

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2011

ESTRATTO



Edizioni ETS

LUCIANO EUSEBI

BENI GIURIDICI E GENERAZIONE DELLA VITA.
NOTE ALLA LUCE DI ALCUNE VICENDE GIUDIZIARIE EUROPEE

SOMMARIO: 1. *Statuto dell'embrione umano e Corte di giustizia dell'Unione Europea (Grande Chambre) 18 ottobre 2011.* – 2. (segue) *La sequenza unitaria della vita individuale: riflessi costituzionali.* – 3. (segue) *Una serie di problemi aperti.* – 4. *Criteri della generazione umana e Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Chambre) 3 novembre 2011.*

1. *Statuto dell'embrione umano e Corte di giustizia dell'Unione Europea (Grande Chambre) 18 ottobre 2011*

Se si apre la pagina web di Greenpeace Deutschland e, tra i temi di interesse, si sceglie la voce *Patenten* (brevetti) può constatarsi l'impegno di quella organizzazione nel contrastare la possibilità di acquisire brevetti sulla vita (*Patenten auf Leben*), in tutte le manifestazioni di quest'ultima.

Sussistendo tale possibilità, commenta infatti Greenpeace, «lo sviluppo della vita, la riproduzione naturale e lo sbocciare di realtà esistenziali, come pure le stesse realtà esistenziali (*die Lebenwesen selbst*), risultano assimilati a invenzioni tecniche e posti sullo stesso piano di prodotti industriali quali lampadine e motori di automobile»¹.

Ne emerge la prospettazione di uno statuto particolare della vita *in sé*, implicante determinate modalità della sua protezione. Il che, almeno con riguardo alla vita *animata*, trova riscontro anche nell'ordinamento italiano. Significativamente, l'art. 1 della legge 12 ottobre 1993, n. 413 (*Norme sull'obiezione di coscienza alla sperimentazione animale*) dichiara di voler salvaguardare tutti «i cittadini che ... si oppongono alla violenza *su tutti gli esseri viventi*» (corsivo nostro). E nelle stesse fattispecie pur descritte dal titolo IX-*bis* del codice penale quali *delitti contro il sentimento per gli animali* (artt. 544-*bis* ss.) è palese il configurarsi della vita animale come bene giuridico ormai sostanzialmente autonomo².

¹ Cfr. <http://www.greenpeace.de/themen/>.

² Cfr. C. MAZZUCATO, *Bene giuridico e "questione sentimento" nella tutela penale della relazione uomo-animale. Ridisegnare i confini, ripensare le sanzioni*, in S. CASTIGNONE - L. LOMBARDI

Ciò che non è stato *costruito* (vale in genere per i beni ambientali, ma tanto più con riguardo alla vita) non può dunque essere trattato secondo la medesima logica di una libera utilizzabilità strumentale, anche distruttiva, che caratterizza, in genere, quanto invece sia stato *prodotto*. Ciò che non è stato *costruito*, in altre parole, si sottrae alla prospettiva del puro dominio da parte di qualcuno. E simile conclusione assume, ovviamente, rilievo particolare ove sia riferibile a *individui* viventi.

Ben si comprende, date queste premesse, come l'impegno di Greenpeace contro la brevettabilità della vita abbia riguardato anche la forma espressiva di maggior rango della vita stessa, rappresentata, ovviamente, dalla vita *umana*. Così che, proprio su domanda di Greenpeace, il Tribunale federale tedesco dei brevetti ha constatato, in base alla legge tedesca relativa a tale materia (*PatG*), la nullità di un brevetto, depositato già nel 1997, riguardante cellule progenitrici ottenute a partire da cellule staminali embrionali umane, nonché i procedimenti per la loro produzione. Vicenda che ha visto il titolare di quel brevetto impugnare la decisione davanti alla Corte federale (*BGH*) e questa richiedere una pronuncia pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione Europea – che si è espressa con sentenza della *Grande Chambre* del 18 ottobre 2011 (proc. C-34/10 *Brüstle* contro *Greenpeace eV*) – in merito all'interpretazione dell'art. 6, n. 2 (ripreso dall'art. 2.2. *PatG*), della Direttiva 6 luglio 1998, 98/44/CE, inerente alla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, secondo cui «sono considerati non brevettabili in particolare (...) le utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali»³.

