

La «scelta tragica» sul destino degli embrioni non impiantati tra discrezionalità del legislatore e vaglio del giudice costituzionale

Maria Pia Iadicco*

THE «TRAGIC CHOICE» ON THE DESTINY OF NOT IMPLANTED EMBRYOS BETWEEN LEGISLATOR'S DISCRETIONALITY AND SCRUTINY OF CONSTITUTIONAL COURT

ABSTRACT: Starting from the analysis of the Judgment no. 84/2016 of the Italian Constitutional Court, which declared inadmissible the questions as to constitutionality of articles 6, par. 3, and 13, pars 1, 2 and 3, of the Law no. 40/2004, this paper aims to clarify the complex category of not implanted embryos. Through these insights, it further outlines possible future destinations of not implanted embryos, underlining that they do not always imply «tragic choices» by representative legislator.

KEYWORDS: Medically assisted reproduction; Italian Constitutional Court; not implanted embryos; adoption for the birth; scientific research on human embryos.

SOMMARIO: 1. La sentenza n. 84 del 2016 tra continuo e discontinuo nella giurisprudenza costituzionale sulla legge n. 40/04. – 2. Le problematiche scaturenti dalla revoca del consenso all'impianto dell'ovulo fecondato. – 3. Lo sgretolamento del divieto di crioconservazione degli embrioni. – 4. Precisazioni sull'eterogenea categoria degli «embrioni non portati a nascita» e considerazioni sul loro destino, non necessariamente tragico.

1. La sentenza n. 84 del 2016 tra continuo e discontinuo nella giurisprudenza costituzionale sulla legge n. 40/04

Con la sentenza n. 84 del 2016 della Corte costituzionale si è aggiunto un nuovo episodio alla lunga e tormentata saga giurisprudenziale della legge n. 40 del 2004, recante norme sulla procreazione medicalmente assistita (PMA). Dopo più di tre anni¹ dall'ordinanza con

* *Ricercatrice di Istituzioni di diritto pubblico presso il Dipartimento di Giurisprudenza della Seconda Università degli studi di Napoli. Contributo su invito.*

¹ A determinare un così significativo ritardo nell'assunzione della decisione finale, ha certamente contribuito il rinvio a nuovo ruolo della causa, disposto in attesa della pubblicazione della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul caso Parrillo v. Italia, relativo al medesimo art. 13 della l. n. 40/04 in quella sede denunciato per asserita violazione dell'art. 8 della CEDU e dell'art. 1 del Protocollo addizionale. La questione del controverso rapporto tra norme interne e norme convenzionali che regolano la PMA non sarà trattato in questa sede; ci si limita soltanto a rilevare che, nel giudizio instaurato dinanzi alla Consulta, il giudice a quo non aveva indicato la CEDU quale parametro interposto del vaglio di costituzionalità della legge. Ciononostante la Corte costituzionale non solo ha disposto il rinvio a nuovo ruolo della causa in attesa della pronuncia del giudice europeo, ma ha poi richiamato (con qualche imprecisione), nella sent. n. 84/2016, il contenuto della decisione della Grande Chambre sul caso Parrillo, definendolo «caso analogo». A prescindere da qualsiasi valutazione sull'opportunità di un confronto sul tema tra Consulta e Corte di Strasburgo e non potendoci, in queste note, soffermare sull'ondivago atteggiamento assunto dalla Corte costituzionale riguardo all'utilizzo, nei propri giudizi, del parametro interposto costituito dalla CEDU, si vuole solo evidenziare che i due giudizi, decisi

la quale il Tribunale di Firenze aveva sollevato questione di legittimità costituzionale degli articoli 6, comma 3, e 13, commi da 1 a 3, della legge, per violazione di plurimi parametri costituzionali, la Consulta ha dichiarato l'inammissibilità di entrambe le questioni, seppur per diversi motivi: quanto alla prima, per difetto di rilevanza nel giudizio *a quo* del dubbio di costituzionalità relativo al divieto di revoca del consenso all'impianto degli embrioni prodotti *in vitro* dopo la fecondazione dell'ovulo²; con riferimento alla seconda, in quanto la pronuncia additiva, sollecitata dal giudice rimettente per temperare l'assolutezza del divieto di ricerca clinica o sperimentale sull'embrione non finalizzata alla tutela dello stesso, rientra nell'ambito di scelte altamente discrezionali spettanti al legislatore rappresentativo e perciò sottratte al sindacato della Corte³.

Questa sentenza del 2016 presenta vari aspetti di continuità con le pregresse decisioni rese dal giudice costituzionale in materia di PMA, ma anche significativi profili di novità, tra i quali, anzitutto, quello di rimettere, per la prima volta, al vaglio della Consulta il controllo sul bilanciamento tra salvaguardia degli interessi dell'embrione e promozione della ricerca scientifica finalizzata alla tutela della salute individuale e collettiva. È pur vero che la Corte aveva dichiarato, con la sentenza n. 46 del 2005, l'ammissibilità della richiesta del referendum abrogativo di parti degli artt. 12, 13 e 14 della l. n. 40/04⁴, ma, com'è noto, il giudizio di ammissibilità si atteggia con caratteristiche specifiche e autonome rispetto al giudizio di legittimità costituzionale delle leggi e, pertanto, in quella sede, la Corte non è stata chiamata a valutare l'illegittimità costituzionale della legge n. 40/04, né dell'eventuale disciplina di risulta derivante dall'abrogazione referendaria⁵.

Un primo tratto di congiunzione tra la decisione in esame e i precedenti giudizi di legittimità costituzionale della l. n. 40/04⁶ può essere rintracciato nella dichiarazione di inammissibilità della questione relativa all'art. 6, co. 3, già pronunciata, per la medesima ragione, con la sent. n. 151/09 e con l'ord. n. 97/10. Si tratta di un punto di particolare interesse, per almeno un duplice ordine di motivi: in primo luogo, pur non potendosi non convenire con la Corte sull'effettiva carenza del requisito della rilevanza della questione sollevata dal giudice fiorentino in relazione all'art. 6, co. 3 – per il suo carattere meramente ipotetico e non attuale –, si deve riscontrare la persistenza di molte problematiche scaturenti da tale controversa disposizione, a cominciare dall'indefinita destinazione degli embrioni di cui la madre abbia rifiutato l'impianto, contravvenendo al divieto di revoca del consenso alla pro-

rispettivamente dalla Corte Edu e dalla Corte costituzionale italiana, nonostante alcune analogie, sono profondamenti diversi, non solo perché differenti erano le peculiari circostanze di fatto delle coppie ricorrenti e le norme richiamate nei due giudizi, ma soprattutto perché diversi sono questi ultimi e il ruolo ricoperto in ciascun sistema dal giudice costituzionale e da quello convenzionale. In generale, sui rapporti tra Corte costituzionale e giudice convenzionale su questioni inerenti la fecondazione artificiale, v. G. Repetto, "Non di sola CEDU...". La fecondazione assistita e il diritto alla salute in Italia e in Europa, in *Dir. pubbl.*, 2013, p.131 ss.; sul caso Parrillo, v. almeno V. ZAGREBELSKY, "Parrillo c. Italia". *Il destino degli embrioni congelati tra Convenzione europea dei diritti umani e Costituzione*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2015, p.609 ss.

