che siano pure in grado di restituire al corpo l'unità perduta per effetto della scomposizione in parti e funzioni alla quale irresistibilmente conducono le innovazioni scientifiche e tecnologiche.

La questione essenziale rimane quella che riguarda la possibilità di ridurre il corpo ad un oggetto tra gli altri, e dunque di collocarlo interamente, o quasi, nell'area delle relazioni di mercato. Le resistenze a questa prospettiva non derivano soltanto da considerazioni d'ordine etico, ma pure dalla necessità di tener conto di principi fondamentali, come quelli che riguardano l'eguaglianza e la dignità, e di diritti come quello alla salute, che sono ormai parte integrante di dichiarazioni e convenzioni internazionali, di costituzioni e leggi nazionali.

Ma le difficoltà del giurista e del legislatore non derivano soltanto da un obbligo di aggiornamento delle categorie imposto da una rivoluzione scientifica. I problemi maggiori nascono dal fatto che viviamo in un tempo nel quale la ricerca di punti comuni di riferimento appare particolarmente faticosa per la mancanza di valori condivisi e per il carattere marcatamente pluralistico ormai assunto dalle nostre organizzazioni sociali.

Il rischio è quello di pensare al diritto come ad una scorciatoia, o come ad un mezzo autoritario per imporre valori che la dinamica collettiva fatica ad individuare. Ed è pericolosa la pretesa di regolare tutto, e una volta per sempre, così com'è pericoloso il tentativo di far sopravvivere ad ogni costo categorie giuridiche superate.

Abbiamo bisogno di una legislazione *sobria*, che risponda ai problemi reali, e non alle paure, ai fantasmi, ai pregiudizi; di una legislazione *leggera*, che consenta la prosecuzione del confronto tra posizioni diverse; di una legislazione *elastica*, che indichi principi capaci di adattarsi al continuo cambiamento scientifico e tecnologico. Questa non è una resa del diritto alla biologia, alla genetica, o ad altro. È, al

contrario, la riscoperta di una dimensione giuridica capace di fare i conti con una realtà tanto cambiata, evitando così tanto la tentazione autoritaria, quanto la marginalizzazione.