

**DE DIGNITATE NON DISPUTANDUM EST?
LA DECISIONE DELLA CONSULTA SUI DIVIETI DI SPERIMENTAZIONE
SUGLI EMBRIONI E DI REVOCA DEL CONSENSO ALLA PMA**

[Corte Costituzionale, 13 aprile 2016, n. 84](#)

di Vincenzo Tigano

Abstract. Dopo una serie di importanti pronunce con cui la Corte costituzionale ha proceduto a un sostanziale restyling giurisprudenziale della legge n. 40/2004, la sentenza n. 84 del 13 aprile 2016 rappresenta la prima importante battuta d'arresto dei Giudici costituzionali in materia, poiché con essa è stata dichiarata l'inammissibilità delle questioni di legittimità sollevate rispetto all'art. 6, comma 3 (divieto di revoca del consenso dei ricorrenti alla PMA, una volta avvenuta la formazione dell'embrione), e all'art. 13 (divieto di sperimentazione sugli embrioni umani). Soprattutto il salvataggio di quest'ultima disposizione, attraverso cui il legislatore ha tutelato in modo assoluto gli embrioni – anche quelli affetti da patologie e, quindi, non più utilizzabili per i trattamenti – senza contemperare in alcun modo le esigenze della ricerca scientifica, è al centro dell'analisi condotta in questo contributo. Lo scopo ultimo è fare luce sul concetto di “dignità dell'embrione”, bene giuridico tutelato dal delitto di sperimentazione e al contempo pericoloso tabù in grado di paralizzare il doveroso sindacato di ragionevolezza riservato alla Corte.

SOMMARIO: 1. Le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tribunale di Firenze. – 2. La declaratoria di inammissibilità della questione relativa all'art. 6, comma 3. – 3. La declaratoria di inammissibilità della questione relativa all'art. 13. – 3.1. Brevi riflessioni circa l'utilizzo dell'espedito argomentativo della dignità dell'embrione. – 3.1.1. Dignità individuale vs. dignità collettiva. – 3.1.2. La dignità della vita dell'embrione. – 3.1.3. La “tirannia della dignità”. – 3.2. L'argomento basato sul principio di separazione dei poteri. – 4. Conclusioni.

1. Le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tribunale di Firenze.

Dopo due anni costellati da una serie di sentenze attraverso cui la Corte costituzionale ha rimosso alcuni dei limiti legislativamente posti ai diritti in materia di procreazione medicalmente assistita (PMA), il 22 marzo 2016 – con deposito delle motivazioni avvenuto il successivo 13 aprile – la Consulta si è nuovamente pronunciata sulla legge n. 40 del 19 febbraio 2004. In questo caso, lo scrutinio della Corte si è appuntato sulla legittimità costituzionale dell'art. 13, in cui è previsto il divieto di

sperimentazione sugli embrioni umani¹, e dell'art. 6, comma 3, nella parte in cui è stabilito il principio dell'irrevocabilità al consenso alla sottoposizione alla PMA, una volta avvenuta la fecondazione dell'ovocita².

La questione è sorta a seguito di un ricorso d'urgenza *ex art.* 700 c.p.c., proposto al Tribunale di Firenze da una coppia di coniugi che, sottopostisi a diversi cicli di PMA presso il centro di riproduzione Demetra S.r.l., avanzavano due formali istanze al Giudice di merito: ordinare al centro la consegna di nove embrioni prodotti *in vitro* e crioconservati – per consentire loro di destinarli alla ricerca scientifica –, di cui cinque risultavano affetti da esostosi, mentre i restanti quattro non erano sottoponibili a

¹ Art. 13 “Sperimentazione sugli embrioni umani”.

«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;

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.

4. La violazione dei divieti di cui al comma 1 è punita con la reclusione da due a sei anni e con la multa da 50.000 a 150.000 euro. In caso di violazione di uno dei divieti di cui al comma 3 la pena è aumentata. Le circostanze attenuanti concorrenti con le circostanze aggravanti previste dal comma 3 non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste.

5. È disposta la sospensione da uno a tre anni dall’esercizio professionale nei confronti dell’esercente una professione sanitaria condannato per uno degli illeciti di cui al presente articolo».

Nonostante la Corte abbia ritenuto che la questione sollevata avesse ad oggetto esclusivamente i primi tre commi dell’art. 13 – così rigettando l’eccezione di inammissibilità proposta dall’Avvocatura di stato, secondo cui le questioni sarebbero state «formulate in modo incerto ed alternativo, non chiarendo il giudice a quo se il contrasto con gli artt. 32 e 33, primo comma, Cost. avrebbe dovuto portare alla caducazione dell’intero art. 13 della predetta legge n. 40 del 2004, ovvero unicamente dei soli primi tre commi» –, non può dubitarsi che la richiesta fosse finalizzata anche alla declaratoria di incostituzionalità dei commi 4 e 5, in cui sono formulate le clausole sanzionatorie dell’inosservanza dei divieti previsti ai commi precedenti. L’eccezione di inammissibilità, piuttosto, avrebbe dovuto essere avanzata rispetto alla questione di legittimità avente ad oggetto il comma 3, in cui sono previste le circostanze aggravanti del delitto di sperimentazione: il ricorso, infatti, non contiene motivi specificamente attinenti all’incostituzionalità di tale disposizione. Sui rapporti problematici tra la fattispecie-base di cui all’art. 13, comma 1, e le fattispecie circostanziate di cui al comma 3, si consenta il rinvio a V. TIGANO, *Tutela della dignità umana e illecita produzione di embrioni per fini di ricerca*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, p. 1762 ss.

² Art. 6, comma 3: «La volontà di entrambi i soggetti di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è espressa per iscritto congiuntamente al medico responsabile della struttura, secondo modalità definite con decreto dei Ministri della giustizia e della salute, adottato ai sensi dell’articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge. Tra la manifestazione della volontà e l’applicazione della tecnica deve intercorrere un termine non inferiore a sette giorni. La volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma fino al momento della fecondazione dell’ovulo».

biopsia per ragioni tecniche (la donna, dopo un iniziale rifiuto, aveva infine accettato il trasferimento in utero dell'ultimo dei dieci embrioni prodotti, in quanto sano, sebbene «di media qualità»); dichiarare la validità del rifiuto della donna di procedere al trasferimento in utero di tali embrioni. In subordine, i ricorrenti chiedevano al Giudice di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 della legge 40 per contrasto con gli artt. 9, 32 e 33 della Costituzione, e dell'art. 6, comma 3, per contrasto con gli artt. 2, 13 e 32 Cost.

