

21 Dicembre 2015

Ancora sulla selezione preimpianto: incostituzionale la fattispecie di selezione embrionale per finalità eugenetiche, ma non quella di embrionicidio

Corte costituzionale, 21 ottobre 2015 (dep.11 novembre 2015), n. 229

[[Antonio Vallini](#)]

1. Con la sentenza in oggetto la Corte costituzionale ha dichiarato **l'illegittimità costituzionale** dell'art. 13, commi 3, lettera b), e 4 della l.40/2004 (**selezione embrionaria a scopo eugenetico**) **«nella parte in cui contempla come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa sia esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b)»** della legge 194/78, **«e accertate da apposite strutture pubbliche»**. Ha invece dichiarato **non fondata una questione di legittimità** riguardante l'art. 14, commi 1 e 6» della l.40/2004 (**reato di embrionicidio**). La pronuncia origina, per una volta, da un procedimento penale^[1], in cui alcuni medici si trovavano imputati dei reati in questione (come delitti scopo di un'associazione per delinquere) per aver operato diagnosi e selezioni preimpianto a favore di coppie portatrici di gravi malattie ereditarie.

La decisione si propone come **prosecuzione ideale** della sentenza di poco antecedente - [la 96/2015, in questa Rivista con nota di F. Viganò, La sentenza della Consulta sul divieto di accesso alla fecondazione assistita per coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili \(e una chiosa finale sulla questione della diretta applicazione della CEDU\)](#) - con cui la Corte costituzionale dichiarava illegittima la legge 40/2004 nella parte in cui non consentiva l'accesso alla procreazione assistita a coppie fertili ma portatrici di malattie geneticamente trasmissibili al figlio, riconducibili a quelle di cui tratta l'art.6, co.1, lett. b l.194/78 ; vale a dire "rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro", tali da porre gravemente in pericolo la salute fisica o psichica della donna. In sostanza, tale sentenza ammetteva un **uso della fecondazione assistita non per superare problemi di sterilità**, bensì per **produrre embrioni in vitro allo scopo specifico di sottoporli a diagnosi genetica preimpianto, in modo poi da selezionare soltanto embrioni sani per il trasferimento in utero** (per un commento, si veda, [in questa Rivista, A. Vallini, Il curioso \(e doloroso\) caso delle coppie fertili portatrici di malattie ereditarie, che potevano ricorrere all'aborto, ma non alla diagnosi e selezione preimpianto](#)).

La sentenza 229/2015, inserendosi nella medesima prospettiva, provvede ad attribuire **ancor più chiara legittimazione alla selezione per il trasferimento in utero dei soli embrioni sani, con esclusione, dunque, di quelli gravemente malati. Purché quella selezione non comporti la soppressione del concepito affetto da anomalie genetiche**: tanto si vuole precisare, decidendo di non interpolare la figura criminosa dell'embrionicidio.

2. Si potrebbe apprezzare la premura con cui la Consulta ha collocato l'ultimo atteso mattoncino nella sua metodica opera di ristrutturazione della l.40/2004, così **adeguando** definitivamente, anche

nei minimi dettagli, la **disciplina della procreazione medicalmente assistita a quella sulla interruzione di gravidanza** e, per questa via, al principio di ragionevolezza e uguaglianza, in rapporto alla tutela della salute, così come alle direttive provenienti dalla Corte EDU ([Camera, II sez., Costa e Pavan c. Italia, 28/8/2012](#), riguardo alla quale vedi le note segnalate a margine di questa pagina). In effetti il giudice *a quo* invocava come parametri i consueti **artt.2, 3, 32 e 117 co. 1 Cost.**; e l'argomentazione della Corte si risolve davvero in due righe di rinvio alle motivazioni già in precedenza spese: «quanto è divenuto così lecito, per effetto della [sent. n.96/2015], non può dunque - per il principio di non contraddizione - essere più attratto nella sfera del penalmente rilevante». Motivo di ambedue queste dichiarazioni di incostituzionalità, così come della citata sentenza della Corte EDU, è, in estrema sintesi, un'ovvia constatazione: **in un ordinamento dove vige una regolamentazione dell'interruzione di gravidanza come quella di cui alla l.194/78, non può ragionevolmente impedirsi l'accesso ad una diagnosi e selezione preimpianto utili a prevenire la trasmissione, al nascituro, di rilevanti malattie capaci di mettere a repentaglio la salute psico-fisica della madre**. Per vero, malattie del genere, accertate durante la gravidanza con diagnosi prenatale, **consentirebbero comunque il ricorso all'aborto**, cioè ad una pratica molto più invasiva e pericolosa per la salute della donna, e comunque implicante la soppressione del concepito (oltretutto in una fase più avanzata di sviluppo). V'è inoltre da considerare che mentre l'aborto interrompe del tutto la gestazione, frustrando dolorosamente il desiderio di maternità della madre, la diagnosi e selezione preimpianto consentono di instaurare una gravidanza e di partorire un figlio sano.

