

## Beni Giuridici o Diritti: illuminismo “in vitro”

“L’illuminismo è l’uscita dell’uomo dallo stato di minorità che egli deve imputare a se stesso. Minorità è l’incapacità di valersi del proprio intelletto senza la guida di un altro. Imputabile a se stesso è questa minorità, se la causa di essa non dipende da difetto di intelligenza, ma dalla mancanza di decisione e del coraggio di far uso del proprio intelletto senza essere guidati da un altro. Sapere Aude! Abbi il coraggio di servirti della tua propria intelligenza! È questo il motto dell’illuminismo”.

Immanuel Kant, *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?*, Id., *Werke*, Insel-Verlag, Frankfurt am Main 1964, t. 6, pag. 53.

“L’imperativo pratico sarà pertanto il seguente: agisci in modo da trattare l’umanità, sia nella tua persona sia in quella di ogni altro, sempre anche come fine e mai semplicemente come mezzo”.

Immanuel Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Id., *Werke*, Insel-Verlag, Frankfurt am Main 1964, t. 4., pag. 61.

Abbi il coraggio di sapere; la persona deve essere considerata sempre come fine e mai come mezzo. Volendo sintetizzare

(\*) *Bienes jurídicos o derechos: ilustración “in vitro”*. Traduzione di Guido Saraceni.

con precisione il lascito dell'illuminismo risulta particolarmente opportuno evocare Kant; questo duplice imperativo, teorico e pratico, formulato con la convinzione che entrambi gli elementi fossero chiamati a convivere pacificamente. La ragione, liberata dalle insidie cui fece riferimento Francis Bacon, aprirebbe la strada ad un progresso illuminato, caratterizzato dalla rinuncia ad ogni intento di strumentalizzare la persona nel nome di finalità che le si presumono superiori.

Una gnoseologia post-moderna – per utilizzare una espressione di moda – dovrebbe riconoscere che il duplice lascito dell'illuminismo è entrato da tempo in corto circuito. È sufficiente gettare uno sguardo alla stampa contemporanea per constatarlo.

Norberto Bobbio – per molti un esempio vivente di illuminista contemporaneo – non ha esitato ad affermare: “se mi chiedono circa i criteri in ragione dei quali possiamo decidere a che punto è lecito arrestare la ricerca scientifica e sino a quando dobbiamo continuare, non ho risposta alcuna”. “Se dobbiamo preoccuparci per il futuro dell'umanità dobbiamo occuparci delle conoscenze scientifiche e non delle filosofie”, “sono sempre esistite delle dispute filosofiche”. “Ciò che oggi potrebbe rappresentare un pericolo per l'umanità è l'evoluzione scientifica e tecnologica”; “da tempo ha superato ogni limite, la sua velocità non ha freni”<sup>1</sup>.

Edgar Morin, dal canto suo, sostiene che “o la tecnica ci addomestica, o noi addomestichiamo la tecnica. Per questo i grandi problemi del secolo XXI riguarderanno la vita umana”; “Al giorno d'oggi la scienza sta sviluppando enormi poteri, di distruzione e di manipolazione”<sup>2</sup>.

L'ecologismo postmoderno riesce a stabilire con grandi difficoltà – in nome di una difesa progressista dell'ambiente – limiti alle applicazioni tecnologiche. Tende, al contempo, a considerarsi utopico – se non addirittura reazionario, riprovevole – teorizzare un ecologismo personalista, in grado di condizionare la ricerca scientifica sino a far sì che rinunci a trasformare gli esseri umani in materia prima per i suoi esperimenti, nel nome di un dogmatico ‘progresso’ con accenni di fughe in avanti.

<sup>1</sup> Intervista, in “Die Zeit”, riportata su “El País” del 9.1.2000.

<sup>2</sup> Intervista, in “El Mundo” del 30.1.2000.

La fede progressista, che difende gelosamente l'assoluta autonomia della ricerca scientifica, si mostra così scevra del suo imprescindibile riferimento etico: un imperativo categorico capace di opporsi alla strumentalizzazione della persona, senza il quale il lascito dell'illuminismo perde una parte essenziale del suo contenuto.

È impossibile ipotizzare soluzioni giuridiche per problemi di così difficile soluzione senza basarsi su principi etici. L'intento di ottenere dei precetti giuridici partendo da comprovate realtà biologiche ci porterebbe, senz'altro, ad incorrere nella nota fallacia naturalistica. Allo stesso tempo, appare innegabile che i progressi della biologia invertano, come minimo, l'onere della prova; obbligando chi realizza, o patrocina, determinate ricerche, ad esporre argomentazioni – di non minore carattere etico – in grado di giustificarle.

Non è possibile concepire maggiore fallacia della tendenza pragmatica a ritenere che, una volta dimostrato che qualcosa è, di fatto, realizzabile, sarebbe irrazionale stabilire che non si "possa" fare, per motivi etici; il fine giustifica i mezzi. Il progressismo scienziato arriva fallacemente a postulare – senza operare alcuna scelta di carattere etico, ci si dice – che tutto quello che la scienza può fare, debba essere fatto. Questo imperativo categorico, tanto nuovo quanto tacito, permetterebbe di arricchire l'orizzonte di un'umanità che ragiona sulla base di criteri meramente quantitativi e strumentali. Progredire consisterebbe nel permettere alla scienza di fare tutto quello che può, perché da ciò possono derivare solo conseguenze desiderabili, per definizione; sforzarsi di scoprire cosa sia eticamente bene ed impegnarsi politicamente in tal senso, comporterebbe, inevitabilmente, un impegno reazionario.

La dottrina si vide già costretta, in occasione del dibattito sulla depenalizzazione dell'aborto, a confrontarsi con alcuni interrogativi di radicale importanza:

1. Quando inizia la vita "umana"? Non fornendo la scienza frontiere plausibili, quali punti di riferimento è possibile utilizzare, per stabilire un prima ed un dopo nella necessaria protezione giuridica della vita stessa?

2. Esistono esseri umani che – non essendo delle persone vere e proprie – è possibile trattare come oggetti, o dei quali ci

si possa servire come strumenti? La domanda sembra fuori luogo, ma la schiavitù rimane, storicamente, dietro l'angolo.

3. Chi – da e sino a quando – è dato considerare titolare del diritto alla vita?

4. Che protezione merita, in ogni caso, la vita umana; si consideri o meno – dal punto di vista giuridico – chi la possiede una “persona fisica”? Mentre, com'è noto, la persona giuridica può non coincidere con un essere umano, si pretenderà, paradossalmente, di stabilire un concetto giuridico di persona fisica che non tenga conto della scienza.

### I. *Un bene giuridico con gli onori del diritto*

La giurisprudenza costituzionale spagnola fornì una prima risposta ad interrogativi tanto profondi quando, nel 1985, non consentì l'entrata in vigore di una legge che, in determinati casi, avrebbe depenalizzato l'aborto. Dalla lettura della sentenza è possibile trarre una serie di conclusioni:

1. Sembra fuori discussione la determinazione del momento in cui inizia la vita umana. “Dall'inizio della gestazione” è stato messo in marcia un processo continuo, essendo stato “generato un *tertium* essenzialmente distinto dalla madre, sebbene allocato nella stessa”. Si afferma, in termini poco rigorosi, che ulteriori “cambiamenti qualitativi” possono influire “sullo stato giuridico pubblico e privato del *soggetto* vitale”, già – pertanto – considerato esistente<sup>3</sup>.