² Punto 6 del Considerato in diritto.

³ Punto 11 del Considerato in diritto.

⁴ Consultazione referendaria fallita per il mancato raggiungimento del *quorum* necessario per la sua validità.

⁵ Così Corte cost., sent. 46/2005, punto 3 del *Considerato in diritto*.

⁶ Altri aspetti di continuità possono essere ravvisati sia nel già citato richiamo alla giurisprudenza CEDU, sia nel fatto che più questioni di legittimità costituzionale della l. n. 40/04 sono sorte a seguito di ricorsi d'urgenza ex art. 700 c.p.c.; nel segno della continuità anche la inammissibilità dell'intervento nel giudizio costituzionale di varie associazioni che non erano parti nei giudizi *a quibus*.

secuzione del trattamento di PMA dopo la fecondazione dell'ovulo. In secondo luogo, si può osservare che le due questioni rimesse al vaglio della Consulta dal Tribunale di Firenze, seppur distinte⁷, si prestano ad una lettura "in parallelo", riguardando entrambe l'incerta condizione degli «embrioni non portati a nascita»⁸. Più precisamente, il dubbio di legittimità costituzionale relativo all'art. 6, co. 3, della l. n. 40/04 finiva per investire non tanto le condizioni legittimanti la revoca del consenso all'impianto degli embrioni già formati *in vitro*, quanto la successiva sorte degli stessi, atteso che la legge n. 40/04 vieta sia la soppressione degli embrioni, sia la loro crioconservazione (art.14, co. 1).

Al contempo, e tenuto conto dell'assolutezza del divieto di ricerca sugli embrioni di cui all'art. 13, il medesimo tribunale dubitava della legittimità costituzionale di tale disposizione nella specifica e unica ipotesi in cui la sua applicazione avesse interessato anche embrioni non portati alla nascita perché inidonei all'impianto, in quanto affetti da grave patologia. Con riferimento a tale specifica circostanza, il giudice *a quo* rimarcava come l'incondizionato divieto di qualsiasi ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni finisse per risolversi «nella completa negazione delle esigenze individuali e collettive sottese alla ricerca scientifica», senza per questo garantire il diritto alla vita dell'embrione.

Preso atto della possibile lettura congiunta delle due *quaestiones legitimitatis* sollevate dal giudice di Firenze, ma anche e soprattutto della loro sostanziale distinzione, l'obiettivo principale di queste brevi note è quello di fare chiarezza sulla eterogenea categoria degli «embrioni non portati a nascita», precisando anzitutto perché, nonostante il chiaro divieto di crioconservazione posto dalla legge del 2004, ad oggi⁹ esiste un numero considerevole di embrioni non impiantati dei quali, anche a seguito dell'intervento del giudice costituzionale, è stata disposta la criopreservazione in azoto liquido previo congelamento. Il passo successivo sarà quello di verificare gli spazi e le condizioni per la possibile assunzione di una decisione normativa più flessibile e pragmatica in materia di sperimentazione su alcune tipologie di embrioni. Ripercorrendo l'*iter* argomentativo della sent. n. 84 del 2016 si specificheranno le ragioni per cui una simile scelta non può che spettare al legislatore rappresentativo.

2. Le problematiche scaturenti dalla revoca del consenso all'impianto dell'ovulo fecondato

Per ammissione dello stesso giudice rimettente, il dubbio di costituzionalità relativo all'art. 6, co. 3, sebbene privo di un concreto collegamento con il giudizio *a quo*, nasceva da una valutazione sistematica della disciplina dettata dalla legge n. 40/04, quale risultante all'esito degli interventi caducatori e manipolativi della Consulta.

⁷ Come si preciserà meglio *infra*, le due questioni sono distinte non solo perché hanno ad oggetto due diverse disposizioni, ma anche perché presuppongono la ponderazione tra diversi interessi di rilievo costituzionale.

⁸ Punto 8.2. del Considerato in diritto.

⁹ Nell'ultima *Relazione del Ministro della Salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge contenente norme in materia di procreazione assistita* (26 giugno 2015), contenente i dati riferiti all'anno 2013, si evince che il numero degli embrioni formati e crioconservati in quell'anno è pari a 22.143, con un aumento del 16,8% rispetto al 2012. Il *trend* di crescita degli embrioni sottoposti a crioconservazione parte dal 2009, anno di emanazione della sent. n. 151 della Corte costituzionale, su cui vedi *infra*. Nel 2008 gli embrioni crioconservati erano 763, nel 2010 sono stati 16.280.

In effetti, come ripetutamente evidenziato dalla pressoché unanime dottrina¹⁰, il divieto di revoca del consenso all'impianto di cui all'art. 6, co. 3, solleva soprattutto un problema di natura pratico-operativa, dal momento che la legge 40 reca tanto un divieto assoluto di distruzione degli embrioni, quanto un divieto di crioconservazione degli stessi (salvo l'eccezionale ipotesi prevista nel 3° comma dell'art. 14), non definendo dunque quale debba essere il destino degli embrioni non impiantati a causa del rifiuto da parte della madre¹¹. Né ha *immediati* risvolti pratici la considerazione dei motivi che inducono la donna a revocare il consenso all'impianto dopo la formazione dell'embrione; quali che siano le ragioni – anche le più deplorabili – che spingono la madre a rifiutare il trasferimento in utero dell'embrione e pur ammesso che sia anche solo astrattamente configurabile un sindacato da parte di un terzo sulla decisione da ella assunta¹², pare evidente che la legge n. 40/04 nulla dispone sulle conseguenze del diniego opposto dalla donna¹³. Non solo la legge non prevede alcuna sanzione nei riguardi della medesima, ma neppure potrebbe prospettarsi un'esecuzione coattiva dell'impianto: chiari ed insormontabili ostacoli giuridici impediscono la configurazione di un aberrante obbligo di trasferimento coattivo dell'ovulo fecondato contro la divergente volontà manifestata dalla madre, che pur aveva precedentemente acconsentito alla creazione dell'embrione. Anche qualora si insistesse nel voler ricavare dalla lettera dell'art. 6 un obbligo in capo al medico e ai genitori, si tratterebbe evidentemente di un obbligo non coercibile, in quanto l'impianto coattivo dell'embrione si risolverebbe in un trattamento sanitario obbligatorio sicuramente irrispettoso della persona umana¹⁴, giacché capace di degradare il corpo della madre a mera incubatrice, senza contare che esso non sarebbe funzionale a garantire il diritto alla vita dell'embrione, evidentemente esposto al successivo ricorso da parte della donna all'interruzione volontaria della gravidanza, anche in considerazione delle circostanze in cui è avvenuto il concepimento (art. 4, legge n. 194/78).

