

## Libertà di ricerca scientifica e *parusia* della dignità umana (a proposito dei limiti alla sperimentazione sull’embrione)

Stefano Agosta\*

THE FREEDOM OF SCIENTIFIC RESEARCH AND HUMAN DIGNITY: ON THE LIMITS TO EMBRYO EXPERIMENTATION

ABSTRACT: Provided in the theoretical constitutional model, the freedom of scientific research has gone over time towards a gradual metamorphosis in concrete case-law experience: initially, in an “individual” sense, moving from a mere demand of the individual in an omissive sense to a real request of positive behaviour of the State. However, the freedom of scientific research has received a decisive push in the direction of the gradual achievement of a collective dimension, mainly from the therapeutic revolution, first, and from the biological one, after (even if in the constitutional case-law this evolution has begun to be seen already starting from the decisions on experimental anticancer therapies). With the delicate balancing between the collective interest in scientific research and other needs worthy of protection, nevertheless, the Constitutional Court has specifically dealt only very recently with regard to experimentation on supernumerary embryos. In particular, on that occasion, the dignity of the embryo, on the one hand, seems to strengthen its protection for the future, but on the other hand, seems to be even contradictory (especially with regard to other precedent decisions).

KEYWORDS: Freedom of scientific research; human dignity; embryo; experimentation

SOMMARIO: 1. Dal diritto costituzionale *vigente* a quello *vivente*: segni di una progressiva metamorfosi della libertà di ricerca scientifica – 2. Ricerca scientifica e dimensione collettiva: *an* (statico) e *quomodo* (dinamico) all’indomani della c.d. rivoluzione biologica – 3. Un ingombrante *pieno* dopo un duraturo *vuoto*: la più recente giurisprudenza costituzionale in tema di sperimentazione sugli embrioni c.d. soprannumerari – 4. Per la dignità *tout court* dell’embrione un percorso argomentativo ad ostacoli (dopo la *parusia*)

### 1. Dal diritto costituzionale *vigente* a quello *vivente*: segni di una progressiva metamorfosi della libertà di ricerca scientifica

differenza di altre Carte fondamentali come quella statunitense – che non ne ha assegnato il riconoscimento a previsioni *ad hoc*, accontentandosi di ricondurla nell’alveo di altri diritti costituzionalmente tutelati (quali, ad esempio, il *due process* e l’*equal protection*)<sup>1</sup> – alla libertà della

\* Professore associato di Diritto costituzionale nell’Università degli Studi di Messina. Mail: [stefano.agosta@unime.it](mailto:stefano.agosta@unime.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

<sup>1</sup> Così, R. BIN, *Libertà della ricerca scientifica in campo genetico*, in [www.robertobin.it](http://www.robertobin.it), 1.

scienza la Costituzione italiana ha com'è noto dedicato espressa copertura<sup>2</sup>. Al riparo da ogni prevaricazione autoritaria tipica di taluni regimi, nel diritto costituzionale *vigente* l'interesse *individuale* alla ricerca/trasmisione della verità scientifica (o di «microverità scientifiche»<sup>3</sup>) si è anzitutto tradotto in libertà *negativa* dell'individuo. La scultorea disposizione che «L'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento» di cui all'art. 33, comma 1, Cost. è stata così convertita nella più classica delle pretese *omissive* del cittadino<sup>4</sup>: a che, cioè, quest'ultimo fosse lasciato libero dall'ordinamento statale di godere dello «*status negativus*» del ricercare e, eventualmente, trasmettere ad altri quanto elaborato, «libere» non essendo soltanto «le scienze della natura (le cosiddette *Naturwissenschaften*), ma anche le scienze applicate e le altre scienze come la filosofia, la teologia, la giurisprudenza, le diverse scienze sociali: in una parola le scienze dello spirito (le *Geisteswissenschaften*)»<sup>5</sup>.

Da questo punto di vista, non troppo dissimili tra di loro appaiono, perciò, le previsioni di cui agli artt., rispettivamente, 33, comma 1, Cost. e 13, Carta di Nizza-Strasburgo laddove, oltre al doveroso ossequio richiesto dalla libertà accademica, quest'ultimo ha come si sa imposto appunto la libertà dell'arte e della ricerca scientifica<sup>6</sup>. Riconosciuta dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea al cittadino europeo in quanto tale, suddetta libertà ha finito con l'integrare non solo quella individuale del singolo ricercatore *tout court* (intesa come diritto di svolgere liberamente la propria attività di ricerca) ma anche la libertà nei rapporti che costui fisiologicamente intrattiene con le istituzioni politiche così come, pure, con la stessa società<sup>7</sup>. A questo riguardo, non difficile sarebbe quindi intravedere nella libertà *ex art. 13* della Carta di Nizza un'espressione di tutela anche per la collettività, «direttamente collegata alla libertà di pensiero, di cui al precedente art. 10 della Carta, e cioè come garanzia di autonomia della ricerca scientifica, in stretta correlazione con il rispetto della

<sup>2</sup> Tra i più risalenti contributi di autorevole dottrina in materia, v. almeno M.S. GIANNINI, *L'organizzazione della ricerca scientifica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1966, 59 ss.; M. NIGRO, *Lo Stato italiano e la ricerca scientifica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1972, 740 ss.; F. MERUSI, *Commento dell'art. 9*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Artt. 1-12*, Bologna-Roma, 1975, 436 ss.; A. MURA, *Commento degli artt. 33 e 34*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Artt. 29-34*, Bologna-Roma, 1976, 229 ss.

<sup>3</sup> Così, già A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, Milano, 1994, 135 ss.

<sup>4</sup> Cfr. S. LABRIOLA, *Libertà di scienza e promozione della ricerca*, Padova, 1979, 90 ss.; F. MERLONI, *Autonomia e libertà nel sistema della ricerca scientifica*, Milano, 1990; A. ORSI BATTAGLINI, *Libertà scientifica, libertà accademica e valori costituzionali*, in AA.VV., *Nuove dimensioni nei diritti di libertà (Scritti in onore di P. Barile)*, Padova, 1990, 89 ss.; A. CERRI, *Arte e scienza (libertà di)*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1991; G. ENDRICI, *Poteri pubblici e ricerca scientifica*, Bologna, 1991; L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona*, Napoli, 1993, *passim*; G. ENDRICI, *La ricerca scientifica*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II, Milano, 2003, 1417 ss.; A. CERRI, *Diritto e scienza: indifferenza, interferenza, protezione, promozione, limitazione*, in G. COMANDÉ, G. PONZANELLI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004, 365 ss.; F. RIMOLI, *Le libertà culturali*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, III, Torino, 2006, 899 ss.; M. BONINI, *La "libertà" di ricerca dallo "stato sociale nazionale" al "welfare di mercato europeo"*, in L. DEGRASSI (a cura di), *La ricerca scientifica tra stato e mercato*, Napoli, 2014; F. BILANCIA, *La libertà della scienza e della ricerca: attualità della riflessione di Andrea Orsi Battaglini*, in *Diritto pubblico*, 3, 2016, 177 ss.

<sup>5</sup> Così, D. NOCILLA, *La libertà della scienza nell'art. 33 della Costituzione*, in [www.bibliotecaprovinciale.foggia.it](http://www.bibliotecaprovinciale.foggia.it), 2005, spec. 182.

<sup>6</sup> Sul punto, *ex plurimis*, R. BIN, E. CARDIN, *Art. 13. Libertà delle arti e delle scienze*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, 262 ss.