Va rilevato, in proposito, che il comma 4 dell'art. 13 punisce la violazione del divieto di sperimentazione sugli embrioni con la reclusione da due a sei anni e con la multa da 50.000 a 150.000 euro. Invece, la revoca del consenso successivamente al trasferimento dell'embrione, in violazione dell'art. 6, comma 3, non è sanzionata in alcun modo.

Il Tribunale di Firenze, disponendo la sospensione del procedimento cautelare in corso, ha accolto la richiesta dei ricorrenti, sottoponendo le questioni al vaglio della Corte costituzionale con ordinanza n. 166 del 7 dicembre 2012.

Rispetto al divieto di sperimentazione sugli embrioni umani, stabilito al primo comma dell'art. 13, il Giudice rimettente aveva riscontrato la non manifesta infondatezza della questione relativa al contrasto della disposizione con gli artt. 9 e 33 della Costituzione, che salvaguardano la libertà della ricerca scientifica, e con l'art. 32, che tutela il diritto alla salute individuale e collettiva, strettamente collegato agli esiti terapeutici della ricerca sulle cellule staminali embrionali. In tal senso, il Tribunale aveva ritenuto irragionevole la scelta legislativa di costruire il divieto in termini assoluti, tali da non consentire una distinzione tra embrioni sicuramente sani e destinati a un progetto procreativo, ed embrioni malati, non biopsabili, rifiutati o abbandonati, e pertanto destinati all'estinzione naturale *in vitro*³, in assenza di una precisa regolamentazione circa il loro utilizzo. L'opzione ermeneutica adottata dal Giudice *a quo* ed evidentemente suggerita alla Consulta per evitare il vuoto normativo che sarebbe derivato da un'eventuale pronuncia di incostituzionalità dell'intera disposizione censurata, era quella di chiarire «che l'assolutezza della tutela, che si traduce nell'inderogabilità della stessa [...], debba essere valutata "tenendo conto dell'impiego programmato o ragionevolmente prevedibile cui l'embrione è destinato", con la conseguenza che ove il medesimo fosse non più impiegabile a fini procreativi e quindi destinato a naturale e rapida "estinzione", esso potrebbe essere utilizzato, previo parere dei generanti, per altri impieghi "costituzionalmente rilevanti", come la ricerca scientifica bio-medica». Il Tribunale aveva inoltre sottolineato che la categoricità del divieto sarebbe discesa anche dalla mancanza di una definizione legislativa del concetto di "embrione"; omissione che non consentirebbe di apporre una formale distinzione – con conseguente riduzione del campo applicativo del divieto – tra il prodotto del concepimento nello stadio antecedente al terzo giorno dalla fecondazione, *discrimen* temporale in cui la scienza

³ Si veda L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008, p. 70, che, con riferimento a quest'ultima classe di embrioni, ha parlato di «esistenze in nuce destinate all'ibernazione perpetua».

ritiene che il patrimonio genetico del concepito acquisisca una propria individualità rispetto a quello dei genitori, e l'embrione *stricto sensu*, idealmente collocabile nella fase cronologica successiva⁴.

Rispetto al divieto di revoca del consenso alla PMA, stabilito al comma 3 dell'art. 6, era stata rilevata la non manifesta infondatezza della questione relativa al contrasto della disposizione con il diritto all'autodeterminazione e alla salute della donna ricorrente, *ex artt. 2, 13 e 32 Cost.*, giacché non è possibile obbligare alcun individuo a sottoporsi a trattamenti medici contro la sua volontà, salvo i casi di trattamenti sanitari obbligatori *ex lege* (TSO): ed, in effetti, la legge 40, pur vietando la revoca del consenso, non contempla alcun formale obbligo per la donna di subire il trasferimento in utero dell'embrione ormai creato *in vitro*⁵ né, come abbiamo visto, alcuna sanzione in caso di rifiuto della stessa.

2. La declaratoria di inammissibilità della questione relativa all'art. 6, comma 3.

A differenza delle ultime pronunce di accoglimento della Consulta, che hanno portato a un sostanziale *restyling* giurisprudenziale della legge n. 40/2004, stavolta il giudizio si è risolto in un nulla di fatto, avendo la Corte dichiarato l'inammissibilità delle questioni proposte.

Con riguardo alla questione di costituzionalità concernente l'art. 6, comma 3, il sindacato della Corte si è arrestato con la presa d'atto della mancanza di attualità del diritto azionato in giudizio, poiché «*la ricorrente, dopo avere, in un primo momento, dichiarato di non volersi sottoporre all'impianto in utero dell'unico embrione (tra i dieci prodotti) sicuramente non affetto da patologie, ha poi comunque accettato di portare a termine – e ciò ha fatto, sia pur con esito non positivo – il trattamento di PMA [...]. Né a diverso avviso si può pervenire, argomentando (come fa il rimettente) che “I ricorrenti intendono ripetere il ciclo di PMA, onde impellente è la risoluzione di ogni questione relativa alla manifestazione della volontà”, posto che tale intento, pro futuro, non vale a rendere “attuale” la questione della revoca del consenso nell'ambito del giudizio principale*».

Dall'esame dell'ordinanza di rimessione del Tribunale di Firenze, emerge che la Corte costituzionale è caduta in un equivoco di fondo: come infatti rilevato dal Giudice *a quo*, «*nel giudizio di merito si chiede di accertare la piena validità ed efficacia della revoca del consenso al trasferimento in utero degli embrioni soprannumerari malati o non biopsiabili*», e non certamente la legittimità del rifiuto, inizialmente opposto e poi revocato, al trasferimento dell'unico embrione sano, ma «*di media qualità*». Pare, quindi, che la Consulta abbia travisato i motivi concernenti la rilevanza della questione nel giudizio a

⁴ Sulle diverse accezioni del termine “embrione”, riconducibili agli studi della scienza medica si veda E. DOLCINI, *Embrione, pre-embrione, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, p. 470 ss.

⁵ Così S. CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, p. 417; A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino, 2012, p. 218 ss.

quo, ritenendo erroneamente che la richiesta relativa alla dichiarazione di validità della revoca del consenso concernesse il trasferimento dell'unico embrione sano o che, comunque, fosse esclusivamente strumentale a un eventuale futuro rifiuto di sottoposizione al trasferimento di embrioni prodotti in seguito a nuovi cicli di PMA.

