

Modena, 11 maggio 2013

**Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia
Aula Magna Comparto San Geminiano – Via San Geminiano, 3**

UN CROCEVIA GIURIDICO PER SCEGLIERE E DARE FUTURO ALL'UOMO

di Paride Casini

**Contributo al Convegno organizzato da Cultura e Vita:
*EMBRIONI CRIOCONSERVATI – Presente e Futuro***

I.1. Ringrazio l'associazione organizzatrice Cultura & Vita per l'invito rivolto all'Unione Giuristi Cattolici Italiani, che qui rappresento, a partecipare a questo Convegno, prestigioso non solo per l'autorevolezza dei relatori che mi hanno preceduto, ma anche per il tema affrontato, a cui mi sembra che – soprattutto in ambito giuridico - venga prestato un interesse inversamente proporzionale alla sua importanza.

Si tratta infatti di un tema che rientra a pieno titolo in quella "*questione antropologica*", che ha al suo centro l'identità dell'uomo e il valore e, in ultimo, il senso stesso della vita umana.

E la "*questione antropologica*", come si legge al § 75 nell'Enciclica *Caritas in veritate*, di Benedetto XVI, rappresenta la questione sociale del nostro tempo:

"Oggi occorre affermare che la questione sociale è diventata radicalmente questione antropologica, nel senso che essa implica il modo stesso non solo di concepire, ma anche di manipolare la vita, sempre più posta dalle biotecnologie nelle mani dell'uomo. La fecondazione in vitro, la ricerca sugli embrioni, la possibilità della clonazione e dell'ibridazione umana nascono e sono promosse nell'attuale cultura del disincanto totale, che crede di aver svelato ogni mistero, perché si è ormai arrivati alla radice della vita".

I.2. Sedi come queste, in cui si affrontano le questioni sulle quali si giocherà il futuro dell'uomo (ma anche se abbia un senso dare un futuro all'uomo), sono, ancor prima e più delle stesse sedi legislative, come nuove ἀγοραι che consentono di acquisire una consapevolezza collettiva della gravità delle sfide.

A sua volta, tale consapevolezza collettiva costituisce la premessa perché tali sfide possano essere affrontate e risolte non solo nella dimensione della morale individuale, accordando ai singoli la pur imprescindibile garanzia dell'obiezione di coscienza, ma nella dimensione della πολις, cioè in una dimensione comunitariamente condivisa.

D'altra parte, tale sviluppo comunitario e, quindi, politico e giuridico rappresenta non un sovrappiù, ma un'esigenza di quella prospettiva culturale, che ci perviene dalla filosofia greca e dal diritto romano attraverso l'inculturazione cristiana, per cui dalla ragione e dalla natura umana si può e, quindi, si deve ricavare quello statuto antropologico da assumere come fattore

costitutivo e fondativo della convivenza sociale e, insieme, come regola della stessa.

I.3. Ho trovato e trovo poi particolarmente opportuno il riferimento, presente nel tema del Convegno, al **"presente"** e al **"futuro"** della **questione della crioconservazione degli embrioni**:

Infatti, tali riferimenti temporali contribuiscono in chiunque si ponga ad affrontare il problema, a collegare un dato obiettivo - rappresentato dal fatto che la questione in esame non è destinata ad avere neppure nel breve periodo una soluzione in qualche modo definitiva - alla considerazione che la soluzione sarà d'ora innanzi sempre affidata alla nostra intelligenza e al nostro senso di responsabilità: in una parola, alla nostra libertà.

Il richiamo ad un *"presente"* e ad un *"futuro"* si rivela opportuno in particolar modo proprio per il giurista, in cui è forte l'attitudine - si potrebbe dire anche la tentazione - ad indugiare su una conoscenza anche acribica del *"presente"* normativo e, nel caso migliore, ad impegnarsi nello sforzo, talora titanico anche nella sua inanità, di ordinare in un sistema coerente il dato normativo, rendendo leggibile e concretamente attuabile quello che altrimenti resterebbe un'espressione letteraria.