Con grande realismo e seppur con alcuni dubbi di legittimità, i decreti ministeriali del 2004 e del 2008, che adottavano le Linee guida in materia di PMA, consentivano la crioconservazione non solo degli embrioni non trasferiti per cause di forza maggiore relative allo stato di salute della donna – conformemente a quanto già previsto dall'art. 14, co. 3, della l. n. 40/04 – ma anche di quelli il cui trasferimento risultava comunque non attuato, evidentemente per il rifiuto da parte della madre.

¹⁰ In tema v. almeno A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino, 2012, 217, con ampi riferimenti dottrinali.

¹¹ Né potrebbe essere di qualche aiuto l'inciso di cui all'ultima parte del primo comma dell'art. 14 che «fa salve» le previsioni della legge n. 194 del 1978 sull'interruzione volontaria della gravidanza. Tale inciso, denso di ulteriori aspetti problematici è, in ogni caso, non confacente alla soluzione pratica del problema della revoca del consenso all'impianto, giacché, com'è evidente, l'interruzione di una gravidanza presuppone l'avvio della stessa e dunque l'impianto dell'embrione.

¹² V. l'ordinanza di rimessione della questione di legittimità costituzionale (ord. 7 dicembre 2012, pubbl. in G.U. del 17 luglio 2013, n. 29), dove il Tribunale di Firenze sostiene che la decisione sul non impianto dell'embrione, anche quando dovuta alla prevenzione di rischi per la salute della madre, è una scelta demandata al sanitario e non alla donna.

¹³ Cfr. l'opinione dissenziente di A. Santosuosso e C.A. Redi sulla «Relazione finale» approvata l'8 gennaio 2010 dalla «Commissione di studio sugli embrioni crioconservati nei centri di PMA», nominata con Decreto del Ministro del Lavoro della Salute e delle Politiche sociali il 25 giugno 2009.

¹⁴ Sul limite del rispetto della persona umana anche nel caso di trattamenti sanitari obbligatori disposti per legge, ai sensi dell'art. 32 Cost., v. almeno R. ROMBOLI, *Gli atti di disposizione del proprio corpo*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (dir. da), *Commentario al codice civile*, Bologna-Roma, 1988, p.343.

Tuttavia, questa previsione, non riprodotta nelle successive Linee guida adottate nel 2015, non solo poneva problemi di rapporti tra fonti giuridiche di diverso rango gerarchico¹⁵, ma esponeva il medico al rischio di incorrere nella pesante sanzione conseguente alla violazione del divieto di crioconservazione¹⁶.

Senza potersi ulteriormente addentrare in questa sede sulle problematiche scaturenti dalla previsione di cui all'art. 6, co. 3, si vuole soltanto rimarcare che il dubbio di costituzionalità che ha investito tale controversa disposizione concerne prevalentemente le conseguenze della revoca del consenso al trattamento e precisamente cosa si debba fare dell'embrione di cui la madre abbia, legittimamente o illegittimamente, rifiutato l'impianto. Il problema degli embrioni non impiantati a causa dell'opposizione da parte della donna¹⁷ a proseguire il progetto procreativo resta a tutt'oggi irrisolto, come lo era del resto già fin dall'entrata in vigore della legge n. 40/04 e meriterebbe compiuta regolazione da parte del legislatore, in quanto il regime di indeterminatezza che si protrae da oltre 12 anni potrebbe indurre gli operatori sanitari ad assumere atteggiamenti a dir poco discutibili, come la minaccia del ricorso a provvedimenti coercitivi da parte dell'autorità giudiziaria nei confronti della donna che abbia rifiutato l'impianto dopo la fecondazione dell'ovulo¹⁸.

3. Lo sgretolamento del divieto di crioconservazione degli embrioni

Pur dovendosi ribadire l'impossibilità di configurare un impianto coattivo degli embrioni nell'utero della donna non più consenziente, è opportuno precisare che il divieto di crioconservazione degli stessi, di cui all'art. 14, co. 1, ha subito nel corso degli ultimi anni un progressivo sgretolamento.

¹⁵ Cfr. P. VERONESI, *Le "linee guida" in materia di procreazione assistita. Nuovi dubbi di legittimità all'orizzonte*, in <http://www.forumcostituzionale.it/>.

¹⁶ Secondo una parte della dottrina la crioconservazione degli embrioni di cui la donna rifiuta l'impianto dopo la fecondazione dell'ovulo potrebbe farsi discendere da un'interpretazione estensiva dell'art. 14, co. 3, su cui ci si soffermerà nel corso della trattazione. In questo senso, v., da ultimo, V. TIGANO, *De dignitate non disputandum est? La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla P.M.A.*, in www.penalecontemporaneo.it, p.5 ss.

¹⁷ Se si considera l'incidenza prevalente, se non esclusiva, dello stato gravidico sulla salute psico-fisica della madre (cfr. Corte cost., ord. n. 389/1988), si spiega la diversa rilevanza della revoca del consenso all'impianto da parte del padre dopo la fecondazione dell'ovulo. Laddove infatti si rinvenga una discordanza tra la volontà dell'uomo e quella della donna, è sempre quest'ultima a prevalere, tanto nel caso in cui il padre si opponga al trasferimento dell'embrione dopo la sua formazione, quanto laddove la madre rifiuti l'impianto dell'embrione nonostante la divergente volontà del partner maschile. Nel primo caso, infatti, ben si comprende la ratio del divieto di cui all'art. 6, che pertanto vieta all'uomo, che abbia prestato il consenso alla fecondazione dell'ovulo con il proprio seme, di opporsi successivamente all'impianto dell'embrione, cui sarà ugualmente attribuito lo stato di figlio legittimo o naturale. Ed infatti le Linee guida ministeriali, in riferimento all'art. 14 della l. n. 40, specificano che «la donna ha sempre il diritto ad ottenere il trasferimento degli embrioni crioconservati». Nel caso invece di revoca del consenso all'impianto da parte della madre, nessun rilievo potrà essere attribuito alla divergente volontà del padre che ovviamente non potrà pretendere un impianto coattivo dell'embrione, né potrà impedire, come noto, il successivo ricorso da parte della donna all'IVG. Su tali questioni, A. PALMA, *La revoca del consenso alla crioconservazione degli embrioni*, in AA.Vv., *Studi in onore di Aldo Loiodice*, Vol. II, Bari, 2012, p.936 ss.

¹⁸ V. l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Firenze, dove si riferisce di una simile prospettazione, da parte dei responsabili del Centro medico di fecondazione assistita, nei confronti della coppia, ricorrente nel giudizio *a quo*.

Nella sentenza che si commenta, il giudice costituzionale rileva che «nel nostro ordinamento, la possibilità di creare embrioni non portati a nascita (...) è venuta ad emersione, sul piano giuridico, con la sentenza di questa Corte n. 151/2009». L'affermazione è parzialmente corretta o comunque bisognosa di qualche precisazione: come si è già avuto modo di puntualizzare, anche prima della decisione del 2009 della Consulta, quando la donna revocava il consenso all'impianto dopo la fecondazione dell'ovulo, *sul piano pratico*, si poneva il problema del destino degli embrioni prodotti ma non impiantati.

