

## Il “concepito”: questo sconosciuto...

Antonino Spadaro\*

THE “CONCEIVED”: THIS UNKNOWN...

ABSTRACT: The “conceived” does not enjoy a clear legal status yet. In theory, human life deserves protection in every single step of its development: before-and-after birth and near-to-death. Practically, the condition of the ‘conceived’ ought to be ‘balanced’ with other constitutional relevant individual or general interests. While the evaluation of statute no. 194/1978, notwithstanding its flaws, is overall positive, many doubts and questions arise from the amazing genetic techniques known as CRISPR-Cas9, whose developments for the future generations have still to be certified.

KEYWORDS: Conceived; fetus; abortion; unusable cryo-preserved embryos; political question; constitutional balance; genetic modifications

SOMMARIO: 1. Introduzione: indeterminatezza/equivocità del termine “concepito” – 2. Che ci dice la scienza? Poco... o molto? – 3. Che dice la Costituzione? Niente... o tutto? – 4. Cenni sulla disciplina sub-costituzionale a favore del “concepito” – 5. Chi stabilisce *quando* è dignitosa, e dunque meritevole di protezione, la vita umana pre-natale? – 5.1. Il legislatore – 5.2. I giudici comuni – 5.3. La Corte costituzionale – 6. Che “uso” possiamo fare del concepito? A) La questione dei c.d. embrioni soprannumerari criocongelati... – 7. (segue): B) la questione delle modificazioni genetiche (CRISPR-Cas9): non “se”, ma “quando” – 8. Conclusioni: riconoscimento degli aspetti positivi dell’IVG e perplessità, invece, di fronte al mito del “superuomo”

### 1. Introduzione: indeterminatezza/equivocità del termine “concepito”

**A**lcuni decenni fa, in alcuni ambienti della cultura francese, soprattutto cattolica, era molto in uso la formula: «*l’esprit: cet inconnu!*» (lo spirito: questo sconosciuto!)<sup>1</sup>. Dunque, viene spontaneo, per chi ha dimestichezza con quel contesto, riprenderla ora in relazione al tema oggetto di queste brevi riflessioni. Potremmo dunque dire: il concepito, questo sconosciuto... In effetti, il termine – ed il concetto – di “concepito” sono sconosciuti perché restano tuttora indeterminati, equivoci e controversi. In assenza di un’univoca e precisa definizione giuridica, la parola “concepito” – usata di rado in biologia, embriologia, medicina e più frequente in filosofia e nelle scienze sociali (diritto, sociologia, scienze politiche) – viene considerata sinonimo ora di *zigote*, ora di *blastocisti*, ora di *embrione*, ora di *feto*, ora addirittura di *nato*. Per converso, e per necessaria convenzione

\* Professore Ordinario di Diritto costituzionale, Università Mediterranea di Reggio Calabria. Mail: [spadaro@unirc.it](mailto:spadaro@unirc.it). Contributo sottoposto a referaggio.

<sup>1</sup> L’origine, probabilmente, è un titolo di A. CARREL, *L’homme, cet inconnu*, Paris, 1935, riformulato più tardi da J.-É. CHARON, *Lo spirito, questo sconosciuto* (1987), Milano, 1979, e da R. LAURENTIN, *Lo spirito santo, questo sconosciuto*, Brescia, 1998. Ma cfr. anche lo stesso J. BERGOGLIO, *Lo Spirito Santo: questo sconosciuto*, omelia tenuta a S. Marta, lunedì 13 maggio 2013, in *L’Osservatore romano*, 14-05-2013. In inglese si preferisce usare la formula neutra *the great mystery*.

linguistica, in questa sede al “concepito” si farà riferimento non come al “prodotto” del concepimento in senso stretto e attuale (nato), ma a tutto ciò che invece – dal momento dell’incontro fra cellule maschili e femminili – *precede* il momento della nascita.

Ciò detto, proprio nella disciplina di questo lungo periodo *pre-natale* (com’è noto, nella specie umana di circa nove mesi) – nonostante l’ausilio della scienza – il diritto “balbetta” e procede “a tentoni”. Infatti, ordinariamente esso si occupa solo dell’arco temporale che va dalla nascita alla morte, fermo restando che persino nascita e morte sono concetti “convenzionali”, il primo abbastanza scontato, il secondo, come si sa, meno (arresto cardiaco, morte cerebrale...)². In ogni caso, ciò che accade *prima* della nascita (zigote, blastocisti, embrione, feto...) e *dopo* la morte («diritti» del *de cuius*, rispetto per il cadavere, culto dei morti e speranza religiosa...) – pur essendo di grande rilievo per la vita quotidiana dei consociati e non essendo del tutto ignorato dal diritto – purtroppo ed emblematicamente costituisce, in termini scientifici, un campo oltremodo controverso e, per questo, sostanzialmente trascurato negli ordinamenti giuridici. La difficoltà a definire «cosa» c’è *prima* della nascita e *dopo* la morte porta il diritto ad essere restio a disciplinare questi campi, lasciando che se ne occupino altri: l’etica, la religione, ecc.³.

In particolare, resta “sconosciuta” (in quanto controversa) la natura – in senso ontologico e di conseguenza giuridico – del “terreno” che precede la nascita: il *concepito*, appunto.

## 2. Che ci dice la scienza? Poco... o molto?

La scienza contemporanea – che in questi campi (citologia, embriologia) fa progressi continui e sorprendenti – aiuta non poco e dice molte cose, anche se non può dare tutte le risposte, stabili e definitive, che i giuristi vorrebbero. Non si tratta dunque di “credere” alla scienza – approccio fideistico: c.d. scientismo⁴ – ma di tenere ben in conto i risultati, per certi versi straordinari, che la scienza ha fatto in questo campo.

Bisognerebbe pure, forse, distinguere fra ricerca scientifica *teorica*, del tutto libera *ex art.* 33 Cost., e ricerca scientifica *applicata*, da bilanciare con altri fini-valori costituzionali, per es. *ex art.* 41 Cost. (limiti d’impresa, quando si tratta di biotecnologie). Ma in realtà, nella bioetica, non si sa più dove finisce la ricerca teorico-speculativa e incomincia l’applicazione e/o sperimentazione pratica: piaccia o no, quasi sempre le due cose vanno insieme (si parla ormai di *tecnoscienza*). Inoltre, il rilievo delle ricerche scien-

<sup>2</sup> Sul punto la “normativa”, infatti, non è la stessa in tutti i Paesi. Per l’Italia, com’è noto, cfr. L. n. 578/1993 e decreto min. n. 582/1994, aggiornato l’11-04-2008.

<sup>3</sup> Sottolineavo questa problematica in *l’“due” volti del costituzionalismo di fronte al principio di auto-determinazione*, in *Politica del diritto*, 3, 2014, 403 ss., spec. 410, nt. 8.

<sup>4</sup> Sul carattere fortemente incerto delle conquiste scientifiche, subito rimesse in discussione dalla stessa scienza in una fase storica successiva, è ancora godibile il *pamphlet* di P.K. FEYERABEND, *Dialogo sul metodo*, Roma-Bari, 1989, dove, per esempio, si afferma: «la scienza non è l’unica via per acquisire la conoscenza, che ci sono alternative e che le alternative possono riuscire laddove la scienza ha fallito [...] la scienza non ha l’esclusiva della conoscenza» (89 e 92).

tifiche trascende la dimensione nazionale, che il diritto statale – oggi sempre più *sovranista* – pretenderebbe di disciplinare<sup>5</sup>. Né può ignorarsi che tutte, o quasi, le tematiche bioetiche sono ormai sottoposte a vincoli giuridici sovranazionali, in particolare euro-unitari<sup>6</sup>.

Ad ogni modo, che ci dice la scienza sul “concepito” o, altrimenti detto, di che stiamo parlando – per la scienza – quando facciamo riferimento al “concepito”?

