



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2016 FASC. II

(ESTRATTO)

BRUNO BRANCATI

**IL COMPLESSO RAPPORTO TRA IL GIUDICE
COSTITUZIONALE E IL DIBATTITO EXTRA-GIURIDICO,
IN RELAZIONE AL PROBLEMA DELLA RICERCA
SCIENTIFICA SUGLI EMBRIONI**

1° AGOSTO 2016

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Bruno Brancati

Il complesso rapporto tra il giudice costituzionale e il dibattito extra-giuridico, in relazione al problema della ricerca scientifica sugli embrioni

SOMMARIO: 1. La Corte costituzionale e il dato culturale extra-giuridico, nella [sentenza n. 84 del 2016](#). – 2. Rilevazione di alcune ambiguità nella motivazione della [sentenza n. 84 del 2016](#). – 3. Osservazioni sul dibattito intorno all’inizio della vita umana e, in particolare, sulle posizioni che non assegnano rilevanza all’identificazione puntuale del momento iniziale della vita umana al fine di giustificare la soppressione dell’embrione (o del feto). – 4. Alcune importanti indicazioni sullo “statuto” dell’embrione nell’ordinamento italiano. – 5. Una lettura kelseniana della [sentenza n. 84 del 2016](#)?

1. La Corte costituzionale e il dato culturale extra-giuridico, nella [sentenza n. 84 del 2016](#)

Nel suo libro dedicato all’aborto¹, Susanna Mancini, partendo dal presupposto che tutti i diritti hanno un contenuto morale, trae la conclusione che la giustizia costituzionale (ed anche quella ordinaria) «quando decide sui diritti solleva inevitabilmente questioni di natura morale che non possono che coinvolgere giudizi morali, o, per lo meno, avere implicazioni morali assai significative»². Per l’A., addirittura, quando vengono in rilievo questioni altamente divisive da un punto di vista morale, risulta «virtualmente impossibile per un giudice astenersi dal ruolo di arbitro morale»³. Nella [sentenza n. 84 del 2016](#), invece, la Corte costituzionale dichiara apertamente di astenersi dall’effettuare un certo tipo di valutazione morale, con riguardo ad una questione altamente divisiva.

La decisione appena richiamata suscita un vivo interesse, sia per i temi su cui vertevano le questioni di costituzionalità, sia per l’approccio, anche culturale, adottato, il quale pare trovare un esito consequenziale nella tipologia di decisione. Questo contributo non mira a svolgere un’analisi puntuale della decisione, ma a trarre da una parte della motivazione relativa alla questione sollevata sull’art. 13 della legge 40 del 2004 alcuni spunti generali di riflessione⁴. Vertendo la questione di legittimità costituzionale sulla previsione che proibisce la ricerca scientifica sugli embrioni, la decisione offre diversi stimoli per svolgere alcune considerazioni sui rapporti tra diritto, scienza ed etica. Questi tre ambiti dell’esperienza culturale e sociale umana, infatti, sono tenuti inevitabilmente ad entrare in relazione l’uno con l’altro, senza che ciò pregiudichi la necessaria distinzione delle rispettive identità⁵. Infatti, «è un dato di comune acquisizione quello per cui i problemi di biodiritto non possono neppure essere impostati e – fin dove possibile – a modo risolti se non tenendo conto degli esiti raggiunti negli ambiti disciplinari suddetti [...]»⁶.

La pronuncia in questione dà un grande rilievo agli ambiti del sapere e della cultura umani esterni al diritto; la Corte ha bisogno di guardare non soltanto “fuori di sé”, ma “fuori del diritto costituzionale”. Essa, infatti, mette a confronto gli argomenti favorevoli e quelli contrari

¹ S. MANCINI, *Un affare di donne. L’aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, Cedam, Padova, 2012.

² S. MANCINI, *Un affare di donne*, cit., 20.

³ S. MANCINI, *Un affare di donne*, cit., 26.

⁴ Sulla decisione, vedi E. CHIEREGATO, *La resistenza del divieto di donazione di embrioni alla ricerca scientifica tra margine di apprezzamento europeo e deferenza al legislatore*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 4 giugno 2016; A. RICCIARDI, *La Corte costituzionale, decidendo di non decidere, lascia aperta la questione degli embrioni crioconservati. Nota a [Corte costituzionale, 22 marzo 2016, n. 84](#), in [Osservatorio AIC](#)*, fasc. 2/2016, 22 giugno 2016; A. RUGGERI, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un’esperienza, problemi e prospettive*, Messina, 5-6 maggio 2016, in [Federalismi.it](#), 11 maggio 2016; V. TIGANO, *De dignitate non disputandum est? La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla PMA*, 14 e s., in [Diritto penale contemporaneo](#), dell’8 maggio 2016).

⁵ Come afferma RUGGERI, «tra etica, scienza e diritto si dà [...] un rapporto di *distinzione*, ciascuna di esse possedendo una sua propria caratterizzazione, ma non di rigida *separazione* o, diciamo pure, di reciproca impermeabilizzazione [...]» (A. RUGGERI, *Procreazione medicalmente assistita*, cit., 3).

⁶ A. RUGGERI, *Procreazione medicalmente assistita*, cit., 3.

all'effettuazione della ricerca scientifica sugli embrioni (oltre i limiti già consentiti dall'art. 13 della legge n. 40/2004). I primi si possono riassumere nella considerazione per cui, dato che gli embrioni di cui si tratta sono comunque destinati a non venire al mondo, la loro destinazione alla ricerca scientifica sarebbe più ragionevole e denoterebbe anche un rispetto maggiore nei confronti di questi di quanto non faccia il lasciarli perire, inquadrandosi nella prospettiva solidaristica dell'art. 2 Cost. I secondi sono i seguenti: l'uso dell'embrione a fini di ricerca, implicandone la distruzione, è incompatibile con il riconoscimento della dignità di persona; in base ad un principio di precauzione, data la possibilità che l'embrione sia ben più che mero materiale biologico, lo scienziato dovrebbe dedicarsi a percorsi alternativi di ricerca; i genitori non possono considerarsi "proprietari" degli embrioni, e quindi non sono legittimati a donarli; la sperimentazione su una persona umana esige il consenso informato del paziente, consenso che l'embrione non può esprimere; il lasciar morire è cosa diversa e meno grave dell'uccidere. Il par. 11 del *Considerato in diritto* esplicita le conseguenze che la Corte trae dal suo ragionamento: dato che la scelta di cui si tratta è «così ampiamente divisiva sul piano etico e scientifico», e «non trova soluzioni significativamente uniformi neppure nella legislazione europea», essa rientra pienamente nella sfera di decisione del legislatore, e per la sua elevata discrezionalità, dovuta ai profili assiologici che la connotano, si sottrae al sindacato della Corte. La constatazione di un insanabile contrasto di posizioni sul piano culturale extra-giuridico (etico e scientifico in particolar modo), di cui è traccia l'eterogeneità di soluzioni legislative apprestate nel panorama europeo, diviene il fondamento per l'identificazione nella "inammissibilità per discrezionalità del legislatore" della tipologia decisoria adatta al caso. L'impostazione della motivazione è interessante, in quanto sembrerebbe far trasparire una particolare visione del coinvolgimento che un giudice costituzionale dovrebbe avere nelle questioni eticamente sensibili. In sintesi, secondo questa visione, nei casi in cui il dibattito sul piano extra-giuridico vede posizioni irriducibilmente contrastanti, tutte sostenute con argomenti dotati di plausibilità e ragionevolezza, allora il giudice costituzionale non deve entrare nel merito delle questioni, deve mantenersi nella "neutralità". Questo tipo di impostazione può sembrare accettabile, ma presenta il rischio di offrire al giudice costituzionale una facile via di fuga rispetto a questioni particolarmente scottanti, consentendogli di "decidere di non decidere"⁷.