<sup>7</sup> Così, quasi testualmente, G. BISOGNI, *Orizzonti scientifici e nuovi diritti della persona*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu), 2014, 9 cui si rinvia anche per la citazione successiva.

libertà accademica e come garanzia di qualità della ricerca europea perché connotata come ricerca scientifica libera».

Lasciato ad ogni modo alla sola copertura dell'art. 33, comma 1, Cost. il modello teorico di ricercatore desumibile dal dettato costituzionale – vale a dire isolatamente considerato e ripiegato sui propri studi – avrebbe tuttavia rischiato di offrire una visione quantomeno non fedele (quando non del tutto deviante e distorta) dello stesso affresco costituzionale il quale, anche dalla peculiare prospettiva ora assunta, richiedeva di essere piuttosto esaminato nella sua più genuina visione di insieme<sup>8</sup>. Sotto questo aspetto, non può così trascurarsi come la disposizione sin qui richiamata sia stata fatta in realtà sistematicamente precedere dalla (non meno rilevante) previsione di cui all'art. 9, comma 1, Cost. Avendo emblematicamente imposto alla Repubblica il compito di promuovere la ricerca scientifica e tecnica quale vero e proprio *valore* culturale, la Carta fondamentale ha finito in tal modo per completare l'originario principio *negativo* della libertà della scienza e della ricerca scientifica (che della prima non può che fare da fisiologico *pendant*) con la più avanzata pretesa *commissiva* a che lo Stato-apparato si impegni ad apprestare per il cittadino la libertà dei mezzi e delle istituzioni di ricerca<sup>9</sup>.

Se queste – molto succintamente illustrate – sono state le linee di tendenza grossomodo emergenti in astratto, è soprattutto nel diritto costituzionale *vivente* che andrebbero tuttavia ricercati i segnali di una (seppure ancora timida ed embrionale) metamorfosi dell'originario interesse *individuale* alla ricerca scientifica verso la sua speculare dimensione, per così dire, *collettiva*. Da una prospettiva precipuamente giuridica, è in effetti noto come – nell'interpretazione giurisprudenziale andata progressivamente impiantandosi nel corso degli anni – «in diverse circostanze la tutela della libertà 'negativa' del cittadino privato si è progressivamente estesa sino alla protezione degli interessi della collettività che dell'esercizio di quel diritto avrebbe potuto beneficiare, e che gli interessi della collettività ben possono concretarsi alla fine nel diritto di ogni suo membro»<sup>10</sup>. Assai emblematica, in tal senso, è ad esempio stata quella sorta di “inseminazione costituzionale” che ha nel tempo interessato le libertà, rispettivamente, di insegnamento e di manifestazione del pensiero. Allorquando, cioè, il felice *in-nesto* del sopravvenuto interesse generale all'istruzione (così come, pure, alla manifestazione del pensiero) nell'originario *tronco* dei connessi diritti nella loro dimensione individuale originaria ha finito per generare, poi, non secondari e duraturi *frutti*: quale, appunto, la pretesa di ciascuno di accedere all'insegnamento e di godere dell'istruzione<sup>11</sup>, per un verso, e quella ad un genuino e garantito di-

<sup>8</sup> Così, S. AGOSTA, Voce *Libertà della scienza*, in A. MORELLI, L. TRUCCO (a cura di), *Diritti e autonomie territoriali*, Torino, 2014, part. 474.

<sup>9</sup> Così, nuovamente, R. BIN, *op. cit.*, 1.

<sup>10</sup> In tal senso, ancora, R. BIN, *op. cit.*, 13 (cui si rinvia anche per le considerazioni immediatamente successive del presente paragrafo).

<sup>11</sup> Cfr. M. COCCONI, *Il diritto europeo dell'istruzione. Oltre l'integrazione dei mercati*, Milano, 2006, 306 ss. Più di recente, v. L. FLORE, *Autonomia ed organizzazione del sistema scolastico italiano*, 107 ss., G. MATUCCI, *Il diritto a una didattica individualizzata e personalizzata*, 298 ss. e G. GALAZZO, «*Obbligatoria e gratuita*»: riflessioni in ordine alla natura sociale del diritto all'istruzione, 325 ss., tutti in G. MATUCCI, F. RIGANO (a cura di), *Costituzione e istruzione*, Milano, 2016. Inoltre, v. G. MATUCCI, *Dall'inclusione all'universalizzazione. Itinerari di sviluppo della scuola della Costituzione*, 21 ss. e I. CIOLLI, *I diritti sociali e la crisi*, 92 ss. entrambe in G. MATUCCI (a cura di), *Diritto all'istruzione e inclusione sociale. La scuola «aperta a tutti» alla prova della crisi economica*, Milano, 2019, 21 ss. e 92 ss.

ritto all'informazione<sup>12</sup> (in quanto tale richiedente l'effettivo intervento del potere pubblico a garanzia del pluralismo informativo)<sup>13</sup>.

Al di là della tradizionale riconducibilità pratica della libertà di ricerca scientifica alla più ampia categoria di quella di manifestazione del pensiero (in termini cioè di *species*, talora ritenuta particolare talaltra privilegiata, di quest'ultimo *genus*) – per passare al diverso piano scientifico – se vi è un fenomeno che, più di ogni altro, potrebbe indurre a ripensare la stessa pretesa costituzionale alla ricerca scientifica non solo nei termini *angusti* (e a conti fatti, forse, asfittici) della dimensione *individuale* ma pure in quelli *estensivi* (e più marcatamente solidaristici) di quella *collettiva* (vale a dire di ciascun consociato a rivendicare di giovare dei risultati della ricerca stessa) questo potrebbe essere storicamente dato dall'avvicinarsi degli effetti, anche nel nostro paese, della c.d. rivoluzione *terapeutica*, prima, e di quella c.d. *biologica*, dopo<sup>14</sup>.

## 2. Ricerca scientifica e dimensione collettiva: *an* (statico) e *quomodo* (dinamico) all'indomani della c.d. rivoluzione biologica

A parte le epocali scoperte mediche che, nel breve lasso di poco più di un ventennio del XX secolo, hanno per l'appunto letteralmente "rivoluzionato" il trattamento e la cura di non poche patologie fino a quel momento note per gli esiti quasi sempre infausti<sup>15</sup>, una vigorosa accelerazione a quel lento (seppure non poco atteso e, probabilmente, fisiologico) processo di progressiva *collettivizzazione* dell'interesse alla ricerca scientifica l'ha probabilmente impressa la successiva rivoluzione biologica: dal momento, in altre parole, che essa ha gradualmente schiuso al genere umano complessivamente considerato le c.d. tre padronanze<sup>16</sup> (fra cui, precisamente, quella dell'*ereditarietà*<sup>17</sup>).

<sup>12</sup> In oggetto, E. CHELI, *Libertà di informazione e pluralismo informativo negli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *Poteri garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione. Scritti per Giovanni Grotanelli de' Santi*, I, Milano, 2007, 1405 ss.; M. OROFINO, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti. Il dinamismo dei diritti in una società in continua trasformazione*, Torino, 2014, spec. 112 e 116 *ma passim*; P. CARETTI, A. CARDONE, *Diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era della convergenza tecnologica*, Bologna, 2019, 52 ss.

<sup>13</sup> Così, sempre R. BIN, *ibidem*.