La sentenza, salutata con grande favore da Greenpeace⁴, appare di particolare rilievo, in quanto, onde definire la portata del termine embrione, si impegna

VALLAURI (a cura di), *La questione animale*, volume VI del *Trattato di biodiritto* diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, Giuffrè, 2012 (in corso di pubblicazione).

³ «In tale prospettiva – così il n. 22 della sentenza cit. della Corte di giustizia – il giudice del rinvio cerca, in particolare, di stabilire se le cellule staminali embrionali umane che fungono da materiale di partenza per i procedimenti brevettati costituiscano «embrioni» nel senso dell'art. 6, n. 2, lett. c), della Direttiva e se gli organismi a partire dai quali tali cellule staminali embrionali umane possono essere ottenute costituiscano «embrioni umani» ai sensi del detto articolo.

⁴ «Heute wurde europäische Rechtsgeschichte geschrieben, sagt Christoph Then, Patentberater von Greenpeace. Nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofes muss der Mensch in allen Phasen seiner Entwicklung vor kommerzieller Verwertung geschützt werden. Dies gilt auch für Embryonen in der Petrischale. So hat der Gerichtshof den Schutz menschlichen Lebens gegenüber wirtschaftlichen Interessen deutlich gestärkt»

(http://www.greenpeace.de/themen/patente/nachrichten/artikel/eugh_entscheidet_gegen_patent_auf_stammzellen-1/).

nell'enunciare il substrato argomentativo sulla cui base deve riconoscersi, anche ai fini giuridici, il sussistere di una vita individuale e, segnatamente, di una vita umana.

La Corte europea, escluso che il suo compito consista in valutazioni meramente etiche o mediche, muove dalla precisazione espressa al trentottesimo “*considerando*” della Direttiva citata, secondo il quale l'elenco in essa contenuto di specifici procedimenti esclusi dalla brevettabilità «non può certo essere reputato esauriente»: per cui, si conclude nel “*considerando*”, «i procedimenti la cui applicazione reca pregiudizio alla dignità umana devono ovviamente essere esclusi anch'essi dalla brevettabilità».

E proprio l'intento della Direttiva di salvaguardare in primo luogo la dignità umana – al di là di ogni altra esigenza pertinente, come l'ordine pubblico o il buon costume⁵ – impone, secondo i giudici europei, di attribuire rilievo alla realtà esistenziale dell'embrione (nelle stesse norme della Direttiva e delle legislazioni nazionali connesse) in modo pieno: «Il contesto e lo scopo della Direttiva rivelano che il legislatore dell'Unione ha inteso escludere qualsiasi possibilità di ottenere un brevetto quando il rispetto dovuto alla dignità umana può esserne pregiudicato. Da ciò risulta che la nozione di “embrione umano” ai sensi dell'art. 6, n. 2, lett. c), della Direttiva deve essere intesa in senso ampio» (n. 34).

Il ruolo che assume l'embrione tra i beni giuridicamente rilevanti è ricondotto, dunque, entro l'ambito del rispetto dovuto alla dignità umana e, in tale quadro, è ritenuto incompatibile con modelli descrittivi dell'embrione medesimo di carattere riduttivo.

Di conseguenza, la Corte ravvisa molto nitidamente il carattere che segna il darsi di un embrione (e a *fortiori* dell'iter esistenziale, in qualsiasi sua fase, dell'individuo di una data specie) nell'essere in atto, quale che sia la modalità con cui venga attivata, una sequenza esistenziale conforme alle caratteristiche genetiche di quella specie⁶: una sequenza – possiamo precisare – *autonoma*,

⁵ Si confronti il n. 33. della sentenza: «L'art. 5, n. 1, della Direttiva vieta che il corpo umano, nei vari stadi della sua costituzione e del suo sviluppo, possa costituire un'invenzione brevettabile. Un'ulteriore protezione è fornita dall'art. 6 della Direttiva, il quale indica come contrari all'ordine pubblico o al buon costume, e per tale ragione esclusi dalla brevettabilità, i procedimenti di clonazione di esseri umani, i procedimenti di modificazione dell'identità genetica germinale dell'essere umano e le utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali. Il trentottesimo “*considerando*” della Direttiva precisa che questo elenco non è esauriente e che anche tutti i procedimenti la cui applicazione reca pregiudizio alla dignità umana devono essere esclusi dalla brevettabilità (v. sent. 9 ottobre 2001, causa C-377/98, Paesi Bassi/Parlamento e Consiglio, punti 71 e 76)».