Pertanto, proprio perché il dato culturale extra-giuridico riveste una notevole importanza in quest'ottica, è importante considerare il modo in cui la Corte costituzionale recepisce i dati emergenti dal dibattito scientifico, etico e filosofico, anche al fine di verificare se essa lo abbia semplicemente strumentalizzato per fuggire dalla pesante responsabilità di una decisione nel merito. Infatti, non è possibile escludere, astrattamente, il rischio che le ricostruzioni operate dalle corti non riflettano sempre fedelmente lo *status quo* del dibattito culturale della società civile, e che contengano delle ambiguità.

Quindi, l'operazione che si cercherà di svolgere è quella di analizzare il modo in cui la Corte è entrata in dialogo con il mondo culturale extra-giuridico e il modo in cui ha innestato i dati emergenti da tale dialogo sul dato giuridico.

2. Rilevazione di alcune ambiguità nella motivazione della [sentenza n. 84 del 2016](#)

La motivazione della [decisione n. 84/2016](#) pare caratterizzata da una certa mancanza di chiarezza dal punto di vista terminologico e definitorio. La Corte richiama alcuni tratti salienti della sua

⁷ A tal riguardo, si deve ricordare che la decisione ha ricevuto critiche dalla dottrina. Per esempio, RUGGERI la definisce "pilatesca" e afferma che l'argomento della contrapposizione dei punti di vista, che fonda la decisione di inammissibilità, «spinto fino alle sue ultime e conseguenti applicazioni, dovrebbe, a conti fatti, portare a qualificare come inammissibile ogni questione tendente alla caducazione, specie se accompagnata da addizioni normative *ope iudicis*, di discipline positive relative a materie eticamente sensibili [...]» (A. RUGGERI, *Procreazione medicalmente assistita*, cit. 26 e s.). Questo potrebbe comportare che il giudice costituzionale venga relegato al silenzio per lungo tempo, dato che l'eventualità che su tali temi si instauri un consenso rasserenato e diffuso potrebbe essere alquanto remota (*ibid.*).

giurisprudenza, ricavati dalle [sentenze nn. 151 del 2009](#), [96 del 2015](#) e [229 del 2015](#): con la prima, si è aperta la possibilità nel nostro ordinamento di creare embrioni “non portati a nascita”; la seconda ha esteso l’ambito di tale possibilità, consentendo alle coppie fertili, portatrici di malattie genetiche trasmissibili, di ricorrere alla PMA, ed anche alla diagnosi pre-impianto; la terza ha escluso la fondatezza della questione di costituzionalità della previsione che sanziona penalmente la condotta di soppressione degli embrioni, anche se affetti da malattia genetica. Nel par. 8.2 del *Considerato in diritto*, la Corte trae alcune considerazioni dalla sua giurisprudenza pregressa: la dignità dell’embrione trova copertura costituzionale nell’art. 2 Cost., in quanto si tratta di un’entità che ha in sé il principio della vita – anche se il suo stadio di sviluppo non è stato univocamente individuato dalla scienza; la tutela dell’embrione non si affievolisce per il solo fatto che si tratta di embrioni affetti da malformazione genetica; la tutela dell’embrione è soggetta a bilanciamento, in particolare per tutelare le esigenze della procreazione e la salute della donna. La formula con cui si definisce l’embrione è alquanto fumosa: “entità che ha in sé il principio della vita”. Si potrebbe astrattamente interpretare in vari modi: si può intendere nel senso che è già vita iniziata, ma anche nel senso che si tratta semplicemente di vita potenziale, e quindi la vita non sarebbe già presente, in atto. La Corte pare giustificare l’adozione di una formula dal carattere poco definito affermando che la scienza non avrebbe ancora identificato univocamente lo stadio di sviluppo. Successivamente, quando la Corte riporta gli argomenti di coloro che sono favorevoli alla ricerca scientifica sugli embrioni, afferma che essi ritengono che la destinazione a scopi di ricerca scientifica dimostri «un rispetto per la vita umana ben superiore al mero “lasciar perire”⁸. Se si è bene interpretato il testo, si dice che devolvere gli embrioni per uno scopo utile sia indice di un rispetto maggiore di quello che può significare la semplice attesa della loro estinzione. Se questa è l’interpretazione corretta della frase, si deve prendere atto che si sta riconoscendo che l’embrione è vita umana. Questa conclusione è revocata in dubbio dalla lettura degli argomenti di quanti sono contrari alla ricerca scientifica sugli embrioni. Infatti, viene riferito dalla Corte che, sul fronte opposto, si ritiene che «già solo in ossequio ad un “principio di precauzione”, a fronte della possibilità che l’embrione sia ben più che mero materiale biologico, lo scienziato dovrebbe decidere non già di “non fare”, ma di “fare altro”⁹. Dunque, sebbene i fautori di questo secondo orientamento siano personalmente convinti che la soppressione di un embrione equivalga ad uccidere¹⁰, tuttavia essi sembrano disposti a concedere che su questo non vi è sicurezza, e che vi sia anche la possibilità che l’embrione sia “mero materiale biologico”¹¹. A questo punto, sembrerebbe logico pensare che anche per la Corte costituzionale non è certo se l’embrione sia materiale biologico o qualcosa di più. Infatti, se la Corte avesse dato per certo che l’embrione è più di mero materiale biologico, perché avrebbe dovuto inserire questo dubbio all’interno degli argomenti di uno dei fronti contrapposti? Essa avrebbe dovuto, piuttosto, mettere fuori dalla discussione quel punto, e non farlo apparire come dato contestabile e problematico, che concorre, in ragione della sua opinabilità, all’adozione della decisione di inammissibilità. L’atteggiamento della Corte circa il problema della definizione dell’embrione è, dunque, piuttosto ambiguo e ondivago in questa sentenza.

La Corte costituzionale italiana non è la sola ad apparire “preda di dubbi” in relazione alla natura dell’embrione. Anche la Corte di Strasburgo pare trovarsi in una condizione analoga. Anzi, in un passaggio della [sentenza Parrillo c. Italia](#)¹², richiamata dalla Corte costituzionale nella [sentenza n. 84 del 2016](#)¹³, essa afferma in modo netto che l’individuazione dell’inizio della vita umana è una questione controversa: «*it is not necessary to examine here the sensitive and controversial question*

⁸ C. cost. n. 84/2016, *Considerato in diritto*, par. 10.1.

⁹ C. cost. n. 84/2016, *Considerato in diritto*, par. 10.2.

¹⁰ Lo si evince dalla continuazione del testo della decisione.

¹¹ L’espressione “mero materiale biologico” sembrerebbe interpretabile come equivalente a “non-vita”, visto che anche un pezzo di tessuto o una goccia di sangue, o un capello è mero materiale biologico.

¹² [Parrillo v. Italia](#), n. 46470/11.

¹³ C. cost. n. 84/2016, *Considerato in diritto*, par. 9.

of when human life begins [...]»¹⁴. La Corte costituzionale riporta quest'ultima citazione dalla sentenza della Corte EDU, ma rimane incerto se pure essa sia dell'avviso che si tratta di una questione controversa. Tuttavia, pure la decisione della Corte di Strasburgo è segnata non solo dal dubbio, ma anche dall'ambiguità. Da un lato, come è stato detto, afferma che la questione dell'inizio della vita umana è controversa. Dall'altro, ha dichiarato non ricevibile il ricorso di una donna che invocava il diritto di proprietà (art. 1, Prot. 1 allegato alla CEDU) al fine di poter donare alla scienza alcuni embrioni creati grazie ai suoi gameti. La Corte ha fondato tale conclusione sulla considerazione che gli embrioni non possono essere considerati oggetto di proprietà, ai sensi dell'art. 1 Prot. 1 Cedu¹⁵. Tuttavia, dopo aver detto ciò che l'embrione non è, la Corte non ha avuto l'ardire di affermare che esso deve essere rispettato come un soggetto (ipotizzando, forse, che sia possibile categorizzare un *tertium genus* tra oggetto e soggetto)¹⁶.

