

In potenza o in atto? La Corte costituzionale e lo statuto normativo dell'embrione

Valeria Marzocco*

THE ITALIAN CONSTITUTIONAL COURT AND THE LEGAL STATUS OF THE EMBRYO

ABSTRACT: Who decides on Embryo? The Italian 'Rules Governing Assisted Fertilization' (L. 40/2004) allows clinical and experimental research on a human embryo only under the condition that therapeutic and diagnostic procedures are conducted to protect the health and development of the embryo itself, and excludes experimentation on embryos (art. 13 L. 40/2004). Recently, this article has been offered to the Italian Constitutional Court's consideration (C.C. 84/2016), under the lens of a balancing text between the freedom of research and the protection of human dignity. The legal and philosophical construction of what (or who) an embryo is, in its relation with human dignity, is very interesting to analyze. In this sense, the Italian Constitutional Court's judgment is crucial, because of the particular interpretation of the Aristotelian argument, often spent in this topic, but even for the boundaries that it poses between law and science in defining the theoretical and legal status of the embryo.

KEYWORDS: Embryo; Research; Human Dignity; Law and Science.

SOMMARIO: 1. Un'occasione mancata? La non (in)attesa pronuncia della Corte sull'art. 13 della Legge 40. – 2. «Un'entità che contiene in sé il principio della vita». Il corto circuito tra dignità e natura umana. – 3. A chi spetta definire l'embrione? La costruzione normativa del vivente tra diritto e scienza. – 4. In *potenza* o in *atto*? L'embrione nelle secche della natura umana.

1. Un'occasione mancata? La non (in)attesa pronuncia della Corte sull'art. 13 della Legge 40

Lo scorso marzo, difficilmente ci si sarebbe potuti attendere che la Corte siglasse un'altra pagina della tormentata storia giurisprudenziale che erode, da dodici anni, la Legge 40 in materia di procreazione medicalmente assistita¹. Per l'esame delle due questioni proposte alla

* Professoressa associata in Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II. Contributo su invito.

¹ Sarebbe difficile, con riguardo alla Legge 40/2004, dar conto dei molti contributi che, sin dalla sua emanazione, si sono assunti il carico di segnalarne contraddizioni e criticità. Ciononostante giova, in termini ricostruttivi, segnalare alcuni lavori che sono in grado ancor oggi, nella vasta letteratura che ha accompagnato e sollecitato la costruzione di un approccio critico alla Legge, di rendere chiaramente quale fosse la complessità della questione: in chiave di comparazione inter-ordinamentale (C. CASONATO, *Legge 40 e principio di non contraddizione: una valutazione d'impatto normativo*, in E. CAMASSA, C. CASONATO [a cura di], *La procreazione medicalmente assistita: luci ed ombre*, Trento, 2005, pp. 13-40), nei suoi immaginabili profili di illegittimità costituzionale (C. TRI-

Consulta, e soprattutto con riguardo alla pronuncia additiva sollecitata dall'ordinanza di rimessione del Tribunale di Firenze sul temperamento del divieto di sperimentazione sull'embrione², non era difficile ipotizzare entrambe le pronunce di inammissibilità. Prevedibile l'inammissibilità della questione di legittimità che verteva sull'art. 6 co. 1 della Legge, per la contraddittorietà del fatto dal quale originava la censura, che ne rendeva chiaramente inattuale e ipotetica la rilevanza nel giudizio ordinario. Altrettanto non inatteso, seppure di certo più complesso, l'analogo esito dell'esame sulla questione avanzata con riferimento all'art. 13 (co. 1, 2 e 3). Nonostante ciò, soprattutto questo punto, che chiamava la Consulta ad affrontare, seppure nel perimetro tracciato dall'incidente di costituzionalità, la sorte degli embrioni sovrannumerari e della loro destinazione alla ricerca scientifica, investiva i giudici di un mandato difficile e non aggirabile.

Sebbene infatti, per un verso, non fosse immaginabile che la Consulta intervenisse nel senso indicato da giudice rimettente sull'art. 13 della Legge³, la materia, per il grado stesso del giudizio di bilancia-

PODINA, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della legge n. 40 del 2004 recante "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*, in *Diritto pubblico*, 2004, pp. 501-548; P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici della Corte Costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2004, pp. 523-554), nella portata degli irragionevoli divieti in essa sanciti (V. POCAR, *La legge italiana sulla fecondazione assistita. Ovvero come e perché si violano i diritti delle cittadine e dei cittadini*, in *Sociologia del diritto*, 1/2004, pp. 5-12). Da allora ad oggi, sulla centrale e non sciolta questione dello statuto dell'embrione, cfr. F.D. BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, in *Rivista di diritto civile*, 4/2011, pp. 459-476.

² Facendo riferimento al fatto storico, dal quale originava la richiesta avanzata dalla parte di destinare alla ricerca scientifica embrioni malati prodotti nell'ambito del procedimento di procreazione medicalmente assistita, il giudice *a quo*, sulla base del presupposto del distinto (rispetto a C. Cost. 151/2009) conflitto per il quale si richiedeva alla Corte la verifica del parametro di ragionevolezza impiegato dal Legislatore, costruisce argomenti chiaramente proiettati nella direzione di una pronuncia additiva, volta a contemperare il divieto assoluto di cui fa parola la norma dell'art. 13: "A parere del giudicante (...) diversamente si prospetta, stante l'assetto dei valori e dei principi costituzionali, il divieto di utilizzare gli embrioni residuati da procedimenti di PMA – cioè gli embrioni malati, ovvero ancora non biopsiabili, dunque sicuramente non più impiegabili per fini procreativi e destinati perciò all'autodistruzione certa nel giro di qualche anno –, per impieghi alternativi e sicuramente meritevoli di tutela alla luce della Carta costituzionale quale, ad esempio, l'impiego per la ricerca scientifica in ambito medico e terapeutico". In questi termini, prevedendo l'art. 13 legge n. 40/2004, "un divieto assoluto di qualsiasi ricerca clinica o sperimentale che non sia finalizzato alla tutela dell'embrione stesso, non opera nessuna distinzione in proposito, traducendosi, a parere del giudicante, in un divieto privo di deroghe e temperamenti e quindi del tutto irragionevole, e perciò sicuramente in contrasto non solo con i richiamati principi sanciti dalla carta costituzionale (art. 9 e 32 Cost.), ma anche da Convenzioni internazionali (artt. 1, 5, 18 Conv. Oviedo sulle Biotecnologie)": Trib. Firenze, ord. 7/12/2012.