Ovviamente in forma oltremodo sintetica, direi che più o meno sappiamo quanto segue:

- con la *fecondazione*, si fondono due cellule specializzate: i gameti maschile (spermatozoo) e femminile (ovulo);
- l'*embrione* derivante dalla cellula-uovo fecondata, che eredita il materiale genetico proveniente metà da un gamete e metà dall'altro, si forma in circa 24 ore e si chiama *zigote* (il genoma è completo: v'è la totalità del DNA);
- segmentandosi, lo zigote forma un primo aggregato di cellule detto *morula*;
- dal quarto/sesto fino al quattordicesimo giorno dalla fecondazione lo zigote si segmenta ulteriormente e sviluppa fino a 64 cellule, dando vita alla *blastocisti*, che – se l'embrione è in vivo (e non in vitro) – si impianta nel rivestimento dell'utero della donna, di cui si nutre crescendo. Tali cellule staminali – all'inizio totipotenti, poi dal 3° all'8° giorno pluripotenti e infine multipotenti – sono primitive, ossia non specializzate, e possono trasformarsi in diversi altri tipi di cellule umane;
- intorno al quattordicesimo giorno compare la *stria primitiva* e la blastocisti diventa *gastrula*. Solo a partire da questo momento l'embrione si auto-differenzia *come soggetto unico*, per esempio distinguendosi, sul piano cellulare, da un altro soggetto, altrettanto unico: il gemello<sup>7</sup>;
- fino all'ottava settimana si può ancora parlare di *embrione*: v'è “tutto” il DNA, ma lo sviluppo degli organi umani è ancora incompleto;
- dall'ottava settimana (quasi due mesi) dalla fecondazione si forma il *feto*, che ha la “forma” tipica della specie *umana*: in questo caso, gli organi non subiscono particolari modificazioni nel tempo, ma si limitano a svilupparsi fino al parto.

<sup>5</sup> D. NERI, *La ricerca sulle cellule staminali: questioni filosofiche e di politica pubblica in prospettiva europea*, in C. BERNASCONI, S. GARAGNA, G. MILANO, C.A. REDI, M. ZUCCOTTI (a cura di), *Cellule e genomi*, Pavia, 2004, 264 e 286 sottolineava: «è paradossale [...] il fatto che nell'epoca della libera circolazione di cose, idee e persone e della creazione dello “spazio europeo della ricerca” [...] le frontiere nazionali si alzino ferree proprio ad ostacolare la libertà di ricerca scientifica». Molti, in particolare, mettono in evidenza che – per esempio in materia di fecondazione eterologa e dei c.d. uteri in affitto – la legge italiana sulla PMA, la n. 40/2004, era facilmente aggirabile, almeno per chi poteva permetterselo, semplicemente andando all'estero. Com'è noto, si parla di «turismo riproduttivo» e «paradisi procreativi».

<sup>6</sup> Cfr. S. PENASA, *Biodiritto e Unione Europea: primi spunti di riflessione*, in *BioLaw Journal*, 3, 2018, 73 ss.

<sup>7</sup> Nell'embriologia, infatti, si parla di un *auto-differenziamento*, spontaneo o indipendente, che (contrapponendosi a un differenziamento correlativo o dipendente) si realizza durante lo sviluppo dell'embrione, il quale – potendo dar vita a un individuo o a una coppia di gemelli o anche a più soggetti – inizialmente nemmeno ha individualità/unicità, la quale emerge solo a partire a un certo punto, per azione di fattori intrinseci alle singole cellule o ai singoli abbozzi di organi. Cfr. già E.G. CONKLIN, *Cellular Differentiation*, in E. COWDRY (a cura di) *General Cytology*, Chicago, 1924, 537 ss.

In breve e conclusivamente la scienza ci dice che, in questo *tempo pre-natale*, siamo di fronte a “materiale umano” vivo. Più precisamente, mi sembra che – per il giurista – emergano tre dati di particolare rilievo:

- 1) si può parlare, senza forzature, di “vita umana” prenatale, sia pure in stadi molto diversi, perché dal punto di vista scientifico non si tratta di cellule morte, inerti, ma – secondo la scienza – il materiale umano di cui qui si parla è, appunto, “vivo” (*embryo life, vida de l’embrion*, ecc.). Nulla di più, ma anche nulla di meno;
- 2) le cellule staminali embrionali, coltivate, hanno la straordinaria capacità di differenziarsi negli altri tipi cellulari (a fini di medicina rigenerativa dei tessuti e degli organi). Anche questo dato non mi sembra di poco momento;
- 3) può dirsi che esiste un “individuo” umano ben preciso – come tale, per corteccia cerebrale, ecc., unico e irripetibile – solo a partire dal quattordicesimo giorno.

Ovviamente la scienza ci dà, poi, un mucchio di *altre* informazioni, strettamente connesse al concepito, di cui però credo qui si possa fare a meno. Per esempio – e sono casi ormai solo in parte fantascientifici – sembra che sarà possibile, quanto prima:

- a) dar vita a *uteri artificiali* (c.d. ectogenesi) ciò che risolverebbe per alcuni (o darebbe vita, per altri) a molti problemi legati alla c.d. fecondazione assistita;
- b) operare una *commistione genetica* (attraverso tecniche di *editing* del genoma: Crispr), ossia la manipolazione di embrioni, con finalità procreative, di cellule umane ed animali: le c.d. *chimere* uomo-animali [animali dotati di gameti umani in grado di riprodursi e, un domani, forse persino involontariamente con capacità cognitive proprie della nostra specie umana]. La cosa è, al momento, vietata dall’art. 13, n. 3, lett. d) della l. n. 40/2004. In ogni caso tale tecnica – che, in futuro, permetterebbe all’umanità di disporre di organi (pancreas, fegato...) fatti di cellule umane che crescono nel corpo dell’animale, in funzione di uso sanitario – risolverebbe per alcuni (o darebbe vita, per altri, a) molti problemi medici.

Entrambi questi temi – riguardando aspetti relativi alla fase prenatale della vita umana – ovviamente sono connessi al concetto di concepito, ma esulano dal tema in senso stretto del presente studio, non tanto per la loro evidente complessità e per gli enormi risvolti etici che pongono, quanto perché lo stesso cammino della scienza sui punti indicati è controverso e ancora assai incerto.

### 3. Che dice la Costituzione? Niente... o tutto?

Com’è noto, la Costituzione italiana – come quasi tutte quelle postbelliche del secolo scorso e a differenza di alcune Carte recenti (per es: Cost. Ungheria 2011, art. II: «la vita del feto va protetta fin dal concepimento») – nulla dice sulla “vita prenatale”, né per altro sul c.d. “fine vita”. Ciò non significa che la Carta italiana, in materia di bioetica, sia *datata*: basti pensare alla felice, e per molti versi lungimirante, formulazione dell’art. 32 sulla salute e i trattamenti sanitari.

Semplicemente il costituente ha scelto di non disciplinare *espressamente* questi temi, per comprensibili ragioni di contesto storico. È appena il caso di ricordare che, nel 1946-48, la cultura politica dell’epoca era alle prese con ben altri problemi (le epurazioni dell’amministrazione dagli esponenti del

vecchio regime, la ricostruzione economica, la guerra fredda est/ovest, ecc.). Sui temi bioetici, per altro, non emergevano particolari differenze fra i padri costituenti, quale che ne fossero il colore e la cultura politica d'origine<sup>8</sup>. Infine, e soprattutto, a quel tempo (sono passati più di 70 anni) il grado di conoscenze scientifiche in materia era relativamente limitato: l'attuale progresso della bioetica era, all'epoca, semplicemente impensabile.

Ma, come il silenzio della Costituzione non equivale automaticamente e semplicisticamente ad obsolescenza di quel testo, così pure il fatto che nulla *espressamente* la Carta dica in materia di vita prenatale non significa certo che, in merito, sia possibile “fare” tutto quel che si vuole o, se si preferisce, che si possa “far dire” al testo costituzionale qualunque cosa. Né, parimenti, significa che è preclusa qualunque cosa.