2. Si ammette implicitamente l'esistenza di individui umani che non siano delle persone vere e proprie.

La “vita indipendente” – condizione necessaria per acquisire “piena individualità umana” –<sup>4</sup> sembra prescindere dal parto, dato che il già citato “*tertium*” è, comunque, preesistente al parto stesso.

Tutto ciò non porterà, ad ogni modo, a riconoscere detto “soggetto vitale” quale soggetto titolare di diritti.

<sup>3</sup> Sentenza del Tribunale Costituzionale 53/1985 dell'11 aprile, F.5,a) – “Boletín de Jurisprudencia Constitucional” (in seguito “BJC”), 1985 (49), pag. 532; il corsivo è dell'autore.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

3. Il Tribunale evita di stabilire un concetto costituzionale di “persona”. Per quanto fosse valido, in ambito giuridico-penale, un concetto pre-natale della stessa, essendo l’aborto incluso tra i “delitti contro le persone”, sembra, tuttavia, che il Tribunale opti per il vecchio concetto post-natale, proprio del diritto civile, che subordina il riconoscimento della personalità all’essere trascorse ventiquattro ore dalla nascita, sulla base della capacità di sviluppo autonomo e di altri requisiti di natura non meglio specificati. Solo allora l’essere umano sarebbe titolare di diritti, incluso del diritto alla vita, che, ovviamente, condiziona l’esercizio di qualsiasi altro.

4. La vita umana merita, non ostante ciò, protezione giuridica. Si constata “che il senso obiettivo del dibattito parlamentare corrobora la tesi per cui il “nasciturus” è protetto dall’art. 15 della Costituzione, sebbene non si arrivi ad affermare che sia titolare di alcun diritto fondamentale”; ad ogni modo, e questo è decisivo, “dobbiamo affermare che la vita del “nasciturus” è un *bene giuridico protetto costituzionalmente* dall’articolo 15 della nostra Costituzione”<sup>5</sup>.

Nasce – a causa di un bilanciamento prevedibilmente inevitabile tra questo tipo di beni ed i diritti dei terzi – il dubbio se si debba o meno stabilire una qualche relazione gerarchica tra beni e diritti. In occasione di questa sentenza, un magistrato espresse, nella giustificazione del proprio voto, la convinzione che i diritti avrebbero dovuto, in ogni caso, avere maggiore importanza dei beni giuridici. Il magistrato affermò che ogni giurista conosce la “enorme differenza che separa i due concetti”, il che significherebbe, nel nostro caso, che “solo la persona è titolare di diritti, ed il nascituro non è una persona”. Il Tribunale optò, al contrario, per considerare beni giuridici e diritti sostanzialmente equivalenti, assumendosi la responsabilità, per il futuro, di “bilanciare beni e diritti avendo riguardo alle particolarità del caso concreto”<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Ivi, pagg. 532-533; il corsivo è dell’autore.

<sup>6</sup> Epigrafe 3 del commento al voto dissenziente (in seguito: *voto particular*) di F. Tomás y Valiente, e F.9 della Sentenza del Tribunale Costituzionale 53/1985, cit., pagg. 534 e 538.

Una delle implicazioni di questa teoria consisterebbe nell'obbligo dello Stato di "stabilire un sistema legale per la difesa della vita che supponga un'effettiva protezione della stessa", ciò esigerebbe che detto sistema "includa anche, quale ultima garanzia, le norme penali"<sup>7</sup>.

Erano, in ogni caso, facilmente prevedibili le conseguenze di un futuro bilanciamento tra diritti, appartenenti ad un soggetto determinato, e beni che – per quanto li si volesse considerare importanti, forse solo biologicamente dei soggetti vitali – non smettevano di essere degli oggetti, seppure di valore, delle mere cose, in ogni caso non definibili come persone<sup>8</sup>.

## II. Beni giuridici senza un contenuto essenziale

A più di dieci anni di distanza dalla sentenza menzionata nel precedente paragrafo, la Corte ha avuto l'opportunità di trattare nuovamente simili questioni, deliberando – dopo quasi sette anni di riflessioni... – sul ricorso di incostituzionalità presentato contro la legge 42 del 28 dicembre 1988 relativa alla donazione ed utilizzazione degli embrioni e feti umani o delle loro cellule, tessuti ed organi.

1. A scapito della sua antecedente definizione come "continuum", la vita umana inizia a spezzettarsi. Oltre alla già citata allusione ad una vita "indipendente" dalla madre, si ripresenta ora sulla scena il concetto di vita "capace di sviluppo autonomo", ma in un contesto ben distinto da quello determinato dalle esigenze del diritto civile, concernenti il riconoscimento della personalità: "la questione relativa alla capacità di sviluppo autonomo o meno degli embrioni e feti umani del cui regime si occupa la legge è di importanza fondamentale", tenendo conto del fatto che "vitale" è un aggettivo il cui significato è descritto dal dizionario come "capace di vivere"<sup>9</sup>. Capace di vivere "u

<sup>7</sup> Ivi, pag. 533.

<sup>8</sup> Si vedano gli scritti, dello stesso autore, raccolti in *Derecho a la vida derecho a la muerte. El ajetreado desarrollo del artículo 15 de Constitución*, Rialp, Madrid 1994; in particolar modo le pagg. 23-42.

<sup>9</sup> Sentenza del Tribunale Costituzionale 212/1996 del 19 dicembre, F.º "BJC" 1997 (189), pag. 75.

manamente", senza dubbio, dato che dal punto di vista biologico nulla ci induce, per il momento, a mettere detto requisito in questione.

Il "continuum" è scomparso. Non ci troviamo più davanti ad un bene giuridico – essere umano vivo o soggetto vitale – destinato a convertirsi in persona – titolare di diritti – a meno che non intervenga un'azione sanzionata penalmente che lo impedisca. Il nucleo della questione etica centrale si è moltiplicato. Ciò che adesso si mette in discussione non è l'esistenza di esseri umani che non siano persone, ma se sia lecito fabbricare degli esseri umani e persino – se i termini si considerano equivalenti – se sia lecito fabbricare delle persone.

Non essendo stata condannata eticamente la fabbricazione di esseri umani "in vitro", si presenteranno nuovi problemi giuridici. Verrà meno, in tali circostanze, la possibilità di stabilire una sanzione penale. Avremo ora un essere umano vivo, che – non intervenendo un'azione (l'impianto in un utero) impossibile da imporre giuridicamente – non potrà mai convertirsi in titolare di diritti. Continuerà tale vita ad essere un "bene giuridico" di valore simile a quello del "nasciturus"? Prima di ipotizzare una qualsiasi risposta, risulta ovvio il poco che il diritto potrà fare per neutralizzare le conseguenze – facilmente prevedibili – che deriveranno da questa situazione, venutasi a creare senza altro dibattito pubblico che quello indirettamente sviluppatosi in sede parlamentare.

