

Corte costituzionale n. 84 del 2016, sulla tutela dell'embrione e l'interesse della ricerca scientifica: una sentenza ispirata alla *prudentia*?

Giovanna Razzano*

THE ITALIAN CONSTITUTIONAL COURT'S DECISION NR. 84/2016 ON EMBRYO'S PROTECTION AND INTERESTS OF THE SCIENTIFIC RESEARCH: A CAUTIOUS APPROACH?

ABSTRACT: The Constitutional Court has returned to the Parliament the choice about the possibility of using human embryos for research. The Court acknowledges that it is an ethical controversial issue and recognizes that the evaluation should be made by the Parliament. For this reason, the Court's decision can be defined as prudent. The issue remains that of understanding why the earlier case-law has annulled those parts of the law that established choices on issues that were also very much debated, that are equally important from an ethical standpoint. So far, the Constitutional Court has further accentuated the principle of utility – in reference to “needs of procreation” – in respect to the principle of protection of the unborn life, having denied the request of unconstitutionality of the testing of embryo prohibition perhaps may be an answer to a different logic. The current forecast of Law 40 endorses a logic of caution and responsibility, which bans the use of embryos for research. Especially as the research through embryonic stem cells so far has not led to any clinical trial and, most recently, genetic engineering has come to produce genetically modified human embryos, which the scientists themselves, for now, have decided not to implant in uterus.

KEYWORDS: medically assisted reproduction; frozen human embryos; human embryonic stem cell research; constitutional case-law; European Court of Human Rights; precautionary principle; right to life; principle of utility.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La «possibilità», «sul piano giuridico», di creare embrioni in sovrannumero e l'ampiezza della deroga al principio generale che vieta la crioconservazione. – 3. L'infondatezza della questione di legittimità del divieto, penalmente sanzionato, di soppressione di embrioni e l'inammissibilità della questione concernente il loro uso per la sperimentazione. – 4. La *ratio* della sentenza: due chiavi di lettura. – 5. La constatazione dell'esistenza di due fronti e l'ampio margine di apprezzamento (in capo al Parlamento). – 6. Le scelte di elevata discrezionalità, per i profili assiologici che le connotano, sono sottratte al sindacato della Corte. Il principio di utilità e quello di tutela della vita. – 7. L'approccio critico nei confronti delle possibilità scientifiche. – 8. L'assenza dell'elemento della c.d. “necessità scientifica” dell'uso degli embrioni per la ricerca. Conclusioni.

* Professore aggregato di Diritto Pubblico, Dipartimento di studi giuridici, filosofici ed economici di Sapienza Università di Roma, abilitata a Professore Associato e Ordinario. Contributo su invito.

1. Introduzione

La sentenza n. 84 del 2016, in tema di fecondazione artificiale e, in particolare, di trattamento degli embrioni crioconservati, offre numerosi spunti per la riflessione e per la ricostruzione dello stato dell'arte in materia¹. Merita inoltre di essere segnalata per due motivi più specifici: perché identifica la *nuova* questione² «inerente il bilanciamento costituzionalmente ragionevole tra tutela dell'embrione e interesse alla ricerca scientifica finalizzata alla tutela della salute (individuale e collettiva)»³. E soprattutto perché riconosce, nella scelta operata dal legislatore a questo riguardo, una «elevata discrezionalità», «per i profili assiologici che la connotano», che la sottraggono, secondo la Corte costituzionale, al proprio sindacato e alla possibilità di una pronuncia additiva in merito. Considerazione che, questa volta, conduce ad una pronuncia di inammissibilità della questione sollevata⁴.

Si assiste, dunque, ad una discontinuità con l'indirizzo finora adottato dalla giurisprudenza costituzionale sulla legge 40 del 2004, recante “*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*”, contrassegnato, com'è noto, da pronunce che, non solo hanno affrontato nel merito le questioni prospettate, ma si sono spinte fino ad annullare e a modificare, con taluni interventi additivi, le parti maggiormente qualificanti della medesima legge⁵. L'intera sentenza, inoltre, è pervasa da uno stile argomentativo evidentemente ispirato alla *prudencia*, da intendersi ora in senso originario, come “virtù”, ossia comportamento buono per il conseguimento del bene e della giustizia, nell'accezione di Aristotele⁶, Cicerone⁷ e Tommaso⁸, ora come scelta pragmatica, nell'accezione moderna, di scienza camerale improntata ai criteri delle scienze esatte⁹.

¹ Per una ricostruzione (anteriore alla sent. 96/2015), cfr. A. D'ALOIA, *Quel che resta della legge 40*, Editoriale in questa Rivista, 4/2014; C. TRIPODINA, *Il “diritto” a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, ivi. Da ultimo A. RUGGERI, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, Relazione conclusiva delle Giornate di studio su “*La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*”, Messina 5-6 maggio 2016, in <http://www.federalismi.it/>, 10/2016.

² Nuova in quanto non inerente al tema del bilanciamento fra la tutela del concepito e la salute della donna, né a quello della dignità e della tutela dell'embrione, già affrontati dalla precedente giurisprudenza (§ 8.2.1. in dir.).

³ Secondo la prospettazione del giudice remittente.

⁴ Già nella precedente sentenza n. 229 del 2015, la Corte (§ 3 in dir.) si era riferita alla «discrezionalità legislativa circa l'individuazione delle condotte penalmente punibili», affermando che «può essere censurata in sede di giudizio di costituzionalità soltanto ove il suo esercizio ne rappresenti un uso distorto od arbitrario, così da confliggere in modo manifesto con il canone della ragionevolezza (sentenze n. 81 del 2014, n. 273 del 2010, n. 364 del 2004, ordinanze n. 249 del 2007, n. 110 del 2003, n. 144 del 2001, *ex plurimis*)». Nella precedente sentenza, tuttavia, il giudice delle leggi era giunto ad una pronuncia di infondatezza della questione.

⁵ A. D'ALOIA, *Quel che resta della legge 40*, cit., p. 6, osserva come la legge abbia subito «un drastico “ri-orientamento” dei suoi equilibri interni, a cominciare dalla “causa” della legge e della stessa tecnica di PMA: da rimedio ai problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o infertilità, a strumento di realizzazione di una libertà fondamentale di diventare genitori». Nel quadro determinatosi occorre considerare anche la sentenza che ha abolito il divieto di fecondazione eterologa. Per una critica A.M. GAMBINO, *Divieto di fecondazione eterologa, espressione di civiltà giuridica*, in *La fecondazione eterologa tra Costituzione italiana e Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Atti del seminario svoltosi a Roma il 2 aprile 2012*, a cura di F. Vari, Torino, 2012.

⁶ La *phronesis* di Aristotele (384-322 a.C.) è la virtù dianoetica che media tra il piano della teoria e quello della pratica e conduce al buon agire, alla ricerca del giusto mezzo fra l'eccesso e il difetto e infine alla felicità sociale

In concreto, le questioni di costituzionalità sollevate dal Tribunale ordinario di Firenze sono state due: quella attinente all'art. 13 della legge 40 del 2004, di cui è stato censurato il «divieto assoluto di qualsiasi ricerca clinica o sperimentale che non sia finalizzata alla tutela dell'embrione stesso» e rispetto al quale viene appunto sollecitata da parte della Corte costituzionale una pronuncia additiva, che temperi l'assolutezza del divieto, per un asserito contrasto con gli artt. 2, 3, 13, 31, 32 e 33, 1 comma Cost. E quella attinente all'art. 6, comma 3, ultimo capoverso, della medesima legge 40, in quanto, secondo il giudice *a quo*, la previsione ivi contenuta, per cui la volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita «può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati (...) fino al momento della fecondazione dell'ovulo», sarebbe stata in contrasto con gli artt. 2, 13 e 32 Cost.

La seconda questione viene subito dichiarata inammissibile, «per il carattere meramente ipotetico, e non attuale, della sua rilevanza». La coppia, infatti, aveva già prestato il consenso all'impianto in utero di uno dei dieci embrioni «prodotti»¹⁰, portando a termine, pur se con esito negativo, il trattamento di PMA. Questa concreta situazione risulta determinante, secondo la Corte, per escludere che la questione possa essere *rilevante*, perché, quand'anche in futuro i ricorrenti avessero voluto ripetere il ciclo di PMA, come assicurano attraverso il giudice remittente, la questione, futura ed eventuale, resta comunque priva del carattere dell'*attualità* in riferimento al giudizio principale. Affermazione questa, non priva di interesse generale con riguardo alla *rilevanza* e quindi ai *limiti del sindacato di costituzionalità spettante alla Corte*¹¹. Osserva infine la Corte, quasi a stemperare la consistenza del problema, che è lo stesso giudice *a quo* ad ammettere che il divieto di cui all'art. 6 è di per sé sprov-

(*Etica Nicomachea* VI, 1140 b, 5-10). Per Aristotele «prudente» è «l'esser capace di deliberare bene sulle cose che sono buone e vantaggiose» (*Ibidem*, 1140 a, 25). Su questo aspetto del pensiero aristotelico cfr. E. BERTI, *In principio era la meraviglia*, Roma-Bari, 2007, p. 266 ss.

⁷ È proprio Cicerone (106-43 a.C.) che traduce per la prima volta in latino (*Trattato De Officiis*, Libro I, V, VI, XLIII), con il termine *prudential*, (forma contratta di *previdential*, cioè la capacità di vedere in anticipo) il concetto individuato da Aristotele.

⁸ S. Tommaso d'Aquino (1225 ca.-1274) ne tratta ne *La somma teologica*, Bologna 1984, vol. XVI, *La prudenza*, questione 47, artt. 6-7, pp. 232-236. Secondo l'elaborazione filosofica classica e cristiana, com'è noto, la virtù della *prudential* unisce etica e politica, intelletto e volontà, teoria e prassi, giustizia e diritto.

⁹ A partire da T. Hobbes (1588-1679) prende infatti piede un indirizzo di pensiero che cerca di studiare la politica attraverso un metodo rigoroso, improntato ai principi delle scienze naturali, dove diventa centrale l'operare tecnico, dove la prudenza diviene "accortezza" e la politica si scinde dall'etica e dalla giustizia, collocandosi in prossimità dell'abilità tecnico-pratica. La *prudential civilis* diviene infine, con I. Kant, «l'abilità nella scelta dei mezzi per il proprio benessere massimo» (*Fondazione della metafisica dei costumi*, Milano, 1995, p. 137).

¹⁰ L'espressione è quella del Tribunale di Firenze.

¹¹ Secondo V. CRISAFULLI (*Lezioni di diritto costituzionale*, II, *La Corte costituzionale*, Padova, 1992, p. 280), il requisito della rilevanza attiene alla incidentalità; si tratta di un "filtro" e di un "selettore". Ricorda l'autore che «l'interesse che muove l'intero ingranaggio, ed in cui può dirsi si concreti la rilevanza della questione, è l'interesse (oggettivo) del giudice a non applicare norme incostituzionali, e non già l'interesse eventuale di una tra le parti del processo ad ottenere una decisione ad essa favorevole» (*Ibidem*, p. 287). Osserva inoltre A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2008, § 3.2.2.2. ss. che la Corte ha in più occasioni ritenuto che la rilevanza debba esser valutata con riguardo al momento nel quale l'ordinanza introduttiva è stata emessa: «Se la norma impugnata non fosse inerente al giudizio a quo, il giudizio di costituzionalità verrebbe ad esser sollevato sostanzialmente in via principale e per motivi ed interessi che esulano da quelli discussi nel giudizio in cui formalmente ha origine».

visto di sanzione per l'ipotesi di violazione; e che esso è stato ulteriormente attenuato dalla deroga, introdotta dalla sentenza della Corte n. 151 del 2009, al divieto assoluto di crioconservazione degli embrioni, «in tutti i casi in cui il medico rilevi fondati rischi per la salute della donna nel procedere al loro impianto»¹².

