

Note minime sul rapporto tra *ius*, *ethos* e *scientia**

di **Giusi Sorrenti** – *Professore associato confermato di Diritto costituzionale, Università degli studi di Messina*

Abstract: The writing analyzes the relationship between ethics, law and science, as resulting from the decision n. 84/2016 of Constitutional Court. The judgement refuses to declare unconstitutional art. 13, law no. 40/2004, which prohibits any use of spare embryos (created during *in vitro* fertilization) for scientific research purposes. The main argument put forward by the Court is the wide range of political choices available in this matter, where there are not certainty or consolidated points of views, neither in the scientific nor in the ethical field. The aim of the article is to show how, doing so, Constitutional Court leaves the Constitution “silent” in the scientifically and ethically controversial issues. Moreover, in the name of respect of parliamentary will, it entirely delivers the solution of delicate problems in the judge hands, without giving them any constitutional guide-line.

SOMMARIO: 1. Quando la *deferential review* della Corte costituzionale nelle questioni eticamente e scientificamente controverse si traduce nella creazione di una “zona franca” dal diritto costituzionale. - 2. L’arretramento della Corte costituzionale (e del diritto costituzionale) davanti alla politica sui temi eticamente sensibili. - 3. Oggettività scientifiche e giudizi di valore. - 4. Dall’incertezza dell’etica comune e della scienza all’insicurezza giuridico-costituzionale?

1. Quando la *deferential review* della Corte costituzionale nelle questioni eticamente e scientificamente controverse si traduce nella creazione di una “zona franca” dal diritto costituzionale

Ius, ethos, scientia: temi d’immane portata si intrecciano, in un groviglio quasi inestricabile, degno della Gòrgone di classica memoria, sullo sfondo della pronuncia n. 84/2016. Con essa la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sull’ennesimo aspetto insoddisfacente della l. n. 40/2004, relativa alle pratiche di procreazione medicalmente assistita, lascia ancora insoluta

nell'ordinamento giuridico italiano la questione relativa alla possibilità di destinare alla ricerca scientifica gli embrioni soprannumerari¹, ponendo in rapporto tra loro però i tre grandi campi materiali, or ora richiamati, secondo una formula che suscita qualche breve riflessione di carattere generale.

Più di un profilo della sentenza appare discutibile: innanzitutto, la scelta del tipo di dispositivo in sé, ovvero – trattandosi di una formula d'inaffidabilità – la “decisione di non decidere”²; in secondo luogo, l'iter argomentativo che puntella e sorregge siffatto dispositivo, nel quale si spiegano le ragioni per le quali la Corte non ritiene che le sia consentito intervenire in maniera sostanziale sullo scottante *thema decidendum*. È questa motivazione, più di ogni altra cosa, che non appare soddisfacente.

In conclusione di una serie di articolate argomentazioni, la Corte pone sul campo il suo argomento decisivo, affermando che spetta al legislatore disporre sull'oggetto *sub iudice* e che, godendo questi della piena ed integrale discrezionalità sulla questione, non v'è spazio per una sentenza di accoglimento di tipo additivo (di qualsivoglia genere, ovvero sia a dispositivo specifico che generico).

Il richiamo al limite discendente dal rispetto della discrezionalità legislativa è, com'è noto, un *leit motiv* ricorrente nella giurisprudenza costituzionale, discendente dello stesso art. 28, l. n. 87/1953, laddove esclude che la Corte costituzionale possa sostituirsi al Parlamento o sindacare le «valutazioni di natura politica» da questo effettuate. Alla luce dell'uso che il giudice delle leggi nel corso della sua attività ne ha fatto, appare assodato tuttavia che siffatto vincolo non ha impedito all'organo costituzionale di controllare di rimediare ad alcune serie violazioni di norme costituzionali a carattere persistente (dato il protrarsi indefinitamente nel tempo dell'inerzia legislativa) quando vi fosse un'esigenza particolarmente pressante di provvedere, pur riconoscendo contestualmente

* Lo scritto è destinato agli Atti del Convegno su *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, svoltosi a Messina il 5 e il 6 maggio 2016.

¹ La cui esistenza, con la conseguente pratica di crioconservazione, come si sa, è stata resa possibile nel nostro ordinamento dalla sent. n. 151/2009, che ha dichiarato incostituzionale il divieto, previsto nella l. n. 40/2004, della produzione di un numero di embrioni superiori a tre, destinati ad un unico e contemporaneo impianto. In commento, v. S. AGOSTA, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte cost., sent. n. 151/2009)*, in www.forumcostituzionale.it, 19 settembre 2009 (di cui, in generale sulle questioni giuridiche legate all'inizio-vita, v. anche Bioetica e Costituzione, t. I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Giuffrè, Milano 2012) e L. TRUCCO, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere*, in *ConsultaOnline*, 15 settembre 2009.

Su tale aspetto della disciplina italiana relativa alla PMA, v. R. BIN, *Libertà di ricerca scientifica in campo genetico*, in AA.VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di V. Onida*, Giuffrè, Milano 2011, 215 ss. e L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, ESI, Napoli 1993.

² La Corte non ha riprodotto in questo caso la decisa soluzione intrapresa nella nota sent. n. 162/2014, con la quale fu dichiarato illegittimo il divieto di fecondazione eterologa (previsto dall'art. 4, co. 3, l. n. 40/2004), aprendo così la strada, anche in Italia, alla possibilità che una donna sterile ottenga una gravidanza grazie alla donazione dell'ovocita di un'altra donna, fecondato con il gamete maschile del proprio partner.

Sullo *status quo* precedente alla pronuncia, v. A.G. COSSIRI e G. DI COSIMO, *La fecondazione vietata. Sul divieto legislativo di fecondazione eterologa*, Roma, Aracne, 2013.

l'indispensabilità di una compiuta disciplina che provenisse dal titolare della funzione di *legislatio*. Precisamente esso non ha precluso l'adozione di sentenze additive dotate di una carica "creativa" molto spiccata, con l'effetto di introdurre nell'ordinamento giuridico discipline per le quali i profili obbligatoriamente desumibili dalla Costituzione potevano dirsi davvero minimi.