È pur vero però che, prima della sentenza n. 151/09, la legge n. 40/04 vietava di creare, in ciascun ciclo di PMA, più di tre embrioni e di procedere ad un loro parziale impianto. I divieti di cui all'originaria formulazione dell'art. 14, co. 2, erano stati dettati dal legislatore del 2004 con l'evidente intento di porre fine alla pratica della produzione soprannumeraria di embrioni con successiva crioconservazione di quelli non immediatamente trasferiti. Tale pratica, in carenza di alcun limite legale, trovava ampio ed incontrollato riscontro nei protocolli di PMA effettuati prima dell'entrata in vigore della l. n. 40/2004 e si prestava ai più disparati fini, tra i quali, in particolare, quello di produrre un numero di embrioni (una "scorta") sufficiente per effettuare indagini genetiche preimpianto e, all'esito di queste, selezionare gli embrioni non affetti da malattie genetiche; rispondeva all'esigenza di evitare i rischi sulla salute della donna e del nascituro derivanti da ripetute stimolazioni ormonali o da possibili gravidanze plurigemellari; o ancora, mirava a creare embrioni il cui trasferimento in utero veniva posticipato, vuoi per ragioni mediche connesse alla salute della madre – che consigliavano di non procedere all'immediato avvio della gravidanza –, vuoi per ragioni di mera opportunità fatte proprie dai genitori, chiamati così a decidere, in accordo con il medico, non solo il momento di formazione degli embrioni ma anche quello del loro trasferimento in utero¹⁹.

L'approvazione della legge n. 40/04, recante non solo l'obbligo di produrre massimo tre embrioni da impiantare tutti immediatamente, ma anche un esplicito divieto di crioconservazione degli stessi, pur perseguendo il condivisibile obiettivo di vietare il ricorso alla crioconservazione per ragioni che esulano dalla prevenzione di rischi alla salute della gestante connessi all'immediato trasferimento degli embrioni, ha finito per sollevare, sotto più profili e in ragione della rigidità dei divieti ivi previsti, dubbi di compatibilità con l'art. 32 della Costituzione, che tutela il fondamentale diritto alla salute. Ed infatti, con la sent. n. 151/09, la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità, per violazione degli artt. 3 e 32 Cost., dell'art. 14, co. 2, limitatamente all'obbligo di produzione di massimo tre embrioni e di un loro contemporaneo impianto, e del co. 3 del medesimo articolo «nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni (...) debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della madre». Pur non pronunciandosi in merito all'altra questione di costituzionalità relativa al co. 1 dell'art. 14, la Corte ha introdotto, quale logica conseguenza dell'intervento caducatorio sul comma 2 dello stesso articolo, una deroga implicita al divieto di crioconservazione, ammettendo così il ricor-

¹⁹ Ciò si è, ad esempio, verificato nel caso *Parrillo*, deciso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo il 27 agosto 2015. La ricorrente Sig.ra Adelina Parrillo nel 2002 si era sottoposta con il suo compagno a trattamento di fecondazione *in vitro*; i cinque embrioni ottenuti mediante il trattamento furono posti in crioconservazione. In data 12 novembre 2003, il compagno della ricorrente decedette in un attentato a Nassiria, mentre trasmetteva un servizio sulla guerra; a seguito di ciò, la donna decise di non farsi impiantare gli embrioni e chiese ripetutamente al centro di PMA, presso il quale erano stati crioconservati, il rilascio degli stessi perché potessero essere donati alla ricerca sulle cellule staminali.

so alla tecnica del congelamento nei riguardi degli embrioni prodotti ma non impiantati per scelta medica. Quel che rileva evidenziare, fin d'ora, è che il mancato immediato trasferimento di questi embrioni è funzionale ad evitare effetti pregiudizievoli sulla salute della madre ed, eventualmente, del nascituro, ma non necessariamente presuppone l'accertamento di anomalie o malformazioni embrionali, tali da determinarne l'inidoneità all'impianto, il quale potrà essere effettuato in un secondo momento, quando ad esempio la coppia deciderà di avviare una nuova gravidanza.

Ben diversa è la condizione degli embrioni «privi di trasferimento (...) perché malati»²⁰, e cioè di quegli embrioni di cui sia stato accertato, tramite diagnosi preimpianto, la trasmissione della malattia genetica di cui i genitori sono affetti o portatori sani. Com'è noto, dopo una lunga e tormentata evoluzione giurisprudenziale²¹, che ha visto nella sent. n. 151/09 un significativo anche se non risolutivo passaggio, si è iniziata a spianare la strada per l'esecuzione di indagini genetiche preimpianto, quanto meno quando richieste da coppie infertili e portatrici di malattie a trasmissione genetica. Tali esami diagnostici richiedono, in molti casi²², un'elevata produzione di embrioni volta ad incrementare le probabilità di produrne alcuni sani e quindi impiantabili senza arrecare gravi pregiudizi alla salute della madre. Ma, come correttamente rimarcato dal giudice costituzionale in un passaggio della decisione in esame, è soprattutto a seguito e per effetto della sent. n. 96 del 2015 che si è ampliato il numero degli embrioni selezionati dopo l'effettuazione di diagnosi preimpianto, in quanto, da un lato, è stato rimosso il divieto di accesso alla PMA per coppie fertili ma portatrici di malattie a trasmissione genetica, dall'altro, sono stati in buona parte²³ chiariti i presupposti degli esami diagnostici preimpianto e della successiva ed eventuale selezione embrionaria.

Di lì a poco nella correlata sent. n. 229/2015²⁴, la Corte costituzionale ha avuto occasione di pronunciarsi sulla sorte degli embrioni selezionati a seguito di indagini genetiche preimpianto e, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale relativa alle disposizioni della l. n. 40/04, che configurano il reato di soppressione dell'embrione anche quando riferito a quelli affetti da malattia genetica, ne ha disposto la crioconservazione obbligatoria e di durata indeterminata. Pur pervenendo alla condivisibile conclusione per cui la malformazione di questi embrioni non ne giustificherebbe la «soppressione *tamquam res*», in un anodino passaggio di quella sentenza la Corte, spinta dall'esigenza di assicurare un'adeguata tutela alla «dignità dell'embrione», ha consentito ancora una volta il ricorso alla procedura di crioconservazione, assicurando agli embrioni non trasferiti perché

²⁰ Punto 8.2. del *Considerato in diritto*

²¹ Per una ricostruzione della quale si rinvia a B. LIBERALI, *La diagnosi genetica preimpianto fra interpretazioni costituzionalmente conformi, disapplicazione della l. n. 40 del 2004, diretta esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e questioni di legittimità costituzionale*, in *www.rivistaic.it*, 2/2014.

²² Come quando è alto il rischio di trasmettere al nascituro la malattia genetica di cui sono affetti i genitori.

²³ Sulla necessità di un ulteriore intervento del legislatore, volto a chiarire i presupposti di praticabilità della diagnosi genetica preimpianto, v. C. NARDOCCI, *Dalla Convenzione alla Costituzione: la tacita sintonia tra le Corti. A margine di Corte cost. sent. n. 96 del 2015*, in questa *Rivista*, n. 1/2016, p.271 ss., e, se si vuole, M.P. IADICICCO, *Finalmente una decisione del giudice delle leggi sulla diagnosi genetica preimpianto, in attesa del doveroso intervento del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2015, p.803 ss.