Quanto alla prima questione, concernente la possibilità di donazione di embrioni umani per la ricerca e quindi per l'uso e per la sperimentazione sugli stessi, viene inquadrata dal giudice delle leggi in termini di «conflitto tra il diritto della scienza (e i vantaggi della ricerca ad esso collegati) e il diritto dell'embrione, per il profilo della tutela (debole o forte) ad esso dovuta in ragione e in misura del (più o meno ampio) grado di soggettività e di dignità antropologica che gli venga riconosciuto»¹³. La Corte passa dunque ad un piano descrittivo più ampio e svolge non solo un'interessante disamina delle argomentazioni a favore dell'uno e dell'altro *diritto* (quello della scienza e quello dell'embrione) ma anche un'interessante riepilogo della giurisprudenza costituzionale e della Corte di Strasburgo sul punto. Tali ricostruzioni meritano un ulteriore approfondimento.

2. La «possibilità», sul piano giuridico, di creare embrioni in sovrannumero e l'ampiezza alla deroga al principio generale che vieta la crioconservazione

In primo luogo, è importante l'affermazione della sentenza secondo cui, «nel nostro ordinamento, la possibilità di creare embrioni non portati a nascita – embrioni comunemente definiti soprannumerari o residuali – è venuta ad emersione, sul piano giuridico, con la sentenza di questa Corte n. 151 del 2009»¹⁴. La Corte ricorda infatti che quest'ultima, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, della legge n. 40 del 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, «ha in conseguenza di ciò, derogato al divieto di crioconservazione sancito, in via generale, nel precedente comma 1 della stessa disposizione, in ragione della necessità del ricorso alla tecnica di congelamento, nei centri di PMA, con riguardo, appunto, agli embrioni prodotti ma non impiantati». Di conseguenza l'art. 14, comma 1, che vieta la crioconservazione, oltre che la soppressione di embrioni, anche se tuttora in piedi, è di fatto largamente derogato, come dimostra emblematicamente la stessa vicenda da cui ha avuto origine la pronuncia in commento. Con parole del giudice a quo, la ricorrente ha effettuato il trattamento di PMA «utilizzando l'ultimo embrione (di media qualità) dei dieci da essa complessivamente prodotti»¹⁵. Risultano dunque nove gli embrioni crioconservati residuali di un singolo trattamento, peraltro non riuscito e che, stando agli atti, si intende ripetere. Un

¹² § 6.2., che riprende le parole testuali dell'ordinanza di rimessione. In realtà il dispositivo della sentenza n. 151 del 2009 dichiara «l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 3, della legge n. 40 del 2004 nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come stabilisce tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna». Mentre più rigorosamente il testo originale dell'art. 14, comma 3, disponeva che, «qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione, è consentita la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile».

¹³ § 8.1.

¹⁴ § 8.2.

¹⁵ § 2.2.

dato che rende l'idea della misura della deroga al generale principio di divieto di crioconservazione, oltre che della stessa esponenziale crescita degli embrioni crioconservati per effetto di tale sentenza¹⁶.

Ancora, richiamando la successiva sentenza n. 96 del 2015, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della legge n. 40 del 2004, nella parte in cui non consentivano il ricorso alle tecniche di PMA alle coppie fertili, portatrici di malattie genetiche trasmissibili, la Corte ricorda che questa pronuncia ha reso possibile la diagnosi preimpianto, al fine appunto di evitare il trasferimento in utero degli embrioni affetti da siffatte patologie genetiche. Per i quali anche risulta, di conseguenza, derogato il divieto di crioconservazione. La Corte riconosce dunque che il numero degli embrioni residuali privi di trasferimento, in particolare perché malati, risulta virtualmente ampliato anche per effetto questa sentenza¹⁷.

Sulla questione non si può fare a meno di osservare che, quanto più la Corte mette in evidenza la «possibilità», «sul piano giuridico», degli embrioni in sovrannumero, tanto più viene in rilievo l'incisività della sentenza sulla legge¹⁸. La legge 40, al contrario, aveva inteso risolvere a monte il problema giuridico degli embrioni in soprannumero¹⁹, vietando appunto, almeno tendenzialmente²⁰ e

¹⁶ Nell'ultima *Relazione del Ministro della salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, del 26 giugno 2015, 10, (riferita ai dati del 2013), si legge: «Continuano ad aumentare gli embrioni formati e crioconservati: sono 22.143 nel 2013; erano 18.957 nel 2012, con un aumento del 16.8%. Tale aumento è conseguente all'applicazione della sentenza 151/2009 della Corte Costituzionale, che ha eliminato il numero massimo di tre embrioni da formare e trasferire in un unico impianto; nel 2010, il primo anno di piena applicazione della sentenza della Consulta sono stati crioconservati 16.280 embrioni, mentre erano 763 nel 2008, ultimo anno di applicazione della Legge 40 nella forma originale».

¹⁷ § 8.2.

¹⁸ La prevalente dottrina ha invece commentato positivamente tale incisività, ritenendo assai opportuno l'annullamento, da parte della Corte, delle restrizioni della legge 40, fin dall'inizio fortemente avversata. *Ex multis*, in ordine cronologico, M. D'AMICO, *Ma riuscirà una legge incostituzionale ad arrivare davanti al suo giudice (quello delle leggi, appunto...)?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, (13 maggio 2004). M. MANETTI, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Pol. dir.*, 2004, 3, p. 453 ss.; C. TRIPODINA, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della legge n. 40 del 2004 recante «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita»*, in *Dir. Pubbl.*, 2004, p. 539; P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2004, 3, p.523; AA.VV., *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, a cura di C. Casonato, T. E. Frosini, Torino, 2006; M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1695; AA.VV., *Dalla provetta alla Corte. La legge 40 del 2004 di nuovo a giudizio*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto e P. Veronesi, Torino, 2008; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte costituzionali di inizio-vita*, Milano, 2012; AA.VV., *Trattato di Biodiritto. Il governo del corpo*, a cura di S. Rodotà, P. Zatti, tomo II, Milano, 2011, p. 1355 ss.

¹⁹ Problema che, come sostiene F. MANTOVANI, *Prospettive giuridiche in tema di embrioni crioconservati*, in *Embrioni crioconservati: quale futuro?*, ne *I quaderni di Scienza & Vita* n. 11, Atti del X Congresso Nazionale, Roma, 23-24 novembre 2012, p. 51 ss., non può prescindere dalla «presa d'atto dell'anormalità, disumanità, mostruosità della crioconservazione embrionale», che rischia, per la legge dell'assuefazione, di diventare normalità.

²⁰ Non può ignorarsi che, in sé, le tecniche di PMA comportano un rischio molto alto di insuccesso e prevedono la creazione e la distruzione di un numero altissimo di embrioni, oltre che un elevato tasso di abortività. La sentenza della Corte costituzionale n. 151 del 2009 afferma che la stessa legge 40, nel consentire il ricorso alla PMA, prevede comunque «un limite alla tutela apprestata all'embrione, poiché anche nel caso di limitazione a

almeno pro futuro²¹, che vi fosse un soprannumero. La ratio sottesa a tutto l'impianto legislativo era infatti quella indicata nell'art. 1 della legge, «che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito». E poiché logica vuole che l'unico modo per rispettarne la soggettività è quello di portarne a compimento la sviluppo attraverso la nascita²², la crioconservazione era vietata²³, in quanto il congelamento espone l'embrione al disfacimento o all'uso, riducendolo ad «oggetto»²⁴.

È veritiera dunque, anche se assai singolare da parte della Corte, l'asserzione secondo cui «la possibilità di creare embrioni non portati a nascita - embrioni comunemente definiti soprannumerari o residuali - è venuta ad emersione, sul piano giuridico, con la sentenza di questa Corte n. 151 del 2009» e

soli tre del numero di embrioni prodotti, si ammette comunque che alcuni di essi possano non dar luogo a gravidanza» (§ 6.1. in dir.). Secondo i dati che emergono dall'ultima *Relazione del Ministro della salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge*, cit., le percentuali di gravidanze, sulle inseminazioni effettuate con la tecnica di Inseminazione Semplice, si aggira intorno all'11%, fino a scendere notevolmente intorno ai 43 anni (p. 80 ss.). La percentuale di gravidanze ottenute con le tecniche a fresco di II e II livello è pari al 19,5% sui cicli iniziati, mentre con le tecniche da scongelamento è in media del 15%, fino a scendere al 6% dopo i 43 anni (p. 115 ss.). Solo il 74% delle gravidanze monitorate giunge poi al parto (p. 53). Osserva G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Procreazione assistita. Problemi e prospettive*, Atti del Convegno svoltosi presso l'Accademia nazionale dei Lincei, 31 gennaio 2005, Roma, a cura di G. Razzano, p. 26, che «se l'impianto di un solo embrione è destinato all'insuccesso, l'alternativa per evitare quel sacrificio è radicale e condiziona la stessa procreazione assistita, per chi non ammetta che il principio di vita possa essere creato per essere distrutto». Quanto al piano non già etico-giuridico, ma scientifico-applicativo, sembra interessante dare conto dell'articolo pubblicato da alcuni medici che praticano PMA sul *British Medical Journal* (*Are we overusing IVF?* BMJ 2014;348:g252), da cui emerge che, nel 2013, i nati da fecondazione artificiale sono giunti, nel mondo, a cinque milioni. Al contempo, con riguardo alla Gran Bretagna, nel 2011, solo il 12% delle donne che hanno fatto ricorso alla PMA erano effettivamente sterili per conclamati problemi tubarici. La conclusione che ne traggono gli autori è che occorre incrementare la ricerca sulla sterilità e diffondere maggiori informazioni sui rischi della provetta. Secondo la tabella allegata all'articolo, vi è il 70% di rischio in più (dei concepimenti naturali) di malformazioni genetiche, il 90% in più di morte perinatale, il 50% in più di rischio di nascita pretermine, il 70% in più di nascita severamente pretermine (prima delle 32 settimane). I medesimi autori riconoscono apertamente, tra l'altro, che la fecondazione assistita è ormai diventata un'industria che crea enormi profitti, non solo per le cliniche private, ma anche per le istituzioni universitarie e pubbliche. Già l'*American Academy of Pediatrics*, nel corso del Meeting annuale di New Orleans (2012), in relazione alla questione del consenso informato delle coppie, aveva reso noto che il rischio di avere malformazioni alla nascita, per il concepimento con tecniche artificiali, è più alto del 25% rispetto a quello naturale. Mentre il *New England Journal of Medicine* ha rilevato un 8,3% di malformazione dei bambini nati con tecniche artificiali contro il 5,8% dei bambini nati in modo naturale (*Reproductive Technologies and the Risk of Birth Defects*, *N Engl J Med* 2012; 366:1803-1813 May 10, 2012).

²¹ Com'è noto, la legge 40 mancava invece di pronunciarsi sul destino degli embrioni già crioconservati e abbandonati, prodotti nel periodo precedente l'entrata in vigore della legge. Una questione sulla quale è intervenuto il Comitato nazionale di bioetica (CNB), con il parere del 18 novembre 2005, intitolato *L'adozione per la nascita (APN) degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (P.M.A.)*.