³ Non, probabilmente, dopo *Parrillo contro Italia*, che la Corte EDU decide nell'agosto del 2015. Una pronuncia dalla quale venivano una serie di cautele dal riconoscimento della legittimità del margine di apprezzamento esercitato dal legislatore italiano nella previsione del divieto di cui all'art. 13 della legge 40, espressione di una discrezionalità ritenuta "necessaria in una società democratica" e come tale compatibile con l'art. 8 della Convenzione. Sul 'vincolo' che da ciò potesse discenderne, alla luce dei rapporti tra giurisprudenza convenzionale e sindacato di costituzionalità interna dopo le sentenze 'gemelle' 349/2007, n. 348/2007, può essere opportuno, in termini ricostruttivi e generali, il rinvio a G. REPETTO, *L'effetto di vincolo delle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel diritto interno: dalla riserva di bilanciamento al 'doppio binario'*, in *Diritto pubblico*, 3/2014, pp. 1075-1120. Più ampiamente, sul ruolo della Convenzione come parametro interposto nei giudizi di costituzionalità all'indomani delle sentenze del 2007, con cui è riconosciuta alla Convenzione "una forza passiva superiore alle leggi ordinarie" che "senza elevarla al rango delle fonti costituzionali sul lato attivo" ha "importanti conseguenze in termini di bilanciamento dei valori e di possibilità di utilizzare il margine di apprezzamento

mento che era richiesto di operare, tra “la tutela dell’embrione” e “interesse alla ricerca scientifica finalizzata alla tutela della salute (individuale e collettiva)”⁴, richiedeva una costruzione teorica, alla quale la Corte in effetti non si sottrae nel suo iter argomentativo. Sotto questo profilo, *Parrillo contro Italia* offriva un quadro di indicazioni decisive. Per un verso, per la censura prospettata nell’ordinanza riguardante il parametro di ragionevolezza del bilanciamento operato dal legislatore tra la tutela dell’embrione e l’interesse alla ricerca scientifica, la Corte EDU tracciava una prospettazione frammentata del quadro europeo di regolazione sul tema (par. 177-179), quadro in cui del tutto legittima (perché non eccedente dal punto di vista della discrezionalità concessa al legislatore nazionale sulla particolare declinazione che la questione offre alla tutela della vita familiare e privata coperta dall’art. 8 della Carta EDU) era stata, ad avviso dei giudici di Strasburgo, la valutazione etico-normativa positivizzata dal legislatore italiano nella norma dell’art. 13 della Legge 40. Per altro verso, ancora più rilevante, è il perimetro sostanziale che *Parrillo contro Italia* aveva tracciato, su due punti cruciali, riguardanti la proiezione del diritto all’autodeterminazione della persona con riguardo all’embrione e la delimitazione in senso escludente del suo assorbimento all’interno di un paradigma proprietario. Il primo aspetto cadeva nella valutazione preliminare che incardinava il rilievo eccepito da Parrillo nella copertura assicurata dall’art. 8 della Carta EDU alla tutela della vita personale e del diritto all’autodeterminazione⁵, aspetti entrambi ritenuti inerenti alla domanda, posto in punto teorico il legame, riguardante l’identità biologica, delle questioni che si pongono con riguardo al diritto all’invocata autodeterminazione circa la loro sorte. L’altro riguardava il nodo, altrettanto decisivo, dell’asserita violazione dell’ambito di operatività del divieto di cui all’art. 13 della Legge italiana rispetto art. 1 del Protocollo della Carta EDU, su cui esclusivamente (e con esiti forse decisivi per l’esame giuridico del punto) si concentra la trattazione della Corte di Strasburgo, assumendo «non essere necessario affrontare la questione, delicata e controversa, dell’inizio della vita umana, l’art. 2 della Convenzione non essendo in causa nel caso specifico»⁶. Alla Corte costituzionale italiana, che attende il giudicato di Strasburgo, l’impostazione argomentativa di *Parrillo contro Italia* restituisce da entrambi i punti di vista un quadro gravido di implicazioni normative per lo statuto dell’embrione, che non è *persona*, iscrivendo la sua inerenza alla tutela della vita privata e personale solo con riguardo al progetto genitoriale procreativo, e non è *res* e come tale *bene*, ai sensi della fattispecie tu-

che la CEDU concede agli Stati”, cfr. M. CARTABIA, *L’universalità dei diritti umani nell’età dei «nuovi diritti»*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2009, pp. 537-568.

⁴ C. Cost., sent. n. 84/2016.

⁵ Vagliando l’ambito di copertura della doglianza avanzata da Parrillo ai sensi dell’art. 8 della Convenzione, la Corte (par. 153), osserva che “secondo la sua giurisprudenza, il concetto di ‘vita privata’ di cui all’articolo 8 della Convenzione è ampio, non può essere definito in modo esaustivo e comprende, tra l’altro, il diritto all’autodeterminazione (...). Tale concetto comprende anche il diritto al rispetto della decisione di diventare genitore o di non diventarlo (...)", ritenendo, da ciò “che la possibilità per la ricorrente di esercitare una scelta consapevole e meditata sul destino dei suoi embrioni concerne un aspetto intimo della sua vita personale e riguarda conseguentemente il suo diritto all’autodeterminazione. Nel caso di specie è pertanto applicabile l’articolo 8 della Convenzione, dal punto di vista del diritto al rispetto della vita privata” (par. 159): Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Grande Camera, *Parrillo contro Italia*, Ricorso n. 46470/11, 2015).