⁶ Cfr., sul tema, L. EUSEBI, *Il rapporto con l'«altro» alla luce della Costituzione. I riflessi*

cioè non necessitante di ulteriori impulsi dall'esterno per procedere nel suo iter, *continua e coordinata*⁷.

«Sin dalla fase della sua fecondazione – afferma la *Grande Chambre* – qualsiasi ovulo umano deve essere considerato come un “embrione umano”, ai sensi e per gli effetti dell'art. 6, n. 2, lett. c), della Direttiva, dal momento che la fecondazione è tale da dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano» (n. 35).

Ma «deve essere riconosciuta questa qualificazione – prosegue la sentenza – anche all'ovulo umano non fecondato in cui sia stato impiantato il nucleo di una cellula umana matura e all'ovulo umano non fecondato indotto a dividersi e a svilupparsi attraverso partenogenesi. Anche se tali organismi non sono stati oggetto, in senso proprio, di una fecondazione, gli stessi sono tali da dare avvio, [infatti], al processo di sviluppo di un essere umano come l'embrione creato mediante fecondazione di un ovulo» (n. 36).

«Per quanto riguarda, [invece], le cellule staminali ricavate da un embrione umano nello stadio di blastocisti, spetta al giudice nazionale – secondo la Corte – stabilire, in considerazione degli sviluppi della scienza, se esse siano tali da dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano e, di conseguenza, rientrino nella nozione di “embrione umano” ai sensi e per gli effetti dell'art. 6, n. 2, lett. c), della Direttiva» (n. 37)⁸.

sulle problematiche del «fine vita» e l'«incostituzionalità» di ogni configurazione dell'«altro» come nemico, in AA.VV., *Dignità e diritto: prospettive interdisciplinari*, Quaderni del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università Cattolica del Sacro Cuore - sede di Piacenza, Libellula Edizioni, Tricase, 2010, p. 42 ss. (disponibile anche nel sito web del medesimo Dipartimento: http://dipartimenti.unicatt.it/scienze/giuridiche_2143.html).

⁷ Così che il suo svolgersi necessita esclusivamente che siano garantite condizioni ambientali compatibili con l'iter esistenziale (comprehensive dell'alimentazione, dell'idratazione e del contrasto di fattori patologici), fin quando non venga meno, per ragioni endogene o procurate, l'idoneità stessa del sistema vitale a procedere ulteriormente nel percorso dell'esistenza.

⁸ Queste le conclusioni:

«– Costituisce un “embrione umano” qualunque ovulo umano fin dalla fecondazione, qualunque ovulo umano non fecondato in cui sia stato impiantato il nucleo di una cellula umana matura e qualunque ovulo umano non fecondato che, attraverso partenogenesi, sia stato indotto a dividersi e a svilupparsi;

– spetta al giudice nazionale stabilire, in considerazione degli sviluppi della scienza, se una cellula staminale ricavata da un embrione umano nello stadio di blastocisti costituisca un «embrione umano» ai sensi dell'art. 6, n. 2, lett. c), della Direttiva» (n. 38).

2. (segue) *La sequenza unitaria della vita individuale: riflessi costituzionali*

La pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione Europea rende implicitamente manifesto un dato non eludibile: l'impossibilità di motivare razionalmente la fissazione di momenti successivi all'inizio della sequenza esistenziale umana i quali siano in grado di fungere da discriminazione idonea a negare che sussista, prima e dopo di essi, un (medesimo) soggetto umano.

Essendo in atto una simile sequenza dalla fecondazione o, comunque, dal realizzarsi di altri eventi suscettibili di avviarla, l'embrione umano costituisce una fase del percorso esistenziale unitario che identifica la vita di un essere umano.

Si tratta di un percorso il quale esprime capacità diverse in epoche diverse del suo svolgersi, ferma peraltro l'inscindibilità del processo: sarebbe infatti del tutto irrazionale distinguere tra l'avvio di una dimensione che si voglia ritenere meramente biologica della vita e l'avvio del percorso che dà luogo all'espressione di capacità, per esempio, sensitive, cognitive o deliberative (bisognerebbe immaginare, in contrario, che l'avvio di questo secondo processo sia, per così dire, calato nel primo dall'esterno, senza che di ciò esista il benché minimo indizio).