²² L. VIOLINI, *Tra scienza e diritto: i nodi irrisolti della fecondazione medicalmente assistita*, in AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, a cura di A. Celotto e N. Zanon, Milano, 2004, p. 39. Già F. MANTOVANI, *La fecondazione assistita tra "il diritto alla prole" e "il diritto ai due genitori"*, in *Ind. pen.* 1990, p. 421; R. RIZ, *Bioetica – Fivet – Clonazione. Tutela della persona e della vita*, in *Ind. pen.*, 2000, p.475; L. EUSEBI, *La vita individuale precoce: soltanto materiale biologico?*, in *Leg. pen.*, 2005, p. 361.

²³ Art. 14, comma 1, nel testo originario.

²⁴ Sul problema, anche in riferimento all'esperienza statunitense, L. VIOLINI, B. VIMERCATI, *Alla ricerca dello statuto costituzionale degli embrioni crioconservati*, in *Embrioni crioconservati: quale futuro?*, cit., p. 71 ss.

quella per cui, con riguardo alla sent. 96 del 2015, «il numero degli embrioni residuali privi di trasferimento, in particolare perché malati, risulta virtualmente ampliato anche per effetto questa sentenza». Così facendo, infatti, la Corte rende manifesto che la riedizione del problema bioetico del destino degli embrioni in soprannumero, in Italia, è la sua stessa giurisprudenza²⁵. Quanto poi l'ampliamento non sia virtuale, ma reale e consistente, lo attestano i dati ministeriali già citati²⁶.

La Corte passa poi a riassumere la giurisprudenza venutasi a formare in materia, sottolineando fra l'altro 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 donna²⁷. Anche in questo caso va detto che il bilanciamento individuato dalla Corte è basato su di un punto di equilibrio così differente da quello trovato dalla legge 40, da potersi considerare rispondente ad una *ratio legis* diversa. La legge infatti, nel testo originario, consentiva l'accesso alle tecniche di PMA ma non la crioconservazione degli embrioni, per la ragione già segnalata che il congelamento espone l'embrione al disfacimento o all'uso. Il bilanciamento operato dalla giurisprudenza costituzionale, invece, ha di fatto condizionato la soggettività dell'embrione (*rectius*: il trattamento come soggetto dell'embrione) alla volontà di coloro che richiedono l'accesso alle tecniche di PMA. Con ciò realizzando, oltretutto, un "bilanciamento" assai discutibile sul piano logico, non già fra interessi entrambi vitali, ma fra termini eterogenei: desideri, anche apprezzabili, del vivente o il suo benessere, da un lato; la vita nascente, dall'altro, come autorevolmente osservato²⁸.

3. L'infondatezza della questione di legittimità del divieto, penalmente sanzionato, di soppressione di embrioni e l'inammissibilità della questione concernente il loro uso per la sperimentazione

In secondo luogo, occorre considerare il richiamo, da parte della sentenza che si commenta, alla precedente sentenza n. 229 del 2015. Quest'ultima, com'è noto, ha dichiarato incostituzionale l'art. 13, commi 3, lettera b), e 4, della legge n. 40 del 2004, che prevedeva il divieto di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti, come conseguenza della precedente declaratoria di incostituzionalità di quelle parti della legge 40 che non prevedevano l'accesso alla PMA da parte delle coppie fertili ma portatrici di malattie genetiche. La medesima sentenza ha tuttavia escluso la fondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, commi 1 e 6, della stessa legge, che vieta, penalmente sanzionandola, la condotta di soppressione degli embrioni, anche ove affetti da malattia genetica. A detta della Corte, in questo caso viene in rilievo «l'esigenza di tutelare la dignità dell'embrione», il quale - «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»²⁹.

²⁵ In particolare sent. n. 151 del 2009. Sul punto A. D'ALOIA, *Quel che resta della legge 40*, cit., p. 7.

²⁶ Cfr. nota 17.

²⁷ § 8.2.1.

²⁸ G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, cit., p. 28.

²⁹ § 3. Al riguardo non si può fare a meno di rilevare il contrasto fra quest'affermazione e la terminologia utilizzata dal giudice *a quo* (della sentenza ora in commento). Quest'ultimo infatti, in riferimento alla eventuale e futura decisione della donna di sottoporsi nuovamente a trattamento di PMA, ragiona di «trasferimento in utero del materiale prodotto, solo in esito alla indagine genetica pre-impianto, sullo stesso, che ne avesse confermato la qualità» (§ 2.2.).

È dunque un quadro assai eterogeneo quello determinatosi per effetto della giurisprudenza costituzionale, prevalentemente propensa a bilanciare e ad anteporre, alla tutela dell'embrione, «*le esigenze della procreazione*» e la salute generale della madre e inaspettatamente attenta a tutelare la dignità dell'embrione, quando si tratta di sopprimere quelli scartati. In questo contesto giunge la richiesta, da parte del giudice *a quo*, di una pronuncia additiva da parte della Corte, che permetta alla coppia di poter "donare" embrioni alla ricerca scientifica³⁰. Possibilità esclusa, com'è noto, dalla legge, che ne vieta non solo la soppressione (art. 14, comma 1), ma anche l'uso a fini di ricerca e sperimentazione (art. 13, comma 3, lett. a).

Tale richiesta, va subito riconosciuto, non può ritenersi in totale discontinuità con la *ratio* degli interventi compiuti dalla giurisprudenza costituzionale sulla legge 40. Una volta infatti ammessa la produzione di embrioni anche non finalizzata all'impianto e una volta eliminato il divieto di selezione a scopo eugenetico (sebbene ciò al solo fine di evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b, della legge 22 maggio 1978, n. 194³¹), è chiaro che, ad informare la disciplina concernente la procreazione medicalmente assistita, non è solo il principio per cui «sono assicurati i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito»³², ma anche il principio a volte discordante della «tutela delle esigenze della procreazione». Il diritto del concepito è recessivo, come del resto mostra l'astensionismo manifestato dalla Corte sul punto: «*quale che ne sia il, più o meno ampio, riconoscibile grado di sog-*

³⁰ In proposito rilevano diversi pareri del Comitato Nazionale di Bioetica, che segnalano in ordine cronologico: *Identità e statuto dell'embrione umano*, del 22 giugno 1996; *Parere del CNB sull'impiego terapeutico delle cellule staminali*, del 27 ottobre 2000; *Parere su ricerche utilizzando embrioni e cellule staminali* (2003); il già citato parere su *L'adozione per la nascita (APN) degli embrioni crioconservati e residui derivanti da procreazione medicalmente assistita (P.M.A)*, del 18 novembre 2005; *Destino degli embrioni derivanti da pma e non più impiantabili*, del 26 ottobre 2007. Occorre inoltre considerare la *Relazione finale* della Commissione di studio sugli embrioni crioconservati nei centri di p.m.a., nominata con Decreto del Ministro del Lavoro della Salute e delle Politiche Sociali il 25 giugno 2009. Tutti i pareri sono concordi (seppure con la presenza di postille talvolta dissenzienti) nel ribadire che gli embrioni sono vite umane a pieno titolo, che esiste il dovere etico di proteggerne la vita, che la sperimentazione a loro carico si giustifica, ai sensi della Convenzione di Oviedo, solo se nel loro interesse e che il divieto di uso si estende agli embrioni c.d. soprannumerari. Di conseguenza, mentre non è accettabile la "donazione" di embrioni, termine adatto alle cose ma ritenuto incompatibile con la soggettività dell'embrione, è possibile l'Adozione Per Nascita (cfr., in particolare, parere del 2005 sull'APN).

³¹ Com'è noto la sent. n. 96 del 2015 ha infatti dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 (Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza), accertate da apposite strutture pubbliche. Allo stesso modo la successiva sent. n. 229 del 2015 ha poi dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, commi 3, lettera b), e 4 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 nella parte in cui contempla come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa sia esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 (Norme per la tutela della maternità e sulla interruzione della gravidanza) e accertate da apposite strutture pubbliche).

³² Peraltro dichiarato incostituzionale (sent. n. 96 del 2015) nella parte in cui non consente il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 (Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza), accertate da apposite strutture pubbliche.

gettività correlato alla genesi della vita», oltre che l'assai discutibile affermazione secondo cui l'embrione sarebbe «un'entità che ha in sé il principio della vita (ancorché in uno stadio di sviluppo non predefinito dal legislatore e tuttora non univocamente individuato dalla scienza)»³³, su cui si avrà modo di tornare.

Coerente con tale prospettiva appare allora la donazione degli embrioni *che non servono* per la ricerca scientifica, dove essi almeno *servono*. Del resto, se un notevole numero di concepiti è sacrificabile per ottenere più *chances* di successo nelle tecniche di PMA e se un'altra quota è funzionale alla selezione a scopo eugenetico, ne discende che il concepito, secondo questa *ratio*, può essere un mezzo per il raggiungimento di un fine. E dunque può essere un mezzo per le esigenze della ricerca. Tanto più che, come argomenta il giudice *a quo*, se ne prevede comunque l'estinzione. In altri termini, vulnerata la legge in uno degli aspetti più qualificanti, la tutela del concepito come *soggetto*, e bilanciato il diritto alla vita del nascituro con la «tutela delle esigenze della procreazione» e della salute della donna, la richiesta di una pronuncia additiva che consenta anche l'uso degli embrioni in soprannumero per la ricerca, come del resto la soppressione di quelli malformati, appare in effetti non irrazionale rispetto ad una giurisprudenza che, contrariamente all'impianto originale della legge 40, ha bilanciato i diritti del nascituro con il benessere e i desideri del vivente³⁴. Come interpretare, dunque, la frenata della Corte?

Le risposte che possono darsi sono almeno due.

4. La *ratio* della sentenza: due chiavi di lettura

In primo luogo, la situazione venutasi a creare rispetto alla legge 40 mette in gioco l'identità e il ruolo della stessa Corte. La quale, in quest'occasione come già nella precedente sentenza 229 del 2015, ha certamente valutato le conseguenze che sarebbero potute derivare da una eventuale, ennesima pronuncia di incostituzionalità. Si tratta infatti di disposizioni³⁵ rilevanti in riferimento a quella sentenza della stessa Corte che a suo tempo ha dichiarato inammissibile il referendum di abrogazione totale contro la legge 40, definita «costituzionalmente necessaria»³⁶. Se la Corte avesse consentito – tramite la declaratoria d'incostituzionalità – la soppressione di embrioni e la produzione di embrioni umani a fini di ricerca e sperimentazione, la Corte avrebbe rischiato di contraddire se stessa, oltrepassando fra l'altro il suo ruolo di giudice delle leggi. Di fatto avrebbe posto nel nulla la stessa scelta del legislatore di intervenire in materia di procreazione medicalmente assistita ponendo dei limiti significativi. Perché, in effetti, la legge 40, già ridotta, cassata e trasformata dal giudice costituzionale, laddove si fosse pure aggiunta la liceità della condotta di utilizzazione degli embrioni per la ricerca, o la soppressione di quelli malformati, difficilmente avrebbe potuto restare coerente con ciò che pur resta della stessa in riferimento al suo primo articolo, ai sensi del quale la legge assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito.

³³ § 8.2.1.

³⁴ Cfr. *supra*, nota 29.

³⁵ Il riferimento è all'art. 13, comma 3, lett. a) e 14, comma 1 e all'art. 14, commi 1 e 6.