In effetti, anche se la Corte avesse correttamente inteso che la richiesta della ricorrente aveva ad oggetto gli embrioni risultanti affetti da patologia genetica e quelli non sottoponibili a biopsia, sarebbe stata comunque prevedibile l'emissione di una sentenza di inammissibilità, poiché la questione si fonderebbe su un erroneo presupposto interpretativo.

Nel caso di rifiuto del trasferimento in utero degli embrioni malati, infatti, l'inapplicabilità dell'art. 6, comma 3, sembra ormai indiscutibile, soprattutto in seguito alle ultime sentenze costituzionali aventi ad oggetto la legge 40. La deroga alla norma trova fondamento nell'art. 6, comma 4, secondo cui «il medico responsabile della struttura può decidere di non procedere alla procreazione medicalmente assistita, esclusivamente per motivi di ordine medico-sanitario»; nell'art. 14, comma 3, che, disponendo l'obbligo dei medici di procedere al congelamento degli embrioni non trasferibili «per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione»⁶, potrebbe essere interpretato estensivamente in modo da ritenere che il trasferimento in utero dell'embrione, di cui sia stata accertata la condizione patologica, possa essere rifiutato dalla donna – oltre che dal medico – laddove sia passibile di cagionare un pregiudizio alla salute psico-fisica della stessa⁷; negli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, che, dopo l'intervento additivo della sentenza costituzionale n. 96 del 2015, consentono il ricorso alla PMA anche alle coppie fertili ma portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194⁸; nell'art. 13, comma 3,

⁶ Si ricordi che, in seguito alla sentenza costituzionale n. 151 dell'8 maggio 2009, l'art. 14, comma 3, dispone che il trasferimento degli embrioni crioconservati vada realizzato appena possibile, «senza pregiudizio della salute della donna». Si veda il commento di E. DOLCINI, *Embrioni nel numero "strettamente necessario": il bisturi della Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 951 ss., 959, che sottolinea i due principali effetti della sentenza additiva sulla disposizione: «le ragioni relative alla salute della donna che possono suggerire al medico di non trasferire alcuni embrioni possono essere anche ragioni non imprevedibili al momento della fecondazione; ragioni relative alla salute della donna potranno escludere anche definitivamente, a giudizio del medico, il trasferimento degli embrioni»; ID., *La legge sulla procreazione assistita dieci anni dopo: la metamorfosi continua*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, p. 1675

⁷ Sebbene l'art. 14, comma 3, faccia esplicito riferimento alla salute della donna e non a quella dell'embrione, l'evidente circostanza che eventuali patologie dello stesso possano incidere sulle condizioni fisiche e psichiche dell'aspirante madre, rende applicabile la disposizione anche nel caso di specie. Così E. DOLCINI, *Embrioni nel numero "strettamente necessario"*, cit., p. 962-963; O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Torino, 2009, p. 42-43, che opta per un'interpretazione ampia del concetto di "salute" della donna. Si ricordi, a tal proposito, che l'Organizzazione Mondiale della Sanità, nel Protocollo di costituzione del 22 luglio 1946, ha stabilito che la salute è «uno stato di completo benessere fisico, psichico e sociale, e non solo l'assenza di malattia o di infermità».

⁸ Corte cost., 5 giugno 2015, n. 96, con commento di 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](#), in questa Rivista, 3 giugno 2015 (il contributo è stato pubblicato con lo stesso titolo, ma in forma ampliata, anche su *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 1457 ss.); F. VIGANÒ, [La sentenza della Consulta sul divieto di accesso](#)

lettera b), che, a seguito della sentenza costituzionale n. 229 del 2015, non vieta più la selezione degli embrioni esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto in utero di quelli affetti da malattie genetiche trasmissibili in base ai criteri della legge n. 194/1978⁹.

Una soluzione interpretativa finalizzata a concludere per l'attuale inapplicabilità dell'art. 6, comma 3, anche alla diversa ipotesi di rifiuto di sottoposizione alla procedura di trasferimento in utero degli embrioni non sottoponibili a biopsia, sarebbe meno agevole ma comunque percorribile. In questo caso, un'eventuale deroga all'art. 6, comma 3, troverebbe un primo fondamento normativo nel quinto comma dell'art. 14, secondo cui «*I soggetti di cui all'articolo 5 sono informati sul numero e, su loro richiesta, sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell'utero*», da leggersi in combinato disposto con l'art. 6, comma 1, che prevede un generale obbligo informativo a carico del medico, funzionale alla prestazione del consenso dei soggetti ricorrenti, «*in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*»¹⁰: di modo che l'assenza di informazioni sullo stato di salute degli embrioni prodotti legittimerebbe la donna a rifiutarsi di acconsentire al loro trasferimento in utero. Un ulteriore fondamento normativo della derogabilità dell'art. 6, comma 3, risiederebbe, anche stavolta, nei predetti artt. 6, comma 4, e 14, comma 3: la sospensione dei trattamenti, con conseguente congelamento degli embrioni prodotti, dovrebbe aversi anche nei casi in cui il trasferimento di un embrione, le cui condizioni di salute siano rimaste ignote a causa di una sopravvenuta, previamente imprevedibile e permanente impossibilità di procedere alla biopsia, possa pregiudicare la serenità della gravidanza e quindi la salute psichica, ed eventualmente fisica, della donna.

Alle suddette conclusioni si potrebbe arrivare anche perseguendo esigenze di coerenza sistematica dell'ordinamento: ed infatti, sarebbe contraddittorio imporre alla donna il trasferimento di un embrione, per poi autorizzarla in un secondo momento a interrompere la gravidanza in base alle disposizioni della legge n. 194 del 1978¹¹. Senza trascurare che, a partire dalla storica sentenza costituzionale n. 27 del 1975¹², con un assunto recepito anche dalle recenti pronunce della Corte sulla legge 40, nel giudizio di bilanciamento dei beni giuridici coinvolti nella PMA, il diritto alla salute,

[alla fecondazione assistita per coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili \(e una chiosa finale sulla questione della diretta applicazione della CEDU\)](#), in questa Rivista, 8 giugno 2015.