<sup>14</sup> Cfr., *ex plurimis*, J. BERNARD, *De la Biologie à l'éthique*, Parigi, 1990, 22, cit. in E. SGRECCIA, *Manuale di bioetica*, I, *Fondamenti ed etica biomedica*, Milano, 2007, 47; G. ZAMBONI, *Clonazione Riproduttiva e Terapeutica fra Etica e Scienza. Il fascino del doppio e il sogno dell'immortalità*, Verona, 2004, 21; J. LE FANU, *Ascesa e declino della medicina moderna*, Milano, 2005, 14; L. TUNDO FERENTE, *La bioetica fra agire etico e agire tecnico*, in L. TUNDO FERENTE (a cura di), *Etica della vita: le nuove frontiere*, Bari, 2006, 9.

<sup>15</sup> Così, quasi testualmente, S. AGOSTA, *Tra regole tecnico-scientifiche e trattamenti medici: quel che resta per le fonti del diritto al tempo delle biotecnologie*, in P. BONETTI, A. CARDONE, A. CASSATELLA, F. CORTESE, A. DEFFENU, A. GUAZZAROTTI (a cura di), *Spazio del potere e spazio della tecnica nella tutela dei diritti sociali*, Roma, 2014, 31 ss.

<sup>16</sup> In tal senso, spec. J. BERNARD, cit. in J. POUSSON-PETIT, *Procréation artificielle dans les pays romanistes*, in M.T. MEULDERS-KLEIN, R. DEECH, P. VLAARDINGERBROEK (a cura di), *Biomedicine, the Family, and Human Rights*, The Hague (Netherlands), 2002, 515.

<sup>17</sup> Mettendo per il momento da parte la padronanza, rispettivamente, della *riproduzione* e dell'*apparato nervoso*, in questa sede non può non rilevare – proprio per le notazioni che si stanno per svolgere *infra* – la possibilità di modificare, in tutto od in parte, il patrimonio genetico di un individuo: così, S. AGOSTA, *Spingersi dove neppure alle più avanzate acquisizioni tecnico-mediche è consentito: la sfida del diritto all'epoca della rivoluzione biologica*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 1, 2014, 1 ss.

Senza potersi per il momento diffondere su un punto che meriterebbe ben più spazio di quanto non sia adesso possibile, ai fini del presente contributo basterà semplicemente ricordare come per assistere al primo, timido, affaccio di una dimensione in senso *anche* collettivistico della richiamata pretesa alla ricerca – intesa pure come «diritto a che si faccia scienza»<sup>18</sup> – anche nell’esperienza italiana, potrebbe non inutilmente già richiamarsi la ormai risalente giurisprudenza sul celebre multitrattamento “Di Bella”<sup>19</sup>. Allorquando, cioè, per dichiarare l’illegittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 2, comma 2, ult. prop., e 3, comma 4, D.L. n. 23/1998, *Disposizioni urgenti in materia di sperimentazioni cliniche in campo oncologico e altre misure in materia sanitaria* – nella parte in cui non si prevedeva l’erogazione a carico del servizio sanitario nazionale dei medicinali impiegati nella cura delle patologie tumorali<sup>20</sup> a favore di coloro che versassero in condizioni di insufficienti disponibilità economiche<sup>21</sup> – la Corte non mancò nell’occasione di rimarcare pure come fosse proprio «nei casi di esigenze terapeutiche estreme, impellenti e senza risposte alternative, come quelle che si verificano in alcune patologie tumorali» che andasse «considerato che dalla disciplina della sperimentazione, così prevista, [scaturivano] indubbiamente *aspettative* comprese nel *contenuto minimo* del diritto alla salute»<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> Così, A. ORSI BATTAGLINI, *Libertà scientifica, libertà accademica e valori costituzionali*, cit., spec. 98, richiamato da R. BIN, *op. cit.*, 11.

<sup>19</sup> In oggetto, tra i tanti, C. ANNECCHIARICO, G. FRANCE, *Il caso Di Bella dinanzi alla Consulta: profili giuridici, economici e di efficacia clinica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 11, 1998, 1037; A. ANZON, *Modello ed effetti della sentenza costituzionale sul «caso Di Bella»*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 1998, 1528 ss.; M. BONA, A. CASTELNUOVO, *Il «caso Di Bella» e le nuove frontiere del diritto costituzionale alla salute: quali limiti al c.d. «diritto alla libertà terapeutica»?*, in *Giurisprudenza italiana*, 4, 1998, 1148; C. GUGLIELMELLO, *L’irragionevolezza della disciplina del “metodo Di Bella”*, in *Giustizia civile*, 6, 1998, 1741; D. MICHELETTI, *La speciale disciplina del multitrattamento Di Bella*, in *Diritto penale e processo*, 6, 1998, 694; M. PROTTO, *Nihil magis aegris prodest quam ab eo curari, a quo volunt: il giudice amministrativo e il caso di Bella*, in *Giurisprudenza italiana*, 1998, 1 ss.; M. BERTOLISSI, *La Corte costituzionale chiude il “caso Di Bella”?*, in *Corriere giuridico*, VIII, 1999, 962; C. COLAPIETRO, *La salvaguardia costituzionale del diritto alla salute e l’effettività della sua tutela nella sperimentazione del “multitrattamento Di Bella”*, in *Giurisprudenza italiana*, I, 1999, 1 ss.; M. GIANNUZZI, *Il “multitrattamento Di Bella” tra sperimentazione ufficiale e tutela giurisdizionale del diritto alla salute*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 4, 2000, 306; S. GLINIANSKI, *Il diritto alla libertà terapeutica negli orientamenti delle magistrature civile, amministrativa e costituzionale*, in *Rassegna di diritto civile*, 1, 2000, 132; F. PATRUNO, *Ancora su Costituzione, diritto alla salute e somministrazione gratuita di farmaci*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2000, 1891 e *Id.*, *Una strada dalla quale non si torna indietro... sugli sviluppi giurisprudenziali in merito alla cura Di Bella e oltre*, in *Giurisprudenza di merito*, I, 2000, 34; F. GIUNTA, *Il caso Di Bella: libera sperimentazione terapeutica e responsabilità penale*, in *Diritto penale e processo*, 9, 2006, 1135 ss.

<sup>20</sup> ... per le quali era stata disposta la sperimentazione di cui all’art. 1, D.L. n. 23, cit.

<sup>21</sup> ... e secondo i criteri stabiliti dal legislatore oltre che nei limiti oggettivi, soggettivi e temporali di cui alla motivazione della stessa pronuncia citata.

<sup>22</sup> Cfr. sent. n. 185/1998 (punto 9 *cons. dir.*) (corsivi non testuali): e ciò evidentemente perché – pur non sottintendendo, «certo, un “riconoscimento della utilità di impiego” dei medicinali compresi nel multitrattamento (art. 1)» – «la determinazione del legislatore di avviare la sperimentazione di un complesso di sostanze e l’autorizzazione al loro impiego nei confronti di altri soggetti estranei alla sperimentazione, prima che [fossero] noti gli esiti di essa (in deroga alla regola posta dal comma 1 dell’art. 3 del decreto-legge n. 23) [...] [costituivano], però, un “fatto legislativo” che [aveva] una sua oggettività, tale da differenziarlo da un qualsiasi mero “fatto sociale” spontaneo».

