

Premessa

In occasione della pubblicazione delle motivazioni della sentenza della Corte costituzionale n. 84/2016, il Comitato di Direzione ha invitato alcuni Autori a commentare la decisione. Il Focus che segue raccoglie i contributi ricevuti.

Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016

*Carlo Casonato**

ETHICAL SENSITIVITY AND CONSTITUTIONAL TENDENCY. CRITICAL REMARKS ON THE ITALIAN CONSTITUTIONAL COURT DECISION NR. 84/2016

ABSTRACT: The article presents and criticizes the ruling n. 84/2016 of the Italian Constitutional Court on the research on “left over” human embryos. In particular, the author focuses on the risk that the approach of the Court will lead “ethically sensitive” issues outside the scope of judicial review of legislation.

KEYWORDS: Biolaw; Embryo research; Human dignity; Judicial review of legislation; Human embryo experimentation.

SOMMARIO: 1. L’insidia delle questioni “eticamente sensibili”. – 2. La sentenza n. 84 del 2016. – 3. L’assenza di un «generale consenso». – 4. L’assenza di principi costituzionali? – 5. Un’altra sentenza era possibile. – 5.1. La tutela solo virtuale degli embrioni non impiantabili. – 5.2. C’è dignità e dignità? – 5.3. Staminali embrionali (ESC) e staminali pluripotenti indotte (iPS). – 6. La regolamentazione di dettaglio ed il paventato vuoto normativo. – 7. Fra super-costituzionalizzazione e de-costituzionalizzazione.

1. L’insidia delle questioni “eticamente sensibili”

La qualificazione di alcune tematiche come “eticamente sensibili” può comportare il rischio di esaurirne l’inquadramento all’interno di parametri di natura unicamente etico-morale; parametri i quali sono tipicamente riconducibili a impostazioni tanto discusse quanto distanti fra loro, se non diametralmente opposte. La riconducibilità in via esclusiva alla categoria dell’“eticamente sensibile” può, allora, impedire che sul tema si ricerchino, ancor prima di trovarli, orientamenti, principi, regole di altra natura: segnatamente, di natura giuridico-costituzionale. La definizione e la regolamentazione di questioni così ricostruite finiscono così per essere lasciate in balia

* *Professore ordinario di diritto costituzionale comparato, Università degli Studi di Trento e componente del Comitato Nazionale per la Bioetica. Contributo su invito.*

di ogni e qualsiasi argomentazione (purché plausibile) terminando per essere considerate sostanzialmente indecidibili: su di esse, insomma, sarà lecito dire tutto e il contrario di tutto¹.

Tale rischio pare essersi concretamente realizzato in occasione della dichiarazione di inammissibilità con cui la Corte costituzionale (sentenza n. 84 del 13 aprile 2016) ha deciso, fra l'altro, la questione relativa al destino degli embrioni non più impiantabili (cd. residui o soprannumerari) e, in particolare, al divieto assoluto di condurre su di essi ricerca clinica e sperimentale non finalizzata alla loro tutela.

2. La sentenza n. 84 del 2016

La Corte veniva investita dal Tribunale di Firenze di due distinte questioni.

La prima faceva riferimento all'articolo che prevede, all'interno della legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita, l'irrevocabilità della volontà all'impianto dell'ovulo fecondato². Tale disposizione presenta profili di evidente illegittimità se intesa letteralmente, imponendo un trattamento medico invasivo in presenza di un intervenuto rifiuto della donna³. Anche in questa occasione, tuttavia, la regola non ha potuto essere oggetto di esame da parte della Corte, visto il carattere «meramente ipotetico, e non attuale, della sua rilevanza», dovuto al fatto che la ricorrente aveva comunque accettato di portare a termine il trattamento di procreazione assistita.

Dopo aver agevolmente dichiarato inammissibile tale eccezione, la Corte costituzionale è passata a trattare la seconda questione relativa al divieto di condurre ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione che non sia finalizzata alla tutela dello stesso, come disposto dai primi tre commi dell'art. 13 della legge n. 40⁴.

¹ In questa sede, si utilizzerà quindi la formula «eticamente sensibile» con tale significato connotativo. In diversa prospettiva, prevalentemente descrittiva, oltre alla sentenza n. 162 del 2014 della stessa Corte costituzionale, si vedano C. TRIPODINA, *A chi spettano le decisioni politiche fondamentali sulle questioni eticamente controverse? (riflessioni a margine del 'caso Englaro')*, in *Giur. cost.*, 2008, 4069 ss.; M. D'AMICO, *"Le questioni "eticamente sensibili" fra scienza, giudici e legislatore*, in www.forumcostituzionale.it, 5 novembre 2015 (consultato in data 14 giugno 2016).

² Si tratta dell'art. 6, comma 3 ult. cap.: «[I]a volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma fino al momento della fecondazione dell'ovulo».

³ Sul tema, fra gli altri, si vedano già R. BIN., *Sussidiarietà, privacy e libertà della scienza: profili costituzionali della procreazione assistita*, in E. CAMASSA E C. CASONATO (a cura di), *La nuova disciplina della procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, Università degli studi di Trento, 2005, 41.

⁴ I 3 commi dell'articolo dispongono:

«1. È vietata qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano.

2. La ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano è consentita a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative.

3. Sono, comunque, vietati:

a) la produzione di embrioni umani a fini di ricerca o di sperimentazione o comunque a fini diversi da quello previsto dalla presente legge;

b) ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti ovvero interventi che, attraverso tecniche di selezione, di manipolazione o comunque tramite procedimenti artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione o del gamete ovvero a predeterminarne caratteristiche genetiche, ad eccezione degli interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche, di cui al comma 2 del presente articolo;

Anche su questo punto, la Corte ha concluso per l'inammissibilità, dovuta ad una infondatezza ritenuta evidente della questione.