³⁶ Sent. n. 45 del 2005, che definisce la legge come «diretta a rendere effettivo un diritto fondamentale della persona, che coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, che nel loro complesso postulano quanto meno un bilanciamento che assicuri un livello minimo di tutela legislativa».

A ciò va poi aggiunto che la Corte di Strasburgo, sulla medesima questione, ha accertato la sussistenza di un *ampio margine di apprezzamento* in capo agli Stati aderenti e ha confermato che ciascuno Stato è libero di legiferare in proposito. Nella causa Parrillo c. Italia (decisa il 27 agosto 2015 dalla *Grande Chambre*), i giudici europei hanno infatti dichiarato che la questione della donazione degli embrioni non destinati a impianto solleva chiaramente *delicate questioni morali ed etiche* e che i documenti di diritto comparato di cui dispone dimostrano che, contrariamente a quanto affermato dalla ricorrente, non esiste un vasto consenso europeo in materia³⁷. Analogamente poi a quanto in seguito affermato dalla citata sentenza della Corte costituzionale n. 229 del 2015, depositata l'11 novembre 2015, anche la Corte di Strasburgo ha escluso che gli embrioni possano essere ricondotti al rango di "beni" («*human embryos can not be reduced to "possessions" within the meaning of that provision*»), dichiarando irricevibile il ricorso Parrillo, per il profilo della denunciata violazione dell'art. 1 del Protocollo addizionale (che tutela il diritto della persona al rispetto dei suoi beni). La Corte italiana, dunque, ha seguito quella europea.

Se si restasse a queste considerazioni, tuttavia, la *prudencia* della sentenza *de quo* sarebbe da intendersi solo nel senso dell'accortezza e dell'opportunità e poco resterebbe della virtù aristotelico-tomista, fiduciosa nella possibilità di operare una sintesi fra principi etici e prassi, fra giustizia e diritto. Vanno invece apprezzati, nel percorso argomentativo della sentenza, almeno due elementi riconducibili a questa prospettiva prudenziale.

5. La constatazione dell'esistenza di due fronti e l'ampio margine di apprezzamento (in capo al Parlamento)

Il primo elemento attiene alla stessa ricerca, da parte della Corte, delle ragioni dottrinarie e scientifiche che sono alla base dell'uno e dell'altro diritto; ossia quello alla vita dell'embrione e quello alla ricerca scientifica. Si tratta di una metodologia che, riconoscendo innanzitutto che una certa questione bioetica è dibattuta, che non vi è unanimità di vedute, che esistono dei "fronti", ricerca e individua le ragioni che stanno alla base dell'una e dell'altra tesi. Così facendo ammette, implicitamente, che sono considerevoli le argomentazioni addotte dalle prospettive che si fronteggiano. Condizione per una scelta prudente è, infatti, la ponderazione di tutti i termini della questione e la considerazione di tutti i punti di vista che si confrontano in merito ad un problema concernente la liceità o l'illiceità di una condotta. La Corte individua dunque "due fronti" bioetici e, analogamente alla Corte di Strasburgo – che dinanzi alla pluralità di scelte degli Stati aderenti, riconosce l'ampio margine di apprezzamento – dichiara inammissibile la questione e competente il Parlamento.

³⁷ § 176 e ss. della sentenza Cedu. Infatti, mentre diciassette, dei quaranta Stati membri dei quali la Corte possiede informazione hanno adottato un approccio permissivo in questo campo, altri Paesi hanno leggi che vietano espressamente qualunque ricerca sulle cellule embrionali, ed altri ancora consentono la ricerca in discussione a condizioni rigorose. L'Italia non è, pertanto, l'unico Stato membro del Consiglio d'Europa che vieta la donazione di embrioni umani alla ricerca scientifica. Ed è per tali motivi che la Corte ritiene che il Governo non abbia ecceduto l'ampio margine di discrezionalità di cui godeva nel caso di specie.

Una sede, quest'ultima, in cui è lo stesso metodo democratico a richiedere, alla fine, di optare per alcune ragioni anziché altre, attraverso la votazione³⁸. Prevale insomma quella prospettiva bioetica che riunisce più consensi³⁹. Ciò che, a ben vedere, era avvenuto con l'approvazione, nel 2004, con una maggioranza tutt'altro che risicata, della legge 40⁴⁰, uscita anche indenne, com'è noto, dal tentativo di abrogazione referendaria.

Dopo aver preso atto, dunque, della metodologia prudente adottata dalla Corte⁴¹, occorre allora chiedersi se, non solo la questione odierna, inerente il bilanciamento costituzionalmente ragionevole fra la tutela dell'embrione e interesse alla ricerca scientifica, ma anche quella del bilanciamento fra la tutela dell'embrione, da un lato, e la «tutela delle esigenze della procreazione» e della salute della donna, dall'altro, non dovesse essere, anch'essa, lasciata alla competenza del legislatore. Perché, infatti, solo il bilanciamento sulla questione della ricerca scientifica dovrebbe essere rimesso alla valutazione del Parlamento e non anche quello sulla questione delle «esigenze della procreazione», della salute della donna che intraprende una scelta rischiosa, dell'accesso alle coppie non fertili? Per non parlare della questione, piuttosto trascurata, concernente il potenziale conflitto fra la salute della

³⁸ Con ciò, accennando solamente ad un tema che qui non è possibile affrontare compiutamente, non si intende radicare nel principio di maggioranza la validità delle scelte che concernono l'essere umano e la sua tutela, che attengono piuttosto ai principi supremi e ai diritti inviolabili della Costituzione e, prima ancora, allo statuto ontologico dell'uomo. Si intende piuttosto dubitare che le sentenze della Corte costituzionale che hanno radicalmente «ritoccato» la legge 40 fossero decisioni *necessarie* dal punto di vista tecnico-scientifico oltre che *necessarie* nell'ottica del rapporto fra l'Italia e la Cedu, anziché opzioni che il legislatore aveva scartato in favore di altre, più rispondenti a quella *ratio legis* della tutela di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito. *Ratio* che non può dirsi manifestamente incostituzionale ma, al contrario, corrispondente ai principi supremi e ai diritti inviolabili. Sul «predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu» e sul «carattere subcostituzionale della Cedu», cfr. Corte costituzionale, sentenze n. 349 e n. 348 del 2007, 264 del 2012 e n. 49 del 2015.

Peraltro è difficile negare che spettino al legislatore le scelte di biopolitica. Cfr. al riguardo E. CASTORINA, *op. ult. cit.*, p. 34 ss. M. LUCIANI, *Relazione di sintesi*, in A. D'Aloia (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2005, p. 625 ss.; R. ROMBOLI, *La «relatività» dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del proprio corpo*, in *Pol. dir.*, 1991, p. 579. Del tutto diversa è invece la questione concernente il principio di maggioranza in relazione all'evidenza tecnico-scientifica, quando il legislatore ha bisogno di *presupporre dei dati (e non già di interpretarli)*. Come avviene, ad es., quando si rinvia alle conoscenze aggiornate sulla sismicità dei luoghi per imporre l'adeguamento antisismico a certi edifici. È chiaro che non è la maggioranza parlamentare a valutare il rischio sismico, né l'inflammabilità di un materiale o la tossicità di un farmaco, e così via.

³⁹ Sul punto già L. VIOLINI, *Tra scienza e diritto: i nodi irrisolti della fecondazione medicalmente assistita*, cit., p. 58, per la quale «non dovrebbe essere il giudizio di costituzionalità il luogo più adatto a far valere il legittimo, pesante dissenso che vige nei riguardi della legge esaminata. Piuttosto pare opportuno che, trattandosi di dissenso sui valori – e quindi sul livello politico della questione – sia la maggioranza a decidere e siano gli strumenti di democrazia diretta quelli adatti a far valere il proprio dissenso, allo scopo di accertare che il consenso faticosamente e trasversalmente raggiunto in Parlamento non sia conforme al consenso sociale».

⁴⁰ La legge fu approvata dal Senato l'11 dicembre 2003 con 169 voti favorevoli, 90 contrari e 5 astenuti e fu definitivamente approvata dalla Camera il 10 febbraio 2004 con 277 voti favorevoli, 222 contrari e 3 astenuti.

⁴¹ Che ha invece incontrato le critiche di V. TIGANO, *De dignitate non disputandum est? La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla pma*, in *Dir. Pen. Contemporaneo*, p. 13 ss.

donna e le stesse “esigenze della procreazione”⁴². In tutti questi ambiti non mancano di certo “due fronti”, o comunque una serie di molteplici opzioni intermedie e *scelte di così elevata discrezionalità, per i profili assiologici che le connotano, da sottrarsi, per ciò stesso, al sindacato di questa Corte.*

Quest’ultima, invero, spiega che l’intervento richiesto dal giudice *a quo*, in questo caso, non è “a rima obbligata”. Con ciò lasciando intendere che lo fossero, invece, i precedenti interventi della Corte sulla legge 40. In realtà, come la dottrina ha posto in luce, anche quella di voler “far rima” con un’altra legge è una scelta di elevata discrezionalità, come lo è, più in generale, la scelta del *tertium comparationis*⁴³. Si tratta infatti, di una scelta non univoca, né tecnica, né formale, ma altamente problematica⁴⁴. È infatti inevitabilmente implicato un giudizio assiologico quando si sceglie di prendere in considerazione un elemento di raffronto anziché un altro⁴⁵.

In definitiva la metodologia argomentativa adottata dalla Corte in questa occasione, che si manifesta prima di tutto nel riconoscimento di due fronti contrapposti su di un problema bioetico, che oltretutto «coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali», inevitabilmente conduce a doman-

⁴² Il riferimento è alla sindrome da iperstimolazione ovarica, che può determinare trombosi e tromboflebiti e in taluni casi un rischio per la vita (cfr. per tutti C. FLAMIGNI, *La procreazione assistita*, Bologna, 2002, p. 29 ss., p.63 ss.). Si registra al riguardo un caso molto recente di decesso di una donna, presso l’ospedale di Conversano, il 10 giugno 2015, per arresto cardiocircolatorio a seguito di agoaspirazione ovarica per PMA.

⁴³ Nel caso di specie è discutibile la scelta di dichiarare irragionevole il divieto di accesso alla PMA da parte delle coppie fertili, in quanto «il nostro ordinamento consente, comunque, a tali coppie di perseguire l’obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici, attraverso la, innegabilmente più traumatica, modalità della interruzione volontaria (anche reiterata) di gravidanze naturali – quale consentita dall’art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 (Norme per la tutela sociale della maternità e sull’interruzione volontaria della gravidanza)» (sent. n. 96 del 2015). Non vi è infatti analogia fra l’aborto c.d. terapeutico (eccezionalmente consentito oltre i 90 giorni, si badi, *quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna o quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna*) e la situazione di chi ricorre alla PMA con l’intenzione di selezionare l’embrione sano. Nel primo caso la *ratio legis* è infatti quella dello stato di necessità, che sul piano etico, come su quello penale, si riferisce ad un pericolo non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, e ad un fatto proporzionato al pericolo. Nell’altro caso, invece, la fattispecie è diversa, perché non ricorrono queste condizioni. In particolare l’intenzione e la volontà sono proprio quelle di ricorrere alla PMA per selezionare alcuni embrioni e scartarne altri. Cfr. G. DI ROSA, *Dai principi alle regole: appunti di biodiritto*, Torino, 2013, p. 86 ss.