Il richiamo al **"futuro"** aiuta invece il giurista a ricordare che il diritto non vive di vita propria e che, anche in un ordinamento di *civil law* e a costituzione rigida, come il nostro, il diritto interagisce ampiamente con i mutamenti culturali e con la volontà dei soggetti sociali al punto da dar luogo, secondo la lezione di Costantino Mortati (1891-1985), ad una costituzione materiale che sovrasta quella formale, ovvero dando luogo a quello che si è soliti chiamare 'diritto vivente', cioè ad un diritto che, anche nella staticità del dato formale e della sua espressione scritta, si evolve, nella sua efficacia e portata, sulla base dei cambiamenti a riguardo dei fini e dei valori che informano la vita sociale.

D'altra parte, lo *ius*, il diritto, è tale in quanto è un *iussum*, cioè in quanto voluto da chi ha un potere in grado di esigerne l'efficacia, ed è un *iussum* in quanto pretende di rimandare ad un *iustum*.

Modificandosi o venendo meno la nozione dello *iustum* oppure la volontà di sostenere questo *iustum*, inevitabilmente anche il diritto è destinato a mutare di significato o di effettività.

I.4. Anche se per ragioni troppo evidenti il giurista venga da sempre indotto da fuori e, di conseguenza, soggettivamente tentato ad assumere come proprio orizzonte epistemologico il *"giudizio del diritto"* e nonostante che tale sollecitazione e tentazione abbia trovato nel diritto moderno una copertura ideologica nella teoria del diritto come mera sovrastruttura ovvero come volontà di potenza per declinare ultimamente nell'affermazione del nichilismo giuridico come aperta presa d'atto che il diritto non è, né può né ha da essere altro che volontà proponente di una parte in grado di diventare volontà imponente nei confronti del tutto (v. N. Irti, *Diritto senza verità*, Laterza, 2011), troppo del diritto, della sua storia, di ciò che è stato scritto nei codici e nelle leggi e di ciò che nelle aule dei tribunali è stato sentenziato per poter

sottrarsi all'interpello della coscienza personale e collettiva che gli rende evidente come del suo sapere faccia parte anche e, in fine, soprattutto il "giudizio sul diritto" e non solo - come gli risulta facile e come non meno facilmente gli viene concesso - quello sul diritto d'altri o d'altri tempi, ma anche sul quel diritto che è chiamato lui stesso a interpretare e insieme a costruire, nella certezza che non v'è ragione - se non proprio la cecità del non voler vedere - perché anche nel campo del nostro ordinamento giuridico non possa crescere, assieme al grano, quel loglio che è cresciuto in altre epoche ovvero che cresce altrove.

* * *

II.1. Questa correlazione fra diritto e cultura, questa sfida a cui il giurista non può sottrarsi valgono in modo particolare a riguardo delle norme giuridiche che attengono a quei temi comunemente individuati come "eticamente sensibili", quale quello che ci impegna in questo incontro.

Come fin troppo noto in questa sede, ma pur sempre indispensabile punto di partenza di ogni riflessione sul tema, della **crioconservazione degli embrioni umani** il legislatore si è interessato per la prima volta con la legge n. 40 del 19.2.2004 anche per intervenire su una situazione di fatto che un vuoto normativo di oltre vent'anni aveva lasciato crescere non solo al di fuori della legge, ma, come ipotizzabile ed ipotizzato, anche *contra legem*, ciò confermando l'incidenza, sul diritto scritto, dei mutamenti culturali e valoriali in corso.

Di questo mutamento del contesto culturale e, cioè, dall'essere stata scritta ad un crocevia culturale la legge 40 porta tracce evidentissime nelle gravi aporie e ambiguità concettuali ed anche terminologiche, che già all'epoca fecero parlare, da parte di alcuni giuristi, di un "legislatore distratto" per l'evidenza un contrasto fra i principi, a cui dichiarava di ispirarsi e di voler far salvi, e le norme che andava a porre (v. G. Rocchi, *Il legislatore distratto. La legge sulla fecondazione artificiale: la norma smentisce i principi*, ESD, Bologna, 2006).