Le basi di tale decisione possono ricondursi all'interno di due ordini complessivi di considerazioni.

In primo luogo, la Corte rileva la presenza di una insanabile divisione negli approcci etici, giuridici, scientifici e sociali adottati in riferimento a quella che è definita una vera e propria «scelta tragica»⁵. In secondo luogo, non scorge alcun principio di natura costituzionale che possa limitare (nei termini delle «rime obbligate» necessarie per le sentenze additive) o quantomeno orientare (secondo la logica delle additive di principio) la discrezionalità politica esercitata dal Parlamento nell'effettuare un bilanciamento di interessi particolarmente delicato e divisivo («gravido di implicazioni etiche oltreché giuridiche»). In questo senso, inoltre, la Corte ipotizza che una decisione di accoglimento avrebbe dovuto essere accompagnata dalla regolamentazione di una serie di profili particolari la cui decisione è ricondotta in capo alla esclusiva discrezionalità del legislatore.

3. L'assenza di un «generale consenso»

Per quanto riguarda il conflitto fra le diverse impostazioni etiche, giuridiche e scientifiche, in primo luogo, la Corte riprende le principali tesi che si sono affrontate in tema di statuto e destino degli embrioni⁶.

Da una parte, così, si registrano le posizioni di quanti sono a favore della prevalenza degli interessi della ricerca a fronte, da un lato, della «inevitabile estinzione cui vanno incontro gli embrioni non impiantabili (esistenze “in nuce” destinate all'ibernazione indefinita, prive di una reale possibilità di venire al mondo)», dall'altro, della prospettiva umanitaria riconducibile ai doveri inderogabili di solidarietà dell'art. 2 della Costituzione, i quali potrebbero “nobilitare” l'inevitabile perdita degli embrioni grazie ad un loro impiego nella ricerca scientifica utile al progresso medico⁷.

D'altro canto, vengono ricordate le prospettive che sottolineano la lesione della dignità intrinseca e della soggettività dell'embrione dovuta alla sua distruzione o comunque alla sua considerazione in termini di mero bene oggetto di proprietà; quelle che intendono il principio di precauzione nel senso di imporre studi scientifici alternativi rispetto all'impiego delle cellule staminali embrionali (come quelli che utilizzano cellule adulte riprogrammate); fino alle posizioni che impediscono qualsiasi tipo

c) interventi di clonazione mediante trasferimento di nucleo o di scissione precoce dell'embrione o di ectogenesi sia a fini procreativi sia di ricerca;

d) la fecondazione di un gamete umano con un gamete di specie diversa e la produzione di ibridi o di chimere.»

⁵ Il pensiero va a *Tragic Choices* di G. CALABRESI, P. BOBBIT (W.W. Norton & Co., New York, 1978) che pure tratta prevalentemente, in un'ottica di analisi economica del diritto, dei problemi legati all'allocazione di risorse scarse.

⁶ Una aggiornata rassegna dei principali tratti di alcune discipline statali in tema di sperimentazione sugli embrioni umani in R. CRISTIANO, *La sperimentazione sugli embrioni umani*, in L. CHIEFFI, J.R. SALCEDO HERNÁNDEZ (a cura di), *Questioni di inizio vita. Italia e Spagna: esperienze in dialogo*, Mimesis edizioni, Milano, 2015, 330.

⁷ Si tratta del punto 10.1. del *Considerato in diritto* della sentenza. Su tale ultimo aspetto, riconducibile ad un «diritto compassionevole» o comunque alla rilevanza del principio solidaristico, si vedano in particolare i contributi di A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice...* (nota a sent. cost. n. 84/2016) e di A. RUGGERI, *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*, entrambi *infra* in questa Rivista.

di ricerca sugli embrioni poiché essi, considerati alla stregua di persone, non potrebbero dare un consenso informato alla sperimentazione né tantomeno essere deliberatamente uccisi (ché non si dovrebbe «equiparare l'«uccidere» al «lasciar morire»»)⁸.

Tale ricostruzione delle diverse impostazioni etiche in tema di statuto dell'embrione, certamente utile all'inquadramento della questione, non pare però costituire un motivo per impedire lo spiegarsi del controllo di costituzionalità; certamente, non lo ha ostacolato in altre occasioni in cui la Corte è intervenuta sia sulla stessa legge 40 che su altri provvedimenti legislativi.

Divisioni analoghe, ad esempio, esistevano, e tuttora esistono, in riferimento ai benefici e agli svantaggi della fecondazione eterologa o alle potenzialità ed ai rischi dell'accesso alle tecniche di procreazione assistita da parte delle coppie non sterili ma portatrici di malattie genetiche trasmissibili. Anche in questi casi, si affrontavano posizioni divergenti in tema di diritto del nato a conoscere le proprie origini biologiche e di selezione embrionale, ad esempio. Eppure, grazie all'utilizzo di alcuni parametri costituzionali di riferimento (artt. 2, 3, 32 in particolare), la Corte ha adottato incisive decisioni di accoglimento in riferimento sia al primo che al secondo caso⁹. Lo stesso può dirsi per la questione risolta con la sentenza n. 27 del 1975 in materia di interruzione volontaria di gravidanza, così come per altri interventi demolitori in contesti comunque assai divisivi e su cui è unanimemente riconosciuto un ampio spazio decisionale al Parlamento come quelli riferibili al sistema elettorale (per tutte, sent. n. 1 del 2014); non pare dunque potersi sostenere che l'esistenza di una pluralità di posizioni contrapposte a livello scientifico, politico o sociale possa costituire un elemento da cui far discendere un necessario *self restraint* da parte della Corte costituzionale. Anzi, in mancanza di un certo qual dissenso non pare nemmeno possa emergere l'occasione concreta, se non la stessa esigenza di sistema, di un intervento risolutore del giudice delle leggi¹⁰. Un inquadramento delle diverse posizioni in materia, insomma, potrebbe assumere carattere propedeutico rispetto all'esame nel merito, non sostituirsi ad esso impedendone il dispiegarsi.