Senonché, a una più attenta analisi, la decisione appare niente affatto attesa o necessaria, per certi versi orientata a un obiettivo probabilmente sbagliato, dunque motivo di alcune complicazioni, e d'altronde caratterizzata da problematici sottesi e promesse per il futuro. In questa sede ci limitiamo a segnalare quanto segue.

In primo luogo, è vero che sovente i medici proprio nella fattispecie di «selezione a scopo eugenetico» hanno visto un ostacolo alla praticabilità della selezione preimpianto. Tuttavia, a tale fattispecie il «reato» dichiarato incostituzionale già non era applicabile, non solo perché ben discutibilmente quel tipo di condotta può considerarsi rivolta a un fine «eugenetico», ma soprattutto perché... **non si tratta di un reato (autonomo), bensì di una circostanza aggravante di una fattispecie incriminatrice** - quella di sperimentazione sull'embrione - **la cui estensione semantica pare abbia ben poco a che fare con la condotta in questione**. L'argomento è, se vogliamo, sterilmente tecnico-penalistico, e però ineludibile. Quel che almeno doveva esser noto, è che sulla base di una scelta forse più intuitiva, ma sostanzialmente corretta, **nella giurisprudenza civile si era sempre esclusa l'applicazione dell'art.13 a simili condotte**^[2].

La sentenza **dichiara dunque incostituzionale una fattispecie circostanziale nella parte in cui si applicherebbe a fatti a cui non può applicarsi e mai è stata applicata**.

Un bel rompicapo, comprendere quali possano essere le conseguenze di una simile *aberratio*. Possiamo degradare il dispositivo della Corte a mera indicazione interpretativa costituzionalmente orientata, confermativa dell'esegesi appunto prevalente? Oppure siamo costretti a prendere sul serio la dichiarazione di incostituzionalità, e dunque a ritenere che la fattispecie di «eugenetica» costituisce, in realtà, una fattispecie autonoma di reato? (pur essendo qualificata espressamente dallo stesso art.13, co.4 come circostanza, privilegiata nel bilanciamento con le attenuanti, e non potendosi ricostruire l'indefinito, correlato aumento di pena se non con riferimento all'art.63, co.1, c.p., in materia appunto di *accidentalità delicti*!). O, ancora, si può immaginare che la fattispecie riformulata sia circostanziale, sì, ma non necessariamente speciale rispetto a quella del 1° co.,

dunque non necessariamente composta da un requisito di sperimentaltà? (ma è un vincolo logico-sistematico, quello che ci porta a dire che la fattispecie circostanziale è unilateralmente speciale rispetto a quella base cui accede). Oppure, la Corte legittimerebbe un'interpretazione ben più che estensiva dell'art.13, 1° co, in virtù della quale nel concetto di sperimentazione sull'embrione rientrerebbero anche condotte consistenti soltanto nello scegliere alcuni embrioni a discapito di altri? (ipotesi che pare tuttavia preclusa dal principio di tassatività della fattispecie penale). O, infine, vi sono spazi per una sintesi, asserendo che la dichiarazione di incostituzionalità riguarda soltanto alcune possibili, e particolari, applicazioni della selezione preimpianto, che possano ritenersi per qualche peculiare ragione di carattere sperimentale?