²⁴ Su cui cfr. L. CHIEFFI, *L'irragionevole obbligo di crioconservazione degli embrioni selezionati e abbandonati in seguito ad indagine genetica preimpianto*, in corso di pubblicazione in *Giur. cost.*, 2015.

malati un trattamento non meno deteriore di quello riconosciuto agli embrioni soprannumerari non impiantati per scelta medica²⁵.

4. Precisazioni sull'eterogenea categoria degli «embrioni non portati a nascita» e considerazioni sul loro destino, non necessariamente tragico

Tenuto conto delle risultanze di questo *restyling* giurisprudenziale²⁶ della legge n. 40/04, è possibile tentare di fare chiarezza sull'eterogenea categoria degli «embrioni non portati a nascita», tutti attualmente crioconservati nonostante la formale vigenza del divieto legale di cui all'art. 14, co.1. Le precisazioni che seguiranno sembrano quanto mai necessarie, perché gravide di rilevanti implicazioni di natura teorica e pratica, ma si rivelano anche opportune, in quanto l'uso indifferenziato, con riferimento a questi embrioni, di aggettivazioni come “abbandonati”, “avanzati”, soprannumerari” o “residuali”, potrebbe trarre in inganno, portando a sottovalutare le preminenti ragioni del mancato impianto e così anche le possibili future destinazioni degli stessi.

In primo luogo, si deve osservare che, prim'ancora di qualsiasi intervento del giudice costituzionale, nell'impianto originario della l. n. 40/04 era già consentito (e tuttora lo è) il ricorso alla crioconservazione degli embrioni quando il trasferimento dei medesimi «non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione» (art. 14, co. 3). A prescindere dalla possibile lettura estensiva di questa disposizione, va sottolineato che essa espressamente configura la crioconservazione come misura transitoria in attesa di un trasferimento in utero degli embrioni «da realizzarsi non appena possibile», ma non si può escludere *a priori* che le condizioni di salute della madre, ostative all'impianto, perdurino dopo la crioconservazione degli embrioni rendendone impossibile il trasferimento in utero.

In secondo luogo, rientrano tra gli embrioni non impiantati e crioconservati anche quelli la cui produzione in soprannumero, dopo la sentenza n. 151/09 della Corte costituzionale, sia stata pianificata e programmata dal medico e dalla donna sottoposta al trattamento di PMA per garantire il buon esito dello stesso, senza esporre a pregiudizio la salute della madre o del nascituro.

In terzo luogo, vi sono gli embrioni selezionati a seguito di indagini preimpianto, in quanto risultati affetti dalla medesima malattia a trasmissione genetica dei genitori e il cui impianto determinerebbe un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna, alla stregua di quanto previsto, ai fini del ricorso all'aborto terapeutico, dall'art. 6 della legge n. 194/78²⁷.

In quarto luogo e tenuto conto della incoercibilità dell'impianto degli embrioni, vanno presi in considerazione quelli di cui la madre abbia revocato il consenso al trasferimento in utero dopo la loro formazione.

²⁵ Secondo il giudice costituzionale la soppressione non troverebbe giustificazione nel soddisfacimento di altri interessi antagonisti di rilievo costituzionale, come nel caso del mancato impianto funzionale a tutelare il diritto costituzionale alla salute della madre.

²⁶ O meglio, di una vera e propria riscrittura giurisprudenziale della legge, come rilevato, tra i tanti, da S. AGOSTA, *Dal mero restyling all'integrale riscrittura giurisprudenziale: più rassicurante e disteso il nuovo «volto» del divieto di diagnosi preimpianto sull'embrione*, in <http://www.forumcostituzionale.it/>.

²⁷ Corte cost., sent. n. 96/2015, punto 9 del *Considerato in diritto*.

Infine, ed a completamento del quadro degli embrioni attualmente non portati alla nascita, vi sono quelli formati e congelati prima dell'entrata in vigore della l. n. 40/04 e quelli non impiantati in quanto non è stato possibile effettuare la biopsia²⁸.

Tutti questi embrioni, sebbene accomunati dalla condizione del non impianto e dall'attuale stato di crioconservazione, non si prestano ad una valutazione unitaria ed indiscriminata circa la loro possibile futura destinazione. Vi è un fondamentale differenza tra gli embrioni selezionati a seguito di diagnosi genetica preimpianto e tutti gli altri non portati a nascita: i primi non potranno mai essere impiantati nell'utero della madre, giacché il loro trasferimento determinerebbe un grave pericolo per la salute della medesima; i secondi, invece, non sono *assolutamente* inidonei all'impianto, che, ove ne ricorrano i presupposti, potrà essere effettuato in futuro previo scongelamento. Detto diversamente, il mancato impianto dei primi è dovuto a condizioni intrinseche e patologiche dell'embrione aventi gravi ricadute sulla salute della madre (come forse di qualsiasi altra donna); negli altri casi, il mancato trasferimento dipende da ragioni estrinseche allo stato dell'embrione, connesse cioè o alla volontà o alle specifiche condizioni di salute della madre, ma queste circostanze non rendono tali embrioni inidonei ad un successivo impianto, che dia compimento alla loro aspettativa di vita²⁹.

Con riferimento a quest'ultima tipologia di embrioni non impiantati e crioconservati, si pongono specifiche questioni che non investono soltanto la determinazione della responsabilità e la sopportazione dei costi della conservazione³⁰, ma anche e fundamentalmente la necessità di predisporre una di-

²⁸ L'impossibilità di procedere alla biopsia non consente di conoscere lo stato di salute dell'embrione prodotto e non trasferito. Al riguardo, va rammentato che l'art. 14, co. 5, della l. n. 40/04 riconosce alla coppia il diritto di essere informato sullo stato di salute dell'embrione in ogni fase di applicazione delle tecniche di PMA.

²⁹ Si potrebbe anche ipotizzare un'ulteriore distinzione tra embrioni "assolutamente" inidonei all'impianto, che per le ragioni che si espliciteranno *infra* potrebbero essere destinati alla ricerca; ed embrioni che sono solo "relativamente inidonei all'impianto", e cioè embrioni di cui la madre abbia revocato il consenso all'impianto, ma le cui eventuali anomalie e malformazioni non avrebbero gravi ricadute sulla salute psico-fisica di altre donne, pronte ad accettarli nel proprio grembo e a favorire così la nascita di un figlio, anche se malformato, e ciò sempre e solo nell'ipotesi in cui venga regolata l'adozione dell'embrione per la nascita. Rispetto a quest'ultima ipotesi – che chiama in causa delicati compiti di accertamento dello stato di salute dell'embrione e di informazione della donna che intenda accoglierlo – non sarebbe legittimo distrarre l'embrione dalla sua "destinazione privilegiata", qual è la nascita, e dunque si dovrebbero oltremodo favorire le aspettative di vita di questo embrione sempre e necessariamente *con* la donna che voglia accoglierlo nel proprio corpo.