Se a tale (seppur peculiare e circostanziato<sup>23</sup>) precedente provano ad affiancarsi una serie di non secondari *decisa*<sup>24</sup> da cui variamente sembrerebbe affiorare un'apprezzabile dimensione costituzionale dell'interesse alla ricerca scientifica<sup>25</sup> – *a fortiori* se servente proprio il (o, come che sia, comunque collegabile o collegato al) diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost.<sup>26</sup> – ecco che il vero nodo che *pro futuro* richiede con molta urgenza di essere affrontato, e al più presto sciolto, riguarda non solo, o non tanto, l'*an* ricostruttivo *statico* dell'interesse alla ricerca in termini anche collettivi e generali quanto il limite che tale pretesa nel suo *quomodo dinamico* inevitabilmente incontra nel necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente meritevoli di tutela di cui, ad esempio, agli articoli, rispettivamente, 3, 9, comma 2, 14, 15, 41 e 42 Cost.<sup>27</sup>. Nel precipuo caso del diritto alla salute in particolare, la già delicata questione si farebbe poi – se possibile – ancor più scottante e controversa: se è vero, difatti, che l'art. 32 Cost. impone alla Repubblica di tutelare la salute non solo nella sua dimensione di «fondamentale diritto dell'individuo» ma, pure, in quella generale di «interesse della collettività», è pur vero che «la legge non può in nessun caso violare», com'è noto «i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

Della controversa problematica sul tappeto, invero, la Consulta è tornata *funditus* ad occuparsi non molto tempo addietro dopo averla appena semplicemente sfiorata, come si ricorderà, nel lontano 2005 con le sentt. nn. 46 e 49<sup>28</sup> con cui dichiarò ammissibile la richiesta di referendum popolare per l'abrogazione, rispettivamente, degli artt. 12, comma 7<sup>29</sup>, 13, comma 2<sup>30</sup>, 13, comma 3, lett. c)<sup>31</sup>, 14, comma 1<sup>32</sup> nonché degli artt. 4, comma 3, 9, commi 1<sup>33</sup> e 3<sup>34</sup>, 12, commi 1 e 8<sup>35</sup>, l. n. 40/2004, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*<sup>36</sup>. Chiamato in particolare a pronunciarsi

<sup>23</sup> ... al solo accesso gratuito, vale a dire, ad una sperimentazione scientifica che il legislatore aveva limitato ed in cui molti ammalati fiduciosamente riponevano le proprie speranze di sopravvivenza.

<sup>24</sup> Puntualmente richiamati da R. BIN, *op. cit.*, 11.

<sup>25</sup> Così, *ex multis*, sentt. nn. 500/1993, 201/1995, 423/2004,

<sup>26</sup> In tal senso, sent. n. 569/2000.

<sup>27</sup> Sul punto, F. MERUSI, *Commento dell'art. 9, cit.*, 436 ss.; H. JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Francoforte, 1979, *passim*.

<sup>28</sup> Sulle quali, *ex plurimis*, v. almeno E. LAMARQUE, *Ammissibilità dei referendum: un'altra occasione mancata*; S. PENASA, *L'ondivaga categoria delle leggi "a contenuto costituzionalmente vincolato" Fuga dal referendum: "Comitati del no" e Governo a Corte*; A. PUGIOTTO, *Fuga dal referendum: "Comitati del no" e Governo a Corte* e A. RUGGERI, *Tutela minima" di beni costituzionalmente protetti e referendum ammissibili (e... sananti) in tema di procreazione medicalmente assistita*, tutti in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) nonché A. DI BLASI, *I limiti della tutela del concepito tra Corte di Cassazione e Corte costituzionale*, in [www.constituzionalismo.it](http://www.constituzionalismo.it), 3, 2004 e V. SATTA, *Scompare definitivamente la distinzione tra leggi costituzionalmente necessarie e leggi a contenuto costituzionalmente vincolato? Uno sguardo d'insieme alle sentenze sui referendum del 2005*, in [www.amministrazioneincammino.it](http://www.amministrazioneincammino.it).

<sup>29</sup> ... limitatamente alle parole «discendente da un'unica cellula di partenza, eventualmente».

<sup>30</sup> ... nei limiti dell'espressione «ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative».

<sup>31</sup> ... con riferimento all'inciso «di clonazione mediante trasferimento di nucleo o».

<sup>32</sup> ... limitatamente alle parole «la crioconservazione e».

<sup>33</sup> ... nei limiti dell'espressione «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3».

<sup>34</sup> ... con riferimento all'inciso «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3».

<sup>35</sup> ... limitatamente alla parola «1».

<sup>36</sup> Già allora – a ridosso, quindi, dell'approvazione della l. n. 40/2004 – nel chiedere che la richiesta di abrogazione referendaria parziale fosse dichiarata inammissibile, la stessa Avvocatura generale dello Stato aveva ad esempio ritenuto che (seppure avessero fatto negli ultimi anni enormi progressi) la medicina e la biologia si fossero tuttavia

sull'ammissibilità delle richieste referendarie riguardanti alcune parti degli artt. 12, 13 e 14 – e miranti «ad ampliare la possibilità di ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni con finalità terapeutiche e diagnostiche, sia attraverso la rimozione dei limiti di cui all'art. 13, comma 2, sia attraverso l'eliminazione dei divieti di clonazione mediante trasferimento di nucleo e di crioconservazione, in quanto procedure strumentali alle tecniche di utilizzo delle cellule staminali»<sup>37</sup> – con la prima delle due sentt. citate il giudice delle leggi non solo escluse, com'è noto, che le disposizioni oggetto del quesito potessero ritenersi a contenuto costituzionalmente vincolato, o necessario<sup>38</sup> ma riconobbe, altresì, che i suddetti quesiti neppure contrastassero coi principi di cui, rispettivamente, alla Convenzione di Oviedo ed all'art. 1, Prot. addizionale<sup>39</sup>.

Seppure il giudizio di ammissibilità notoriamente si presenti, difatti, «con caratteristiche specifiche ed autonome nei confronti degli altri giudizi riservati a questa Corte, ed in particolare rispetto ai giudizi sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti con forza di legge»<sup>40</sup> – non potendo quindi essere «in discussione in [quella] sede la valutazione di eventuali profili di illegittimità costituzionale della legge n. 40 del 2004, né [era quella], parimenti, la sede di un giudizio sulla legittimità costituzionale dell'eventuale disciplina di risulta derivante dall'effetto abrogativo del referendum»<sup>41</sup> – di non secondario rilievo rimane comunque il fatto che la Consulta non ha ritenuto in quell'occasione di aderire alla tesi dell'inammissibilità del quesito referendario pure vigorosamente sostenuta dall'Avvocatura dello Stato.

---

spinte troppo «oltre i confini segnati dalla dignità della persona umana, nei cui confronti la manipolazione genetica [poteva] risolversi in un'insopportabile lesione». L'esigenza «di civiltà» di «contemperare i numerosi interessi coinvolti meritevoli di tutela, che [andavano] dall'aspirazione alla procreazione, alla salute, alla ricerca scientifica, alla dignità della persona umana» anche a livello sopranazionale, d'altro canto, sembrava prepotentemente emergere tanto dalla *Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina* – sottoscritta a Oviedo il 4 aprile 1997 (ed il relativo Protocollo addizionale del 12 gennaio 1998, n. 168) e ratificata dall'Italia con la l. n.145/2001 – quanto dalla dir. 98/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 luglio 1998 sulla *Protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche*. Mentre la *Convenzione di Oviedo* – sottolineato il valore della dignità umana ed affermato che l'interesse dell'essere umano doveva prevalere su quello della scienza – disponeva difatti una serie di proibizioni (spec. di produzione di embrioni umani al fine della ricerca) imponendo altresì un'adeguata tutela qualora la legge avesse ammesso la ricerca sugli embrioni *in vitro* (ed il successivo Prot. addizionale aggiungeva il divieto di clonazione di esseri umani), la seconda inibiva, tra gli altri, la brevettabilità dei procedimenti di clonazione di esseri umani, di modificazione dell'identità genetica germinale dell'essere umano così come, pure, le utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali [così, quasi testualmente, la memoria depositata in data 31 dicembre 2004 richiamata da sent. n. 49/2005. (punto 3 *rit. fatto*)].

