

Andrés Ollero

Dignità e statuto giuridico dell'embrione umano

1. Il giurista come uomo pratico

Se si vuole conferire alla riflessione riguardo alla dignità umana la prospettiva del giurista, sembra necessario mettersi nei panni dell'uomo pratico. Il suo metodo di lavoro, basato su ciò che viene significativamente illustrato come *dogmatica* giuridica, tende a non mettere in discussione i punti di partenza, dando per scontata la solidità dei fondamenti. Si adegnerà a quanto sostenuto da testi giuridici positivi, ai quali tenderà a conferire una dimensione assiomatica, che gli eviterà argomenti dibattiti. Come conseguenza di tutto ciò, qualora tali fondamenti venissero messi in discussione, difficilmente potrebbe essere offerta una qualche alternativa valida.

La dignità umana è un'espressione la cui presenza nei testi giuridici di massima importanza gode di ampia tradizione. Al giurista spagnolo basti ricordare il significativo articolo 10.1 della Costituzione: «La dignità della persona, i diritti inviolabili che le sono connessi, il libero sviluppo della personalità, il rispetto della legge e dei diritti altrui sono fondamento dell'ordine politico e della pace sociale».

Il giurista si mostrerà sempre maggiormente attento a calcolare le conseguenze pratiche derivanti dai testi che utilizza, che a riflettere

circa i loro fondamenti ultimi¹. Se a ciò si aggiunge la sua tendenza a rispettare i condizionamenti formali che il suo compito gli autoimpone, nessuno potrà stupirsi della sua propensione a eludere dibattiti precedenti. Bastino due esempi.

1) Per quanto sorprendente possa sembrare, una volta letto il succitato passo costituzionale, riconoscere la dignità della persona come fondamento dei diritti non sarà garanzia che questa stessa venga trattata quale oggetto di un diritto fondamentale². La riprova di ciò è stata offerta dalla sentenza del Tribunale Costituzionale spagnolo (d'ora in avanti STC) n. 116 del 17 giugno 1999, che (dopo undici anni di attenta riflessione...) ha sottoposto a un attento esame la legge 35/1988 riguardante le tecniche di riproduzione assistita.

Il dibattito ebbe inizio da una questione apparentemente formale: dato che il ricorso alle succitate tecniche poteva interessare la “dignità umana”; ci si chiese se fosse o meno necessario, per l'approvazione della suddetta legge, la maggioranza qualificata richiesta per quelle leggi che tutelano diritti fondamentali (come per le leggi organiche). A due dei dodici magistrati apparve chiaro che, «tronco dell'albero dei diritti inviolabili, germe o nucleo di essi, la dignità della persona è un valore costituzionale che esige la massima protezione da parte dei poteri pubblici in uno Stato di Diritto», giacché «non sembra logico negare al tronco la copertura costituzionale che si garantisce ai rami»³.

Al di là di ogni formalismo — si faceva notare — le maggioranze qualificate (la metà più uno dei membri del Congresso dei Deputati, in questo caso) aspirano a garantire il raggiungimento di un consenso più ampio al momento di regolare questioni di particolare rilevanza;

¹ Come ho già cercato di mettere in luce in *El estatuto jurídico del embrión humano*, lavoro incluso nel libro *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*, Cizur Menor 2006, pp. 25–74, che ci servirà da guida generica in questo contributo.

² V. Bellver Capella sottolinea ironicamente che il testo della sentenza «si potrebbe riscrivere in modo tanto ridicolo quanto fedele a ciò che dice: “La dignità della persona non è un diritto fondamentale, è soltanto ‘fondamento dell’ordine politico e della pace sociale’”» (*El Tribunal Constitucional ante la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida*, in «Revista de Derecho y Genoma Humano», 11, 1999, p. 125).

³ Epigrafe 3 del voto dissenziente (in seguito: *voto particular*) del magistrato M. Jimenez De Parga, con il quale concorda F. Garrido Falla, alla STC 116/1999 del 17 giugno.

poche leggi come quella in esame potrebbero riunire tanto chiaramente queste caratteristiche.

Prevalse, tuttavia, il formalismo e il Tribunale si appigliò al fatto che era possibile considerare *fondamentali* solo i diritti enunciati negli articoli dal 14 al 30 della Costituzione, per il fatto di godere a livello processuale della protezione del *Recurso de Amparo*; cosa non prevista per i diritti enunciati negli articoli precedenti.

2) Il retroscena di un atteggiamento tanto curioso può venire illustrato dal secondo esempio, sintomatico dell'allergia ai dibattiti ontologici di cui oggi soffrono i giuristi. Da qui il loro entusiasmo, talora tanto eccessivo quanto acritico, nel prevedere approcci meramente *procedurali* su questioni di maggiore profondità.

L'odierno vicepresidente del Tribunale Costituzionale Federale di Karlsruhe non trova «alcun principio fondamentale in etica e diritto che unisca sotto di sé casi applicativi così disparati come il principio della dignità umana». Ciò lo incoraggia a proporre una «riduzione e relativizzazione» delle argomentazioni derivanti da essa. In caso contrario, diventerebbero un modo di procedere che «uccide la discussione», ferendo a morte «la concezione argomentativa del ritrovamento del valore e del diritto»⁴.

Non è perciò strano che i giuristi, più che dibattere riguardo al fondamento reale della dignità umana, finiscano per discutere circa la sua importanza pratica, presente in questioni apparentemente periferiche. Valgano tre casi come esempio:

- quando inizia la vita umana, alla quale riconoscere dignità;
- se esistono esseri umani che non sono persone;
- che protezione meriti, in ogni caso, la vita umana.

⁴ W. Hassemer, *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in «Ars Interpretandi», 10, 2005, pp. 132, 133 e 130–131.

2. L'inizio della vita umana

I progressi delle scienze empiriche rendono oggi sorprendenti gli interrogativi sull'inizio della vita umana. Si è superato da tempo il nebuloso contesto scientifico che invitava a immaginare antropologicamente varie tappe di sviluppo della vita, che ci porterebbero dal regno vegetale a quello animale, per terminare collocandoci laboriosamente fra gli umani. Nessuno mette oggi in dubbio che, a partire dalla fecondazione dell'ovulo, nasce una nuova cellula vitale, non solo dotata di codice genetico proprio, ma equipaggiata con le informazioni necessarie per dare avvio al programma di sviluppo di un nuovo essere umano.

Le critiche non sono sorte tanto perché si mette in questione questo punto di partenza, sebbene si discuta il grado di influenza del mezzo nella configurazione di questo sviluppo, ma al contrario su una variante della mitica *fallacia naturalistica*, mettendo in discussione il cosiddetto *specismo*. Il presunto errore consisterebbe ora nel voler far derivare da un indiscusso dato di fatto, come l'appartenenza biologica alla specie umana, una conseguenza etica come il riconoscimento di una dignità che esigerebbe protezione.

Come suole accadere in molte denunce di fallacia naturalistica, quel che succede concretamente è che si qualifica come dato di fatto ciò che è in realtà una proposta etica e viceversa. Ciò che si afferma — certamente, in chiave etica — è che ogni essere umano deve vedere riconosciuta la propria dignità; la scienza empirica si limita a presentare la constatazione dell'esistenza dell'ipotesi di fatto suddetta, nell'ambito di un gioco norma-fatto particolarmente familiare a qualunque giurista corretto. Quando si pretende di vincolare l'emergere della dignità giuridicamente meritevole di protezione, non all'origine ma a uno stadio successivo dello sviluppo dell'essere umano, ciò che si respinge è una proposta etica, formulandone un'altra.

Il famoso progetto “grande scimmia”, per esempio, parte da simili dati, ma opta eticamente per l'esistenza di una *dignità sopravvenuta*; o, meglio, mette da parte la dignità — in quanto metafisica o sacra — e vincola la protezione giuridica alla semplice esistenza di gradi di sensibilità scientificamente constatabili⁵.

⁵ Per M. Rhonheimer non sarebbe logico mettere in dubbio che «l'individuo formato

Il rifiuto di questa *dignità originaria*, che non implicava “specismo” alcuno, riveste un’ovvia dimensione etica; non meno rilevanti eticamente saranno le sue conseguenze. A causa di queste capricciose frontiere dalle quali si pretende adesso di far emergere la dignità umana, finirà per vedersi compromessa nientemeno che la validità dell’esigenza di essere trattato *come un uguale*. Ogni infrazione di un’uguaglianza originaria, per ragioni di nascita, razza, sesso o religione, sarebbe denunciabile come *discriminazione*⁶. Se si considera come tale la pretesa di stabilire differenze per ragioni di sesso o razza, è proprio perché coloro che ne soffrono appartengono alla nostra stessa specie.

Sebbene il progresso delle conoscenze scientifiche dei fatti relativi alla vita umana non può riguardare, in maniera né positiva né negativa, la proposta etica di preservare e proteggere la dignità degli esseri umani, senza incorrere in una chiara fallacia naturalistica, non è meno certo che grava in modo decisivo su di un’altra categoria molto familiare al giurista: *l’onere della prova*.

Non è lo stesso, dal punto di vista etico, proporre che si protegga l’essere umano dal suo concepimento, quando si dà per scontato che è come una pianta (una ghianda magari), destinata a trasformarsi in animale (un maiale, immaginiamo), per finire tramutandosi in uomo, che dare per scontato, con l’aiuto della scienza, che il processo vitale aperto con la fecondazione è un *continuum*, e che la gestazione ha generato un *tertium* esistenzialmente distinto dalla madre, per quanto ospitato nel grembo di costei, come non ha esitato a riconoscere il Tribunale Costituzionale spagnolo⁷.

Quando si dimentica un aspetto tanto elementare, il discorso giuridico degenera in retorica stravagante. Se prendessimo tutto ciò sul

dalla fusione di gameti provenienti da individui della specie *homo sapiens*, faccia pure parte della specie *homo sapiens*, sarebbe a dire, che non gli manca nulla per poter essere definito come *uomo*, e di conseguenza una persona umana (giacché non è possibile l’esistenza di tali individui, se non in quanto persone)» (*Derecho a la vida y Estado moderno*, Madrid 1998, pp. 75 e 95).

⁶ G. Diaz Pintos, nella sua prefazione all’edizione spagnola di *Genética y justicia* dei postrawlsiani A. Buchanan, D.W. Brock, N. Daniels e D. Wikler (Madrid 2002, p. XV), ammette che «negare l’equivalenza tra essere umano e persona in funzione di diverse circostanze che contraddistinguono gli individui o determinati gruppi introduce un potenziale di discriminazione all’interno della specie umana stessa tanto grave come quella del sesso, della razza o della religione».

⁷ STC 53/1985 dell’11 aprile, F. 5, b.

serio, dovremmo essere più che perplessi. Da una parte, ci si ricorda che *personalità* significa *titolarità di diritti fondamentali* e che i diritti fondamentali saranno qualcosa di simile al codice genetico di ogni uomo, dal punto di vista giuridico. Sembrerebbe ozioso chiedersi chi si debba assumere l'onere di provare perché l'apparizione di tale codice genetico giuridico non sia semplicemente simultanea a quella del codice genetico. Certamente, l'autrice negherà allo stesso tempo carattere di persona al non nato — lasciandolo sprovvisto di codice genetico giuridico — senza che ciò le impedisca di riconoscere (adesso sì...) che solo l'esistenza di "vita" nel senso biologico del concetto, obbliga ad adottare precise misure che si può pensare che formino parte di ciò che potrebbe qualificarsi come *statuto giuridico dell'embrione*; incluse quelle misure derivate dal fatto che, anche a lui, debba essere riconosciuta in tutte le ipotesi la dignità⁸.