³⁰ Le Linee guide ministeriali del 2004 e 2008 distinguevano tra embrioni in attesa di futuro impianto, compresi quelli crioconservati prima dell'entrata in vigore della legge 40, ed una seconda categoria di embrioni in c.d. stato di abbandono, stabilendo un diverso regime di costi per la crioconservazione. Diversamente le nuove Linee guida approvate nel 2015 non dispongono nulla a riguardo, ma rinviano a quanto previsto nel paragrafo E.9 dell'Accordo Stato-Regioni stipulato il 15 marzo 2012. Tale atto contiene tuttavia una regolamentazione parzialmente diversa, non solo sull'allocazione dei costi per il congelamento, ma anche riguardo alla qualificazione degli embrioni crioconservati. L'Accordo Stato-Regioni del 2012 stabilisce infatti che «tutti gli embrioni che sono in attesa di un futuro impianto» vanno congelati e crioconservati presso i centri dove vengono effettuate le tecniche. Quanto al sostentamento delle relative spese si rinvia alla «normativa vigente», che, in effetti, fino al 2015 era contenuta nelle già citate Linee Guida ministeriali del 2008, oggi sostituite da quelle approvate il 1° luglio 2015, le quali, tuttavia, su questo specifico aspetto, si limitano a richiamare l'Accordo del 2012 che, a sua volta, rinvia alle Linee Guida del 2008. Quanto agli embrioni in «stato di abbandono», l'Accordo del 2012 affida alle Regioni e alle Province autonome la regolazione del regime dei costi e quindi, ancora una volta, si rinvia ad atti di futura approvazione; ma, in particolare, va evidenziato che l'Accordo qualifica come embrioni abbandonati quelli prodotti prima dell'entrata in vigore della legge 40. Non è

disciplina che ne favorisca la loro destinazione più appropriata e cioè la nascita. E pertanto, laddove si dovesse accertare il definitivo stato di abbandono di questi embrioni da parte dei genitori, sarebbe auspicabile che il legislatore ne consenta l'impianto nell'utero di un'altra donna, disposta così a dare soddisfazione tanto alle aspettative di vita dell'embrione "orfano", quanto al proprio interesse alla genitorialità il quale, oltre a trovare realizzazione nelle forme della genitorialità sociale e affettiva, vedrebbe nella gestazione un ulteriore e fondamentale momento di instaurazione di quel legame³¹. Una simile soluzione, che richiede un'attenta e compiuta regolamentazione legislativa, è già stata auspicata da oltre un decennio³² dal Comitato Nazionale di Bioetica che, nel documento del 2005 sulla «Adozione per la Nascita (APN)», ha messo in luce una problematica lacuna nella disciplina italiana sulla fecondazione assistita: la legge n. 40/04, infatti, pur prefigurando una tutela forte del nascituro, nulla dice «in positivo» sul futuro destino degli embrioni congelati ed abbandonati, lasciando così ipotizzare che essi debbano essere custoditi fino alla loro estinzione, momento, tra l'altro, indeterminabile non potendo, allo stato attuale, la scienza fornire alcuna risposta certa sulla durata massima della crioconservazione.

Pur esistendo diverse opinioni sullo statuto giuridico dell'embrione e sul grado di tutela ad esso spettante, dovrebbe essere generalmente condiviso che, laddove non vi sono interessi antagonisti all'impianto e all'avvio di una gestazione, l'interesse prioritario dell'embrione che deve trovare soddisfacimento è l'ottenimento della nascita e ciò potrebbe essere garantito dall'intervento solidaristico di una donna diversa dalla madre biologica, disposta ad "adottare" l'embrione abbandonato. Non ci sembra siano configurabili altri rimedi per soddisfare l'aspettativa di vita dell'embrione, condizionata necessariamente dalla mediazione del corpo di una donna³³; né sembra preferibile perpetrare

facile comprendere il senso di questa precisazione, che si rileva sotto il profilo dell'individuazione dei soggetti competenti a regolare il regime dei costi, ma non influisce nell'immediato e praticamente sullo stato degli embrioni abbandonati, per i quali si dispone in ogni caso la crioconservazione. Non è chiaro, in particolare, se detti embrioni, prodotti prima della l. n. 40, debbano oramai ritenersi idonei all'impianto (in considerazione dell'eccessiva durata della crioconservazione?) o se, invece, anche per questi, i centri di PMA debbano sopportare i costi di congelamento in vista di una futura richiesta di impianto.

Ad ogni modo, come si è potuto appurare, la sorte di questi embrioni crioconservati è ad oggi indefinita ed, infatti, nel Comunicato stampa del Ministero della Salute diramato il 1° luglio 2015, in occasione dell'approvazione delle nuove linee guida, il Ministro Lorenzin ha annunciato l'imminente approvazione di un apposito decreto sugli embrioni abbandonati.

³¹ In questo senso l'adozione per la nascita dell'embrione abbandonato presenta qualche analogia con la surrogazione di maternità: in entrambe le ipotesi, infatti, la gestazione è effettuata da una donna diversa da quella il cui ovocita è stato fecondato. Tuttavia vi è una sostanziale differenza tra le due fattispecie: la donna che adotta l'embrione ai fini della nascita effettua la gestazione per assumere il ruolo genitoriale e senza che il suo intervento sia stato progettato all'atto della fecondazione; diversa è anche l'intenzione soggettiva della gestante che, nel caso dell'adozione per la nascita, è mossa dal desiderio di una maternità che assumerà pienamente, oltre che dall'obiettivo altruistico di sottrarre una vita umana embrionale all'ipotesi di congelamento a tempo indeterminato.

³² Prim'ancora del documento dell'CNB, l'istituto della adozione degli embrioni era stato previsto nel disegno di legge n. AC 414 approvato, nel corso della XIII Legislatura, dalla Camera dei deputati il 26 maggio 1999, in un testo risultante dall'unificazione di diversi disegni di legge in materia di PMA.

³³ Se è vero, infatti, che le moderne tecnologie riproduttive permettono di scindere la riproduzione dalla sessualità e, laddove consentito dall'ordinamento, supportano la distinzione tra genitorialità genetica, uterina e giuridico-sociale, è altrettanto vero che, ad oggi, nessuna tecnologia consente di prescindere dal corpo di una donna e, in particolare, dal suo utero, per la gestazione e la nascita di un feto, comunque concepito.

sine die la conservazione in azoto liquido dello stesso o, ancor meno, attenderne l'estinzione, facendo così svanire definitivamente qualsiasi speranza di essere impiantato e venire alla luce. Volendo riprendere l'espressione utilizzata dalla Corte costituzionale nella sent. n. 84/2016 e adattandola alla particolare condizione degli embrioni abbandonati ma capaci di essere portati a nascita da parte di un'altra donna, si può sostenere che, in questi casi, la decisione sul loro destino è sicuramente meno «tragica» di quella degli embrioni inidonei all'impianto.