<sup>37</sup> ... «fermo restando tuttavia il divieto di realizzare processi volti ad ottenere un essere umano identico, quanto al patrimonio genetico nucleare, ad un altro essere umano in vita o morto»: cfr. sent. n. 46/2005 (punto 2 *cons. dir.*).

<sup>38</sup> ... così da sottrarsi alla possibilità di abrogazione referendaria.

<sup>39</sup> ... il divieto da quest'ultimo disposto avendo ad oggetto i soli interventi diretti ad ottenere un essere umano geneticamente identico ad un altro essere umano vivente o morto i quali sarebbero rimasti vietati anche alla stregua dell'eventuale normativa di risulta: così, sent. n. 46/2005 (punto 4.1 *cons. dir.*).

<sup>40</sup> Cfr. sent. n. 46/2005 (punto 3 *cons. dir.*) richiamando, tra le molte, le sentt. nn. 251/1975, 16/1978: cfr., a tal proposito, M.P. IADICICCO, *La «scelta tragica» sul destino degli embrioni non impiantati tra discrezionalità del legislatore e vaglio del giudice costituzionale*, in *BioLaw Journal*, 2, 2016, 184.

<sup>41</sup> Cfr. ancora sent. n. 46/2005 (*ibidem*) rificendosi, tra le altre, alle sentt. nn. 24/1981, 26/1987.

### 3. Un ingombrante *pieno* dopo un duraturo *vuoto*: la più recente giurisprudenza costituzionale in tema di sperimentazione sugli embrioni c.d. soprannumerari

Alla luce di quanto appena visto al par. precedente, nessuno degli argomenti pure addotti a favore della dichiarazione di inammissibilità del quesito relativo generale al divieto di sperimentazione sugli embrioni è parso convincere la Corte «attesa la probabile incostituzionalità delle norme che si [volevano] abrogare, lesive degli artt. 9 e 33 della Costituzione e del diritto alla salute, in quanto l'impossibilità di utilizzare gli embrioni sacrifica[va] la ricerca scientifica finalizzata alla cura delle malattie genetiche»<sup>42</sup>: non l'argomento della «mancata richiesta di abrogazione di altre disposizioni indissolubilmente legate a quelle che si sarebbero volute eliminare»<sup>43</sup> ma, nemmeno, quello dell'«intrinseca contraddittorietà» di una richiesta mirante a consentire la produzione di embrioni a fini sperimentali e non riproduttivi senza contestualmente prevedere l'abrogazione dell'art. 13, commi 1 e 3, lett. a), l. n. 40/2004<sup>44</sup> (oltre al fatto che le previsioni considerate avrebbero *ex se* costituito diretta «attuazione di precetti derivanti da norme internazionali o, comunque, strettamente collegate con queste ultime»<sup>45</sup>).

Da quell'ormai distante precedente (e dal fallimento, com'è noto, della successiva prova referendaria) dovrà così spalancarsi un vuoto temporale di più di dieci lunghi anni – solo in parte colmato da Corte EDU, *Grand Chambre*, caso *Parrillo c. Italia* (27 agosto 2015)<sup>46</sup> – prima che il Tribunale costituzionale torni nuovamente sul delicato equilibrio tra la promozione della ricerca scientifica finalizzata alla tutela della salute (individuale e collettiva) e la protezione dell'embrione<sup>47</sup>, pronunziandosi su «uno degli aspetti più irragionevoli, ed ideologici», della l. n. 40/2004<sup>48</sup> e, in particolare, sulla controversa questione della sorte degli embrioni c.d. soprannumerari. Tra tutti quelli crioconservati, cioè, ci si riferisce in particolare solo a quegli embrioni selezionati con diagnosi genetica preimpianto e scartati giacché ritenuti inadatti all'impianto nell'utero (a motivo delle «condizioni intrinseche e patologiche» di cui sono portatori per cui il loro impianto avrebbe potuto gravemente incidere sulle condizioni di salute stesse della madre<sup>49</sup>). Invitata dal giudice remittente a temperare l'originaria assolutezza del divieto di qualsiasi ricerca clinica o sperimentale sull'embrione che non fosse finalizzata alla

<sup>42</sup> Come avrebbe *ex adverso* voluto, invece, il Comitato promotore del referendum dell'epoca: così, sent. n. 46/2005 (punto 3 *rit. in fatto*).

<sup>43</sup> ... con l'inevitabile (ed incompatibile con la tutela dei diritti del concepito) esito della «piena» ed incondizionata «liberalizzazione della ricerca scientifica»: così, sent. n. 46/2005 (punto 4 *rit. in fatto*).

<sup>44</sup> ... laddove vietavano, rispettivamente, «qualsiasi sperimentazione sull'embrione e la produzione di embrioni a fini di ricerca»: così, sent. n. 46/2005 (*ibidem*).

<sup>45</sup> Cfr., ancora, sent. n. 46/2005 (*ibidem*).

<sup>46</sup> Su cui, tra i tanti, L. POLI, *La sentenza Parrillo c. Italia e quello che la Corte (non) dice sullo status dell'embrione*, in [www.sidiblog.org](http://www.sidiblog.org), 22 settembre 2015; M. D'AMICO, *La Corte europea come giudice "unico" dei diritti fondamentali? Note a margine della sentenza, 27 agosto 2015, Parrillo c. Italia*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 29 settembre 2015; V. TIGANO, *Divieto di sperimentazione sugli embrioni umani e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 30 settembre 2015.

<sup>47</sup> In oggetto, E. CHEREGATO, *La resistenza del divieto di donazione di embrioni alla ricerca scientifica tra margine di apprezzamento europeo e deferenza al legislatore*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 4 giugno 2016, 1.

<sup>48</sup> Sul punto, M. D'AMICO, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, in *BioLaw Journal*, 2, 2016, 171.

<sup>49</sup> Così, M.P. IADICICO, *op. cit.*, 191.

tutela dello stesso – almeno nel limitato caso, appunto, di embrioni non più impiegabili a fini procreativi e, come tali, irrimediabilmente destinati a rapida estinzione – com'è noto con sent. n. 84/2016<sup>50</sup> la Corte ha tuttavia dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, commi 1, 2 e 3, l. n. 40/2004 per contrasto con gli artt. 2, 3, 9, 13, 31, 32 e 33, comma 1, Cost.

Lasciando per il momento ad altra sede la disamina delle non secondarie indicazioni che sul piano del rapporto tra poteri la richiamata pronunzia pure sembra aver profuso (specie sul rinnovato ruolo di Consulta e legislatore intorno alle questioni eticamente controverse<sup>51</sup>) e soffermandosi adesso solo su quello dei diritti, sin da subito è apparso evidente come il giudice delle leggi non abbia voluto (o potuto) sottrarsi alla tentazione di piantare taluni (solo il tempo dirà quanto solidi...) paletti in tema di dignità dell'embrione. Se, sul piano dell'*an*, quest'ultima assurge (*ex se* ed *ex ante*) pienamente a «valore di rilievo costituzionale “riconducibile al precetto generale dell'art. 2 Cost.”» – «quale entità che ha in sé il principio della vita» (e non già alla sola luce di uno stadio di sviluppo univocamente predefinito *ex post* dal legislatore ovvero dalla scienza) – è così inevitabile che, sul connesso versante del *quomodo* del bilanciamento, la sua tutela non possa essere «suscettibile di affievolimento (ove e) per il solo fatto che si tratti di embrioni affetti da malformazione genetica, e nella stessa è stata individuata la *ratio* della norma penale (art. 14, commi 1 e 6, della legge n. 40 del 2004) incriminatrice della condotta di soppressione anche di embrioni ammalati non impiantabili»<sup>52</sup>.

