

## **Se il diritto è una terra straniera: note sull'ordinanza spoletana in tema di aborto \***

di Stefano Rossi\*\*  
(3 novembre 2012)

Sommario: 1.- Un'ordinanza 'insostenibile'. 2.- Ragionamenti fuori contesto. 3.- Il diritto in equilibrio e il tentativo di sbilanciarlo. 4.- L'embrione come ircocervo dogmatico.

### **1. Un'ordinanza 'insostenibile'.**

Il giudice tutelare del Tribunale di Spoleto, con ordinanza di rimessione n. 60 del 3 gennaio 2012, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 della legge n. 194/1978 in relazione agli artt. 2, 11, 32 e 117, 1° co., con riferimento all'interpretazione dell'art. 6, n. 2, lett. c), della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 98/44/CE del 6 luglio 1998 come desumibile dalla sentenza resa, in data 18 ottobre 2011, dalla Corte di giustizia dell'Unione europea.

L'ordinanza trova origine nella richiesta avanzata, ex artt. 4 e 12 della legge n. 194/1978, da una minorenni di poter accedere al trattamento di interruzione della gravidanza, senza previo assenso dei genitori. La relazione del consultorio di Spoleto aveva infatti accertato la sussistenza di seri motivi<sup>1</sup> per non interpellarli in merito a tale scelta, tuttavia il giudice, nel vestire i panni del novello crociato<sup>2</sup>, non si è lasciato sfuggire l'occasione di trasformare il dramma vissuto dalla ragazza nel mezzo per perseguire un fine che ha ben poco di giuridico e molto di ideologico.

Nel far ciò questi si è impegnato a confezionare un'ordinanza, non solo manifestamente inammissibile<sup>3</sup>, ma del tutto 'insostenibile' per la sfuggente evanescenza dell'argomentazione, per l'eccesso di potere che ne è a fondamento e per l'uso paradossale del formante giurisprudenziale.

Si può cominciare col dire che la questione non poteva, né doveva, essere sollevata, in quanto, nel procedimento scandito dalla legge n. 194/1978, il giudice tutelare deve limitarsi ad un controllo meramente formale diretto a verificare la formazione della volontà della minore, la sua capacità di discernimento, l'assenza di condizionamenti esterni, senza entrare nel merito della questione o procedere ad accertamenti sulla fondatezza dei motivi adottati. Quello del giudice non si configura quindi come un provvedimento decisorio, ma risulta meramente attributivo della facoltà di decidere,

---

\* Scritto sottoposto a *referee*.

<sup>1</sup> Motivazioni, peraltro, riportate dal giudice nell'ordinanza con dovizia di particolari e, per di più, correlate dalle dichiarazioni virgolettate della giovane. Con ciò rendendo pubblici elementi in fatto (quali la delicatezza e fragilità del quadro familiare e del contesto sociale della giovane) assolutamente irrilevanti per il giudizio della Corte costituzionale, ma altresì indicativi dell'assenza di sensibilità ed empatia del giudice *a quo*. Sembra poi paradossale che il giudice, da un lato, fornisca tutti i particolari atti ad identificare la ragazza (fin troppo facile in una realtà di provincia), e, dall'altro, con evidente 'coda di paglia' prescriva – nel dispositivo – la notifica dell'ordinanza tramite l'Asl a mani proprie della stessa «curandosi in ogni caso le forme più idonee a garantire l'assoluta riservatezza».

<sup>2</sup> U. SCARPELLI, *Bioetica laica*, Baldini&Castoldi, Milano, 1998, 99

<sup>3</sup> Corte cost., ord. 19 luglio 2012, n. 196, in *www.giurcost.org*; in tal senso anche Corte cost., ord. 10 maggio 2012, n. 126 in cui si sottolinea come «il rimettente cerchi di utilizzare in modo improprio e distorto la proposizione dell'incidente di costituzionalità (che, interrompendo la necessaria e naturale speditezza della procedura, di fatto vanifica l'istanza di tutela del diritto fondamentale alla salute psico-fisica della minore gestante, oggetto primario delle garanzie approntate dalla legge n. 194 del 1978: sentenze n. 35 del 1997 3 n. 27 del 1975) non già per pervenire alla soluzione di un problema pregiudiziale rispetto alla definizione della richiesta, quanto piuttosto al fine di tentare di ottenere dalla Corte un avallo interpretativo».

essendo la scelta finale, alle condizioni previste, rimessa alla responsabilità della donna, ancorché minorenn<sup>4</sup>.