⁶ Su questo punto, per un approccio critico, cfr. V. ZAGREBELSKY, “*Parrillo c. Italia*”. *Il destino degli embrioni congelati tra Convenzione europea dei diritti umani e Costituzione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 3, 2015, pp. 609-615.

telata dalla norma dell'art. 1 del Protocollo EDU, in ragione della "portata economica e patrimoniale di tale articolo"⁷. In entrambi i profili, sebbene non fosse in questione, perché espressamente esclusa dal ragionamento, la domanda sul se l'embrione potesse o meno considerarsi titolare di un diritto alla vita ai sensi dell'art. 2 della Convenzione, i giudici di Strasburgo lasciavano precipitare implicitamente proprio su questo punto alcuni dei principali nodi che transitano nel giudizio della Consulta. Che l'embrione sia in effetti declinazione della 'vita umana' è la premessa normativa non esplicitata al ragionamento della Corte di Strasburgo, sia allora che è ancorata al progetto genitoriale l'area entro la quale è legittimo l'esercizio del diritto all'autodeterminazione della persona, sia sul punto dell'esclusione di una sua interpretabilità come bene, che lo sottrae ad un paradigma proprietario idoneo a ridurre lo statuto nei termini di mera *res*. Si tratta di una premessa che giustifica il *favor dignitatis* di cui l'embrione è beneficiario, ma che lascia aperta la domanda su quanto stretti siano gli spazi offerti all'interprete per perimetrarne i confini. A quale livello è dato chiudere il circuito tra dignità umana e diritto alla vita, nella declinazione che di essa offre l'embrione? Si tratta di un circuito dato per reciprocamente valido per assioma, o va discusso, quand'anche assumendosi il carico morale di una "scelta tragica" che esso può comportare, soprattutto lì dove quel diritto alla vita appare messo in questione proprio dall'esclusione di una destinazione al progetto genitoriale?

Chiamata a vagliare il parametro di ragionevolezza del bilanciamento operato dal legislatore sulla norma dell'art. 13 della Legge 40, la Corte torna sul fondamento della dignità dell'embrione (che già in Cort. Cost. 96/2015 aveva indicato come valore di rilievo costituzionale, ancorato all'art. 2 della Carta fondamentale), in un giudizio in cui il circuito di reciproca implicazione tra questa e il diritto alla vita, della cui natura esso è partecipe, si offre in tutta la sua criticità. Ma se sul tema degli embrioni sovranumerari non impiantabili (dacché affetti da anomalia genetica) si sarebbe trattato, inevitabilmente, di tornare sul "potenziale di vita" di cui l'embrione è portatore nel ragionamento condotto dalla Corte di Strasburgo, la Consulta sceglie di non farlo, aderendo a quello stesso modello normativo che la Corte EDU aveva offerto per lo statuto dell'embrione, non problematizzandone il significato iscritto nel collegamento potenziale alla vita umana, lasciandone inevase le criticità sotto il profilo teorico e pratico.

2. «Un'entità che contiene in sé il principio della vita». Il corto circuito tra dignità e natura umana

Nel giudizio che la Corte era chiamata a esprimere sul parametro del bilanciamento cristallizzato dal Legislatore nella norma dell'art. 13 della Legge 40, lo statuto dell'embrione entra in campo in termini cruciali, incrociando la questione che più criticamente lo connota, il tema dell'inizio della vita umana e della definizione che il diritto e la scienza si contendono nel rivendicare per sé l'esercizio di una funzione normativa su di esso. In questi termini, la pronuncia segna una pagina, forse tra le più delicate, del processo di definizione dei rapporti tra giudizio normativo e conoscenza scientifica da tempo incardinato presso le Corti, sia a livello della giurisdizione nazionale⁸ che convenzionale⁹.

⁷ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, *Parrillo contro Italia*, par. 214.

⁸ Su ciò, per una ricostruzione del paradigma emergente in seno alla giurisprudenza della Corte Costituzionale in ordine al ruolo da assegnare alle acquisizioni tecnico scientifiche, ma anche all'individuazione, che passa at-

Considerando i due principali modelli in cui questo processo si è offerto, il giudizio della Corte mentre partecipa di un parametro consolidato presso la sua stessa giurisprudenza, e che si pone in continuità con il medesimo assetto dei rapporti tra diritto e scienza emersi in *Parrillo contro Italia*, traccia per converso una distanza con il diverso e più articolato quadro che la Corte di Giustizia ha offerto, proprio con riguardo al collegamento tra dignità umana e diritto alla vita dell'embrione¹⁰.

Nel quadro definito dell'evoluzione scientifica e tecnologica, ma anche del "conflitto, in ordine alla cui soluzione i giuristi, gli scienziati e la stessa società civile sono profondamente divisi", la questione dello statuto dell'embrione umano segna una pagina giuridicamente complessa proprio sotto il profilo della definizione del suo legame con le categorie del linguaggio giuridico, tra *res* e *persona*. Per altro verso, la rappresentazione del dilemma che l'embrione pone al giurista è al cuore di quella ridefinizione dei rapporti tra diritto e morale che il costituzionalismo contemporaneo problematizza, fondando su di essa ragioni e criticità del giudizio di bilanciamento come tecnica di interpretazione che non può più fare a meno della dimensione argomentativa e giustificativa in più modi affini al discorso pratico della morale¹¹. In questi termini, argomentare per principi, quando la questione è quella della sfida linguistica e concettuale che le nuove soggettività pongono al quadro della regolazione giuridica, significa portare all'interno del discorso giuridico non solo le diverse opzioni filosofico-morali che si fronteggiano, ma anche i conflitti che, stante la struttura aperta dei principi, si pongono nel processo della loro interpretazione. Per lo statuto dell'embrione, ciò impone di tener conto di un quadro frammentato e non veritativo sotto il profilo morale, per la divaricazione che da ciascu-