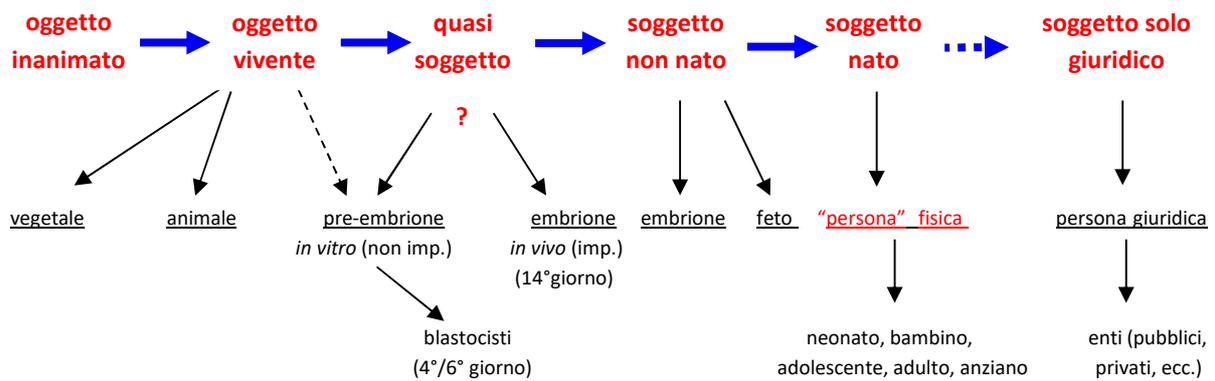
Ciò per varie ragioni, che qui non è possibile approfondire, ma soprattutto in virtù dell'esistenza del ben noto principio universale, super- e meta-costituzionale di *dignità umana* (*human dignity, dignité humaine, menschenwürde*), che naturalmente non si pretende in questa sede di ricordare *funditus*<sup>9</sup>.

Parlo di “dignità umana” *tout court* – piuttosto che, come talvolta si dice, di dignità della “persona umana” – proprio perché, senza negare la dignità del non nato, non credo sia possibile attribuire la qualità di “persona” al *concepito*, in quanto questi non è ancora capace di significative “relazioni” esterne (diverse da quelle con la madre). In passato ho tentato una ricostruzione “gradualistica” che riconosce all'embrione (a differenza di quello *in vitro*, sicuramente almeno a quello *in vivo*, ossia impiantato in utero) la natura di “soggetto giuridico”<sup>10</sup>. Richiamo qui soltanto lo schema, molto approssimativo, all'epoca proposto.

<sup>8</sup> In particolare, più vicine di quanto si pensi – n.b.: *all'epoca* – erano la cultura cattolica e comunista, le cui etiche erano piuttosto rigorose, se non intransigenti. Basti pensare, nel mondo comunista del tempo, alle forti perplessità sull'aborto e verso il divorzio: rimangono emblematici, per esempio, le reazioni e i problemi suscitati nel partito dalla relazione fra Nilde Iotti e Palmiro Togliatti (sposato, con un figlio e più grande di 27 anni).

<sup>9</sup> La dottrina sul punto, anche in lingua italiana, è ormai cospicua. Per il punto di vista di chi scrive, cfr. *L'idea di Costituzione fra letteratura, botanica e geometria. Ovvero: sei diverse concezioni “geometriche” dell’“albero” della Costituzione e un’unica, identica “clausola d’Ulisse”*, in F. FERNÁNDEZ SEGADO (a cura di), *The Spanish Constitution in the European Constitutionalism Context*, Madrid, 2003, 169 ss. e in *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, 6, 2005, 119 ss. Alcuni spunti *in nuce* già in A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell’uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Politica del diritto*, 3, 1991, 343 ss.

<sup>10</sup> Cfr. *Cellule staminali e fecondazione assistita: i dubbi di un giurista*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1, 2005, 71 ss. Ivi le motivazioni di tale approccio gradualistico. Parla ora di «un'alba della vita» che «continua a rappresentare una sorta di sequenza: una specie di irripetibile e ininterrotto *continuum*» S. AGOSTA, *Prove di cross-talk tra giurisprudenza convenzionale, eurounitaria, interamericana ed italiana in tema di diritto alla vita che comincia (prime notazioni)*, in *BioLaw Journal*, 3, 2018, 179.



Tuttora penso che limitare alle persone, ossia ai soggetti nati, la qualificazione giuridica della *dignità* sia una chiave di lettura molto angusta, connessa forse all'interpretazione, più che letterale semmai "letteralistica", di alcuni documenti ove si parla genericamente di dignità della persona umana<sup>11</sup>. Per converso, «la dignità dell'uomo [...] spetta all'uomo indipendentemente da caratteristiche determinate, da segni distintivi o da capacità in atto»<sup>12</sup>.

È ragionevole ritenere che proprio il principio in esame ("dignità umana" *tout court*), in quanto classico concetto indeterminato, permette agli interpreti della Carta, e segnatamente alla Corte costituzionale, di colmare abbastanza creativamente le lacune del testo: per questo, in passato l'ho definito un vero e proprio "*passepertout* ermeneutico". Tale principio – che, con ogni evidenza, non può essere usato "strumentalmente" a sostegno esclusivo di una particolare *weltanschauung* (religiosa-cattolica, ateo-nichilista, ecc.) – costituisce tuttavia il presupposto *antropologico* imprescindibile entro cui immaginare qualunque disciplina giuridica in materia di bioetica che pretenda di essere *costituzionalmente compatibile*.

In questo quadro, potremmo dire che la Carta, sì, non dice nulla di specifico ed esplicito sul tema della "vita prenatale", ma anche che – grazie al richiamo (che informa di sé tutto il testo) alla dignità umana – in fondo... dice tutto.

Insomma, la Costituzione – proprio perché non prevede e non esclude espressamente alcunché, ma mira a valorizzare l'uomo, sempre e comunque – costituisce un monito alla massima prudenza verso la vita umana, indistintamente considerata: *pre-natale* (concepito), *post-natale* (nato) e *nello stadio finale* (pre-morte). In particolare, dovrebbe presupporre il massimo rispetto verso la *dignità* della vita umana, quale che ne sia lo stadio e lo stato. L'indicazione è deliberatamente e terribilmente vaga, certo, ma ciò non ne riduce il grande impatto giuridico, che l'esperienza pratica, non solo nazionale, conferma.

<sup>11</sup> Su tale problematica ermeneutica rinvio alle considerazioni presenti *passim* in alcune opere del compianto filosofo del diritto D. FARIAS, *Idealità e indeterminatezza dei principi costituzionali*, Milano, 1981; ID., *Interpretazione e logica*, Milano, 1990; ID., *L'ermeneutica dell'ovvio*, I, Milano, 1990.

<sup>12</sup> E. W. BÖCKENFÖRDE, *Dignità umana e bioetica*, Brescia, 2009, 50.

#### 4. Cenni sulla disciplina sub-costituzionale a favore del “concepito”

Dovendomi occupare del “concepito”, sorvolo qui sulle molte e ben note disposizioni a favore della libertà di scelta della donna e di procreazione della coppia. Ora, benché non esista un vero e proprio “statuto del concepito” – che quindi, per potersi difendere, deve *prima* nascere (art. 1 c.c.: «I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita») – la “vita prenatale” è comunque protetta anche sul piano sub-costituzionale.

In breve, ricordo soltanto – senza pretesa di esaustività – fra l'altro, *a favore del concepito*:

- l'art. 254 c.c. (possibilità di riconoscere il figlio non ancora nato);
- l'art. 715 c.c. (cautele in caso di chiamata all'eredità di nascituri);
- l'art. 784 c.c. (diritto di donazione in favore dei nascituri);
- l'art. 1 della l. n. 194/1978 («lo Stato tutela la vita umana dal suo inizio [...] l'interruzione della gravidanza non è mezzo per il controllo delle nascite»);
- l'art. 6 della l. n. 194/1978 (eventuali «rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro» non sono, in sé, cause giustificative dell'interruzione volontaria della gravidanza, IVG, possibile invece solo se esse determinano un «grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna»<sup>13</sup>);
- l'art. 7 della l. n. 194/1978 (salvo il caso precedente, indipendentemente da eventuali malformazioni del nascituro, quando questi sia in grado di sopravvivere, il medico «deve adottare ogni misura idonea a salvaguardare la vita del feto»);
- l'art. 1 della l. n. 40/2004 («assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito»);
- l'art. 13, n. 2, della l. n. 40/2004 (la «ricerca clinica e sperimentale» sull'embrione è possibile solo per «finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso»);
- l'art. 13, n. 3, della l. n. 40/2004 (divieto di: «selezione eugenetica», «manipolazione», «alterazione del patrimonio genetico» di embrioni e gameti, nonché «clonazione», «ectogenesi», «produzioni di ibridi o chimere»);
- l'art. 14 della l. n. 40/2004 («È vietata la crioconservazione e la soppressione di embrioni, fermo restando quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194»).

Mi fermo qui: si tratta di un complesso di disposizioni, ciascuna delle quali è comprensibile alla luce del contesto storico-culturale in cui si è formata, ma proprio per questo – nell'insieme – talvolta *contraddittorio* (cfr. § 5) e, in qualche caso, a parere di chi scrive forse persino *eccessivo* (cfr. § 6).