Che il bene giuridicamente protetto non sembri tanto prezioso al Tribunale si palesa quando – nel ricordare che la legge include, di principio, tra gli esseri vivi non "vitali" anche gli "embrioni abortiti, spontaneamente o meno" – lo stesso Tribunale inizia a considerarlo come mera "struttura cellulare senza possibilità di uno sviluppo ulteriore". Il "soggetto vitale" è scomparso; per la maggioranza dei magistrati non ci troviamo di fronte ad «embrioni con *aspettativa*, utilizziamo pure questa espressione – di "*personalità*"»<sup>10</sup>. La conseguenza non è irrilevante, si perde la "protezione che la Costituzione esige per la vita del "nascituro", dato che di questo non si tratta".

<sup>10</sup> Ivi, pag. 76; il corsivo è dell'autore.

Il dilemma tra una dimensione pre/post-natale della personalità germoglia anticipatamente. La vita pre-natale potrà essere messa o meno in condizione di aspirare a raggiungerla.

Con la fecondazione “in vitro” nasce, dunque, la nuova figura del “moriturus”: un essere umano fabbricato per morire, una volta compiuta la funzione meramente strumentale alla quale era destinato; un progresso curiosamente “illuminato”. “Non vitale” significa precisamente “che non ‘nascerà’ mai, nel senso di farsi portatore di una propria ‘vita indipendente dalla madre’”<sup>11</sup>. Si stabilisce, in tal modo, una interpretazione del concetto di vita “indipendente” ancor più riduttiva di quella che la stessa sentenza sembrava suggerire.

Che possa donarsi una cosa – per “buona” che sia, o precisamente per esserlo – non sembra poter scandalizzare nessuno. Risulta davvero significativo, tuttavia, che all’affermazione dei ricorrenti secondo cui, così facendo, si aprirà la strada ad un “patrimonializzazione degli esseri umani”, “incompatibile con la dignità della persona”; il Tribunale, invece di replicare che gli embrioni (inclusi quelli “vitali”) non sono delle persone – il che risolverebbe drasticamente la questione – impieghi uno sforzo notevole nel sostenere che la donazione prevista dalla legge si riferisce ad “embrioni o feti morti o, in ogni caso, non vitali”. Si vanno susseguendo colpi di scena a catena: viene stabilita una netta identità giuridica tra gli esseri umani già morti ed i “morituri”.

2. Supporre la possibile esistenza di esseri umani che non siano delle persone implica, senza dubbio, un’opzione etica di portata sì ampia da costituire un invito a riflettere sull’argomento con calma. Sebbene la stessa situazione si presentò già in passato, continua – almeno così sembra – ad essere difficile accettarla con disinvoltura. Il problema si arricchisce, conseguentemente, di una nuova dimensione.

Gli embrioni in questione verranno, al meno di riflesso, equiparati a meri “organi umani”, con ciò si comincerà a revocar loro – inizialmente per analogia – persino la qualifica di esseri umani. Un organo non è un soggetto vitale, ma una cosa viva; per questo si può donare, e persino – per quanto non piaccia

<sup>11</sup> *Ibidem*. L’Avvocato dello Stato preferisce alludere ad un “oriturus” – ivi, pag. 73.

al diritto – può essere venduto. Mentre al “nasciturus” lo si riconosceva come essere umano o soggetto vitale senza personalità, al “moriturus” – in chiara previsione di determinate conseguenze giuridiche – si nega – sebbene costi ignorare l’evidenza scientifica – persino la condizione di essere umano.

Ci si dice che il termine “non vitale” fa riferimento alla “incapacità di svilupparsi sino a dare luogo ad un essere umano, ad una ‘persona’ nel senso fondamentale dell’articolo 10.1 CE”<sup>12</sup>. L’esistenza – eticamente ripugnante – di esseri umani che non sono persone viene risolta con una argomentazione drastica: da ora in poi solo le persone – dal punto di vista del diritto civile – potranno considerarsi esseri umani, dica quel che dica la scienza.

La *scienza constata* i fatti: la vita umana esiste sin dal concepimento, senza che sia possibile osservare, nel corso della gestazione, salti qualitativi in senso proprio. *L’etica giudica*; il che la mette in condizione di qualificare delle situazioni che, per uno scienziato, non sono particolarmente significative. Il *diritto* non giudica meno dell’etica; ma è obbligato – a causa della necessità di certezza che lo caratterizza – a *precisare* a partire da quale momento sorgono delle conseguenze giuridiche.

Né le argomentazioni etiche, né quelle giuridiche devono considerarsi determinate da constatazioni scientifiche; ma, quando le ignorano, i loro giudizi e previsioni perdono inevitabilmente di valore e solidità, lasciando in evidenza un fondamento che – essendo volontarista – non può non giudicarsi irrazionale. L’antico detto anglosassone – ritenuto oggi superato, con entusiasmo progressista – secondo cui il Parlamento avrebbe potuto fare tutto ciò che avesse voluto, tranne che convertire l’uomo in donna – e viceversa, sarebbe politicamente corretto aggiungere... – riflette questa equazione.

Una attitudine illuminata obbligherebbe a discernere con precisione la scienza dall’etica, per assumersi in un secondo momento la responsabilità di eventuali giudizi. Voler negare i fatti – in maniera diretta o ricorrendo a cambiare il senso delle parole – ci porterebbe indietro nei tempi sino alla magia. Nel caso di cui ci stiamo occupando si ammette, per quanto visto si-

<sup>12</sup> Ivi, pag. 75.

no a qui, che la scienza registri l'esistenza di determinate realtà, ma si pretende che questo non implichi si tratti di "esseri"; la scienza verifica che compartono la stessa identità genetica della nostra specie, ma solo il Codice Civile permetterebbe di considerarli o meno "umani". In tal modo, si condannano gli scienziati ad affrontare nuovi problemi terminologici: potranno continuare a sostenere, in futuro, dando le spalle al Codice Civile, l'esistenza di "cellule umane"?

Il "Sapere Aude" Illuminista esigerebbe che si riconosca senza indugio l'esistenza di esseri umani che non sono delle persone; al contempo, l'imperativo categorico ereditato dall'illuminismo prova per questa ipotesi una certa ripugnanza. Il diritto si vede così degradato a strumento magico; viene ratificata, una volta per tutte, l'esattezza delle critiche sviluppate ai suoi tempi da Comte (consistenti nel considerare i giuristi come braccio armato di alcuni metafisici decisi a giustificare il disprezzo per i risultati scientifici).

Questa remissione delle tematiche concernenti la personalità all'ambito del diritto civile – e l'artificiosa terminologia che finisce con l'imporre – incontrano una critica compiuta nelle argomentazioni sostenute, a giustificazione del proprio voto dissenziente, da alcuni magistrati del Tribunale. Ci verrà ricordata, per esempio, la singolarità delle ventiquattro ore di attesa, laddove nessuno mediamente illuminato ignora che "la figura umana e la sua intera organizzazione sono possedute dal feto molto prima di nascere"<sup>13</sup>.