Così è accaduto ad es. – solo per rammentare un caso ben conosciuto – con l'introduzione attraverso un'additiva di principio (la sent. n. 113/2011) dell'istituto della "revisione europea", ovvero quell'inedito strumento che, com'è noto, consente la riapertura dei processi dichiarati *unfair* con pronuncia di condanna emessa a carico del nostro Stato dalla Corte di Strasburgo, per violazione dell'art. 6 CEDU. L'impellenza della tutela di diritti fondamentali coinvolti nell'esercizio della giurisdizione penale, precisamente della garanzia del diritto ad un giusto processo, ha spinto il garante della supremazia della Costituzione ad operare un innesto "forzoso" nel tessuto del codice di procedura penale, espandendo le ipotesi della revisione dei giudizi ben oltre ogni possibile accostamento in chiave d'analogia della "nuova" fattispecie a quelle tradizionali. Sta di fatto che la riapertura del processo in seguito a condanna della Corte europea ha tratti talmente "originali" rispetto al rimedio straordinario di cui all'art. 630 c.p.p. che numerosi e significativi aspetti della disciplina dettata per quest'ultimo non risultano ad essa applicabili, con la conseguenza che il *giudice* dovrà sopperire *autonomamente* alle carenze della regolamentazione, per di più in una materia coperta da riserva di legge come quella processuale (art. 111 Cost.). L'inserimento del congegno nella trama di un istituto codicistico preesistente, in altri termini, restringe ma non azzerla la gamma delle opzioni processuali che si dispiegano di fronte all'esigenza di dare seguito alla condanna dei giudici europei, opzioni che dalle mani degli organi legislativi si limiterebbero a passare in quelle degli organi giudiziari, rendendo l'automatica applicazione di una compiuta disciplina più illusoria che reale³.

D'altronde lo stesso giudice delle leggi espressamente ammette nell'occasione che il Parlamento rimane del tutto libero di rimediare alla violazione della Convenzione del 1950 con modalità diverse da quelle concretamente individuate nella sent. n. 113, forgiando strumenti appositamente destinati a tale scopo e retti da regole rispondenti alla *ratio* del recupero delle giuste forme processuali. Se la discrezionalità legislativa è e rimane, nel caso di specie, talmente estesa da abbracciare la stessa scelta del meccanismo processuale azionabile e il suo corredo di disciplina giuridica, è indubbio che così fosse anche *prima* della sent. n. 113/2011, senza che però tale ampiezza avesse costituito un ostacolo insormontabile all'intervento manipolativo. Questo viene dunque parimenti realizzato, valorizzando all'estremo i materiali normativi disponibili, secondo la prospettiva avanzata dal giudice *a quo* nel formulare l'ordinanza di rimessione.

Anche nell'ipotesi oggetto di queste brevi notazioni, volendo rimuovere il perentorio divieto d'impiego per finalità di ricerca clinica e scientifica degli embrioni soprannumerari per scopi differenti dalla loro stessa tutela (discendente dai primi quattro commi dell'art. 13, l. n. 40/2004), si

³ Per la puntuale individuazione degli aspetti indefiniti della disciplina in relazione alla *ratio* del meccanismo introdotto, v. M. GIALUZ, *Una sentenza "additiva di istituto": la Corte costituzionale crea la "revisione europea"*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 833 ss.

dischiuderebbe un vasto terreno per l'esercizio della discrezionalità legislativa. Si porrebbe invero l'esigenza di disciplinare una molteplicità di questioni – individuate dalla stessa Corte e relative, ad es., alla selezione degli embrioni utilizzabili nonché degli obiettivi di ricerca idonei a giustificarne la soppressione o ancora alla previsione della necessità di interpellare la coppia o la sola donna, etc. – implicanti valutazioni di opportunità. Si tratta anche qui di stabilire se, nelle more di un eventuale intervento legislativo, alcuni di tali profili non possano essere rimessi almeno in parte alla determinazione giudiziale, sulla scorta dell'indicazione di massima somministrata dal giudice delle leggi.

Quanto a quest'ultima, non sarebbe la prima volta che l'addizione proveniente dalla Corte costituzionale segue un certo percorso imposto non dalla sola Costituzione, ma da questa per come si combina con il dato legislativo preesistente, allo scopo di ricondurre questo al rispetto della legalità costituzionale: le rime obbligate insomma non lo sono quasi mai "in senso assoluto", ma possono ben dirsi tali "in senso relativo", apparendo il *principio* aggiunto dalla Corte *necessitato* per Costituzione in *quel* peculiare contesto normativo e alla luce delle esigenze specifiche del caso che emergono dalla definizione della questione compiuta dal giudice *a quo*. Con questi puntuali limiti di contesto⁴, la Corte avrebbe potuto dichiarare l'incostituzionalità del divieto di utilizzazione a fini di ricerca scientifica (diversa da quella tesa alla cura dell'embrione stesso) degli embrioni soprannumerari *inutilizzabili* per volontà della coppia (che non voglia o non possa avere più figli) o per impossibilità accertata dal medico (in quanto risultanti malati a seguito di diagnosi preimpianto).

L'affermazione per cui *ogni* determinazione in materia compete alla politica equivale, invece, a sostenere che il bilanciamento racchiuso nella legge non è suscettibile di essere verificato alla luce della tavola dei principi costituzionali, né di essere conseguentemente corretto, se dovesse rivelarsi, alla stregua di quel confronto, squilibrato. Dato che la normativa censurata consiste in un rigido divieto di utilizzo, cioè in un precetto che sacrifica interamente uno dei beni fondamentali coinvolti nella questione a favore dell'altro – e, precisamente, le ragioni della ricerca e sperimentazione scientifica a favore del diritto alla vita dell'embrione – quell'asserzione equivale a dire che la radicale soccombenza disposta dal legislatore di un bene costituzionalmente protetto ad un altro di pari rango, non può essere sindacata, nel caso di specie, in sede di controllo di costituzionalità, ma solo modificata, derogata, ribaltata in sede politica.

L'invocazione della discrezionalità legislativa come limite che preclude manipolazioni della legge impugnata in sede di sindacato di costituzionalità si associa anche qui, come di consueto, all'argomento della mancanza di rime obbligate, che permettano di riscrivere nel dettaglio la regola deficitaria e persino di fornire criteri di orientamento generalissimi che possano fungere da *guidelines* per gli interpreti che si accingeranno ad applicare la normativa censurata (secondo lo schema proprio delle additive a dispositivo generico). In una simile ipotesi, la Corte ritiene di non potersi

⁴ Ne sottolinea la sussistenza nella questione oggetto della sent. n. 84/2016, al fine di evidenziare come sarebbero state possibili (e preferibili) pronunce diverse dall'inammissibilità, M. D'AMICO, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, in *BioLaw Journal*, 2/2016, spec. 171 e 176 s.

addentrare nel terreno del “costituzionalmente neutro” o “indifferente”, rientrando nella sfera rimessa alla valutazione squisitamente politica del Parlamento. Precisamente, nel caso di specie – venendo ai profili oggetto di queste osservazioni – gli ostacoli che la Corte adduce per escludere interventi additivi sull’art. 13, l. n. 40/2004, si risolvono nell’indisponibilità nel campo *scientifico* ed *etico* di sicuri approdi che possano orientare nel sindacato sulla ragionevolezza del divieto di sperimentazione sugli embrioni, rendendo in definitiva insindacabile la determinazione discrezionale compiuta dal Parlamento.