3. Osservazioni sul dibattito intorno all'inizio della vita umana e, in particolare, sulle posizioni che non assegnano rilevanza all'identificazione puntuale del momento iniziale della vita umana al fine di giustificare la soppressione dell'embrione (o del feto)

Il problema dell'inizio della vita umana non è certo nuovo per i giuristi¹⁷. Talune tradizioni giuridiche, peraltro, non hanno mancato di offrire una risposta abbastanza definita ad esso¹⁸.

Il problema, comunque, è spinoso ed accompagna da sempre il dibattito sull'aborto¹⁹; la questione, a volte, appare talmente insuperabile che pare che i giudici debbano trovare il modo di scavalcarla, per arrivare a delle decisioni. La Corte Suprema USA, per esempio, nella storica decisione *Roe v. Wade*²⁰, affermava: «non abbiamo bisogno di risolvere il difficile problema di quando la vita comincia. Una volta che gli esperti nelle rispettive discipline della medicina, della filosofia e della

¹⁴ Par. 215, *Parrillo v. Italia*. L'incertezza sull'inizio della vita umana ha contrassegnato anche la pregressa giurisprudenza di Strasburgo: vedi *Vo v. France*, n. 53924/00 e *Evans v. UK*, n. 6339/05, nonché le decisioni della Quarta sezione (7 marzo 2006) e della Grande Camera (10 aprile 2007) sul ricorso presentato per violazione degli artt. 2, 8 e 14 CEDU da parte dello *Human Fertilisation and Embriology Act* (UK, 1990), che non vietava all'ex partner di revocare il consenso all'utilizzo di embrioni originariamente prodotti col consenso di entrambi.

¹⁵ Par. 215, *Parrillo v. Italia*, n. 46470/11.

¹⁶ Questa decisione richiama alla mente quelle tesi che qualificano l'embrione come "non-cosa", ma non gli attribuiscono individualità soggettiva. Un esempio in questo senso pare essere costituito dalla decisione n. 85 del 1985 del Tribunale costituzionale portoghese, secondo la quale «la vita prenatale partecipa della protezione che la Costituzione conferisce alla vita umana in quanto valore costituzionale obiettivo, ma non può godere della protezione costituzionale del diritto alla vita propriamente detto, che spetta alle persone» (citata in F. D. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, in *Rivista di diritto civile*, 2004, I, 544).

¹⁷ Afferma VERONESI: «che cosa poi sia la "vita" e in quale momento abbia inizio la "persona" è peraltro una discussione che non avrà mai fine; si tratta infatti di un tema in relazione al quale il pluralismo delle tesi sarà (verosimilmente anche in futuro) irriducibile a unità» (P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della forma*, Giuffrè, Milano, 2007, 105).

¹⁸ Sembra essere questo il caso della tradizione dei codici civili latinoamericani, che accoglie la tesi dell'inizio della vita coincidente con il concepimento. Vedi, a tal proposito, F. D. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, cit., 539 e s.: l'A. ricorda il modello più risalente, costituito dal codice argentino del 1871, e il modello recente del codice peruviano del 1984, constatando che tale tradizione si rispecchia nella Convenzione americana sui diritti dell'uomo, il cui art. 4 sancisce "the right to life from the moment of conception". Tuttavia, si segnala anche una decisione della Corte interamericana dei diritti umani, che ha precisato che il termine "concepimento" va interpretato nel senso che esso deve essere ritenuto sussistente al momento dell'impianto nel corpo della donna, e non prima, con la mera fecondazione (vedi H. MIRANDA, *Corte interamericana dei diritti dell'uomo, sentenza Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") c. Costa Rica, del 28 novembre 2012, serie C. n. 257*, in *DPCE online*, 2013-2, 8).

¹⁹ Tra i casi importanti degli ultimi anni, in cui il giudice ha rilevato la problematicità della questione, si può citare Corte EDU, *A, B, C. v. Ireland*, n. 25579/05 (*Grand Chamber*): la decisione è fortemente criticata da Susanna Mancini per il riconoscimento di un ampio margine di apprezzamento da parte della Corte di Strasburgo (vedi S. MANCINI, *Un affare di donne*, cit., 121 ss).

²⁰ *Roe v. Wade* – 410 U.S. 113 (1973).

teologia non sono in grado di raggiungere un accordo, il potere giudiziario, al punto odierno dello sviluppo delle conoscenze umane, non è in condizione di speculare intorno alla risposta».

In realtà, bisogna osservare che il dibattito relativo alla liceità o meno della soppressione dell'embrione o del feto non si riduca al mero confronto di posizioni diverse circa il momento di inizio della vita umana²¹. Il dibattito è più complesso, perché vede al suo interno anche delle posizioni che, pur essendo divergenti, non mettono in discussione il momento di inizio della vita umana. Esiste un terreno di scontro morale, in tema di fasi dello sviluppo prenatale, che si pone su un altro piano.

Per esempio, una corrente di pensiero che ha avuto particolare diffusione nella cultura americana è quella che nega l'esistenza, prima della nascita, di una persona, e non di una vita umana.

Per esempio, si consideri la posizione di Peter Singer, filosofo morale. In un suo volume degli anni Novanta²², Singer affrontava, tra i vari temi, anche quello dell'inizio della vita umana, e quindi anche i problemi, collegati, dell'aborto, delle nuove tecnologie riproduttive, della sperimentazione sull'embrione²³. Singer fa una sua proposta per superare «il punto morto del dibattito sull'aborto»²⁴, ma prima, evidentemente, deve ricostruire i termini usuali del dibattito fino a quel punto. Il filosofo australiano riassume così la posizione anti-abortista²⁵:

Prima premessa è moralmente sbagliato sopprimere una vita umana innocente.

Seconda premessa: dal concepimento in poi, l'embrione o il feto è umano, vivente e innocente.

Conclusione: sopprimere la vita dell'embrione o del feto è moralmente sbagliato.

Come osservava Singer, «dal punto di vista della logica formale, il ragionamento è valido»²⁶, perché «se accettiamo le premesse, dobbiamo accettare la conclusione»²⁷. Pertanto, la posizione favorevole all'aborto può trovare un fondamento solo nella contestazione di una di queste premesse. Solitamente - affermava Singer - la premessa che veniva attaccata era la seconda: una nuova vita umana verrebbe al mondo in qualche altro momento diverso dal concepimento, la nascita o un momento anteriore alla nascita. In effetti, anche la sentenza *Roe v. Wade*²⁸ sembra fondare l'ammissibilità dell'aborto su una risposta alla domanda sull'inizio della vita, sebbene, come si è ricordato prima, la Corte Suprema avesse dichiarato in quella stessa decisione che una risposta a un tale quesito non si può dare²⁹. Infatti, quando la Corte dà rilievo all'interesse dello Stato per la "vita

²¹ A tal riguardo, è utile richiamare il [report](#) del *Subcommittee on Separation of Powers of the Committee on the Judiciary (United States Senate, 97th Congress, on S. 158 – The human life bill, 1981, in [Hathi Trust Digital Library](#))*, dove si effettua una chiara distinzione tra la questione scientifica e la questione di valore e si può leggere che «*rare scientific evidence points to a clear conclusion: the life of a human being begins at conception, the time when the process of fertilization is complete [...] There is overwhelming agreement on this point in countless medical, biological and scientific writings*» ([report cit.](#), 7). Tuttavia, secondo il *report*, la risposta al quesito scientifico non basta per rispondere all'altro quesito (di tipo etico) sulla necessità o meno di considerare tutte le vite umane in modo uguale ([ibid.](#), 13).

²² P. SINGER, *Ripensare la vita. Tecnologia e bioetica: una nuova morale per il mondo moderno*, 2a ed., Milano, 2000.

²³ Da questo punto di vista, le riflessioni elaborate nel dibattito sull'aborto sono da prendere in considerazione pure in riferimento alla ricerca sugli embrioni, nella misura in cui si tratta della possibilità di sopprimere un embrione.