traverso di esse in termini di regole tecniche offerte da una comunità di *expertise* scientifiche, da considerarsi "alla stregua di una fonte extra-giuridica di norme giuridiche", cfr. S. PENASA, *La «ragionevolezza scientifica» delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2009, pp. 817-841. Più ampiamente, argomentando a partire dalla esperienza giuridica statunitense, cfr. R. BIN, *Sussidiarietà, privacy e libertà della scienza: profili costituzionali della procreazione assistita*, in E. CAMASSA E C. CASONATO (a cura di), *La nuova disciplina della procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, cit., pp. 41-62.

⁹ Su ciò, particolarmente indicativo, anche per il diretto interesse che esso mostra nel costituirsi come paradigma di costruzione, attraverso la scienza, di una possibile definizione dell'embrione, sulla base della sua idoneità a *divenire* persona, è il caso *Brüstle* vicenda decisa tra il 2011 e il 2014, dalla Corte di Giustizia Europea (*Brüstle v. Greenpeace*, 2011 [Case C-34/10] e *International Stem Cell Corporation v. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, 2014 [Case C-364/13]): su ciò, con riguardo alle problematicità che si prefiguravano alla vigilia del secondo intervento della Corte di Lussemburgo, cfr. S. PENASA, *Opening the Pandora box: la Corte di giustizia nuovamente di fronte alla definizione di «embrione umano»*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2013, pp. 653-655.

¹⁰ Si tratta di un punto cruciale, con riguardo al quale non può non ricordarsi la posizione espressa da Jürgen Habermas che, pure muovendosi all'interno di un paradigma di protezione dell'embrione sia da pratiche diagnostiche che di sperimentazione, in ragione "della indisponibilità della vita umana prepersonale", costruisce un argomento che ne giustifica la meritevolezza sul piano morale senza "estendere l'argomento della 'dignità dell'uomo' fino ad includervi 'gli inizi' della vita umana": cfr. J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Torino, 2010, *Poscritto*, p. 79 e p. 67. Per una discussione critica di questa posizione habermasiana, consapevole di una lettura che, complessivamente, deve riferirsi alla sua teoria dell'agire comunicativo, cfr. V. FRANCO, *Bioetica e procreazione assistita. Le politiche della vita tra libertà e responsabilità*, Roma, 2005, pp. 32 ss.

¹¹ Ciò implica una nuova e integrata verifica del postulato della validità all'interno del ragionamento giuridico, che accoglie, come *species* del discorso pratico morale, il canone della giustificabilità razionale delle decisioni; su ciò, in termini generali, per il grado di connessione che ne deriva tra diritto e morale, cfr. R. ALEXI, *Concetto e validità del diritto*, Torino 1997.

na delle distinte concezioni offre “per il profilo della tutela (debole o forte) ad esso dovuta in ragione e in misura del (più o meno ampio) grado di soggettività e di dignità antropologica che gli venga riconosciuto”¹².

Se non fosse che è proprio la non adeguata considerazione di questa pluralità ad esser il *punctum dolens* più evidente e drammatico della regolazione che il legislazione italiano statuiva per la procreazione medicalmente assistita. Dinanzi ad un quadro così fortemente orientato nella sua ispirazione personalistica, come quello offerto dall’impianto complessivo della Legge 40, al punto da palesare, sin dal principio, i profili di estrema criticità che hanno condotto, nel 2015, alle sentenze 96 e 225, non è così certamente per la prima volta che la Corte si trovi a entrare normativamente sullo statuto dell’embrione. E alla giurisprudenza appena citata, in effetti la Consulta rinvia, non solo sul punto della dignità dell’embrione che Cort. Cost. 96/2015 aveva ancorato, come valore di rilievo costituzionale, all’art. 2 della Carta fondamentale, ma anche su quella declinazione ontologica che, nel respingere la questione di legittimità della condotta di soppressione di embrioni (ancorché malati) Cort. Cost. 229/2015 aveva offerto, nel porre quel principio della sua dignità come non passibile di essere affievolito dalla condizione della loro impiantabilità in ragione di malformazioni o anomalie genetiche. È del tutto chiaro che, nell’inedito giudizio di bilanciamento che la Corte ha dinanzi (non più tra la dignità dell’embrione e il diritto alla salute materna, ma tra quella e l’interesse solidaristico allo sviluppo della conoscenza scientifica), rinviare a quel passaggio della sentenza 229/2015, nella definizione ontologica e statica che ne connetteva il collegamento con il diritto alla vita, assuma un tutt’affatto diverso significato. Nonostante plurali siano le opzioni che, sotto il profilo morale e filosofico, si diano sullo statuto dell’embrione, è difficile non notare che, in continuità e coerenza con i suoi precedenti giudicati, la Corte sull’embrione abbia idee molto chiare. Si tratta di un’entità che contiene in sé il principio della vita e, indipendentemente dalla concreta possibilità che essa si sviluppi, nel caso di specie perché incompatibile con la vita, l’embrione è vita perché partecipa della sua natura, *tamquam esset*. Si tratta di un’entità morale e giuridica che certamente cede, nell’individuazione del parametro di bilanciamento ragionevole, dinanzi alla tutela della salute della donna (Cort. Cost. 96/2015), ma non è lesa né allora che sia in questione la loro soppressione (Cort. Cost. 225/2015), né, oggi, quando di essi si intenda prospettare una destinazione solidaristica per le esigenze della libertà di ricerca scientifica.