Quest’affermazione, nei suoi due versanti, va ora verificata, posto che la discrezionalità legislativa, come si sa, non è priva di limiti giuridico-costituzionali e lo stesso art. 28, l. n. 87/1953, ha sin qui concretamente operato nella giurisprudenza costituzionale, come si diceva, più che come una preclusione assoluta del sindacato della Corte oltre certi confini, come un’indicazione che vale a graduarne l’intensità, selezionando gli interventi inammissibili⁵.

2. L’arretramento della Corte costituzionale (e del diritto costituzionale) davanti alla politica sui temi eticamente sensibili

Nelle sabbie mobili di temi caratterizzati da punti di riferimento scientifici non fissi e magmatiche considerazioni etiche, si rende indubbiamente praticabile una gamma molto estesa di decisioni politiche. I punti fermi delle acquisizioni salde della scienza e dei convincimenti etici consolidati vincolano infatti il legislatore, che non è abilitato a prescindere in virtù di una presunta superiorità della legittimazione democratica di cui egli gode su altre forme di legittimazione del suo operato⁶. La Corte costituzionale in più di un’occasione ha negato qualsiasi spazio nel nostro ordinamento ad ogni esaltazione del principio *auctoritas, non veritas facit legem* e mostra di essere consapevole dell’importanza che assume, nel campo legato alle scoperte mediche, la capacità del legislatore di adottar soluzioni, oltre che fondate su basi scientifiche attendibili, anche rispettose delle convinzioni sociali diffuse⁷.

Talvolta, in questioni dibattute dal punto di vista etico, la Consulta non ha esitato a prendere posizione, motivando razionalmente la sua decisione sulle basi del maggiore supporto che erano in grado di fornire in quell’occasione le risultanze della scienza, assistite nella fattispecie considerata

⁵ V. A. PIZZORUSSO, *Il controllo sull’uso della discrezionalità legislativa*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Atti del Convegno svoltosi a Trieste, il 26-28 maggio 1986, Milano 1988, 90 ss.

⁶ V. A. SPADARO, *Sulle tre forme di “legittimazione” (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo*, in AA.VV., *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, a cura di A. D’Aloia, Giappichelli, Torino 2005, 575 ss.

⁷ V. G. D’AMICO, *Tecniche argomentative e questioni scientifiche controverse in materia di biodiritto: U.S. Supreme Court e Corte costituzionale a confronto*, intervento al *Forum di BioDiritto. La circolazione dei modelli nell’ambito del biodiritto*, svoltosi a Trento il 28-29 maggio 2008, in www.jus.unim.it, 25, per il quale «non è raro che la Corte unisca il riferimento alle acquisizioni scientifiche all’evoluzione che queste hanno indotto nella coscienza sociale» (ivi per riferimenti giurisprudenziali).

da un superiore grado di certezza: così è accaduto, ad esempio, quando ha ritenuto di avallare la scelta, contenuta nella l. n. 578/1993, di far coincidere il momento in cui si verifica la morte del paziente con l'assenza di attività cerebrale, poggiando sulle conoscenze disponibili «allo stato attuale della scienza»⁸.

Laddove nemmeno quest'ultima possa venire in soccorso e si verta in un campo agitato da considerazioni etiche contrapposte e divisive, si corre il serio «rischio» che la qualificazione di specifiche questioni come «eticamente sensibili» produca l'effetto di «impedire che sul tema si ricerchino, ancor prima di trovarli, orientamenti, principi, regole di altra natura, segnatamente di natura giuridico-costituzionale»⁹.

Confinare ai margini la Costituzione ed anzi reputarla esclusa dal dibattito, sulla base dell'esistenza del dissenso in materia, rendendo assoluta ed insindacabile la discrezionalità legislativa, dà vita ad una nuova “zona franca”¹⁰ della legislazione dal diritto costituzionale, quando non rischia, in attesa di prese di posizione provenienti dal garante della supremazia della Carta fondamentale, quale *viva vox Constitutionis*, di fare del testo superprimario una sorta di «jolly»¹¹, in balia delle opposte strumentalizzazioni ordite da parte di chi propende per la realizzazione integrale di questo o quello dei valori coinvolti nella questione.

Se si ragionasse in questi termini, si cadrebbe poi nella tentazione di portare il ragionamento sino alle sue estreme conseguenze e di chiedersi pertanto se le condizioni che impediscono alla Corte di decidere, perché altrimenti dovrebbe trovarsi a procedere all'arduo compito di dipanare *obscurum per obscurius*, siano invece tali da consentire alla decisione politica di essere formulata, senza presentarsi a sua volta come espressione di mero arbitrio.

Spesso, nella percezione comune, il legislatore è ritenuto responsabile di essersi astenuto (e di continuare a farlo) dal dare un assetto giuridico a capitoli della bioetica particolarmente delicati, venendo meno al suo dovere ordinante, in settori scottanti, che toccano un nervo scoperto della vita della società. In questo senso, si sente spesso parlare dell'urgenza che il Parlamento provveda nelle aree di frontiera di inizio-vita e fine-vita, dove la scienza e la tecnologia si sono invece ormai progressivamente e pervasivamente addentrate, sollevando quesiti di difficile e drammatica soluzione.

Ci si potrebbe domandare, tuttavia, con quale grado di effettività e di legittimazione la politica sia in condizione di dispiegarsi quando manca un *ethos* condiviso: il diritto è chiamato ad esprimere e tutelare interessi umani che emergono e appaiono consolidati in seno alla società, sicché in relazione a pratiche molto controverse sul piano etico il legislatore si troverebbe ad orientare esso stesso i comportamenti individuali e/o sociali in una direzione piuttosto che in un'altra, senza altro

⁸ V. sent. n. 414/1995 (punto 4 del cons. in dir.). In proposito, M. AINIS, *Le questioni scientifiche controverse nella giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, cit., 24 s.

⁹ C. CASONATO, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016*, in *BioLaw Journal*, 2/2016, 157.

¹⁰ *Ibidem*, 169.

¹¹ A. D'ALOIA, *Norme, giustizia, diritti nel tempo delle bio-tecnologie: note introduttive*, in AA.VV., *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, cit., XIII.

timone – in mancanza di principi costituzionali che ne guidino l'azione, in tesi negati, in quanto non rinvenuti e resi operativi, dalla Corte costituzionale – della propria determinazione volontaristica.