⁹ Corte cost., 11 novembre 2015 n. 229, con commento di A. VALLINI, [Ancora sulla selezione preimpianto: incostituzionale la fattispecie di selezione embrionale per finalità eugenetiche, ma non quella di embrionicidio](#), in questa Rivista, 21 dicembre 2015; ID., *Gli ultimi fantasmi della legge '40: incostituzionale il (supposto) reato di selezione preimpianto*, in *Dir. pen. e proc.*, 2016, p. 62 ss.

¹⁰ In generale, anche fuori dall'ipotesi specifica della PMA, il consenso del paziente al trattamento medico deve essere manifestato al momento del perfezionamento del contratto con la struttura sanitaria operante gli interventi di PMA e perdurare in ogni fase della relazione terapeutica: cfr. Cass. civ., sez. III, 15.1.1997, n. 364. In dottrina, cfr. F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, 384 ss.

¹¹ Legge 22 maggio 1978, n. 194, "Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza".

¹² Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27.

all'autodeterminazione e alla dignità della donna deve prevalere sul diritto all'esistenza dell'embrione¹³.

Salve le opzioni ermeneutiche appena indicate, sarebbe stato comunque preferibile che la Consulta, una volta valutata correttamente l'attualità del diritto a ricorrere, desse finalmente un'interpretazione chiarificatrice dell'art. 6, comma 3, in conformità agli artt. 13 e 32, comma 2, della Costituzione¹⁴, così da affermare, una volta per tutte, l'inesistenza di un obbligo giuridico di trasferimento dell'embrione. Accogliendo l'opinione di autorevole dottrina civilistica¹⁵, si potrebbe infatti ritenere che il divieto di revoca del consenso, lungi dal collidere con la libertà morale e con la salute psico-fisica della donna ricorrente, non imponga alcun trattamento sanitario non voluto, ma si limiti soltanto a produrre effetti vincolanti sull'assunzione di genitorialità della coppia ricorrente alla PMA, soprattutto nei casi di fecondazione eterologa, in cui sarebbe teoricamente più facile un mutamento della volontà del genitore biologicamente estraneo all'embrione. La norma andrebbe così a garantire la tenuta applicativa dell'art. 8 della legge 40, che attribuisce la potestà genitoriale alla coppia che abbia manifestato il proprio consenso a ricorrere alla PMA (con espresso rinvio all'art. 6), e dei commi 1 e 2 dell'art. 9: il primo vieta al *partner* consenziente della ricorrente a una PMA eterologa di esercitare l'azione di disconoscimento di paternità; il secondo impedisce alla stessa donna sottopostasi – evidentemente manifestando il suo consenso – all'intervento procreativo di dichiarare la volontà di non essere nominata ai sensi dell'articolo 30, comma 1, del regolamento di cui al d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396. In base a questa interpretazione, l'art. 6, comma 3, perderebbe ogni alone di

¹³ Cfr. S. CANESTRARI – F. FAENZA, *Il principio di ragionevolezza nella regolamentazione biogiuridica: la prospettiva del diritto penale*, in *Criminalia*, 2008, p. 90, secondo cui «la legge sulla procreazione medicalmente assistita non rispecchia lo standard di ragionevolezza posto alla base di una consolidata giurisprudenza costituzionale, nonché della disciplina legale vigente in materia di interruzione volontaria di gravidanza».

¹⁴ Si ricordi che il consenso informato del paziente al trattamento medico, in generale, trova il suo fondamento costituzionale negli artt. 13 e 32 della Costituzione: cfr. Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438; Cass. pen., Sez. Un., 21 gennaio 2009, n. 2437; Cass., pen., Sez. IV, 11 luglio 2001, n. 35822. In dottrina, cfr., in generale, F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974, p. 202-203; F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico*, cit., p. 379; G. AZZALI, *Trattamento sanitario e consenso informato*, in *Ind. pen.*, 2002, p. 926; F. VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, p. 176; ID., *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1811 ss., 1825, in cui l'A., in tal senso, valorizza la «prospettiva della salute come diritto di libertà, inteso come diritto a non subire prestazioni sanitarie contro la propria volontà, salva una disposizione di legge autorizzativa del trattamento obbligatorio, e comunque entro il limite sostanziale del rispetto della persona». Nello specifico, con riguardo alla sottoposizione alla PMA, le medesime implicazioni costituzionali sono state sottolineate da S. CANESTRARI, *Procreazione assistita*, ult. loc. cit.; L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, cit., p. 18-19, 49; A. VALLINI, *Illecito concepimento*, cit., p. 219.

¹⁵ Così L. ROSSI CARLEO, *Le informazioni per il consenso alla procreazione assistita*, in *Famiglia*, 2004, p. 706 ss., 714 ss.; F. GAZZONI, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Il dir. di fam. e delle pers.*, 2005, p. 176; L. BOZZI, *Il consenso al trattamento di fecondazione assistita tra autodeterminazione procreativa e responsabilità genitoriale*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, p. 241 ss.; U. SALANITRO, *Principi e regole, contrasti e silenzi: gli equilibri legislativi e gli interventi giudiziari in tema di procreazione assistita*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2010, p. 86.

incostituzionalità legato alla presunta imposizione della gestazione, ma svelerebbe una razionale funzione di salvaguardia della certezza dello stato civile del nascituro. Ciò significa che qualunque donna, una volta che venga creato l’embrione in provetta, potrebbe anche rifiutare il suo trasferimento in utero; ma se invece vi acconsenta, vincolerebbe se stessa e il suo partner – che a sua volta abbia manifestato la sua volontà – ad acquisire lo *status* genitoriale nei confronti del bambino, una volta nato, senza possibilità di ricorrere ai generali rimedi civilistici che consentono la rinuncia alla maternità o alla paternità.