²⁴ P. SINGER, *Ripensare la vita*, cit., 115.

²⁵ Com'è noto, è anti-abortista la posizione ufficiale della Chiesa cattolica, di cui si può rinvenire espressione nell'enciclica *Evangelium Vitae* (25 marzo 1995) di Papa Giovanni Paolo II: «Ogni uomo sinceramente aperto alla verità e al bene, con la luce della ragione e non senza il segreto influsso della grazia, può arrivare a riconoscere nella legge naturale scritta nel cuore il valore sacro della vita umana dal primo inizio fino al suo termine, e ad affermare il diritto di ogni essere umano a vedere sommamente rispettato questo suo bene primario. Sul riconoscimento di tale diritto si fonda l'umana convivenza e la stessa comunità politica» (n. 2). Vedi anche CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Istruzione "Donum vitae"* (22 febbraio 1987), I, 1: AAS 80 (1988), 79: «l'essere umano va rispettato e trattato come una persona fin dal suo concepimento e, pertanto, da quello stesso momento gli si devono riconoscere i diritti della persona, tra i quali anzitutto il diritto inviolabile di ogni essere umano innocente alla vita» (il passo è citato anche nella *Evangelium vitae*, al punto 60).

²⁶ P. SINGER, *Ripensare la vita*, cit., 111.

²⁷ *Op. et loc. ult. cit.*

²⁸ Sulla giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sull'aborto, vedi S. MANCINI, *Un affare di donne*, cit., 41 ss.

²⁹ Da questo punto di vista, la decisione pare mostrare una incongruenza interna.

potenziale”, e afferma che rispetto a questa il momento decisivo è segnato dall’insorgenza della vitalità del feto³⁰, in un certo senso sta avallando una sorta di risposta alla domanda sull’inizio della vita³¹. Notava Singer, però, «che lo sviluppo umano è un processo graduale e non è facile capire perché un particolare momento debba considerarsi *il* momento in cui comincia una vita umana»³². Su questa considerazione si innesta la proposta (di enorme e traumatica portata) di Singer, consistente nel mettere in discussione la prima premessa del ragionamento degli anti-abortisti, al fine di affermare la sacrificabilità di certe vite umane³³. Alquanto assimilabile pare la concezione di H. Tristram Engelhardt, per il quale «i feti...costituiscono esempi di non-persone umane»³⁴. Il cuore di questo tipo di pensiero risiede nel super-principio di autonomia, che conduce a qualificare come persone “in senso stretto” solo gli individui autonomi³⁵. Eleggendo a fondamento tale principio, peraltro, si deve convenire che la soglia della tutela giuridica non è più rappresentata dalla nascita, perché neanche l’infante è autonomo (come, del resto, non lo sono individui con gravi handicap mentali). Perciò, coerentemente, Singer ritiene ammissibile l’infanticidio³⁶.

Al di là delle teorie filosofiche, non mancano, pure nell’ambito delle persone caratterizzate da un certo impegno civile, sociale e politico, posizioni favorevoli alla soppressione delle “entità” prenatali che non si fondano sulla negazione dell’inizio di una vita umana.

Si può ascrivere a questo orientamento anche una storica esponente del femminismo USA, Naomi Wolf, come può evincersi da questa sua dichiarazione che, pur riferita al feto e non all’embrione, rende esplicita l’idea per cui non si tratta di stabilire quando inizi la vita, ma di stabilire di poter sacrificare una vita: «aggrappati ad una retorica sull’aborto dichiarando che non c’è vita e non c’è morte noi ci incastriamo in una serie di auto-inganni, bugie e sotterfugi. [...] Abbiamo bisogno di contestualizzare la lotta per difendere il diritto all’aborto entro un quadro etico che ammette il fatto che la morte di un feto è una vera morte»³⁷. Un’altra dichiarazione che sostanzialmente ha lo stesso tenore è stata resa nel 1997 da Faye Wattleton, ex presidentessa del *Planned Parenthood*, un’organizzazione non-profit americana, tra le cui attività principali rientra la prestazione di servizi volti all’effettuazione di aborti: «io penso che ci stiamo illudendo se crediamo che la gente non sappia che l’aborto è uccidere. Quindi, qualsiasi pretesa di dire che l’aborto non uccide è sempre un segno di una nostra ambivalenza. L’aborto uccide il feto, ma il corpo è della donna. È lei che decide»³⁸. Anche quest’ultima dichiarazione si riferisce espressamente al feto, ma è rilevante nella misura in cui

³⁰ Si tratterebbe del momento in cui il feto diventa capace di vita “significativa” fuori dell’utero della madre.

³¹ Anche SINGER nota che in *Roe v. Wade* la Corte identifica l’inizio della vita umana non con la nascita, ma con la vitalità del feto (P. SINGER, *Ripensare la vita*, cit., 111). L’A. sembra sottolineare l’arbitrarietà di questa impostazione, affermando che il feto non raggiunge la vitalità in un preciso *punctum temporis* e che i progressi nel trattamento dei nati prematuri anticipano la vitalità del feto (e pertanto, secondo il ragionamento avallato in *Roe v. Wade*, dovrebbero anticipare pure l’inizio della vita umana) (*ivi*, 112).

³² P. SINGER, *Ripensare la vita*, cit., 111. La stessa fecondazione appare non tanto come un evento puntuale, ma come un processo in cui sono distinguibili diverse fasi. Per quanto concerne le fasi della fecondazione, si rimanda, nell’ambito della letteratura giuridica, a S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, Tomo I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Giuffrè, Milano, 2012, 54 e s.

³³ «Perché è moralmente sbagliato sopprimere una vita umana?» (P. SINGER, *Ripensare la vita*, cit., 115).

³⁴ H. T. ENGELHARDT, *The Foundations of Bioethics*, II ed., New York-Oxford, 1996, 135.

³⁵ «[...] le persone sono artefici delle proprie leggi. Così non è nel caso degli infanti, dei ritardati mentali gravi e degli altri individui incapaci di determinare la propria gerarchia dei costi e dei benefici. Per loro devono scegliere le persone» (H. T. ENGELHARDT, *Manuale di bioetica*, Il Saggiatore, Milano, 1999, 162, tr. it di *The Foundations of Bioethics*, a cura di S. RINI).

³⁶ Vedi la ricostruzione di F. D. BUSNELLI, *L’inizio della vita umana*, in *Rivista di diritto civile*, 2004, 540 e s. L’A. sottolinea l’ambiguità del concetto di “persona in senso pieno”, affermando che se con questo si allude «a uno *status* che valga a distinguere, per così dire ontologicamente, gli individui consapevoli della propria esistenza e capaci di svolgere la loro personalità da quanti non hanno ancora (concepiti, neonati), non hanno (handicappati gravi) o non hanno più (pazienti in stato vegetativo permanente, malati terminali) tale capacità, si rischia di riproporre un concetto primitivo di (piena) personalità, che relegava a un livello di minore protezione proprio quegli individui che non sono in grado di difendersi da soli» (*ivi*, 541).

³⁷ N. WOLF, “*Our bodies, our Souls*”, in *The New Republic*, 16/10/1995 ([Mary Coats Burnett Library](#)).

³⁸ F. WATTLETON, *Speaking Frankly*, *Ms. Magazine*, May/June 1997, Volume VII, Number 6, 67.

sposta i termini del dibattito: non si tratta di affermare che non ci sia vita, si tratta di legittimare un'uccisione. Nel momento in cui si riconosce, come fa Singer, che lo sviluppo umano è un processo graduale e l'operazione di fissare un momento di inizio rischia di essere arbitraria, allora l'approccio appena delineato potrebbe estendersi anche all'embrione. Per la precisione, Singer non presenta come sicura l'affermazione secondo cui l'inizio della vita umana si ha con il concepimento³⁹, ma la mantiene come seconda premessa del ragionamento, attaccando piuttosto l'altra premessa, consistente nel divieto di uccidere una vita umana innocente.