⁴⁴ Cfr. A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, 8, che afferma che l’elemento di raffronto deve essere univoco, «perché ove risultassero possibili diverse analogie con diverse norme dell’ordinamento, mancherebbe, nella logica del sistema, una indicazione precisa sul modo di eliminare l’incostituzionalità (...) ed esulerebbe dai poteri della Corte la scelta sul suo modo di eliminarla». Cfr. anche L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale d’uguaglianza: aprile 1979-dicembre 1973*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, I, Padova, 1985, p. 620. Sulla “discrezionalità legislativa”, L. PALADIN, *Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 304.

⁴⁵ Fra i tanti contributi che si potrebbero menzionare, particolarmente pertinente è un passaggio di F. MODUGNO, *Scritti sull’interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, p. 116, il quale, in riferimento al possibile, inevitabile sconfinamento nel campo legislativo della Corte, afferma: «Perfino la raffinata soluzione crisafulliana delle “rime obbligate”, seguendo le quali sarebbe consentito alla Corte – rispettando la c.d. discrezionalità del legislatore – di intervenire, non può non rivelare che la norma “nuova” – modificativa – risultante dalla decisione della Corte, pur contenendosi nei limiti di una *estensione* di un pezzo della già vigente normativa legislativa o costituzionale, è tuttavia pur sempre *estensione* compiuta e *definitiva* e quindi creazione di una nuova disciplina, in quanto operante *erga omnes*».

darsi perché non sia stata applicata anche in passato, alle *delicate questioni morali ed etiche* riguardanti, nella specie, l'aumento progressivo di embrioni crioconservati e l'accesso alla PMA per la selezione dell'embrione sano, questioni anch'esse assai dibattute⁴⁶. Perché non accettare le relative decisioni del legislatore, appunto «*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*»⁴⁷? E soprattutto: era forse *illogica, internamente*⁴⁸, la normativa originale dettata dalla legge 40, rispetto al principio, che ne costituiva la *ratio legis*, di assicurare i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito?

6. Le scelte di elevata discrezionalità, per i profili assiologici che le connotano, sono sottratte al sindacato della Corte. Il principio di utilità e quello di tutela della vita

La prudenza della Corte si manifesta, inoltre, nella stessa scelta di ammettere di essere dinanzi ad una questione di costituzionalità riguardante una norma che racchiude una valutazione di così elevata discrezionalità, per i profili assiologici che la connotano, da sottrarla al sindacato di costituzionalità per riserVARLA al legislatore. La Corte si astiene dunque dall'intervenire con una sentenza additiva e dichiara, per così dire, competente il Parlamento.

In questa prospettiva, la scelta della Corte costituzionale di dichiarare *inammissibile, anziché infondata*, la questione appare significativa e adeguata. Il messaggio che se ne trae è che l'intervento richiesto dal giudice *a quo* non è stato diretto all'interlocutore giusto, che è piuttosto il legislatore. E la Corte ha declinato, quindi, la propria competenza⁴⁹. Sembra quasi enunciato un principio valevole più in generale, quello per cui le scelte normative caratterizzate da scelte di elevata discrezionalità, *per i profili assiologici* che le connotano, sono sottratte al sindacato della Corte e rimesse al Parlamento. La prudenza dunque, sotto questo profilo, concerne il ruolo stesso del giudice costituzionale e l'appropriatezza del relativo atteggiamento rispetto alla funzione, che è quella di *jus dicere* e non quella di *jus facere*⁵⁰. Sotto questo profilo viene in rilievo un'altra nota sentenza, quella della Corte di

⁴⁶ In proposito, solo per riflettere sulla gravità del tema, archiviato attraverso la discutibile scelta di metterlo in "rima" con l'aborto terapeutico, Ernesto Galli della Loggia (editoriale del "Corriere della Sera" del 17 settembre 2004) ha scritto: «La selezione genetica degli embrioni inevitabilmente riecheggia, almeno nel principio, la prassi eugenetica che fu del nazionalsocialismo e, meno spietatamente ma fino a tempi non lontani, di alcune legislazioni europee e americane». (...) L'avvento come pratica di massa della selezione genetica degli embrioni rappresenta un'abissale frattura rispetto a tutto il nostro stesso passato storico. Interi universi di pensieri e di sentimenti, interi mondi morali e artistici sono destinati all'insignificanza e, in prospettiva, alla liquidazione. Primo fra essi, naturalmente, il mondo spirituale cristiano con la sua idea della preziosità irripetibile di ogni essere umano e del misterioso legame mimetico che lo lega al Dio creatore, fonte di quel retaggio di misericordia e di amore per tutti gli esseri che è alla base delle utopie universalistiche di cui da venti secoli si nutre l'Occidente». Cfr. inoltre J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Torino, 2002, p. 34 ss.

⁴⁷ § 11 della sentenza in commento.

⁴⁸ Il riferimento è a V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p.373, e alla riflessione concernente la problematica dell'eccesso di potere legislativo (e della discrezionalità legislativa), laddove «la linea di confine tra legittimità e merito diventa estremamente sottile e rischia, a volte, di essere oltrepassata» (p. 371).

⁴⁹ V. CRISAFULLI, *op. cit.*, p. 375 ss. Cfr. anche A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., § 3.2.9.1.

⁵⁰ F. MANTOVANI, *Prospettive giuridiche in tema di embrioni crioconservati*, cit., p. 53.

Cassazione a Sezioni unite, 11 luglio 2011, n. 15144, la quale, in merito al c.d. *diritto vivente*, ha affermato che il giudice certamente «disvela ma non per questo crea». E che questo assetto realizza «l'unico collegamento possibile, in uno Stato di diritto, tra il giudice, non elettivo né politicamente responsabile, e la sovranità popolare, di cui la legge, ad opera di parlamentari eletti dal popolo e politicamente responsabili, è l'espressione prima»⁵¹.

Con ciò, non sembra trascurabile che la Corte inviti poi il Parlamento a scegliere fra le varie opzioni possibili in questo ambito. Il giudice delle leggi si cimenta, invero, in una esemplificazione dei modi e dei casi su cui il Parlamento potrebbe intervenire, riferendosi alla eventuale regolazione di una serie di possibilità di uso degli embrioni⁵². Come se insomma la legge 40 dovesse comunque essere superata nella sua attuale previsione, che nega invece ogni uso dell'embrione umano.

Va osservato, al contrario, che è proprio questa la scelta di elevata discrezionalità, per i profili assiologici che la connotano, compiuta dal legislatore. L'opzione etica di fondo, peraltro supportata da tutti i pareri del CNB citati⁵³, a loro volta basati sulla Convenzione di Oviedo⁵⁴ e sulla Carta di Nizza⁵⁵, è nel senso dell'inderogabilità del principio di tutela della vita. Questo principio contempla anche, in situazioni estreme, la differenza fra lasciar morire e uccidere⁵⁶. La medesima sottesa, del resto, alla sentenza n. 229 del 2015, quando ha dichiarato infondata la questione di costituzionalità concernen-

⁵¹ Sul tema, da ultimo, S. PRISCO, "Rigore è quando arbitro fischia"? Spunti di 'ragionevole' scetticismo su legislatore, Corti e interpretazione, in *Forumcostituzionale*, 28 gennaio 2016, destinato agli *Scritti in onore di Augusto Cerri*. Da ultimo lo stesso Presidente della Repubblica ha affermato che, «nell'applicare la legge al caso concreto, il magistrato, in presenza di una pluralità di possibili interpretazioni consentite, è chiamato a operare una scelta sulla base di principi e di elementi non esplicitati con precisione nei meri enunciati normativi ma pur sempre interni all'ordinamento». E che «l'esercizio del compito, affidato ai magistrati, di applicazione delle norme di legge, con la loro corretta e puntuale interpretazione, non si esaurisce, quindi, in una mera operazione meccanica né può trasformarsi in una lettura "creativa" della norma» (Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella all'inaugurazione dei corsi della Scuola Superiore della Magistratura per l'anno 2016, 28 aprile 2016).

⁵² La Corte si riferisce infatti alla valutazione di opportunità circa l'«utilizzazione, a fini di ricerca, dei soli embrioni affetti da malattia – e da quali malattie – ovvero anche di quelli scientificamente "non biopsabili"; alla selezione degli obiettivi e delle specifiche finalità della ricerca suscettibili di giustificare il "sacrificio" dell'embrione; alla eventualità, ed alla determinazione della durata, di un previo periodo di crioconservazione; alla opportunità o meno (dopo tali periodi) di un successivo interpello della coppia, o della donna, che ne verifichi la confermata volontà di abbandono dell'embrione e di sua destinazione alla sperimentazione; alle cautele più idonee ad evitare la "commercializzazione" degli embrioni residui».

⁵³ Cfr. nota 31.

⁵⁴ Ai sensi dell'art. 18, comma 2, della Convenzione «la costituzione di embrioni umani a fini di ricerca è vietata».

⁵⁵ L'art. 3 della Carta, com'è noto, prevede «il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone», oltre che «il diritto alla vita di ogni individuo» (art. 2, comma 1), su cui P. COSTANZO, *Il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali*, in *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, a cura di P. Costanzo, L. Mezzetti, A. Ruggeri, Torino, 2014, p. 404 ss.

⁵⁶ Su questa differenza cfr. il parere del CNB sul *Destino degli embrioni derivanti da pma e non più impiantabili* (2007), 7. Cfr. inoltre G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, cit., p. 23; A. PESSINA, *La disputa sull'adozione degli embrioni umani. Linee per una riflessione filosofica*, in *Medicina e Morale*, 2013, 6, pp. 1099-1112; 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*, in questa *Rivista* 2/2014.

te il divieto di soppressione degli embrioni, quantunque non sani, escludendo che l'embrione difetto, chiunque o qualunque cosa sia, possa essere *riducibile a mero materiale biologico*.

Il legislatore della legge 40 ha scelto infatti, fra le tante opzioni, di subordinare il principio di utilità a quello del rispetto incondizionato di ogni essere umano vivente. Aveva scelto, altresì, di subordinare a quest'ultimo anche il principio dell'autonomia individuale dei soggetti che, accedendo alle tecniche, avviano "la produzione" di embrioni e ne decidono il destino (impianto, selezione, crioconservazione, donazione), ritenendo "soggetto" anche il concepito. Ha scelto, inoltre, di non focalizzare il ragionamento sulla previsione per cui gli embrioni moriranno comunque, ma all'azione in sé e per sé considerata: quella di poter usare o meno esseri umani viventi per la ricerca.

La stessa impostazione etica, a ben vedere, è sottesa alla nota e apprezzata decisione del Tribunale costituzionale tedesco, quando ha ritenuto incompatibile con la Costituzione tedesca la legge che prevedeva di trattare i passeggeri dirottati come mero oggetto dell'intervento militare, quantunque preordinato a salvare altre vite umane. L'ipotesi su cui si basava la legge, com'è noto, era quella in cui un aereo di linea fosse stato dirottato per un disegno criminoso verso obiettivi civili e si prevedesse dunque la morte tanto degli uni (i passeggeri), quanto degli altri (gli abitanti del luogo contro cui l'aereo avrebbe dovuto schiantarsi)⁵⁷. Il principio che è al fondo di questa decisione è che l'uccisione di individui innocenti, per quanto si tratti di vite senza speranza per un giudizio prognostico congruo, non può mai giustificarsi, neppure al fine di salvare eventualmente altri⁵⁸. L'interrogativo concernente la sorte di alcuni soggetti/oggetti dipende dunque strettamente, per il principio di coerenza, dalla natura loro attribuibile⁵⁹. Quando si è dinanzi ad esseri umani, si è dinanzi a soggetti di diritto che non possono mai divenire *res*.