Come per i giudici di Strasburgo, anche per la Corte italiana, la questione dell’inizio della vita umana e del grado del suo collegamento con la dignità dell’embrione è una questione che non va discussa, sulla scorta di una strategia argomentativa che, per un verso, ne fa una questione scientifica (sulla quale, allo stato troppo divergenti e incerte sono le evidenze che ne vengono restituite), per altro ne assume un fortissimo connotato ontologico, racchiuso in una definizione suggestiva, ma non giustificata nella sua determinazione, di ‘potenza di vita’. Nonostante sia caduto, nella lunga e tormentata storia della riscrittura, per mano della giurisprudenza della suprema Corte, il rigido ancoramento personalistico al quale la Legge 40 marcava l’intero suo impianto¹³, l’embrione sembra essere ancora,

¹² C. Cost., sent. n. 84/2016.

¹³ Sulla costruzione di uno statuto dei “diritti dell’embrione” che ne fa, nell’impianto della Legge, «un soggetto anomalo, singolare, e tutelato in modo del tutto sproporzionato rispetto ad altri soggetti», cfr. G. ALPA, *Lo statuto dell’embrione tra libertà, responsabilità, divieti*, in *Sociologia del diritto*, 1, 2004, p. 40. Su ciò, cfr. altresì, in

sul piano simbolico prima ancora che categoriale, tenuto in una dimensione di intangibilità quasi metafisica. Eppure, la palese irragionevolezza prospettata dal giudice di Firenze, così vicina all'eccezione formulata da Parrillo dinanzi alla Corte di Strasburgo, chiede di essere presa ancora in considerazione, sul piano squisitamente teorico-giuridico, oltre che su quello meramente pratico. E risiede esattamente nella necessità di considerare seriamente il paradosso in cui versa la condizione degli embrioni sovranumerari, tutelati a tal punto da esser lasciati in una condizione di giacenza *sine die*.

Dal punto teorico, Corte Cost. 84/2016, percorrendo un iter che in parte deriva dalla sua precedente giurisprudenza, in parte è il medesimo che aveva fatto ritenere alla Corte EDU che la donazione degli embrioni alle esigenze della ricerca scientifica non fosse coperta dalla tutela di cui all'art. 1 del Protocollo EDU, perché non rientrante nella fattispecie normata dal principio *de quo* riferibile ai solo beni, argomenta sulla drammatica criticità che sotto il profilo dommatico l'embrione pone, tra *res* e *persona*.

L'embrione non è *res*, ovvero non è da considerarsi mero materiale biologico, per quel suo collegamento inerente alla vita di cui esso è portatore, seppure solo in potenza. Ma del tutto evidente è che l'embrione non sia neanche *persona*, non potendo ciò affermarsi né in termini filosofico-morali – a meno che non si palesi la prospettiva filosofico-morale di stampo personalistico che si sta scegliendo di privilegiare, che però non vanta alcuna primazia sulle altre, essendo, come ricorda la Corte, plurali le opzioni che possono aversi sul punto, – né tanto in punto teorico-giuridico, e ciò *a fortiori* alla luce della sentenze 96 e 225 del 2015. Più che *in limine* tra *res* e *persona*, l'embrione è in Corte Cost. 84/2016, come in *Parrillo contro Italia*, principio intangibile, come lo è la vita che per definizione esso custodisce. Se tuttavia, in *Parrillo contro Italia*, si ammetteva in linea di principio che l'embrione partecipasse del patrimonio biologico della persona e della sua identità, seppure nel caso prospettato tale profilo sia stato ritenuto non inerente ad alcun “particularly important aspect of the applicant's existence and identity”¹⁴, la Corte italiana non tocca questo aspetto. L'embrione non impiantabile, in virtù dell'ontologica definizione che ne viene offerta, come entità che contiene in sé il principio della vita, non è né *res* (e come tale non oggetto di atti di disposizione di cui la donazione è tipologia), né *persona* (nel senso di entità che partecipa della identità personale di chi lo ha generato). L'individuazione del parametro di ragionevolezza utile a bilanciare tra tutela della dignità dell'embrione e interesse alla ricerca scientifica rinvia, come la Corte rimarca opportunamente, ad un vaglio “gravido di implicazioni etiche oltreché giuridiche, tra il diritto della scienza (e i vantaggi della ricerca ad esso collegati) e il diritto dell'embrione”. Implicazioni destinate, allo stato, a restare escluse proprio al vaglio di un parametro di ragionevolezza che si ritrova di fatto paralizzato dalla definizione normativa dell'embrione il cui valore risiede in un legame che si sceglie di non esplicitare, nel senso indicato da tutti i possibili argomenti in campo, tra la sua tutela della sua dignità e il diritto alla vita alla cui natura esso partecipa.

una sorta di bilancio provvisorio che tiene per fermo il nodo della soggettività dell'embrione come autentico *punctum dolens* della regolazione italiana, al netto delle già intervenute pronunce di incostituzionalità, F.D. BUNNELLI, *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, cit.

¹⁴ Corte Europea dei Diritti Umani, *Parrillo contro Italia*, par. 174.

3. A chi spetta definire l'embrione? La costruzione normativa del vivente tra diritto e scienza

Le sfide poste dalle biotecnologie alla scienza del diritto riguardano dilemmi inediti, sia sotto il profilo dello stress linguistico e concettuale portato dalle rivendicazioni di soggettività morali che non coincidono con quella giuridica¹⁵, che con riguardo alla ridefinizione di fatti che il giurista annoverava tradizionalmente come fatti naturali, come l'inizio e la fine della vita¹⁶.