Sebbene molti noti studiosi di bioetica spagnoli si dichiarino discepoli di Zubiri, sembra che abbiano preferito dimenticare la convinzione che l'embrione ha *sostantività propria, suità, personeità*. La personeità è ciò che l'individuo ha, lo voglia o no, la sua struttura; l'embrione è persona, in quanto si autopossiede, *realtà di proprietà, appartenenza a se stesso*⁹.

Senza incorrere in fallacie di nessun tipo, un giurista dovrebbe certamente ammettere che, partendo da dati concreti, come quelli messi in evidenza, si invertirebbe, almeno dal punto di vista argomentativo, l'onere della prova. Chi dovrebbe addurre ragioni giustificatrici per negare un'identità tanto ovvia è chi vuole affermare, dando lezioni etiche alla scienza, che non ci troveremmo ancora in presenza di un essere umano, nonostante figurino indizi concreti che ce lo presentano con caratteristiche similari a quelle di chiunque altro.

⁸ Questo mosaico di argomentazioni si trova in E. Roca Trías, *La función del derecho para la protección de la persona ante la biomedicina y la biotecnología*, in C.M. Romeo Casabona (cur.), *Derecho biomédico y bioética*, Granada 1998, pp. 166, 181 e 179.

⁹ Come ricorda J. Ballesteros, che vede tracce delle tesi che parlano dell'evoluzione dell'embrione attraverso i tre stadi: vegetale, animale e umano in alcuni paragrafi dell'*Informe Palacios*, rapporto ispiratore dell'attuale legislazione spagnola. Per Zubiri l'embrione non è un germe dal quale uscirà un uomo, ma piuttosto il germe è l'uomo germinante, e pertanto è già formalmente e non solo virtualmente uomo. L'essere umano è sempre *lo stesso*, la stessa sostantività, per quanto non sia sempre *allo stesso modo* (cfr. *El estatuto ontológico del embrión*, in J. Ballesteros [cur.], *Humanidad "in vitro"*, Granada 2002, pp. 234–235 e 237).

In questa situazione, è necessario riconoscere che la bioetica imperante non aiuta troppo il giurista, che di fronte a ciò, molto spesso, tende ad apparire come una condiscendente fabbrica di alibi. Il vecchio imperativo positivista, che imponeva l'assoluta separazione tra la sfera giuridica e la sfera etica (o *morale*), è diventato notoriamente impossibile. Qualunque giurista, non troppo *dogmatico*, è cosciente del fatto che la lettura dei testi positivi è possibile solo facendo entrare in gioco alcune chiavi etiche capaci di dotarli di *senso*. Nella misura in cui, per via legislativa, vanno proliferando comitati etici di maggiore o minore importanza, il giurista, al momento di delimitare i diritti, si troverà in difficoltà nel realizzare il suo compito al margine di questa morale che pubblicamente, in modo più o meno formale e preciso, gli si sta imponendo.

3. Se esistono esseri umani che non siano persone

Già da tempo, la protezione giuridica della vita umana dotata di dignità si trova in uno stadio relativamente avanzato di sviluppo. Ciò ha contribuito, nella pratica, a togliere urgenza al problema del suo fondamento, giacché la protezione tendeva piuttosto a proiettarsi estensivamente su tappe che sfuggivano a quella constatazione empirica, pretesa dall'applicazione delle norme giuridiche. Basti ricordare la frequenza con cui un processo penale per aborto (dove e quando ancora ce ne fossero...) finiva per arenarsi come *delitto impossibile*, per il fatto di non aver provato sufficientemente che c'era stata effettivamente una gravidanza.

Come conseguenza, l'individuazione del momento a partire dal quale era possibile affermare l'esistenza di una persona, ossia di un essere umano dotato di dignità, risultava meno urgente e rinviava al flessibile campo delle presunzioni o delle situazioni giuridiche sottoposte a condizione risolutiva. La mancanza di *visibilità* empirica permetteva, per esempio, di includere l'aborto tra i delitti contro le *persone* senza ulteriori problemi; dandosi per scontato che la dignità umana, nella misura in cui la sua possibile violazione fosse riconoscibile, si sarebbe trovata così garantita.

Il graduale sviluppo scientifico nella conoscenza degli stadi ini-

ziali del processo vitale va cambiando lo scenario. Gioca un ruolo decisivo il *consequenzialismo*, indicato già come compagno necessario del lavoro giuridico. La domanda non sarà tanto quando ci sia o no una persona umana dotata di dignità, quanto piuttosto che conseguenze pratiche porterebbe con sé considerare persona un essere umano a partire dal suo concepimento. Dignità e persona soffriranno così un doloroso processo giuridico di separazione, dal momento che la bioetica suggerisce la possibilità di riconoscere l'esistenza di esseri umani *pre-personali*, ai quali non ci sarebbe motivo di negare una dignità meritevole di rispetto, ma non di piena protezione.

Una volta superata la schiavitù, la possibilità di tornare ad ammettere che possano esistere esseri umani che non siano persone, è di difficile assimilazione etica. Lo stesso accadrà nell'ambito giuridico, data la sua già nota connessione intima con la sfera morale. Tranne che questa si eviti, attraverso impostazioni funzionaliste distanti dal concetto di dignità¹⁰, che tendono ad apparire troppo ciniche, non sarà infrequente che si produca un circolo vizioso: ponendo in dubbio che un essere umano sia persona si finirà col passare a porre in dubbio che ancora sia possibile considerare essere umano quello che non abbiamo riconosciuto come persona. La dignità si troverebbe in caso contrario tra due fuochi, e i giuristi non sono amici di impostazioni imprecise.

1) Un primo esempio di tale peculiare circolarità lo offrono le peripezie provocate dalla permanenza, per quasi due secoli, dello stesso concetto di *persona*. Dal XIX secolo il Codice Civile spagnolo mantiene senza particolari sussulti due affermazioni:

¹⁰ Per tali vie sembra muoversi G. Jakobs, che pensa senza dubbio alla schiavitù quando indica che oggigiorno è evidente che ogni essere umano è anche una persona, ma storicamente tale equiparazione ha mancato di validità per secoli. In ogni modo, domandandosi se ci troviamo davanti a un delitto contro una persona se un essere umano uccide a botte un altro essere umano in un momento storico determinato, avrebbe risposto: *di per sé* no; poiché non si è chiarito se autore e vittima erano realmente persone. Concluderà, in un'implicita prospettiva funzionalista, che dal punto di vista giuridico una persona non è un corpo animato o qualcosa di simile, ma un ambito di organizzazione, il che vuol dire la progettata continuità nella coordinazione e nell'amministrazione di diritti e doveri (cfr. *Sobre el concepto de delito contra la persona*, in «Revista del Poder Judicial», 70, 2003, pp. 118–119 e 134).

Articolo 29: La nascita determina la personalità; però il concepito si considera come nato con ogni effetto a lui favorevole, sempre che nasca secondo le condizioni espresse dall'articolo seguente.

Articolo 30: Agli effetti civili, si riterrà nato solamente il feto che presenti figura umana, viva ventiquattro ore e sia totalmente separato dal grembo materno.

Non vi è, dunque, come si vede, alcun riferimento diretto alla dignità, però si dava per scontato che, in termini giuridicamente rilevanti, dignità e personalità sarebbero andate sempre di pari passo. Si cercava soltanto di identificare con certezza possibili nuovi interlocutori nel rapporto giuridico-privato, indicando in modo consequenzialista i termini ragionevoli per non provocare situazioni incerte. Si sarebbero dovuti aspettare decenni perché questo legame di dignità e personalità desse avvio a figure peculiari come i cosiddetti *diritti della personalità* o *personalissimi*.

Lo sfasamento storico della *ratio* di tali precetti risulta a questo punto poco discutibile. Valide prove di ciò si adducono dall'ambito penale, estraneo a tali propositi¹¹. Persino dopo aver soppresso intenzionalmente nel Codice il titolo "Delitti contro le persone", si continua oggi ad ammettere la possibilità di punire la condotta che danneggi un bambino di meno di ventiquattro ore di vita¹².

Il dibattito sull'odierno articolo 15 della Costituzione spagnola (riguardante il diritto alla vita) ebbe come sfondo il sospetto che, configurando come proprio soggetto la *persona*, si sarebbe finiti per lasciare privo di protezione il non nato. Da qui il ricorso alla formula della Legge fondamentale tedesca optando, nel testo approvato dal

¹¹ C.M. Romeo Casabona — in *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid 1994 — ricorda ancora che il diritto penale non coincide con il civile in ciò che intende per persona, il che lo porta a proteggere la vita umana dipendente, cioè la vita dell'embrione o del feto, già prima, pertanto, della nascita. Non per niente l'opinione più generalizzata fra i giuristi considerava tradizionalmente che la protezione penale per mezzo del delitto di aborto inizia a partire dall'istante stesso del concepimento, anche se attualmente va estendendosi il parere che la vita umana cominci con l'annidamento, o, secondo alcuni, in un qualche momento successivo. Non c'è incongruenza in ciò dato che il diritto civile persegue con la qualifica "giuridica" di persona delle finalità differenti (cfr. pp. 145, 152 e 155).

¹² Sentenza della Corte Suprema (Sala 2^a) del 29 novembre 2002, che condanna un medico per imprudenza nell'assistenza a un parto da cui derivò la morte del bambino, trascorse dodici ore e cinquanta minuti dalla sua nascita.

Congresso all'unanimità, per un diverso soggetto: *tutti*¹³. Il Tribunale Costituzionale ricorda questa circostanza, per giungere alla conclusione che costituiva una formula aperta ritenuta sufficiente per fondare su di essa la difesa del *nasciturus*, per quanto non permetta di affermare che sia titolare di diritti fondamentali¹⁴.

Sembrava così darsi per scontato che il Codice Civile (e, come imitazione, la Costituzione stessa) negasse personalità giuridica al concepito; interpretazione tanto discutibile in teoria; quanto poco discussa nella pratica. Nessuno metteva in dubbio che il concepito fosse un essere umano, tranne che, in mancanza di mezzi scientifici oggi assai abbondanti, finisse per smentirlo *a posteriori* il suo proprio aspetto. Lo si considerava quindi degno di protezione, in attesa di conferma, per via di obblighi di certezza giuridica, come interlocutore a determinati effetti. Tale implicita protezione civile per via di presunzione mantiene, del resto, un evidente parallelo con il legame tra la condizione di essere umano dotato di dignità e la condizione giuridica di persona, già segnalata nel diritto penale.

Come abbiamo visto, l'obiettivo della norma civile non era la — se non ovvia, implicita — protezione del nuovo essere umano, ma piuttosto la garanzia di sicurezza di un rapporto giuridico privato bisognoso di sapere se, e a partire da quando, aveva un nuovo interlocutore. Si trattava, insomma, di determinare quale sarebbe stata la situazione del nuovo essere umano per tutto quello che si riferisce alle cose; senza pretendere, in alcun modo, di trasformarlo in una cosa in più. Non si mettevano in discussione le esigenze della sua propria dignità umana, che si situavano storicamente al di fuori delle pretese del Codice Civile e lo oltrepassavano concettualmente. La continuità di questa protezione rispondeva al permanere di un essere umano, che — embrione o già nato... — appariva sempre dotato di dignità a partire dal suo concepimento. Con la constatazione di una specifica attuabilità nel diritto civile, si chiudeva definitivamente la provvisoria e fittizia dissociazione tra essere umano e persona, provocata per via giuridica a beneficio della certezza del rapporto tra le parti.