La questione portata in questa occasione all'attenzione della Corte, in definitiva, mostra chiaramente l'alternatività fra l'etica della tutela assoluta dell'essere umano vivente e l'etica dell'utilità⁶⁰. L'irriducibilità delle due visioni bioetiche si rispecchia, in questo caso, nell'impossibilità del bilanciamento e mostra chiaramente l'impossibilità di una coerenza interna alla giurisprudenza che si fonda ora su una prospettiva etica, ora sull'altra.

Quanto rilevato in merito alla giurisprudenza costituzionale italiana sulla legge 40 vale, d'altronde, per la giurisprudenza Cedu. Anche la Corte di Strasburgo, da una parte, con la sentenza Parrillo c. Italia, ha escluso che gli embrioni prodotti possano essere trattati al rango di beni e che la donazione

⁵⁷ Sentenza 15 febbraio 2006, concernente la legge sulla sicurezza aerea.

⁵⁸ Afferma la sentenza che ciò li trasformerebbe in oggetti, non solo nei confronti dei criminali responsabili del dirottamento, ma anche dello Stato, che finirebbe, sia pure sia pure con una finalità di bene, per equipararli ad *oggetti* inanimati. Un tale trattamento si sostanzierebbe in una grave quanto inaccettabile lesione degli interessati in quanto *soggetti* dotati di dignità e di diritti inalienabili, poiché laddove la loro uccisione fosse utilizzata come mezzo per la salvezza di altri, essi verrebbero "spersonalizzati e nel contempo privati dei loro diritti" (*verdinglicht und zugleich entrechtlicht*). L'analogia, quanto al principio etico sotteso, con la condizione degli embrioni crioconservati, è già stata sostenuta in G. RAZZANO, *L'essere umano allo stato embrionale e i contrappesi alla sua tutela. In margine alla sentenza della Corte costituzionale n. 151 del 2009 e all'ordinanza del Tribunale di Bologna del 29 giugno 2009*, in *Giur. it.*, febr. 2010, p. 295.

⁵⁹ F. MANTOVANI, *Prospettive giuridiche in tema di embrioni crioconservati*, cit., p. 54.

⁶⁰ Cfr. già F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana*, Padova, 1974, p. 755 ss., che afferma (p. 763): «Né il criterio utilitaristico della proporzione né il consenso del soggetto possono derogare al principio costituzionale della salvaguardia della vita e della salute del soggetto, che resta il criterio ispiratore prioritario in materia».

degli stessi possa essere ricondotta ad un aspetto del diritto alla vita privata e familiare di cui all'art. 8 Cedu; dall'altro, nella sentenza Costa e Pavan contro Italia, invece, ha sostenuto che lo stesso art. 8 implicherebbe il desiderio della coppia di generare un figlio non affetto da malattia genetica. Una sentenza tanto più criticabile, quanto più si tenga conto che l'art. 2 della stessa Cedu sancisce l'inderogabilità del diritto alla vita, disponendo espressamente che «nessuno può essere intenzionalmente privato della vita»⁶¹.

Del resto il principio di non contraddizione⁶² regge, sul piano logico, solo ove si metta in disparte o si accetti come recessivo il principio della tutela dell'embrione⁶³ e quello della tutela incondizionata di ogni vita. Altrimenti è evidentemente contraddittorio con la suddetta tutela permettere ampie deroghe al divieto di crioconservazione, così come permettere l'accesso alla PMA per soddisfare il desiderio ad ottenere, con tale mezzo, un figlio non affetto da malattia genetica⁶⁴. Delle due l'una: o si guarda all'*utilità*, e in tal caso non si vede perché non "donare" alla scienza gli embrioni inutilizzati o eliminarli; o si valuta la *liceità* etica concernente la soppressione degli embrioni in quanto esseri umani viventi, e in tal caso il loro uso, per quanto promettente, è da escludere.

7. L'approccio critico nei confronti delle possibilità scientifiche

Resta comunque importante che la Corte abbia rimandato alla valutazione del Parlamento le scelte concernenti le possibilità offerte dalla scienza. Si tratta certamente di un rinvio, ma anche di una prospettazione dello medesimo rapporto fra la decisione politica e le possibilità tecnico-scientifico-sperimentali. Prospettazione tutt'altro che scontata. Infatti, nella stessa sentenza n. 151 del 2009, si legge, all'opposto, che «*la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente posto l'accento sui limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica: sicché, in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente,*

⁶¹ Cfr. al riguardo G. DI ROSA, *Dai principi alle regole*, cit., p. 86 ss.; F. VARI, *Considerazioni critiche a proposito della sentenza Costa et Pavan della II sezione della Corte EDU*, ivi, 1 ss.; C. TRIPODINA, *Esiste in Italia un diritto al figlio sano? (Riflessioni a margine della causa Costa et Pavan vs Italia)*, in *Diritto pubbl. comp. ed europeo*, 2013, 3, p. 923 ss.; A. RUGGERI, *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronuncia del Tribunale di Roma, I sezione Civile, che da "seguito" a Corte EDU Costa e Pavan)*, in <http://www.diritticomparati.it/>, 2013.

⁶² Principio invocato dalla giurisprudenza costituzionale su questi temi nelle precedenti occasioni. Cfr. ad es. sent. 229 del 2015, § 1 e 2.2.

⁶³ Ovvero, analogamente, ove si voglia tenere conto della distinzione fra chi è già persona, di cui si tutela oltre che la vita, anche la salute, e chi persona deve ancora diventare, di cui non si tutela neppure la vita (in questi termini, com'è noto, Corte cost. n. 27 del 1975, in merito all'aborto). Prospettiva per alcuni versi superata dalla sentenza n. 35 del 2007, la quale, con riferimento alla tutela della vita «fin dall'inizio», ha ragionato, com'è noto, di «diritto alla vita del concepito», di principio che «ha conseguito nel corso degli anni sempre maggiore riconoscimento» e di diritto inviolabile riconducibile all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana.

⁶⁴ Al fondo di quasi tutte le questioni bioetiche, del resto, vi è lo stesso dilemma: o vi è uguaglianza fra tutti i viventi che la scienza riconosce come esseri umani oppure si ammettono distinzioni in base agli stadi di sviluppo, di età, di consapevolezza, di salute, ecc. In questo secondo caso, però, l'inviolabilità del diritto alla vita è negata e il principio di uguaglianza pure, in quanto si distinguerebbe fra esseri viventi che valutano e quelli che sono valutati. Cfr. R. SPAEMANN, *Persone. Sulla differenza tra «qualcosa» e «qualcuno»*, Bari, 2005.

*opera le necessarie scelte professionali*⁶⁵. Come si vede, anche a prescindere dal fatto che la Corte sembra alludere ad una sorta di contrattualismo privatistico fra medico e paziente, che suscita a sua volta più di un dubbio⁶⁶, si assiste all'inversione dei termini della questione: non le possibilità tecnico-scientifiche al vaglio del Parlamento, ma la discrezionalità legislativa *limitata* dalle acquisizioni scientifiche e sperimentali.

A questo riguardo sembra rispondere, idealmente, un parere del CNB dedicato al principio di precauzione⁶⁷, nel punto in cui invita ad un «*passaggio da una visione acritica del sapere scientifico, assunto come oggettivo e scevro da incertezze, a una posizione consapevole della non neutralità delle soluzioni tecnologiche, allorché le stesse entrano a contatto con attività sulla produzione, che possano incidere sulla sicurezza, sulla tutela dell'ambiente, sugli esseri viventi, sull'uomo*». Tale consapevolezza chiama in causa non solo il Parlamento, ma anche la stessa Costituzione, basata sul "primato dell'essere umano" e dunque assai significativa, non solo con riguardo alla libertà della scienza, ma anche con riguardo al rapporto fra la scienza e la vita umana, analogamente, del resto, al disegno costituzionale concernente la libertà economica⁶⁸. Più in generale, anzi, si è detto che le Costituzioni, anche nelle loro proiezioni sovranazionali, restano i baluardi più avanzati di fronte all'erompere delle nuove tecnologie⁶⁹.

Per rimanere ancora sul tema della scienza in relazione al diritto, lascia poi perplessi un passaggio della sentenza che si commenta⁷⁰, cui si è già accennato, secondo cui l'embrione sarebbe «*un'entità che ha in sé il principio della vita (ancorché in uno stadio di sviluppo non predefinito dal legislatore e tuttora non univocamente individuato dalla scienza)*». A ben vedere l'embriologia non nutre dubbi sul dato per cui l'ovulo fecondato dà luogo ad un individuo vivente appartenente alla specie umana.

⁶⁵ § 6.1. Prospettiva alla quale aderiscono, fra gli altri, P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in Quad. cost., 2009, p. 591 ss. e R. BIN, *La libertà della ricerca scientifica in campo genetico*, in *Alle frontiere del diritto. Scritti in onore di Valerio Onida*, a cura di M. D'Amico e B. Randazzo, Milano 2011, p. 215.

⁶⁶ Il diritto infatti, nel contesto costituzionale, tiene conto della debolezza contrattuale di una delle parti, come si riscontra soprattutto nell'ambito del diritto del lavoro e proprio in ambito sanitario, in riferimento ad alcune pratiche, come l'infibulazione. La tesi che non trova riscontro neppure in un ambito più aperto a valutazioni personali, come quello della medicina estetica, dove le richieste del paziente e le azioni del medico non possono essere esercitate al di fuori di qualsiasi regola. L'art. 32 Cost., sembra avallare infatti una concezione della medicina e del rapporto fra il medico e il paziente in cui le decisioni sono ispirate a criteri di «corresponsabilità socialmente condivisa» (così L. EUSEBI, *Autodeterminazione: profili etici e biogiuridici*, in *Scritti in onore di Franco Coppi*, II, Torino, 2011, p.961; ID., *Autodeterminazione e affidamento in ambito medico*, in *L'Arco di Giano*, 2013, p.1, § 2).

⁶⁷ Comitato Nazionale di Bioetica, *Il principio di precauzione: profili bioetici, filosofici, giuridici*, giugno 2004. Il parere prende atto della circostanza storica per cui il principio di precauzione nasce dalla richiesta di "agire con approccio precauzionale" allo scopo di proteggere l'ambiente (Conferenza di Rio, 1992: "United Nation Conference on Environment and Development"). Viene inoltre distinto il principio di precauzione da quello di prudenza e di responsabilità.

⁶⁸ Sul punto E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, Relazione al XXX Convegno annuale AIC, in *Rivista AIC*, 4/215, p.22, afferma, richiamando L. ARCIDIACONO, *L'embrione è soggetto di diritti*, in *Luci accese sulla Costituzione. Interventi di Luigi Arcidiacono*, Roma, 2013, 261, che dal diritto costituzionale deve essere estratta, per così dire, la "misura della scienza".

⁶⁹ G. TEUBNER, *Costituzionalismo della società transnazionale – Relazione al XXVIII Convegno Annuale dell'AIC*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013, come richiamato da E. CASTORINA, *op. ult. cit.*, p.23.

⁷⁰ § 8.2.1.