Queste contrapposte tensioni culturali, che la legge rivela tanto nel suo impianto complessivo quanto nelle singole parti, ha poi consentito di individuare - anche dove e in termini forse neppure sussistenti - nodi interpretativi o violazioni di principi costituzionali, che, come sappiamo, hanno consentito al Giudice delle leggi di intervenire per privilegiare, a discapito dei principi enunciati, quel contrapposto senso valoriale implicitamente rinchiuso nelle norme e che anche la prassi dalle stesse introdotta ha contribuito a far prevalere anche nell'opinione comune.

II.2. La prima di queste ambiguità sta proprio nello stesso titolo della legge: "**Norme in materia di procreazione medicalmente assistita**" e nel suo primo articolo, che indica come finalità della legge quella "**di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla**

infertilità umana” attraverso “il ricorso alla procreazione medicalmente assistita”.

Ora, è chiaro che un’assistenza medica anche con una siffatta dichiarata finalità non dice nulla di diverso rispetto alla tipica attività medica, che per sua natura è volta tanto a curare condizioni patologiche quanto a favorire la soluzione ai problemi derivanti da tali condizioni anche quando in tutto o in parte non superabili.

E tale condotta non pone particolari problemi neppure quando interviene nel campo della sterilità e dell’infertilità.

A conferma di ciò, si potrebbe richiamare il paragrafo 92 dell’Istruzione della S. Congregazione della Dottrina della Fede *Donum vitae*, del 22.2.1987, dove si afferma che l’attività di assistenza medica nel campo della procreazione umana si estende alla ricerca e all’***“uso di taluni mezzi artificiali destinati sia a facilitare l’atto naturale, sia a procurare il raggiungimento del proprio fine all’atto naturale del concepimento normalmente compiuto”*** (§ 92).

In verità, la legge 40 del 2004 opera il passaggio dall’assistenza medica alla procreazione alla fecondazione in vitro (FIVET), attraverso la quale la finalità di superare *“problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità e infertilità umana”* viene ad essere perseguita attraverso tecniche di riproduzione umana al di fuori del processo naturale e fisiologico e non in supporto a tale processo.

La legge però usa esclusivamente il termine ***“procreazione medicalmente assistita”*** e mai quello di fecondazione artificiale in vitro o altri analoghi, per cui si può dire che, se nel caso della legge 194, l’innovazione normativa si è servita di un trasbordo lessicale, ridenominando l’aborto in interruzione volontaria della gravidanza, nel caso che ci interessa è avvenuto tramite un trasbordo semantico, dando ad una parola o ad un’espressione, dal significato universalmente accettato ed accettabile, un significato diverso.

E’ del tutto evidente infatti che la fecondazione artificiale rappresenta un salto qualitativo rispetto all’assistenza medica nel senso suo proprio ***in quanto la fecondazione artificiale anche omologa presuppone, in primo luogo, che la generazione naturale dell’uomo non rappresenti, nel suo momento originario, un bonum che appartiene allo statuto ontologico dell’uomo, irriducibile anche sotto questo aspetto a quello di una pianta o di un animale, con una tale valenza da meritare anche una tutela giuridica.***

In secondo luogo, la fecondazione artificiale, anche quando, come sembra riproporsi la legge 40, sia normativamente vincolata ad una finalità procreativa e, quindi, alla sopravvivenza dell’embrione, trasforma oggettivamente l’embrione in un prodotto di tecnica riproduttiva e, come ogni prodotto, non un soggetto di diritto, ma oggetto di diritti e di aspettative di terzi.

L’oggettivizzazione o esternalizzazione dell’embrione consegue dal separarlo dall’atto del concepimento, il cui carattere unitivo coinvolge non solo il rapporto fra l’uomo e la donna, ma anche il rapporto fra concepito e genitori.

Nello stesso tempo, con tale pratica l'embrione viene posto in una condizione di separazione dal ciclo vitale che gli è suo proprio e che gli spetta come primo diritto, anche indipendentemente dal fatto che si tratta di una condizione, quanto meno, di rischio non giustificato a monte da una causa proporzionata, rischio che può essere anche vitale sia per fatto oggettivo che per fatto di terzi, come nel caso di rifiuto all'impianto in utero da parte di chi dovrebbe riportarlo nel suo percorso vitale naturale.