Quanto dovrebbe fare la differenza rispetto alla precedente giurisprudenza costituzionale di segno interventista, quindi, non dovrebbe riguardare tanto la costante, e in parte inevitabile, assenza di un «generale consenso» sulla questione, quanto la mancanza di principi orientativi di natura costituzionale. E tale profilo porta ad affrontare il secondo dei motivi che conducono la Corte a ritenere la questione inammissibile¹¹.

⁸ Al punto 10.2. del *Considerato in diritto* della sentenza.

⁹ Si tratta rispettivamente delle sentenze n. 162 del 2014 e n. 96 del 2015.

¹⁰ Si veda, in riferimento alla questione delle unioni omosessuali, il contributo di S. PRISCO, *infra* in questa *Rivista*. Il tema si lega alla questione, ampia e complessa, relativa al rapporto fra Costituzione e pluralismo. Fra i molti altri, si veda l'inquadramento che ne danno G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012, in particolare 44 ss.

¹¹ Al termine del punto 7 del *Considerato in diritto* della decisione («[e] ciò, evidentemente, esclude la fondatezza della riferita eccezione») la Corte dichiara una infondatezza tanto evidente da condurre ad un giudizio di inammissibilità.

4. L'assenza di principi costituzionali?

La Corte, invece che svolgere una ricerca approfondita in merito alla individuazione di principi costituzionali che, a mio avviso, avrebbero potuto orientare il bilanciamento oggetto della questione stessa, sembra far discendere automaticamente dall'esistenza del dissenso fra le diverse impostazioni ricordate l'intangibilità della discrezionalità del legislatore in tema di destino degli embrioni non impiantabili. Al punto 11 del *Considerato in diritto* della sentenza, così, si passa, in termini che paiono eccessivamente sbrigativi, dalla rilevata assenza di un «generale consenso» sul tema alla esclusione del controllo della Corte sulla discrezionalità esercitata dal legislatore. Tale passaggio non convince soprattutto perché pare nascondere una pregiudiziale rinuncia alla ricerca di quei principi costituzionali che da tempo la stessa Corte ha utilizzato per sindacare i bilanciamenti svolti dal legislatore anche in materie molto delicate come quelle oggetto della sentenza qui in commento¹².

Pare in questo senso riduttivo, ad esempio, ricordare che vi sono posizioni politiche e bioetiche che riconducono all'embrione lo statuto giuridico di persona, senza impostare la questione in termini propriamente giuridico-costituzionali. Come non porsi il problema dell'articolo 1 del codice civile (secondo cui «[l]a capacità giuridica si acquista dal momento della nascita»)? Come non ricordare sia la recente giurisprudenza sia un risalente *leading case* della stessa Corte in cui si è sì riconosciuto il fondamento costituzionale della tutela del concepito nell'art. 2 della Costituzione, aggiungendo però la necessità di considerare «le particolari caratteristiche sue proprie», per cui, in conclusione, «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare»?¹³ E come non richiamare e confermare la concorrenza e talora prevalenza, recentemente affermate dalla stessa Corte, di altri interessi costituzionalmente tutelati come la salute della donna (sent. n. 151 del 2009) o la tutela delle esigenze della procreazione appartenenti alla «sfera più intima ed intangibile della persona umana» (sent. n. 162 del 2014)? Anche nel più recente caso relativo alla legge n. 40 deciso dalla Corte, la conferma del divieto di soppressione degli embrioni è dovuta non ad una tutela assoluta della

¹² Sui profili di continuità e discontinuità della sentenza in commento, cfr. M.P. IADICICCO, *La «scelta tragica» sul destino degli embrioni non impiantati tra discrezionalità del legislatore e vaglio del giudice costituzionale*, e V. MARZOCCO, *In potenza o in atto? La Corte Costituzionale e lo statuto normativo dell'embrione*, entrambe *infra* in questa *Rivista*. Il tentativo di derivare dal diritto costituzionale tutto il potenziale in termini di controllo di costituzionalità orienta il contributo di C. CASONATO, *Evidence Based Law. Spunti di riflessione sul diritto comparato delle scienze della vita*, in questa *Rivista*, I, 2014, 179.

¹³ In merito, cfr. M. D'Amico, *La corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, *infra* in questa *Rivista*. Per quanto riguarda il precedente costituzionale, si veda la nota sentenza n. 27 del 1975 che sarà poi alla base della legge 194 del 1978 recante norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza. Anche alla luce di questa decisione, S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, il Mulino, Bologna, 2015, 50 ss. tratta del «principio della differenziazione nella tutela penale tra concepito e nato (o nascente)». Per altra diffusa giurisprudenza che ha «negato l'assimilabilità dell'embrione al «concetto di bambino»», si veda L. CHIEFFI, *La regolamentazione della fecondazione assistita nel difficile dialogo tra le «due culture»*, in L. CHIEFFI, J.R. SALCEDO HERNÁNDEZ (a cura di), *Questioni di inizio vita. Italia e Spagna: esperienze in dialogo*, cit., 173.

loro dignità, ma alla non rintracciabilità di interessi costituzionalmente contrapposti, i quali avrebbero altrimenti potuto condurre all'affievolimento della tutela del concepito e della sua dignità¹⁴.