Il Tribunale non incorrere di certo nella fallacia naturalistica, pretendendo di convertire il dato scientifico in una prescrizione giuridica, al contrario, ci presenta come passaggio obbligato quello di dare le spalle ad un dato di fatto, per tornare alla mitologia. Che senso può avere, oggi, conferire delle conseguenze giuridiche al fatto che siano trascorse ventiquattro ore dal parto? Continuare ad attribuire importanza, nell'era del Dna, a questo lasso di tempo, in passato necessario per accertare se ci si trovasse o meno di fronte ad un essere umano, rappresenta, indubbiamente, un'anticaglia pittoresca. In tal modo, al posto di garantire giuridica-

<sup>13</sup> Epigrafe 2 del *voto particular* del Magistrato J. Gabaldón López, con riguardo alla Sentenza del Tribunale Costituzionale 212/1996, cit., pag. 80.

mente i diritti della persona, la stiamo situando in un artificioso ambito di incertezza, che contribuisce a metterli in pericolo.

Sia che ci si basi su delle argomentazioni giuridiche, sia che ci si basi su delle argomentazioni scientifiche, sembra razionale sostenere che “la vita umana, dal suo inizio ‘embriologico’, è una realtà di fatto dimostrabile e dimostrata”. Ci troviamo, dunque, davanti ad una “vita in gestazione”, “che corrisponde ad un essere vivo che non può essere altro che un uomo”. Tutto ciò porterebbe a pensare che, già nella sentenza di dieci anni fa, fosse “contenuta una dottrina atta a fondare una vera definizione costituzionale della personalità giuridica”<sup>14</sup>.

Indubbiamente, porre dei limiti giuridici alla possibile creazione artificiale di esseri umani, destinati a convertirsi in materia prima per la ricerca ed in oggetto di commercio, appare sforzo eccessivo per un illuminismo che si è ritrovato zoppo, di già incapace di sostenersi contemporaneamente su entrambi i suoi punti di appoggio originari.

3. Gli embrioni condannati – a causa della loro mancanza di vitalità – ad essere abortiti, non diventeranno mai dei soggetti con personalità giuridica, titolari di diritti. Inoltre, non li si considererà neanche delle cose tanto importanti da meritare il trattamento riservato ai beni giuridicamente protetti. Si sta riconoscendo implicitamente l’esistenza di vite umane (o forse sarebbe meglio dire “vita umana”? Perché suoni più geneticamente neutro e meno vincolato a dei soggetti...) che non sono degne di, non meritano o – almeno – non esigono, protezione giuridica.

Nascono, nella realtà, “frustrati già per ciò che concerne quella dimensione, che fa degli stessi dei beni giuridici”. Nessuno potrà, dunque, trovare strano che siano “suscettibili di utilizzo”: poiché Kant si riferiva a delle persone, non dovrebbe nemmeno sentirsi chiamato in causa. A questi esseri umani rimane solo un’aspettativa, meramente riflessa: che “la dignità della persona (art. 10.1. CE) offra loro un qualche grado di protezione”. Ciò accade con riguardo ai cadaveri<sup>15</sup>, ma essi, in fin

<sup>14</sup> *Ibidem.*

<sup>15</sup> Sentenza del Tribunale Costituzionale 212/1996 del 19 dicembre, cit., pag. 76.

dei conti, sono stati delle persone. Continuare a mostrare una simile generosità nei confronti di coloro i quali – non essendo delle persone – non saranno neanche riconosciuti come dei beni giuridici – deve essere il frutto di un qualche residuale rigurgito etico.

4. Il dibattito giuridico sulla protezione della vita umana si era rifugiato nella polemica distinzione tra beni e diritti. Divenendo una missione impossibile, a questo punto, equiparare i due concetti, lo stesso “nasciturus” ne risulterà coinvolto.

Si esplicita ora – con effetto retroattivo – che, pur meritando il non nato la considerazione di “bene giuridico costituzionalmente protetto”, non è possibile invocare in suo favore una “garanzia normativa, quella del contenuto essenziale, che la Costituzione riserva ai diritti ed alle libertà”. Il presunto equilibrio tra beni e diritti è andato in frantumi: dato che non si potrà parlare a rigore del “*contenuto essenziale* di un *bene giuridico* costituzionalmente protetto”<sup>16</sup>, lo si porrà – al momento di proteggerlo – in una evidente disegualianza davanti a qualsiasi possibile bilanciamento con un *diritto*.

### III. È degno di essere protetto chi non è persona?

Bisognerà aspettare un altro triennio perché la Corte Costituzionale – dopo aver riflettuto per quasi dieci anni e mezzo – deliberi nuovamente su questi temi, in occasione del ricorso presentato, un mese prima del precedente, contro la legge 35/1988 del 22 di Novembre, sulle tecniche di riproduzione assistita, ovvero la legge utilizzata per avallare la fabbricazione di embrioni “in vitro”.

1. Come se tornassimo all’era dell’antica Grecia, l’essere umano sembra fatalmente destinato ad una curiosa reincarnazione biologica attraverso vite “successive”, più o meno umane. La dottrina esagera senza paura dei paradossi, per lasciare carta bianca alla scienza, e crea sotterfugi linguistici in serie, fabbricando dei concetti in contraddizione con ciò che è stato dimostrato scientificamente...

<sup>16</sup> Ivi, pag. 75; il corsivo è dell’autore.

Su queste basi vengono sostenute originali opzioni etiche, necessarie per dar vita ad un libero progresso scientifico (le constatazioni del quale sembrano, al contempo, obbligate ad ignorare). La curiosa allusione – formulata quattordici anni fa – alla possibile esistenza di “cambi qualitativi” nel corso della gestazione, come continuo processo vitale, riverbera, oggi, all’interno di un nuovo concetto artificioso.

Nessun ragionamento scientifico sembra giustificare il riconoscimento di un qualsiasi cambiamento qualitativo tra il quattordicesimo ed il quindicesimo giorno della gestazione. La “Esposizione di Motivi” della legge non esita, al contrario, a stabilire, prendendosene tutte le responsabilità, che “il momento dell’impianto richiede necessariamente una valutazione dal punto di vista biologico”.

Senza alcun pudore si attribuisce alla biologia una capacità valorativa che non possiede, al fine di mitigare la responsabilità derivata da un giudizio etico di carattere molto personale. Il risultato è biologicamente sorprendente: solo dopo l’impianto “inizia la gestazione e si può comprovare l’esistenza di quella realtà biologica rappresentata dall’embrione” (sic)<sup>17</sup>. Una così originale statuizione scientifica trova un valido fondamento giuridico, è stata creata “ope legis” una nuova realtà biologica: il “preembrione”.