A parte la richiamata giurisprudenza EDU sul punto<sup>53</sup>, ad opinione della Consulta sarebbero difatti gli esiti teorico-ricostruttivi dello stesso pregresso diritto costituzionale vivente in materia ad aver auto-

<sup>50</sup> Su cui – oltre a *Ibid.*; cfr. M. D'AMICO, *La Corte costituzionale chiude la porta*, cit., 171 ss. e E. CHEREGATO, *op. cit.*, 1 ss. – cfr., *ex plurimis*, C. CASONATO, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016*, 157 ss.; V. MARZOCCO, *In potenza o in atto? La Corte costituzionale e lo statuto normativo dell'embrione*, 197 ss.; S. PRISCO, *Il diritto e l'embrione come soggetto di narrazioni*, 209 ss.; G. RAZZANO, *Corte costituzionale n. 84 del 2016, sulla tutela dell'embrione e l'interesse della ricerca scientifica: una sentenza ispirata alla prudentia?*, 223 ss.; 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)*, 245 ss.; A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice... (nota a C. cost., sent. n. 84/2016)*, 253 ss., tutti in *BioLaw Journal*, 2, 2016; V. TIGANO, *De dignitate non disputandum est? La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla P.M.A.*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 8 maggio 2016.

<sup>51</sup> ... in considerazione del fatto che, «quale interprete della volontà della collettività», quest'ultimo «è chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale»: così, sent. n. 84/2016 (punto 11 *cons. dir.*).

<sup>52</sup> In tal senso, sent. n. 84/2016 (punto 8.2.1. *cons. dir.*): e, ciò, nonostante la stessa Corte non possa non riconoscere – nell'inciso subito appresso – che, «come ogni altro valore costituzionale, anche la tutela dell'embrione è stata ritenuta soggetta a bilanciamento, specie al fine della “tutela delle esigenze della procreazione” ed a quella della salute della donna (sentenze n. 151 del 2009 e n. 96 del 2015)».

<sup>53</sup> ... la quale, com'è noto, ha ritenuto «non ricevibile il ricorso della parte per il profilo della denunciata violazione dell'art. 1 del Protocollo addizionale (che tutela il diritto della persona al rispetto dei suoi beni). E ciò ha fatto, lasciando deliberatamente in disparte la “delicata e controversa questione del momento in cui inizia la vita umana”, ritenendo, viceversa, decisiva ed assorbente la considerazione che gli embrioni non possono essere ricondotti al rango di “beni” (*human embryos can not be reduced to “possessions” within the meaning of that provision*)»: sul punto, sent. n. 84/2016 (punto 9 *cons. dir.*).

rizzato tale (evidentemente dato per fisiologico e scontato) approdo. Allorquando cioè – pur avendo entro certi circoscritti limiti consentito la crioconservazione di embrioni sia sani<sup>54</sup> che ammalati<sup>55</sup> – successivamente intervenendo in ambito penale il Tribunale costituzionale ha recisamente escluso la fondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, commi 1 e 6, l. n. 40/2004<sup>56</sup> (laddove, con sanzione penale, vieta la condotta di soppressione degli embrioni anche ove affetti da malattia genetica). E, ciò, proprio sulla scorta del fatto «che l'embrione, “quale che ne sia il, più o meno ampio, riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non è certamente riducibile a mero materiale biologico”; e sulla base della considerazione per cui “il *vulnus* alla tutela della dignità dell'embrione (ancorché) malato, quale deriverebbe dalla sua soppressione *tamquam res*, non trova [...] giustificazione, in termini di contrappeso, nella tutela di altro interesse antagonista”»<sup>57</sup>. A

<sup>54</sup> Così, sent. n. 151/2009 – a commento della quale v. almeno D. CHINNI, *La procreazione medicalmente assistita tra “detto” e “non detto”. brevi riflessioni sul processo costituzionale alla legge n. 40/2004*, 20 settembre 2009 e L. TRUCCO, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere*, 15 settembre 2009 entrambi in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org); nonché G. DI GENIO, *Il primato della scienza sul diritto (ma non su i diritti) nella fecondazione assistita*, 20 maggio 2009 e, volendo, 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)*, 19 settembre 2009, entrambi in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) – che ha, come si sa, dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, l. n. 40/2004 nella parte in cui vietava la produzione di embrioni in numero superiore a tre e ne imponeva, comunque, la destinazione ad un unico e contemporaneo impianto (in conseguenza di ciò, tuttavia, derogando al generale divieto di crioconservazione di cui all'art. 14, comma 1, a motivo della necessità del congelamento degli embrioni prodotti ma non impiantati).

<sup>55</sup> Cfr. sent. n. 96/2015 – a proposito della quale G. REPETTO, *La linea più breve tra due punti. La diagnosi preimpianto per le coppie fertili tra divieti irragionevoli e diritto alla salute*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 11 giugno 2015; E. MALFATTI, *La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non “scontata” né (del tutto) condivisibile*, in [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it), 12 giugno 2015, 533 ss.; M. GIACOMINI, *Il sì alla diagnosi preimpianto: un punto di arrivo o un punto di partenza?*, 28 giugno 2015; S. PENASA, *L'insostenibile debolezza della legge 40: la sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale tra inevitabili illegittimità e moniti “rafforzati”*, 8 luglio 2015; I. PELLIZZONE, *L'accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale*, 4 novembre 2015, tutti in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, 3, 2015, 1 ss.; C. TRIPODINA, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in *costituzionalismo.it*, 2, 2015, 1 ss.; C. NARDOCCI, *Dalla Convenzione alla Costituzione: la tacita sintonia tra le Corti. A margine di Corte cost. sent. n. 96 del 2015*, in *BioLaw Journal*, 1, 2016, 271 ss. – che ha dichiarato l'incostituzionalità degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, l. n. 40/2004 nella parte in cui non consentivano il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili, portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai medesimi criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lett. b), l. n. 194/1978, *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza* (rendendo così realizzabile la diagnosi preimpianto al precipuo scopo di evitare il trasferimento nell'utero della donna degli embrioni affetti da patologie genetiche e, per questi ultimi, nuovamente ammettendo un'altra deroga non legislativamente prevista al generale divieto di crioconservazione).

<sup>56</sup> ... oltre ad aver dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, commi 3, lett. b), e 4, l. n. 40/2004 (sul reato di selezione degli embrioni), in ordine alla (esclusiva) correlazione al contenuto della precedente sent. n. 96/2015.

<sup>57</sup> Così, sent. n. 229/2015 – testualmente richiamata da sent. n. 84/2016 (punto 8.2.1. *cons. dir.*) – su cui, *ex multis*, A. PENTA, *Nota a Corte costituzionale sentenza 229/2015*, in [www.unicost.eu](http://www.unicost.eu), 21 ottobre 2015; G. BALDIN, F. GALLO, A. CALANDRINI, *Fecondazione assistita: cade il divieto assoluto di selezionare gli embrioni*, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com), 12 novembre 2015; A. VALLINI, *Ancora sulla selezione preimpianto: incostituzionale la fatti-*

dispetto della *formale apparenza*, l'iter logico-argomentativo da cui tale pronunzia ha voluto prendere le mosse per far così pianamente discendere questa sorta di *parusia*<sup>58</sup> della dignità dell'embrione appena *retro* richiamata (non per caso evocata nel titolo del presente contributo) tuttavia, a motivo di una singolare eterogenesi dei fini<sup>59</sup>, parrebbe prestare il fianco a più d'una incongruenza: al punto da rischiare di finire *sostanzialmente* (e beffardamente...) per convertirsi in una specie, potrebbe dirsi, di percorso ad ostacoli interpretativo.