Per tale motivo, anche alla luce della consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale, la questione sollevata si palesava, sin dall'origine, come inammissibile per irrilevanza.

Peraltro, sempre in punto di rilevanza, il giudice neanche si esprime, così come paiono a prima vista tipicamente tautologiche le ragioni della non manifesta infondatezza della questione sollevata, sicché si può sostenere che «tali evidenti carenze nella motivazione in ordine alla rilevanza ed alla non manifesta infondatezza delle questioni [ne abbiano] comportato la manifesta inammissibilità, anche alla luce della giurisprudenza [costituzionale], secondo cui il giudice *a quo* non può sottrarsi all'obbligo di rendere esplicite le ragioni che lo inducono a sollevare la questione di costituzionalità con una motivazione autosufficiente, tale da permettere la verifica della valutazione sulla rilevanza (ord. n. 19/2008) e sulle ragioni delle censure (ex plurimis, ord. n. 72/2007; n. 307/2007; n. 323/2009)»<sup>5</sup>.

Si segnala, inoltre, come il giudice abbia percorso la strada dell'impugnativa, senza prima aver verificato vanamente, anche con l'ausilio del diritto vivente, la possibilità di giungere ad una lettura della norma che, nel rispetto dei comuni canoni ermeneutici, consentisse di intenderla in armonia con la Costituzione (o perlomeno con l'interpretazione della direttiva data dalla Corte di Giustizia). L'inammissibilità della questione è dunque il risultato di un ulteriore duplice errore laddove il giudice «da un lato, ha omesso di verificare la praticabilità di interpretazioni idonee a determinare il superamento dei dubbi di costituzionalità (...); dall'altro, non ha adempiuto all'obbligo di ricercare una interpretazione costituzionalmente orientata della norma impugnata»<sup>6</sup>.

Non meno rilevanti appaiono le contraddizioni che emergono dall'ordinanza in merito alla funzione ed efficacia del diritto europeo e della giurisprudenza della sua Corte: in tal senso il giudice mostra di non aver avuto il coraggio di portare sino in fondo il suo ragionamento svolto nell'ordinanza, ove, pur sostenendo che «il principio interpretativo affermato dalla Corte deve ritenersi assumere, per ciò solo, efficacia diretta e vincolante per tutti gli Stati membri» e che pertanto «sembra necessario farne diretta applicazione nel diritto interno allo Stato», poi si è limitato, anziché disapplicare l'art. 4 della legge 1978 (forse per timore di violare i cd. 'controlimiti')<sup>7</sup>, a sollevare la questione di costituzionalità.

---

<sup>4</sup> Corte cost., 25 maggio 1987, n. 196, in *Foro it.*, 1988, I, 758 ss., con nota di E. Rossi, *L'obiezione di coscienza del giudice* da cui si desume come i margini di intervento del giudice tutelare siano «ben circoscritti e non cospicui (...) integre restando, comunque, le successive valutazioni della gestante *abilitata essa solo a decidere*»; Corte cost., ord. 14 aprile 1988, n. 463, *ibidem*, 2109; Corte cost., 24 giugno 1993, n. 293, in *Giur. cost.*, 1993, 2096 ss.; ed anteriormente Corte cost., 25 giugno 1981, n. 109, *ibidem*, 1981, 948 ss. Sempre sul ruolo del giudice tutelare e la natura del suo provvedimento di autorizzazione, Corte cost., 15 marzo 1996, n. 76, in *Giust. civ.*, 1997, I, 41 ss., con nota di F. GIARDINA, *L'ultimo atto di una storia senza fine: l'incostituzionalità dell'art. 12 della legge sull'interruzione volontaria della gravidanza*. In generale G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, III, Jovene, Napoli, 2009, 850 ss.

<sup>5</sup> Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 323, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)

<sup>6</sup> Corte cost., ord. 12 giugno 2009, n. 178, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)

<sup>7</sup> Si deve notare che, in alternativa, adottando una soluzione meno *tranchant*, al fine di ovviare all'impossibilità di operare un'esegesi conforme del diritto nazionale, attesa l'asserita totale incompatibilità con la direttiva, il giudice avrebbe potuto operare un tentativo di esegesi conforme avendo riguardo non solo alla norma introdotta per recepire la direttiva, ma a tutto il diritto nazionale: «se è vero che il principio di interpretazione conforme del diritto nazionale, così imposto dal diritto comunitario, riguarda in primo luogo le norme interne introdotte per recepire la direttiva in questione, esso non si limita, tuttavia, all'esegesi di tali norme, bensì esige che il giudice nazionale prenda in considerazione tutto il diritto nazionale per valutare in quale misura possa essere applicato in modo tale da non addivenire ad un risultato contrario a quello cui mira la direttiva» (Corte giust., 5 ottobre 2004, *Pfeiffer*, cause riunite C-397/01 C-403/01; Corte giust., 25 ottobre 2005, *Schulte*, causa C-350/03).