Quando i ricorrenti rifiutano questa “indebita distinzione tra preembrioni ed embrioni propriamente detti, che conduce ad un distinto ‘status’ giuridico”, il Tribunale non incontra particolari problemi nell’affermare che: nei testi legali “le esposizioni di motivi mancano di valore normativo, e per ciò non possono essere oggetto diretto di un ricorso di incostituzionalità”. I biologi possono trarre un sospiro di sollievo; neanche i giuristi sembrano prendere troppo sul serio delle argomentazioni così sofisticate.

I “preembrioni” – come chiarisce il Tribunale – sono “non vitali, ovvero, incapaci di vivere”, se non li si impianta; condividono così una condizione già attribuita agli embrioni “non vi-

<sup>17</sup> Sentenza del Tribunale Costituzionale 116/1999 del 17 giugno, F.2 – Supplemento 162 al “Boletín Oficial del Estado” (in seguito “BOE”) dell’8.VII.1999, pag. 71, il corsivo è dell’autore.

tali”, che li converte automaticamente in “abortiti nel senso più pieno della espressione”: l’“incapacità di svilupparsi sino a divenire un essere umano, una “persona”, nel senso cui fa riferimento l’articolo. 10.1 C.E.”<sup>18</sup> Nuovamente, dunque, viene negata l’esistenza di altri esseri umani oltre quelli che il diritto considera delle “persone”. Le argomentazioni di carattere giuridico si prestano a tranquillizzare le coscienze, eludendo il severo monito etico per cui non esisterebbero degli esseri umani che non sono delle persone.

Il termine giuridico “preembrione” non corrisponde ad una realtà fisica. Si tratta di un concetto meramente funzionale, necessario per sostenere con una qualche apparenza di legittimità, dal punto di vista etico, le conseguenze giuridiche perseguite. I preembrioni non sono altro che la maschera biologica della nuova categoria giuridica rappresentata dai “morituri”, quindi – come ripete con lodevole rigore il Tribunale – non sono “suscettibili di essere considerati, neanche dei nascituri”; per questo li si riconosce dal principio “frustrati” come gli “embrioni ed i feti umani abortiti”. Procedendo in detta direzione si dimentica – non si sa bene per quale motivo – che basterebbe che una donna lo desiderasse perché, impiantati, diventino vitali. Si produrrebbe in tal caso un nuovo fenomeno magico: superata la loro congenita “frustrazione”, i preembrioni sarebbero “de-abortiti”; a causa dell’improvvisa illuminazione degli scienziati.

La disposizione legale che permette alla donna di decidere in qualsiasi momento la sospensione di questo processo artificioso ha dato luogo – a giudizio dei ricorrenti – ad un’altra innovativa figura: l’aborto “in vitro”. L’Avvocato dello stato – entrato pienamente nella più creativa interdisciplinarietà – difende la legge grazie ad un’altra misteriosa scoperta scientifica: la gestazione non comincia sino a che non si è prodotto l’impianto. Precedentemente avevamo solo delle “cellule germinali anteriori all’inizio del processo di gestazione”<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Sentenza del Tribunale Costituzionale 116/1999, cit., pag. 74; dove sono presenti anche le “allusioni” citate nel paragrafo seguente.

<sup>19</sup> Arringa dell’Avvocato dello Stato antecedente alla Sentenza del Tribunale Costituzionale 116/1999, cit., pag. 70.

La differenziazione arbitraria tra preembrioni ed embrioni impone questo volontarismo: la dottrina crea un nuovo concetto funzionale, trasformando quello di gestazione sino a dar luogo a due "gestazioni", una fabbricata "in vitro" – che sviluppa una vita senza la gestazione – ed un'altra reincarnata in seguito. Fabbricare non è gestare....

Una domanda radicale diviene imprescindibile: a partire da quale momento esiste una dignità umana? Dal momento in cui c'è vita o da quando è situata nella parete di un utero? La risposta sarà, ancora una volta, drastica: non ci sarà dignità dove non c'è vita. Il preembrione, conseguentemente, non mancherà solo di dignità, ma non sarà neanche possibile qualificarlo come vita umana. Solo questo travisamento giuridico della realtà biologica permette di ipotizzare che la disciplina giuridica relativa ai preembrioni non rientri nell'ambito dell'articolo 15 della Costituzione.

Inaspettatamente, si riesce a superare l'individualismo possessivo, che legittimava l'aborto con l'argomento secondo il quale la donna avrebbe un diritto indiscutibile a disporre del proprio corpo, del quale non a caso sarebbe la proprietaria. Si afferma che la donna può decidere di qualcosa che non è propriamente proprio corpo; ed anche che potrà farlo solo quando questo qualcosa si trovi fuori di lei: "sino al momento in cui gli embrioni siano trasferiti all'utero materno o, in ogni caso, sino a che si consideri iniziata la gestazione"<sup>20</sup>.

2. Esistono, dunque, degli esseri umani che possono essere strumentalizzati come meri oggetti. Il già menzionato carattere funzionale del concetto chiave affiora nel momento in cui si riconosce, senza indugi, che "i preembrioni non impiantati" non "sono, *a determinati effetti*, 'persona umana' ". Per questo motivo non dovrebbe essere "contrario al diritto alla vita (art. 15 C.E.) o alla dignità umana (art. 10 C.E.)"<sup>21</sup> il "rimanere a disposizione delle banche durante un periodo di tempo determinato"

Il concetto funzionale su menzionato non nega, ad ogni modo, l'esistenza di un qualcosa che meriti – per ragioni non spiegabili – se non protezione, al meno rispetto. In questa pro-

<sup>20</sup> Sentenza del Tribunale Costituzionale 116/1999, cit., pag. 74.

<sup>21</sup> Ivi, pag. 75; il corsivo è dell'autore.

spettiva si giustifica l'entrata in gioco del "principio di manipolazione e d'intervento minimo nel processo riproduttivo", principio che sarebbe, di certo, meno comprensibile, se si trattasse di un'altra specie animale.

Si manipolerà e si strumentalizzerà, ma solo per lo stretto necessario. Sotto questo aspetto il secondo lascito dell'illuminismo risulta offeso dal primo; il progressismo è divenuto inumano. Se ci troviamo davanti alla vita umana dobbiamo riconoscerla inviolabile, in caso contrario, risulta esoterico il consiglio di "manipolare ma non troppo". Il principio di manipolazione minima dell'umano contiene in sé un controsenso straboccante cattiva coscienza. Costituisce un argomento sintomatico dell'incertezza nella quale si muove il Tribunale il fatto che reclaims, in modo implicito, che scienziati, etici e politici lo dispensino da un problema così ostico, "non è funzione di questo Tribunale stabilire dei criteri, o limiti, alle disposizioni che, in omaggio a detta direttrice (la promozione della scienza), vorrà stabilire il legislatore, ciò è ancora più evidente se si ha riguardo ad una materia sottomessa a continua evoluzione e perfezionamento tecnico"<sup>22</sup>.