#### 5. Chi stabilisce *quando* è dignitosa, e dunque meritevole di protezione, la vita umana prenatale?

È vero che il ricordato principio super- e meta-costituzionale di dignità umana è il “perno” (se si preferisce, come ricordavo: il *passepertout* ermeneutico) di ogni bilanciamento, ma è ancor più vero che – nella prospettiva non *relativista* (nichilismo), ma *relazionista* (bilanciamento), l'unica compatibile con il pluralismo del costituzionalismo liberaldemocratico – non ci sono concetti/valori, e dunque forme di

<sup>13</sup> Colpisce, per esempio, Cass. civ., sez. III, 11.04.2017, n. 9251: «la mancanza della mano sinistra del nascituro non è una malformazione idonea a determinare un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna».

protezione “assoluti”, almeno sul piano strettamente giuridico-costituzionale<sup>14</sup>. Parafrasando un ex Presidente della Consulta (secondo cui tutto “va” motivato, ma tutto è anche... *motivabile*), così potrebbe dirsi che, salvo la dignità ricordata, tutto va bilanciato, ma tutto, proprio tutto, è anche... *bilanciabile*. Persino la vita, bene primario per definizione, eccezionalmente può retrocedere di fronte, per esempio, alla c.d. legittima difesa (che – oggi va ricordato – non coincide con l’auto-difesa).

La questione, semmai, è un'altra: quando e a chi spetta il “bilanciamento” sullo *status* del concepito? Posto che il bilanciamento non opera mai in astratto, ma avviene sempre *in concreto*<sup>15</sup>, saranno gli operatori pratici del diritto a determinarlo, secondo il seguente ordine, che è, *contestualmente*, logico, cronologico e assiologico:

- a) (prima) il legislatore;
- b) (poi) i giudici comuni;
- c) (infine) la Corte costituzionale.

Naturalmente non dimentico che esistono significative indicazioni e bilanciamenti forniti pure da altri soggetti, *esterni*, in particolare le Corti di Strasburgo e del Lussemburgo, su cui non ci si può qui soffermare, anche perché talvolta, invece di aiutare, hanno complicato il dibattito fra gli studiosi: segnalo soltanto la ben nota sentenza *Brüstle* della Corte di giustizia europea, inverosimilmente estensiva del concetto di “embrione umano”, fino addirittura a ricomprendervi «ovuli umani non fecondati»<sup>16</sup>.

Mi limito, dunque, a una breve analisi del comportamento dei tre soggetti istituzionali *interni* ricordati, da cui credo possa facilmente dedursi il relativo disordine in cui si trova la disciplina, e dunque il concetto, di “concepito”. Seguo l’ordine indicato.

### 5.1. Il legislatore

Sul trattamento del “concepito”, il legislatore italiano si è rivelato, per usare un aggettivo forte, almeno apparentemente schizofrenico: prima ha ammesso, fino al 90° giorno (dunque, anche di fronte ad un “feto” ben formato), l’interruzione volontaria della gravidanza (IGV), sia pure alle condizioni poste dalla legge: n. 194/1978. Poi, in modo sorprendente e parrebbe contraddittorio, ha cercato di iper-tutelare il semplice “embrione”, attraverso una controversa legge sulla fecondazione artificiale (l. n. 40/2004). L’applicazione della stessa legge 194, che saggiamente prevedeva la possibilità dell’obiezione di coscienza per il personale medico e paramedico, non è stata priva di inconvenienti, che ricordo solo per cenni. Mi riferisco alle difficoltà pratiche incontrate nell’IVG dovute all’alto numero di obiettori di coscienza che – per quanto significativo (media nazionale 70,5 %, dei ginecologi, con la punta del 96,9 %

<sup>14</sup> Per un’argomentazione più diffusa della tesi accennata, mi permetto di rinviare a *Dall’indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l’individuazione di doveri altrettanto fondamentali*, in *Politica del diritto*, 1, 2006, 167 ss. Ma v. pure, se si vuole, le voci *Costituzionalismo* e *Bilanciamento* in *Enciclopedia filosofica Bompiani*, II-III, Milano, 2006, rispettz. 1261 ss. 2369 ss.

<sup>15</sup> Sul carattere concreto, e non astrattamente predeterminabile, di “ogni” forma di bilanciamento – come confermato dalla giurisprudenza di tutte le Corti europee – cfr. S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del “dialogo” tra le Corti*, Napoli, 2018, 53 ss. ma v. *passim* (ivi bibl. di riferimento).

<sup>16</sup> Sul punto rinvio, per una precisa critica, al mio *La sentenza Brüstle sugli embrioni: molti pregi e... altrettanti difetti*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2012, 438 ss. Per aggiornamenti sulla giurisprudenza delle Corti, cfr. S. AGOSTA, *op. cit.*, 171 ss.

in Molise) – tuttavia non rende ancora inattuabile la legge: ricordo, per altro, che non c’è obiezione che tenga di fronte all’imminente pericolo per la vita della donna. Ricordo pure le raccomandazioni del CEDS (Comitato europeo dei diritti sociali) fatte all’Italia, insieme alla Polonia e la Slovacchia, affinché forniscano adeguate informazioni di rinvio delle donne a medici non obiettori (*duty to refer*)<sup>17</sup>.

Né può ignorarsi la delicatissima e attualissima questione, nel caso di aborto terapeutico, dei *feti pre-maturi* – visti i progressi della neonatologia, oggi *in teoria* rianimabili dopo 22 settimane, nonostante il rifiuto della madre – né la stessa destinazione finale dei *feti abortiti*: semplice spazzatura (“rifiuti ospedalieri”) o oggetto di disciplina cimiteriale (“prodotti del concepimento”)<sup>18</sup>?

Ma penso anche alle delicatissime problematiche – derivanti dall’introduzione dell’IGV e cui qui si può solo accennare – del danno risarcibile per “gravidenza indesiderata” (*wrongful pregnancy*), “nascita indesiderata” (*wrongful birth*) o “vita indesiderata/menomata” (*wrongful life*). Con l’eccezione di Belgio e Olanda, più flessibili verso i minori (che possono anche ricorrere al suicidio assistito), di solito negli ordinamenti europei è negato il “diritto di non nascere se non sano” e, a maggior ragione, il “diritto a non nascere” *tout court (droit à ne pas naître)*, perché, ovviamente, incompatibile in particolare con il diritto alla procreazione dei genitori e, più in generale, con l’autodeterminazione degli stessi nelle scelte riproduttive (non potendosi escludere la nascita indesiderata di un figlio sano ma non voluto, magari per aborto non riuscito). In Italia – essendo escluso l’aborto eugenetico, espressamente vietato – nell’interpretazione che la giurisprudenza ha fatto della legge, è risarcibile il danno da *wrongful birth* ma non da *wrongful life*, anche se rimangono incertezze su chi può chiedere il risarcimento di fronte a eventuali negligenze del personale medico in ordine alla preventiva segnalazione della malformazione del “concepito”: la madre, il padre, i fratelli, pare non sempre lo stesso diretto interessato, il figlio portatore di handicap<sup>19</sup>. In ogni caso, è escluso che il minore possa agire contro i genitori per “danno da nascita”: si rischierebbe di «far nascere una pratica *self-difensive* di natura strettamente eugenetica [volta a] selezionare sulla base di criteri normalità-anomalia genetica ogni potenziale nascituro»<sup>20</sup>.

In conclusione, al di là degli sviluppi giurisprudenziali, il “bilanciamento” operato del legislatore sulla condizione giuridica del “concepito” non solo appare sempre in affanno, ossia all’inseguimento del progresso scientifico in continua evoluzione (tecniche diagnostiche prenatali, amniocentesi, *screening*

<sup>17</sup> Sul punto, per tutti: L. BUSATTA, *Diritti individuali e intervento pubblico nell’interruzione volontaria di gravidanza: percorsi e soluzioni per la gestione del dibattito in una prospettiva comparata*, in M. D’AMICO, B. LIBERALI (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, Napoli, 2016, 165 ss.; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all’interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017, 607 ss.; I. DOMENICI, *Obiezione di coscienza e aborto: prospettive comparate*, in *BioLaw Journal*, 3, 2018, 19 ss. Utile pure A. BARAGGIA, *Stati Uniti e Irlanda: la regolamentazione dell’aborto in due esperienze paradigmatiche*, Torino, 2018.