3. La declaratoria di inammissibilità della questione relativa all’art. 13.

Anche la questione di legittimità costituzionale dell’art. 13 per contrasto con gli artt. 9, 32 e 33 della Costituzione, è stata risolta con una pronuncia di inammissibilità. La Consulta si è dichiaratamente voluta astenere dall’effettuare un bilanciamento tra la dignità della vita dell’embrione e la libertà della ricerca scientifica, nell’ambito del sindacato di ragionevolezza a sé riservato¹⁶, in quanto «la linea di composizione tra gli

¹⁶ È un fatto noto che la Corte, accantonata l’originaria veste “triadica” del principio di ragionevolezza – con cui il Giudice delle Leggi è stato solito censurare la violazione dell’art. 3 della Costituzione da parte di una disposizione incriminatrice che, confrontata con un’altra norma, risultasse connotata da un trattamento punitivo discriminatorio –, ha fatto ricorso ad esso come strumento per sindacare le opzioni contenutistiche compiute dal legislatore penale, sul piano del bilanciamento tra i beni giuridici coinvolti nelle scelte di incriminazione. A evidenziare l’evoluzione della funzione svolta dal principio di ragionevolezza, si veda L. PALADIN, *Esiste un «principio di ragionevolezza» nella giurisprudenza della costituzionale?*, in AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994, p. 164, secondo cui «il sindacato di ragionevolezza non è più strettamente collegato al solo principio costituzionale di eguaglianza, sancito dall’art. 3, primo comma, della Costituzione. Vengono in rilievo, per esempio, le più varie necessità di bilanciamento e di valutazione della legittimità costituzionale dei limiti legislativamente imposti ai più vari diritti fondamentali», nonché G. ZAGREBELSKY, *Su tre aspetti della ragionevolezza*, *ivi*, p. 180 ss., il quale mette in luce l’aspetto della ragionevolezza/eguaglianza – collegata, sebbene solo formalmente, allo schema trilaterale – e gli aspetti della ragionevolezza/razionalità e della ragionevolezza/giustizia, legati a valutazioni sul contenuto o sulla forma della norma. Tra gli Autori che esaltano l’emancipazione del giudizio di ragionevolezza dal modello ternario, si veda C. ROSSANO, *«Ragionevolezza e fattispecie di eguaglianza»*, *ivi*, p. 171; nonché A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, p. 118, secondo cui le «forme atipiche» del giudizio fondato sull’art. 3, primo comma, della Costituzione, frequentemente rinvenibili nella giurisprudenza costituzionale, «confermano come il sindacato di ragionevolezza, lungi dall’identificarsi con il giudizio ternario di eguaglianza, ha una propria autonomia e concettuale e pratica». Nella dottrina penalistica, si veda A.M. MAUGERI, *I reati di sospetto dopo la pronuncia della Corte Costituzionale n. 370 del 1996: alcuni spunti di riflessione sul principio di ragionevolezza, di proporzione e di tassatività*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p. 460 ss., nonché O. DI GIOVINE, *Sul cd. principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale in materia penale. «A proposito del rifiuto totale di prestare il servizio militare»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 178; ID., *Il sindacato di ragionevolezza della Corte Costituzionale in un caso facile. A proposito della sentenza n. 394 del 2006, sui “falsi elettorali”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 115 ss; 118; nonché V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, p. 218 ss.; 223, secondo cui «il giudizio di ragionevolezza sulle opzioni incriminatrici ha progressivamente ampliato il diaframma valutativo fino a focalizzarsi sulle stesse

opposti interessi, che si rinviene nelle disposizioni censurate, attiene all'area degli interventi, con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale» (§ 11).

Prima di arrivare a questa conclusione, la Corte ha richiamato le precedenti sentenze n. 151/2009 e n. 229/2015 per sottolineare come, caducato l'obbligo di creare un numero massimo di tre embrioni e di impiantarli tutti contemporaneamente, e venuta meno la rilevanza penale della selezione degli embrioni affetti da patologia genetica, è divenuta normale la presenza, e il correlativo congelamento, degli embrioni soprannumerari, senza che, per questo, debbano venire meno gli altri divieti posti dalla legge 40 a tutela dell'embrione (come il divieto di soppressione, alla stregua di quanto evidenziato dalle suindicate pronunce, o di sperimentazione, nel caso di specie).

Richiamandosi esplicitamente alla sentenza emessa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Parrillo c. Italia*¹⁷, la Consulta ha poi affermato, da un lato, che tali embrioni non devono considerarsi alla stregua di mere *res*; dall'altro, che allo Stato italiano va riconosciuto un ampio margine di apprezzamento nella scelta di limitare il diritto dei genitori di decidere il destino degli embrioni residuati da tecniche di PMA. Per questo motivo, la Corte ha ritenuto di non detenere il potere di apporre una distinzione funzionale tra embrioni da salvaguardare ed embrioni da destinare alla ricerca, a seconda dell'uso che il medico preveda di farne nel processo di PMA, poiché una tale scelta potrebbe rientrare soltanto nella discrezionalità del legislatore.

Appare insolito che la Consulta si sia richiamata così fedelmente agli esiti della sentenza della Corte di Strasburgo (§ 9)¹⁸, dato che il tribunale di Firenze non aveva indicato l'art. 117 della Costituzione come parametro di illegittimità dell'art. 13 della

scelte di valore della norma esaminata, liberandosi in sostanza dal modello triadico originario – paradigmatico della ragionevolezza-uguaglianza (art. 3 Cost.) – per attingere a diversi e ulteriori parametri di confronto desumibili dal tracciato costituzionale». Sul collegamento tra principio di ragionevolezza e ambito biogiuridico, si vedano S. CANESTRARI – F. FAENZA, *Il principio di ragionevolezza*, cit., p. 73 ss. In senso velatamente critico sul criterio dell'intrinseca meritevolezza dell'interesse tutelato, sulla base del quale fondare il giudizio di ragionevolezza in senso "assoluto", si veda F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, p. 379 ss; l'A. rileva che detto criterio «si presenta sostanzialmente vuoto di contenuto se non vengono identificati i parametri alla cui stregua decidere della meritevolezza, appunto, dell'interesse. Con la conseguenza che quest'ultimo ora in esame si pone come il canone a più alto tasso di politicità».

¹⁷ Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, sent. 27 agosto 2015, *Parrillo c. Italia*, ric. n. 46470/11, con nota di V. TIGANO, [Divieto di sperimentazione sugli embrioni umani e Convenzione europea dei diritti dell'uomo](#), in *questa Rivista*, 30 settembre 2015.

