

L'embrione umano: dimensione costituzionale, modelli legislativi e bilanciamenti ragionevoli

di Andrea Patroni Griffi *

(9 giugno 2005)

Sulle questioni di inizio della vita umana si interrogano da tempo la filosofia e la teologia; la biologia embriologica, poi, ha consentito di descrivere le diverse fasi del processo di evoluzione della vita umana. Anche il diritto, in tempi più recenti, ha iniziato a confrontarsi con il tema, dapprima nei suoi risvolti privatistici, poi, soprattutto con l'adozione della legge di disciplina dell'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, nei profili del diritto pubblico.

Quali risposte? O, meglio, quali contributi allora deve fornire il giuspubblicista al dibattito?

Il primo obiettivo, cui dovrebbe tendere il diritto pubblico, è quello teso ad enucleare, con le categorie ermeneutiche proprie del diritto positivo, la dimensione costituzionale della tutela e degli eventuali diritti del concepito, per poi individuare i modelli legislativi conformi a tale statuto, come tali rientranti nella discrezionalità del legislatore (politicamente possano o non possano piacere, ma questa è un' "altra" cosa rispetto al tema scientifico del dibattito), e individuare le eventuali scelte legislative che sono invece sottratte alla discrezionalità del legislatore, perché in contrasto con un parametro costituzionale e frutto di un irragionevole bilanciamento costituzionale.

Rispetto alla prima questione non mi sembra dubitabile l'emersione nell'ordinamento costituzionale dell'esigenza di tutela anche dell'embrione umano.

La garanzia di interessi costituzionalmente meritevoli riferiti, secondo un linguaggio più caro alla Corte, al "concepito" è elemento costante nella giurisprudenza costituzionale. Rispetto al concepito, non appare precluso neppure percorrere la strada dei cosiddetti "nuovi" diritti, che "nuovi" non sono, come noto, in quanto, se pure inespressi in Costituzione, trovano comunque fondamento nell'articolo 2 della Costituzione e - trasversalmente e implicitamente - in altri diritti costituzionali enumerati. Sennonché lo stesso eventuale riconoscimento di un diritto alla vita, di cui sia titolare "nuovo" il concepito, richiede necessariamente di approfondire poi il dibattito sul piano del ragionevole bilanciamento costituzionale.

Sul punto, direi, non si può non prendere le mosse dalla fondamentale giurisprudenza costituzionale, intervenuta ormai da tempo sul tema, in materia di posizioni soggettive coinvolte nella pratica dell'aborto e nella disciplina legislativa dell'interruzione volontaria di gravidanza; dovendosi peraltro distinguere, si vuole subito qui anticipare, la posizione dell'embrione in vitro rispetto a quella forma di vita molto più avanzata, che è il feto umano nel corpo di una donna e, soprattutto, i diversi termini dei differenti bilanciamenti.

Si può ricordare, in principio, la sentenza n. 27/1975, dove, la Corte, pur facendo prevalere il diritto di "chi è già persona" rispetto alla sanzione penale dell'aborto, parla di un "interesse costituzionalmente protetto relativo al concepito", della "salvaguardia dell'embrione che persona deve diventare"; e, soprattutto, il giudice delle leggi afferma che l'articolo 2 della Costituzione "riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito".

E, così, nella sentenza n. 35/1997, la Corte ribadisce "la concezione, insita nella Costituzione italiana, in particolare nell'art. 2, secondo la quale il diritto alla vita, inteso nella sua estensione più lata, sia da iscriversi tra i diritti inviolabili, e cioè tra quei diritti che occupano nell'ordinamento una posizione, per dir così, privilegiata, in quanto appartengono - per usare l'espressione della sentenza n. 1146 del 1988 - all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana"; per concludere, poi, nel senso che l'abrogazione richiesta nel *referendum*, teso a "liberalizzare il ricorso all'interruzione volontaria della gravidanza", "travolgerebbe pertanto disposizioni a contenuto normativo costituzionalmente vincolato sotto più aspetti, in quanto renderebbe nullo il livello minimo di tutela necessaria dei diritti costituzionali inviolabili alla vita...". In definitiva, anche a favore del concepito si può estendere tale nucleo duro del diritto alla vita.