Il principio di manipolazione minima induce a stabilire dei divieti concernenti tanto i preembrioni, quanto la fase iniziale del processo di fabbricazione, escludendosi "la fecondazione di ovuli umani con un qualsiasi fine diverso dalla procreazione umana". È lecito, allo stesso modo, "il così detto test di hamster esclusivamente per giudicare la fertilità degli spermatozoi umani, ma è obbligatorio interrompere il test dal momento in cui si produce la divisione cellulare"<sup>23</sup>. È difficile dissimulare l'impressione che si stia camminando su di un terreno minato.

Così come non è possibile nascondere che, se si corrono questi rischi, è per abbattere, a qualsiasi costo, ogni barriera costituzionale alla ricerca scientifica. Per questo ci si ricorda che la legislazione positiva deve essere rispettosa del "principio fondante l'articolo 44.2"; in accordo con il quale "i poteri pubblici promuoveranno la scienza e la ricerca scientifica e tecnica a beneficio dell'interesse generale"<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Ivi, pag. 73.

<sup>23</sup> Ivi, pagg. 75 e 73.

<sup>24</sup> Ivi, pag. 73.

Per chiarire ai ricorrenti che il procedimento in discussione “non implica in modo alcuno una pretesa “patrimonializzazione” della persona, si sottolinea come la legge preveda “l’esclusione di qualsiasi causa lucrativa o remuneratoria”. Da ciò bisognerebbe dedurre che “gli embrioni in nessun caso potranno essere considerati come beni commerciali”<sup>25</sup>. La fede nella capacità persuasiva delle disposizioni legali merita di essere messa in evidenza.

È alquanto curioso, ad ogni modo, che il dibattito relativo alla possibile patrimonializzazione della persona si sviluppi a proposito di una legge sulla “riproduzione assistita”; tale pratica, infatti, era teoricamente destinata ad aiutare delle donne frustrate nel loro desiderio di maternità. Questa dimensione altruista costituì per l’opinione pubblica – ancor di più che le sacre pretese della scienza – un elemento d’importanza fondamentale. Per quanto non si potesse supporre che simili tecniche, dai costi alquanto rilevanti, potessero portare ad una pratica gratuita.

La dinamica reale finisce per smascherare più di una sottigliezza dell’argomentazione teorica. Il progetto di “riproduzione assistita” precedeva, come già segnalato, quello di “donazione ed utilizzazione degli embrioni e feti umani o delle loro cellule, tessuti e organi”. Essendo già disposti a strumentalizzare degli esseri umani, “dalla Costituzione non si deduce l’impossibilità di ottenere un numero sufficiente di preembrioni”, ciò che, ovviamente, si mise in marcia fu l’utilizzo ulteriore – volenti o nolenti, anche commerciale – dei risultati di un qualcosa considerato, con aria rassegnata, “come un fatto scientificamente inevitabile”: “la eventuale presenza di preembrioni in sovrannumero”; dando così via libera, non solo alla loro possibile “crio conservazione” – per utilizzare nel modo migliore i preembrioni esistenti, ed evitare fecondazioni non necessarie”<sup>26</sup> –, ma anche ad un successivo uso discrezionale degli stessi.

Qualificare come in sovrannumero determinati “preembrioni”, supera ampiamente la constatazione scientifica, implica un giudizio etico di rilievo fondamentale. Di non minore ri-

<sup>25</sup> Ivi pag. 75.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

lievo, del riconoscimento dell'esistenza di embrioni in sovrannumero, è il consiglio medico, offerto con un certo ritardo ad ogni donna che si presti ad un trattamento contro la sterilità, di abortire almeno quattro dei sei o sette figli che porta in grembo se vuole salvare i rimanenti; un caso verificatosi ieri in Huelva ed oggi a Porto Rico. Il suggerimento di sottomettersi ad un trattamento così "scientifico" si scontrò, in passato, con le convinzioni di colei che è oggi madre di una famiglia numerosa e si scontra, oggi, con le convinzioni di colei che lo sarà presto.

Presentare la situazione come una scelta tra neutrali consigli tecnici e il loro pre-razionale (se non addirittura irrazionale) aspetto confessionale è sintomo di uno sciocco manicheismo. Noi ci troviamo davanti a due giudizi etici alternativi, senza alcuna differenza che non sia il carattere inconfessato – e blindato contro ogni critica – del primo.

Supporre che possa avere efficacia "la tassativa proibizione di fecondare degli ovuli umani con qualsiasi fine distinto alla procreazione umana"<sup>27</sup> riconosciuta dalla legge ed ammettere, allo stesso tempo, che ogni fecondazione comporterà, inevitabilmente, la creazione di preembrioni in sovrannumero crioconservabili, comporta superare il cielo dei concetti – per utilizzare un'espressione di Jhering – per perdersi nella stratosfera di una presunta ingenuità.

Se si parte dall'assunto per cui tutto ciò che si può fare scientificamente è eticamente lecito, pretendere che non accada lo stesso nell'ambito economico è sintomo di un deprecabile intellettualismo. Ogni attività – non impedita efficacemente dal diritto – suscettibile di generare un beneficio economico finirà per spingere la pratica verso tale file; senza alcun riguardo per la presunta o reale "mens legislatoris".

Il Tribunale si era mostrato – pronunciandosi sulla depenalizzazione dell'aborto – molto sensibile alle effettive conseguenze pratiche delle previsioni legislative, obbligando – non senza destare polemiche – a modificare la disciplina in chiave garantista; adesso abbandona questo atteggiamento. Tanto la ricerca scientifica quanto il successivo utilizzo industriale dei

<sup>27</sup> Ivi, pag. 73.

preembrioni finiranno per rimanere illimitati, e, naturalmente, non "gratis et amore".

3. A chi sia lecito riconoscere il diritto alla vita è una domanda che aveva già una risposta consolidata "sono titolari i nati, senza che sia possibile estendere la titolarità ai nascituri". Conseguentemente, una legge "nella quale si regolamentano delle tecniche di riproduzione su momenti antecedenti a quello della formazione dell'embrione umano"<sup>28</sup> non concerne a rigore la disposizione contenuta nell'art. 15 della Costituzione.

La questione si ripresentò a fondamento di una polemica dalla portata solo apparentemente formale: se il progetto in questione avesse o meno vulnerato la riserva di legge a maggioranza qualificata, stabilita dall'art. 81.1 del testo costituzionale. Le affermazioni espresse dai magistrati dissenzienti a giustificazione del proprio voto dimostrano in che misura forma e sostanza siano difficili da separare all'interno della realtà giuridica. La solenne dichiarazione, di uno di questi magistrati ne è palese esempio: "tronco dell'albero dei diritti inviolabili, germe o nucleo di essi, la dignità della persona è un valore costituzionale che esige la massima protezione dei poteri pubblici nello Stato di Diritto"<sup>29</sup>.

La conseguenza immediata è che, se "lo Stato ha l'obbligo positivo di contribuire alla effettività di questi diritti, concedendo loro la maggiore tutela possibile", "la dignità della persona, germe dei diritti inviolabili inerenti alla stessa, deve essere protetta, come valore costituzionale fondamentale, grazie alle massime garanzie previste dalle leggi a maggioranza qualificata", dato che "non risulta logico negare al tronco la copertura costituzionale che si concede ai rami".