Nel lungo e tormentato itinerario che ha contraddistinto la Legge 40, la questione dello statuto dell'embrione tiene in sé tutti e ciascuno di questi problemi ed è stata elemento centrale e senz'altro fortemente divisivo. A distanza di dodici anni dall'entrata in vigore della legge, non vi è dubbio che il quadro di quel che ne resta radicalizzi inevitabilmente questo dilemma¹⁷, anche e soprattutto in ragione delle pronunce di illegittimità che hanno modificato il suo impianto originario. Su questo punto, particolarmente significativa è stata la sentenza 229/2015, con cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità degli artt. 13 co. 4 lett. B) e 4 "nella parte in cui contempla come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa sia esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili" e "rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 [...], accertate da apposite strutture pubbliche"¹⁸. È un punto decisivo, che aprendo definitivamente alla possibilità di effettuare una indagine diagnostica sull'embrione che consente alla coppia, nei limiti dati dalla legge, di procedere ad autorizzare il trasferimento in utero dei soli embrioni 'sani', pone la questione della sorte di quelli esclusi dalla selezione pre-impianto. La produzione di embrioni svilup-

¹⁵ In questi termini, entra nel dibattito giuridico e costituzionale italiano, una distinzione che difficilmente può rendersi in termini linguistici e che appartiene alla filosofia morale e giuridica angloamericana, tra *moral rights* and *legal rights* (a cui è strettamente connessa quella tra *moral* and *legal subjects*). Si tratta di un canone che sovranegeggia, non solo lì dove, come nel caso dell'embrione, ci si trova a dover individuare nuove soluzioni, affannandosi talvolta a recuperare categorie ibride (valga su tutte, la discussione sull'appartenenza che, sul tema del corpo e della sua ambigua collocazione tra proprietà e personalità, conduce parte della civilistica italiana: su ciò, mi sia concesso di rinviare a V. MARZOCCO, *Dominium sui. Il corpo tra proprietà e personalità*, Napoli 2012). Su ciò, per la discussione giusfilosofica, cfr. su tutti, R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 2010.

¹⁶ In questi termini, per una discussione che si incardinava, significativamente, nell'ambito delle giornate organizzate dall'Accademia dei Lincei, nel 1982, su "Il diritto e la vita materiale", cfr. G. OPPO, *L'inizio della vita umana*, in *Rivista di diritto civile*, I, 1982, pp. 499-529. Rileggendo questo tema alla luce della Legge 40, nel senso di un contributo offerto dalle biotecnologie nel "segmentare" diversamente e in termini inediti "la creatura umana", cfr. F. D. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, in *Rivista di diritto civile*, I, 2004, pp. 533-568.

¹⁷ È soprattutto a seguito della caduta del divieto di cui all'art. 14, commi 2 e 3, della legge n. 40/2004, che prevedeva originariamente la creazione di un numero limitato di embrioni (un massimo di tre) e l'obbligo di impiantarli contemporaneamente, proibendo la crioconservazione degli embrioni soprannumerari, che la Corte ha posto parte delle premesse di un dilemma, quello dello statuto dell'embrione, che si è progressivamente radicalizzato proprio man mano che cadevano i divieti e le loro irragionevolezza: su ciò, cfr. F.D. BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, cit.

¹⁸ Si tratta di un punto che segnalava i medesimi profili di incoerenza sistematica censurati nel giudizio *Costa e Pavan contro Italia*, in cui la II sezione della Corte EDU era intervenuta a rilevare l'incoerenza della legislazione italiana in materia, che mentre vietava, con la Legge 40/2004 la diagnosi pre-impianto, permetteva per altro verso alla ricorrente di abortire un feto che sarebbe nato affetto da malattia: Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, II Sez. *Costa e Pavan contro Italia*, 2012).

patisi in numero maggiore rispetto a quelli trasferiti in utero, pone problemi su più livelli, non necessariamente connessi agli esiti della diagnosi pre-impianto. Ma di certo, è allo stato la questione centrale, in cui quel potenziale di vita è in effetti escluso dal dato per cui essi non sono stati selezionati perché portatori di anomalie genetiche.

Per gli uni e per gli altri, embrioni sovrannumerari, prodotti e non impiantati nel procedimento della fecondazione (in stadio pre-blastocistico o blastocistico), ovvero prodotti e non selezionati per l'impianto, perché affetti da anomalie genetiche, la sorte è la medesima, la crioconservazione *sine die*. Un paradosso del quale la fondazione ontologica della dignità dell'embrione sul valore che esso esprime della vita umana non contribuisce in alcun modo a sciogliere il nodo, rimarcando l'irragionevolezza di una tutela tanto forte da tradursi in una paralisi dell'azione. Nulla muta, all'indomani della sentenza della Corte Costituzionale 84/2016 per il destino di questi embrioni, restando ferma una condizione che una delle opinioni separate di *Parrillo contro Italia* aveva bene rappresentato avere il suo cuore in una aspirazione a tutelare "un potenziale di vita", che talvolta non potrà mai concretizzarsi, sacrificando, di fatto "l'interesse a prevenire, mediante la ricerca scientifica, l'effettiva sofferenza umana"¹⁹.