<sup>18</sup> Su tutti questi aspetti, v. ora M. D’AMICO, *La legge n. 194 del 1978 fra adeguamenti scientifici, obiezione di coscienza e battaglie ideologiche*, in *BioLaw Journal*, 3, 2018, 92 ss. ma v. *passim*. (infra ult. bibl)

<sup>19</sup> Fra le altre, cfr. spec. le seguenti sentt.: oltre Cass. Civ., SS.UU., 22.12.2015, n. 25767, Cass. civ., sez. III: 03.05.2011, n. 9700; 02.10.2012, n. 16754; 17 luglio 2014, n. 16401; 05/02/2018, n. 2675; 19.07.2018, n. 19151. Sul punto, fra gli altri, cfr. M. POLI, *Birth-related torts e libertà della donna di interrompere la gravidanza nell’esperienza italiana* e B. SGORBATI, *Wrongful birth e wrongful life: delicati equilibri. Tra autodeterminazione della donna e dignità del figlio malato*, entrambi in *BioLaw Journal*, 3, 2018, rispettivamente 33 ss. e 49 ss. Ivi ulteriore bibl.

<sup>20</sup> Così C. CASONATO, *Diritto, diritti ed eugenetica. Prime considerazioni su un discorso giuridico altamente problematico*, in *Humanitas*, 841, 2004, 10.

genetico, accresciute capacità di rianimazione del feto prematuro, ecc.), ma anche caratterizzato negli anni da una certa mutevolezza, se non contraddittorietà. Ed è plausibile che anche in futuro il legislatore si confermerà ondivago e incerto (in ragione delle diverse maggioranze politiche che si avvicendano in Parlamento), quando non iper-prudente, fino alla reticenza (mi riferisco al trattamento degli embrioni soprannumerari criocongelati, su cui cfr. § 6).

### 5.2. I giudici comuni

I giudici, come sempre alle prese con la *concreta* realtà della vita, hanno cercato di individuare le soluzioni più giuste, caso per caso, rispetto alle previsioni, talora generiche, fatte dal Parlamento. L'interpretazione ed applicazione giurisprudenziale, relative agli aspetti più delicati e controversi della normativa (feto malformato, ecc.), sono state decisive: sarebbe impossibile studiare *funditus* lo status del "concepito" senza un approfondimento del *diritto vivente* giurisprudenziale, cui infatti – pur brevemente – prima si è accennato. In particolare, i giudici hanno sollevato un'infinità di legittime obiezioni sui bilanciamenti operati, piuttosto in *astratto*, dal legislatore. Infatti, com'è noto, ripetutamente hanno tentato – attraverso il procedimento in via incidentale – di ottenere l'invalidazione costituzionale di parti significative delle due leggi prima ricordate. Tuttavia – nonostante entrambe le leggi avessero suscitato un vespaio di polemiche (incrementate da connessi referendum abrogativi, comunque senza esito) e un fiume di ricorsi alla Corte costituzionale – mentre la l. n. 194/1978 praticamente è uscita indenne dal sindacato della Consulta, resistendo così ai ripetuti "assalti" della magistratura, la l. n. 40/2004, per converso, è stata nel corso del tempo, gradualmente e parzialmente, "smantellata" dalla Corte costituzionale (e su questo lavoro della Consulta non indugio).

Ovviamente non esiste un punto di vista "unitario" dei giudici italiani sulla natura giuridica del "concepito": la tutela ad esso apprestata oscilla dal riconoscimento diretto, pieno ed espresso della sua "soggettività" alla più cauta assunzione della necessità di protezione, slegata da un riconoscimento di soggettività espresso. Infatti: «per proteggere una certa entità [non] occorre necessariamente qualificarla come soggetto di diritto» (Cassazione, sez. unite, 22 dicembre 2015, n. 25767).

In ogni caso, che si guardi alla prima (piena soggettività) o la seconda linea (quasi-soggettività) indicata, il "bilanciamento" tentato dai giudici comuni è stato comunque importante, anche se solo in parte efficace e determinante.

### 5.3. La Corte costituzionale

Quanto alla Corte costituzionale, cui prima o poi pervengono tutte le istanze, si è rivelata, com'era prevedibile, l'organo decisivo – anche se purtroppo non sempre risolutivo – per definire, almeno per grandi linee, lo *status* del "concepito".

Va ricordato che, all'inizio, è stata proprio la Corte a "preparare" il terreno per l'avvento della legge sull'interruzione della gravidanza, dichiarando, da un lato, che la Costituzione «riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito» e, dall'altro, però, indicando anche la necessità di un bilanciamento: «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare» (sent. n. 27/1975).

Poi, nel corso del tempo, stimolata dai giudici, la Corte ha cercato di perfezionare/correggere il bilanciamento del legislatore. Con un florilegio necessariamente lacunoso, ricordo soltanto che essa – al fine di garantire il miglior equilibrio possibile – ha precisato che «è obbligo del legislatore predisporre le cautele necessarie per impedire che l’aborto venga praticato senza seri accertamenti sulla realtà e gravità del danno o pericolo che potrebbe derivare alla madre nel proseguire nella gestazione» e che «perciò la liceità dell’aborto deve essere ancorata ad una previa valutazione della sussistenza delle condizioni atte a giustificarla» (sent. n. 35/1997, dove reiteratamente è presente l’espressione «diritti del concepito»). Queste precisazioni dei giudici costituzionali non rimettono però in discussione la legge n. 194/1978, costantemente difesa dalla Corte, la quale per esempio sottolinea sempre come la valutazione delle conseguenze che le circostanze determinano sulla sua salute e la decisione di abortire sono «rimesse soltanto alla responsabilità della donna» (*ex multis*, sentt. nn. 514/2002 e 196/2012). Sorvolando, come si diceva, sul parziale smantellamento fatto dalla Consulta della l. n. 40/2004 – testo in parte irragionevole per eccessi precauzionali e inadeguati bilanciamenti – mi soffermo ora, nel § successivo, semplicemente sul caso che mi sembra più interessante, ossia sul “mancato bilanciamento” della Consulta sullo statuto del “concepito”, quando invece un bilanciamento non solo sembrava possibile, ma addirittura doveroso riguardando beni/interessi tutti costituzionalmente protetti.

## 6. Che “uso” possiamo fare del concepito? A) La questione dei c.d. embrioni soprannumerari criocongelati...

In questo lavoro si sono deliberatamente ignorate le posizioni teoriche più estreme, di tipo rigidamente ideologico: a) *immobilismo naturalistico*: il concepito, in ogni suo stadio, è sacro e intangibile; b) *scientismo irresponsabile*: del concepito si può far tutto, poiché la scienza non incontra limiti. Entrambi sono approcci intrinsecamente incompatibili, nel *merito*, con il pluralismo del “costituzionalismo” liberaldemocratico e, nel *metodo*, con la connessa tecnica del “bilanciamento”.

Giunti a questo punto – per quanto la parola “uso”, non sia delle più felici – senza ipocrisie è indispensabile chiedersi: che uso possiamo fare del concepito?

A riguardo – fra le molte possibili (penso all’involontario scambio di embrioni, talora avvenuto nel caso di fecondazione assistita) – emergono almeno due questioni: quella a) dei c.d. embrioni soprannumerari criocongelati, e quella b) delle c.d. modificazioni genetiche (CRISPR-Cas9).

Quanto al primo punto, conosciamo la posizione molto rigida, se non intransigente, espressa dal legislatore nella l. n. 40/2004: in breve, gli embrioni soprannumerari criocongelati (non impiantabili in utero e/o malformati) non si toccano, anche se sono destinati a divenire “rifiuti ospedalieri”. Si tratta di una posizione, ad avviso di chi scrive, irragionevole vista la possibile destinazione degli stessi ad uso di ricerca scientifica a fini sanitari<sup>21</sup>. Com’è noto, appositamente adita in merito dal Tribunale di Firenze, la Corte si è espressa con la sent. n. 84/2016 dichiarando l’inammissibilità della q.l.c. che, per la sua «elevata discrezionalità, [era] da sottrarsi, perciò stesso, al sindacato di questa Corte».

Le argomentazioni addotte dai giudici costituzionali sono però singolari.