Ma l'integrale e incondizionata «“delega” al legislatore»¹², oltre a trascurare l'incidenza dei principi costituzionali coinvolti, negli scenari aperti dall'avvento delle bio-tecnologie suscita anche altri interrogativi. Proprio dove le ricadute etiche di certe pratiche sono particolarmente evidenti, il rimando, in mancanza di una percezione comune di quali esse siano, alla piena discrezionalità delle assemblee rappresentative solleva, in particolare, perplessità legate al rapporto tra politica, scelte di maggioranza ed etica.

Se, in un ordinamento costituzionale intriso di indicazioni di valore, è in via generale destituita di fondamento la tesi della validità esclusiva del “principio di autorità”, che prescindendo da un contesto di legittimazione più ampio, quando ci si interroga sui contenuti che dovrebbe assumere il bio-diritto, il ricorso alla pura *auctoritas* del Parlamento in mancanza di un *ethos* condiviso risulta ancora più insostenibile: la questione “bioetica” in sé – come indica il termine stesso – non è altro infatti se non «la determinazione dei criteri in base ai quali stabilire quali interventi atti ad incidere sul corso naturale delle cose siano da considerare *eticamente* ammissibili, e quali inammissibili»¹³.

Né, a determinare il necessario convincimento etico diffuso, in molti casi basterebbe il credo della religione dominante, dal momento che le soluzioni in questo campo devono mostrarsi idonee a valere – come è stato ben notato in sede filosofica – anche per chi non riconosca sul piano morale alcuna autorità superiore a quella della propria ragione e della propria coscienza¹⁴. Tale coscienza è, poi, nemmeno – come si potrebbe pensare – quella collettiva, bensì, in preminenza, quella individuale, sia pure assoggettata all'accettabilità generale, da parte della collettività.

Per comprendere meglio quest'ultimo punto, si pensi, non tanto al conflitto ricerca scientifica vs. diritto alla vita, evocato dalla sent. n. 84/2016 in relazione alla sperimentazione sugli embrioni crioconservati, quanto alla discussa pratica, già in atto in alcuni ordinamenti, della maternità surrogata¹⁵. Si tratta all'evidenza di scelte che, da una parte interrogano immancabilmente la coscienza del singolo, dall'altra hanno però una capacità d'incidenza sull'avvenire dell'umanità,

¹² Insiste su questo errore di prospettiva della pronuncia A. RUGGERI, *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*, in *BioLaw Journal*, 2/2016, 247.

¹³ *Ibidem*, E. RIPEPE, *Bioetica senza fondamento?*, in ID., *Sulla dignità umana e su alcune altre cose*, Giappichelli, Torino 2014, 55. Il limite cui si accenna nel testo vale pure per gli studiosi della materia, che tendono a concepirla di frequente come una «disciplina prescrittiva» e non descrittiva, interpretando il loro compito come quello di elargire soluzioni *ex cathedra* – spesso partendo da premesse e giudizi precostituiti (sul piano religioso, ideologico, etc.) o peggio da fronti militanti – più che individuare e analizzare i problemi sul tappeto, così dando ragione della sensazione sottesa al quesito sollevato già alcuni anni fa dal titolo di una conferenza sul tema, ovvero: «Perché la bioetica è diventata tanto noiosa?»: ID., *Una sovranità limitata per la ricerca scientifica: ossimoro o truismo?*, in ID., *Sulla dignità umana*, cit., 71.

¹⁴ Sottolinea questa necessaria flessibilità, quasi testualmente, E. RIPEPE, *Bioetica senza fondamento?*, cit, 39 s.

¹⁵ Su cui v. di recente A. RUGGERI-C. SALAZAR, «Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio»: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone, in *ConsultaOnLine*, 27 mar. 2017.

toccando la definizione dei contorni del senso dell'umano, in quanto delimitano le condizioni del generare e del nascere¹⁶.

In relazione ad istituti di questo genere, sarebbe quantomeno dubbio che possa affidarsi integralmente al legislatore ciò che spetta all'*ethos*, sottovalutando altresì il fatto che nemmeno eventuali sopravvenute risultanze scientifiche possono dare risposte che spettano primariamente alla coscienza umana¹⁷.

Allo scopo di comprovare che si tratti di temi controversi, non v'è certo bisogno di allegare le contrapposte ragioni che sostengono, al pari di eserciti "l'un contro l'altro armato", da una parte, le esigenze della sperimentazione in campo scientifico, dall'altra, la tutela dell'embrione¹⁸ e nemmeno, più ampiamente, di richiamare le spaccature e gli interrogativi aperti dalle altre pratiche di grande rilievo sul piano del bio-diritto, come quella appena richiamata della maternità assistita. Basti, a quest'ultimo riguardo, solo menzionare le oscillazioni che ancora di recente la stessa Corte di cassazione lascia registrare, laddove, da una parte, nega che siano ravvisabili gli estremi di un reato nella condotta di chi ricorre all'"utero in affitto" in un Paese – per es. Ucraina, India, Regno Unito – in cui la pratica è legale (V sez. pen., sent. n. 13525 del 5 aprile 2016) e, dall'altra, nega alcun diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento alla surrogazione di maternità, considerato che la recente riforma sulla filiazione ha lasciato intatto il testo dell'art. 263, co. 3, c.c., in forza del quale madre è colei che partorisce (sez. I civ., sent. n. 24001, dell'11 novembre 2014). Un principio, quello che impedisce di attribuire la maternità a una donna diversa da colei che ha partorito, tra l'altro, tanto saldo nel nostro ordinamento attuale da non cedere nemmeno di fronte all'evenienza in cui il nato non possa dirsi geneticamente discendente dalla stessa donna; ciò che può condurre a conseguenze talora laceranti, come è accaduto di recente a danno delle due coppie che, una volta fatto ricorso alla fecondazione di tipo omologo, sono rimaste vittime di un fatidico ed increscioso scambio di embrioni¹⁹.

Natura controversa, quella del tema da ultimo richiamato, non solo all'interno di uno stesso ordinamento statale, ma anche entro un'area geograficamente più estesa, potendo ben portare a orientamenti diversi da un ordinamento all'altro, come ha riconosciuto la Corte edu in due pronunce di pari data²⁰, nell'affermare che rientra nel margine di apprezzamento dei singoli Stati ogni

¹⁶ Analogamente, P. BARCELLONA, in linea con la sua generale sensibilità verso l'attuale "emergenza antropologica", riflette sulla metamorfosi che subirebbe (e forse subirà) il nostro modo di pensare, una volta che si alterassero le categorie del maschile e del femminile, in virtù del mutare del concetto di famiglia, dato che a tali categorie è legato, da millenni, l'intero modo di percepire la realtà: *Il sapere affettivo*, Diabasis, Parma 2011, 100 s.

¹⁷ E. RIPEPE, *Bioetica senza fondamento?*, cit., 41 ss.