Provando a fare una operazione di sintesi, si potrebbe dire, con una forte dose di semplificazione e ai limitati fini dell'aspetto che si vuole sottolineare in questa sede, che nel dibattito che ruota attorno ai temi dell'inizio-vita si possono distinguere almeno due impostazioni diverse⁴⁰.

La prima impostazione registra le divergenze in relazione all'individuazione del punto di inizio della vita: gli argomenti che si confrontano sono volti a sostenere che la vita umana abbia inizio in un certo momento piuttosto che in un altro e, a seconda dell'individuazione del momento, derivano certe conseguenze etiche. Tuttavia, come è stato osservato, l'individuazione del momento di inizio è un'operazione arbitraria e sempre discutibile. La seconda impostazione prende atto di questo e propone di prendere la decisione etica sul presupposto che si tratti di vita umana, non perché sicuramente lo sia, ma perché bisogna decidere *come se* lo fosse. Se non ci fosse questa possibilità, non vi sarebbe alcun problema etico. Il problema etico nasce proprio perché c'è questa possibilità, e pertanto la decisione etica deve confrontarsi con l'ipotesi che questa corrisponda allo stato reale delle cose: ciò che è in discussione, quindi, è se sia legittimo o meno sacrificare un certo tipo di vita umana.

4. Alcune importanti indicazioni sullo "statuto" dell'embrione nell'ordinamento italiano

Come si è visto, la [sentenza n. 84 del 2016](#) della Corte costituzionale è caratterizzata da una incertezza terminologica e definitoria. Del resto, la problematicità della dimensione definitoria ha segnato, già in tempi ormai non più vicini, la giurisprudenza costituzionale. Nella [sentenza n. 27 del 1975](#), la Corte si esprimeva in questi termini: «Il prodotto del concepimento fu alternativamente ritenuto semplice parte dei visceri della donna, speranza d'uomo, soggetto animato fin dall'inizio, o dopo un periodo più o meno lungo di gestazione»⁴¹. In quella decisione, la Corte ravvisò l'incostituzionalità dell'art. 546 c.p. nella parte in cui puniva chi cagionava l'aborto di donna consenziente, e la donna stessa, anche nei casi in cui fosse accertata la pericolosità della gravidanza per il benessere fisico e l'equilibrio psichico della gestante, ma in mancanza degli estremi dello stato di necessità (art. 54 c.p.). Per sostenere la sua conclusione, la Corte affermava che «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»⁴². Si deve tenere presente, comunque, che per molto tempo gli interpreti del codice civile avevano ravvisato nell'acquisto della capacità giuridica l'inizio della vita umana, dal punto di vista della tutela giuridica. Tuttavia, questo

³⁹ Infatti, mostra un certo favore, piuttosto, verso la tesi per cui la vita inizi il quattordicesimo giorno dal concepimento (P. SINGER, *Ripensare la vita*, cit., 114).

⁴⁰ In realtà, il dibattito è molto complesso ed articolato, tale da non poter essere ridotto ad una contrapposizione binaria tra due impostazioni. A tal proposito, si può ricordare l'esistenza di tesi che sono state definite "transattive", in quanto sembrano porsi in una via di mezzo tra quelle che sostengono l'attribuzione al concepito della tutela garantita alle persone, e quelle che sostengono l'inesistenza di una persona prima della nascita (o, addirittura, prima di un momento successivo alla nascita). Tra le tesi cosiddette "transattive", vi è quella che propone una distinzione dell'embrione dal pre-embrione. Un'altra posizione molto interessante che è doveroso richiamare è quella di Habermas, che distingue tra l'"indisponibilità" della vita umana prepersonale e l'"invulnerabilità" della dignità dell'uomo: per il filosofo, al fine di sostenere l'indisponibilità della vita umana prenatale non occorre includere nella dignità dell'uomo gli inizi della vita umana, ma basterebbe la "nostra autocomprensione etica in quanto esseri-di-genere", da cui discenderebbe un'autolimitazione normativa nel trattamento della vita embrionale (per una ricostruzione approfondita del dibattito, vedi F. D. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, cit., 539 ss.).

⁴¹ [C. cost., n. 27/1975](#), *Considerato in diritto*.

⁴² *Op. et loc. ult. cit.*

dato va letto ricordando che il campo privilegiato di riferimento dell'art. 1 c.c. era costituito dai diritti patrimoniali e che il problema dei diritti fondamentali del concepito non era emerso, per ragioni storiche⁴³.

In verità, successivamente sono state fornite indicazioni importanti sulla natura dell'embrione, come è già stato rilevato⁴⁴. La legge n. 40 del 2004, all'art. 1, afferma di assicurare «i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito». Dalla formulazione testuale, si dovrebbe evincere che il concepito è un soggetto. Quindi, sulla base di questa previsione legislativa, si potrebbe trarre, addirittura, la conclusione che l'inizio della vita umana non costituisca più un problema per il diritto italiano, o, più precisamente, che si tratti di «un problema legislativamente risolto»⁴⁵. In realtà, non bisogna cadere nella tentazione di conclusioni affrettate⁴⁶. Infatti, da un punto di vista metodologico, pare valida l'osservazione secondo cui «la soggettività giuridica attribuita dal legislatore al concepito non può essere assunta come un dogma autoritariamente imposto all'interprete, ma va piuttosto intesa, qualora se ne riscontrino i ragionevoli presupposti, quale sintesi espressiva [...] di una realtà ontologica che si tratta, appunto, di individuare affrontando in concreto il problema della tutela giuridica dell'inizio della vita umana»⁴⁷. L'indicazione proveniente dalla legge n. 40 del 2004 deve confrontarsi, da un lato, con l'impostazione del codice civile, dall'altro, con i principi costituzionali. Per quanto riguarda la prima, il concetto di capacità giuridica, su cui fa perno un impianto concettuale che ha di mira soprattutto i rapporti patrimoniali, ostacola la visualizzazione dell'immagine naturale del concepito; i secondi, invece, esigendo il riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo, consentono di visualizzare quell'immagine, offrendo una protezione funzionale allo svolgimento della personalità e al pieno sviluppo della persona umana⁴⁸. Non è certo la disciplina codicistica che può restringere la portata dei principi costituzionali, ma sono piuttosto questi che impongono comunque di riconoscere l'uomo, quand'anche la legge ordinaria neghi o limiti la capacità giuridica (o la soggettività)⁴⁹. Secondo Busnelli, data la collocazione dell'art. 1 della legge n. 40/2004 all'interno di un contesto normativo in cui campeggiano, in rapporto di equiordinazione, il codice civile, ed in rapporto di sovraordinazione la Costituzione, l'interprete si trova dinanzi all'alternativa tra due percorsi possibili: «egli può cercare di sostenere che, grazie all'art. 1 di detta legge, la nozione di "capacità giuridica" si dilata fino ad estendersi alla vita prenatale; oppure, invece, può cercare di desumere dalla norma appena citata una conferma, al livello di legislazione ordinaria, della esistenza, nel nostro ordinamento giuridico, di soggetti non misurabili in termini di capacità giuridica, la cui nozione conseguentemente si ridimensiona»⁵⁰. Scegliendo il primo percorso, si cerca di soddisfare un'esigenza di eguaglianza, di parità di trattamento; scegliendo il secondo, si persegue la tutela necessaria minima dei diritti inviolabili dell'uomo, nella misura del possibile, sul presupposto che la nozione codicistica di capacità giuridica non sia sovrapponibile a quella di soggettività e tracci un perimetro più ristretto di quello corrispondente alla cerchia di individui protetti dai principi costituzionali⁵¹. La seconda chiave di lettura non pare modificare *in melius* l'ambito di tutela del concepito, rispetto a quanto consegue direttamente dai principi costituzionali, ma sembra poter conseguire «effetti di consolidamento e di possibile messa in opera di tale tutela»⁵²: da un lato, essa esclude la possibilità di qualificare il concepito come "cosa" (o come "cosa vivente"), ed ostacola la segmentazione della vita prenatale; dall'altro, può consentire di predisporre altre misure di tutela,

⁴³ F. D. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, in *Rivista di diritto civile*, 2004, 539.