<sup>21</sup> Per approfondimenti rinvio ai miei *Cellule staminali e fecondazione assistita: i dubbi di un giurista*, cit., 71 ss. e *La sentenza Brüstle sugli embrioni*, cit., 438 ss.

Per un verso, si riconosce alla «tutela della dignità dell’embrione (ancorché malato)» un «valore di rilievo costituzionale, riconducibile al precetto generale dell’art. 2 Cost.», per cui «la dignità dell’embrione [...] non è suscettibile di affievolimento per la sola circostanza di risultare affetto da malformazioni genetiche», fino addirittura ad arrivare alla pericolosa – perché escludente altri interessi in gioco – affermazione incidentale secondo cui «il vulnus alla tutela della dignità dell’embrione (ancorché malato, quale deriverebbe dalla sua soppressione *tamquam res*, non trova [...] giustificazione, in termini di contrappeso, nella tutela di altro interesse antagonista» (così n. 8.2.1 cons. in dir., ma v. pure sent. cost. n. 229/2015).

Per un altro verso, la Corte scrive invece una specie di “decalogo” in cui “non esclude” proprio l’ipotesi di bilanciamento prospettata dal tribunale di Firenze, con ciò stesso legittimandola fra quelle possibili: infatti, spetta al «legislatore» – anche alla luce della «coscienza sociale» – la «selezione degli obiettivi e delle specifiche finalità della ricerca suscettibili di giustificare il “sacrificio” dell’embrione». Questi dovrà guardare: «all’utilizzazione, a fini di ricerca, dei soli embrioni affetti da malattia – e da quali malattie – ovvero anche di quelli scientificamente “non biopsabili”; alla selezione degli obiettivi e delle specifiche finalità della ricerca suscettibili di giustificare il “sacrificio” dell’embrione; alla eventualità, ed alla determinazione della durata, di un previo periodo di crio-conservazione; alla opportunità o meno (dopo tali periodi) di un successivo interpello della coppia, o della donna, che ne verifichi la confermata volontà di abbandono dell’embrione e della sua destinazione alla sperimentazione; alle cautele più idonee ad evitare la “commercializzazione” degli embrioni residui» (n. 11 cons. in dir.).

La Consulta aveva tutti i margini per adottare una sentenza *additiva di principio*. Lasciando al legislatore la disciplina del dettaglio (nel rispetto del ricordato “decalogo”), poteva riconoscere l’incostituzionalità della legge nella parte in cui esclude il “bilanciamento” fra *a)* gli embrioni soprannumerari criocongelati, ovviamente non creati *ad hoc* ma destinati a morte certa (in quanto non impiantati e non impiantabili, sono soggetti a malformazione genetica e sempre, e inevitabilmente, destinati a morire), e *b)* tutti gli altri consociati, nati e viventi, che sperano, grazie alla ricerca scientifica, di poter vivere o comunque vivere con una salute meno precaria, grazie al ricorso alla ricerca scientifica su tali embrioni.

La Corte, invece, escludendo una sentenza additiva per carenza di “rime obbligate” e pronunciandosi per l'*inammissibilità*, ha deciso di non decidere, lasciando campo libero al legislatore, cui pure consegna... il ricordato “decalogo”<sup>22</sup>. Si tratta, dunque, di una decisione che, nell'icastico gergo degli assistenti dei giudici, si chiama di “inammissibilità vestita”<sup>23</sup>. Insomma, la soluzione è indicata “fra le righe”: il bilanciamento *pro* salute e ricerca scientifica non è escluso, dunque è “possibile”, però lo deve fare il legislatore, nonostante la Corte riconoscesse che, in questo caso, occorresse proprio «un bilanciamento fra valori fondamentali» e gli interessi in ballo, dunque, fossero “tutti” di rilievo costituzionale. La Consulta ha preferito usare pavidamente la discutibile tecnica della *de-costituzionalizzazione del bilanciamento*. Ma, in tal modo, ha dimenticato (o volutamente ignorato) che: *a*) il bilanciamento si fa proprio quando “non” ci sono le c.d. *rime obbligate*; *b*) non tutti i bilanciamenti sono *costituzionalmente ragionevoli*; *c*) forse solo lei, nelle fattispecie considerate, dispone dell'armamentario tecnico, dell'esperienza e della naturale competenza per operare un “bilanciamento costituzionale”, proprio *ratione materiae*<sup>24</sup>.

## 7. (segue): B) la questione delle modificazioni genetiche (CRISPR-Cas9): non “se”, ma “quando”

Quanto al secondo punto segnalato nel § precedente, ricordo l'esistenza di una recente (2015) e sorprendente tecnica di *genome editing* (CRISPR-Cas9) che sembra aprire straordinari orizzonti per difenderci in radice, parrebbe definitivamente, dai virus.

È noto che – già dal 2016 in Messico, prima nel Regno Unito e ora in Grecia – per superare problemi di infertilità ed evitare trasmissioni di malattie genetiche della madre, si è dato vita a un “concepito” con tre genitori, con un DNA risultante dal mix del patrimonio genetico di tre persone: per esempio, il nucleo dell'ovulo della madre malata trasferito nel citoplasma dell'ovulo di donatrice sana, poi inseminato dal padre. Mentre scrivo, un team di ricercatori della *University of California* di San Francisco, guidati da Tobias Deuse, avrebbe ottenuto le prime cellule staminali anti-rigetto: rese «invisibili» al

<sup>22</sup> Si scontrano così due approcci diversi: l'impostazione generale di S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, 2015, 48 e 54, per il quale «un giudice costituzionale ha, in sostanza, una funzione legislativa [...] in teoria nulla è fuori di una Costituzione interpretata con intelligenza», e quella, apparentemente diversa, di A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana, Annali Enciclopedia del Diritto*, VIII, Milano, 2015, 336 ss., che – proprio parlando dei giudizi di costituzionalità sulle questioni eticamente sensibili (fra i quali anche i “diritti dell'embrione”) – sembra essere favorevole, se non ho inteso male, al *self restraint* della Corte e all'intervento del legislatore, riprendendo un adagio usato per la Corte Suprema, secondo cui in questi casi «interpretare equivale a legiferare». L'opinione di chi scrive è che se, in prima battuta, spetta certamente al legislatore la disciplina di questi temi sensibili, in un secondo tempo i tribunali costituzionali non potranno comunque sottrarsi al giudizio. Nel nostro caso, la legge “c'è” ed evidentemente è carente: purtroppo qui siamo già al “secondo tempo”.

<sup>23</sup> Cfr. M. RUOTOLO, *Per una gerarchia degli argomenti dell'interpretazione*, in *Giur. Cost.*, 2006, 3427. A giudizio di S. CASSESE (*op. cit.*, 246) è «inammissibilità vestita» quella «motivata in modo che appaiano chiari i profili di merito della questione e la relativa (possibile) soluzione».

<sup>24</sup> Approfondimenti sul tema nel mio *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice... (nota a sent. cost. n. 84/2016)*, in *BioLaw Journal*, 2, 2016, 253 ss. V. pure, fra i tanti, S. AGOSTA, G. D'AMICO, L. D'ANDREA (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, Napoli, 2017.

sistema immunitario. Sappiamo pure che, per esempio in Italia e Germania, alle condizioni previste dalla legge, è già possibile modificare il genoma di un embrione destinato all'impianto in utero<sup>25</sup>.

Oggi, però, si prevede, in estrema sintesi, la ricerca di base che perfeziona la tecnica prima ricordata (CRISPR-Cas9) su embrioni umani, purché *non* destinati all'impianto in utero, e se ne ammette l'applicazione clinica nelle terapie geniche somatiche (TGS). Se ne esclude, invece, l'applicazione clinica sulle cellule germinali o embrioni precoci (TGLG) destinati all'impianto in utero ai fini della gravidanza. La TGS, infatti, colpisce solo le cellule somatiche e non quelle germinali, limitando eventuali danni/fallimenti al solo individuo trattato, mentre gli effetti della TGLG ricadono sui discendenti dell'embrione trattato, ossia sulle generazioni future.

La questione non è di poco momento perché proprio una delle caratteristiche tipiche del costituzionalismo cosmopolita, non solo contemporaneo, è appunto la solidarietà o "eterocentrismo", rivolto ai lontani nello spazio (non cittadini) e nel tempo (generazioni future)<sup>26</sup>.