Di fronte al quadro normativo così posto in essere l'enunciato, contenuto nell'articolo 1 della legge 40, secondo cui essa *"assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito"*, appare tanto apprezzabile nelle intenzioni quanto contraddittorio con quanto la legge stessa consente con riferimento sia al momento e alla modalità generativa che nel suo seguito previsto come in quello prevedibile.

In effetti, se tale tutela fosse effettiva il primo bene da assicurare al concepito, sarebbe quello di poter nascere in un contesto di massima integrità psico-fisica, come ancora lo pretende il diritto vigente allorché privilegia su ogni altro diritto **"il superiore interesse dei figli, esigibile come diritto, alla salute e ad una crescita serena ed equilibrata"** (Cass. civ., sez. I, 12.6.2012, n. 9546), così come lo pretenderebbe, se attualizzato, il diritto classico che anche a proposito del concepito riuscì a porre una regola limpida nel suo enunciato e nelle sue conseguenze, affermando che **"conceptus pro iam nato habetur quotiens de commodis eius agitur"**, il concepito deve essere considerato come il già nato quando si tratta di diritti a suo favore (sul tema v. E. Bianchi, *Per un'indagine sul principio "conceptus pro iam nato habetur"*, Giuffrè, 2009 e, analogamente, il principio del diritto classico, per cui **"qui in utero sunt in toto paene iure civili intelliguntur in rerum natura esse"**, Digesto 38, 16, 7).

II.3. La contraddizione fra principio e norma si trascina anche in altri aspetti della legge 40 ed è ben ravvisabile nei primi tre commi dell'art. 14, dove il principio, affermato nel primo comma, che vieta **"la crioconservazione e la soppressione di embrioni"**, è già espressamente derogato dal terzo comma che consente **"la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento nell'utero da realizzare non appena possibile"**, trasferimento che però resta un'eventualità non solo nel caso in cui vi faccia ostacolo, che ben potrebbe essere definitivo, una **"grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione"**, ma, come già ricordato, anche il mero rifiuto della donna all'impianto.

Per altro, tale contraddittorio quadro normativo anche in riferimento al divieto di crioconservazione, previsto dal primo comma dell'art. 14, è stato ulteriormente dissestato, come è noto, dagli interventi della Corte Costituzionale che con la sentenza n. 151 del 2009:

- ha posto come condizione di esonero dall'obbligo dell'impianto dell'embrione non più la **"grave e documentata causa di forza maggiore relativo allo stato"**

di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione”, ma un generico “pregiudizio della salute della donna”;

- ha tolto inoltre sia il limite massimo della produzione di tre embrioni sia l’obbligo del loro contestuale impianto, di tal fatta ulteriormente derogando al principio generale del divieto di crioconservazione di cui al primo comma dell’art. 14, alla quale destinava, *de plano* e senza alcuna prospettiva o aspettativa, gli embrioni prodotti ma non impiantati per scelta medica.

Di tale sentenza merita in particolare citare il passo, in cui si afferma che **“la legge in esame rivela – come sottolineato da alcuni dei giudici rimettenti – un limite alla tutela apprestata all’embrione, poiché anche nel caso di limitazione a soli tre del numero di embrioni prodotti, si ammette comunque che alcuni di essi possano non dar luogo a gravidanza, postulando la individuazione del numero massimo di embrioni impiantabili appunto un tale rischio, e consentendo un affievolimento della tutela dell’embrione al fine di assicurare concrete aspettative di gravidanza, in conformità alla finalità proclamata dalla legge”**.

Ma se il diritto alla vita del concepito, quale la legge stessa ritiene debba essere considerato l’embrione, è destinato a cedere il passo anche a mere **“concrete aspettative di gravidanza”**, si assiste non tanto ad un evidente sovvertimento della gerarchia dei diritti, indispensabile per l’esistenza stessa di un qualsivoglia ordinamento giuridico, ma - ed è quello che più rileva - alla riduzione del concepito ad oggetto del desiderio procreativo, da questo, in ultimo, dipendendo il suo valore.