E infatti non vi è alcun contrasto, su questo, in seno al Comitato nazionale di Bioetica, non fosse altro perché nessuno scienziato potrebbe negarlo, mentre due importanti sentenze della Corte di Giustizia hanno contribuito ulteriormente a fare chiarezza sulla nozione di “embrione”⁷¹. Le controversie non sorgono sul piano scientifico, ma sul piano dottrinale, ideologico o convenzionale, ossia sul piano interpretativo del dato biologico. Non è, infatti, sul piano scientifico-sperimentale che si collocano le discussioni sul “principio della vita” o sui possibili stadi di sviluppo dell’essere umano, al fine di ricollegarvi o meno taluni diritti (v. ad es. il tema dell’*ootide*, del *pre-otide*, del *pro-otide*); e non è sul metro piano biologico che si afferma, d’altra parte, che è sufficiente l’essere in presenza di un individuo appartenente alla specie umana per riconnettervi la protezione e la tutela che merita un uomo. Il piano su cui si intavolano le discussioni fra più punti di vista non è quello biologico. Non si è in presenza, pertanto, di una divisione in ambito scientifico. La divisione è presente, piuttosto, in ambito *bio-etico*. Sono infatti in disaccordo coloro che, da filosofi, da giuristi, da sociologi e anche da scienziati, riflettono e interpretano il dato scientifico-sperimentale⁷².

⁷¹ Cfr. documento del CNB sulle *Considerazioni bioetiche in merito al c.d. “ootide”*, § 5, dal quale emerge la condivisione dell’evidenza scientifica dell’embriologia contemporanea, che mostra come la fusione-attivazione o la micro-iniezione-attivazione dello spermatozoo nel citoplasma della cellula uovo è l’evento primo, irreversibile e fondamentale che dà avvio al processo di costituzione e sviluppo dell’embrione umano. Cfr. inoltre le sentenze della Corte di Giustizia (Grande Sezione) 18 ottobre 2011, Causa C-34/10, *Oliver Brüstle*, e 18 dicembre 2014, Causa C-364/13, *International Stem Cell Corporation*, che hanno definito l’embrione umano (in riferimento alla direttiva 98/44/CE del Parlamento e del Consiglio, che ne vieta la brevettabilità dell’uso a fini commerciali, industriali e anche di ricerca scientifica, come si avrà modo di dire), *ogni organismo in grado di dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano, purché tale organismo abbia in sé la capacità intrinseca di svilupparsi in essere umano*: «In tal senso, sin dalla fase della sua fecondazione qualsiasi ovulo umano deve essere considerato come un “embrione umano”, ai sensi e per gli effetti dell’art. 6, n. 2, lett. c), della direttiva, dal momento che la fecondazione è tale da dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano. (...) Costituisce un “embrione umano” qualunque ovulo umano fin dalla fecondazione, qualunque ovulo umano non fecondato in cui sia stato impiantato il nucleo di una cellula umana matura e qualunque ovulo umano non fecondato che, attraverso partenogenesi, sia stato indotto a dividersi e a svilupparsi; (...) spetta al giudice nazionale stabilire, in considerazione degli sviluppi della scienza, se una cellula staminale ricavata da un embrione umano nello stadio di blastocisti costituisca un “embrione umano” ai sensi dell’art. 6, n. 2, lett. c), della direttiva. » (sent. *Brüstle*, § 35, 38). La successiva sentenza *International Stem Cell Corporation*, ha successivamente corretto le esemplificazioni di ciò che è “embrione umano” e ha tenuto conto dell’evidenza scientifica per cui *un ovulo umano non fecondato il quale, attraverso la partenogenesi, sia stato indotto a dividersi e a svilupparsi non costituisce un “embrione umano”*, «qualora, alla luce delle attuali conoscenze della scienza, esso sia privo, in quanto tale, della capacità intrinseca di svilupparsi in essere umano, circostanza che spetta al giudice nazionale verificare». Si è insomma chiarito che il partenote non è un embrione e che mentre le cellule totipotenti – cioè in grado di svilupparsi in un essere umano – non possono essere oggetto di brevetto, quelle pluripotenti – come le linee staminali embrionali, che possono trasformarsi in tessuti di ogni tipo ma non svilupparsi in un essere umano – possono esserlo. Resta comunque fermo, anche nella seconda sentenza, il principio per cui è embrione umano ogni organismo avente in sé la capacità intrinseca di svilupparsi in essere umano.

⁷² Cfr. infatti lo stesso parere *Considerazioni bioetiche in merito al c.d. “ootide”*, cit., laddove osserva che «anche la riflessione filosofica offre un ulteriore argomento a sostegno del principio di continuità, nella misura in cui riconosce che l’inizio della vita dell’essere umano costituisce un “salto di qualità” (un passaggio dal non essere all’essere) e che, una volta che tale passaggio sia avvenuto, ci siano solo modificazioni accidentali (quantitative) e non trasformazioni sostanziali (qualitative)». Considerazione, quest’ultima, accolta dalla maggioranza del CNB, ma che, a differenza delle affermazioni concernenti i dati embriologici, non ha trovato l’unanimità dei consensi.

In realtà, solo coloro che si rimettono al dato biologico, quanto all'inizio e alla fine della vita umana, per riconnettervi il diritto dovuto alla vita, rinunciano a valutare ulteriormente il dato scientifico⁷³. Nell'altra prospettiva, quella per cui il diritto alla vita va modulato in corrispondenza ai progressi compiuti nello sviluppo - o in correlazione alla perdita di funzioni, nello stadio finale della vita - la prospettiva può dirsi invece *convenzionale*, nel senso che non si considera dirimente il solo dato per cui si è in presenza di un individuo vivente appartenente alla specie umana, ma lo si sottopone ad ulteriore valutazione e interpretazione, forse alla ricerca di spazi che, permettendo di individuare una *cosa* anziché un *soggetto*, possano legittimare la sperimentazione sull'embrione⁷⁴.

8. L'assenza dell'elemento della c.d. "necessità scientifica" dell'uso degli embrioni per la ricerca. Conclusioni

Ma è poi davvero promettente la ricerca attraverso l'uso delle cellule staminali embrionali dell'uomo? Nell'avviarci alla conclusione di queste riflessioni, che hanno preso spunto da una sentenza che ha affrontato la questione «inerente il bilanciamento costituzionalmente ragionevole tra tutela dell'embrione e interesse alla ricerca scientifica finalizzata alla tutela della salute (individuale e collettiva)», sembra doveroso porsi questa domanda.

Nel 2003, a ridosso dell'approvazione della legge 40, il *New England Journal of Medicine* parlò di "promessa di guarigione universale" legata alle cellule staminali embrionali. Nel 2004 e nel 2005 *Science* pubblicò due lavori di Hwang Woo-suk, lo scienziato sudcoreano che affermava di aver isolato con successo le cellule staminali embrionali umane. In realtà si è trattato di una delle maggiori frodi scientifiche degli ultimi tempi, realizzate oltretutto attraverso l'uso di ovuli illegittimamente acquisiti, come ha ammesso lo stesso scienziato. A distanza di dieci anni occorre prendere atto di alcuni dati: non una sola persona è stata curata con le cellule staminali embrionali e non esistono terapie che implicino l'impiego di cellule staminali embrionali.

⁷³ R. SPAEMANN, *Persona. Sulla differenza tra "qualcosa" e "qualcuno"*, (1996), Roma-Bari, 2005: «competenti ad individuare quando comincia e quando finisce la persona sono a buon diritto gli stessi che individuano quando comincia e quando finisce la vita biologica». Allo stesso modo C. TOLLESFEN, in *Understanding Human Dignity*, a cura di C. MCCrudden, Oxford, 2014, cap. 28, ritiene che, sulla questione relativa all'inizio della vita umana, sia determinante l'embriologia con i suoi studi. Cfr. pure A. PESSINA, *Bioetica. L'uomo sperimentale*, Milano, 2006, p.93, per il quale «mentre l'uso della nozione di persona comporta un'elaborazione culturale che può prestarsi a derive ideologiche, il riferimento alla specie umana o, meglio ancora, alla famiglia umana, in chiave biologica, permette di sancire una inequivocabile base egualitaria su cui costruire e difendere quei diritti dell'uomo»; L. EUSEBI, *Laicità e dignità umana nel diritto penale (pena, elementi del reato, biogiuridica)*, in *Scritti per Federico Stella*, I, Napoli, 2007, a cura di M. Bertolino e G. Forti, 175; E.W. BÖCKENFÖRDE, *Dignità umana e bioetica*, Brescia 2010, p. 55.

⁷⁴ Sul punto è assai interessante il parere del CNB, *Identità e statuto dell'embrione umano*, p. 17, in cui si osserva che, laddove interviene «l'interpretazione ontologica dei dati biologici», questa «finisce con il risultare influenzata dalle opzioni morali dell'interprete, ossia dal modo con cui egli avverte in coscienza di doversi atteggiare di fronte all'embrione fin dalla fecondazione».

Ha dato sviluppi promettenti, invece, la ricerca sulle c.d. “cellule staminali pluripotenti indotte”, presentata nel 2007 dallo scienziato giapponese Shinya Yamanaka⁷⁵, vincitore del premio Nobel per la medicina, che ha sviluppato una tecnica per riprogrammare le cellule fino a farle “tornare indietro” ad uno stadio simil-embionale, senza dover per questo distruggere embrioni. Riguardo alle cellule staminali adulte, va ricordato che è possibile reperire nel midollo osseo, nel mesenchima di diversi organi e nel sangue, cellule staminali pluripotenti, capaci di dare origine a diversi tipi di cellule prevalentemente ematiche, muscolari, nervose e non soltanto a quelle relative al tessuto dal quale sono state prelevate. Si sono dimostrate utili per i trapianti, per testare i farmaci e per capire i meccanismi di alcune malattie come ad esempio il diabete giovanile ed i danni traumatici al sistema nervoso⁷⁶. Con particolare riguardo alle cellule del cordone ombelicale, l’allegato al decreto ministeriale 18 novembre 2009 “*Disposizioni in materia di conservazione di cellule staminali da sangue del cordone ombelicale per uso autologo-dedicato*” indica l’elenco delle patologie in cui è possibile il loro impiego per uso autologo-dedicato, ed è consolidato l’uso allogenico⁷⁷.

É poi degno di nota il fatto che, all’interno dello stesso mondo scientifico, sorgano dubbi e perplessità di tipo etico e che, almeno in taluni casi, ciò comporti un’autolimitazione in attesa di un discernimento. Circa un anno fa, ad esempio, alcuni scienziati hanno espresso la necessità di porre un limite alle loro stesse ricerche in ambito genetico e hanno lanciato l’appello per una moratoria internazionale contro le sperimentazioni genetiche riguardanti il DNA, c.d. CRISPR (*clustered regularly interspaced short palindromic repeats*)⁷⁸. Ciò nella consapevolezza che l’*editing* genetico, se da un lato concerne le ricerche sulle cellule del DNA responsabili di malattie, dall’altro potrebbe condurre a plasma-

⁷⁵ S. YAMANAKA, *Induced pluripotent stem cells: past, present, and future*, *Cell Stem Cell.*, 2012 Jun 14;10(6):678-84. Le staminali pluripotenti sono state per questo definite “staminali etiche”, perché non richiedono l’eliminazione di embrioni, attraverso l’uso di quelli residuali o l’apposita creazione di nuovi.