Nella sentenza qui commentata, invece, la Corte pare rinunciare a priori non solo ad individuare, ma addirittura a ricercare nelle pieghe della Costituzione e della propria giurisprudenza i termini del bilanciamento fra interessi della ricerca e conservazione degli embrioni non impiantabili, riparandosi dietro il facile schermo della novità e del carattere controverso della questione.

5. L'assenza Un'altra sentenza era possibile

In altra, personalmente preferibile prospettiva, si sarebbe potuto cercare, ritrovare e utilizzare una serie di parametri costituzionali da porre alla base di un ragionamento più articolato e persuasivo. Partendo dagli articoli 9 e 33 della Costituzione (che rispettivamente promuovono lo sviluppo della ricerca scientifica e ne fissano un regime di libertà) si sarebbe potuto evidenziare come, nel bilanciamento che la Corte ricostruisce come astratta opposizione fra il «diritto della scienza» e «il diritto dell'embrione», alcuni passaggi logici e profili propriamente costituzionali avrebbero potuto essere approfonditi, al fine di raggiungere una sentenza additiva (almeno di principio)¹⁵ o, quantomeno, di rinforzare, anche in termini monitori, l'apparato argomentativo a supporto della decisione. Vediamone sinteticamente quattro.

5.1. La tutela solo virtuale degli embrioni non impiantabili

In primo luogo, la Corte non pare apprezzare pienamente il fatto che, nel caso in questione, non si tratti di decidere su embrioni *tout court*, sani o malati che siano, ma su embrioni per cui è sfumato ogni possibile sviluppo biologico. Si tratta, tipicamente, di zigoti, morule o blastocisti, i quali, congelati entro le prime ore o al massimo sei giorni dopo la fecondazione, ben prima quindi che possa svilupparsi una qualche seppur minima traccia di sistema nervoso centrale, non hanno alcuna realistica possibilità di ulteriore accrescimento¹⁶.

Il ritenuto «diritto dell'embrione» opposto all'interesse alla ricerca scientifica sperimentale, quindi, non può in alcun modo configurarsi come una efficace tutela concreta dello stesso, ma si limita, giocoforza, ad una crioconservazione in azoto liquido a 196° sotto zero; crioconservazione destinata a prolungarsi indefinitamente fino a quando verrà interrotta con conseguente distruzione del prodotto della fecondazione. Non si tratta, insomma, di tutelare un destino dell'embrione che possa vedere un qualche sviluppo di natura biologica o cognitiva che possa portarlo alla costituzione di una persona;

¹⁴ Si tratta della sent. n. 229 dell'11 novembre 2015, secondo cui «[n]ella fattispecie in esame, il vulnus alla tutela della dignità dell'embrione (ancorché) malato, quale deriverebbe dalla sua soppressione *tamquam res*, non trova però giustificazione, in termini di contrappeso, nella tutela di altro interesse antagonista».

¹⁵ Di una possibile sentenza additiva di principio, parlano A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice... (nota a sent. cost. n. 84/2016)*; M. D'AMICO, *La corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*; V. MARZOCCO, *In potenza o in atto? La Corte Costituzionale e lo statuto normativo dell'embrione*, tutti *infra* in questa *Rivista*.

¹⁶ La stria o linea primitiva, ispessimento che si crea lungo la linea mediana del disco embrionario, compare dalla terza settimana dalla fecondazione. Verso essa migreranno le cellule che poi formeranno l'ectoderma, da cui prenderà origine il sistema nervoso centrale.

in ogni caso, il destino degli embrioni non più impiantabili è segnato da un periodo di attesa variamente lungo di ibernazione, seguito da un disfacimento finale¹⁷. La scelta, è stato commentato, è solo «fra due ragioni diverse di distruzione»¹⁸.

Su questa linea, una parte del Comitato Nazionale per la Bioetica aveva avvicinato il prelievo dei blastomeri (ma lo stesso può dirsi per le cellule staminali) dagli embrioni non più impiantabili alla pratica della donazione di organi *ex mortuo*. In un parere dedicato al destino degli embrioni non impiantabili, così, si era rilevato che: «[p]ur restando vitali alcune sue cellule, l'embrione sarebbe morto come individualità biologica, qualora avesse definitivamente perso la capacità di proseguire in maniera integrata, autoregolata e attraverso una progressiva differenziazione cellulare, il suo sviluppo. Di esso resterebbero vitali alcune parti (uno o più blastomeri), ma non avrebbe più vitalità l'intero, in modo analogo con quanto accade nel processo di morte cerebrale, dove restano vitali alcuni organi del corpo del defunto (il cuore, i reni, ecc.), pur essendo possibile ritenere definitivamente distrutto (cioè morto) l'individuo. E se il prelievo e l'utilizzazione di blastomeri vivi da un embrione dichiarato morto può essere paragonabile al prelievo di organi e tessuti da un individuo dichiarato morto, può allora ritenersi eticamente lecita la donazione dei primi alla ricerca»¹⁹.

A fronte di tali considerazioni, la Corte avrebbe potuto – e a mio avviso, dovuto – entrare nel merito del bilanciamento effettuato dal legislatore, interrogandosi con maggiore attenzione e concretezza sulla presunta equivalenza fra un destino comunque a breve termine e in uno stato di crioconservazione degli embrioni non impiantabili e gli specifici interessi costituzionali legati alla ricerca scientifica ed ai possibili sviluppi in termini di salute (*ex artt. 9 e 33, e 32*)²⁰.