Ancor più incidente risultano le sentenze rese nell’ultimo anno dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, che hanno aperto la porta - attraverso cui è subito transitata quella parte della giurisprudenza di merito di cui i mezzi di comunicazione hanno fatto cassa di risonanza - tanto all’accesso alla fecondazione artificiale in vitro da parte di coppie fertili portatrici di malattie trasmissibili al fine di consentire la diagnosi preimpianto degli embrioni e in tal modo selezionare gli eventuali embrioni non colpiti dalla malattia, destinando gli altri alla crioconservazione, anche in questo caso senza alcuna reale aspettativa diversa dalla morte.

In effetti, con la progressiva introduzione della diagnosi preimpianto le problematiche connesse alla crioconservazione si complicano notevolmente dal punto di vista sia quantitativo, ma, soprattutto, qualitativo degli embrioni crioconservati. con un grave e diretta ricaduta negativa sulla tutela dei diritti anche del concepito, che la legge avrebbe inteso e intenderebbe assicurare.

II.4. La crioconservazione dell’embrione diventa così non un rimedio, ma l’attestazione delle conseguenze devastanti a cui inevitabilmente porta il *vulnus* allo statuto ontologico dell’uomo rappresentato dalla fecondazione artificiale in vitro sia nel suo dato normativo iniziale che, ancor più, nella sua evoluzione giurisprudenziale, nella sua pratica e, infine, nell’utilizzo progettato.

La nota di presentazione di questo Convegno ne fa stato, indicando l'alternativa di fronte alla quale si sono concretamente venuti a trovare gli embrioni:

- **quella di essere lasciati "morire in pace", scongelandoli;**
- **quella di dare loro una speranza di vita, consentendone e anche favorendone l'adozione prenatale.**

Anche a trascurare tutte le obiezioni valoriali, oltre che legali, a quest'ultima opzione richiamate nella nota di presentazione, è bene evidente che l'adozione prenatale rappresenta un'ipotesi destinata a restare tale sia in ragione della quantità, ma anche della qualità degli embrioni in crioconservazione, per cui non vi sarà, se non in percentuali trascurabili, chi sia disposto alla loro adozione.

In questo contesto, dove la loro soppressione o morte degli embrioni diventa inevitabile, la loro utilizzazione come materiale di ricerca assume - secondo logiche semplicistiche, ma anche in qualche modo comprensibili una volta che si conceda quel che non può né deve essere concesso - quasi una forma di loro valorizzazione al servizio della vita!

II.5. La crioconservazione dell'embrione nel percorso aperto dalla L. 40 ha dunque realizzato un'eterogenesi dei fini in funzione dei quali nelle intenzioni del legislatore doveva porsi.

Pensata come forma di tutela dell'embrione concepito nell'ambito della fecondazione in vitro e, precisamente, come un mezzo per consentire all'embrione di riprendere il suo percorso vitale in una recuperata situazione di normalità della quale però è stato privato al momento del suo concepimento, essa:

- è, di fatto, servita ad assopire la coscienza e le coscienze a riguardo del carattere valorialmente dirompente della fecondazione artificiale;
- ha rappresentato essa stessa la contraddizione di un divieto normativo;
- ha aperto, insieme coprendola e giustificandola, alla selezione eugenetica e alla sperimentazione sugli embrioni come nobilitazione della loro inevitabile morte o soppressione.

Nella relazione del gennaio 2010 al Ministro della Salute da parte della Commissione di Studio sugli embrioni crioconservati nei centri di P.M.A. si legge che, ad avviso di autorevoli bioeticisti, quello che dovrebbe essere considerato come contrario alla dignità umana degli embrioni è, ben prima della loro crioconservazione, la generazione in provetta di esseri umani.

Personalmente, mi metto convintamente alla scuola e al seguito di questi bioeticisti.

* * *

III.1. Suscitare e, nella misura del possibile, coltivare un'attenzione culturale verso la tutela medica, bioetica e giuridica del concepito anche nella sua condizione di embrione sottoposto a crioconservazione e, ancor prima, al fatto stesso, normalmente ignorato, oltre ad essere la dichiarata finalità di questo

Convengo, rappresenta anche un imperativo morale per porre argine a quella regressione antropologica esitata da un relativismo aggressivo, il cui paradigma antropologico è quello definito dall'autodeterminazione, che in ultimo non è nient'altro che il tentativo dell'uomo di liberarsi di un sé che, indirizzandolo verso l'autodistruzione.