Il ruolo delimitativo che talora si vorrebbe attribuito all'uno o all'altro dei suddetti momenti manifesta inevitabilmente, pertanto, carattere convenzionale e si pone in discontinuità rispetto all'assunto desumibile dalla Costituzione secondo cui la salvaguardia dei diritti inviolabili non dipende dal giudizio sulle condizioni in cui la vita di un individuo si manifesta nelle sue diverse fasi temporali.

L'art. 3 della Carta fondamentale precisa, infatti, che la dignità sociale di un individuo, vale a dire la salvaguardia dei suoi diritti nei rapporti intersoggettivi, assume rilievo senza differenze riferibili alle «condizioni personali o sociali» del medesimo. In altre parole, per il solo fatto della sua esistenza in vita.

Ne deriva che il rispetto della vita umana costituisce fondamento del principio di uguaglianza, manifestandosi quale presidio del mutuo riconoscimento fra gli esseri umani come eguali. Il rango del tutto singolare della vita umana tra i beni giuridicamente tutelati non rappresenta, pertanto, una concessione a specifici orizzonti di pensiero, ma attiene al nucleo fondante della democrazia.

Tale rango, del resto, può oggi essere riguardato anche come il profilo apicale della tutela che in linea di principio va riconosciuta, secondo la prospettiva in precedenza descritta, ai beni non prodotti dall'uomo, vale a dire ai beni ambientali e, fra di essi, alla vita, nelle sue diverse forme.

3. (segue) *Una serie di problemi aperti*

Nel contesto delineato, la sentenza che abbiamo preso in esame rappresenta un'autorevole sollecitazione verso un approccio non a priori riduzionistico nei confronti della vita che antecede la nascita: dunque, a recuperare uno stile dialogico e argomentativo circa la considerazione dei molteplici problemi che interpellano l'ordinamento giuridico con riguardo alle possibilità d'intervento oggi disponibili su tale fase dell'esistenza umana.

a) Uno dei temi più delicati concerne, in proposito, la tendenza ad ammettere forme di *flessibilizzazione* della tutela riguardante il bene vita o, in altre parole, il possibile soccombere di simile tutela, stanti certi presupposti, rispetto al perseguimento di specifiche finalità.

Viene in considerazione, di conseguenza, il significato che debba attribuirsi, negli ordinamenti democratici, al carattere *inviolabile* dei diritti fondamentali, così come si evince, per l'Italia, dall'art. 2 della Costituzione. Il che interessa particolarmente proprio il diritto alla vita, posto che la sua salvaguardia, come si osservava, costituisce condizione dell'uguaglianza fra gli esseri umani e presupposto del godimento di ogni altro diritto.

Ciò che su questa via si prospetta, in pratica, è il superamento del limite classico nel cui ambito, attraverso la disciplina dello *stato di necessità*, si sono ritenuti non punibili atti lesivi posti in essere contro l'incolumità individuale: limite riferito, nel nostro Paese, al fine esclusivo e non altrimenti conseguibile di «salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona», ferma la *proporzione* tra quanto si sacrifica e quanto si tutela. Si tratterebbe di giustificare, pertanto, compromissioni del bene vita anche in casi nei quali non sia riscontrabile la suddetta proporzione (ovvero allargando in modo puramente convenzionale i confini di tale parametro).

Nel senso predetto già si era mossa, in effetti, la sentenza n. 27/1975 della Corte costituzionale, che aveva inteso dare inquadramento giuridico a ipotesi di non punibilità dell'interruzione di una gravidanza estendendo il rapporto di proporzione tra beni diversi della donna e del concepito sulla base del noto assunto, invero privo di qualsiasi fondamento argomentabile dal punto di vista scientifico, secondo cui il concepito *persona dovrebbe ancora diventare*.

Un indirizzo ripreso dalla medesima Corte, in tema di procreazione medicalmente assistita, nella sentenza n. 151/2009, che va oltre la stessa ponderazione di beni entrambi riferibili alla sfera dell'incolumità personale laddove giunge a

delineare i diritti del concepito come diritti *affievoliti*, avendo riguardo al desiderio procreativo.