⁴⁴ Vedi C. CASINI, M. CASINI, *Lo statuto dell'embrione umano: riflessioni dopo la sentenza costituzionale n. 229 del 2015*, in *Il Diritto di famiglia e delle Persone*, fasc. 1, 2016, 200 ss.

⁴⁵ F. D. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, cit., 533.

⁴⁶ Lo stesso BUSNELLI avvertiva che il problema permaneva intatto (*op. et loc. ult. cit.*).

⁴⁷ F. D. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, cit., 534.

⁴⁸ F. D. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, cit., 562.

⁴⁹ *Op. et loc. ult. cit.*

⁵⁰ F. D. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, cit., 563.

⁵¹ F. D. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, cit., 564. L'A. palesa il suo favore nei confronti della seconda chiave di lettura (vedi *ivi*, 566).

⁵² F. D. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, cit., 566.

specialmente preventiva⁵³. Il saggio di Busnelli del 2004 si chiudeva osservando come la matrice della qualificazione del concepito in termini di soggettività fosse indubbiamente legislativa, e che se ne sarebbe dovuta verificare la trasfusione nella dottrina e nella giurisprudenza⁵⁴.

Limitando la verifica, in questa sede, alla giurisprudenza costituzionale, sembra di potersi riscontrare un recepimento della qualificazione in termini di soggettività. Come si è notato prima, nella [sentenza n. 84](#) la Corte ha immesso il dubbio che l'embrione sia soltanto mero materiale biologico all'interno della prospettazione del confronto tra i vari argomenti contrapposti, quasi come se la questione fosse davvero in discussione. In verità, però, nella (di poco precedente) [sentenza n. 229 del 2015](#), la Corte aveva affermato che l'embrione, «quale che ne sia il, più o meno ampio, riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non è certamente riducibile a mero materiale biologico»⁵⁵. E, poco dopo, aggiungeva che non trovava giustificazione «il *vulnus* alla tutela della dignità dell'embrione (ancorché) malato, quale deriverebbe dalla sua soppressione *tamquam res*»⁵⁶. Dunque, l'embrione non è una cosa, secondo la Corte costituzionale. Essa, poi, non si ferma qui (come ha fatto, invece, la Corte di Strasburgo), e dice anche che è un soggetto (del resto, la configurazione di un *tertium genus* tra l'oggetto e il soggetto appare alquanto problematica). Ciò su cui verte il dubbio è il “grado di soggettività”. Quindi, implicitamente, si dice che l'embrione ha “un certo grado di soggettività”. Tra l'altro, occorre quanto meno accostare al riferimento alla giurisprudenza costituzionale l'orientamento assunto negli ultimi anni dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, che, come è noto, assume un rilievo importantissimo nell'ordinamento nazionale. La Corte di Lussemburgo, in determinate occasioni, ha operato un significativo riconoscimento della dignità umana dell'embrione⁵⁷.

Tornando alla dimensione domestica, dunque, occorre prendere atto che, nell'impostazione della Corte costituzionale, il punto nevralgico della controversia attorno alla soppressione dell'embrione non pare essere la questione dell'inizio della vita, ma piuttosto il grado di soggettività che deve essere riconosciuto all'embrione. Si è pure tentato, in verità, di confutare questa conclusione, attraverso una

⁵³ *Op. et loc. ult. cit.*

⁵⁴ F. D. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, cit., 568. L'A. notava la singolarità della vicenda, contrassegnata dalla matrice legislativa della qualificazione in termini di soggetto, soprattutto confrontandola con il caso precedente costituito dalle associazioni non riconosciute, la cui soggettività rappresentò un approdo cui si pervenne grazie agli sforzi di dottrina e giurisprudenza (*ivi*, 567).

⁵⁵ Par. 3, *Considerato in diritto*, sent. 229/2015, C. cost.

⁵⁶ Par. 3, *Considerato in diritto*, sent. 229/2015, C. cost..

⁵⁷ Nel procedimento C-34/10, [Oliver Brüstle contro Greenpeace eV](#), conclusosi con la sentenza della Corte di Giustizia (Grande sezione) del 18 ottobre 2011, veniva in gioco la normativa in materia di brevetti. Dal momento che l'art. 6, n. 2 lett. c) della direttiva 98/44/CE fissava la non brevettabilità delle “utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali”, un giudice tedesco ha deciso di sottoporre alla Corte di Giustizia alcune questioni pregiudiziali, anche in relazione alla nozione di embrione. La Corte di Giustizia ricava dal contesto e dallo scopo della direttiva che l'ottenimento del brevetto non può pregiudicare la dignità umana, e da ciò consegue che «la nozione di “embrione umano” ai sensi e per gli effetti dell'art. 6, n. 2, lett. c) della direttiva deve essere intesa in senso ampio» (par. 34). Pertanto, la Corte conclude che «costituisce un “embrione umano” qualunque ovulo umano fin dalla fecondazione» (par. 38). Dalla sentenza, non è chiarissimo se la definizione di embrione fornita valga soltanto entro i confini del diritto dei brevetti, oppure abbia una portata generale. Gli indici testuali in proposito non sono univoci. Infatti, da un lato la Corte ricorda che non è chiamata ad affrontare questioni di natura medica o etica, ma deve limitarsi ad una interpretazione giuridica della direttiva (par. 30), e che l'individuazione del significato dei termini va operata tenendo conto del contesto in cui sono utilizzati e degli scopi perseguiti dalla normativa in cui sono inseriti (par. 31). Queste precisazioni sembrerebbero far propendere per l'ipotesi che la Corte abbia dato una definizione tecnico-giuridica, la cui portata è circoscritta alla normativa che veniva in esame; in questo senso si può leggere anche il richiamo alle esigenze di uniformità e del buon funzionamento del mercato interno (parr. 27-28). Tuttavia, al par. 32, la Corte stessa, richiamando il *Considerando* n. 16 della direttiva, rammenta che il diritto dei brevetti deve essere esercitato nel rispetto dei principi fondamentali che garantiscono la dignità e l'integrità dell'uomo. Questa sottolineatura va in una direzione diversa, in quanto, nel momento in cui segnala che il diritto dei brevetti non può che essere collocato all'interno della cornice ermeneutica e valoriale dei diritti fondamentali e della dignità umana, costituisce un argomento per sostenere che la definizione fissata dalla Corte ha una portata generale. L'impostazione del caso *Brüstle* pare confermata nella sentenza della Corte (Grande sezione) *International Stem Cell Corporation contro Comptroller General of Patents, Design and Trade Marks*, C-364/13, del 18 dicembre 2014).

interpretazione “correttiva” delle parole della Corte. Infatti, si è argomentato sulla base di altri passaggi della [sent. n. 229/2015](#) che la graduazione si riferirebbe non tanto alla soggettività, ma alla tutela. Ritenere graduabile la soggettività equivarrebbe a ritenere graduabile la dignità, esito che sarebbe contrastante con la cultura giuridica moderna⁵⁸. Del resto, nell’ottica dell’equiparazione della dignità dell’embrione a quella della persona sembrava porsi anche il parere del 1996 su “Identità e statuto dell’embrione umano” del Comitato Nazionale per la Bioetica: «il Comitato è pervenuto unanimemente a riconoscere il dovere morale di trattare l’embrione umano fin dalla fecondazione, secondo criteri di rispetto e tutela che si devono adottare nei confronti degli individui umani a cui si attribuisce comunemente la caratteristica di persone, e ciò a prescindere dal fatto che all’embrione venga attribuita sin dall’inizio con certezza la caratteristica di persona nel suo senso tecnicamente filosofico, oppure che tale caratteristica sia ritenuta attribuibile soltanto con un elevato grado di plausibilità, oppure che si preferisca non utilizzare il concetto tecnico di persona e riferirsi soltanto a quell’appartenenza alla specie umana che non può essere contestata all’embrione sin dai primi istanti e non subisce alterazioni durante il suo successivo sviluppo»⁵⁹. Tuttavia, il passaggio della [sent. n. 229 del 2015](#) relativo all’incertezza sul grado di soggettività è stato richiamato anche nella [sent. n. 84](#), e non sembra essere suscettibile di una manipolazione ermeneutica.