Da ultimo, in forza della dottrina della «doppia pregiudizialità» (Corte cost., ord. nn. 415/2008; 100/2009), il giudice avrebbe meglio operato attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE, sottoponendo il dubbio ermeneutico alla stessa Corte di giustizia, anche al fine di garantire l'uniforme interpretazione dei diritti derivanti dalla normativa dell'Unione europea.

## 2. Ragionamenti fuori contesto.

Con un'operazione ermeneutica originale, il giudice ha esteso in via analogica il divieto di «distruzione» dell'«embrione umano», affermato dalla Corte europea nel contesto della disciplina della brevettabilità delle scoperte biotecnologiche, sino ad «affermare il disvalore assoluto in ogni caso (...) della perdita dell'embrione umano per consapevole intervento dell'uomo», nella misura in cui «l'embrione umano (...) in ogni caso deve trovare tutela in forma assoluta».

Tuttavia tale ragionamento è viziato nel suo presupposto, ovvero nella scelta operata dall'interprete di leggere il testo della sentenza isolandolo dal suo contesto, la lettera della direttiva (con i suoi divieti) dal profilo teleologico che la connota.

Così, mentre il giudice *a quo* utilizza ripetutamente l'aggettivo 'assoluto' (sinonimo del concetto di «non negoziabile»), nella sentenza della Corte non se ne trova traccia e ciò per due motivi: uno di carattere sostanziale, ossia che la tutela dell'embrione è comunque 'relativa', laddove si prevede un'eccezione al divieto di brevettabilità, segnatamente se l'invenzione ha finalità terapeutiche o diagnostiche che si applicano e che sono utili all'embrione umano<sup>8</sup>. L'altro di carattere teleologico-formale, nella misura in cui, sia la Corte<sup>9</sup> che l'Avvocato generale nelle sue conclusioni, hanno espressamente limitato l'efficacia del *dictum* alla materia specifica e alle finalità perseguite dalla direttiva<sup>10</sup>.

«Mi sembra anche utile precisare che la definizione giuridica che propongo si inserisce nell'ambito della direttiva tecnica esaminata e che, a mio avviso, non si potranno ricavarne conseguenze altrettanto giuridiche in altri settori che riguardano la vita umana ma che sono situati ad un livello diverso, ed, innanzitutto, al di fuori del diritto dell'Unione. È per questo che mi sembra che il riferimento fatto in udienza a sentenze pronunciate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in merito all'aborto esuli per definizione dal nostro oggetto. Non si può infatti confrontare la questione dell'eventuale utilizzazione di embrioni a fini industriali o commerciali con le normative nazionali che tentano di dare soluzioni a situazioni individuali dolorose»

(Conclusioni dell'Avvocato Generale Bot del 10 marzo 2011, §. 49 - causa C 34/10, *Oliver Brüstle c. Greenpeace*).

Ma accettiamo pure la *fiction juris* su cui si fonda l'ordinanza spoletana, immaginando che il principio dell'intangibilità degli embrioni sia espansivo, ecco che allora è il contesto da cui tale principio è desunto a circoscriverne i confini di efficacia e determinarne le finalità.

<sup>8</sup> Corte giust., 18 ottobre 2011, causa C-34/10, §. 44 che si riferisce al 42° Considerando della direttiva 98/44.

<sup>9</sup> In tal senso la Corte ha innanzitutto precisato di essere stata chiamata ad interpretare la nozione di «embrione umano» solo «ai sensi e ai fini dell'applicazione dell'art. 6, n. 2, lett. c), della direttiva, vale a dire all'unico scopo di stabilire l'ambito del divieto di brevettabilità previsto da tale disposizione» (§. 24).