Di simili percorsi, tuttavia, non si sono forse vagliate adeguatamente le obiettive potenzialità disgregatrici in rapporto all'assetto costituzionale dei diritti inviolabili⁹. Con argomenti concettualmente analoghi, ad esempio, si potrebbe giustificare una minor protezione, attraverso il respingimento in mare, del diritto alla vita dei migranti irregolari rispetto agli standard comuni, e ciò in ragione delle esigenze *sicuritarie* dei cittadini: fondando una simile scelta, poniamo, sul fatto che quei migranti *cittadini devono ancora diventare*. Oppure si potrebbe aprire a legittimazioni della tortura, per ottenere notizie ritenute utili in un'ottica di difesa sociale, nei confronti di terroristi veri o presunti, supponendo una *deminutio* della loro condizione giuridica¹⁰. Oppure, ancora, potrebbero ritenersi accettabili, in nome del progresso della medicina, sperimentazioni gravose ma senza prospettive di beneficio per pazienti in fase terminale, reputando il loro *status* meno degno di tutela rispetto a quello degli altri esseri umani. E così via.

b) Da altro punto di vista, non può dirsi conforme all'inquadramento oggettivo della realtà esistenziale dell'embrione effettuata dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea la tendenza a banalizzare il rilievo giuridico (anche sotto il profilo del diritto all'obiezione di coscienza) di farmaci o strumenti che possono interrompere precocemente la sequenza esistenziale dell'embrione medesimo nel corpo femminile, e ciò attraverso l'artificio terminologico di una ridefinizione della gravidanza come fase (solo) successiva all'annidamento embrionario nella parete uterina (così che solo in tale fase la vita dell'embrione entro il corpo femminile, diversamente da quanto avviene per l'embrione esistente *in vitro*, risulterebbe significativa per il diritto).

c) Un ulteriore aspetto problematico che investe lo statuto giuridico della vita umana in fase precoce attiene ai criteri di utilizzazione dei dati genetici acquisibili in tale fase. In radice, si tratta di domandarsi se si vorranno gestire i dati genetici, oggi disponibili in modo sempre più esteso, per ottenere una medicina

⁹ Cfr. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die Würde des Menschen war untastbar. Zur Neukommentierung der Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes*, in ID., *Recht, Staat, Freiheit, Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 2006, p. 384 ss; ID., *Menschenwürde als normatives Prinzip. Die Grundrechte in der bioethischen Debatte*, ibi, p. 399 (trad. it. *Dignità umana e bioetica*, Morcelliana, Brescia, 2010, p. 37 ss.).

¹⁰ Cfr. F. STELLA, *La giustizia e le ingiustizie*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 226 ss.

curativa migliore (si pensi alla *farmacogenetica*) o se, invece, ci si vorrà avviare a un uso selettivo, del resto già in atto, di quei dati, il quale potrebbe progressivamente condurre a ridimensionare il ruolo della medicina e a privilegiare, anche nei confronti della specie umana, l'orientamento eugenetico (secondo una modalità, fra l'altro, di rango assai modesto quanto all'uso delle risorse conoscitive).

Ciò rimanda al tema complessivo, di rilievo epocale, rappresentato dall'atteggiamento nei confronti dei soggetti *diversamente abili* e, dunque, nei confronti della loro dignità. Da una parte, infatti, i diritti di tali soggetti vengono attualmente riconosciuti in modo ben più ampio che nel passato. Dall'altra, tuttavia, è palese la discrasia tra questa constatazione e la circostanza per cui ben pochi fra quegli individui avrebbero potuto procedere nella loro esistenza se solo si fosse attuato uno *screening* precoce delle loro condizioni di salute (a prescindere, ovviamente, dallo stesso punto di vista dell'individuo coinvolto, nonostante il livello molto alto della soddisfazione di vivere attestato, circa i soggetti *diversamente abili*, dalle associazioni e dagli operatori del settore).

Emergono, anzi, progetti intesi ad azzerare, per via selettiva, la presenza nella società di individui portatori di determinate patologie geneticamente riscontrabili: con ovvie conseguenze, fra l'altro, circa l'investimento relativo agli strumenti terapeutici utilizzabili in favore dei malati *residuali*.

Si tratta, a ben vedere, di una prospettiva nel cui ambito la vita individuale finisce per essere riguardata non già in rapporto alla sua *natura* umana, bensì – come accade per le cose – in rapporto alle qualità che, contingentemente, sia in grado di manifestare, se non alla utilità (o alla onerosità) che possa rappresentare per altri individui.

d) Non può essere eluso, inoltre, il tema, emergente con riguardo alle tecniche di diagnosi genetica preimpianto, della generazione di più embrioni essendosi *ex ante* programmata la selezione tra i medesimi, cioè essendosi esclusa già nel momento generativo la prosecuzione della vita per molti di essi. Con ciò delineandosi per la prima volta quella che Jürgen Habermas definisce una generazione «con riserva» della vita umana, in quanto forma estrema di dominio sulla medesima¹¹.