Dunque, la Corte costituzionale ha già detto qualcosa di importante circa la natura dell’embrione, ma non abbastanza per poter entrare nel merito della questione relativa alla soppressione degli embrioni per ricerca scientifica. Il problema è particolarmente delicato e spinoso. Da un lato, infatti, se si aderisse alla tesi per cui la dignità dell’embrione è del tutto equivalente a quella di un essere umano dopo la nascita, parrebbe molto difficile consentire che l’embrione possa essere soppresso per effettuare ricerche e sperimentazioni, e quindi per tutelare l’interesse alla salute altrui solo in via indiretta ed eventuale⁶⁰. Dall’altro, avallare la tesi per cui è possibile graduare la dignità umana⁶¹, e quindi individuare vite umane più o meno degne di altre, aprirebbe scenari futuri assai complessi e inquietanti⁶².

5. Una lettura kelseniana della [sentenza n. 84 del 2016](#)?

⁵⁸ Vedi C. CASINI, M. CASINI, *Lo statuto dell’embrione umano*, cit., 206 e s.

⁵⁹ Parere “Identità e statuto dell’embrione umano” del Comitato Nazionale per la Bioetica, 1996, 25. Occorre ricordare, però, che il parere è il frutto di una pluralità di voci diverse, per cui, per una visione completa e approfondita, si rimanda al testo completo, disponibile su <http://presidenza.governo.it/bioetica/pdf/25.pdf>, 25.

⁶⁰ In particolare, se si parte dal presupposto di una piena equiparazione tra la dignità dell’embrione e quella di un essere umano dopo la nascita, la soppressione dell’embrione a fini di sperimentazione e ricerca scientifica pare difficilmente conciliabile con la seconda formula dell’imperativo categorico kantiano: «agisci in modo da considerare l’umanità, sia nella tua persona, sia nella persona di ogni altro, sempre anche al tempo stesso come scopo, e mai come semplice mezzo» (I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi* (a cura di V. MATHIEU) .Rusconi, Milano, 1988, 126).

⁶¹ Sembra sostenere una differenza di dignità tra l’embrione e la persona TIGANO: «l’embrione, anche se entità biologica sicuramente riconducibile al genere umano, è uomo in potenza, ma non in atto; è dotato del DNA umano, ma è attualmente privo di tutti gli attributi morali e giuridici che spettano, invece, a una persona; gli si può riconoscere una sua dignità, ma questa non può dipanarsi in tutte le articolazioni concrete che invece contrassegnano la dignità della persona. Con riferimento a quest’ultimo aspetto, va rimarcato che la dignità della persona in atto è identificabile, *inter alios*, nella qualità della vita, nella libertà morale, nell’eguaglianza sociale, mentre sarebbe difficile sviluppare concretamente la dignità di un embrione attraverso proiezioni giuridiche più complesse del basilare diritto alla vita, in sé e per sé considerato» (V. TIGANO, [De dignitate non disputandum est?](#), cit., 14 e s.).

⁶² È stato ricordato che, anche nei delicati temi di bioetica, la dignità è pensabile secondo le due solite categorie della dignità per natura e della dignità per prestazione. A tal riguardo, si osserva che «gli interrogativi che scuotono la prima prospettiva – bioconservativa – sono tipicamente quelli che chiedono quale vita valga la pena di vivere e quelli che chiedono, nel caso esemplare di un malato tenuto in vita artificialmente, perché la tecnica possa tenere in vita una persona, ma non possa decretarne anche la morte. Gli interrogativi che invece revocano in dubbio la seconda prospettiva – prestazionale – sono quelli che chiedono se – come in tempi non sospetti scriveva Hobbes – una vita valga tanto quanto ciò che è in grado di fare» (C. CROSATO, [Pensare la dignità oggi. Una rassegna filosofica](#), 11, in [MicroMega, Il rasoio di Occam](#) del 1° agosto 2014).

Evidentemente, la questione che la Corte doveva affrontare nella [sentenza n. 84](#) è particolarmente divisiva. Proprio per questo, del resto, essa ha “deciso di non decidere”. Tale vicenda evoca direttamente il grande tema della legittimazione del giudice costituzionale e del suo rapporto con il legislatore. Come è stato osservato, è stata sviluppata una ingente riflessione teorica atta a ricondurre la giurisdizione costituzionale entro le categorie della legittimazione democratica, al fine di evitare che questa giurisdizione divenga una minaccia per la struttura costituzionale democratica⁶³. Non mancano, poi, nella riflessione teorica, correnti di pensiero che arrivano a concludere che la giustizia costituzionale ha una natura essenzialmente antidemocratica, ma risulta necessaria per tutelare i principi del costituzionalismo. Secondo la prospettiva nordamericana c.d. antidemocratica, nella sua variante originalista, per esempio, occorre evitare il più possibile la *counter-majoritarian difficulty*: adottando questa prospettiva, il giudice deve dichiarare invalide le leggi nella misura minima possibile, e solo se contrastano con una specifica norma costituzionale; altrimenti, si determina un *vulnus* al principio democratico (concepito come fondato essenzialmente sul principio maggioritario)⁶⁴.

In quest'ultima parte dello scritto, ci si chiederà se sia possibile interpretare la [sentenza n. 84](#) mediante le categorie “kelseniane”. Il rapporto tra giustizia costituzionale e democrazia assume in Kelsen un significato peculiare, e richiamarlo potrebbe offrire una chiave di lettura interessante per la decisione da cui ha preso spunto la riflessione. Un caposaldo del pensiero di Kelsen⁶⁵ è la scissione tra la ragione e la giustizia⁶⁶. Nelle procedure parlamentari, da cui scaturisce la legge positiva di Kelsen, si attua una frantumazione dell'idea di giustizia. Il posto dell'antico connubio di volontà e ragione è occupato, nelle forme del governo parlamentare, dalla sola volontà, che sembra poter imporre un dominio cieco. L'unica garanzia esterna di salvaguardia della ragione è data dalla Corte costituzionale⁶⁷. Dal momento che è ben possibile che la Corte costituzionale tradisca il suo compito di servire la sola ragione, e subisca un processo di ideologizzazione, Kelsen individua il rimedio contro questo pericolo nella “deideologizzazione della costituzione”. La costituzione deve limitarsi a fissare le regole della democrazia rappresentativa, e in particolare quelle del procedimento legislativo. Il parametro di riferimento della Corte è, dunque, “neutro” e chiaro; in questo modo, la Corte può rimanere indifferente ai valori, estranea ai moti di volontà, e limitarsi ad una conoscenza oggettiva ed imparziale⁶⁸. Come è stato sottolineato da Mezzanotte, il costituzionalismo italiano sembra

⁶³ Vedi L. MEZZETTI, *Teorie della giustizia costituzionale e legittimazione degli organi di giustizia costituzionale*, in *Estudios Constitucionales*, Año 8, n. 1, 2010, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, 307.

⁶⁴ L. MEZZETTI, *Teorie della giustizia costituzionale*, cit., 335 e s.

⁶⁵ Com'è noto, il pensiero di Kelsen è estremamente complesso, ed ha conosciuto evoluzioni e trasformazioni. Eppure –secondo Mezzanotte, almeno – si può individuare, nel suo pensiero, una sola proposta veramente organica e compiuta di giudizio di costituzionalità delle leggi: quella della «Corte neutrale, custode del parlamentarismo, innestata in una costituzione adiafora, indifferente ai valori, agli interessi materiali, ai contenuti reali» (C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Editoriale scientifica, Napoli, 2014, 69; in copertina: 1984).