Il fatto che questo paradosso stia ancora in piedi, rende ancora oggi necessario interrogarsi sull'orizzonte normativo in cui più generale esso si iscrive, che riguarda il rapporto tra diritto e scienza nella diversa interpretazione che in questi anni la giurisprudenza delle Corti nazionali e convenzionali hanno offerto sul ruolo che l'uno e l'altra rivendicano sulla definizione del vivente. Di questa delimitazione di confini, la sentenza della Corte partecipa proprio a partire dalle premesse che chiudono, irrigidendolo, lo statuto dell'embrione e della sua dignità sulla potenza di vita che esso esprime. Restando, allo stato, incerta la possibilità di determinare, sotto il profilo scientifico, la potenza di vita che l'embrione custodisce, lo sforzo teorico, di cui Cort. Cost. 84/2016 è espressione, diventa ontologico, lì dove prende atto che la domanda implicitamente affidata alla scienza resta inevasa: ci si riferisce, come rilevato il Comitato nazionale per la Bioetica italiano (CNB)²⁰, alla definizione possibile di un'essenza, l'embrione, per la quale il diritto non ha categorie, perché il suo linguaggio affanna (è un *chi*, o un *cosa*, *res* o *persona*?). Su questo punto, tuttavia, l'adozione di una determinazione assiomatica, che non problematizza i termini in cui quella *potenza*, "entità che contiene in sé il principio della vita" è in grado (per le scelte operate da chi è persona o per la necessità naturale imposta da anomalie genetiche) tradursi nel suo *atto*, ovvero l'individuo umano, lascia intatti elementi di criticità notevoli, sia sotto il profilo teorico, che pratico. Se il linguaggio giuridico e le sue categorie affannano, non è il piano del discorso morale pratico a soccorrere, quanto piuttosto quello classico del discorso filosofico sulla natura, con tutte le sue insidie e le sue ambiguità²¹. È quest'ultimo quello che offre le categorie, come campo normativo, più ancora che argomentativo, in grado di poter occupare quello spazio lasciato vuoto da una scienza ancora troppo incerta sull'affidamento che il diritto le conferisce a definire cosa è vita umana. Considerata nella sua ampiezza, questa definizione assoluta di valore

¹⁹ Su ciò, Corte Europea dei Diritti dell'uomo, *Parrillo contro Italia*, *Opinione dissenziente del Giudice Sajò*.

²⁰ Comitato Nazionale per la Bioetica, *Parere sul destino degli embrioni derivanti da PMA e non impiantabili*, 2007.

²¹ Su ciò, ancora valida è la approfondita disamina che dell'argomento 'natura', per eccellenza ambiguo e fallace, offriva Hans Welzel: H. WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale*, Milano, 1965.

non solo non si confronta con *i valori*²², ma finisce per scontare la complessità del patrimonio filosofico di cui è portatrice²³. Per altro verso, sotto il profilo della costruzione del ragionamento giuridico della Corte, una tale definizione normativa, fondata sulla presunzione (fino a prova scientifica contraria) di un'equivalenza data per assunta dell'embrione con il valore della vita umana, lo colloca una dimensione di exteriorità all'identità personale e al principio di autodeterminazione esercitato al di fuori del progetto genitoriale.

Nella costruzione argomentativa sia della Corte EDU che della Corte costituzionale italiana, a questa definizione sarebbe allo stato impossibile sottrarsi, nella incertezza di un sapere scientifico che non fornisce una risposta alla domanda sul quando la vita cominci. Nonostante ciò, se il diritto non è la natura, come Kelsen ci ha insegnato, una tale incertezza si colloca su di un piano che è distinto e deve distinguersi dalla prospettiva normativa posta dalla qualificazione giuridica, che seleziona e fissa il significato giuridico della norma²⁴. Per lo statuto dell'embrione ciò significa che il legislatore, al quale Corte Cost. 84/2016 rinvia la valutazione dilemmatica delle scelte morali implicate dai nuovi scenari ridisegnati dalle biotecnologie, debba assumere in tutta la sua portata questa sfida, intendendo il *quando* dell'inizio della vita non già come questione ontologica, ma *in funzione* della giustificazione del ragionevole temperamento di esigenze in contrasto, ancor più quando queste non siano entrambe abbiano l'essere umano nel proprio orizzonte²⁵.

Alla luce di queste criticità, un utile laboratorio di riflessione viene senz'altro dalla recente giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, che ha messo a fuoco una possibile determinazione del 'principio di vita' di cui è portatore l'embrione sulla base di una relazione dinamica e non predefinita con il sapere scientifico. Su questo fronte, che è quello del mercato e della questione della brevettabilità del vivente, lo sforzo interpretativo della Corte di Giustizia europea mostra in effetti elementi d'interesse non marginali. Chiamata a interpretare il divieto di brevettabilità dell'embrione posta

²² In questi termini, torna la forza dell'argomento schmittiano sulla portata sostanzialistica e 'tirannica' del discorso sui valori: "parlare di valori e il pensare per valori" non è altra cosa che porsi al livello di "un eterno conflitto dei valori e delle divisioni del mondo, una guerra di tutti contro tutti, un perpetuo *bellum omnium contra omnes* al cui confronto il vecchio *bellum omnium contra omnes* e persino l'atroce stato di natura della filosofia politica di Thomas Hobbes sono autentici idilli": C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Milano 2008, p. 50.

²³ Non vi è modo di non vedere il legame che connette l'utilizzo di queste formule definitorie per lo statuto dell'embrione – 'principio di vita', 'potenza di vita' – con la filosofia aristotelica e la sua concezione teleologica della natura: su ciò, cfr. M. RECHLIN, *The Argument from Potential: a Reappraisal*, in *Bioethics*, 11, 1997, pp. 1-23.

²⁴ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 2000.

²⁵ D'altronde, che vi sia una varietà di posizioni sul punto, si evince dalla diversità delle legislazioni nazionali: a mero titolo esemplificativo può osservarsi come solo già nel contesto europeo le definizioni e le tutele offerte al "prodotto del concepimento" possano essere diametralmente opposte. In Spagna la *Ley 14/2006 sobre técnica de reproducción humana asistada* e la *Ley 14/2007 de investigación biomédica* demarcano una netta distinzione, quanto alla tutela offerta, tra il pre-embrione (gruppo di cellule risultanti dalla divisione progressiva dell'ovulo dalla sua fecondazione fino al quattordicesimo giorno) e l'embrione (dall'impianto in utero fino all'organogenesi), mentre nel Regno Unito, che è tra gli Stati che offre una più ampia possibilità di intervento per finalità di ricerca scientifica sugli embrioni, ai sensi dello *Human Fertilisation and Embriology Act* del 1990, come modificato nel 2008, è considerato embrione umano l'ovulo in corso di fecondazione o soggetto ad altro procedimento idoneo a produrre un embrione. Particolarmente, sull'esperienza spagnola, in chiave comparata, cfr. L. CHIEFFI, *Un confronto italo/spagnolo sulle "questioni di inizio vita": ipotesi di contaminazione tra modelli di regolazione giuridica*, in *Revista brasileira de direito constitucional*, 23/2015, pp. 63-71.