Qualunque sia il percorso ermeneutico da prescegliere, vi è una sicura implicazione positiva di questa decisione, che bisognerebbe riuscire a valorizzare. Essa lascia intendere, *a contrario*, che qualsiasi selezione embrionale non orientata a quei fini medico-preventivi eccezionalmente dichiarati leciti deve ritenersi, per ciò solo, criminosa (in quanto forma di "eugenetica"). **Una chiusura a qualsivoglia altra ipotesi di procreazione selettiva** (ad es. per ottenere un figlio corrispondente a canoni estetici prediletti, o per selezionarne il sesso, ecc.) che pure poteva trovare (stretti) pertugi in cui inserirsi e persino affermarsi, in certi vuoti normativi non colmati dalla sent. n.96/2015 della Corte cost.^[3]

3. Non meno problematico appare, nella sent.229/2015, il rigetto della questione di costituzionalità relativa all'embrionicidio.

In primo luogo, se la Corte intende così confermare, una volta di più, come unico destino possibile degli embrioni soprannumerari sia la crioconservazione, continuiamo a **non capire perché anche in questa occasione non abbia esteso il suo sindacato al reato di crioconservazione, dichiarandolo incostituzionale nella parte in cui appare applicabile alla ipotesi in considerazione.** Non basta far riferimento all'art.14, co.3., l.40/2004, norma che - anche dopo la modifica introdotta con la sent. 151/2009 - eccezionalmente consente la conservazione in azoto liquido soltanto ove sopraggiunga una impossibilità del trasferimento in utero imprevedibile al momento della fecondazione; tale non è, infatti, la grave patologia ereditaria, così tanto prevedibile e prevista da costituire il presupposto e il motivo per l'accesso alla procreazione medicalmente assistita con richiesta di diagnosi preimpianto ^[4].

In secondo luogo, urge precisare che, adesso, il giudice *a quo* non sarà costretto a condannare i medici imputati per il reato di cui agli artt.416 c.p. e 14, 1° co., l.40/2004, a meno che non abbiano soppresso gli zigoti con condotta attiva. **Lasciar deperire l'embrione nel suo liquido di coltura, riteniamo, non costituisce embrionicidio per omissione**, non essendo previsto in alcuna norma un obbligo, a carico del sanitario, di impedire un tale esito, rilevante ex art.40, ult.co., c.p. (anzi, le condotte necessarie a preservare la vita embrionale, come appunto la crioconservazione, sono qualificate in linea di principio come criminose dall'art.14, co.1; ed anche il già cit. art.14, co.3, prevede in casi eccezionali la crioconservazione come facoltà, non come obbligo). Per analoghe ragioni, in Germania, il BGH, con decisione del 6 luglio 2010, ha escluso che il medico possa realizzare, mediante omissione, il reato di cui al § 2 Abs. 1 *Embryonenschutzgesetz* del 13/12/1990 (ESchG) - una legge che pure enfatizza notevolmente la "dignità" del concepito ^[5].

Quanto alla motivazione di questa mancata dichiarazione di incostituzionalità, è rimarchevole come la Corte - in un passaggio sin troppo frettoloso, vista la gravità del tema - **sembri estendere all'embrione in vitro, soprannumerario e malato, dunque assai ragionevolmente destinato a non essere mai impiantato, lo stesso statuto riconosciuto al feto durante la gravidanza dalle**

sentenze in materia di interruzione volontaria di gravidanza, e desumibile dall'art.2 Cost. (in qualche misura un'opzione del genere emergeva già dalla sentenza 151/2009). Uno statuto che, da un lato, rende ragionevole, o comunque insindacabile, la scelta del legislatore di salvaguardare penalmente quella entità; dall'altro lato, vista la vaghezza dei suoi contenuti e della *ratio* (l'art.2 Cost. tutela già di per sé un bene dall'incerta portata - la dignità - e oltretutto in rapporto a persone, mentre l'embrione persona non è considerato dalla stessa Corte, che altrimenti non avrebbe potuto in più occasioni tanto relativizzarne la tutela), consente e consentirà al giudice delle leggi di farsi pienamente padrone di ogni futuro bilanciamento «in caso di conflitto con altri interessi di pari rilievo costituzionale (come il diritto alla salute della donna)».