<sup>10</sup> Conformi anche i diversi commenti sulla sentenza vedi C. MAUBERNARD, *Définition juridique européenne de l'embryon humain. CJUE, gde ch., 18 octobre 2011, Oliver Brüstle / Greenpeace, aff. C-34/10*, in *Reveu des affaires européennes*, 2011, 4, 795 ss.; L. VIOLINI, *Il divieto di brevettabilità di parti del corpo umano: un uso specifico e non inutile del concetto di dignità umana*, in *Quad. cost.*, 2012, 1, 145 ss.; A. SPADARO, *La sentenza Brüstle sugli embrioni: molti pregi ...e altrettanti difetti*, in *www.forumcostituzionale.it* (3 maggio 2012) per cui «sembra che la Corte del Lussemburgo, piuttosto che ispirarsi al “principio di precauzione”, abbia peccato di “eccesso di precauzione”. Insomma – di fronte ad alcuni recenti *eccessi* opposti [A. Giubilini, F. Minerva, *Si all'aborto post-natale*, in *Journal of Medical Ethics*, 2012; programma *Esnats*: no a cavie animali, sì a cavie embrionali] – anche questa sentenza appare come una reazione...*eccessiva*».

La direttiva, infatti, mira a rimuovere gli ostacoli agli scambi commerciali e al buon funzionamento del mercato interno posti dalle divergenze legislative e giurisprudenziali tra Stati membri in materia di invenzioni biotecnologiche<sup>11</sup>. Per cui una definizione uniforme dell'embrione si appalesa necessaria in un orizzonte funzionalizzato (in via primaria) all'efficienza del mercato, impedendo che si realizzi una sorta di *forum shopping* che favorisca gli ordinamenti più permissivi alla brevettabilità delle invenzioni inerenti la 'materia vivente'.

Tale impostazione trova conferma anche avendo riguardo ai limiti alla brevettabilità dettati dalla direttiva, laddove l'art. 5, n. 1, ne sancisce il divieto con riferimento al «corpo umano, ai vari stadi della sua costituzione e del suo sviluppo, nonché [al]la mera scoperta di uno dei suoi elementi», ampliando ulteriormente la linea d'ombra dell'illecito attraverso il richiamo alle clausole generali – ostate allo «sfruttamento a fini industriali o commerciali» del corpo umano – della contrarietà all'ordine pubblico, al buon costume o alla dignità umana<sup>12</sup>. Come già accennato, infine, l'unica eccezione a tale divieto riguarda le invenzioni a finalità terapeutiche o diagnostiche che si applicano e che sono utili all'embrione umano (42° considerando della direttiva).

Anche l'analisi statica delle disposizioni evidenzia quindi l'omogeneità di un dettato normativo che è stato conformato ai fini intrinseci che qualificano questi particolari atti di disposizione della sfera corporea. Così i divieti posti dalla direttiva non colpiscono indiscriminatamente ogni "utilizzo del corpo umano", a prescindere dalle ragioni e dai valori che l'atto di disposizione del corpo è positivamente volto a realizzare, facendo invece prevalere, nei termini della liceità della brevettabilità del vivente, quelle scelte aventi un forte contenuto assiologico.

Quindi affermare che il divieto, sancito dalla direttiva, di distruzione degli embrioni – per fini commerciali – possa essere esteso all'ipotesi in cui tale evento sia finalizzato a salvaguardare la salute (in particolare di colei che né è la custode, nella misura in cui l'embrione può divenire, se così desiderato dalla madre<sup>13</sup>, l'*alter* dell'*ego* di ciascuna donna<sup>14</sup>) significherebbe scardinare il senso e la finalità della disciplina comunitaria.

La gestione del corpo, nel contesto dell'autodeterminazione, costituisce infatti un modo d'essere dei tanti aspetti dell'umana identità, sicché la sua limitazione, in conformità ai dettami di norme scritte per impedire la commercializzazione o la reificazione, si trasformerebbe in una sorta di colonizzazione autoritaria della sfera vitale.

### **3. Il diritto in equilibrio e il tentativo di sbilanciarlo.**

<sup>11</sup> C. CAMPIGLIO, *I brevetti biotecnologici nel diritto comunitario*, in *Dir. comm. int.*, 1999, 849 ss.; B. NASCIMBENE, *Biotecnologie, principi di diritto comunitario e giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Contr. e impr./Europa*, 2003, 1, 266 ss.

<sup>12</sup> A loro volta esemplificate nelle ipotesi descritte all'art. 6, n. 2, disposizione, quest'ultima, che non lascia agli Stati alcun margine di discrezionalità per quanto concerne la non brevettabilità dei procedimenti e delle utilizzazioni in essa enumerati (Corte giust., 9 ottobre 2001, *Paesi Bassi c. Parlamento e Consiglio*, causa C-377/98, §. 37-39; Corte giust., 16 giugno 2005, *Commissione c. Italia*, causa C-456/03, §. 78).