La stessa decisione della Corte, passando così dalla disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza a quella della

procreazione medicalmente assistita, nel senso dell'inammissibilità del referendum abrogativo totale della legge n. 40/2004 testimonia la necessità costituzionale di avere una disciplina legislativa dell'accesso alle tecniche di fecondazione assistita, in cui emerge un'esigenza di garanzia anche del concepito. La Consulta, in maniera significativa, sottolinea che "si tratta della prima legislazione organica relativa ad un delicato settore, che negli anni più recenti ha conosciuto uno sviluppo correlato a quello della ricerca e delle tecniche mediche, e che indubbiamente coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa". Ma, si badi bene, la sentenza n. 45/2005 dichiara l'inammissibilità perché considera in tema "la normativa costituzionalmente necessaria"; ma non anche a contenuto costituzionalmente vincolato con una conseguente limitazione della discrezionalità legislativa.

D'altro canto, al di là della richiamata giurisprudenza costituzionale, peraltro a mero titolo esemplificativo, si può qui solo brevemente ricordare che la categoria dei diritti viene di recente invocata, in modo problematico, per ricostruire anche nella dottrina giuridica, talora l'imputazione stessa di diritti a soggetti ancor più controversi: si parla di "diritti animali", in cui, in alcune isolate ricostruzioni l'animale è centro imputazionale del diritto a non soffrire o alla stessa vita - individua o almeno come specie -; di un diritto dell'ambiente, inteso come collettività di organismi animali, vegetali e materia inorganica; si parla poi in modo più diffuso e convincente di diritti delle generazioni future, in cui non i concepiti, ma le generazioni che verranno sono titolari di diritti nei confronti delle generazioni oggi viventi, sino ad ipotizzare schemi per la stessa azionabilità di tali diritti.

Ora, anche alla luce di questi argomenti, senza volere qui addentrarsi nel tema della soggettività di diritto del concepito, embrione o feto che sia, non appare, in ogni caso, dubitabile il fondamento costituzionale della tutela dell'embrione, che come visto il giudice delle leggi ha ricostruito ben prima della legge n. 40 e del suo stesso "diritto" di cui all'articolo 1 della legge del 2004.

Si tratta invece di individuare gli ambiti del ragionevole bilanciamento che il legislatore è chiamato ad effettuare nelle proprie scelte con altre libertà, diritti e interessi costituzionalmente protetti.

In generale, è facile rilevare che i diritti non sono mai degli assoluti. Si può ribadire che la "libertà trova limite nel diritto altrui" (S. Mill). E la Corte, in modo paradigmatico, proprio nella stessa decisione, in materia di aborto e sanzioni penali, con cui riconosce nella sentenza n. 27/1975 la tutela del concepito, afferma, ad esempio - ma il bilanciamento può riguardare anche altri diritti e libertà costituzionali ed avere soprattutto esiti diversi nei vari casi - 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" e che "l'interesse costituzionalmente protetto relativo al concepito può venire in collisione con altri beni che godano pur essi di tutela costituzionale e che, di conseguenza, la legge non può dare al primo una prevalenza totale ed assoluta, negando ai secondi adeguata protezione".

La ricostruzione eventuale di un diritto al conseguimento della vita umana piena del concepito individua senz'altro un diritto di un essere vivente umano, ma non per questo di una "persona" con le conseguenze che ne derivano nell'ordinamento; nel caso del concepito si tratta, secondo le principali evidenze scientifiche della biologia embriologica, di un essere vivente, che si trova in uno stadio iniziale del proprio processo vitale - il quale, in alte percentuali si interrompe naturalmente-, ed in un momento in cui non ha alcuna coscienza di se stesso, alcun sistema nervoso, alcuna cellula nervosa, alcuna possibilità di provare emozioni, vita di pensiero e nessun tipo di capacità relazionale. L'individuazione in alcune esperienze legislative comparate del termine - certo, per sua natura convenzionale - del XIV giorno risente di tali ragioni. La vita umana a livello embrionale e a livello di ovocita fecondato è vita; ma non può essere neppure equiparata alla vita umana in stato fetale, in cui alcuni dei parametri sopra riportati sono in realtà validi.