¹⁸ Per un'illustrazione dei due estremi della "tragica" scelta, v. ora M. FORTINO, *Cronaca di una morte annunciata*, Relazione introduttiva al presente Convegno, p. 10 del *paper*.

¹⁹ Il principio – va rilevato – non subisce eccezione nemmeno per effetto della sent. n. 162/2014, sopra richiamata, che immette nel nostro ordinamento la fecondazione di tipo eterologo, posto che anche in questo caso nell'atto di nascita risulterà madre colei che ha partorito, pur essendo priva di qualsiasi legame di tipo genetico con il nato.

²⁰ Corte edu, 26 giugno 2014, *Menesson vs. Francia e Labassee vs. Francia*, nelle quali lo Stato d'oltralpe viene condannato a risarcire il danno all'identità subito dai figli di due coppie sposate francesi, nati in America con il ricorso alla pratica dell'"utero in affitto", i cui atti di nascita non si erano potuti trascrivere – pur essendo accertata la paternità

valutazione in merito all'ammissibilità della maternità surrogata, proprio in considerazione dei delicati profili etici commisti alla questione ed all'eterogeneità delle scelte politiche adottate al riguardo nell'area geografica europea. In questo modo i giudici di Strasburgo, pur ribadendo la necessità di tener conto del diritto alla vita privata e familiare dei figli minori, protetto dall'art. 8 Cedu, hanno replicato la posizione già assunta nel celebre caso *S.H. et al. vs. Austria*, in cui si era affermato del pari che la Convenzione europea del 1950 non imponesse alle Alte Parti contraenti, nell'ambito della garanzia del minimo comune dei diritti fondamentali in essa proclamati, l'introduzione della fecondazione di tipo eterologo²¹.

Tornando al complesso rapporto tra etica (collettiva e individuale) e regolamentazione giuridica, un punto fermo sembra incontestabile: quando le scelte individuali coinvolgano interessi di terzi soggetti, l'intervento del diritto si rivela irrinunciabile, tanto più quanto maggiori e gravi appaiano le lesioni che sia possibile ipotizzare a carico di questi ultimi²². Ma non basta, di fronte alla molteplicità dei rischi che l'apertura di nuove frontiere da parte della scienza e della tecnica consente che si materializzino: l'indagine sulle conseguenze della conoscenza dei dati genetici sui contenuti delle polizze assicurative negli Stati Uniti e sulla stessa possibilità di stipularle ha evidenziato il pericolo che si delinei una "eugenetica di mercato", come conseguenza della prassi a rifiutare l'assicurazione a chi nasca con determinate caratteristiche genetiche²³. Di qui l'opportunità di introdurre normativamente il divieto, assistito da gravose sanzioni, all'uso delle informazioni genetiche da parte degli assicuratori, nonché, per ragioni analoghe, dei datori di lavoro. Come si vede, i confini tra diritto e non diritto – e lo stesso senso dell'appello alla regolamentazione giuridica – non sono più dettati, come in passato, dall'esigenza di conquistare agli spazi della libera determinazione degli uomini ambiti in precedenza soggetti alle regole costrittive imposte dalla divinità, dalla morale, dalle convenzioni sociali. Essi appaiono oggi mutati in relazione al crescente «sconcerto» provocato da trasformazioni che incidono sull'«antropologia profonda del genere umano» e che stentano ad essere metabolizzate generando convincimenti etici diffusi, determinando la netta sensazione che, laddove vengano intaccate le leggi della natura, l'«orrore del vuoto» che

biologica del marito della madre committente – dato che l'ordinamento francese decreta la nullità assoluta dei contratti di surrogazione della maternità.

Il precedente europeo può ripercuotersi anche nel nostro Paese, in cui i coniugi che, in analoghe condizioni, richiedono ed ottengono surrettiziamente la trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero non rispondono del delitto di alterazione di stato (art. 567 c.p.), ma di quello di falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali (art. 495 c.p.), aggravato dal fatto che si tratta di dichiarazioni in atti dello stato civile. Poiché, *ex art. 18, d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396*, gli atti formati all'estero non possono essere trascritti se sono contrari all'ordine pubblico, la falsa dichiarazione mira evidentemente ad evitare il presumibile rifiuto della trascrizione.

Un recentissimo caso simile è quello deciso dalla Cass., I sez. civ., 30 sett. 2016, n. 19599, in cui si consente la trascrizione dell'atto di nascita di una minore nata dalla relazione di due donne coniugate in Spagna – ed il cui matrimonio è stato nel frattempo sciolto – facendo appello al superiore interesse del minore.

²¹ Sulla complessa relazione tra diritto nazionale, diritto internazionale regionale e diritto sovranazionale nella tutela dei diritti umani, v. ora i contributi al vol. AA.VV., *Il filo delle tutele nel dedalo d'Europa*, a cura di E. Falletti e V. Piccone, ES, Napoli 2016.

²² V. P. BECCHI, *Bioetica e implicazioni giuridiche. Una mappa dei problemi*, in AA.VV., *Percorsi tra bioetica e diritto. Alla ricerca di un bilanciamento*, a cura di L. Chieffi e P. Giustiniani, Giappichelli, Torino 2010, 17 ss.

²³ S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano 2006, 192 ss.

esse lasciano debba essere colmato dalle leggi degli uomini²⁴. Il rischio di lasciare il campo ad una politica contrassegnata da un «unilateralismo» di vario stampo (religioso, ideologico, economico) può essere contenuto solo attraverso il ricorso ai diritti fondamentali di rango costituzionale e alle tecniche della loro tutela in sede giurisdizionale²⁵.

Su queste premesse, ciò che preme sottolineare in ultimo è come, a seguire il ragionamento della Corte, se tutte le volte in cui vi siano spaccature sul fronte etico (e non si possa fruire nemmeno dell'ausilio di certezze sul piano scientifico e tecnico), si può sostenere che il legislatore goda per ciò stesso di una discrezionalità assoluta, rispetto alla quale la Costituzione è (resa) «muta»²⁶, ciò vuol dire ammettere paradossalmente che il Parlamento si muova e possa muoversi, in certi settori, al di fuori di qualsiasi riferimento ad una *Weltanschauung* costituzionale, in una infelice riedizione del decisionismo di lontana, schmittiana memoria.

3. Oggettività scientifiche e giudizi di valore

Nella sent. n. 84/2016, la Corte costituzionale, per giustificare la propria asserita impossibilità di pronunciarsi sul merito della questione, adduce, oltre alla controvertibilità etica del tema, anche la mancanza di consenso scientifico sull'argomento.