⁷⁶ I.S. SCHROEDER, *Potential of Pluripotent Stem Cells for Diabetes Therapy*, *Curr Diab Rep.* 2012 Jul 1; DREWS K et al., *Human induced pluripotent stem cells-from mechanisms to clinical applications*, *Anat Cell Biol.*, J.J Mol Med (Berl), 2012 Jul; 90(7):735-45. Epub 2012 May 30; CHUN YS et al., *Induced pluripotent stem cells and personalized medicine: current progress and future perspectives*, *Anat Cell Biol.* 2011 Dec;44(4):245-55. Epub 2011 Dec 30; CASHMAN TJ et al., *Mesenchymal Stem Cells for Cardiac Therapy: Practical Challenges and Potential Mechanisms*, *Stem Cell Rev.* 2012 May 11; GIR P et al., *Human adipose stem cells: current clinical applications*, *Plast Reconstr Surg.* 2012 Jun;129(6):1277-90; LIAO Y et al., *Cord blood transplantation and stem cell regenerative potential.*, *Exp Hematol.* 2011 Apr;39(4):393-412. Epub 2011 Jan 13.

⁷⁷ Le cellule staminali emopoietiche sono cellule in grado di riprodursi dando origine agli elementi corpuscolati del sangue periferico: globuli rossi, globuli bianchi e piastrine. Queste cellule sono in grado di rigenerare l’ambiente midollare in tutti quei casi in cui esso è stato danneggiato in seguito a patologie, esposizione accidentali a radiazioni ionizzanti o a trattamenti chemio-radioterapici per la terapia di tumori. Il sangue placentare donato viene conservato per curare gravi patologie del sangue quali malattie tumorali come la leucemia e i linfomi e patologie non tumorali come: la talassemia, l’aplasia midollare e le immunodeficienze congenite in pazienti bambini e adulti (fonte: Ministero della salute).

⁷⁸ L’appello è stato lanciato da Jennifer Doudna, Università di Berkeley, coinventrice del metodo Cispr, e firmato, tra gli altri, da David Baltimore, premio Nobel per la medicina e Paul Berg, premio Nobel per la chimica. L’appello per la moratoria è stato pubblicato su *Nature*, firmato da rappresentanti del gruppo industriale Alliance for Regenerative Medicine (“Industry Body Calls for Gene-Editing Moratorium”): EDWARD LANPHIER, FYODOR URNOV, SARAH EHLEN HAECKER, MICHAEL WERNER & JOANNA SMOLENSKI, *Don’t edit the human germ line*, *Nature* 519, 410–411 (26 March 2015). Cfr. inoltre, A. REGALADO, *Engineering the Perfect Baby. Scientists are developing ways to edit the DNA of tomorrow’s children. Should they stop before it’s too late?*, MIT Technology Review, March 5, 2015.

re le caratteristiche desiderate per l'embrione fecondato in vitro e a costruire quindi un genere umano dotato di speciali caratteristiche quanto alle caratteristiche cognitive, fisiche ed estetiche. Oltretutto solo lo sviluppo fino alla nascita dell'uomo così manipolato può consentire di verificare, allo stato, che la tecnica abbia effettivamente ottenuto successo. La moratoria si prefigge dunque un approfondimento delle implicazioni etiche di tali alterazioni, prima dell'applicazione medica di tale tecnica di ingegneria genetica alle cellule germinali e agli embrioni umani⁷⁹.

Ai problemi etici concernenti l'uso e la distruzione di embrioni umani per la ricerca, si sommano dunque, in quest'ultimo caso, i problemi etico-sociali ed etico-politici derivanti dalla creazione di una "super razza" umana, attraverso la produzione di esseri umani geneticamente modificati⁸⁰, oltre ai gravi problemi di sicurezza sanitaria per la tuttora bassa efficacia delle tecniche di *gene editing*.

Dinanzi alle prospettive e alle problematiche appena accennate, dovrebbe allora valere anche per il versante bioetico, quella metodologia *prudenziale e responsabile nei confronti delle generazioni future* che si sta tentando di imboccare, in ambito globale, per il versante ecologico. Come infatti nell'ambito del rapporto fra l'uomo e la natura appare ormai indiscutibile, almeno sul piano teorico, la prospettiva che si pone criticamente dinanzi alle possibilità e alle applicazioni scientifiche, tecnologiche e industriali e che include una valutazione delle conseguenze nel lungo periodo⁸¹, allo stesso modo occorrerebbe porsi dinanzi al rapporto tra l'uomo e la sua stessa vita. E così, di fronte all'ampio ventaglio di possibilità offerte dalla scienza, dalla tecnologia e dall'industria; di fronte alla molteplicità di strade che la ricerca potrebbe intraprendere e percorrere, è ragionevole una valutazione circa la persistenza del principio per cui l'uomo deve essere sempre fine e mai mezzo.

Ciò vale a maggior ragione quando, come nel caso di specie, concernente l'uso degli embrioni umani per la ricerca, non si riscontra neppure l'elemento della c.d. "necessità scientifica" dell'esperimento, potendosi la ricerca sviluppare attraverso diverse e finanche più promettenti alternative⁸². Un crite-

⁷⁹ Ne dà conto J. KAISER, *CRISPR debate fueled by publication of second human embryo-editing paper*, *Science*, Apr. 8, 2016, 3:45 PM.

⁸⁰ Possibilità esclusa dalla direttiva 98/44/CE del Parlamento e del Consiglio e dalle citate sentenze della Corte di Giustizia (Grande Sezione) 18 ottobre 2011, Causa C-34/10, *Oliver Brüstle* e 18 dicembre 2014, Causa C-364/13, *International Stem Cell Corporation*, anche se va segnalato che la Human Fertilisation and Embryology Authority (Hfea) inglese, nel gennaio 2016, ha autorizzato alcuni scienziati del Francis Crick Institute a modificare geneticamente gli embrioni umani provenienti da cliniche che utilizzano tecniche di fecondazione in vitro. E questo nonostante 150 scienziati inglesi, fra cui Michael Antoniou del Kings College di Londra e Donna Dickinson, emerito di etica medica presso l'Università di Londra, avessero messo al bando, nel novembre 2015, questo tipo di sperimentazione, che conduce appunto ad esseri umani geneticamente modificati. Ad avviso di Calum MacKellar, direttore del Consiglio scozzese per la Bioetica Umana, si sarebbe qui in presenza di quell'eugenetica condannata da tutte le società civili dopo la Seconda guerra mondiale.

⁸¹ Prospettiva avvalorata, nell'ambito del diritto europeo, da risoluzioni del Parlamento e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia - ad es. 10 aprile 2014 (causa C-269/13 P, *Acino AG* -, che si riferiscono al principio di precauzione, divenuto in Francia di rango costituzionale, dopo la sua introduzione nella Carta dell'ambiente. Cfr. ancora E. CASTORINA, *op. ult. cit.*, p. 27.

⁸² Principio risalente, ricordato già da F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana*, cit., 766, in riferimento al Decalogo di Norimberga, per il quale «l'esperimento deve essere ritenuto capace di apportare benefici risultati al benessere comune, non procurabili con altri metodi o mezzi di studio» e per il quale «il grado di rischio non deve essere mai rapportato alla importanza umanitaria del problema da risolvere». Fermo restando l'altro principio per cui nessun esperimento può essere intrapreso ove ne possa derivare la morte o l'inabilità permanente. Cfr. anche W. BÖCKENFÖRDE, *Dignità umana e bioetica*, cit., 61.

rio paradossalmente applicato rispetto a talune specie animali e trascurato con riguardo al genere umano. In Spagna, infatti, dove è lecito abortire e sperimentare sugli embrioni umani, è invece vietato far abortire e sperimentare su determinate forme fetali di mammifero (gorilla, scimpanzé e oranghi)⁸³.

Fra le soluzioni legislative responsabili e lungimiranti vi è certamente la scelta adottata dal Parlamento italiano nel 2004, che ha inteso applicare in maniera logica e consequenziale il principio per cui sono tutelati tutti i *soggetti* coinvolti, compreso il concepito, vietando che quest'ultimo possa essere soppresso o utilizzato per finalità di ricerca, divenendo *oggetto*⁸⁴. Una scelta non solo legittima in quanto prudentiale, ove si consideri che il solo dubbio sulla soggettività dell'embrione impone la tutela dovuta ad ogni soggetto umano, ma anche coerente con la direttiva europea che vieta l'utilizzazione, oggetto di domanda di brevetto, di embrioni umani a fini di ricerca scientifica⁸⁵ e con il principio sancito dalla Convenzione di Oviedo per cui «*l'interesse e il bene dell'essere umano debbono prevalere sul solo interesse della società o della scienza*»⁸⁶.

D'altra parte il principio di precauzione «*finisce con il coincidere con la bioetica, nata appunto dall'esigenza etica di riflettere sulla liceità o illiceità di talune pratiche ed interventi di manipolazione della vita in generale contro l'atteggiamento permissivista ingenuo dello scientismo tecnologico*»⁸⁷.

⁸³ *Real Decreto 53/2013, de 1 de febrero, por el que se establecen las normas básicas aplicables para la protección de los animales utilizados en experimentación y otros fines científicos, incluyendo la docencia, il quale protegge appunto alcune forme fetali di mammifero e incoraggia l'incremento di metodi alternativi alla sperimentazione con animali vivi. Cfr. inoltre il Real Decreto 1005/2014, de 5 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 1881/1994, de 16 de septiembre, por el que se establecen las condiciones de policía sanitaria aplicables a los intercambios intracomunitarios y las importaciones procedentes de países terceros de animales, esperma, óvulos y embriones no sometidos, con respecto a estas condiciones, a las disposiciones contenidas en la sección 1ª del anexo A del Real Decreto 1316/1992, de 30 de octubre.*

⁸⁴ In questo senso A. D'ALOIA, *Quel che resta della legge 40*, cit., 8, per il quale tali divieti non paiono irragionevoli né incostituzionali.

⁸⁵ Cfr. infatti Corte di Giustizia (Grande Sezione) 18 ottobre 2011, Causa C34/10, *Oliver Brüstle*, in cui si dichiara conclusivamente: «L'esclusione dalla brevettabilità relativa all'utilizzazione di embrioni umani a fini industriali o commerciali enunciata all'art. 6, n. 2, lett. c), della direttiva 98/44 riguarda altresì l'utilizzazione a fini di ricerca scientifica, mentre solo l'utilizzazione per finalità terapeutiche o diagnostiche che si applichi all'embrione umano e sia utile a quest'ultimo può essere oggetto di un brevetto». Infatti, ha spiegato la Corte (cfr. § 43 - 46), «anche se lo scopo di ricerca scientifica deve essere distinto dai fini industriali e commerciali, l'utilizzazione di embrioni umani a fini di ricerca che sia oggetto della domanda di brevetto non può essere scorporata dal brevetto medesimo e dai diritti da esso derivanti(...): l'utilizzazione, oggetto di una domanda di brevetto, di embrioni umani a fini di ricerca scientifica non può essere distinta da uno sfruttamento industriale e commerciale e, pertanto, sottrarsi all'esclusione dalla brevettabilità. (...) Si deve quindi risolvere la seconda questione nel senso che l'esclusione dalla brevettabilità relativa all'utilizzazione di embrioni umani a fini industriali o commerciali enunciata all'art. 6, n. 2, lett. c), della direttiva riguarda altresì l'utilizzazione a fini di ricerca scientifica, mentre solo l'utilizzazione per finalità terapeutiche o diagnostiche che si applichi all'embrione umano e sia utile a quest'ultimo può essere oggetto di un brevetto». Tali enunciazioni restano ferme nella successiva sentenza 18 dicembre 2014, Causa C364/13, *International Stem Cell Corporation* (supra nota n. 72).

⁸⁶ Art. 2.

⁸⁷ Consiglio Nazionale di Bioetica, *Il principio di precauzione: profili bioetici, filosofici, giuridici*, cit., p. 15.