Sul piano giuridico, equiparare poi l'ovocita fecondato o l'embrione alla persona umana, completa e compiuta, può essere frutto, in un ordinamento plurale, di una rispettabile convinzione, religiosa o laica che sia. Ma il quesito resta: l'assetto plurale dei valori costituzionali può davvero legittimamente consentire di elevare a precetto giuridico, semmai penalmente sanzionato, tale convinzione?

Questo non significa che il concepito, l'embrione sia niente, o sia un "qualcosa". Ma questo significa che neanche il suo "diritto", come nessun diritto, può essere tutelato come un "assoluto" in un ragionevole bilanciamento con altri interessi, diritti e libertà - i quali ovviamente anch'essi trovano dei limiti - che hanno fondamento costituzionale; quali, ad esempio, la libertà personale, intesa come integrità fisica e morale, l'autodeterminazione della donna e la più generale libertà di autodeterminarsi nella sfera privata, la protezione della maternità, la libertà di ricerca scientifica, il diritto alla salute. Più complessa è la ricostruzione di una "libertà procreativa", di un diritto alla procreazione, pure da alcuni ricostruito proprio

attraverso la tecnica dei "nuovi" diritti, e di cui vanno comunque individuati anche i limiti di contenuto. Appare comunque indubitabile che nel bilanciamento vada, comunque, tutelato il diritto alla salute, nel cui contenuto è comunque da ascrivere di sicuro la cura contro la patologia della sterilità, nonché lo stesso diritto alla salute visto anche come "interesse della collettività", ai sensi dell'articolo 32 della Costituzione.

Si tratta di operare delicati bilanciamenti, che consentono diversi, possibili esercizi della discrezionalità legislativa. L'azione del legislatore di uno Stato plurale, però, dovrebbe rifuggire da ogni tentazione di integralismo, confessionale o laico che sia; non per relativismo etico, ma al fine di individuare sempre in maniera rigorosa l'ambito di ciò che può essere vietato dalla norma giuridica perché contrario all'ordinamento, sino al massimo, estremo, giudizio di disvalore sociale proprio dell'illecito penale, e l'ambito di ciò che non può esserlo.

La legge n. 40/2004 ha l'indubbio pregio di affrontare un tema sul quale le prime proposte legislative risalgono al 1984, ma con la scelta di diverse opzioni regolatorie che, al di là del merito, si espongono ad obiezioni proprio in termini di ragionevolezza del bilanciamento operato nella scelta del legislatore.

E' possibile qui affrontare alcuni profili problematici, posti dalla disciplina della legge n. 40, sul cui contenuto poi sono intervenute "modifiche" poste dalle linee guida, di cui peraltro si dubita della stessa natura normativa.

Non necessariamente illegittima, su di un piano generale, ma sicuramente discutibile sul piano del merito, appare la scelta legislativa di fondo di volere regolare nel dettaglio l'accesso alle tecniche di fecondazione assistita, lasciando spazio ermeneutico limitato sia all'applicazione del diritto al caso concreto in sede giudiziaria sia alla scelta medica.

La tutela del principio di certezza del diritto sembra talora andare oltre il ragionevole quando, ad esempio, è il legislatore stesso a fissare nel limite massimo di tre gli embrioni creati con tecniche di fecondazione assistita. L'esigenza di individuare un limite alla creazione di embrioni in vitro è ragionevole; la fissazione di un limite generale assoluto di tre per situazioni anche profondamente diverse non appare esserlo.

Il ricorso alla sanzione penale poi è l'*extrema ratio* rimessa alla discrezionalità legislativa, altrimenti la norma è incostituzionale: questo ha ripetuto più volte la Corte nella sua giurisprudenza. Non sembra che il ricorso alla sanzione penale nella legge n. 40 risponda sempre a tale canone.

Alcune scelte legislative poi appaiono forse irragionevoli se rapportate, paramtrate, ad altre scelte che lo stesso legislatore ha operato in vicende diverse, ma in cui è ravvisabile un'omogeneità della *ratio* giustificatrice dell'intervento normativo.