E' un argine che però non può reggere se non si associa alla consapevolezza dell'oggettiva e originaria ingiustizia verso il concepito ravvisabile della sua generazione al di fuori del processo naturale e che, in quanto tale, si pone come la causa di sempre maggiori ingiustizie e ad esse introduce.

III.2. Al superamento di questa ingiustizia è chiamata la medicina, che ne è anch'essa ferita.

Infatti, se essa è espressione eminente di quella cultura e di quella civiltà in cui l'uomo, anche se debole ed ammalato, conserva integra la sua dignità, essa deve il suo stesso progresso, oltre che il suo apprezzamento sociale, al fatto che, proprio per essere fedele alla sua vocazione, ha operato nell'alveo, talora anche molto stretto e comunque sempre impegnativo, della tutela della salute, del suo recupero quando persa e, comunque, della cura e dell'assistenza dell'ammalato.

E da questo punto di vista sarebbe davvero utile riflettere, ma anche studiare su quanto del proprio progresso la medicina e la ricerca siano tributarie al proprio principio ispiratore e regolatore delle beneficiabilità e, conseguentemente, al divieto morale, deontologico e giuridico di pratiche eutanasiche o manipolative dell'integrità psico-fisica dell'uomo.

Nella fedeltà a questa vocazione, anche la sfida medica alla sterilità e all'infertilità umane risulterà coronata da successo quanto più e quanto prima essa avverrà nella fedeltà a questo ruolo della medicina e, quindi, nel rispetto della verità sull'uomo e della sua dignità.

III.3. Al superamento di questa disordinata alterazione del rapporto fra i soggetti della generazione umana non possono inoltre rinunciare né il legislatore, né il giurista, sapendo che il diritto è chiamato a stabilire fra le persone rapporti e relazioni che, se giusti, generano giustizia; al contrario, se ingiusti, sono destinati a generare sempre maggiori ingiustizie fino a minare le fondamenta della vita sociale e politica.

E, in effetti, il giudizio su una norma giuridica viene orientato, più che dal suo *dictum* formale, dalle sue conseguenze, secondo quanto già espresso da Dante Alighieri (1285-1321) nella nota definizione del diritto secondo cui "*ius est realis et personalis hominis ad hominem proportio, quae servata hominum servat societatem, et corrupta corrumpit*" (*De monarchia*, libro II, capitolo V, 1).

E proprio questa oggettività del rapporto fra diritto e bene comune fino ad incidere sulla sussistenza stessa della comunità sociale e politica porta a togliere ogni giustificatezza anche di 'ragione pratica', all'alibi del male minore, quando si cessa di considerarlo realmente e conseguentemente come tale, già sottoposta a indimenticata e, soprattutto, indimenticabile critica da Hannah Arendt (1906-1975), secondo cui chi accetta il male in quanto minore

dimentica rapidamente di avere scelto comunque a favore di un male che apre al peggiore.

III.4. Ma è anche un dovere ed anzi un diritto di tutti e di ognuno pretendere che venga difesa la vita dell'uomo perché l'offesa ingiusta arrecata al singolo, se resa legale, legittima che una medesima offesa venga portata a tutti, del valore della persona umana e del rispetto dovutole essendo ognuno di noi beneficiari nella misura in cui la riconosciamo e la difendiamo in tutti gli altri.

Questo vale soprattutto nei confronti di chi è più debole - e l'embrione è l'espressione massima di questa debolezza - perché per l'uomo è proprio la debolezza, il suo essere altro da altro - e non già la forza o l'autosufficienza - a rappresentare un dato costitutivo dello statuto ontologico dell'uomo: nel rifiuto del debole o nel nuocergli, l'uomo rifiuta se stesso, mente nell'accogliere e tutelare il più debole, l'uomo accoglie sé stesso nella sua più costitutiva pienezza e verità.

E le sfide, anche le più cruciali, fra cui quella connessa alla sua generazione, possono essere straordinarie opportunità per scoprire la bontà e la bellezza del progetto che accompagna in ogni momento del suo percorso senza termine l'esistenza umano e sulla base di esso ordinare la vita anche sociale e, quindi, anche giuridica.