Il che a sua volta impone di riflettere sull'esigenza che il fine, ben comprensibile, di evitare la trasmissione di caratteri genetici patologici non sia (contraddittoriamente) perseguito impedendo l'ulteriore procedere della vita di quegli

¹¹ Cfr. J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, trad. it. Einaudi, Torino, 2002, p. es. pp. 41 e 33.

embrioni cui quei caratteri siano stati trasmessi.

In sintesi. Il tema dell'inviolabilità di alcuni diritti, e in particolare del diritto alla vita, non attiene alle esigenze etiche di alcune specifiche sensibilità culturali, ma costituisce il punto di approdo di un percorso giuridico plurisecolare e il cardine sul quale s'è immaginato di costruire, nel dopoguerra, un assetto *sostanziale* della democrazia. Anche il dibattito sui temi della biogiuridica deve rimanere, pertanto, all'altezza di un simile quadro teorico.

4. *Criteri della generazione umana e Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Chambre) 3 novembre 2011*

Un problema nuovo circa l'approccio al bene giuridico rappresentato dalla vita umana è rappresentato dai criteri di generazione della medesima.

Se infatti tali criteri, fino al momento in cui il generare era indissolubilmente connesso all'atto sessuale, risultavano per ampia parte vincolati, dopo che il momento fecondativo si è reso praticabile *in vitro* (vale a dire sulla base della mera disponibilità di gameti femminili e maschili idonei), gli scopi e i contesti possibili dell'avviare una sequenza esistenziale umana si sono quanto mai estesi. E ciò pur ove venga tenuta per ferma un'utilizzazione delle tecniche in oggetto al solo fine procreativo: vale a dire, onde far sì che un nuovo individuo possa svolgere nella sua interezza il suo arco esistenziale.

Simile situazione delinea un contesto per molti versi inedito, in quanto la risposta alle questioni emergenti nel suo ambito non pare potersi ricercare semplicemente in base al giudizio su eventuali effetti negativi che, in via diretta, potrebbero riguardare i soggetti coinvolti nel ricorso a determinate tecniche.

Si pensi all'ipotesi, ampiamente condivisa, del divieto di programmare, il che per ora resta impraticabile, una gravidanza artificiale (la c.d. *ectogenesis*), e dunque il procedere della sequenza esistenziale umana nella sua prima fase rinunciando alla gestazione.

Certamente possono ipotizzarsi a tal proposito conseguenze derivanti dalla mancata interazione anche psicologica tra il feto e la figura materna: ma è dubbio che tali conseguenze assumano un rilievo sfavorevole in assoluto non contrastabile e del tutto diverso da quello che potrebbe derivare, poniamo, da altre problematiche relazionali.

L'interrogativo che viene in gioco, probabilmente, è più profondo e attiene al quesito se il rapporto con la figura materna sia coesistente alla *umanità* della

generazione di un nuovo individuo. Dunque, al quesito se la figura materna abbia un ruolo puramente tecnico, attraverso le caratteristiche del corpo femminile (e pertanto *sostituibile*), circa la sussistenza di un ambiente adatto al procedere precoce di una nuova vicenda esistenziale umana, o se invece il ruolo della donna in tale fase abbia attinenza alla stessa antropologia umana, per cui la *ectogenesi* risulterebbe non compatibile (in primo luogo) con la dignità femminile.

Non molto diversamente stanno le cose per quanto concerne l'individuo umano clonato. Questi, è probabile, avrebbe delle conseguenze psicologiche negative legate all'eventuale consapevolezza delle modalità inerenti alla sua generazione e della *non unicità* delle sue caratteristiche genetiche. Come pure sarebbero prevedibili, in una simile ipotesi, effetti sfavorevoli sul piano biologico, forse ridimensionabili attraverso il perfezionarsi dei procedimenti tecnici. Nel complesso, tuttavia, la condizione esistenziale di quel soggetto potrebbe non risultare radicalmente dissimile, in linea di principio, da quella di un gemello monozigote.