Su questa linea, del resto, la Corte si era già mossa in occasione, ad esempio, della sentenza n. 96 del 2015. In quel caso, la Corte dichiarò incostituzionale il divieto assoluto di accesso alla procreazione assistita da parte delle coppie non sterili o infertili a motivo del fatto che a fronte dell'interesse dei portatori di malattie trasmissibili, stava una tutela dell'embrione non effettiva ma solo virtuale: il *vulnus* arrecato al diritto della donna (eventualmente indotta ad un'interruzione volontaria di una gravidanza per lei dannosa) non poteva quindi trovare «un positivo contrappeso, in termini di bilan-

¹⁷ Su questo aspetto, cfr. A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice... (nota a sent. cost. n. 84/2016)* infra in questa Rivista.

¹⁸ L. D'AVACK, *Il progetto filiazione nell'era tecnologica. Percorsi etici e giuridici*, Giappichelli, Torino, 2014, 134: «considerato che già esistono migliaia di embrioni crioconservati, la scelta si riduce fra due ragioni diverse di distruzione (la distruzione convenzionale per determinazione di una scadenza e la distruzione per ricerca) e non appare soluzione logica né eticamente giustificabile il divieto del loro utilizzo per fini che potrebbero consentire nuovi importanti avanzamenti nella conoscenza scientifica a beneficio futuro della salute dei nostri simili». Mette in luce come tali embrioni «non avrebbero mai potuto essere "figli"» M. D'Amico, *La corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, infra in questa Rivista.

¹⁹ La citazione è presa dalla pagina 7 del parere del CNB *Destino degli embrioni derivanti da pma e non più impiantabili* dell'ottobre 2007, scaricabile dal sito istituzionale del Comitato Nazionale per la Bioetica: <http://presidenza.governo.it/bioetica/> (consultato in data 14 giugno 2016). I documenti del CNB sono esaminati anche nel contributo di S. PRISCO, infra in questa Rivista.

²⁰ Di «principi di solidarietà e responsabilità verso la salute dell'intera comunità» parla B. SALVATORE, *Tutela dell'embrione umano e ricerca scientifica: un conflitto davvero insanabile?*, in C. BUCCELLI, *Aspetti etici della sperimentazione biomedica: evoluzione, criticità, prospettive*, Università degli Studi di Napoli Federico II, Napoli, 2015, 170.

ciamento, in una esigenza di tutela del nascituro, il quale sarebbe comunque esposto all'aborto»²¹. Proprio l'impossibilità di sostenere una efficace e concreta tutela del concepito aveva in quel caso contribuito a orientare la Corte verso una decisione di accoglimento della questione di legittimità costituzionale²².

5.2. C'è dignità e dignità?

In secondo luogo, la Corte non fa cenno al fatto che in Italia, al pari di quanto accade in una gran parte di altri ordinamenti, è lecito utilizzare a fini di ricerca linee cellulari importate dall'estero²³. Anche tali linee, come sottolineato dalla Corte di Giustizia nei casi *Brüstle* e *International Stem Cell Corporation*²⁴, originano dalla distruzione di embrioni nei primi giorni del loro sviluppo. Ciononostante, le loro potenzialità in termini di ricerca clinica hanno convinto una molteplicità di Stati a permetterne l'utilizzo. Ma se alla base del divieto di impiego degli embrioni non più impiantabili per finalità di ricerca sta una non meglio definita «dignità antropologica»²⁵, non paiono comprensibili i motivi per cui gli «embrioni stranieri» non siano titolari della stessa qualità e quindi di una pari tutela.

Su una linea simile, può ricordarsi come in Italia sia in commercio la cd. pillola del giorno dopo e, dal 2011, anche quella dei cinque giorni dopo, senza obbligo di prescrizione medica per le maggiorenni. Secondo alcuni recenti studi, l'efficacia di tali farmaci si limiterebbe all'inibizione o al ritardo

²¹ Si tratta del punto 9 del *Considerato in diritto* della sentenza.

²² E va richiamato come diritti costituzionali confliggenti siano stati considerati prevalenti anche in casi ancor più delicati, in cui la salute psico-fisica della donna si contrappone alla permanenza in vita di feti con possibilità di sviluppo regolare. Si pensi, ancora, alla sent. n. 27 del 1975.

²³ In Italia, tale possibilità è ricondotta al fatto che la legge n. 40 tratta espressamente di «embrioni» e non di «linee cellulari embrionali» già derivate: cfr. E. DOLCINI, *Ricerca su cellule staminali embrionali importate dall'estero e legge penale italiana*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, 450 ss. In Germania, ad esempio, è stata invece una legge del 2002 (legge in materia di uso degli embrioni e delle linee cellulari embrionali per la ricerca biomedica, *Stammzellgesetz*) a permettere l'impiego delle linee cellulari importate dall'estero prima del 2002, inizialmente, e poi del 2007. Simile disciplina anche in Francia: cfr. il paper di L. CONTI, *Cellule Staminali: normativa sulla ricerca*, ospitato nel sito di Scienza attiva: www.scienzattiva.eu/wp-content/uploads/2013/11/B_stam_normativa_Conti.pdf (consultato in data 14 giugno 2016). *Sul sistema spagnolo*, E. OSUNA, *Aspectos éticos y legales de la investigación y experimentación con embriones humanos*, in L. CHIEFFI, J.R. SALCEDO HERNÁNDEZ (a cura di), *Questioni di inizio vita. Italia e Spagna: esperienze in dialogo*, cit., 447.

²⁴ *Si tratta della sentenza C-34/10 Oliver Brüstle v. Greenpeace e V del 18 ottobre 2011 e della sentenza C-364/13, International Stem Cell Corporation v. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks, del 18 dicembre 2014. Legge tale giurisprudenza alla luce di molti dei principi trattati nella sentenza qui in commento*, I. RIVERA, *La tutela dell'embrione umano e la brevettabilità del vivente alla luce dei più recenti sviluppi giurisprudenziali*, in *questa Rivista*, 1, 2015, 29 ss.