#### 4. Per la dignità tout court dell'embrione un percorso argomentativo ad ostacoli (dopo la *parusia*)

A partire dai pregressi *dicta* accuratamente selezionati per ricostruire la *vexata quaestio* degli embrioni soprannumerari, non può che fare innanzitutto riflettere il preventivo *oscuramento* di<sup>60</sup> (quando non la vera e propria sopravvenuta *contrapposizione* con<sup>61</sup>) taluni precedenti pure in passato ritenuti decisivi snodi argomentativi proprio nel campo *de quo*. Così, verrebbe ad esempio alla mente quella che è stata tradizionalmente considerata la pronunzia capostipite in materia: laddove come si ricorderà – dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 546 cod. pen. «nella parte in cui non prevede[va] che la gravidanza [potesse] venir interrotta quando l'ulteriore gestazione [implicasse] danno, o pericolo, [...] per la salute della madre»<sup>62</sup> – la Corte prendeva spunto dalla presupposta equiparabilità «del bene offeso dal fatto dell'autore rispetto all'altro bene che col fatto stesso si [voleva] salvare» di cui all'art. 54 cod. pen. per affermare emblematicamente come non esistesse «equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di *chi è già persona*, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che *persona deve ancora diventare*»<sup>63</sup>; ovvero tutte quelle successive decisioni in argomento dove non si è fatto certo mistero della concorrenza con (se non della prevalenza

---

*specie di selezione embrionale per finalità eugenetiche, ma non quella di embrionicidio*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 21 dicembre 2015.

<sup>58</sup> ... con tale espressione intendendo quel «termine usato nel platonismo per designare la 'presenza' dell'idea nella realtà sensibile»: così, ENCICLOPEDIA ON LINE, voce *Parusia*, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it) (sul punto, ad esempio, E. BUONAIUTI, *Parusia pagana e parusia cristiana*, in *Saggi di filologia e storia del Nuovo Testamento*, Roma, 1910, 25 ss.).

<sup>59</sup> Per riprendere la nota espressione «*Heterogonie der Zwecke*» di W. WUNDT, *System der Philosophie*, Leipzig, 1889, I, 326; II, 221, cit. in M. PANCALDI, M. TROMBINO, M. VILLANI, *Atlante della filosofia*, Milano, 2006, 445.

<sup>60</sup> Sul punto, C. CASONATO, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016*, cit., 161.

<sup>61</sup> In oggetto, M. D'AMICO, *La Corte costituzionale chiude la porta*, cit., 175.

<sup>62</sup> ... «grave, medicalmente accertato nei sensi di cui alla motivazione e non altrimenti evitabile»: così, appunto, il dispositivo di cui alla sent. n. 27/1975 (*cons. dir.*, nono cpv) – corsivi non testuali – a commento della quale, ad esempio, V. DURANTE, *La salute come diritto della persona*, 579 ss., part. 588 e B. PEZZINI, *Inizio e interruzione della gravidanza*, 1655 ss., spec. 1672, entrambi in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2010; E. MANDRIOLI, *Il contratto di procreazione medicalmente assistita*, in M. DOSSETTI, M. LUPO, M. MORETTI (a cura di), *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità*, Milano, 2010, 38 ss. (part. 50 e 81); E.M. AMBROSETTI, *Profili penali dell'interruzione della gravidanza*, in S. RIONDATO, *Diritto penale della famiglia*, IV, in P. ZATTI (diretto da), *Trattato di Diritto di famiglia*, Milano, 2011, 873 ss. (part. 873); A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Napoli, 2016, 43.

<sup>63</sup> Cfr. sent. n. 27/1975 (*cons. dir.*, nono cpv) (corsivi non testuali).

su) la dignità dell'embrione da parte di *altri* interessi pur meritevoli di eguale tutela costituzionale come la salute della gestante<sup>64</sup> ovvero le esigenze stesse della procreazione<sup>65</sup>.

Ma, pure volendo restare nel più circoscritto recinto della giurisprudenza *supra* richiamata, è quasi inevitabile che di incoerenze con un'assiomatica affermazione della dignità dell'embrione potrebbero scorgersene. Così, se l'unico modo per rispettare genuinamente la soggettività del concepito *ex art. 1* l. n. 40/2004 si considerasse solo quello di portarne a compimento lo sviluppo attraverso il suo naturale esito – e cioè, com'è ovvio, la nascita – ecco che anche il congelamento, pure limitatamente ammesso come si è visto dalle pronunzie che la Consulta ha *ad adiuvandum* richiamato, esponendoli al «disfacimento» ovvero all'«uso» finirebbe per ridurre gli embrioni a mere *res*, in tal modo irrimediabilmente ledendone la dignità<sup>66</sup>. Non per caso perciò, accanto all'eventualità della distruzione indiscriminata degli embrioni crioconservati dopo alcuni anni dalla loro produzione, non pochi paesi – come, tra gli altri, Spagna, Belgio, Finlandia, Grecia, Russia, Ucraina e Regno Unito – hanno ulteriormente optato per la c.d. adozione per la nascita da parte di altre coppie degli embrioni sani o la de-

<sup>64</sup> Così, sent. n. 151/2009.

<sup>65</sup> In tal senso, sent. n. 162/2014 a proposito della quale, *ex plurimis*, v. almeno A. D'ALOIA, *Quel che resta della legge 40*, 1 ss.; M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, 13 ss.; I. RIVERA, *Quando il desiderio di avere un figlio diventa un diritto: il caso della legge n. 40 del 2004 e della sua (recente) incostituzionalità*, 37 ss.; C. TRIPODINA, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, 67 ss.; S. AGOSTA, *L'anabasi (tra alterne fortune) della fecondazione eterologa a dieci anni dalla l. n. 40/2004*, 89 ss.; G. CAPIZZI, *Questioni vecchie e nuove su status filiationis e PMA. Breve cronistoria*, 111 ss.; M. CASINI, C. CASINI, *Il dibattito sulla PMA eterologa all'indomani della sentenza costituzionale n. 162 del 2014. In particolare: il diritto a conoscere le proprie origini e l'"adozione per la nascita"*, 135 ss.; B. SALONE, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, 157 ss.; M. CITTÀ, *Mamma, ho perso la cicogna! (Dialogo intorno all'inesistente diritto contro l'esistenza)*, 185 ss., tutti in *BioLaw Journal*, 2, 2014. Sul punto, pure A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*; G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, entrambi in *Consulta Online*, 13 giugno 2014. In oggetto, v. ancora G. D'AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*; A. RUGGERI, *La Consulta apre all'eterologa ma chiude, dopo averlo preannunciato, al "dialogo" con la Corte Edu*; S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*; P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro "pilastro": illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, tutti in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 5 marzo 2015. Cfr. pure F. GIRELLI, *Bastano le garanzie interne per dichiarare l'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa*, 599 ss.; F. PERRINI, *La legge 40/2004: la sentenza n. 162/2014 della Corte costituzionale e i principali orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo*, 603 ss., entrambi in *Ordine internazionale e dir. umani*, 3, 2014; nonché C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte* e M.G. RODOMONTE, *È un diritto avere un figlio?*, entrambi in [www.confronticostituzionali.eu](http://www.confronticostituzionali.eu), 17 giugno 2014. Così, infine, V. BALDINI, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 15 settembre 2014; A. CIERVO, *Una questione privata (e di diritto interno). La Consulta dichiara incostituzionale il divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*, in <https://diritti-cedu.unipg.it/>, 30 giugno 2014; V. TIGANO, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 13 giugno 2014; L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, in *Rivista AIC*, luglio 2014.