A sostegno di tale linea prudenziale molto netta sono stati prodotti diversi documenti. Fra questi, vanno ricordati specialmente, sul piano giuridico: in modo chiaro ed esplicito l'art. 13 della Convenzione di Oviedo (1997)<sup>27</sup> e, sia pure indirettamente, l'art. 3, n. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (2000-2007)<sup>28</sup>.

Del resto, i rischi, giuridici ed etico-politici, dell'ingegneria genetica sono molti e noti<sup>29</sup>. Tuttavia, ho l'impressione che l'argomento dei rischi connessi all'eliminazione delle malattie trasmesse geneticamente – anche per la difficoltà a definire esattamente cosa sia "malattia" – non è sempre e del tutto irresistibile: forse si potrebbe permettere l'intervento terapeutico TGLG a condizione, al momento non

<sup>25</sup> Sul punto cfr. spec. D. NERI, *La sperimentazione sugli embrioni umani alla luce della ricerca biomedica avanzata (Genome editing)*, in *Bioetica. Rivista interdisciplinare*, XXIV, 2016, 363 ss. e soprattutto ID., *CRISPR-Cas9, la Convenzione di Oviedo e le generazioni future*, in *Scienza e filosofia*, 18, 2017, 197 ss., da cui abbiamo tratto gran parte delle informazioni qui riportate.

<sup>26</sup> Sul punto, fra i tanti, sia consentito rinviare al mio *L'amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008, 71 ss., nonché in *Diritto e società*, 2, 2008, 23 ss.

<sup>27</sup> Che, per comodità, riporto: «Un intervento diretto a modificare il genoma umano può essere intrapreso solo per scopi preventivi, diagnostici o terapeutici e solo se la sua finalità non è quella di introdurre modificazioni nel genoma dei discendenti».

<sup>28</sup> Che recita (nostro il c.vo): «Diritto all'integrità della persona. 1. Ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica. 2. Nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge; il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone; il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro; il divieto della clonazione riproduttiva degli esseri umani».

<sup>29</sup> Così J. RIFKIN, *Dall'alchimia all'algenia. Le premesse della manipolazione genetica sull'uomo* (1983), S. Martino di Sarsina, 1994: «perché non dovremmo procedere così anche per altri disordini, per la miopia, il daltonismo o il mancinismo? Che cosa precluderebbe ad una società di decidere che un certo colore della pelle è un disordine?».

presente, di assoluta certezza di effetti non voluti/negativi per tutti i fruitori, presenti e futuri<sup>30</sup> e solo di fronte a malattie certe (fibrosi cistica, talassemia...)<sup>31</sup>.

L’aspetto inquietante, però, è che l’impetuoso sviluppo della scienza, ed in particolare delle biotecnologie, non sembra più politicamente e giuridicamente “controllabile”, anche perché l’acquisizione di nuove tecnologie – dovute anche a forti pressioni di ricchi investitori – coinvolge più di 7 milioni di ricercatori, diffusi in tutto il mondo, in modo non trascurabile in Paesi non democratici. È noto, in particolare, che in Cina la tecnica di editing genetico CRISPR-Cas9 – già usata nel 2015 contro il gene dell’anemia mediterranea – nel 2018 ha consentito allo scienziato He Jiankui della *Southern University of Science and Technology* di Shenzhen, ora licenziato, il clamoroso annuncio della nascita di due “Crispr babies”, due gemelle derivanti da embrioni geneticamente modificati per resistere alle infezioni da Hiv, modifica *ereditabile* dalle generazioni future.

Il problema, quindi, non è “dove”, né “se”, ma solo “quando” questa nuova tecnica sarà sviluppata e applicata... senza regole e con grandi rischi<sup>32</sup>.

Insomma, è più che ragionevole il richiamo alla massima prudenza: almeno su questo piano, il futuro sembra prospettarsi, forse ben prima di quanto non ce lo si aspetti, foriero di non trascurabili novità, non è detto tutte positive, per lo statuto del “concepito”.

## 8. Conclusioni: riconoscimento degli aspetti positivi dell’IVG e perplessità, invece, di fronte al mito del “superuomo”

Confesso una certa reticenza all’uso della formula *tranchant* “diritto all’aborto”. Configuro, infatti, tale situazione piuttosto come una facoltà della donna, contemplata dall’ordinamento, che affievolisce lo *status* del “concepito” nei soli casi e modi previsti dalla legge. In particolare, sarò franco, mi inquieta molto – proprio perché cerco di tener in conto i progressi della scienza – la situazione dei “feti prematuri”. Dunque, non è in discussione il termine per l’IVG dei 90 giorni, ma il fatto che dopo 154 giorni, ossia 22 settimane, (non degli esagitati con pregiudizi ideologici, ma) molti medici, proprio perché consapevoli dei progressi della scienza, ritengono che dovrebbe prevalere comunque il diritto alla rianimazione, dunque alla vita, del feto, indipendentemente della volontà della madre. Su questo punto, sollevato da medici, i giuristi hanno il dovere di interrogarsi e valutare se l’attuale “bilanciamento” è ancora costituzionalmente adeguato.

<sup>30</sup> Secondo la *Dichiarazione di Inuyama* (1991) del CIOMS (*Council for International Organisations of Medical Sciences*), la eventuale TGLG è subordinata ad ardui requisiti: a) il gene inserito non deve causare effetti evolutivi avversi; b) il gene deve essere incorporato in modo da non causare aberrazioni cromosomiche nelle successive generazioni; c) deve essere possibile mirare a specifici siti cromosomici in modo da assicurare il controllo delle modifiche genetiche.

<sup>31</sup> Per un puntuale approfondimento di tutta questa materia e l’esposizione di serie critiche agli attuali divieti, cfr. ancora D. NERI, *CRISPR-Cas9*, cit., 211, che – fra l’altro – osserva: «a me sembra che vietare la TGLG anche se diretta a scopi chiaramente terapeutici è difficilmente concepibile in termini di benefici per qualcuno: non lo è per gli individui di questa generazione, che il divieto – qualora la tecnologia fosse sicura e efficace – condannerebbe a nascere con gravi difetti genetici; non lo è per gli individui delle generazioni future, che invece trarrebbero beneficio proprio da un intervento capace di sradicare la causa delle malattie genetiche».

<sup>32</sup> Cfr. M. BUCCHI, *Le non-democrazie e il lato oscuro della scienza*, in *Corriere innovazione*, 21.12.2108, 14.

Ciò detto, e nonostante diversi problemi non risolti cui si è accennato, guardo con sereno realismo all'attuale disciplina italiana del "concepito" siccome delineata nella l. n. 194/1978, certo migliorabile ma tuttora utile compromesso politico che, accanto all'autodeterminazione della donna – non va dimenticato – riconosce il diritto all'obiezione di coscienza. A ben poco serve l'implicita aggressività delle battaglie ideologiche, di puro principio, sicché immaginare di contestare tale normativa è, oggi, semplicemente impensabile: sono praticamente spariti gli aborti clandestini e, nello spirito della legge (che non considera l'IVG un mezzo contraccettivo), si è ridotto il numero degli aborti. Per questo ha perfettamente ragione M. D'Amico quando osserva: «La minaccia della pena, come è ampiamente dimostrato, non è di alcuna utilità [...] la "possibile vita" del concepito non si difende contro la donna, ma solo offrendole aiuto e sostegno e, alla fine, rispettando la sua scelta»<sup>33</sup>.

Rimango ben più perplesso, invece, di fronte alle possibilità – per fortuna ancora più teoriche che pratiche, ma non si sa per quanto – di un "uso", più o meno manipolatorio, del "concepito". Non mi riferisco, ovviamente, all'inutile immobilizzazione dei c.d. embrioni criocongelati soprannumerari su cui ho già detto (cfr. § 6), ma a tutte le "ulteriori" ipotesi che restano – almeno per me, giurista senza adeguate competenze scientifiche – piuttosto oscure.

Da quando, più di trent'anni fa (1978), nacque Louis Brown, prima bimba "concepita" con le tecniche di fecondazione assistita, molta acqua è passata sotto i ponti. La scienza apre continuamente nuove porte e il futuro prossimo venturo è davvero un mistero in costante evoluzione. Possiamo solo immaginare, con timore e tremore, qualche scampolo che sfiora la fantascienza.

Guardando agli anni che verranno, l'attuale e tradizionale concetto di "concepito" – sebbene già ora sia oscuro, *sconosciuto* – rischia persino di sembrare anacronistico.