Può affermarsi, dunque, che si rispetta la dignità della vita umana sin dal suo inizio? Se si afferma che solo le persone sono degli esseri umani, bisogna dedurre che l'essere umano possiede una dignità solo quando è riconosciuto come persona? Sa-

<sup>28</sup> Ivi, pag. 72; la prima delle citazioni ci rimanda all'F.3 della già commentata sentenza del tribunale costituzionale 212/1996.

<sup>29</sup> Epigrafe 3 del *voto particular* del Magistrato M. Jiménez de Parga, richiamata anche da F. Garrido Falla, Sentenza del Tribunale Costituzionale 116/1999, cit., pag. 79; la citazione contenuta nel seguente paragrafo, ivi, pag. 80.

rebbe obsoleta, in tal caso, l'affermazione che giustificava il riconoscimento della vita del non nato come bene giuridico degno di protezione costituzionale. Il Tribunale non si permette il lusso di trattare esplicitamente una questione così delicata, ma si appella a ciò che i magistrati dissidenti considerano un "discernimento formalista": "escludere dalla nostra analisi ogni riferimento" al particolare<sup>30</sup>.

L'Avvocato dello Stato aveva già sostenuto, nelle sue allegazioni, che non fosse possibile prescindere da una "interpretazione restrittiva" della riserva costituzionale di legge a maggioranza qualificata, ricordando che la salute – ovvero il bene realmente coinvolto –, essendo oggetto di un diritto contemplato come non fondamentale dall'art.43 della Costituzione, non esigerebbe una garanzia così importante<sup>31</sup>. Questa dovrebbe essere riservata esclusivamente ai diritti inclusi negli articoli che vanno dal 15 al 29, con l'aggiunta ulteriore degli articoli 14 e 30.

Come detto i *beni* degni di protezione giuridica – come ad es. la vita del non nato – vedevano compromessa la loro dichiarata equivalenza con i diritti nel momento in cui si sosteneva che non avessero il *contenuto essenziale* esclusivo di questi, e delle libertà pubbliche. La differenza di trattamento sembra incontrare una nuova giustificazione nelle considerazioni del Tribunale: non solo non ci troviamo di fronte ad uno sviluppo del diritto fondamentale alla vita di cui all'art.15, ma non ha alcun senso, inoltre, fare riferimento alla dignità della persona, dato che – essendo questa contemplata nell'art.10 – sarebbe, a sua volta, privata della *riserva di legge a maggioranza qualificata*, la quale dovrebbe "concernere i diritti e le libertà pubbliche" in maniera esclusiva.

I Magistrati dissidenti sostennero la loro convinzione che "la dignità della persona è un valore giuridico fondamentale". Nello scegliere con attenzione un termine alieno alla polemica differenziazione tra beni e diritti, non fecero altro che ripetere ciò che era stato già affermato dal Tribunale nel 1985, nella

<sup>30</sup> Epigrafe 4 del *voto particular* espresso per la Sentenza del Tribunale Costituzionale 116/1999, cit., pagg. 80 e 72.

<sup>31</sup> Arringa dell'Avvocato dello Stato antecedente la Sentenza del Tribunale Costituzionale 116/1999, cit., pag.70.

sentenza che apre la serie si qui esaminata. In realtà, l'articolo 1.1 della Costituzione non include la dignità umana tra i valori "superiori" dell'ordinamento giuridico, mentre l'art.10 la considera (dovremmo forse dire "solo"?) "fondamento dell'ordine politico e della pace sociale". Per di più, la dignità alla quale si riferiva il Tribunale quattordici anni fa non era quella del non nato, ma quella della madre: "un valore spirituale e morale inerente alla persona, che si manifesta singolarmente nell'autodeterminazione cosciente e responsabile della propria vita"<sup>32</sup>.

L'interpretazione restrittiva della riserva di legge a maggioranza qualificata conduce ad un'interessante fallacia argomentativa. Al fine di limitare la tendenza ad estendere con abusiva generosità una garanzia così eccezionale, il Tribunale aveva stabilito che "tali riserve sono di carattere materiale e non formale". Non sarebbe il mero ossequio formale ad un precetto costituzionale a legittimare la riserva, ma il contenuto materiale degno di protezione realmente chiamato in causa.

Questo stesso argomento è stato ripreso ed utilizzato dai magistrati dissidenti a fondamento del loro voto: "se la concezione materiale della riserva è necessaria per escludere tutto ciò che non sia un diritto fondamentale, sebbene esista una legge che sviluppi questo diritto", allora dovrebbe portare "anche ad esigere che ciò che inerisce ad un diritto fondamentale, specialmente se tutelato dalla Costituzione, rimanga nell'ambito proprio delle leggi a maggioranza qualificata"<sup>33</sup>.

È il caso, inoltre, di sottolineare come il testo costituzionale non stabilisca con precisione quali siano i diritti "fondamentali", la loro identificazione, così come la possibilità di proteggerli tramite ricorso di incostituzionalità, è il frutto dell'elaborazione dottrinale. Sviluppando le premesse sin qui esposte si finirà per negare il carattere fondamentale della dignità umana, senza negare che questa sia il fondamento degli altri diritti fondamentali...

<sup>32</sup> Epigrafe 1 del *voto particular* nella Sentenza del Tribunale Costituzionale 116/1999, cit., pag. 79.

<sup>33</sup> Epigrafe 2 del *voto particular* nella Sentenza del Tribunale Costituzionale 116/1999, cit., pag. 79.

Rimane fuori discussione, nella giustificazione data dai magistrati dissenzienti al proprio voto, che la dignità umana – che “si articola attraverso dei diritti inviolabili, che, in quanto tali, sono inerenti ad essa” – meriti di essere garantita dalla riserva di legge a maggioranza qualificata, senza pregiudizio di quei diritti che da essa derivano. Solo una distanza meramente “formale” – come quella che separa l’articolo 14 dal 10, che gli serve da fondamento – potrà giustificare un’interpretazione forzata della riserva di legge, con effetto restrittivo.

La tesi dei magistrati dissidenti non si arresta qui, ma si basa su di un elemento ulteriore, facendo appello ad un’argomentazione di carattere etico. È divenuto abituale per il legislatore ricercare il maggiore consenso possibile al momento di regolare questioni delicate, suscettibili di generare polemiche nell’opinione pubblica. Dato che la riserva di legge a maggioranza qualificata rende imprescindibile che l’approvazione si basi su di un “quorum” specifico, negare questa garanzia suppone una riduzione del consenso necessario a risolvere, per via legislativa, un problema sociale di difficile soluzione.

Sebbene sia ardua l’entrata in vigore – prevista dalla Costituzione – di “una democrazia di accordo basata su maggioranze qualificate o rinforzate”, è cosa ben diversa la “cristallizzazione abusiva in favore di chi in quel momento specifico goda della maggioranza parlamentare sufficiente, in offesa al carattere democratico dello Stato”<sup>34</sup>. Ci si propone di ridurre il numero di voti necessari, proprio quando nella bioetica è divenuto un *topos* la ricerca di soluzioni consensuali...