Purtroppo molto diversa è la situazione di questi ultimi, la cui condizione patologica, lungi dal costituire un male in sé o il solo presupposto sufficiente per autorizzarne la definitiva estinzione, costituisce una causa ostativa all'avvio o alla prosecuzione della gravidanza, il cui buon esito non può prescindere dallo stato di salute della madre o di qualsiasi altra donna disposta ad accogliere l'embrione. Proprio la peculiare condizione degli embrioni non impiantati e non impiantabili, perché malati, ha indotto il Tribunale di Firenze a sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 della l. n. 40/04, nella parte in cui vieta di destinare alla ricerca scientifica – orientata alla sperimentazione di innovative pratiche terapeutiche che potrebbero giovare all'interesse di tanti malati privi di cure alternative ed efficaci – anche questi embrioni, destinati pertanto all'ibernazione indefinita. Senza voler mettere in discussione l'obbligo di tutela costituzionale del nascituro, il giudice fiorentino ha valutato con grande pragmatismo le conseguenze scaturenti da un divieto assoluto di qualsiasi intervento sperimentale sull'embrione a prescindere dal suo grado di sviluppo³⁴ e soprattutto dalla sua idoneità a essere impiantato nell'utero di una donna. Il dubbio avanzato a riguardo è quello di un'eccessiva, incongrua e perciò irragionevole compressione di interessi di sicuro rilievo costituzionale, quali la libertà di ricerca scientifica (artt. 9 e 33 Cost.) e la tutela della salute individuale e collettiva (art. 32), evidentemente connessa all'avanzamento dell'attività di ricerca in ambito biomedico. In questo specifico caso, la «scelta tragica», il dilemma di fondo da sciogliere è se sia ragionevole dare a questi embrioni una destinazione diversa dalla crioconservazione, una destinazione come il prelievo di cellule staminali pluripotenti che, pur aprendo potenzialmente verso nuove prospettive terapeutiche – non nell'interesse dell'embrione stesso³⁵, ma in prospettiva solidaristica – comporta necessariamente la distruzione dell'embrione³⁶.

A fronte di una simile questione, la Corte costituzionale ha ritenuto di non potersi pronunciare nel merito, non tanto perché, com'è evidente, la decisione sul bilanciamento tra i valori in conflitto rientra nei compiti del legislatore rappresentativo, quanto piuttosto per la carenza, nel caso di specie, della crisafulliana «rima obbligata» e, quindi, perché l'addizione normativa sollecitata dal giudice a

³⁴ Il giudice rimettente ha infatti dubitato della legittimità costituzionale dell'art. 13 della l. n. 40/04 anche nella parte in cui «non viene attribuito alcun rilievo alla specifica condizione in cui il materiale genetico si trova», precisando altresì che, secondo la scienza biologica, tra il momento della fecondazione e quello della formazione dell'embrione intercorre un lasso di tempo in cui si è in presenza di una «entità in fase precedente». Ed infatti, alcuni ordinamenti giuridici diversi da quello italiano distinguono tra embrione e pre-embione.

³⁵ Va ricordato che, ai sensi dell'art. 13, comma 2, della l. n. 40/04, «la ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione è consentita a condizione che si perseguano finalità terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative» (corsivo non testuale).

³⁶ Cfr. R. CRISTIANO, *La sperimentazione sugli embrioni*, in L. CHIEFFI, J.R. SALCEDO HERNÁNDEZ (a cura di), *Questioni di inizio vita. Italia e Spagna: esperienze in dialogo*, Milano, 2015, p.324.

quo non costituirebbe l'unica scelta compatibile con la Costituzione, capace di ripristinare la coerenza sistematica dell'ordinamento giuridico³⁷. Seppur è vero, infatti, che la decisione di destinare le cellule embrionali alla ricerca sperimentale risponderebbe ad una finalità di sicuro rilievo costituzionale e comunque non frustrerebbe, nel caso specifico, l'aspettativa di vita di un embrione, destinato ugualmente al deperimento, è altrettanto certo che una simile opzione dovrebbe essere accompagnata dalla compiuta regolamentazione di aspetti che non possono essere affidati alla sola responsabilità dei medici o dei ricercatori, ai codici deontologici e neppure all'intervento surrogatorio del giudice. La stessa Corte costituzionale non ha mancato di rilevare che qualora il legislatore – «quale interprete della volontà della collettività»³⁸ – dovesse in futuro adottare un approccio più permissivo nei confronti della ricerca sugli embrioni, solo lo stesso potrà risolvere, anche sulla base delle «evidenze scientifiche»³⁹, altre rilevanti questioni: tra queste, si segnalano, in particolare, la necessità di definire quali condizioni (e cioè quali malattie o anche solo l'impossibilità di praticare la biopsia) rendono un embrione non idoneo all'impianto; quali ricerche scientifiche condotte su embrioni malati possono giustificarne, in ragione dei loro obiettivi, l'utilizzo e inevitabilmente la distruzione⁴⁰; se prima della destinazione alla ricerca sarà necessario ricorrere, per un determinato periodo, alla crioconservazione; come si accerta lo stato di abbandono dell'embrione; e, non da ultimo, sempre il legislatore dovrà premurarsi di predisporre idonee cautele per evitare la commercializzazione delle cellule embrionali.

Sembra pertanto che, così argomentando, il giudice costituzionale non abbia, come in passato⁴¹, imboccato discutibili scorciatoie per evitare di assumere una decisione nel merito sulla composizione degli interessi in conflitto. Né pare che in questa sentenza la Corte abbia eccessivamente enfatizzato il rispetto per la dignità dell'embrione; pur condividendo l'opinione di quella parte dottrina che ha messo in luce la grande valenza ma allo stesso tempo la vaghezza del concetto di dignità umana⁴², si vuole far notare che anche nelle precedenti sentenze demolitorie che, in vario modo, hanno "mitigato" le misure a tutela dell'embrione predisposte dalla l. n. 40/04, la Corte, nel dare preminenza ai

³⁷ Punto 11 del Considerato in diritto

³⁸ E «tenuto conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale». Così punto 11 del Considerato in diritto.

Sull'opportunità che il diritto segua e, in qualche modo, codifichi le opzioni già condivise a livello sociale, v. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, p.103 ss., il quale, tuttavia, non solo avverte quanto sia raro che su questioni di biodiritto si formino spontaneamente scelte largamente condivise, ma soprattutto precisa che, quand'anche dovesse consolidarsi un orientamento prevalente, «il diritto non potrebbe avallare acriticamente la scelta maggioritaria, ma dovrà valutarne la legittimità costituzionale ed assicurare che la decisione sia compatibile con la necessità di tenere aperto un dialogo plurale tra portatori di istanze e impostazioni diverse».

³⁹ Sui vincoli e limiti che incontra la discrezionalità legislativa nel regolare fatti "scientificamente connotati", S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica*, Napoli, 2015, p.435 ss.

⁴⁰ Come opportunamente rilevato da S. PENASA, *La questione delle cellule staminali. Il quadro giuridico*, in *Il governo del corpo*. Tomo I, *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, p.1101, il perseguimento di finalità terapeutiche non rende indifferente il modo in cui si svolge la ricerca scientifica.

⁴¹ Vedi le ordinanze nn. 369/2006 e 150/2012.