¹³ *Constitución Española. Trabajos parlamentarios*, t. I, Madrid 1980, p. [2577].

¹⁴ STC 53/1985 dell'11 aprile, F. 5.

Risulta notevole tale stasi interpretativa — come se non fosse trascorso, scientificamente e eticamente, un secolo e mezzo — della quale il dibattito costituente spagnolo offre testimonianza. Non sembra discutibile la possibilità di un'interpretazione alternativa. Si è detto che la nascita determina la personalità, ma non è lo stesso ammettere che chi non nasce non sarà trattato come persona e dare per buono che prima era solo una cosa. Nel primo caso, lo *status* giuridico di persona, più che negato, si ritrova sottoposto a una condizione risolutiva; nel secondo, non sarebbe mai esistito.

La cosa più rilevante è che nulla avrebbe impedito di fare presente la seconda alternativa. Sarebbe stato sufficiente un testo simile a quello dell'articolo 90 del Codice Civile colombiano del 1887: l'esistenza legale di ogni persona inizia alla nascita; cioè alla separazione completa dalla madre. La creatura che muore nel grembo materno, o che perisce prima di essere completamente separata da sua madre, o che non sia sopravvissuta alla separazione nemmeno un momento, verrà considerata come mai esistita¹⁵.

Non sarebbe stato più complicato neppure aggiornare un secolo dopo la *ratio* del precetto spagnolo. Un buon modello sarebbe stato offerto in questa occasione dall'articolo 1 del Codice civile peruviano del 1984: la persona umana è soggetto di diritto a partire dalla sua nascita. La vita umana comincia con il concepimento. Il concepito è soggetto di diritto in tutto ciò che lo favorisce. L'attribuzione di diritti patrimoniali è soggetta alla condizione che nasca vivo¹⁶.

Riepilogando, l'occasionale e rassegnato rinvio dal concetto costituzionale di persona a quello del diritto civile risulta aggravato da un'interpretazione di quest'ultimo al di fuori del tempo, che ignora il secolo e più trascorso dalla sua formulazione.

¹⁵ Concetto di persona evidentemente errato in riferimento alle conoscenze attuali lo considerano O.C. Cárdenas Gómez, C.H. Sierra-Torres, *El concepto legal de persona en Colombia: ¿Razones biológicas para modificarlo?*, in «Revista de Derecho y Genoma Humano», 20, 2004, p. 69. M. Rhonheimer ricorda che, con i progressi della scienza di due secoli fa, già il Preussische Allgemeine Landrecht del 1794 stabilì che i diritti universali dell'umanità si applicano anche ai bambini non ancora nati, a partire dal momento del concepimento (cfr. *Ética de la procreación*, Madrid 2004, p. 234).

¹⁶ Anche la legge della Louisiana del 1986 considera a sua volta l'embrione *in vitro* come soggetto di diritti. Cfr. P.J. Femenía López, «*Status*» *jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido "in vitro"*, Madrid 1999, pp. 87-88.

La polemica, tuttavia, è già pronta. Esiste la persona, e la dignità che l'accompagna, a partire dal concepimento? Quale elemento decisivo dovrebbe entrare in scena perché la dignità esiga d'esser protetta?

I critici dello specismo sosterranno facilmente l'idea che il concepimento apra una prospettiva meramente *potenziale*, con un abbondante ricorso alla ghianda. Come conseguenza, *essere persona* si trasforma in una *proprietà* dell'individuo della specie umana, che compare solo a partire da un certo intervallo di tempo, come se l'embrione fosse solo *potenzialmente* una persona o una persona potenziale, quando in realtà è *attualmente* una persona umana, con potenzialità non ancora attualizzate; come se assistessimo a uno sviluppo verso l'essere uomo, al posto dello sviluppo di un essere umano¹⁷.

Il Tribunale Costituzionale spagnolo vuole defilarsi da una polemica tanto scomoda, rendendo praticamente irrilevante che l'essere umano concepito sia riconosciuto come *persona* e, di conseguenza, come *titolare di diritti*. Ci prova attribuendogli la condizione di *bene giuridico costituzionalmente protetto*, e intanto equipara beni e diritti, negando supremazia gerarchica a questi ultimi¹⁸. Lo sforzo finirà per fallire anni dopo, quando il Tribunale negherà che i beni possiedano come i diritti un *contenuto essenziale*, suscettibile di protezione ai sensi dell'articolo 53 della Costituzione¹⁹.

2) Un secondo esempio di circolarità, con effetti collaterali, è quella provocata dall'allusione della giurisprudenza costituzionale tedesca ai *quattordici giorni*, come momento nel quale si produce l'annidamento del concepito. Nessuno voleva affermare che durante i

¹⁷ A. Ruiz Miguel individua come argomentazione ragionevole considerare il non nato come essere umano potenziale — in una relazione simile alla persona, o essere umano attuale, come fra la ghianda e la quercia; non è strano perciò che, ignorando la giurisprudenza costituzionale spagnola, lo qualifichi come bene potenziale (cfr. *El aborto, un problema pendiente*, in A. Cambrón [cur.], *Entre el nacer y el morir*, Granada 1998, pp. 122 e 132). Molto significativo a riguardo, M. Rhonheimer sottolinea che non esistono *persone potenziali* e neppure individui che siano *uccelli potenziali* (cfr. *Derecho a la vida y Estado moderno*, Madrid 1998, pp. 75–77).

¹⁸ Delle vicissitudini di questo tentativo mi sono occupato in *Bienes jurídicos o derechos: ilustración in vitro*, successivamente incluso in *Bioderecho*, cit., pp. 153–177. Esiste una traduzione italiana: *Beni giuridici o diritti: illuminismo "in vitro"*, in «Nuovi Studi politici», 1, 2002, pp. 9–33.

¹⁹ STC 212/1996 del 19 dicembre, F. 3.

primi tredici giorni non ci fosse in realtà vita umana, dotata della sua inseparabile dignità. Ciò che si voleva indicare è che a partire dall'*annidamento* risultava stabilita l'*individuazione* di un nuovo essere umano, scartandosi ormai una possibile gemmazione o annidamento multiplo. Il problema non era se si fosse in presenza di una vita umana (non esisteva motivo ragionevole per dubitarne...), quanto piuttosto se ce ne fosse più di una. In termini giuridici ciò troverebbe facilmente soluzione, ricorrendo al modo di dire catalano: *a mes a mes...*

La cosa curiosa è che i quattordici giorni finiscono per trasformarsi in un numero mitico in un contesto ben diverso. Nei procedimenti di fecondazione *in vitro* (da qui in avanti FIV) l'*individuazione* è fuori di dubbio a partire dal momento della fecondazione, dato il controllo tecnico che li accompagna. Per sorprendente che sia, il numero in questione si trasforma, malgrado ciò, in occasione o scusa per stabilire un'arbitraria e opportunistica distinzione tra embrioni precedenti o posteriori a tale data: è nato il *preembrione*.

La faccenda non smette di essere sorprendente. In Spagna la preoccupazione parlamentare per la riproduzione assistita era iniziata, tramite la pressione della *lobby* corrispondente (rappresentante del partito del Governo incluso), con la messa in moto di una commissione di studio. Le sue conclusioni furono accompagnate didatticamente da un glossario, che riuniva i termini tecnici più utilizzati nella letteratura scientifica. Il risultato fu eloquente: il termine *preembrione* non apparve nel glossario²⁰.

In una legislatura successiva, la *lobby* non ottenne che il Governo socialista inviasse alla Camera i due progetti di legge destinati ad aprire il campo alle ricerche con embrioni umani, ma ottenne il permesso di presentarli come proposte di legge al gruppo parlamentare che l'appoggiava, così che finissero per trasformarsi in testi di legge. Entrambi furono oggetto di ricorsi di incostituzionalità, presentati dalla necessaria cinquantina di parlamentari dell'opposizione. Il Tribunale Costituzionale spagnolo impiegò un decennio per pronunciarsi sulla questione...

²⁰ *Rapporto* della Comisión Especial de Estudio de la Fecundación "in Vitro" y de la Inseminación Artificial Humanas, Madrid, Secretaría General del Congreso de los Diputados, pp. 227-233; approvato all'unanimità dalla Camera il 10 aprile 1986.

Il terzo capitolo dell'avventura fece passare il nuovo preembrione dall'inesistenza, constatata nel glossario, all'attribuzione di irrilevanza, come preambolo, da parte del Tribunale Costituzionale. Quest'ultimo, in effetti, dato che il nuovo termine appariva solamente nell'esposizione di motivi della legge 35/1988, ma non negli articoli, preferisce ricordare che è dottrina costante di questo Tribunale che le esposizioni di motivi manchino di valore normativo, per cui non possono essere oggetto diretto di un ricorso di incostituzionalità²¹.

Il lungo viaggio terminerà, dopo una riforma legislativa durante il Governo del Partito Popolare, con un'immediata controriforma socialista, nella quale il preembrione gode ormai degli onori del testo di legge. L'audace articolo 1.2 della legge 14/2006, riguardante le tecniche di riproduzione umana assistita, inoltre, non ritiene sconveniente rivelare uno dei misteri scientifici meglio custoditi degli ultimi anni: agli effetti di questa legge si intende per preembrione l'embrione *in vitro*. Cioè, per preembrione si intende un embrione; ci siamo forse arrivati... È pur vero che, per evitare confusioni, aggiunge: costituito dal gruppo di cellule che risultano dalla divisione progressiva dell'ovocita a partire dal momento in cui viene fecondato fino a 14 giorni dopo. Momento forse cruciale, anche se non c'è ragione di immaginare che ci troviamo di fronte a un insolito annidamento *in vitro*. Si tratta di qualcosa di più innocente: autorizzare a disporre dell'embrione per una dozzina di giorni, senza nessuna complicazione che possa derivare da una dignità che resta così fuori gioco.

4. Protezione della vita umana: la fecondazione *in vitro* come passaggio del Rubicone

Con le tecniche di riproduzione artificiale il panorama della protezione giuridica della dignità umana cambierà in modo sostanziale. La mancanza di *visibilità* ha giustificato, al momento opportuno, la scarsa incidenza pratica di tale protezione, progettata in modo meramente virtuale riguardo a una realtà ancora impercettibile; adesso si

²¹ STC 116/1999 del 17 giugno, F. 2.

vede sostituita dalla possibilità di osservare in modo diretto e in tempo reale l'evoluzione del nuovo essere umano.

In teoria, questo nuovo scenario avrebbe potuto trasformarsi in un argomento decisivo per garantire la protezione della dignità umana dell'embrione. Paradossalmente, tuttavia, ciò che questo incremento di visibilità ci mostra è una vita umana di apparenza fisica tanto insignificante, che piuttosto invita a una totale *disponibilità*. Ciò la lascerà alla mercé della pressione consequenzialista di un presunto *lucro cessante*, che — non solo in termini economici — sembra entrare in gioco. L'utilitarismo dominante esporrà con estrema crudezza se, in cambio della difesa di *questo*, ha senso rinunciare a sognare (non c'è, per adesso, altro obiettivo ragionevolmente raggiungibile) di curare tutto l'immaginabile.