²⁵ Il carattere inedito, a livello di giurisprudenza costituzionale, del concetto di «dignità antropologica» avrebbe inoltre potuto condurre la Corte a precisarne definizione, natura, contenuto e limiti. 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 *Diritto penale contemporaneo*, 8 Maggio 2016, <http://www.penalecontemporaneo.it> (consultato in data 14 giugno 2016) svolge una critica della sentenza in commento sulla base del concetto di «tirannia della dignità» proposto da Neumann.

dell'ovulazione (o della rottura follicolare per la pillola dei cinque giorni dopo)²⁶; in ogni caso, al momento dell'immissione in commercio, la pillola del giorno dopo era indicata anche come farmaco in grado di impedire l'impianto dell'ovulo già fecondato. E nonostante tale azione, che avrebbe potuto portare – si pensava – all'espulsione ed alla conseguente distruzione dell'embrione nelle prime fasi di sviluppo, il TAR Lazio ne aveva ammesso l'immissione in commercio, senza considerare eventuali illegittimità dovute alla lesione della «dignità antropologica» dell'embrione²⁷.

Si potrebbe proseguire, nella stessa logica, ricordando la disciplina e la già menzionata giurisprudenza costituzionale in tema di interruzione volontaria di gravidanza, oltre che i precedenti interventi della stessa Consulta sulla legge n. 40²⁸. I casi citati, tuttavia, paiono sufficienti a dimostrare come la dignità dell'embrione sia concetto problematico e oggetto frequente di bilanciamento in una serie di circostanze, alcune delle quali hanno visto la prevalenza di altri interessi e diritti costituzionali. Anche da questo punto di vista, quindi, la Corte avrebbe potuto affrontare con maggior profondità i particolari profili della tematica oggetto della questione ad essa sottoposta, senza trincerarsi dietro il carattere complesso, inedito e divisivo della questione. Una tale disamina avrebbe poi potuto – forse – condurre ad un diverso esito.

5.3. Staminali embrionali (ESC) e staminali pluripotenti indotte (iPS)

In terzo luogo, la Corte non dedica alcuna riflessione al dibattito relativo all'utilità o alla necessità di proseguire con le ricerche sulle cellule staminali embrionali.

Ricordando un possibile impiego del principio di precauzione nel senso di incoraggiare metodi alternativi di ricerca rispetto a quella con cellule staminali embrionali (ESC) («lo scienziato dovrebbe decidere non già di “non fare”, ma di “fare altro”»), i giudici costituzionali sembrano dare per scontato che, ad esempio, la ricerca con cellule staminali pluripotenti indotte (iPS)²⁹ sia già in grado di garantire la stessa sicurezza e le stesse potenzialità di quella con ESC, potendosi pacificamente sostituirsi ad essa.

A fronte di un auspicabile sviluppo degli studi con iPS, i quali certamente sollevano minori problemi di carattere etico in quanto derivano le cellule staminali non da blastocisti ma da cellule adulte “ri-programmate”, una serie di considerazioni inducono a ritenere che l'impiego di ESC sia ancora pro-

²⁶ I risultati di tali studi hanno indotto AIFA a modificare il foglietto illustrativo del farmaco a base di Levonorgestrel, sostituendo la dicitura «il farmaco potrebbe anche impedire l'impianto» con quella secondo cui esso «inibisce o ritarda l'ovulazione»: cfr. quanto riportato nella GU del 4 febbraio 2014.

²⁷ Si tratta della sentenza n. 8465 del 2001.

²⁸ Su cui, fra gli altri, A. D'ALOIA, *L'(ex) 40 in Quad. cost.*, IV, 2015, 997; F. ANGELINI, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Dig. Disc. Pubbl., Agg.*, VI, 2015, 341; M. FUSCO, *Cosa resta della legge 40. Bilanci e prospettive a dieci anni dall'entrata in vigore della normativa italiana sulla procreazione assistita*, in L. CHIEFFI, J.R. SALCEDO HERNÁNDEZ (a cura di), *Questioni di inizio vita. Italia e Spagna: esperienze in dialogo*, cit., 211 ss. Tutti gli interventi giurisdizionali sulla legge 40 sono riportati e descritti nel dossier ad essa dedicato nel sito www.biodiritto.org.

²⁹ La formula ESC sta per *Embryonic stem cells* e si riferisce a cellule staminali pluripotenti derivate da blastocisti; iPS sta per *Induced Pluripotent Stem Cell* e si riferisce a cellule somatiche adulte riprogrammate in modo da riacquistare lo stato di pluripotenza.

mettente e utilissimo per proseguire la ricerca su alcune malattie a sempre maggiore insorgenza come il Parkinson.

Le ESC e i relativi derivati differenziati hanno iniziato ad essere utilizzati in alcuni protocolli sperimentali di fase 1, dando buoni risultati di non tossicità e aprendo la via ad ulteriori ricerche per i trattamenti di patologie umane neurali. Da sottolineare anche come paia fondamentale mantenere un confronto costante tra le due linee di ricerca (embrionali e adulte) al fine di comprenderne il grado di sovrapposibilità in termini di sicurezza ed efficacia³⁰.

È possibile immaginare che, se la ricerca con cellule staminali embrionali fosse già oggi ad un livello maggiormente avanzato, le accresciute e magari già realizzate potenzialità terapeutiche del suo impiego avrebbero permesso di invocare anche il parametro costituito dall'art. 32 della Costituzione in un bilanciamento che si sarebbe potuto risolvere a favore di una dichiarazione di incostituzionalità del divieto di impiego degli embrioni umani.