¹⁸ Ma non senza qualche travisamento: la Consulta ha infatti ritenuto che la Corte di Strasburgo abbia escluso la violazione dell'art. 8 della CEDU «sul rilievo che il diritto, invocato dalla ricorrente, di donare gli embrioni (da lei prodotti) alla ricerca scientifica non trova copertura in quella disposizione, in quanto non riguarda un aspetto particolarmente importante dell'esistenza e della identità della ricorrente medesima», mentre invece i Giudici europei avevano affermato a chiare lettere che il diritto della signora Parrillo di decidere il destino degli embrioni prodotti con i suoi ovociti fosse inquadrabile nell'art. 8 della Convenzione (§ 149 ss., 159), concludendo poi per la non violazione della disposizione a causa dell'ampio margine di apprezzamento spettante allo Stato italiano e della ritenuta necessità della limitazione legislativa.

legge 40¹⁹e che pertanto il sindacato della nostra Corte avrebbe dovuto essere esercitato avendo riguardo esclusivamente ai valori costituzionali “interni”. E, in ogni caso, il procedimento argomentativo adottato nella sentenza *Parrillo* non avrebbero potuto condizionare in modo consistente l’esegesi compiuta dal nostro Giudice delle leggi²⁰, dato che, pur essendo identica la disposizione legislativa censurata nei due casi, i beni giuridici oggetto del giudizio di bilanciamento a cui la Consulta è stata chiamata (la dignità dell’embrione, come bene tutelato dal precetto censurato, e la libertà della ricerca scientifica, come interesse confliggente con il primo) sono sostanzialmente differenti dai diritti convenzionali che erano stati oggetto del sindacato della Corte di Strasburgo (la vita privata dei genitori, come diritto limitato dalla normativa nazionale²¹, e i diritti dei consociati, come interessi che rendono necessaria l’apposizione del predetto limite da parte dello Stato²², in base all’art. 8, par. 2, CEDU).

La Consulta, invece, facendosi forte del margine di apprezzamento riconosciuto allo Stato italiano dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, ha rimarcato l’intangibilità della scelta legislativa di tutelare esclusivamente la dignità dell’embrione, a scapito della libertà della ricerca scientifica, ed ha dichiarato la propria incapacità di bilanciare i beni in gioco, limitandosi ad elencare in modo acritico quelle che sono le argomentazioni che depongono a favore, o contro, la sperimentazione sugli embrioni: da una parte, la necessità di incanalare in un percorso solidaristico, utile alla ricerca scientifica e in ultima istanza alla salute degli esseri umani, gli embrioni comunque destinati a perire *in vitro* (§ 10.1.); dall’altra, la necessità di considerare l’embrione come

¹⁹ Come ormai pacificamente ammesso dalla giurisprudenza costituzionale a partire dalle sentenze n. 348 e 349 del 24 ottobre 2007, le norme CEDU, per come interpretate dai Giudici della Corte di Strasburgo, costituiscono norme interposte vincolanti per il rinvio mobile operato dall’art. 117 Cost.; tuttavia, prima di sollevare una questione di legittimità costituzionale della disposizione nazionale per contrasto con il suddetto parametro costituzionale, è necessario che il giudice ordinario cerchi di interpretare la norma interna in conformità alla disposizione convenzionale.

²⁰ Come rilevato dalla stessa Corte costituzionale con la sentenza del 24 ottobre 2007, n. 349, «*in taluni casi, questa Corte, nel fare riferimento a norme della CEDU, ha svolto argomentazioni espressive di un’interpretazione conforme alla Convenzione (sentenze n. 376 del 2000 e n. 310 del 1996), ovvero ha richiamato dette norme, e la ratio ad esse sottesa, a conforto dell’esegesi accolta (sentenze n. 299 del 2005 e n. 29 del 2003), avvalorandola anche in considerazione della sua conformità con i “valori espressi” dalla Convenzione, “secondo l’interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo» (sentenze n. 299 del 2005; n. 299 del 1998), nonché sottolineando come un diritto garantito da norme costituzionali sia «protetto anche dall’art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti [...] come applicato dalla giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo» (sentenza n. 154 del 2004)» (§ 6.1.1).*

²¹ Il 28 maggio 2013 la seconda sezione della Corte EDU dichiarò inammissibile la questione sollevata da Adele Parrillo rispetto alla violazione della libertà di espressione, di cui la libertà della ricerca scientifica costituisce un aspetto fondamentale, per incompatibilità *ratione personae* con la Convenzione (art. 35, para. 3 e 4, CEDU), poiché avrebbero dovuto essere i ricercatori - unici titolari del diritto di espressione, nel caso di specie - a ricorrere dinanzi ai Giudici di Strasburgo lamentando la violazione dell’art. 10 CEDU da parte della normativa italiana. La Corte rinviò poi l’esame degli altri motivi di ricorso, basati sugli articoli 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione e 8 della Convenzione, alla *Grande Chambre*.

²² Difatti, la Corte EDU ha contemplato l’embrione non come titolare di un autonomo interesse che renda necessario il limite statale alla vita privata dei genitori, in base all’art. 8, par. 2, CEDU, bensì come riflesso della tutela da apprestare alle istanze morali, ai diritti e alla libertà dei consociati: sul punto, sia consentito il rinvio a V. TIGANO, *Divieto di sperimentazione sugli embrioni umani*, cit., § 3.

titolare di dignità umana fin dal momento della fecondazione dell'ovocita, e di cercare fonti alternative di approvvigionamento di cellule staminali (§ 10.2.).

3.1. Brevi riflessioni circa l'utilizzo dell'espedito argomentativo della dignità dell'embrione.

Dai passaggi della sentenza in cui viene valorizzato il diritto alla dignità dell'embrione come interesse tutelato dal divieto di sperimentazione, emergono due prese di posizione della Corte costituzionale, la prima di carattere formale, la seconda di carattere sostanziale.

Quella di tipo formale, che consiste nell'inquadramento della dignità dell'embrione nell'ambito dei diritti inviolabili dell'uomo garantiti dall'art. 2 della Costituzione, rappresenta una scelta abbastanza scontata, dato che già le ultime pronunce della Consulta sulla legge 40, sulla scia della storica sentenza costituzionale n. 27/1975²³, avevano "rivestito" la dignità dell'embrione, bene non espressamente menzionato nel testo costituzionale, con la vigorosa armatura dell'ampia clausola di tutela contenuta nell'art. 2²⁴. E, in effetti, è innegabile che i diritti dell'embrione possano rappresentare un esempio perfetto di interessi giuridici non espressamente menzionati nella Carta costituzionale in quanto, pur preesistenti a essa, sono stati resi visibili da modalità aggressive diffuse a seguito del progresso scientifico moderno²⁵: in tal senso, essi ben si prestano a essere ricondotti in via interpretativa ai diritti inviolabili tutelati dall'art. 2 Cost.