Anche in questo caso emerge, di conseguenza, un interrogativo prioritario: se l'apporto di due genomi diversi, maschile e femminile, derivanti dalla meiosi dei relativi gameti e tale da dar luogo, in sede di fecondazione, a un assetto genetico originale del nuovo individuo sia da annoverarsi tra le caratteristiche proprie di una generazione *umana*.

D'altra parte, fondare l'esclusione di determinate modalità generative solo sui possibili effetti sfavorevoli nei confronti dell'individuo generato corre il rischio di incidere sull'autonomia delle decisioni concernenti il procreare nell'ambito del concepimento naturale: facilitando il passaggio dal terreno etico a quello giuridico della problematica relativa alla generazione che avvenga nella consapevolezza della possibilità di trasferire caratteri genetici negativi e, in tal modo, aprendo la strada a pericolosissimi divieti di procreazione per via naturale¹².

Più propriamente, ai suddetti effetti sfavorevoli sembra competere un ruolo indiziario della particolare problematicità intrinseca di una data tecnica procreativa.

¹² A questo tema fa riferimento W. HASSEMER, al n. 83 nel parere dissenziente redatto, in quanto membro della Corte costituzionale tedesca, rispetto alla sentenza 26 febbraio 2008 con cui la medesima Corte ha respinto un'eccezione di incostituzionalità del par. 173, co. 2, *StGB* in tema di incesto tra fratello e sorella. Si noti, a tal proposito, come la riflessione che ha condotto la Corte a rigettare l'istanza, prioritariamente in rapporto alla tutela del rapporto familiare e, parallelamente, in rapporto ai possibili effetti per le parti coinvolte, è molto vicina a quella considerata nel testo di queste note. Del resto la stessa critica di Hassemer non s'impegna in una negazione della rilevanza (anche) giuridica del bene tutelato, ma si riferisce a profili di congruenza, rispetto ai fini dichiarati, del modello di costruzione dell'illecito tedesco e delle connesse opzioni sanzionatorie.

Quel che, dunque, appare anche giuridicamente inevitabile è interrogarsi circa il carattere non soltanto contingente, bensì riferibile alla *umanità* del generare, che sia da riconoscersi in una serie di caratteristiche della generazione medesima quale s'è resa praticabile, per via naturale, lungo i millenni.

E proprio da quest'ultimo punto di vista può cogliersi, riteniamo, l'apporto di maggior interesse della pronuncia emanata il 3 novembre 2011 dalla *Grande Chambre* della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha ritenuto non contrastante con l'art. 8 *CEDU*, inerente al rispetto della vita privata e familiare, il divieto della fecondazione eterologa *in vitro* previsto nella legislazione austriaca (in tal senso riformando la precedente pronuncia emanata dalla Prima sezione della medesima Corte il 1° aprile 2010)¹³.

La *Grande Chambre*, infatti, non entra nel merito del giudizio da darsi circa la fecondazione eterologa, ma riconosce che i temi rilevanti per la decisione legislativa sull'ammissibilità della medesima investono questioni complesse di natura sociale ed etica, le quali devono tener conto, oltre che dei profili concernenti il benessere del bambino e la prevenzione di ripercussioni negative o di un uso improprio, anche della «dignità umana» (n. 113): questioni le quali, di conseguenza, vengono ritenute attinenti all'ambito di un legittimo apprezzamento del legislatore nazionale.

Si ammette, dunque, che emergono interrogativi – non irrilevanti per il diritto – i quali attengono in via diretta alla dignità umana dei criteri di generazione (nel caso specifico, con riguardo al coinvolgimento in essa di un soggetto terzo, al di fuori di qualsiasi relazione con l'altro soggetto biologicamente generante). Il che configura l'*umanità* della procreazione, ben oltre la problematica discussa nella pronuncia della Corte¹⁴, come vero e proprio bene giuridico.

¹³ Ampi riferimenti in A. NICOLUSSI, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica*, di prossima pubblicazione in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti*.

¹⁴ Tra l'altro caratterizzata dalla circostanza, ritenuta comunque irrilevante dalla *Grande Chambre* rispetto al *thema decidendum*, per cui la legislazione austriaca vieta la fecondazione eterologa *in vitro*, ma non la fecondazione *in vivo* tramite donazione di gameti (esclusivamente) maschili.

Edizioni ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di maggio 2012