È entrato in azione quello che è stato acutamente caratterizzato come *costruzione sociale del rischio*. È stata descritta in modo assai espressivo, cominciando da una “retorica della minaccia”, che farà subito posto a una “costruzione sociale della soluzione”, fondata a sua volta su di una “retorica della salvezza”. Si genera così una “costruzione sociale della necessità” accompagnata da una “retorica della responsabilità”. Il processo si concluderà con un'accettazione generalizzata²².

Davanti a un così solido arsenale argomentativo, l'invito a rifiutare ogni *fondamentalismo bioetico* condurrà facilmente a:

— giustificare eticamente una costruita *produzione* (piuttosto che riproduzione...) di esseri umani, che passano dall'essere “gestati”, all'essere gestiti;

— dare via libera alla fabbricazione di embrioni *eccedenti*, inequivocabilmente condannati alla non *vitalità* (cioè, a morire). Non invano la loro esistenza ha finito per dimostrarsi non necessaria (per pura aleatorietà cronologica) o, piuttosto, immeritata (per rigorosa selezione eugenetica).

²² E. Beck-Gernsheim, *Die soziale Konstruktion des Risikos. Das Beispiel Pränataldiagnostik*, in Ch. Geyer (Hrsg.), *Biopolitik. Die positionen*, Frankfurt a.M. 2001, pp. 21-40; in particolare pp. 24-33.

È ovvio che quando, per garantire indici di successo che possano offrire un'accoglienza generalizzata alla nuova industria, si producono più embrioni di quelli che ragionevolmente possono essere portati in grembo dalla madre fino a darli alla luce, l'eugenetica entrerà inevitabilmente in gioco. Non sarebbe molto logico ricorrere al sorteggio per decidere coloro i quali saranno infine destinati a nascere, quando le stesse tecniche in uso permettono di selezionare l'embrione biologicamente preferibile.

Senza bisogno di risalire al Sinai, basterà sottoscrivere una poco pretenziosa etica riflessiva post kantiana per denunciare che si sta producendo un grave attentato etico in relazione all'embrione: «I genitori, senza presupporre nessun consenso, hanno semplicemente deciso in base alle proprie preferenze, come se potessero arbitrariamente disporre di una cosa»²³.

La polemica in Germania è stata particolarmente intensa e ha portato a richiedere alla *Deutsche Forschungsgemeinschaft* (DFG) un giudizio riguardo alla situazione. Lo emette il 3 maggio del 2001 e, già in chiave consequenzialista, inizia a riferirsi ai due gruppi che considera particolarmente interessati dal problema: i “potenziali pazienti”, che attendono i miracoli promessi, e gli “scienziati” tedeschi, esposti inequivocabilmente a competere con ricercatori di altri paesi, preferibilmente senza svantaggi. La Corte constata poi come in Germania, nello stesso tempo, si trovi legalmente proibita la creazione di embrioni per fini di ricerca, ma non lo è l'importazione delle loro bramate cellule. Sebbene, dato il crescente contesto globalizzante della ricerca scientifica, consideri poco plausibile questa soluzione, non esiterà ad avallarla durante un periodo di cinque anni; con l'unica condizione che le cellule importate provengano da embrioni *eccedenti* della FIV; nonostante la stessa normativa tedesca proibisca di produrne più di quanti se ne trasferiranno.

Nel punto 14 del suo verdetto, la DFG si mostra cosciente del problema etico che pone la produzione di vite umane a fini di sperimentazione, e allo stesso tempo permette nella pratica il loro utilizzo. Nell'affrontare tale paradosso, riconosce che

²³ J. Habermas, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, trad. it. di L. Ceppa, Torino 2002, p. 52.

in questo genere di problemi, si è attraversato il Rubicone con l'introduzione della fecondazione artificiale; sarebbe perciò poco realistico credere che la nostra società possa tornare allo *statu quo* precedente, in un ambito nel quale già si sono prodotte decisioni che riguardano il diritto alla vita dell'embrione, come: la conservazione di cellule embrionali fecondate artificialmente, i dispositivi intrauterini o l'interruzione di gravidanza.

Da posizioni ideologiche estranee a qualunque vincolo confessionale, la critica al verdetto fu comunque particolarmente dura. Staremmo assistendo alla pura sottomissione a una *forza normativa del fattuale*. Lo avrebbe facilitato un'«opinione pubblica scettica, vale a dire il sospetto che la dinamica sistemica sviluppata da scienza, tecnica ed economia produca alcuni *faits accomplis* non più discutibili sul piano normativo». Di fronte a questa capitolazione dell'etica davanti ai fatti compiuti, «le manovre poco convincenti della *Deutsche Forschungsgemeinschaft* tolgono valore alle prese di posizione di un settore scientifico già ampiamente finanziato tramite mercato di capitali»²⁴.

Il riferimento al processo di *globalizzazione* è lungi dal risultare meramente secondario; piuttosto annuncia il prevedibile scivolamento degli ordinamenti giuridici verso un processo di degenerazione etica. Che la legge non abbia motivo di imporre tutte le richieste etiche immaginabili è una cosa evidente da tempo; anche per i difensori classici della relazione più stretta tra diritto e morale. Tanto che si è trasformata in stereotipo la presentazione del diritto come il *minimo etico* garantito in una società. Il problema adesso è che l'argomento etico, che raccomanda di evitare paradisi permissivi, e quello economico, attento alle conseguenze contabili che potrebbero sorgere, fanno pressione fino a trasformare ciò che dovrebbe essere il minimo etico in *etica minima*. Come conseguenza, le esigenze di giustizia, senza le quali una società non potrebbe considerarsi sufficientemente umana, si vedono sostituite da un concreto denominatore comune, che finirà per ammettere solo le, sempre meno esigenti, norme generalizzate

²⁴ J. Habermas, per il quale «uso sperimentale degli embrioni e diagnosi di preimpianto turbano gli animi in quanto *esemplificano* un pericolo che si collega alla prospettiva di un allevamento razziale e selettivo dell'uomo» (*Il futuro della natura umana*, cit., pp. 20–21 e 72).

in vigore. Riuscirà inevitabile constatare che tale linea di demarcazione si vada progressivamente abbassando.

Il giurista si scontrerà, in questo nuovo scenario, con la messa in discussione (se non con la semplice dimenticanza) delle esigenze della dignità umana, legittimata frequentemente da una bioetica compiacente con le richieste di una bioindustria che non poche volte contribuisce a finanziarla. Il panorama si fa più fosco perché si è abbandonata la difesa di una dignità originaria, che vieterebbe drasticamente ogni tentativo di utilizzo strumentale. Anche accettando che la vita è un *continuum*, la si presenta come un continuo sottoposto, per effetto del tempo, a mutamenti qualitativi di natura somatica e psichica che hanno un riflesso nello *status* giuridico pubblico e privato del soggetto vitale²⁵. Si è così aperta una falla attraverso la quale configurare nella vita in maniera interessata fasi di differente o addirittura nessuna protezione giuridica.

A ciò ha contribuito non poco la stereotipata distinzione bioetica fra le drastiche esigenze di *protezione* dell'embrione, mantenute nelle fasi avanzate del suo sviluppo, e le melliflue esortazioni a un semplice *rispetto*, considerate sufficienti per le fasi precedenti²⁶; il che spinge a cogliere nella pratica atteggiamenti ben più minacciosi.

La pressione consequenzialista si farà difficilmente sopportabile per il giurista. È estremamente significativo che il Tribunale Costituzionale spagnolo, che aveva riconosciuto nel 1985 con scioltezza l'esistenza di un *soggetto vitale*, solo un decennio più tardi neghi implici-

²⁵ STC 53/1985 dell'11 aprile, F. 5 a). G. Díaz Pintos si mostra critico nel considerare che il Tribunale Costituzionale parte da una concezione astratta del bene in questione — la vita umana — per concretizzare poi una protezione di intensità variabile nelle distinte fasi e manifestazioni organiche attraverso cui passa il diritto cronologico del vivente in funzione di considerazioni occasionali (cfr. *El derecho fundamental a la vida*, in J. Betegón, F. Laporta, J.R. De Páramo, L. Prieto Sanchís (cur.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid 2004, pp. 615–616).

²⁶ L'ormai leggendario Rapporto Warnock evidenzia che l'utilizzazione di embrioni umani per la ricerca scientifica è moralmente inammissibile precisamente a causa del fatto che sono umani; però questo non gli impedisce successivamente di invitare a una riflessione per valutare che tale dovuto rispetto non può essere assoluto e può risultare ripagato dai benefici derivanti dalla ricerca; così fa presente nella sua minuziosa analisi A. Aparisi Miralles, per cui da ciò finirà per derivare la possibilità dell'esistenza di vite umane carenti di dignità (cfr. *El permisivismo ante la FIV: a) la visión anglonorteamericana*, in *Humanidad "in vitro"*, cit., pp. 41–49, in particolare pp. 44–45).

tamente che un embrione sia tale. Darà risalto adesso alla sua possibile incapacità di svilupparsi fino a dar luogo a un essere umano, a una “persona” nel significato fondamentale dell’art. 10.1 Costituzione Spagnola. Si vede così paradossalmente confermato il contrario: solo le persone sono esseri umani; di conseguenza, determinati embrioni, non solo non sono persone, ma non saranno neppure riconosciuti come esseri umani per gli effetti giuridici. Allo stesso modo la volontarista equiparazione legale fra gli embrioni non vitali (perché non c’è una donna ricevente) e quelli già abortiti, porterà a trattarli come se si trattasse di una mera *struttura cellulare*²⁷. La terminologia, comunque, non riuscirà a dissimulare un evidente affanno per non accettare che si sta legittimando che un embrione umano possa essere oggetto di un trattamento incompatibile con la dignità della persona²⁸.

Illuminante a riguardo risulterà il (si suppone rispettoso) principio di *manipolazione e intervento minimi*, al quale rinvia con generoso altruismo la STC 116/1999. Sembra facile concordare che l’embrione, se di un essere umano si tratta, non potrebbe essere manipolato, né poco né molto. La manipolazione è possibile soltanto rispetto a cose, diventando eticamente da rifiutarsi e giuridicamente sospetta se si riferisce a persone. Se, al contrario, l’embrione non è un essere umano la cui dignità debba essere protetta, non si capisce perché farsi tanti scrupoli.

Le proposte di rispetto dell’embrione finiranno per suonare un tantino posticce. Si è depenalizzato il “sacrificio” (secondo la terminologia dello stesso Tribunale Costituzionale)²⁹ di feti notevolmente sviluppati, di non smentita vitalità, ma con malformazioni congenite. Non è stata manifestata maggiore preoccupazione riguardo al loro ul-

²⁷ STC 212/1996 del 19 dicembre, FF. 5 e 6.

²⁸ J.M. Silva Sánchez considera che il Tribunale, nel dichiarare la conformità costituzionale della legge sulla riproduzione assistita, *contraddisse* la sua stessa dottrina, negando agli embrioni *in vitro* una protezione equiparabile a quella di quanti trasferiti nell’utero materno (cfr. *Sobre el llamado “diagnóstico” de preimplantación. Una aproximación a la valoración jurídica de la generación de embriones in vitro con la decisión condicionada de no implantarlos en el útero*, in *Genética y derecho*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2004, p. 147).