Pure qui, però, l'ordine proposto tra diritto costituzionale e *scientia* appare carente, in quanto si dà al sapere scientifico uno «scettro» che non sembra spettargli legittimamente, quasi si trattasse di un rinnovato sovrano assoluto, chiamato ad occupare un trono reso vacante dalla crisi della sovranità di tutti gli enti e i soggetti che per il passato ne furono detentori. Il «mito» dell'inarrestabile avanzata della scienza, giustificato dall'esigenza di sfuggire all'obiezione di un ritorno all'oscurantismo o di non attentare alle basi della nostra civiltà, tra l'altro, non regge più davanti all'imponente (e talora anche distruttivo) potenziale tecnologico e operativo di cui oggi si

²⁴ *Ibidem*, 15.

²⁵ *Ibidem*, 32.

²⁶ Sottolinea l'inammissibilità di una simile prospettiva già A. RUGGERI, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in *Federalismi.it*, 10/2016, 11 maggio 2016, 27.

Sulla possibilità, in chiave teorico-generale, di configurare un «silenzio» della Costituzione, sulla preesistenza della materia costituzionale allo stesso processo costituente e sulle tecniche per colmare i vuoti di previsione espressa, anche in materia di diritti fondamentali, v. Q. CAMERLENGO, *Nel silenzio della Costituzione*, in *Dir. soc.*, 2014, 267 ss.; sul rispettivo ruolo di legislatore e giudici nel riempire le lacune costituzionali, v. A. RUGGERI, *Lacune costituzionali*, in *RivistaAIC*, 2/2016, 18 aprile 2016, 26 ss., nonché, con specifico riferimento all'ampliamento del catalogo dei diritti fondamentali per fare spazio ai «nuovi» diritti, nell'amplessissima letteratura in argomento (che non è possibile in questa sede richiamare), almeno M. LUCIANI, *Nuovi diritti fondamentali e nuovi rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione*, in *Riv. crit. dir. priv.* 1985, 61 ss., ma spec. 63 ss. e A. RUGGERI, «Nuovi» diritti fondamentali e tecniche di positivizzazione, in AA.VV., *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle corti costituzionali*, a cura di R. Romboli, Giappichelli, Torino 1994, 45 ss.

dispone, in grado di alterare irrimediabilmente tutto il nostro modo di vivere²⁷. La preoccupazione di Hans Jonas di istituire un legame di solidarietà intergenerazionale che valga a guidare e contenere le azioni umane è direttamente figlia della drammatica consapevolezza di tale potenziale²⁸.

Il ruolo che le evidenze scientifiche ricoprono nei giudizi di legittimità costituzionale è da tempo oggetto di analisi, che ne hanno messo a fuoco alcune tendenziali costanti. Quando vi sono appigli sufficientemente fermi, la Corte costituzionale ha ammonito il legislatore a non sostituirsi alle valutazioni scientifiche assunte nelle competenti sedi: attenendoci ad un solo emblematico esempio, tratto dal campo sanitario, la Consulta ha precluso all'organo di indirizzo politico la possibilità di incidere su trattamenti sanitari, limitandoli, se non in base a criteri determinati dagli organismi tecnico-scientifici. Precisamente, essa ha puntualizzato che dinanzi alla pratica dell'arte medica, fondata su acquisizioni e sperimentazioni in continua evoluzione, il legislatore non possa ingerirsi, dovendosi affidare alle scelte professionali del medico. Così, nella sent. n. 282/2002, è giunta ad annullare la legge regionale che disponeva la sospensione dell'elettroshock e di alcuni interventi di psichirurgia, non per violazione dei criteri di riparto territoriale delle competenze legislative, ma perché esula dalla politica la possibilità di contravvenire liberamente ai risultati dei competenti organi scientifici²⁹.

È discusso poi quanto la Corte possa entrare nel merito delle valutazioni scientifiche assunte dal legislatore come base per la propria regolamentazione, contestandone la fondatezza. È significativo, tuttavia, che pure chi, partendo dalla premessa che le valutazioni scientifiche del Parlamento rientrano nell'esercizio della discrezionalità politica, ritiene che il controllo della Corte in merito ad esse debba limitarsi ad una *deferential review*, auspica che questo atteggiamento non sfoci in un «sindacato superficiale», rinunciatario e remissivo, ma diventi «più penetrante» di quanto solitamente non avvenga, implicando una verifica sull'attendibilità delle valutazioni e dei riscontri fattuali e tecnico-scientifici effettuati³⁰.

In assenza di risultanze assodate nel campo della scienza, si riespande per converso l'area della discrezionalità politica e il legislatore recupera margini d'azione più vistosi.

Questi tuttavia rimangono pur sempre racchiusi entro la cornice fissata dalla compatibilità con i valori positivizzati al massimo grado della scala gerarchica³¹. Nemmeno l'oggettività della scienza

²⁷ Anzi «non solo il nostro modo di vivere e il nostro modo di essere, ma l'esistenza stessa dell'umanità»: E. RIPEPE, *Una sovranità limitata per la ricerca scientifica*, cit., 79.

²⁸ H. JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica* (1979), ed. it. A cura di P.P. Portinaro, Einaudi, Torino 2009.

²⁹ V. R. BIN, *La Corte e la scienza*, in AA.VV., *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Atti del seminario di Parma svoltosi il 19 marzo 2004, a cura di A. D'Aloia, Giappichelli, Torino 2005, 9.

³⁰ G. GEMMA, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, in AA.VV., *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, cit., spec. 71 ss.

³¹ È aperta, com'è noto, la questione se i principi costituzionali siano norme o qualcosa che trascende le norme, come sostenuto dalle «teorie dei valori», che, pur nella varietà di accenti del vasto filone, sono accomunate dal fatto di vedere nell'elemento testuale costituzionale solo indizi di modelli assiologici metapositivi, ricavabili da svariati fattori straordinari (storia, coscienza sociale, etc.). In proposito: A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in

ed il sapere di eruditi specialisti potrebbero esaurire l'insieme delle valutazioni e delle scelte che, in un ordinamento fondato su una Costituzione ricca di principi, sono invariabilmente di natura assiologica³². Tra le evidenze scientifiche e il preorientamento assiologico sussiste uno scarto che non può essere azzerato neppure a seguire alcune propensioni tecnocratiche tipiche del nostro tempo.

La rinuncia a fare applicazione dei principi costituzionali coinvolti nella fattispecie – previa una loro sapiente composizione – di cui si ha una manifestazione nella sent. n. 84/2016, non è nemmeno del tutto in linea con i precedenti orientamenti seguiti dalla Corte costituzionale in circostanze simili, dai quali è emerso che «ogni qualvolta il riferimento a dati scientifici e tecnici si fa precario, il giudice (costituzionale) ricorre a giudizi di valore»³³.