<sup>13</sup> Aderendo alla prospettiva di Ferrajoli, anche la procreazione «non è solo un fatto biologico, ma anche un atto morale di volontà», per cui «quest'atto di volontà, in forza del quale la madre (...) pensa il feto come persona, (...) conferisce ad esso il valore di persona: *crea* la persona» (L. FERRAJOLI, *La questione dell'embrione tra diritto e morale*, in *Notizie di Politeia*, 2002, 65, 154 ss.).

<sup>14</sup> A. LA TORRE, *Ego e alter nell'interruzione della gravidanza*, in *Giust. civ.*, 2010, 1, 3 per cui «Il grembo della donna in stato di gravidanza è il luogo in cui il rapporto fra l'*ego* e l'*alter* si manifesta in modo primigenio e totalizzante: primigenio, perché è in esso la sede di formazione della vita umana; totalizzante perché, fino al momento in cui con la nascita non seguirà il distacco del feto dall'utero materno, il legame simbiotico è di tale pregnanza da immedesimare l'*alter* nell'*ego*, così da presentare il figlio non ancora nato come *portio viscerum* della madre. È una immedesimazione che, essendo limitata alla durata della gravidanza, è temporanea; ma proprio perché coincide con il periodo formativo di un'altra vita, contiene una alterità *in fieri*, che tende a trasformarsi da potenziale in attuale».

C'era un tempo in cui al diritto si chiedeva di offrire certezze, oggi si assiste, a volte senza averne piena coscienza, ad un mutamento di paradigma che esprime essenzialmente un'esigenza di equilibrio. Ed è proprio laddove il diritto entra in rapporto con aree come quelle dei diritti individuali, in particolare di quelli che conformano la persona come 'soggetto morale', che tale esigenza di equilibrio dovrebbe trovare concreta garanzia.

Nel caso di specie, il giudice di Spoleto non cerca nuove formule volte ad affermare un diverso equilibrio nel diritto, si propone, altresì, di creare squilibrio per compensare quello che ritiene essere un vuoto di tutela per il nascituro: ne sono indice l'ossessivo richiamo al concetto di assolutezza, che verrebbe a qualificare la presunta tutela dell'embrione, il riferimento all'esigenza di verificare la «compatibilità»<sup>15</sup> (non la legittimità costituzionale) tra il suddetto principio e la facoltà prevista dall'art. 4 della legge n. 194/1978 di interrompere la gravidanza ed infine l'assenza di qualsivoglia richiamo alla giurisprudenza consolidata della Corte costituzionale, che in questa materia ha fatto dell'equilibrio una virtù ermeneutica.

Appare poi quasi paradossale che, nell'ordinanza, non vi sia alcun riferimento alla donna, ai suoi diritti, e alla necessaria tutela della sua salute e libertà di autodeterminazione<sup>16</sup>, svolgendosi il ragionamento giudiziale, in modo unilateralmente ossessivo, esclusivamente intorno alla figura dell'embrione, quale 'monade' astratta da qualsivoglia contesto temporale e spaziale<sup>17</sup>.

Tali omissioni sono ben comprensibili, se si pensa che, nel confronto con il dato normativo e con il diritto vivente (sia nazionale che sovranazionale), l'impostazione del giudice *a quo* sarebbe franata miseramente.

Sul piano legislativo si deve rammentare come, con la legge del 1978, preceduta dalla sentenza n. 27/1975 della Corte costituzionale, la scelta tragica dell'aborto abbia trovato un suo equilibrio attraverso una considerazione gradualistica dell'umanità del concepito<sup>18</sup>: la formazione di un individuo umano costituisce, infatti, un processo graduale, che avviene nel tempo della gravidanza<sup>19</sup>, per cui la proceduralizzazione e i limiti alla libertà della gestante di accedere all' i.v.g. crescono in misura direttamente proporzionale allo sviluppo della vita fetale. Sicchè non si prospetta alcuna tutela assoluta, ma solo una tutela graduata e graduale<sup>20</sup>.

---

<sup>15</sup> Termine rivelatore, nella misura in cui l'incompatibilità comporta, sul piano logico-concettuale, che un dato termine non possa coesistere con un altro termine: quindi o l'embrione, tutelato in via assoluta, o la libertà della donna di autodeterminarsi riguardo la sfera procreativa.