²⁹ Nella STC 53/1985 dell’11 aprile, F. 12, affronta il possibile “sacrificio del *nasciturus*”, giacché in questi casi il ricorso alla sanzione penale comporterebbe l’imposizione di una condotta che eccede quella normalmente esigibile dalla madre e dalla famiglia.

teriore destino, sia esso la ricerca scientifica o l'industria cosmetica... Si continua a discutere per anni riguardo alla sorte di embrioni che si trovano nei primi stadi della loro divisione cellulare, e il cui sviluppo vitale potrebbe prodursi solo per mezzo di un intenzionale intervento esterno... Fuori dal suo contesto utilitarista, la situazione risulterebbe surreale.

Questo stesso implicito contesto utilitarista spiega il ricorso a eufemismi che non è facile prendere sul serio. Così, la scelta di generare embrioni eccedenti al fine di garantire il successo di quelli infine trasferiti, finisce per qualificarsi come fatto scientificamente inevitabile per il Tribunale Costituzionale spagnolo³⁰. Si brevetta così una nuova modalità di *fallacia*, non già naturalistica, ma piuttosto *contro natura*, nel senso più scientifico-empirico³¹ dell'espressione. Lo stesso accade quando l'atteggiamento etico che nega accoglienza al cosiddetto *embrione eccedente* pretende di mascherarsi, presentando la sua non vitalità come se si trattasse di un *aborto tecnico*³².

Il *nasciturus* si è trasformato così in *moriturus*, il che allontana un suo possibile riconoscimento giuridico come persona, sebbene in realtà la differenza tra l'embrione nel grembo materno e *in vitro* non è essenziale in senso stretto. In un futuro è plausibile che non solo la fecondazione, ma anche lo sviluppo successivo, sia possibile *in vitro*.

³⁰ STC 116/1999 del 17 giugno, F. 11.

³¹ Chi si dimostra particolarmente imbarazzato di fronte a manipolazioni di questo tipo è uno scienziato, J.R. Lacadena: a suo giudizio, coloro che sostituiscono il termine *embrione* preimpianto con *preembrione* sembra che giudichino anticipatamente la liceità della sua manipolazione ed eventuale eliminazione. Rinuncia a usare il suddetto termine, considerandolo un eufemismo che vorrebbe nascondere la realtà biologica; non per niente il cambiamento delle parole porta a un cambiamento degli atteggiamenti o, viceversa, i cambiamenti di atteggiamento cercano i cambiamenti di parole che li giustificano (cfr. *Una lectura genética de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el recurso de inconstitucionalidad contra la ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida*, in «Revista de Derecho y Genoma Humano», 11, 1999, p. 150).

³² Gli autori della scoperta scientifica sono stavolta M. Atienza e A. García Paredes, nel *voto particular* che presentarono al Rapporto riguardo a *La investigación con embriones humanos sobrantes* della Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida dell'aprile del 2000, incluso come appendice in *El destino de los embriones congelados* Madrid 2003, p. 396. Non può destare sorpresa che L. González Morán si domandi perché sia possibile trattare alcuni embrioni vivi come se fossero morti: quando esiste vita umana, esiste dignità e logicamente dovere dello Stato di proteggere tale vita o, quantomeno, di non lasciarla priva di protezione (cfr. *Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 212/1996*, in «Revista de Derecho y Genoma Humano», 10, 1999, p. 177).

Pertanto, producendosi una simile situazione di dipendenza non in uno stretto senso filosofico di natura sostanziale, l'embrione artificialmente fecondato, ma pienamente sviluppato, deve essere visto come un uomo e non come un mostro la cui appartenenza alla specie umana possa essere messa in questione³³.

Dal punto di vista giuridico, l'aspetto decisivo sarà l'abbandono della protezione di una dignità legata originariamente alla vita umana, per far posto a un semplice rispetto, come risultato di un processo di *bilanciamento* dei beni o interessi in gioco³⁴.

5. Tra persone e cose

Si è indicato che la differenza tra persone e cose è una delle vie migliori per avvicinarsi concettualmente all'idea di dignità³⁵. Si tratta, del resto, di una distinzione giuridicamente decisiva, che si oppone alla relativizzazione antropologica, tra *qualcosa* e *qualcuno*, presente in più di una proposta bioetica.

La necessità di bilanciare beni o diritti non scandalizza il giurista, né, ancor meno, lo scandalizza il carattere discutibile e contingente dell'oggetto dei suoi giudizi pratici. Da qui il suo ricorrere a concetti indefiniti o a clausole generali, che si trasformeranno nel contesto più idoneo per portare a termine giudizi prudenziali. Però, una volta ultimato questo processo, obblighi di sicurezza e certezza del diritto lo hanno portato a delineare una soluzione netta.

I giuristi, in quanto uomini pratici, raramente possono permettersi il lusso della perplessità. Da ciò il fatto che non abbiano esitato nel

³³ O. Höffe, *Medizin ohne Ethik?*, Frankfurt a.M. 2002, p. 83.

³⁴ N. Hoerster, per il quale non c'è oggi nessuna possibilità che questo embrione si trasformi pure *in vitro* in uomo, condiziona la protezione di un diritto alla vita, all'esistenza di un interesse a sopravvivere proiettato verso una futura continuità, al di là del semplice istinto di sopravvivenza o di un interesse puntuale semplicemente presente (che riconosce anche agli animali). È facile, dunque, dedurre che non lo rilevi nell'embrione ancora non annidato nell'utero (cfr. *Ethik des Embryonenschutzes. Ein rechtsphilosophischer Essay*, Stuttgart 2002, pp. 119, 71, 75, 76, 77 e 87).

³⁵ R. Andorno, *La dignidad humana como noción clave en la declaración de la UNESCO sobre el genoma humano*, in «Revista de Derecho y Genoma Humano», 14, 2001, p. 48.

ricorrere a finzioni e presunzioni come arma sbrigativa per risolvere situazioni incerte. Hanno rinunciato tuttavia, con un esemplare senso comune, a concedere a tali creazioni rango ontologico. Convinti che non sempre la finzione superi la realtà, hanno preferito fare appello per quanto possibile a determinati principi con qualche fondamento *in re*, per liberarsi da dubbi inopportuni, sollecitati dalla proibizione del *non liquet*.

Si sono mostrati, ad esempio, concordi nell'intendere — in implicito bilanciamento — che, di fronte a qualunque condotta sottoposta a sospetto, la libertà deve prevalere rispetto a una possibile risposta punitiva dei poteri pubblici; pertanto: *in dubio pro reo*. In quanto uomini pratici, i giuristi sanno bene che tra innocenza e colpevolezza non ci sono mezzi termini. Il cittadino, se non è stata provata una sua condotta penalmente tipizzata, continuerà a essere trattato come innocente, a tutti gli effetti, qualunque siano i dubbi che gli indizi prodotti abbiano potuto suscitare nel giudice. Ciò che ai giuristi non è successo, neanche per sogno, è sottoscrivere un curioso *dubbio demiurgico*: contribuire a risolvere i dubbi del giudice creando artificiosamente una categoria intermedia fra innocenza e colpevolezza. In questo modo non si troverebbe nessuna soluzione neutrale: semplicemente, si stabilirebbe una tanto innovativa quanto debole versione della colpevolezza, destinata a negare un diritto essenziale a colui che, *iuris tantum*, non ha mai smesso di essere innocente.

In altre occasioni, il bilanciamento emerge in caso di dubbio in modo ancor più esplicito, con l'invito a privilegiare in via compensatoria il più debole. L'esigenza di simmetria propria della relazione giuridica ha portato a interrogarsi sulla sua esistenza nell'ambito lavorativo. Nel tentativo di riequilibrare la pretesa uguaglianza, la sua regolazione venne spostata dal classico ambito del diritto civile e venne situata in uno specifico ambito giuridico-lavorativo, nel quale prevalgono beni ai quali si riconosce un interesse pubblico. Però, avendo presenti i prevedibili problemi di confine fra interesse privato e pubblico, si ricorrerà di fronte a qualunque situazione di dubbio al principio *in dubio pro operario* in beneficio della parte presumibilmente più debole. Non è successo nemmeno che i giuristi stabilissero una curiosa terra di nessuno, in cui le rimostranze dubbie si risolvessero salomonicamente dividendo l'oggetto del contendere tra operaio e impren-

ditore; né, meno ancora, un nuovo *status* in cui il lavoratore non avesse diritto alle sue richieste ma neppure smettesse di averne, anzi, tutto il contrario. In fin dei conti ciò che è incerto non è il diritto del lavoratore né quello dell'imprenditore, piuttosto il dubbio è patrimonio di chi ha dovuto assumersi la responsabilità di riconoscere l'esistenza dell'uno o dell'altro. Sono le limitazioni del suo giudizio di fronte a situazioni contingenti, e non qualche peculiarità concreta dei diritti in gioco, quelle che suscitano la sua perplessità. La sua onesta razionalità porta il giurista a riconoscerlo, invece di ergersi a demiurgo ontologico, inventando realtà inesistenti.

Non sembrerebbe molto diverso il caso al momento di proteggere l'embrione³⁶. È ovvio che, per coloro che si considerassero in condizioni di escludere con sufficiente certezza l'esistenza di vita umana, la situazione di dubbio scomparirebbe, lasciando via libera alla non protezione. Se non è questo il caso, poiché il dubbio sussiste, sembrerebbe giuridicamente ragionevole stabilire un *in dubio pro vita*³⁷.

Proseguendo su questa stessa via si è giunti anche a proporre un *in dubio pro animal* destinato a evitare che si trattino gli animali come cose, appellandosi, allo stesso tempo, al *principio di responsabilità* di Hans Jonas per proporre di non praticare tecnologie genetiche il cui progresso futuro possa trasformarsi in danni imprevedibili per l'umanità³⁸. Di questo stesso autore ha trovato un'eco giuridica anche la proposta di un *in dubio pro malo*, in caso di dubbio presta orecchio al peggiore pronostico anziché al migliore, perché la posta in gioco è diventata troppo alta perché si possa giocare³⁹.

³⁶ Ciò avrebbe portato il Comitato Nazionale di Bioetica italiano a riconoscere il 22 giugno del 1996 che «l'embrione ha diritto a essere trattato *come una persona*» (*Identità e status dell'embrione umano*, Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per l'Informazione e l'Editoria, p. 17).

³⁷ C. Pérez Del Valle, collegandosi con la dottrina tedesca, che lo caratterizza come *in dubio pro embrione*, ammette che la soluzione favorisce coloro che difendono l'idea che l'embrione sia, in realtà, una persona, ma ricorda come si favorisce sempre colui che non ha l'onere della prova (cfr. *Finalidad terapéutica e investigación genética. A propósito de la consideración jurídica del embrión*, in *Genética y derecho*, cit., pp. 205 e 207).

³⁸ A. Kaufmann, *Filosofía del derecho*, trad. di L. Villar Borda e Ana María Montoya, Bogotá 1999, pp. 523–524.

³⁹ C.M. Romeo Casabona, *Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano*, Bilbao–Granada 2002, p. 34.

Ci sarà, al contrario, chi rifiuta la protezione del non nato, nonostante applichi il beneficio del dubbio al bambino, pensando in questo caso che, all'interno dell'incertezza della frontiera del personale, è proibito uccidere un individuo umano nato, affinché per trascuratezza non si dia la morte a bambini che già sono persone⁴⁰.