4. Mentre la vita del non nato era stata considerata, senza alcun dubbio, meritevole di protezione penale, ora – e fino a quando il nuovo Codice Penale non si occuperà, tra sette anni, del problema<sup>35</sup> – “lo scambio genetico tra umani, o tra esseri di

<sup>34</sup> Epigrafe 4 del *voto particular*, Sentenza del Tribunale Costituzionale 116/1999, cit., pag. 80.

<sup>35</sup> L’articolo 161 sanziona con la prigione, da uno a cinque anni, e con la interdizione dagli impieghi e cariche pubbliche, professione o ufficio, “chiunque fecondi ovuli umani con finalità diverse dalla procreazione”, e con la stessa pena “la creazione di esseri umani identici attraverso la clonazione o altri procedimenti diretti alla selezione della razza”. L’articolo 162 sanziona con la prigione, dai due ai sei anni, e con la stessa interdizione prevista dal

un'altra specie, per la produzione di ibridi", è codificato solo come "infrazione amministrativa molto grave". È ipotizzabile, inoltre, che "l'autorità amministrativa competente" autorizzi che "i preembrioni ottenuti tramite la fecondazione "in vitro" siano "utilizzati per la sperimentazione scientifica"<sup>36</sup>.

Se ciò non fosse abbastanza, la legge in questione presenta una disposizione che già aveva portato il Tribunale a sancire l'incostituzionalità di un articolo simile della legge posteriore: la generica remissione alla Legge Generale della Sanità, "con i cambiamenti richiesti dalle peculiarità della materia regolata", perché determini la portata di queste sanzioni amministrative. Il giudizio dei magistrati dissenzienti è drastico: questi termini "non sono in regola con i requisiti richiesti dal principio di legalità in diritto penale riconosciuto dall'art. 25.1 CE", dato che configurano una "clausola relativizzante" che "lascia nella più incompleta indeterminazione il regime sanzionatorio imposto dal legislatore"<sup>37</sup>.

Ancora una volta – ora nell'ambito della loro effettiva protezione giuridica – i beni, sprovvisti di un "contenuto essenziale", privati della garanzia offerta da una legge a maggioranza qualificata, finiscono per vedersi trattati in maniera molto diversa dai diritti, si cala una densa coltre sopra la possibile esistenza di valori giuridici nei quali sia gli uni che gli altri troverebbero fondamento<sup>38</sup>.

\*\*\*

La dottrina giuridica, nell'esibire la sua invidiabile capacità di creare o modificare la realtà servendosi delle parole, ci

precedente, da uno a quattro anni, "chiunque pratici le tecniche di riproduzione assistita su di una donna senza il consenso della stessa", sulla base della denuncia della puerpera.

<sup>36</sup> Sentenza del Tribunale Costituzionale 116/1999, cit., pagg. 73 e 74.

<sup>37</sup> Ivi, pagg. 77-78. Si veda anche la Sentenza del Tribunale Costituzionale 212/1996 del 19 di Dicembre, F.13 – "BJC" 1997 (189), pag.78.

<sup>38</sup> Alla relazione tra diritti e valori – ed alla dimensione mediatrice di principi e norme – ho fatto riferimento in *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1999, pagg. 157 e ss.

ha mostrato una variante particolarmente ricca di ciò che possiamo definire la dimensione “performativa” (e perché non configuratrice?) del linguaggio. I termini si diversificano e riescono a frantumare la realtà, più che ad esprimerla.

La vita viene qualificata come indipendente o vitale, sino a farci dubitare che si continui a trattare di vita umana.

L'essere umano vivo smette di essere persona titolare di diritti, al punto di essere ridotto ad embrione senza aspettativa di personalità: un preembrione, che sarebbe provocatorio cercare di qualificare come “umano”, sebbene sia ancora politicamente corretto riservare questa qualifica agli ovuli ed agli spermatozoi.

Al povero nascituro, trattato come un oggetto di valore sino a che non riesca a vedere la luce, è succeduto il “moriturus” (o forse sarebbe più corretto dire “oriturus”?) che non può essere considerato neanche un “soggetto vitale” ma un preembrione in sovrannumero, oggetto trasferibile, quando non addirittura commerciale.

Si nega alla dignità umana – ridotta a qualità esclusiva della persona nata – il carattere fondamentale proprio dei diritti dei quali sarebbe a fondamento. In maniera funzionale si finirà con il negare dignità a chi non sia titolare di diritti, con il loro contenuto essenziale e la garanzia costituita dalla necessità di una legge a maggioranza qualificata.

Se non fosse troppo macabro, dovremmo domandarci se non si sia stata data via libera alla elaborazione del concetto di “vita indigesta”, attraverso una reinterpretazione del termine “gestazione” così radicale da renderlo del tutto irriconoscibile.

Denominatore comune di tutte le argomentazioni sin qui esposte è la dimensione radicalmente teleologica della realtà giuridica; si costruiscono dei concetti indovinandone sempre le conseguenze pratiche. Si travisa la realtà per rendere accettabile una discutibile opzione etica.

Neanche la giurisprudenza costituzionale – illustratrice dell'hard core del diritto – riesce a dissimulare questa perplessità postmoderna davanti al dilemma irrisolto del lascito dell'illuminismo: chi deve prevalere nell'imprevisto ed indesiderato contrasto tra il progresso tecnico e la dignità umana.

## Epilogo

Non è il caso di chiudere questo scritto senza un richiamo all'ottimismo. Il dato peggiore della postmodernità è che finisce per favorire la depressione: vedersi trascinati davanti ad irreversibili situazioni inumane senza che vi sia alcuna capacità di reagire. Credo che ci sia ancora la possibilità di dare vita ad un nuovo illuminismo<sup>39</sup>, in grado di riconciliare i due elementi che caratterizzavano il precedente.

Aiuterebbe, senza dubbio, che il "Sapere aude" fosse accompagnato da un "Credere aude"! Provare a credere, elaborare con la ragione i contenuti della fede, per poter, in seguito, sostenerli eticamente. Convincere chi non li condivide che il valore della vita umana non è negoziabile; che la *scienza* – per non diventare reazionaria ed inumana – deve progredire aperta alla *coscienza*. I moralisti – ovvero tutti noi – hanno un arduo compito da svolgere; i giuristi ed i politici ce ne saranno molto grati...

ANDRÉS OLLERO

<sup>39</sup> Al riguardo si veda il mio *Una nueva ilustración*, in "Veintiuno", 45, 2000, pagg. 83-86.

---

*nuovi*

---

studi

---

politici

---

*gennaio-marzo 2002*  
*anno XXXI - II serie*

---

*1*

*In questo numero: scritti di Luigi Ciaurro, Andrés Ollero, Roberto Baratta, Georg Meyer, Clemente Forte, Giampiero Buonomo, Fulco Lanchester, Fabio Macioce, Damiano Gianandrea*

ISSN 0391-4356

***Bulzoni editore***