<sup>16</sup> Sebbene si debba notare come l'autodeterminazione e l'invulnerabilità del corpo delle donne non sia stata ricondotta dalla legge n. 194/1978 e dalle pronunce della Corte costituzionale entro la garanzia dell'*habeas corpus* di cui all'art. 13 Cost, quanto piuttosto alla tutela della salute psicofisica della persona di cui all'art. 32 Cost. Si veda tuttavia, volta a valorizzare il profilo dell'autodeterminazione, la giurisprudenza civilistica in tema di 'nascita indesiderata', in tal senso M. GORGONI, *La nascita va accettata senza "beneficio d'inventario" ?*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, 6, 1349 ss. e anche S. ROSSI, *La nascita indesiderata*, in P. CENDON (a cura di), *Il quantum nel danno esistenziale. Giurisprudenza e tabelle*, Giuffrè, Milano, 2010, 271 ss.

<sup>17</sup> L'asserito diritto alla vita del nascituro non è un diritto astratto, contrapponibile a quello della donna, ma è un diritto che può esistere solo agendo con la donna e non contro di lei; solo considerando donna e nascituro come «due in uno», e non contrapponendoli l'uno all'altro. Così ragionando, il legislatore del 1978 ha tutelato sia il principio della dignità umana, sia quello della libertà individuale: la scelta della donna, per essere vera, efficace e non condurre ad una lesione profonda e inaccettabile, deve essere una scelta consapevole.

<sup>18</sup> B. PEZZINI, *Inizio e interruzione della gravidanza*, in S. CANESTRARI., G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, *Trattato di Biodiritto*, diretto da Rodotà S., Zatti P., Giuffrè, Milano, 1660 ss.

<sup>19</sup> C. FLAMIGNI, *Le tappe dell'evoluzione biologica*, in S. CANESTRARI., G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, *cit.*, 1281 ss.

<sup>20</sup> Soluzione quest'ultima considerata in contrasto con l'art. 1 della l. n. 194/1978, «che enuncia il principio di tutela della vita dal suo inizio, rispetto al quale, in verità, poco coerente è l'ulteriore svolgimento della normativa, tanto da averla fatta avvicinare alle legislazioni che permettono l'aborto 'on demand'» (così F.D. BUSNELLI, E. PALMERINI, *Bioetica e diritto privato*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Giuffrè, Milano, 2001, 150 ss.)

Sul piano giurisprudenziale, la Corte costituzionale, nella storica sentenza n. 27/1975, ha delineato i termini del bilanciamento tra il diritto alla salute della madre, garantito ex art. 32 Cost., e l'«interesse costituzionalmente protetto» del concepito (la cui «situazione giuridica» è tutelata, «sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie», ex art. 2 Cost.).

La Corte, nel rispetto formale della discrezionalità del legislatore, ha, nell'occasione, dettato i principi e criteri direttivi della successiva disciplina, fissando la regola di prevalenza in forza della quale «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute di *chi è già persona*, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che *persona deve ancora diventare*».

Successivamente, in sede di giudizio di ammissibilità dei referendum<sup>21</sup>, la Corte ha avuto modo di sottolineare come l'abrogazione degli artt. 4, 5, 12 e 13 della legge n. 194/1978 avrebbe travolto «*disposizioni a contenuto normativo costituzionalmente vincolato* sotto più aspetti (...) rende[ndo] nullo il livello minimo di tutela necessaria dei diritti costituzionali inviolabili alla vita, alla salute, nonché di tutela necessaria della maternità, dell'infanzia e della gioventù», e, in tal modo, è pervenuta ad una sostanziale cristallizzazione del ragionevole bilanciamento operato dal legislatore con la l. n. 194/1978, considerata come meramente attuativa dei principi sopra enunciati.

Il carattere non assoluto della tutela dell'embrione è emerso infine nella recente sentenza n. 151/2009, riguardante la legge n. 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita, in cui la Corte ha espressamente statuito che: «la tutela dell'embrione non è (...) assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione».

Se poi il giudice *a quo* avesse voluto scrutinare la disciplina in questione alla luce dei principi generali dell'ordinamento euro-unitario, avrebbe facilmente scoperto che nei precedenti<sup>22</sup> della Corte europea dei diritti dell'uomo era già stato tracciato un *limes* in ordine alla legittimità dell'aborto, rappresentato dalla tutela della salute e vita della donna che deve essere sempre preferita rispetto alla tutela della vita pre-natale<sup>23</sup>. Peraltro la stessa legislazione sull'aborto, presente praticamente in tutti i Paesi europei, non si può dire sacrifici totalmente il «diritto alla vita» dell'embrione, in quanto la stessa Corte ha riconosciuto nei casi ad essa sottoposti che le leggi europee che permettono l'aborto a certe condizioni bilanciano gli interessi contrapposti dell'embrione e della madre in modo equo<sup>24</sup>, nella misura in cui «*[t]he life of the foetus was intimately connected with, and could not be regarded in isolation from the life of the pregnant woman*»<sup>25</sup>.