Le proposte bioetiche, non prive di qualche entusiastica e sorprendente collaborazione filosofica, sembrano seguire un percorso molto diverso: il gradualismo etico sfocia nel sorprendente intento di suscitare una nuova realtà ontologica: se non si è *persona*, non si deve temere di risultare *reificati*⁴¹. L'operazione continua a essere complessa, giacché, se l'embrione non si riconosce come soggetto di diritto, potrà solo fungere da oggetto. Mentre non mancheranno giuristi che accettino le conseguenze⁴², sembra che i filosofi morali abbiano bisogno di qualche appoggio ontologico.

La situazione è paradossale: la limitazione gnoseologica si trasforma in onnipotenza demiurgica. Pronti ad aprire nuovi campi alla scienza, si dovrebbe retrocedere responsabilmente al mito. Non è diverso mostrarsi disposti a riconoscere che la realtà sarà sempre generosamente pronta a offrirci nuove categorie ontologiche ogni volta che le nostre limitazioni conoscitive, o i nostri irrefrenabili scrupoli etici, ci portino a non trovare una soluzione sufficientemente chiara. Si sottoscrive allora un dubbio demiurgico, affinché la scienza possa disporre dell'essere umano senza una cattiva coscienza.

⁴⁰ M. Rhonheimer criticherà nel primo caso la posizione di N. Hoerster, equiparandola a quella di un giudice che *in dubio* condanna malgrado ciò il reo (cfr. *Ética de la procreación*, cit., pp. 179 e 213).

⁴¹ F. D'Agostino, che segnala la necessità che il concetto di dignità «si veda costantemente *ri-semantizzato*, per adattarlo al rapido mutare dei contesti culturali e di esperienza», constata la validità di «una coscienza collettiva che percepisce che la soggettività umana non può essere *reificata*, perché essere soggetti porta con sé un'identità che *non ammette equivalenti funzionali*» (*La dignidad humana, tema bioético*, in *Vivir y morir con dignidad. Temas fundamentales de bioética en una sociedad plural*, Pamplona 2002, p. 27).

⁴² Per J.U. Hernández Plasencia, davanti all'esistenza di un dovere di proteggere senza che esista il relativo diritto, l'embrione pre-impianto è oggetto e non soggetto del Diritto. Dedurrà, di conseguenza, che l'embrione pre-impianto, in quanto tale, non ha una tutela giuridica in prima persona piuttosto ciò che si pretende a livello legislativo è la protezione di altri interessi di natura collettiva, che potrebbero vedersi colpiti dall'applicazione di queste tecniche (cfr. *La protección penal del embrión preimplantatorio*, in C.M. Romeo Casabona [cur.], *Genética y derecho penal*, Bilbao-Granada 2001, pp. 110, 115 e 125).

Finora il *gradualismo* etico non era altro che espressione di un giudizio bilanciato; in futuro ciò che apparirà come graduale non sarà tanto il giudizio morale o giuridico che il caso merita, quanto la stessa realtà che costituisce il suo oggetto. L'embrione stesso, e non il giudizio etico che la sua situazione suscita, si vedrà trasformato in realtà *graduale*: né persona né cosa ma tutt'altro⁴³.

Che piaccia o no, rifuggendo la fallacia naturalistica, si cade nella fallacia ontologica. Nella misura in cui il giurista voglia collaborare all'impresa, finirà abbastanza disorientato⁴⁴. La cosa più preoccupante è che non si può escludere che tali iniziative finiscano per trovare una conferma giudiziaria⁴⁵. Non mancheranno rimostranze per omissione, qualora il tribunale di turno non si mostri sufficientemente favorevole. Persino quando si tratta della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, si riterrà che debba prescindere dall'infruttuosa discussione se il concepito è titolare del diritto alla vita, e ancor più se sia o no persona, propendendo invece per una protezione giuridica di intensità graduale, in funzione dell'approssimarsi della nascita. Resterà senza spiegazione cosa possa giustificare che si presti una maggiore protezione a un es-

⁴³ Non è per nulla piacevole doversi riferire qui a un autore, tanto degno di ammirazione in altri contesti, come P. Ricoeur; per lui, a proposito degli embrioni, «è difficile non chiedersi che sorta di esseri sono, se non sono né cose, né persone». Non vede «come la tesi puramente morale del rispetto possa essere intesa nel presente dibattito, se non si accompagna, anche essa, a un'ontologia minimale di sviluppo, che aggiunga all'idea di capacità, che fa capo a una logica del tutto o niente, quella di possibilità, che ammette dei gradi di attualizzazione», dando così avvio a una "ontologia progressiva" (cfr. *Sé come un altro*, trad. it. di D. Iannotta, Milano 1993, pp. 380–381).

⁴⁴ Basti verificare l'esperienza di C.M. Romeo Casabona. Inizia con l'ammettere che il concepito o l'embrione *in vitro* giuridicamente non è una persona, ma neppure bisogna conferirgli la categoria di cosa (non è soggetto, ma neppure oggetto), dunque è un non-soggetto destinato, attraverso un processo evolutivo, a trasformarsi in soggetto di diritto. Passa a considerare erroneo, nello stesso modo, conferirgli uno statuto giuridico tra l'una e l'altra categoria — persona e cosa. La soluzione risulta misteriosa: bisogna riconoscergli uno statuto differente, autonomo, in un piano coerente con la gradazione valorativa esposta. Passato il Rubicone, opta per il far valere qualche lato positivo all'operazione: si riducono le fallacie e le aporie argomentative, ad esempio quella se l'embrione e il feto sono persone, fatta salva l'enorme profondità che presenta questa questione dal punto di vista filosofico e morale (cfr. *Los genes y sus leyes*, cit., pp. 182–183).

⁴⁵ Almeno nel caso spagnolo. Il magistrato A. García Paredes, che stila un catalogo di "idee pacifiche" sulla riproduzione umana assistita, inizia così: «Nel materiale biologico umano iniziale vi è qualcosa meno di una persona, ma qualcosa più di una cosa» (*La Ley de Reproducción Humana Asistida*, in *Bioética y Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, 2000, p. 421.)

sere umano il giorno dopo della sua nascita che due giorni prima, quando è diventato quasi un'abitudine decidere deliberatamente la data del parto⁴⁶.

La reificazione della vita umana finirà per risultare inevitabile, quando viene trattata come se potesse esistere senza un essere umano che la viva, come se il feto fosse “un oggetto in costruzione”⁴⁷. Si consolida così la separazione tra “corpo/oggetto” e “persona/soggetto giuridico”. Il «corpo oggettificato non ha dignità, ma solo prezzo» e deve piegarsi di fronte all'«autonomia della persona»; «ridotto a materiale biologico», diviene oggetto della «più privata delle proprietà», mediante la quale è «il soggetto–persona che possiede il corpo–oggetto (ha il corpo)»⁴⁸. Risulta più coerente, indubbiamente, che trasferire all'ambito giuridico la logomachia del dubbio demiurgico. Se si dà per scontato che l'embrione è un essere di natura umana, con la possibilità di giungere a trasformarsi in una persona, ciò implicherebbe che condivida la dignità associata alla stessa, perciò non si può parlare di un diritto di appropriazione in riferimento a un essere umano. L'embrione non sarebbe, pertanto, una persona, ma neppure una cosa, il che implica che dobbiamo rispettare la sua dignità in quanto essere di natura umana, sebbene ciò non presupponga in nessun caso il riconoscere l'embrione come soggetto di diritto. Non è un soggetto, né un oggetto: è un essere che giungerà a trasformarsi in soggetto di diritti, e questa è, precisamente, la ragione per cui non dovrebbe essere trattato come un oggetto⁴⁹.

Con tutto ciò si è prodotta a livello subliminale un'inversione nel legame tra dignità e autonomia personale. Il prolungato processo che ha origine nella tradizione giudaico–cristiana e culmina con l'Illumini-

⁴⁶ C.M. Romeo Casabona, *El alcance del derecho a la vida en relación con el concebido según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in «Revista de Derecho y Genoma Humano», 20, 2004, p. 173, e, riguardo alle rimostranze, pp. 163, 167, 171 e 172.

⁴⁷ R. Stith, che ricorda che distruggere una vita non è distruggere una cosa, è distruggere l'essere che vive questa vita. Aborto ed eutanasia si equiparano, quando al malato terminale lo agevolano nel senso che gli tolgono una cosa pesante, una vita con valore negativo (cfr. *La vida considerada como cosa: un error norteamericano fundamental*, in «Cuadernos de Bioética», 56, 2005, pp. 23, 27, 29 e 35).

⁴⁸ L. Palazzani, *Introduzione alla biogiuridica*, Torino 2002, p. 71.

⁴⁹ I. De Miguel Beriain, *El embrión y la biotecnología. Un análisis ético–jurídico*, Granada 2004, pp. 124, 128, 136, 138 e 139.

simo conferiva priorità alla dignità. Proprio perché tale condizione renderebbe l'uomo indisponibile e non strumentalizzabile, esigerebbe il rispetto della sua autonomia, rifiutando di conseguenza giudizi etici eteronomi. Da questo punto di partenza, sarebbe contraddittorio qualunque tentativo di far dipendere tale dignità dal riconoscimento da parte degli altri. La dignità esigerebbe di per se stessa un riconoscimento incondizionato, lungi dal vedersi subordinata all'accettazione altrui. Parlare di *dignità conferita* risulterebbe un controsenso. Nello stesso tempo, tuttavia, riconoscere la dignità è «tutelare qualcosa in quanto valore assoluto, sottratto alla disponibilità delle volontà soggettive»⁵⁰.

Il problema diverrà evidente con l'entrata in gioco del termine *figlio desiderato*, che porterà con sé l'opzione decisa dall'autonomia della donna. Si rompe così la simmetria inseparabile da ogni relazione giuridica, e allo stesso tempo finisce per consolidarsi un concetto eteronomo di dignità. Quando veniamo concepiti, non lo siamo già come uno dei *nostri*, ma solo il vederci successivamente riconosciuti dagli altri, in quanto frutto della loro autonomia, ci trasformerà in uno di *loro*.

L'utilitarismo, implicitamente dominante, porterà facilmente a riconoscere una dignità solo a chi si dimostra in condizioni di esercitare la propria autonomia, non diventando un peso per gli altri. La dignità smette di essere fondamento di un rispetto dovuto alla nostra autonomia; finiremo per essere degni perché, quando e finché, ci dimostriamo autonomi. La dissociazione dei concetti di essere umano e persona facilita questa inversione, attraverso cui la vita umana potrà, soprattutto nelle sue fasi iniziali e terminali, risultare *disponibile* e ritrovarsi privata in pratica di ogni dignità.

Questa priorità dell'autonomia sulla dignità può finire per arrecare una paradossale conseguenza eteronoma. Corriamo il rischio di «incidere sulla struttura complessiva della nostra esperienza morale». Aspiravamo ad «accrescere l'autonomia individuale», ma «questa via metterà a repentaglio l'autocomprensione normativa di persone che conducono la loro vita portandosi mutuo ed eguale rispetto». Sparirebbe con ciò «questo punto di vista morale di un trattamento *non strumen-*

⁵⁰ F. Viola, *Etica e metaetica dei diritti umani*, Torino 2000, p. 215.

talizzante verso seconde persone», che caratterizzava precisamente «la *logica terapeutica del guarire*»⁵¹.

Mentre la priorità della *dignità* ci escludeva da ogni condizionamento esterno, la priorità dell'*autonomia* porterà con sé un inevitabile esame della nostra capacità di esercizio. Non saremo più degni per il semplice fatto di esistere; ci ritroviamo in una situazione di attesa fino a quando si chiarisca un problematico riconoscimento da parte del nostro contesto. Ciò che definirà adesso l'essere umano non sarà tanto la sua dignità quanto la sua implicita *appartenenza* ad altri.