⁶⁶ Com'è noto, questa scissione è stata, da parte di alcuni, oggetto di critica. Per esempio, dice SPADARO: «[...] seguendo Kelsen fino in fondo, a ben vedere, si degiuridicizza la stessa aspirazione – a parer nostro, invece, essenzialmente “giuridica” – alla giustizia. [...] L'incidenza, pratica e teorica, dell'aspirazione umana alla giustizia sul diritto positivo è invece incommensurabile, a meno appunto di non concepire il diritto soltanto in senso puro e normativistico, intendendolo paradossalmente come una sorta di scienza divina, del tutto autosufficiente e indifferente all'uomo concreto. Ma si tratterebbe di una costruzione onirica, anzi di un vero e proprio incubo, che comunque nulla ha a che vedere con la realtà» (A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano, 1994, 309).

⁶⁷ C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, cit., 31 e s..

⁶⁸ C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, cit., 32 e s. «Tutto infatti dipende, per Kelsen, dalla estensione del dominio costituzionale. Ad un ambito materiale di costituzione notevolmente ampio corrisponde un'accentuazione del carattere politico del sindacato di costituzionalità; carattere che può divenire del tutto assorbente nel caso di valori costituzionali non gerarchizzati o d'impiego massiccio di concetti indeterminati. Ad ambiti più circoscritti corrisponde, viceversa, una crescita del tasso di positività e una relativa prevalenza del carattere di neutralità: relativa, appunto, poiché il dominio della tecnica giuridica, anche nell'ipotesi di compressione massima della materia costituzionale (come quando la costituzione si limita a regolare il procedimento legislativo) non può mai essere assoluto, e ci sarà sempre un margine per un'attività “creativa”» (*ivi*, 56).

lontanissimo dal modello kelseniano appena delineato⁶⁹. In particolare, quello che per Kelsen è il rimedio contro il pericolo di ideologizzazione della Corte, ovvero la costituzione breve, limitata alle sole forme della democrazia rappresentativa, non è dato nell'esperienza costituzionale repubblicana, caratterizzata da una Costituzione lunga, intrisa di connotazioni valoriali⁷⁰.

A proposito della [sentenza n. 84 del 2016](#), si avanza l'ipotesi che la Corte costituzionale italiana si sia comportata, in un certo senso, *come se* il modello kelseniano della corte neutrale operasse. Questa affermazione necessita di spiegazioni e precisazioni. Come è stato già detto, la Costituzione italiana non può essere inquadrata all'interno del modello kelseniano. Si tratta, infatti, di una costituzione lunga. Inoltre, se si considera il caso di specie, si può notare che non mancano certo i parametri costituzionali suscettibili di essere invocati: tra quelli che sono stati utilizzati per sostenere le ragioni della ricerca scientifica, si possono ricordare l'art. 9 e l'art. 33, primo comma, nonché l'art. 32 (visto che la ricerca scientifica è comunque finalizzata al contrasto di certe malattie); per quanto riguarda, invece, la tutela dell'embrione, si può ricordare almeno l'art. 2⁷¹. Però, i richiamati valori di rango costituzionale sono, in qualche modo, "neutralizzati", inibiti dalla condizione di "ignoranza", relativamente all'embrione, che coinvolge anche il giudice costituzionale. Infatti, il punto nevralgico del ragionamento della Corte pare essere proprio questo: *non si sa* di preciso che cosa sia l'embrione. Se, infatti, all'embrione si dovesse riconoscere la piena tutela spettante alla persona umana, si dovrebbe concludere che è preclusa la possibilità di sopprimerlo per effettuare ricerca scientifica. Infatti, l'indagine scientifica non può condurre alla soppressione di una persona umana, al fine di provare a salvarne altre. Come ricorda la Corte, ciò che – da un punto di vista giuridico – "si sa" dell'embrione (ovvero, in relazione al suo statuto giuridico) è che rappresenta un valore di rilievo costituzionale in base all'art. 2, suscettibile di bilanciamento con altri valori, come quello della salute della donna. Non vengono fornite, invece, nozioni più precise per poter valutare se tale valore possa essere recessivo rispetto a quello della ricerca scientifica (e, solo indirettamente, pure rispetto a quello della salute, a cui la ricerca è finalizzata). La Corte registra la contrapposizione tra (almeno) due orientamenti di fondo e riconosce di trovarsi in una posizione oggettivamente agnostica. Da ciò trae la conclusione che la valutazione esula dal suo sindacato⁷². Dinanzi ad una questione rispetto alla quale il tasso di incertezza è particolarmente elevato, la Corte costituzionale sembra appropriarsi del ruolo "kelseniano" di depositaria della conoscenza oggettiva, estranea all'espressione di opzioni etiche e valoriali. Pertanto, ciò che "neutralizza" i valori costituzionali, in questo caso, e fa sì che la Corte agisca *come se* vigesse il modello kelseniano è l'assenza di una conoscenza oggettiva e sicura.

Il progresso scientifico apre sfide nuove e nuovi interrogativi, probabilmente non immaginabili quando la Costituzione fu concepita. A questi interrogativi spesso non viene data risposta, o tutt'al più si danno tante risposte, in conflitto insanabile tra di loro. Questo spazio abitato dall'ignoranza e dall'incertezza induce il giudice costituzionale ad operare in modo consentaneo al modello kelseniano. Si potrebbe pensare che, quando il grado di conflittualità esistente tra le diverse concezioni dei problemi e le diverse opzioni etiche è molto elevato, dalla mancata adozione di una sorta di "indifferenza" rispetto alle varie posizioni in campo possa derivare un pregiudizio per la legittimazione del giudice costituzionale: la sua decisione potrebbe essere percepita come espressione

⁶⁹ C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, cit., 69.

⁷⁰ «La straordinaria "scommessa" del moderno costituzionalismo ci sembra per l'appunto quella di provare a razionalizzare positivamente – sul piano giuridico/politico – non certo la verità, ma almeno alcuni essenziali valori (in particolare: i diritti dell'uomo)» (A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano, 1994, 175). Aggiunge, poi, SPADARO che tali valori hanno un fondamento aletico-ontologico (*ibid.*).

⁷¹ La Corte stessa, richiamando la [sentenza n. 229 del 2015](#), afferma che la dignità dell'embrione costituisce un valore di rilievo costituzionale riconducibile al precetto generale di cui all'art. 2 Cost.

⁷² Facendo derivare dall'assenza di consenso l'impossibilità di entrare nel merito della questione, la corte costituzionale sembra oscurare (almeno in questo caso) quella caratterizzazione "aristocratica" che è stata ravvisata in essa. Per esempio, nella prospettiva di SPADARO, i giudici costituzionali sono «maieuti di istanze (oltre che popolari) anche aletiche, che solo in ben misera porzione il testo costituzionale è in grado di contenere [...]» (A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, cit., 179). Da qui deriverebbe, per l'A., l'introduzione di una componente "aristocratica" nel moderno Stato costituzionale "democratico" (vedi *ibid.*).

di una delle tante opzioni presenti nel dibattito, che arbitrariamente prevarrebbe sulle altre. Questa metamorfosi del giudice costituzionale potrebbe avere il merito di salvarlo da accuse di partigianeria, ma si espone ad almeno due possibili obiezioni: la prima è che rischia di neutralizzare completamente lo scrutinio di costituzionalità, e di lasciare campo libero al solo legislatore, in moltissime questioni di bioetica (o forse tutte); la seconda è che di questo tipo di impostazione il giudice costituzionale può fare abuso, sottraendosi alla responsabilità di decidere pure quando una decisione nel merito può essere supportata da un ragionevole fondamento ermeneutico.