#### **4. L'embrione come ircocervo dogmatico.**

«Le categorie del pensare, invece di pensare le intuizioni nella concretezza del giudizio, si fanno esse stesse pensanti e giudicanti, foggiando veri e propri ircocervi

<sup>21</sup> Corte cost., 10 febbraio 1997, n. 35, in *Giur. cost.*, 1997, 281 ss.

<sup>22</sup> Sul valore e sull'uso dei precedenti della Corte Edu si rinvia ad A. GUZZAROTTI, *Usò e valore del precedente CEDU nella giurisprudenza costituzionale e comune posteriore alla svolta del 2007*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it) (23 gennaio 2012).

<sup>23</sup> Principio affermato nelle decisioni Co.Du., 29 ottobre 1992, *Open Door and Dublin Well Woman c. Ireland*, ric. 14234/88, §. 70; Co.Du, 8 luglio 2004, *Vo v. France*, ric. n. 53924/00, §§. 74-80; Co.Du, sez. IV, 20 marzo 2007, *Tysiak v. Poland*, ric. n. 5410/03, §. 106; Co.Du, 16 dicembre 2010, *A, B, and C v. Ireland*, ric. n. 25579/05, §. 237-240.

<sup>24</sup> Con riferimento alla legislazione italiana, Co.Du, dec. 5 settembre 2002, *Boso c. Italia*, ric. 50490/99, § 1 *in fine*; Co.Du, 16 dicembre 2010, *A, B, and C v. Ireland*, ric. n. 25579/05, §. 235 in cui la Corte, pur avendo rimesso al margine di apprezzamento dei singoli Stati la soluzione da adottare in materia, ne ha sottolineato la compatibilità con la Convenzione solo alla condizione che la tutela della vita della donna, che è già «persona», prevalga su quella del feto.

<sup>25</sup> Commissione eu., dec. 13 maggio 1980, *HR, X. v. the United Kingdom*, Dec. & Rep. 19, 244

mentali, ibridismi inetti a generare verità, e tuttavia inscenanti una ridda di fantasmiastrazioni e di astrazioni-fantasmie<sup>26</sup>. Con queste parole cangianti, Croce ammoniva contro i vizi logici di «ogni filosofia del già filosofato», avendo a bersaglio, in particolare, la filosofia del diritto, ma, *mutatis mutandis*, le stesse critiche si possono rivolgere all'uso disinvolto di concetti e istituti giuridici per qualificare, nel mondo del diritto, lo statuto dell'embrione.

Sarebbe sufficiente scorrere la pur breve ordinanza del giudice di Spoleto per notare una impressionante confusione terminologica e un uso disinvolto di concetti, su cui si sono scritti volumi che empiono intere biblioteche: nel giro di pochi capoversi, infatti, l'embrione viene definito «soggetto di primario valore giuridico» (punti 3, 4 e 6), «essere provvisto di autonoma soggettività giuridica» (paragonabile a chi si trovi in stato vegetativo permanente) [punto 4], «"uomo" in senso proprio (...) seppur *in fieri*» (punto 8) ed infine «individuo in senso proprio» (punto 9).

Non abbiamo lo spazio, né la presunzione per affrontare una disquisizione tra le più complesse e su cui si sono confrontati i più illustri maestri del diritto<sup>27</sup>, tuttavia è evidente come l'uso di un concetto piuttosto che un altro (soggetto, persona, individuo o uomo) comporti un gradiente diverso nell'attribuzione all'embrione (e al feto) di una tutela giuridica<sup>28</sup>.

Qualificazione, quest'ultima, che comunque non è possibile desumere né dal testo costituzionale, né dalle fonti sovranazionali o internazionali, essendovi in tale contesto una semantica complessa, fatta di termini 'spessi' e 'sottili'<sup>29</sup>, che ci consegna un diritto insaturo, ma non certo deludente, in quanto nel suo essere «prospettico»<sup>30</sup>, mette a fuoco le reciproche ibridazioni tra saperi che si generano dal mescolarsi e stratificarsi di significati scientifici e giuridici producendo nuove categorie e concetti, con cui la società pensa e discute se stessa e le direzioni dei propri cambiamenti.

<sup>26</sup> B. CROCE, *Contro la "storia universale" e i falsi universali. Encomio dell'individualità*, in *La Critica*, 1943, 41, 5.