6. Bilanciamento giuridico: un inaspettato cambio di coppia

Per buona parte della dottrina, il *bilanciamento* ha smesso di essere considerato come un meccanismo di emergenza, capace di risolvere presunti *conflitti* fra diritti, per finire con l'essere contemplato come lo scenario abituale della *delimitazione* di alcuni diritti che mai potrebbero considerarsi illimitati. Nella misura in cui con ciò si esclude che esistano diritti derivati da assoluti morali, è logico che si diventi diffidenti di fronte a quello che potrebbe costituire l'anticamera di un *relativismo* opportunisto⁵².

Il *bilanciamento* della vita umana, del non nato, con l'autonomia personale o il diritto all'intimità, della madre, ha aperto un nuovo scenario, che il Tribunale Costituzionale spagnolo ha provato a risolvere con un'equiparazione fra *bene giuridico* e *diritto*, che escludeva il gioco illimitato tanto del bene della vita non nata quanto della libera decisione della madre⁵³.

⁵¹ J. Habermas, *Il futuro della natura umana*, cit., pp. 30–31, 46.

⁵² Significativa al rispetto la resistenza a sottoporre a bilanciamento la non retroattività delle norme penali, per la quale ricorrono ad argomenti differenti le tre istanze giudiziarie che furono pronunciate riguardo agli omicidi del muro di Berlino. Cfr. R. Alexy, *La decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín*, in *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, Buenos Aires 2004, in part. pp. 199–218.

⁵³ Da questo si può dedurre che il sistema dei termini o dell'aborto libero durante le prime settimane di gestazione è incostituzionale, come lo è pure la difesa di un diritto assoluto all'aborto. Cfr. C.M.Romeo Casabona, *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 92.

In realtà, le diverse *indicazioni* del diritto penale che, nel caso spagnolo, sono state giustificate attraverso il suddetto bilanciamento si dimostrano estranee a una considerazione della dignità della vita del non nato. L'aborto *terapeutico* venne giustificato inizialmente considerando il danno alla salute della madre, fino al punto di mettere in pericolo la sua stessa vita. La problematica ipotesi di *violazione* dimentica la dignità del figlio, per approfondire il drammatico desiderio della madre di non vederlo trasformato in una perpetua attualizzazione di un brutale sopruso contro la sua dignità personale. In caso di prevedibili malformazioni congenite, non si tentò paternalisticamente la giustificazione di un aborto eugenetico a presunto beneficio del non nato, ma piuttosto, con non poca sincerità, il Tribunale dichiarò che agiva a vantaggio della madre: il ricorso alla sanzione penale avrebbe comportato l'imposizione di una condotta eccedente quella normalmente esigibile dalla madre e dalla famiglia⁵⁴.

Il problema sorge successivamente perché, ammessa la possibilità di bilanciamento, potrebbero entrare in gioco esigenze molto diverse. Così accade con l'embrione, che sembra obbligato a cambiare inaspettatamente di coppia. Non è più contrapposto a una donna, nel sovrano esercizio della sua autonomia, bensì alla ricerca scientifica. Apparentemente questa modifica avrebbe dovuto risultargli favorevole. Sia quale sia il valore che si concede alla scienza, non sarebbe mai equiparabile a quello che meritano i diritti della donna⁵⁵. In pratica, tuttavia, il risultato è ben diverso. Le aspettative attribuite alla ricerca scientifica si vedono alimentate da notevoli interessi economici, con una non casuale influenza nei mezzi di comunicazione.

Le condizioni che portavano a sottoporre a bilanciamento la vita del non nato erano state ritenute ammissibili solamente in un contesto

⁵⁴ STC 53/1985 dell'11 aprile, F. 11 c).

⁵⁵ C. Starck, che ricorda come «il concepito, e non solo il nato, è definito da Kant categoricamente come persona, ammette che l'essere umano può di fronte a fenomeni naturali e sociali fare l'opportuna valutazione, però se si tratta dell'essenza umana si deve rinunciare a tale pretesa». Di conseguenza sono portatori di dignità umana tutti gli esseri viventi che provengono da gameti umani, sia quale sia lo stadio di sviluppo in cui si trovano. Ciò si realizzerebbe precisamente in forma integrale in rapporto agli embrioni generati extracorporeamente, poiché non entra in gioco il bilanciamento con i diritti della donna incinta (cfr. *El estatuto moral del embrión*, in «Revista de Derecho y Genoma Humano», 15, 2001, pp. 143, 146-147).

del tutto eccezionale. Si metteva in risalto il peso dell'autonomia della donna, così come il fatto che beni e diritti in gioco si presentavano inseparabilmente uniti nel corpo materno, cosa che trasformava la preferenza per l'uno o l'altro in fisicamente inevitabile.

Il protagonismo dei diritti della donna raggiunse il suo picco con la FIV; si presentava una, oggi già quasi dimenticata, apologia del presunto diritto ad avere un figlio, con riconoscimento obbligatorio anche al di fuori dell'ambito di una relazione eterosessuale. La possibile produzione di embrioni *eccedenti*, segnò il *non plus ultra* della permissività etica a presunto beneficio delle aspettative della donna. Adesso, saranno essi stessi a causare, paradossalmente, la loro uscita di circolazione, compiendo così un curioso *transfert* etico. La scienza si è sostituita alla madre; o, piuttosto, fa da madre a tutti i desideri insoddisfatti. Questa generalizzazione di aspettative collettive renderà difficile impostare un autentico bilanciamento con un rigore simile a quello che si utilizzò nella disputa sull'aborto.

L'*eccedente* adesso finirà per essere la donna. La scienza tende ad apparire come portatrice dell'unico diritto illimitato ammissibile; non per niente le si attribuisce l'imminente superamento di ogni immaginabile limitazione umana. Quando la soluzione a un problema viene impostata in questi termini, qualunque bilanciamento risulta tanto impossibile quanto superfluo. Chi oserà opporsi ai risultati della scienza, anche prima che possano ragionevolmente intravedersi? Dovrebbe autoimmolarsi in quanto fanatico oscurantista o sottoscrivere confessionalmente un'appassionata preferenza per l'ignoranza...

La situazione diventa preoccupante per chi non rinuncia a pensare. La constatazione delle conseguenze di questo passaggio dal "generato" al "fabbricato" invita anche a ripensare la Modernità. Ricordando la distinzione aristotelica tra teoria, tecnica e prassi, si noterà che le scienze naturali sono passate dall'osservazione disinteressata a un intervento tecnico, trasformando così doppiamente in oggetto una natura *dis-animata*. Nella Modernità la condotta si fa tecnica, in modo che la sua "logica d'applicazione" possa giungere a porre in questione la funzione direttiva della prassi propria della morale e del diritto. Però, il semplice fatto di suggerirlo implica un grosso rischio. Si dovranno abbozzare delle scuse, assicurando che si vuole «qualcosa di diverso dall'espressione di una reazionaria resistenza antimodernistica». Ciò a

cui si vorrebbe puntare è in realtà un «riordinamento gestaltico nel modo di *percepire* la modernizzazione». Come unica via per evitare “un re-incantamento”; si tratterebbe di dar inizio a una riflessione del moderno su se stesso, che renda possibile un Illuminismo oltre i suoi confini⁵⁶.

Rispetto a coloro che vedono in ciò un'illegittima intromissione di pregiudizi morali privati nell'ambito del pubblico, senza che manchi il sospetto di confessionarismo, bisognerebbe domandarsi se è la scienza moderna una pratica che possa giustificarsi completamente tramite se stessa, fino a tramutarsi nella misura di tutto ciò che è veritiero e di ciò che è falso, o se deve piuttosto intendersi come risultato di una storia della ragione che include in modo essenziale le religioni mondiali⁵⁷.

Bisognerebbe recuperare la convinzione che l'uomo è un *essere corporale*, invece di pensarlo come un essere che, in modo non essenziale, *ha un corpo*. Ciò intende chiarire se dobbiamo aspirare a comportarci «*in maniera autonoma*, a partire da considerazioni normative che rientrano nella formazione democratica della volontà, oppure *in maniera arbitraria*, a partire da preferenze soggettive che si soddisfanno attraverso il mercato». In questo dilemma fra etica o mercato, si dovrebbe stabilire se intendere la biotecnologia come «una crescita di libertà che chiede di essere disciplinata sul piano normativo, oppure come l'autorizzazione [...] a produrre [...] trasformazioni che non hanno bisogno di nessuna autolimitazione»⁵⁸.

È in gioco la libertà stessa dell'essere umano. Se prescindiamo da una possibile provvidenza divina, la sua unica salvaguardia consisterà nella casualità, senza la quale si convertirebbe inevitabilmente da soggetto in oggetto di una pianificazione eugenetica. Nei casi di aborto, in seguito al «rifiuto di una gravidanza indesiderata, il diritto di autodeterminazione della donna entra in conflitto con il bisogno di tutela del-

⁵⁶ J. Habermas, *Il futuro della natura umana*, cit., pp. 20, 28–29.

⁵⁷ J. Habermas, *La religión en la esfera pública. Los presupuestos cognitivos para el “uso público de la razón” de los ciudadanos religiosos y seculares*, in *Entre naturalismo y religión*, Barcelona 2006, p. 155.

⁵⁸ J. Habermas, che proietta la distinzione di Plessner sulla possibile scelta del sesso di un discendente: «Una persona è uomo o donna, *ha* questo sesso oppure l'altro, né potrebbe assumere l'altro sesso senza con ciò diventare *un'altra* persona» (*Il futuro della natura umana*, cit., pp. 15, 88).

l’embrione». Passato il Rubicone della riproduzione artificiale, «i genitori non incappano per caso: essi danno già per scontata la possibilità della collisione, nel momento stesso in cui decidono di sottoporre a test genetico l’embrione»; entra con ciò in gioco un nuovo aspetto: «la strumentalizzazione di una vita umana — generata con riserva — rispetto alle preferenze e agli orientamenti di valore nutriti da terzi»⁵⁹.

La conseguenza di queste pretese imperiali della ricerca scientifica sarà un’eclissi dei riferimenti alla dignità. Mentre nei precedenti testi legislativi spagnoli si segnalava che le procedure biomediche avrebbero dovuto rispettare il diritto alla vita, alla dignità e ai diritti umani, con il che si dava a intendere che erano portatori di essi, e si riconosceva all’embrione un ambito di dignità, che si rifletteva nella codifica di “infrazioni molto gravi”⁶⁰, oggi queste sono state praticamente ignorate dalla legge 14 del 26 maggio 2006, inerente le tecniche di riproduzione umana assistita, nella quale non si registra nessuna allusione alla dignità. Il panorama migliora relativamente con legge 14 del 3 luglio 2007, sulla ricerca biomedica, ossessionata da una clonazione ancora scientificamente irrealizzabile, come dimostra la sua reiterata allusione alla “dignità e identità dell’essere umano”.

Mentre, come non si è smesso di far notare⁶¹, le tecniche di riproduzione assistita vengono regolate come una materia privata, in una dimensione mercantile che le rende più simili alla soddisfazione dei desideri dell’utente che all’esercizio di diritti, la deriva verso la ricerca scientifica su embrioni va acquistando una rilevanza pubblica di prim’ordine, basata a sua volta più sui desideri di riuscita, che sui risultati scientifici disponibili. Sembra che si sproni la scienza, quando le si permette solennemente per via giuridica ciò che si dimostra ancora incapace di raggiungere. Il diritto stende il tappeto rosso a una scienza che non sembra essere in condizione di presentarsi al debutto.