dall'art. 6 II co. lett. C della direttiva 98/44, la Corte di Lussemburgo si è trovata a ridefinire la nozione ampia di embrione di *Brüstle c. Greenpeace* del 2011, in base alla quale fosse da "considerarsi embrione umano l'ovulo umano non fecondato in cui sia stato impiantato il nucleo di una cellula umana matura e l'ovulo umano non fecondato indotto a dividersi e a svilupparsi attraverso la partenogenesi", attestandosi su di una determinazione finalistica più restrittiva, fondata su di un distinto e più complesso riferimento alle acquisizioni offerte dalla conoscenza scientifica. Richiamati dalla *High Court* britannica a determinare il principio finalistico offerto in *Brüstle c. Greenpeace*²⁶, i giudici di Lussemburgo chiarivano che allorquando, secondo le conoscenze della scienza, un ovulo non fecondato, indotto a svilupparsi, non possa evolversi in un individuo, in difetto di talune componenti genetiche necessarie, esclusi ulteriori interventi di ingegneria genetica, non sia possibile considerarlo in termini di embrione umano. Non è sufficiente, per potersi accordare la tutela conseguente allo statuto di embrione, che siffatto organismo sia "tale da dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano", dovendo esso "necessariamente avere la capacità intrinseca di svilupparsi in essere umano"²⁷.

Già offerta, nel caso *Brüstle c. Greenpeace* come necessaria premessa alla quale affidare l'orientamento da accordarsi al giudizio di bilanciamento posto tra gli obiettivi della direttiva, tra la libertà di ricerca scientifica e la tutela della persona umana e della sua dignità, la questione teorica dello statuto dell'embrione tornava, nel 2014, in un diverso e più pregnante ruolo affidato alla scienza nella determinazione delle condizioni stesse di questo bilanciamento. Nel registro di una medesima visione teleologica della natura umana, il pendolo della qualificazione di embrione si sposta nel senso della sua concreta "inherent" capacità di svilupparsi in individuo: non il solo collocarsi in una linea di sviluppo possibile, "commencing", quanto bensì la idoneità allo sviluppo concreto "developing" della vita individuale ne connota lo statuto, in una interpretazione normativa del meritevole di tutela che, per un verso, declina in termini ristretti il concetto di embrione sulla base della conoscenza scientifica, per l'altro segnala la primazia del momento giurisprudenziale e del fatto nel processo di acquisizione e consolidamento degli stadi di evoluzione tecnico-scientifica.

4. In potenza o in atto? L'embrione nelle secche della natura umana

Qualche anno fa, appena approvata la legge 40/2004, Guido Alpa poneva una questione che, a dodici anni di distanza, appare ancora dirimente alla luce degli scenari paradossali che il rapporto tra diritto e scienza ha aperto sullo statuto dell'embrione. In una fase del dibattito in cui riecheggiava ancora l'opportunità di legiferare in una materia che avrebbe comportato una scelta di campo in ordine a quello che a tutti gli effetti era da considerarsi un *prius* logico, la definizione normativa dello statuto dell'embrione, l'attenzione cui egli richiamava gli interpreti verteva su due punti: la difficoltà del linguaggio del diritto a farsene carico e la complessità del rapporto tra vita umana e persona che esso di necessità andava ponendo²⁸.

²⁶ Su ciò, cfr. *supra*, nt. 9.

²⁷ Corte di Giustizia Unione Europea, Grande Sez., 18 dicembre 2014, n. 364, *International Stem Cell Corporation v. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, caso C-364/13.

²⁸ G. ALPA, *Lo statuto dell'embrione tra libertà, responsabilità, divieti*, cit.

Definire l'embrione attraverso la costruzione di un circuito tra la sua dignità e la vita umana di cui esso è portatore, seppure sulla scorta delle incertezze del dato scientifico, significa cascare nel paradosso della natura umana. Come che lo si intenda, in termini ontologici o teleologici, l'argomento definitorio che prova a categorizzare l'embrione facendo leva sulla natura umana è fallace. Lo è quando il modello è ontologico – l'embrione è "principio" o "potenza", custodendone la natura in termini metafisici – perché inevitabilmente, proprio nel dichiarare una sua evidente affinità con l'eredità del pensiero giusnaturalistico aristotelico, finisce con il declinarne le principali sollecitazioni in termini critici proprio rispetto a quel paradigma, fermandone l'identità dello statuto ontologico come potenza che prevale rispetto al suo atto correlativo, ovvero l'individuo umano. Lo è, non di meno, allora che, seppure in termini di una più elastica e dinamica relazione tra potenza (embrione) e atto (individuo umano) si fa leva su di un principio finalistico, affidando però alla scienza il compito di definirne i margini, e non uscendo così da un paradigma naturalistico.

Natura come dato *ontologico* o *essere in divenire* (per il cui accertamento è dato mandato alla scienza), l'embrione cade in entrambi i casi nelle secche di un canone naturalistico che finisce con l'estromettere non solo la ragione giuridica ma lo stesso discorso pratico morale, alla cui funzione argomentativa pure gran parte del costituzionalismo contemporaneo affida il cuore della funzione e dei parametri del bilanciamento. Il nodo del paradosso che ancora oggi, all'indomani della sentenza della Corte resta insoluto, va affrontato da qui ed è, in questo senso, nient'altro che l'eterno ritorno, nel discorso dei giuristi, della natura e delle ambiguità in cui incorre ogni tentativo di offrirne una definizione.