<sup>27</sup> Senza alcuna esaustività si ricordano le riflessioni di G. OPPO, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, 512 per il quale «il concepito, in qualunque fase della vita prenatale, non è cosa, oggetto come frutto o prodotto (del concepimento) ancora incorporato alla cosa madre o come *portio viscerum*; ciò che si sta formando e si formerà naturalmente, non è un oggetto, o un fatto, e neanche una qualunque *persona iuris*, ma è la persona umana e la valutazione va adeguata a questo termine e non ad altri», in tal senso se il diritto può negare il soggetto o la soggettività, non può negare l'uomo; J. CARBONNIER, *Sur le traces de non-sujet de droit*, in *Arch. Phil. Droit*, 1989, 34, 197 ss. che riconduce l'embrione nella categoria dei 'non soggetti'; P. ZATTI, *Quale futuro per l'embrione ?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, 458 per cui «il concetto biologico più esteso di uomo è qui utilizzato non per promuovere l'ingresso dell'embrione nel territorio dei soggetti, ma per caratterizzare il *tertium genus* tra oggetti e soggetti con esigenze di tutela dell'individualità biologica, anche se non personale»; F.D. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 550 ss.; Id., *La tutela giuridica dell'inizio della vita umana*, in *La tutela giuridica della vita prenatale*, Utet, Torino, 2005, 77-80, il quale definisce il concepito come 'uomo in formazione' ed afferma che «l'attribuzione della soggettività giuridica al concepito non consente più di qualificarlo, nel nostro ordinamento, come "cosa", né consente di legittimare una "segmentazione" della vita prenatale»; N. LIPARI, *Legge sulla procreazione assistita e tecnica legislativa*, in *Procreazione assistita. Problemi e prospettive*, Atti del Convegno di studi svoltosi a Roma presso l'Accademia dei Lincei il 31 maggio 2005, Brindisi, 2005, 204-206 che, ritenendo «privo di rilievo (...) il tentativo di disarticolare la soggettività dalla personalità», nega la necessità di qualificare l'embrione concepito in termini di soggetto, potendo l'ordinamento tutelare determinati "beni" o "valori" pur senza attribuirgli soggettività. Da ultimo le riflessioni di C.M. MAZZONI, *Protezione del concepito: dal nominalismo giuridico all'uomo "in quanto tale"*; P. ZATTI, *Questioni della vita nascente*, entrambe in S. CANESTRARI., G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, cit., 1299 ss.

<sup>28</sup> Si veda da ultimo la recentissima sentenza di legittimità Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it) che ha ritenuto necessario quanto sufficiente considerare il nascituro oggetto di tutela, ove la qualità di soggetto di diritto (evidente astrazione rispetto all'essere vivente) è attribuzione normativa funzionale all'imputazione di situazioni giuridiche e non tecnica di tutela di entità protette.

<sup>29</sup> D. CANALE, *La qualificazione giuridica della vita prenatale*, in S. CANESTRARI., G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, cit., 1253 ss.

<sup>30</sup> S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2006, 28-30.

Concludendo, al di là delle divergenti opzioni giuridiche e valoriali, «la tutela della vita ha in realtà un solo vero avversario: quella banalizzazione dell'esperienza umana che trova oggi molte fonti e che ha l'esito costante di spegnere, prima di ogni valore, la capacità di attenzione e di stupore verso noi stessi e ciò che viviamo»<sup>31</sup>.

Se, infatti, trattando del "mestiere di vivere", violenza, sofferenza, fragilità, debolezza si impongono anche alla riflessione del giurista con un'intensità che richiede *pietas*, ascolto, accoglienza, mitezza e modestia, tale predisposizione d'animo dovrebbe allora cogliersi sempre in chi intenda affrontare «il problema dell'aborto [che] (...) è il luogo critico di una cultura intera, di una visione del mondo, [intorno a cui] si scontrano (...) la fede religiosa e l'umanesimo, la metafisica e la filosofia dell'uomo, il paternalismo di chi vuole imporre a tutti le proprie posizioni morali e la rivendicazione della libertà. Quindi se c'è una materia in cui ci aspetteremmo e vorremmo intelligenza e prudenza, difesa dei propri valori ma comprensione di quelli avversi in un'aperta dialettica, essa è la materia dell'aborto, in cui già si accumulano troppe sofferenze e frustrazioni, e anche egoismi e superficialità, per aggiungervi altro squallore»<sup>32</sup>.

\*\* Dottorando di ricerca in Diritto pubblico e tributario nella dimensione europea presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bergamo

---

<sup>31</sup> P. ZATTI, *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, 158 ss.

<sup>32</sup> U. SCARPELLI, *Bioetica laica*, cit., 99.