Il diritto sembra trovare, al momento di dar fondamento alla protezione della dignità umana, scarso appoggio in una bioetica di taglio possibilista, devota ai fatti compiuti. Il massimo che questa si dimostra

⁵⁹ J. Habermas, *Il futuro della natura umana*, cit., p. 33.

⁶⁰ R.J. Unquera De Estéfani, *El embrión humano: una realidad necesitada de protección*, in «Revista de Derecho y Genoma Humano», 12, 2000, pp. 43, 38, 40.

⁶¹ C. Lema Añón, *Nuevos modos de reproducción humana y sujetos de derecho*, in A. Cambrón (cur.), *Entre el nacer y el morir*, Granada 1998, pp. 85, 87, 89.

capace di offrire, con ovvi effetti di legittimizzazione, è una demonizzazione di uso alternativo, diretta contro pratiche che non compaiono nell'agenda della biopolitica. Sotto la supremazia del diritto al figlio, ogni fecondazione artificiale senza finalità riproduttiva doveva essere respinta, sanzione penale inclusa. Adesso, sotto la supremazia del diritto della scienza a clonare, si invertono le parti: la clonazione riproduttiva sarà quella strategicamente demonizzata, a favore di un'ancora immaginaria clonazione con risultati terapeutici. Si somministra così una salutare iniezione di buona coscienza. Messo al margine ogni riferimento a valori oggettivi, facilmente accusabile di fondamentalismo, e fabbricato il tabù capace di servire da alternativa da rifiutare, risulterà più facile la gestione economica di una bioindustria confortevolmente installata in un sistema giuridico meramente procedurale.

Quando Habermas abbandonerà questa dinamica, gli si ricorderà che solo la rinuncia a possibilità ormai esistenti riequilibrerebbe la relazione di riconoscimento simmetrico⁶², che pretende di difendere. Tutto finirà in proposte normative di stampo provvisorio, basate sul convincimento che i criteri di procedura in bioetica devono essere rivisti periodicamente, in funzione dello sviluppo della scienza. Quando il massimo a cui si giunge è constatare un elevato grado di consenso tra i vari paesi del nostro contesto circa la considerazione che l'embrione e il feto possiedono uno *status* speciale, per quanto indefinito, nessuno potrà stupirsi che si concluda che deve essere ammessa la sperimentazione con embrioni non solo per fini diagnostici o terapeutici, ma che si deve permettere la creazione di embrioni per la ricerca in casi determinati, sempre che si giustifichi e si approvi il protocollo per una commissione *ad hoc*⁶³.

Passato ormai il Rubicone, per ottenere per via giuridica una seria protezione della dignità della vita umana, si dovrebbero garantire

⁶² F. Noichl, secondo cui in questo punto la tesi di Habermas minaccia di sfociare vistosamente nel vuoto conducendo all'assurdo *Verändert die Gentechnik das ethische Selbstverständnis des Menschen? Moraltheologische Überlegungen zu einer These von Jürgen Habermas*, in «Zeitschrift für medizinische Ethik», 48/3, 2002, pp. 289–290.

⁶³ M. Casado, J. Egozcue (cur.), *Documento sobre investigación con embriones*, Barcelona 2000, pp. 9, 11.

agli embrioni prodotti *in vitro* le stesse possibilità di sopravvivenza del concepimento naturale, [...] proibire la sovrapproduzione (producendo solo il numero di embrioni necessario per un ciclo di fecondazione assistita), vietare la riduzione embrionaria (assicurandosi preventivamente che la donna sia disponibile ad accogliere il numero di embrioni impiantati, non superiore al numero di tre o quattro), non ammettere la selezione di embrioni,

per quanto sia «a costo di abbassare le probabilità di successo della tecnica»⁶⁴. L'argomento *ad absurdum* si impadronisce così dello scenario: se davvero il diritto umano degli embrioni fosse dello stesso rango di quello di un uomo che convive faccia a faccia con noi, non sarebbe possibile nessuna legge di scadenza, dovrebbe essere strettamente proibita la fecondazione *in vitro* e si dovrebbero proibire legalmente alcune strategie curative⁶⁵. Ogni bilanciamento perde di significato quando uno dei termini da soppesare sembra sfociare nell'assurdo.

La situazione non potrebbe essere più chiara. Se ammettiamo che il diritto è — o deve essere — un prolungamento della morale, un meccanismo per positivizzare l'etica⁶⁶, rimane solo da prevedere se gli ordinamenti giuridici siano capaci di fronteggiare la situazione e opporre alla bioindustria dei freni che la bioetica molto spesso le evita, o se, al contrario, accettino docilmente il compito di trasformare proposte etiche che tenderebbero a generare scandalo in un contesto di riflessione minima, in proposte socialmente normali grazie al contributo delle loro norme.

La biopolitica si mostra particolarmente preoccupata di calibrare il grado di rifiuto che la morale positiva vigente nella società può ancora offrire ad alcune delle linee di ricerca che si propone di finanziare. Sarà per via giuridica che cercherà di indebolire progressi-

⁶⁴ Per attenerci all'elenco di L. Palazzani, *Introduzione alla biogiuridica*, cit., pp. 129–130.

⁶⁵ A difesa del suo "liberalismo", W. Kersting considera la situazione irreversibile, una volta che il legislatore si è permesso l'inconsistenza di collocare da una parte gli embrioni sotto protezione legale, ma d'altra parte non proibire legalmente una fecondazione artificiale che elimina embrioni (cfr. *Kritik der Gleichheit. Über die Grenzen der Gerechtigkeit und der Moral*, Weilerwist 2002, p. 333).

⁶⁶ M. Atienza, *Juridificar la bioética: una propuesta metodológica*, in *Entre el nacer y el morir*, cit., p. 46.

vamente tali resistenze. Questo può spiegare che si arrivi a dare in modo esplicito via libera a operazioni che, sia quale sia la loro finalità, la scienza continua a mostrarsi incapace di portare a termine, e non precisamente perché glielo abbiano impedito delle norme giuridiche. Non si tratta tanto di rendere possibili vie di ricerca, quanto di modificare in anticipo i criteri etici che, se fossero effettivamente messi in pratica, le considererebbero da rifiutarsi.

L'operazione è avviata. Se si imponesse il possibilismo, il pronostico non sembrerebbe difficile. La funzione normalizzatrice del diritto offrirebbe la legittimazione necessaria per sconfiggere gli scrupoli. Può darsi per scontato che «questa prassi renderebbe meno sensibile la nostra visione della natura umana», così come è facile prevedere che il limite di tolleranza di ciò, originariamente considerato come *normale*, si andrà sfumando con gli effetti collettivi di assuefazione frutto di norme sanitarie, perché si è ormai giunti a una «reificazione della vita umana prepersonale»⁶⁷.

Per quanto concerne la Spagna, la cronaca è ben conosciuta. Gli stessi che hanno costituito dapprima una *lobby* parlamentare, per passare il Rubicone della fecondazione *in vitro*, hanno poi a livello extra-parlamentare, protestato perché si evitasse lo spreco di seppellire degli embrioni di chiara redditività. Per nessuno studioso di bioetica è stato facile spiegare perché si debba respingere la produzione di embrioni per fare ricerca con essi, mentre è lecito che si possa sperimentare con quelli che non sono stati utilizzati per lo scopo per cui erano stati prodotti. Una volta ammessa l'esistenza di embrioni *eccedenti*, risulterebbe appariscente la proibizione di produrli per un compito, come quello della sperimentazione scientifica, nella quale per definizione non ne eccederebbe nessuno. La riforma legale destinata a impedirlo, è durata esattamente quanto il Governo che l'aveva promossa, giacché è stata oggetto di un immediato smantellamento che prende con beneficio d'inventario — è proprio il caso di dirlo — la Convenzione europea sui diritti dell'uomo e la biomedicina del Consiglio d'Europa. Non ha avuto molta importanza che la figura principale della *lobby* non abbia apportato in vari anni nulla di scientificamente significativo. Non

⁶⁷ J. Habermas, *Il futuro della natura umana*, cit., p. 72, 96.

hanno smesso di sentirsi grati per i servizi prestati; si è trasformato in Ministro della Sanità.

Come sfondo, un elemento etico ha finito, per via utilitaristica o consequenzialista, per vedersi implicitamente assunto: la ricerca di un buon fine giustifica il ricorso a qualunque mezzo. Con ciò si chiude qualunque dibattito propriamente bioetico, che obbligherebbe a giustificare, caso per caso, precisamente gli uni o gli altri mezzi. Gli interessi economici in gioco sono impegnati a rendere impossibile il suddetto compito. Anche l'evidenza del fatto che si siano aperti orizzonti non meno promettenti per il raggiungimento degli obiettivi terapeutici perseguiti, senza necessità di utilizzare specificamente cellule embrionali come indispensabile materiale di sperimentazione, si è vista sistematicamente messa a tacere.

Il bilancio finale sembra invitare ad accettare con rassegnazione che la dignità si è trasformata, in determinati stadi della vita umana, in ciò che il bardo valenziano giudicherebbe come «una buida paraula per a no dir res»⁶⁸. La laicità della nostra cultura sembra impedire il richiamo all'*imago Dei* come fondamento dell'intangibilità della dignità; però le alternative disponibili non permettono di andare molto più in là. Sarebbe proprio il rispetto di un "pluralismo delle visioni del mondo" ciò che impedirebbe di «ascrivere *aprioristicamente* all'embrione quella tutela assoluta della vita di cui godono le persone che sono titolari di diritti fondamentali». Risultano, allo stesso tempo, ovvie le conseguenze di sottoporre la sua vita a bilanciamento. Non è lo stesso essere soggetto titolare di diritti oppure un bene giuridico, che difficilmente riuscirà a evitare di vedersi trattato come un oggetto. Si riconoscerà ai diritti un "potenziale critico". Le violazioni dei *diritti* umani non devono essere sminuite a semplici offese rivolte a determinate concezioni *di valore*. La linea che separa i "diritti" dai "beni"... non deve assolutamente essere cancellata. Però come ultima risorsa resta solamente da appellarsi all'«intuizione per cui non ci è lecito disporre della vita umana prepersonale quasi fosse un valore tra gli altri». Il suo unico fondamento è la convinzione che «il nostro modo di trattare la vita umana prima della nascita (oppure gli uomini dopo la loro morte), coinvolge la nostra autocomprensione in quanto esseri-

⁶⁸ Raimon, *Poemas y canciones*, Barcelona 1976, p. 98.

di-genere», e che a ciò finiscono per essere «strettamente intrecciate le idee con cui ci concepiamo quali persone morali»⁶⁹.

In queste circostanze, al momento di fondare la dignità personale, al giurista pratico resterà non poco da fare.

(Traduzione italiana di Lisa Caputo)

⁶⁹ J. Habermas, *Il futuro della natura umana*, cit., pp. 39, 44–45, 67–68.

Colloqui sulla dignità umana

*Atti del Convegno internazionale
(Palermo, ottobre 2007)*

a cura di
Alessandro Argiroffi
Paolo Becchi
Daniele Anselmo



Copyright © MMVIII
ARACNE editrice S.r.l.

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

via Raffaele Garofalo, 133 A/B
00173 Roma
(06) 93781065

ISBN 978-88-548-1937-5

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: luglio 2008