Va però ricordato come la ricerca scientifica, e quella clinica in particolare, costituiscano un interesse costituzionale in se stesso, a prescindere da già esistenti ricadute in termini di efficacia terapeutica. Ragionando diversamente, cadrebbe il significato stesso dell'inserimento in Costituzione degli articoli 9 e 33 in quanto tali, bastando allo scopo l'articolo 32 in tema di tutela e promozione del diritto alla salute.

6. La regolamentazione di dettaglio ed il paventato vuoto normativo

La Corte costituzionale, in quarto luogo, pone alla base dell'infondatezza della questione di legittimità proposta dal Tribunale di Firenze ragioni legate all'assenza delle «rime obbligate». Una sentenza di accoglimento, su questa linea, avrebbe dovuto confrontarsi con una serie di questioni specifiche che la Corte ritiene «inevitabilmente riservate al legislatore». Fra queste, in particolare, le questioni attinenti alla «utilizzo, 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»³¹.

Tale impostazione non pare del tutto in linea con la precedente giurisprudenza costituzionale intervenuta anche sulla stessa legge n. 40.

³⁰ Si tratta di uno studio sperimentale rivolto alle lesioni del midollo spinale: <http://ir.geron.com/phoenix.zhtml%3Fc=67323%26p=irol-newsArticle%26ID=1635760%26highlight=> (consultato in data in data 14 giugno 2016). Per una lista delle ricerche su ESC autorizzate nel Regno Unito dalla Human Fertilisation and Embryology Authority, ad esempio, si veda il sito <http://www.hfea.gov.uk/166.html> (consultato in data in data 14 giugno 2016). Non condivide l'utilità di tali tipologie di ricerca, G. Razzano, *Corte costituzionale n. 84 del 2016, sulla tutela dell'embrione e l'interesse della ricerca scientifica: una sentenza ispirata alla prudentia?*, *infra* in questa Rivista.

³¹ Sono questi i profili citati al punto 11 del *Considerato in diritto* della sentenza.

Nella citata sentenza n. 162 del 2014, la Corte aveva scongiurato il rischio di creare un vuoto normativo sforzandosi di ricercare all'interno dell'ordinamento le regole già esistenti ed applicabili, in via analogica, al caso di specie³². A fronte della richiesta da parte dell'Avvocatura generale dello Stato di arrestarsi di fronte ad «una questione di politica e di tecnica legislativa (...), che porrebbe esclusivamente scelte di opportunità, riconducibili alla discrezionalità riservata al legislatore ordinario»³³, si era quindi concluso per una sentenza di accoglimento³⁴.

In modo analogo, anche nella sentenza qui in commento la Corte avrebbe potuto trovare una serie di indicazioni a sostegno del fatto che, fra le «molteplici opzioni intermedie» astrattamente conseguenti ad una pronuncia di accoglimento, il legislatore già aveva “fatto la propria scelta”, poiché nell'ordinamento si possono ricavare regole direttamente applicabili alla ricerca con embrioni residui.

Per quanto riguarda la selezione degli embrioni da utilizzare, in primo luogo, il criterio sarebbe potuto essere quello relativo alla non impiantabilità, non rilevando di per sé la presenza o assenza di malattie o malformazioni³⁵. L'applicazione di tale criterio, collegandosi al carattere meramente virtuale e non concreto della possibile tutela dell'embrione, avrebbe potuto anche risolvere il dubbio relativo al previo periodo di crioconservazione, intendendosi un periodo tale da compromettere qualsiasi possibilità di impianto utile allo sviluppo embrionale³⁶.

Un secondo campo riservato dalla Corte alla esclusiva discrezionalità politica del legislatore sarebbe quello riferibile alla «selezione degli obiettivi e delle specifiche finalità della ricerca suscettibili di giustificare il “sacrificio” dell'embrione». Da questo punto di vista, tuttavia, si fa fatica a pensare ad una legge che precisi di volta in volta quali scopi scientifici siano o meno “degni” di essere perseguiti. Atteso il regime costituzionale di tendenziale libertà e promozione della ricerca scientifica, non pare sia possa subordinare la conduzione degli studi ad una preventiva legge che ne autorizzi le «specifiche

³² Si tratta delle questioni affrontate al punto 11 del *Considerato in diritto* della decisione.

³³ Cfr. il punto 10 del *Considerato in diritto*.

³⁴ Al punto 12 del *Considerato in diritto*, così, si sosteneva che dalle norme vigenti «è, dunque, già desumibile una regolamentazione della PMA di tipo eterologo che, in relazione ai profili ulteriori rispetto a quelli sopra approfonditi, è ricavabile, mediante gli ordinari strumenti interpretativi, dalla disciplina concernente, in linea generale, la donazione di tessuti e cellule umani, in quanto espressiva di principi generali pur nelle diversità delle fattispecie (...). In relazione al numero delle donazioni è, poi, possibile un aggiornamento delle Linee guida, eventualmente anche alla luce delle discipline stabilite in altri Paesi europei (quali, ad esempio, la Francia e il Regno Unito), ma tenendo conto dell'esigenza di consentirle entro un limite ragionevolmente ridotto».

³⁵ Articola maggiormente la tematica M.P. IADICICCO, *La «scelta tragica» sul destino degli embrioni non impiantati tra discrezionalità del legislatore e vaglio del giudice costituzionale*, infra in questa Rivista.