Anche il rinvio ad un ipotetico momento futuro in cui l'avanzamento della ricerca scientifica produrrà delle conoscenze stabili appare illusorio, posto che, una volta venuto meno l'atteggiamento di fiducia positivista ottocentesco, è ormai matura (con Popper) la consapevolezza che il sapere scientifico è, per sua stessa definizione, sottoposto a verifica continua e ad incessante evoluzione.

Pol. dir., 1991, 639 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino 1992; ID., *La legge e la sua giustizia: tre capitoli di giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna 2008; B. CARAVITA, *Tra crisi e riforme. Riflessioni sul sistema costituzionale*, Giappichelli, Torino 1993; C. MEZZANOTTE, *Sulla nozione di indipendenza del giudice*, in AA.VV., *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, a cura di B. Caravita, Laterza, Roma-Bari 1994, spec. 6 ss.; F. MODUGNO, *I principi costituzionali supremi come parametro nel giudizio di legittimità costituzionale*, in F. Modugno-A.S. Agrò-A. Cerri, *Il principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino 2002, 247 ss.; ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli 2008; ID., *Interpretazione giuridica*, Cedam, Padova 2012.

Per le ricadute della questione sul metodo giuspositivistico, v., almeno, A. BALDASSARRE, *Miseria del positivismo giuridico*, in AA.VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Giappichelli, Torino 2005, I, 201 ss.; R. GUASTINI, *Sostiene Baldassarre*, in *RivistaAIC*, 13 lug. 2007 (di cui già *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano 2004, spec. 270 ss.) e la replica dello stesso B., *Una risposta a Guastini*, *ivi*, 21 nov. 2007; nonché i contributi di G.U. RESCIGNO, M. LUCIANI, F. MODUGNO, A. PACE, in AA.VV., *Interpretazione costituzionale*, a cura di G. Azzariti, Giappichelli, Torino 2007.

Ai fini dello svolgimento della presente riflessione, si ritiene persuasiva, quanto alla relazione tra principi costituzionali e valori, la posizione che vede nei primi il tramite positivo attraverso il quale essi acquistano rilievo nel mondo del diritto, senza tuttavia esaurirli mai del tutto: i valori dunque «non sono per se stessi norme», pur tuttavia valgono ad orientare l'attività dell'interprete. In questo senso, L. MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica*, in L. MENGONI-F. MODUGNO-F. RIMOLI, *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Giappichelli, Torino 2003 (p. 144 per le parole appena cit.) e A. COSTANZO, *L'argomentazione giuridica*, Giuffrè, Milano 2003, 50 ss.

³² Di un rapporto posto in termini di «compatibilità», di «co-esistenza» o ancora di «funzione» tra dimensione tecnica e dimensione assiologico-giuridica discorre S. PENASA, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale, la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *Pol. dir.*, 2/2015, 273. V. anche sul punto E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in *RivistaAIC*, 4/2015.

³³ G. D'AMICO, *I dubbi della scienza al vaglio della Corte costituzionale*, *cit.*, 264. Così, solo per riportare alla memoria un caso molto noto, è avvenuto nella questione di legittimità costituzionale relativa alla c.d. multiterapia Di Bella, decisa con la sent. n. 185/1998: ID., *Tecniche argomentative e questioni scientifiche controverse in materia di biodiritto*, *cit.*, 25 s. Dello stesso A. v. anche *La Corte e lo stato dell'arte (prime note sul rilievo del progresso scientifico e tecnologico nella giurisprudenza costituzionale)*, in AA.VV., *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, a cura di E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi, Giappichelli, Torino 2002, 431 ss.

Semmai va riconosciuto che il controllo sulla ragionevolezza del bilanciamento tra principi effettuato in sede legislativa è reso più complicato, in presenza di uno stato di dubbio scientifico, sotto un diverso, significativo profilo.

È un dato ormai acquisito nella riflessione sui principi costituzionali in generale (e sul loro impiego come parametri di validità delle leggi in particolare) che non sia solo il “valore” che consente l’inquadramento e la qualificazione in termini giuridici del “fatto”, ma che anche il “fatto”, interrogando il “valore” da una specifica, peculiare, talvolta inconsueta angolazione visuale, consente di trarre da esso risposte che altrimenti vi rimarrebbero celate³⁴. Poiché sono i fatti a gettar luce sui valori e a chiarire quale direttiva d’azione discende da essi nelle singole fattispecie concrete, l’impossibilità di fruire di un fermo punto di vista della scienza al riguardo di certi temi legati alle bio-tecnologie è in grado di incidere sull’applicazione che dei valori positivizzati nei principi costituzionali è chiamata a fare la Corte. La minore disponibilità di conoscenze utili al fine di soppesare, in un giudizio prognostico, l’idoneità delle scelte normative a concretizzare e ad inverare i beni costituzionalmente protetti può rendere difficoltoso, in altri termini, valutare quale sia la disciplina normativa che meglio si orienti verso la realizzazione della Carta fondamentale.

L’azionabilità dei valori positivizzati in principi come parametri nei giudizi sulle leggi *dipende*, in concreto, anche da una chiara ricostruzione delle condizioni di fatto rilevanti.

Questa difficoltà, se può rischiare di indebolirlo, non sembra però in generale in grado di inibire del tutto il ragionamento per valori, secondo la logica della ragionevolezza. È tipico dei giudizi di ragionevolezza e delle valutazioni di proporzionalità, congruità, adeguatezza che essi implicano, contemplare le graduazioni rispettive della tutela che ottengono nella reciproca composizione i beni assoggettati a bilanciamento: in omaggio a tali criteri, è possibile considerare legittimo il sacrificio, anche *integrale*, di un certo valore dotato della massima tutela, se ad esso corrisponde la salvaguardia di un bene, oltre che di pari rango, anche dotato di una *effettiva* percepibilità giuridica.

Pur dinanzi alle incertezze scientifiche legate agli esiti della sperimentazione vietata dall’art. 13, l. n. 40/2004, è proprio la “tenuità” del bene facente capo, per converso, agli embrioni soprannumerari crioconservati³⁵ che avrebbe potuto guidare la revisione in sede costituzionale della drastica scelta effettuata dal legislatore³⁶. Precisamente, mentre non appare irragionevole che la legge vieti la sperimentazione o la ricerca clinica sull’embrione (salvo che per la sua stessa tutela) e

³⁴ V. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino 1998, per cui la «realtà» è in grado di avanzare una «pretesa nei confronti del diritto» (161) e A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino 2014, 77 ss.

³⁵ Sulla tecnica in questione, quanto ai profili etici, v. in generale M. BALISTRERI, *Crioconservazione degli embrioni*, in AA.VV., *Dizionario di Bioetica*, a cura di E. Lecaldano, Laterza, Roma-Bari, 2002, 68 ss.