⁴² Si veda almeno C. CASONATO, *op. cit.*, p.81 ss. Ampiamente sul concetto di «dignità dell'embrione» V. TIGANO, *De dignitate non disputandum est?*, cit., p.11 ss.

contrapposti interessi costituzionali dei genitori e, in particolare, al diritto alla salute della madre, si è sempre premurata di salvaguardare gli interessi dell'embrione⁴³.

In conclusione, pare evidente che il dibattito sulla possibile destinazione alla ricerca scientifica degli embrioni non impiantabili sia quanto mai aperto. Il giudice costituzionale, dal suo canto, lungi dall'occultare la forte conflittualità del tema⁴⁴, ha messo in luce i principali orientamenti maturati a riguardo nel mondo giuridico, scientifico, nonché nell'opinione pubblica. Forse si è troppo accentuata la distanza tra le possibili scelte in merito alla sperimentazione sugli embrioni e ciò potrebbe contribuire a polarizzare ulteriormente e rendere inconcludente il dibattito sul tema, che invece meriterebbe più serene e approfondite riflessioni. Non si sottovaluta che, riguardo al destino degli embrioni non impiantati e non impiantabili, la ricerca di soluzioni di compromesso o quanto meno di un "minimo comun denominatore" tra visioni diametralmente opposte, è molto più complessa di quanto invece si è prospettato con riferimento agli embrioni abbandonati ma adottabili in vista della nascita. Tuttavia, l'assunzione di un approccio pragmatico e possibilista al tema della sperimentazione sugli embrioni potrebbe condurre all'elaborazione di una disciplina più permissiva di quella prefigurata dalla l. n. 40/04, una disciplina che comunque e necessariamente dovrà essere presidiata da norme capaci di scongiurare i rischi di sperimentazioni arbitrarie e di strumentalizzazione degli embrioni. Una maggiore apertura alle esigenze del progresso scientifico non potrebbe condurre il decisore politico a far propria una concezione utilitaristica dell'essere umano⁴⁵ fin dai primissimi stadi della sua formazione e, proprio per questo e in considerazione dei plurimi valori racchiusi nella Carta costituzionale, una normativa più permissiva non potrebbe che essere ispirata al valore della solidarietà.

⁴³ V. sent. n. 151/2009, con la quale la Consulta ha sì restituito all'autonomia del medico un adeguato e dovuto spazio di valutazione sul numero di embrioni producibili e sulle modalità del trasferimento in utero, che comunque non deve arrecare pregiudizi alla salute della madre, ma, allo stesso tempo, non ha trascurato di salvaguardare gli interessi dell'embrione; ed infatti, tale decisione non ha travolto il comma 2 dell'art. 14, nella parte in cui vieta di creare un «numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario» per il buon esito di una gravidanza.

V. anche sent. n. 96/2015, nella quale, una volta riconosciuta la funzionalità degli esami diagnostici preimpianto alla soluzione di problemi di salute della donna, la Corte si è premurata, nell'interesse dell'embrione, di precisare che l'accertamento delle patologie a trasmissione ereditaria debba avvenire in apposite strutture pubbliche specializzate e che gli esami diagnostici debbono mirare al «fine esclusivo della previa individuazione di embrioni cui non risulti trasmessa la malattia del genitore comportante il pericolo di rilevanti anomalie o malformazioni (se non la morte precoce) del nascituro alla stregua del medesimo "criterio di gravità"» di cui all'art. 6 della legge n. 194/78. Tale precisazione – accompagnata dal monito rivolto al legislatore di procedere ad individuare ed aggiornare periodicamente, anche sulla base dell'evoluzione tecnico-scientifica, le patologie a trasmissione ereditaria – persegue il fondamentale scopo di evitare il ricorso ad esami genetici predittivi al di fuori delle ipotesi di individuazione di anomalie o malformazioni embrionali aventi gravi ripercussioni della salute psicofisica della madre, contribuendo così a rimarcare la distanza tra la selezione genetica preimpianto, praticata a fini medico-preventivi, ed il reato di selezione a scopo eugenetico degli embrioni (art. 13, co. 3, lett. b).

⁴⁴ In questo senso, si ritiene che, con la sent. n. 84/2016, la Corte abbia adempiuto compiutamente ad un onere argomentativo rigoroso tanto più appropriato quando essa è chiamata ad affrontare tematiche altamente conflittuali e divisive. In questo modo il giudice costituzionale si espone al controllo critico del mondo scientifico e dell'opinione pubblica, il che non può che rafforzarne la legittimazione nel sistema costituzionale dei poteri.

⁴⁵ L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Napoli, 1993, p.118 ss.

Pertanto, di fronte al deperimento certo o alla crioconservazione *sine die* di embrioni che non potranno mai essere impiantati nell'utero di alcuna donna, senza causare gravi pregiudizi per la salute della medesima e del nascituro, il principio di beneficiabilità indurrebbe a prendere in considerazione di destinare questi embrioni alla ricerca scientifica, al fine di sperimentare pratiche terapeutiche funzionali a garantire il diritto alla salute di altre persone, sulla falsariga – e con le opportune distinzioni – di quanto previsto in materia di donazione di organi *ex mortuo*⁴⁶.

Si comprendono le ragioni per cui una simile opzione non può essere accolta da chi ritiene illegittima (oltre che eticamente inaccettabile) qualsiasi utilizzazione strumentale e con esito distruttivo degli embrioni, in quanto ne offenderebbe la dignità e il loro diritto alla vita, che pur rimarrebbe definitivamente frustrato dal mancato impianto⁴⁷; meno intuibili – o forse più deprecabili – sono i motivi per cui, in un ordinamento come quello italiano, che vieta la ricerca e la sperimentazione sugli embrioni, persino su quelli inevitabilmente destinati al deperimento, tali attività possono essere invece svolte su linee cellulari staminali importate dall'estero⁴⁸ e non necessariamente ricavate da embrioni non più impiantabili.

⁴⁶ V., in tal senso, il documento «Destino degli embrioni derivanti da PMA e non più impiantabili» del 26 ottobre 2007, con il quale alcuni componenti del CNB di sono espressi a favore della possibilità di individuare un criterio di accertamento di morte dell'embrione, quando la sua vitalità non sia definitivamente venuta meno, di modo che si renda possibile la donazione di cellule embrionali alla ricerca, stabilendo un'analogia con la donazione di organi *ex mortuo*.

⁴⁷ Coloro che si oppongono a qualsiasi tipo di sperimentazione a carico degli embrioni ritengono che quelli non trasferiti in utero per la presenza di gravi anomalie irreversibili dello sviluppo dovrebbero essere lasciati nel terreno di cultura fino a "morte naturale". Secondo costoro la crioconservazione degli embrioni, che potrebbe estendersi per un periodo di tempo dalla durata imprevedibile, sarebbe una condizione irrispettosa della dignità dell'embrione.

⁴⁸ Sulla "liceità" dell'utilizzazione a fini di ricerca di cellule staminali embrionali importate dall'estero, cfr. E. DOLCINI, *Ricerca su cellule staminali embrionali importate dall'estero e legge penale italiana*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, p.450 ss., le cui considerazioni investono il solo piano giuridico e non il ben distinto piano etico.