³⁶ Tali sono le questioni per le quali il diritto deve necessariamente rivolgersi al sapere biomedico, unico in grado di accertare, con la massima cautela possibile, il periodo oltre il quale nessun medico impianterebbe un embrione che abbia perso le sue potenzialità vitali. Sui rapporti fra diritto e scienze della vita, nella prospettiva di un pluralismo sostenibile, cfr. il *Focus* ospitato a questa Rivista nel numero 1 del 2016. In generale, si permetta il rinvio a C. CASONATO, *La Scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2, 2016 (consultato il 16 giugno 2016). Da altro punto di vista, atteso il divieto di donazione (o adozione) degli embrioni contenuto nella legge n. 40, in Italia la non impiantabilità risulterebbe anche dalla revoca definitiva della donna all'impianto.

finalità»³⁷. Anche nel caso della ricerca clinica, quella forse più normata in Italia, non è certo il Parlamento a stabilire la liceità o meno di un protocollo che si prefigga di studiare l'efficacia terapeutica di un determinato principio attivo per una particolare patologia. E tenendo conto della straordinaria rapidità dei progressi scientifici, anche e soprattutto nel settore genetico, una eventuale legge del genere sarebbe destinata ad essere superata non appena promulgata.

La decisione sul necessario interpello della coppia o della donna in riferimento alla destinazione dell'embrione alla ricerca è effettivamente, in terzo luogo, questione più delicata e meno facilmente risolvibile allo stato dell'arte. Ciò non toglie che, come in altre occasioni, la Corte avrebbe potuto intervenire indicando la scelta più cauta, quella cioè secondo cui è necessaria la volontà di entrambi i componenti la coppia, oppure invitando il legislatore ad «introdurre apposite disposizioni ([sentenza n. 278 del 2013](#)), allo scopo di eliminare le eventuali lacune che non possano essere colmate mediante gli ordinari strumenti interpretativi dai giudici ed anche dalla pubblica amministrazione, qualora ciò sia ammissibile»³⁸.

La necessità di un intervento legislativo relativo alle «cautele più idonee ad evitare la “commercializzazione” degli embrioni residui», in quarto luogo, pare poco sostenibile per la semplice ragione che tali norme già esistono e che un eventuale accoglimento della questione in nessun modo avrebbe aperto un nuovo “mercato degli embrioni”.

7. Fra super-costituzionalizzazione e de-costituzionalizzazione

A fronte delle potenzialità della ricerca scientifica su malattie gravi e in forte aumento (come il Parkinson) espressamente qualificate in termini di libertà e promozione dal combinato disposto degli articoli 9 e 33 della Costituzione, la Corte avrebbe potuto e forse dovuto approfondire i termini di una questione – come visto – certamente complessa. In questo modo la Corte, anche se avesse poi confermato la direzione complessiva e il dispositivo qui criticati, avrebbe potuto fornire argomentazioni più compiute e persuasive. Nell'impostazione privilegiata in questa sede, tale sforzo avrebbe potuto condurre ad una diversa tipologia di decisione (additiva o perlomeno additiva di principio) o avrebbe, quantomeno, permesso di lanciare un monito al legislatore; monito che avrebbe poi aperto la strada a future possibili decisioni meno segnate da un atteggiamento *self-restraint*³⁹. Pur nella diversità delle possibili interpretazioni e dei possibili dispositivi – diversità di cui i contributi raccolti in questa numero della *Rivista* danno conto – la decisione sarebbe stata più efficace perché avrebbe trattato, e non rinviato alla mera sensibilità politica, una serie di profili su cui la Costituzione non pare essere muta: la libertà e la promozione della ricerca, gli interessi delle generazioni future, lo sviluppo scientifico e tecnologico.

Oltre a ciò, un maggior approfondimento delle questioni da parte della Corte costituzionale avrebbe ricordato al legislatore l'esigenza di operare con maggiore attenzione verso il caso concreto e le ri-

³⁷ In termini generali, fra gli altri, R. BIN., *Freedom of Scientific Research in the Field of Genetics*, in R. BIN, N. LUCCHI E S. LORENZON (a cura di), *Biotech Innovations and Fundamental Rights*, Springer, 2012, 131-144.

³⁸ La citazione, con il riferimento alla sentenza n. 278 del 2013, è dalla cit. sent. 162, p. 11.

³⁹ Una diversa lettura in A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice... (nota a sent. cost. n. 84/2016) infra* in questa *Rivista* secondo cui la Corte «non decide, ma “crea le condizioni” per un intervento legislativo successivo favorevole alla ricerca scientifica».

spettive specificità (considerando la particolare natura degli embrioni non impiantabili), con maggior rispetto del principio di non contraddizione dell'ordinamento (che collega la dignità dell'embrione al luogo ed alla data di distruzione, ad esempio) e con maggior apertura nei confronti della dimensione scientifica⁴⁰.

Nel rinunciare al suo sindacato sulla questione, la Corte ha invece collocato tutti questi principi sullo stesso piano, conducendo una "de-costituzionalizzazione" degli interessi legati alla ricerca scientifica e, allo stesso tempo, una "super-costituzionalizzazione" di quelli collegati al destino degli embrioni non impiantabili; così facendo, la Corte pare aver segnato, auspicabilmente in termini solo momentanei⁴¹, il perimetro di una nuova "zona franca" in cui la Costituzione non avrebbe alcun ruolo nel limitare la discrezionalità del legislatore, nella convinzione che le questioni "eticamente sensibili", o alcune di esse, non possano essere anche "costituzionalmente orientate".

⁴⁰ M. D'Amico, *La corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, *infra* in questa *Rivista*, tratta dell'importanza della dimensione scientifica in sede di processo costituzionale. Si permetta, in generale, il riferimento a C. CASONATO, *Le 3 A di un diritto sostenibile ed efficace*, in V. BARSOTTI (a cura di), *Biotechnologie e diritto*, Maggioli, 2016, pp. 29-53.

⁴¹ Di de-costituzionalizzazione parla anche A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice...* (nota a sent. cost. n. 84/2016) *infra* in questa *Rivista*.