<sup>66</sup> Sul punto, G. RAZZANO, *op. cit.*, 228.

stinazione appunto alla ricerca scientifica di quelli sani (in stato di abbandono) ovvero ammalati<sup>67</sup>: in entrambe queste eventualità il legislatore avendo evidentemente ritenuto tale destino più ossequioso (o, come che sia, meno irrispettoso) della dignità di cui essi sono portatori rispetto alla brutale auto-distruzione.

Da quest'ultimo punto di vista – a parte appunto la possibilità di adozione – nel nostro ordinamento sembrerebbe piuttosto intravedersi come si distingue tra estinzioni ed estinzioni, quella *naturale* e, per così dire, *ab intra* dell'embrione crioconservato (per fisiologico deperimento, cioè) essendo evidentemente ritenuta moralmente e giuridicamente più accettabile di quella *artificiale* e *ab extra* (per mano invece del medico coinvolto nelle tecniche di procreazione assistita così come, pure, del ricercatore impegnato a trovare soluzioni a tutela della salute individuale e collettiva). Seppure – verrebbe a questo punto da osservare senza pre-orientamenti di sorta – di solo lontanamente *naturale* nella prima non sembra (né potrebbe forse) esservi in effetti nulla: non nella *iniziale* condizione (appunto *artificialmente* mantenuta dalla scienza) dell'azoto liquido in cui gli embrioni risultano immersi ma, neppure, nel *sopravvenuto* deterioramento dopo un certo numero di anni.

Assumendo a precipuo riferimento il solo deperimento *naturale* non può ad ogni modo non prendersi atto del paradossale esito – *di fatto* così come, anche, *di diritto* – cui lo statuto della dignità dell'embrione sembrerebbe dare inevitabilmente luogo: *di fatto*, giacché immaginare una tutela talmente forte ed assolutizzata da convertirsi, per ciò solo, in un vero e proprio stallo dell'azione equivale insomma ad accettare (irragionevolmente) che la *potenza* di vita di cui è indiscutibilmente portatore l'embrione<sup>68</sup> possa in pratica tradursi in *impotenza* di tutela (di esso stesso e di tutti quegli *omnes* che dalla ricerca scientifica attendono speranzosi dei benefici per la propria sopravvivenza). Della quale contraddizione, peraltro, dimostrava di essere pienamente avvertito – già a ridosso dell'approvazione della l. n. 40/2004 – lo stesso Comitato Nazionale di Bioetica laddove rilevava l'insanabile incoerenza di un divieto di distruzione degli embrioni che ricomprendesse pure quelli crioconservati e non destinati all'impianto (e, perciò, abbandonati) di cui oggi si discorre: non tanto, o non solo, per l'assolutezza *ex se* della protezione accordata quanto, casomai, per il contegno dalla legge irragionevolmente mantenuto sulla sorte di questi ultimi, sottintendendone il mantenimento in stato di criogenesi «fino al momento della loro estinzione naturale (momento peraltro allo stato attuale indeterminabile da parte della scienza)»<sup>69</sup>.

Sul piano del *diritto*, oltre al pericolo di offrire un'interpretazione quantomeno incompleta e fuorviante dei propri precedenti, tale ultimo orientamento rischia di porsi soprattutto, ed innanzitutto, in contraddizione con... sé stesso. Nel rapporto con la pregressa giurisprudenza, non può in effetti non far riflettere (e sollevare *pro futuro* interrogativi) la vistosa adulterazione che del *dictum* di cui alla sent. n. 229 il giudice delle leggi parrebbe fare: nella quale ultima decisione, invero, il divieto di soppressione degli embrioni veniva a ben vedere mantenuto non già a protezione di una presunta tutela assoluta della loro dignità bensì dalla più prosaica mancanza – almeno in quel specifico frangente – di

<sup>67</sup> ... anche quando tali pratiche dovessero prevederne la distruzione, purché col consenso dei loro genitori: così, E. CHIEREGATO, *op. cit.*, 4 ss.

<sup>68</sup> Per questo profilo, V. MARZOCCO, *op. cit.*, 205.

<sup>69</sup> Così, Comitato nazionale di bioetica, *L'adozione per la nascita (APN) degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (p.m.a)*, in <http://bioetica.governo.it>, 18 novembre 2005, 2.

fronti stanti interessi parimenti meritevoli di protezione costituzionale (che *a contrario* ne avrebbero verosimilmente giustificato, invece, l'attenuazione)<sup>70</sup>. Dal momento che sembrerebbe implicitamente ammettere come quella dell'embrione rappresenti una vita umana con la stessa dignità di una persona – per venire all'aspetto potenzialmente contraddittorio di tale interpretazione – è oltremodo singolare che tale giurisprudenza consideri il deperimento in stato di abbandono la soluzione più rispettosa per la sua appena riaffermata dignità (quando, come si è brevemente illustrato, esisterebbero alternative ben più ossequiose per quella vita e per quella dignità<sup>71</sup>).

Se sul piano del *Sein*<sup>72</sup>, in conclusione di queste poche osservazioni, all'endemica incertezza della scienza di definire la «potenza di vita» custodita dall'embrione si aggiunge il vistoso «affanno» delle stesse categorie giuridiche – inefficaci e disarmate davanti alla necessità di individuare un'impalpabile «essenza» – è perciò inevitabile che lo sforzo ricostruttivo della dignità prodotto dalla giurisprudenza da *teorico* finisca invero per diventare presto *ontologico*<sup>73</sup>. È già accaduto nel 2015 a proposito della soppressione *tout court* degli embrioni<sup>74</sup> e pare nuovamente verificarsi, insomma, nel 2016 con riguardo alla sperimentazione scientifica. Allorquando cioè l'embrione – parimenti alla vita che ontologicamente serba – sembra in conclusione conquistarsi finalmente il piano del *Sollen*, assurgendo a principio intangibile in maniera non dissimile a quanto disposto da Corte EDU, *Grand Chambre*, caso *Parrillo c. Italia*, (con la non secondaria differenza, tuttavia, che quel legame col sostrato biologico della persona e della sua identità che la Corte europea pure aveva identificato non viene neppure sfiorato dalla giurisprudenza costituzionale in commento<sup>75</sup>).

<sup>70</sup> In tal senso, C. CASONATO, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016*, cit., 161 ss. (e, non dissimilmente, E. CHEREGATO, *op. cit.*, 15).

<sup>71</sup> Sul punto, M. D'AMICO, *La Corte costituzionale chiude la porta*, cit., 176.

<sup>72</sup> In oggetto, solo di recente, N. BOBBIO, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Torino, 2014, part. 221 ss.; L. FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, 2016, spec. 5 ss.; T. GAZZOLO, *Essere/dover essere. Saggio su Hans Kelsen*, Milano, 2016, 83.

<sup>73</sup> Per questa notazione, cfr. V. MARZOCCO, *op. cit.*

<sup>74</sup> Nell'evenienza di cui alla sent. n. 229/2015 – come si ricorderà – si trattava difatti di sacrificio dell'embrione per le esigenze procreative della coppia, non già per la ricerca.

<sup>75</sup> Per questo parallelismo, ancora V. MARZOCCO, *op. cit.*, 203.