La presa di posizione sostanziale attiene, invece, alla concretizzazione del bene/valore della dignità in interessi giuridici di tipo tangibile, operazione ermeneutica resa necessaria dal rispetto del principio di offensività che deve fondare la formulazione delle fattispecie incriminatrici e orientarne l'applicazione²⁶, soprattutto

²³ «Ritiene la Corte che la tutela del concepito - che già viene in rilievo nel diritto civile (artt. 320, 339, 687 c.c.) - abbia fondamento costituzionale. L'art. 31, secondo comma, della Costituzione impone espressamente la "protezione della maternità" e, più in generale, l'art. 2 Cost. riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito».

²⁴ Una valorizzazione dell'art. 2 come base costituzionale per la tutela dei diritti della personalità era già stata sostenuta da F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, XIX, Torino, 1973, p. 16; conf. A. MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, Padova 1989, p. 63 ss.

²⁵ Cfr. W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt am Main, 1980, p. 132; conf. A. MANNA, *Beni della personalità*, cit., p. 58 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 168.

²⁶ Cfr. G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e 'post-secolarismo'*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 547, in cui l'A., dissertando sulla "dannosità sociale" come parametro utile per l'individuazione di beni giuridici penalmente rilevanti, afferma che «dannoso socialmente, e dunque incriminabile, sarebbe invece soltanto un comportamento che cagiona un provabile danno ad altri, ovvero, con formulazione concettuale sostanzialmente equivalente, un comportamento che lede beni giuridici concreti, cioè costituiti da entità tangibili, afferrabili» e prosegue dicendo che «suscettibili di subire un danno concreto, empiricamente accertabile con sufficiente precisione quale effetto causale di singole condotte criminose, sarebbero pur sempre i tradizionali beni giuridici individuali quali vita, integrità fisica, libertà personale e sessuale, patrimonio e pochissimi altri». Si veda anche M. DONINI, *"Danno" e "offesa" nella cd. tutela penale dei sentimenti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 1471 ss., 1474: «Da questo

rispetto alla tutela di quei presunti beni giuridici incarnati da sostrati valoriali talmente generici da rischiare di divenire dei *passe-partout* volti a giustificare ogni incriminazione «rispetto alla quale non si sia in grado di identificare quale oggetto di tutela un bene giuridico più specifico»²⁷.

3.1.1. Dignità individuale vs. dignità collettiva.

Soprattutto con riferimento ai temi bioetici – in cui la presenza di beni giuridici meritevoli di protezione si accompagna frequentemente ad istanze, a volte contrapposte, di tutela di sentimenti, valori o convinzioni etico-religiose dell'essere umano²⁸ – la dottrina si è spesso prodigata a delineare le diverse declinazioni concrete del valore della dignità: Dworkin scinde la dimensione della dignità nell'eguaglianza formale dell'individuo e nel suo diritto di autodeterminarsi sulle scelte attinenti alla propria vita²⁹; Lucia Riscato, accanto all'accezione di “dignità” come libertà morale, individua altre tre interpretazioni del concetto: “dignità” come uguaglianza, “dignità” come qualità dell'esistenza, “dignità” come «irripetibilità genetica e morale dell'essere umano»³⁰; Romeo Casabona ha introdotto una teoria quadripartita della dignità in bioetica, che la vede scomporsi nell'inalterabilità del patrimonio genetico umano, nell'unicità e irripetibilità di ciascun essere umano, nella dotazione genetica doppia del DNA, e nella stessa sopravvivenza del genere umano³¹. Con specifico riferimento alla questione della sperimentazione sugli embrioni, poi, Habermas ha fondato il rifiuto di tali pratiche sull'esigenza di tutelare la dignità umana in senso superindividuale, da intendersi come autocomprensione etica del genere umano³², così evitando di imputare direttamente tale bene giuridico in capo all'embrione e di soggiacere alle critiche di coloro che rifiutino di attribuire a quello uno *status* giuridico, soprattutto nelle prime fasi del suo sviluppo cellulare: così ragionando, l'embrione diventerebbe destinatario indiretto della tutela immediatamente attribuita all'intero genere umano. In Italia, questa “collettivizzazione” del bene giuridico della dignità umana è stata valorizzata da Donini, secondo cui «si assiste alla nascita di una nuova tipologia di beni giuridici

punto di vista, è legittima anche l'incriminazione di fatti che mettano in mero pericolo o che ledano beni immateriali come la libertà, l'onore e l'intangibilità sessuale, oppure condizioni di sicurezza della collettività e dei singoli, o la pace sociale. Occorre però che beni così apparentemente generici siano concretizzati in situazioni afferrabili e controllabili criticamente, anche in vista di una gestione giurisprudenziale non arbitraria». Sull'utilizzo di beni «vaghi» o «indeterminati» come mezzo di aggiramento del principio di offensività, si veda V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 79 ss.

²⁷ G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale*, cit., p. 558-559; ID., *Scelte di tutela in materia di fecondazione assistita e democrazia laica*, in *Leg. pen.*, 2005, p. 343.

²⁸ Lo rileva A. MANNA, *Il divieto di fecondazione medicalmente assistita di carattere eterologo e il cd. “paternalismo penale”*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, p. 1640 ss. che, in tal senso, evoca il rispetto del principio di laicità.

²⁹ R. DWORKIN, *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico*, Milano, 2006, p. 28 ss.

³⁰ L. RISCATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, cit., p. 67-68.

³¹ C.M. ROMEO CASABONA, *I reati relativi alle manipolazioni genetiche nel codice penale spagnolo del 1995*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 208.

³² J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Torino, 2002, p. 34 ss.

universali: la tutela del genere (umano) non già nei confronti di aggressioni “classiche” come i crimini di guerra o contro l’umanità, ma contro le potenzialità della tecnica di uso quotidiano»³³.

Tornando alla sentenza costituzionale oggetto del presente esame, notiamo che la Corte ha evitato di adottare espedienti interpretativi tesi a fondare il divieto di sperimentazione sugli embrioni umani sulla tutela della dignità dei consociati, così prendendo le distanze dall’accezione superindividuale dei “diritti altrui” – riferiti ai consociati, quindi, e non al singolo embrione – accolta della Corte di Strasburgo, nel citato caso *Parrillo c. Italia*, al fine di individuare i controinteressi che rendono necessaria l’ingerenza statale nella tutela del diritto alla vita privata del genitore che voglia decidere la sorte degli embrioni non impiantabili (art. 8, para. 2, CEDU). E, del resto, se si fosse rilevato che bene giuridico protetto del divieto dell’art. 13, comma 1, fosse la tutela della dignità morale del genere umano, sarebbe stato molto più arduo negarne il bilanciamento con la salvaguardia della salute pubblica, anch’essa diritto di carattere superindividuale, riconnesso al libero svolgimento della ricerca scientifica sulle cellule staminali per uso terapeutico.