³⁶ Che «le Corti costituzionali esistano *anche* per risolvere casi che il legislatore “non vuole” o “non riesce” ad affrontare» è notato in generale da A. SPADARO, per il quale invece l’organo costituzionale di controllo nel caso di specie si limita a «*de-costituzionalizzare*» la questione, pur avendo i margini per un’additiva di principio, che sarebbe apparsa di gran lunga «preferibile»: *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice...* (nota a C. cost., sent. n. 84/2016), in *BioLaw Journal*, 2/2016, risp. 255, 259 e 266.

la produzione di embrioni a fini di ricerca o di sperimentazione³⁷, a conclusioni ben diverse è legittimo pervenire relativamente agli *spare embryos* ormai non più impiantabili, la cui conservazione «non prelude a nulla di apprezzabile dal punto di vista umano se non ad una fine inevitabile»³⁸.

L'aleatorietà della consistenza del bene sacrificato³⁹, davanti ai dubbi sull'utilità della sperimentazione, rappresenta pur sempre una *possibilità* per la ricerca scientifica – che d'altro canto non può mai garantire i suoi esiti o averne di precostituiti, se non negando la sua stessa ragion d'essere – che è qualcosa di maggior pregio assiologico della *certezza* della misera ed inevitabile fine dell'embrione sottoposto a congelamento.

4. *Dall'incertezza dell'etica comune e della scienza all'insicurezza giuridico-costituzionale?*

C'è da auspicare, in conclusione, non solo che la Corte ribalti la sua posizione sulla specifica questione oggi dichiarata inammissibile, ma *a fortiori* che non intenda generalizzare l'assetto in essa dato al rapporto tra diritto costituzionale, etica e scienza, rinunciando a fornire risposte di giustizia costituzionale tutte le volte in cui siano assoggettati al suo sindacato temi eticamente e scientificamente dibattuti. Questi, infatti, sono destinati in futuro ad accrescersi, data l'avanzata galoppante della bio-tecnologia, che ci pone nella condizione definita da Günther Anders come anti-utopia: se un tempo l'utopia consentiva all'uomo di immaginare situazioni che difficilmente si sarebbero realizzate, oggi al contrario l'essere umano ha già sotto gli occhi realtà che difficilmente poteva immaginare e che non è ancora pienamente pronto a fronteggiare⁴⁰.

Si delinea così un'altra fondamentale ragione che rende irrinunciabile un riesame della relazione anzidetta. Davanti agli spinosi e laceranti interrogativi che la bioetica pone, vi sarà infatti chi non potrà né posticipare indefinitamente l'assolvimento del compito di provvedere (come fa il legislatore), né rifugiarsi in uno sbrigativo e deresponsabilizzante *non liquet*, ma dovrà *comunque*

³⁷ Produzione così finalizzata che risulta espressamente vietata dalla Convenzione di Oviedo sulla biomedicina (art. 18). L'insuscettibilità degli embrioni umani ad essere considerati alla stregua di "beni", assoggettabili ad appropriazione, commercio o apposizione di brevetto, è stata di recente ribadita dalla Corte edu, sent. 27 ago. 2015, *Parrillo c. Italia*.

La misura della delicatezza del bilanciamento tra tutela della persona umana e libertà di ricerca scientifica, quando bisogna por mano alle scelte positive relative alla sperimentazione, è evidenziata da L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona*, cit., 181 ss.

³⁸ A. D'ALOIA, *op. cit.*, XXV s. Doveroso consentire la ricerca sugli embrioni in questa ipotesi anche per A. RUGGERI, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione*, cit., ma «in subordine rispetto alla loro donazione a finalità riproduttiva» (25); di diverso avviso, invece, G. RAZZANO, *Corte costituzionale n. 84 del 2016, sulla tutela dell'embrione e l'interesse della ricerca scientifica: una sentenza ispirata alla prudentia?*, in *BioLaw Journal*, 2/2016, 223 ss. e spec. 235 ss.

³⁹ Che l'interesse costituzionale che fronteggia quello legato alla ricerca scientifica sia nella specie solo «virtuale» è affermato anche da C. CASONATO, *Sensibilità etica*, cit., 162.

⁴⁰ In merito P. PORTINARO, *Il principio disperazione. Tre studi su Günther Anders*, Bollati Boringhieri, Torino 2003.

decidere. Questa scomoda posizione compete al giudice comune, su cui rimane addossato il gravosissimo carico di conciliare due condizioni contraddittorie: da una parte il dovere di rendere giustizia, con una sentenza risolutiva del caso, dall'altra l'«angoscia dell'incertezza»⁴¹. Anche in questo “letto di Procuste”, il giudice non manca di criteri di orientamento, dato che il processo è un luogo di risoluzione di conflitti sociali attraverso l'applicazione di principi giuridicamente vincolanti che costituiscono massime di giustizia possibile⁴².

Poiché il «sentiero per uscire dal labirinto delle controversie scientifiche» si trova «nella maggiore o minore compatibilità di una rappresentazione della realtà rispetto ad un valore positivizzato dotato di naturale forza espansiva»⁴³, la Corte costituzionale non dovrebbe astenersi dal pronunciarsi, anche con indicazioni generalissime, sulle questioni eticamente sensibili e scientificamente incerte, attualizzando i principi fondamentali dinanzi alle sfide aperte dalla bioetica, dalla bio-medicina e dalla bio-tecnologia. Non lascerebbe il giudice comune “solo” davanti alla schiacciante pressione del dover prendere una decisione su questioni laceranti senza la bussola delle *guide-lines* costituzionali ed eviterebbe di abdicare alla sua specifica funzione nell'ordinamento – di assicurare la certezza dei beni costituzionalmente sanciti e la loro più intensa tutela – proprio quando ve n'è più bisogno. Ancor più che al giudice comune, appartiene infatti all'organo di giustizia costituzionale la funzione di proteggere, concretizzare e alimentare i principi fondamentali in cui sono stati trasfusi i valori che si è inteso preservare nella nostra comunità civile.

⁴¹ G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 420, che nota come l'essere astretto in una simile “tenaglia” costituisca la peculiarità della posizione del giudice di fronte alle questioni scientificamente dubbie rispetto a quella degli altri poteri dello Stato (412).

Sull'impossibilità, per il giudice, di «indietreggiare o deflettere dal ruolo» che è chiamato a svolgere, pur nel «labirinto, tra fatto, scienza e valori», v. ora R. CONTI, *I giudici e il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Aracne, Roma 2013, 43 s.

⁴² L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 8.

⁴³ G. SILVESTRI, *op. cit.*, 421.