Ebbene, sappiamo che **incombe, all'orizzonte, una prossima decisione, relativa al divieto penale di c.d. clonazione terapeutica** (art.13, co.3, lett. c), in cui per la prima volta si tratterà di contemperare la tutela dell'embrione (ed esattamente dell'embrione soprannumerario malato, che i generanti vogliono destinare alla scienza) non più con la salute della donna, bensì con la libertà di ricerca e l'interesse collettivo alla ricerca orientata all'evoluzione medica: art.9, 32, 33 Cost.^[6] Nessun pronostico, a questo punto, è consentito. Nessuna soluzione, su queste premesse, sarà falsificabile.

Ci permettiamo almeno di obiettare, sommessamente, che davvero **non possono avere il medesimo rilievo costituzionale l'embrione** in quanto tale, quale entità conservata tendenzialmente *sine die fuori dal corpo materno*, e priva d'ogni ragionevole speranza d'essere impiantata e svilupparsi, ed invece **il concepito «parte» di un reale progetto procreativo**, e in specie impiantato nell'utero materno. **Solo nel secondo caso** entra in gioco, infatti, anche e soprattutto **il rilievo costituzionale della maternità** (art.31, 2° co., Cost.)^[7].

[1] Trib.Napoli, ord.3/4/2014.

[2] Per precisazioni, e rinvii: A.Vallini, *Ardita la rotta o incerta la geografia? La disapplicazione della legge 40/2004 "in esecuzione" di un giudicato della Corte EDU in tema di diagnosi preimpianto*, [in questa Rivista](#), 16 dicembre 2013, 4 ss.. In giurisprudenza vedi Trib. Cagliari, 22/9/2007, in *Guida dir.*, 2007, n. 46, 59; Trib. Firenze, ord. 17/12/2007, in *Foro it.*, 2008, 2, col. 627; Trib. Bologna, ord. 29/6/2009, in [www.altalex.com](#); Trib.Salerno, 9-13/1/2010, in *Fam. e dir.*, 2010, 476, note M.Segni; S.La Rosa; Trib.Cagliari, ord. 9/12/012, in *Corr.mer.*, 2013, 429, nota A.Vallini

[3]E che già segnalavamo in A.Vallini, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino, 2012, 307 ss.

[4] A.Vallini, *Illecito*, cit., 231 ss., 241 s

[5]A.Vallini, *Illecito*, cit., 223 ss., nonché Id., *La diagnosi preimpianto e' un diritto*, in *Corr.mer.*, 2013, 435 s., replicando alle osservazioni di L.Eusebi, *op. ult. cit.*, 862. Quanto alla vicenda tedesca: Günther, §2, in H.L.Günther - J.Taupitz - P.Kaiser, *Embryonenschutzgesetz*, Stuttgart, 2008, 220

[6]Trib. Firenze, n. 4942 del 7/12/2012. Il giudice *a quo* denuncia l'irragionevolezza di una norma che neppure prova a impostare un bilanciamento tra interessi contrapposti, mortificando radicalmente il valore della ricerca scientifica nel perseguimento di una tutela "sacrale" di qualsiasi embrione, anche di quello il cui uso a fini procreativi appaia ormai del tutto implausibile o impraticabile. Sulla questione, dalle molte e complicate sfumature, rinviando ancora ad A.Vallini, *Illecito concepimento*, cit., 271 ss. L'ordinanza ha ad oggetto anche l'art. 6, ult.co., L.40/2004, che si

suppone in contrasto con gli artt.2, 13, 32 Cost., nella misura in cui sembrerebbe delineare una sorta di obbligo di prosecuzione del protocollo di pma, una volta avvenuta la fecondazione, e dunque inibire qualsiasi altro impiego dell'embrione da parte dei generanti. Si veda, su un caso non dissimile, [«Parrillo c. Italia» della Corte Edu, del 27 agosto 2015 \(in questa Rivista con nota di V. Tigano, *Divieto di sperimentazione sugli embrioni umani e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 30 settembre 2015\).](#)

[7] Ben più ampi sviluppi in A.Vallini, *Illecito concepimento*,