E' ragionevole la compresenza nel nostro ordinamento di una norma che realizza in diverse sue opzioni regolatorie una tutela massima dell'embrione creato in vitro, per poi abbassare nei meccanismi della legge n. 194 il livello di tutela della vita di fronte ad un feto ormai formato?

In verità, le due singole opzioni regolative del legislatore del 1978 e del 2004 appaiono, singolarmente considerate, costituire entrambe legittimo esercizio di discrezionalità legislativa, come tale insindacabile da parte della Corte. Sennonché la coesistenza di entrambe le norme, frutto di bilanciamenti diversi, operati dal legislatore in tempi diversi, comporta, forse, l'"irrazionalità" - più ancora dell'irragionevolezza - della scelta del legislatore successivo, che tutela in misura massima l'essere vivente embrione, quando poi ha già stabilito un grado inferiore di tutela giuridica di quello stesso soggetto, per quando sarà invece divenuto feto. Insomma, la tutela della vita umana prenatale con il passare del tempo mi sembra avere un andamento irragionevolmente altalenante.

Certo, si potrebbe sostenere che i termini attivi e passivi del bilanciamento negli impianti delle leggi n. 40 e n. 194 sono diversi: nella prima si considera la posizione di un embrione in vitro, nella seconda quella della donna gestante; nella legge n. 194 il diritto alla vita e alla salute della madre, nella legge n. 40 invece posizioni soggettive meno forti.

Rimane, comunque, il dato che la madre può, ai sensi e nei limiti previsti dalla legge, interrompere la vita del concepito, sviluppata in feto di più mesi. Perché allora vietare che la valutazione, con i connessi ineludibili limiti e momenti procedimentalizzanti di controllo, venga anticipata nel tempo prima dell'impianto, incidendo così, con un minore sacrificio dei beni tutelati, sul prosieguo di un processo vitale che si trova ancora ai suoi meri, incerti primordi?

Anche a volere poi respingere tale impostazione e considerare comunque non paragonabili i bilanciamenti operati dal

legislatore nel 1978 e nel 2004, e a volere per di più considerare inesistente un diritto alla procreazione che si espliciti attraverso l'accesso alle tecniche di fecondazione assistita, di fronte a soggetti portatori di gravi malattie genetiche ereditarie (talassemia, osteopetrosi e altre ancora, che si possono semmai preventivamente individuare), è davvero ragionevole, nel bilanciamento almeno con il diritto alla salute psichica di queste persone, il divieto di analisi genetica preimpianto, per poi spostare il momento della decisione tragica all'interruzione volontaria della gravidanza dopo l'immane amniocentesi?

Altro versante critico attiene poi alla conclamata esigenza nella legge 40 di tutela della possibilità di sviluppo vitale dell'embrione in rapporto alla questione dell'adottabilità, a questo punto, degli embrioni, così comunque garantendo una garanzia reale, come dire, non solo ideologica, della vita del concepito.

Ancora, lo statuto dell'embrione può porre un legittimo limite alla libertà di ricerca scientifica sulle cellule staminali embrionali attraverso il divieto di creare embrioni allo scopo di ricerca. Ma lo stesso limite (ed il divieto di crioconservazione) è frutto di un ragionevole bilanciamento anche di fronte agli embrioni soprannumerari destinati comunque a non essere più vitali?

Altri quesiti si potrebbero ancora porre. Ma non è questa la sede per poterli affrontare e, soprattutto, sviluppare in maniera compiuta.

Si vuole qui evidenziare, in conclusione, che si pongono una serie di interrogativi che investono la ragionevolezza di alcune scelte legislative operate dal legislatore del 2004 e il legittimo bilanciamento tra diritti, interessi costituzionali, che il legislatore deve comunque assicurare, altrimenti potendo operare il giudice delle leggi. Ecco perché al di là dei toni forse un po' troppo accesi e ideologicizzati dello scontro referendario (che comunque ha svolto un positivo ruolo di cassa di risonanza di questioni che interessano tutti e che pochi conoscevano), sarà ancor più importante tornare ad occuparsi del tema, qualunque sia l'esito referendario, con gli strumenti rigorosi della ricerca, anche in campo giuspubblicistico.