Per quanto, finora, nessuna "intelligenza artificiale" abbia superato il noto test di Turing, e dunque nessuna macchina artificiale sia comparabile all'uomo, oggi si fanno strada varie idee. Come si sa, in particolare l'idea, sempre più diffusa, di "dar vita" a *umanoidi*, ossia ad *androidi* (robot con apporti biologici, dunque aspetto, umano: al femminile *ginoidi*) o addirittura a *cyborg* (organismi cibernetici o bionici: esseri umani innestati da protesi artificiali meccaniche ed elettroniche che ne potenziano le capacità e la sopravvivenza)<sup>34</sup>.

Naturalmente ciò non equivale ancora al delirio di "concepire" o "dar vita" all'uomo *tout court*. Ma certo si comincia a parlare di *post-umanesimo* e *trans-umanesimo*. Emerge, insomma, l'idea di un uomo che può diventare "superuomo", ossia una sorta di uomo perfetto, fatto per vivere senza malattie, pronto a cambiare parti del corpo come fossero pezzi di ricambio e, forse, presuntuosamente destinato/programmato a *nascere* e *vivere* – non come oggi accade, tutt'al più, cent'anni, ma – molto più a lungo: centocinquanta, duecento...anni? Di più?

Insomma, dietro quest'approccio – nonostante le migliori *intenzioni*, almeno dichiarate – è lecito domandarsi se si stia facendo strada l'idea di un uomo che non solo legittimamente lotta per migliorare

<sup>33</sup> Così M. D'AMICO, *La legge n. 194 del 1978 fra adeguamenti scientifici, obiezione di coscienza e battaglie ideologiche*, cit., 109.

<sup>34</sup> Gli esempi più recenti (*microchip* impiantati sottopelle che permettono un'infinità di operazioni e relazioni: si pensi alla comunicazione di malati coscienti ma senza parola o gestualità), oltre a indubbi vantaggi, presentano sempre notevoli rischi: basti pensare, in alcuni casi, a quelli legati alla *privacy*. Sul punto, fra gli altri, v. ora M.R. PAVIA, *Mr. Biohacker*, in *Corriere innovazione*, 21.12.2108, 17.

la salute, limitandosi ad “aspirare” all’immortalità, ma comincia davvero a “costruirsi” e coltivare il sogno dell’eternità.

Se, sotto traccia, si celasse quest’approccio, qualcuno potrebbe dire che le buone *intenzioni* ricordate non riescono a nascondere la perenne *tentazione* dell’uomo di farsi Dio ed in particolare Dio creatore. Naturalmente – nel caso del concepito creato dall’uomo – non si tratterebbe di una “creazione” in senso stretto, ossia dal nulla (*ex nihilo*): ma tali disquisizioni, con connesse preoccupazioni, spetterebbero ai teologi.

Resta il fatto che, oggi, quando i giuristi rinviano al principio super- e meta-giuridico di dignità umana, laicamente considerano impliciti – in quanto scontati – due caratteri da sempre intrinseci alla condizione umana: “fragilità” e “mortalità”, dati *ontologici* incontrovertibili ed elementi descrittivi presupposti nella stessa idea di dignità dell’uomo<sup>35</sup>. Invece, ove realmente si intendesse percorrere la strada (al momento quasi fantascientifica) indicata, ai molti significati legati al termine “concepito”, che lo rendono ancora sconosciuto, dovremmo aggiungere anche quello di “creato” non in senso teologico (*ex nihilo*), ma in senso bio-tecnologico (da materiale biologico).

La prospettiva è inquietante e gli scienziati sociali – in particolare filosofi e giuristi – hanno il diritto di domandarsi se la condizione umana, nei suoi tratti ontologici, non verrebbe definitivamente stravolta dalla tentazione del “superomismo” umanoide, che paradossalmente potrebbe rilevarsi (se non un’esperienza frustrante, perché forse impossibile), alla fine, comunque profondamente *disumanizzante*.

Nel quadro (ricordo: pressoché fantascientifico) testé delineato, la tradizionale accusa che i giuristi muovono ai teologi – da Alberico Gentili (1552-1608) a Carl Schmitt (1888-1985): «*silete theologi in munere alieno!*» – forse non regge più. Non regge, soprattutto, di fronte ad un uomo che – giocando creativamente con la vita prenatale – pretendesse pateticamente di scimmiettare Dio. Infatti, nell’ipotesi estrema e improbabile qui considerata, il *munere* non sarebbe più *alieno* (la distanza fra Dio e l’uomo riducendosi, fin quasi a sparire), sicché paradossalmente non solo ai teologi dovrebbe essere riconosciuto il diritto di parlare, ma anche – a mio parere – di essere ascoltati.

Ora, mettendo da parte i teologi, che le scoperte “scientifiche” condizionino il “diritto” è indubbio<sup>36</sup>. Ma a tutto c’è, o dovrebbe esserci, un *limite*. È stato, a mio avviso giustamente, rilevato che «il condizionamento tra le “altre” scienze e il diritto costituzionale è reciproco, ma non *simmetrico* [...non a caso...] il diritto costituzionale vivente ha elaborato i punti da considerare “fermi” sui concetti di

<sup>35</sup> La questione accennata è di rilevanza, oltre che giuridica, letteraria e filosofica immane. Segnalo solo due classici, in cui il punto indicato mi pare emerga maggiormente: A. MALRAUX, *La condizione umana* (1933), Milano-Roma, 2017, e H. ARENDT, *Vita activa. La condizione umana* (1958), Milano, 2001. La vulnerabilità è il dato caratteristico della condizione umana: per questo segnalo l’intero numero 2/2018 di *Ars Interpretandi*, dedicato all’affascinante tema “Vulnerabilità e interpretazione giudiziale”.

<sup>36</sup> Sia consentito rinviare al mio *Sulle tre forme di “legittimazione” (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo*, in A. D’ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, 569 ss. Sul punto v. ora A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018, con la bella recensione di A. MORELLI in *diritticomparati.it*, 1, 2019, 3 ss.

“corpo”, “identità personale” e di “integrità fisica e psichica” quali primi, basilari contrafforti della dignità umana»<sup>37</sup>. Tuttavia, *retro* si ricordava pure – di fronte a una ricerca avanzata ormai globale e non più appannaggio delle sole liberal-democrazie – le difficoltà ad effettuare idonei “controlli” e la naturale tendenza propria della scienza e della tecno-scienza a superare ogni “limite” (non “se”, ma “quando”: cfr. § 7). Questi rischi esistono e non vanno sottovalutati, ma nemmeno vanno sopravvalutati: per esempio, chi scrive riconosce senz’altro l’infondatezza del discutibile automatismo legato alla teoria del “piano inclinato” secondo cui, se semplicemente è “possibile” uno *sviluppo negativo*, o *involuzione*, della ricerca scientifica bioetica, vuol dire che “necessariamente” succederà. Quest’approccio teorico – sia consentita l’ironia – è una mera variante della legge di Murphy: “se qualcosa può andar male, andrà male”. Non è così: non sta scritto da nessuna parte, per intenderci, che il destino del “concepito” – in conseguenza dell’evoluzione/involuzione della scienza – è solo quello di diventare, da solo o con altre creature, un “serbatoio” per pezzi di ricambio dell’uomo.

È vero, invece, che tutto è affidato, come sempre, al buon senso e che, alla fine, tutto dipende da un esercizio *responsabile* della libertà umana.

Per questo, le scelte – e dunque i bilanciamenti sul piano *giuridico-costituzionale* – operate prima dal legislatore, poi dai giudici comuni e infine dalla Corte costituzionale sul “concepito” mai dovrebbero avallare giuridicamente un (presunto) progresso scientifico, quale che sia, se non si fosse del tutto “sicuri” che non ne discendano danni – per lui e per altri – non solo bio-etici, ma anche psicologici e sociali. In ciò, in fondo, risiede la necessità logica, prima che assiologica, del “principio di precauzione” (*primum: non nocere*), che – si riconoscerà – in fondo non è molto lontano da quello di “prudenza” (da cui *iuris-prudentia*).

<sup>37</sup> Così, saggiamente: C. SALAZAR, *Umano, troppo umano o no? Robot, androidi e cyborg nel mondo del diritto*, in *BioLaw Journal*, 1, 2014, 255 ss.