La Consulta ha, dunque, adottato un approccio teleologico di tipo individualizzante, assumendo la dignità del singolo embrione come parametro di tutela del divieto oggetto di censura.

3.1.2. La dignità della vita dell’embrione.

In diversi passaggi della sentenza si nota che la Consulta ha riconnesso la tutela della dignità dell’embrione alla sua stessa sopravvivenza: nel paragrafo 8.2. c’è un espresso richiamo alla sentenza costituzionale n. 229 del 2015, nella parte in cui si afferma che «*il vulnus alla tutela della dignità dell’embrione (ancorché) malato, quale deriverebbe dalla sua soppressione tamquam res, non trova [...] giustificazione, in termini di contrappeso, nella tutela di altro interesse antagonista*»; nel paragrafo 8.2.1., all’embrione viene riconosciuto uno statuto dignitario in quanto «*entità che ha in sé il principio della vita*»; infine, nel paragrafo 11 la Corte, dopo aver tenuto conto che «*l’utilizzo e la manipolazione dell’embrione umano, come oggetto di ricerca, implicherebbe la sua distruzione in evidente contrasto con l’idea che esso possa essere considerato come un soggetto che ha fin dall’inizio la dignità di persona*», ha individuato la ratio del divieto contenuto nel primo comma dell’art. 13, nel «*rispetto del principio della vita (che si racchiude nell’embrione ove pur affetto da patologia)*».

Dunque, se può affermarsi che soltanto le sperimentazioni distruttive offendono la dignità dell’embrione, è evidente che il bene giuridico protetto dall’art. 13, comma 1, è stato individuato dalla Consulta non nella dignità in astratto – come connotato morale dell’essere umano, attinente al suo valore ontologico ma

³³ M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 20.

concettualmente separabile dalla protezione della sua stessa esistenza³⁴ – bensì nella dignità della vita dell’embrione concretamente intesa³⁵. Se, diversamente ragionando, l’interprete volesse riaffermare l’esigenza di tutelare il valore della dignità a prescindere dalla sua concreta proiezione sul piano del diritto alla sopravvivenza, ne scaturirebbero esiti applicativi poco compatibili con il principio di offensività, e prima ancora di laicità, dato che si potrebbe sostenere che integri una sperimentazione penalmente rilevante persino un’indagine non invasiva sull’embrione attuata per scopi estranei allo stesso, attraverso cui non venga intaccata la sua incolumità, neanche nella soglia offensiva della messa in pericolo³⁶.

Persino Böckenförde, strenuo sostenitore della tutela dell’embrione umano, in un suo scritto affermò che, quando gli «embrioni sono stati prodotti per provocare una gravidanza e quindi la loro formazione non è avvenuta con intenti di strumentalizzazione, in questo caso non è ritenuto primariamente decisivo il rispetto della dignità umana, ma il diritto alla vita dell’embrione sostenuto dalla dignità umana, che serve alla tutela della sua esistenza fisico-biologica»³⁷. Del resto, se non si facesse ricorso al binomio dignità-vita, non si potrebbe spiegare in termini laici la necessità di reprimere la strumentalizzazione dell’embrione per fini che non lo riguardino direttamente. L’embrione, anche se entità biologica sicuramente riconducibile al genere umano, è uomo in potenza, ma non in atto³⁸; è dotato del DNA

³⁴ Questa elevazione della dignità a bene giuridico autonomo si rinviene nella Costituzione tedesca, il cui art. 1, comma 1, prevede che «La dignità dell’uomo è intangibile. Rispettarla e proteggerla è obbligo di tutto il potere statale», a fronte dell’esistenza di previsioni separate per gli altri diritti fondamentali, come la vita, l’integrità fisica e la libertà (art. 2, comma 2), la personalità individuale (art. 2, comma 1) e l’eguaglianza (art. 3).

³⁵ Si consenta il rinvio a V. TIGANO, *La rilevanza penale della sperimentazione sugli embrioni tra la tutela del diritto alla vita e la libertà della ricerca scientifica*, in *Ind. pen.*, 2011, n. 1, p. 125 ss., che individua il bene giuridico protetto dall’art. 13, comma 1, nel diritto alla vita dell’embrione. *Contra* A. VALLINI, *Illecito concepimento*, cit., che tuttavia, pur sostenendo che bene protetto dal delitto di sperimentazione sull’embrione umano sia esclusivamente la sua dignità, offesa da «forme di strumentalizzazione impropria dei processi vitali umani [...] a prescindere dal fatto che esse provochino danni alla vita embrionale» (p. 254), lascia emergere la connessione di tale valore astratto con il diritto alla vita quando afferma che «Riferita a dinamiche biologiche che esprimono, al più, una potenzialità di persona, quella stessa nozione [di dignità] rimanda al divieto di instaurazione di un dominio dell’uomo sulla vita umana *tout court*. Questo dominio appare tanto più evidente, tanto più pregno di disvalore – da questa visuale – quanto più esso [...] altera la “naturale” vocazione della vita umana a “svilupparsi”, in virtù della sua peculiare e casuale matrice biologica, in un corpo materno verso la produzione di una persona» (p. 208).

³⁶ In generale si veda D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, p. 71, secondo cui ogni scelta di incriminazione può essere sindacabile soltanto «in quanto trovi in concreto giustificazione in ragionevoli prognosi di pericolosità, rispetto a sviluppi dannosi su un piano non riducibile alla mera “moralità”». La pretesa di tutelare le concezioni etiche particolari si traduce, invece, in un’istanza aprioristica e indiscutibile di protezione, in contrasto con il principio di laicità.

³⁷ E.W. BÖCKENFÖRDE, *Dignità umana e bioetica*, Morcelliana, Brescia 2010, p. 60.

³⁸ Nell’ambito della dottrina penalistica, considera, invece, l’embrione come essere umano già in atto, F. MANTOVANI, *La fecondazione assistita tra il “diritto alla prole” e il “diritto ai due genitori”*, in *Ind. Pen.* 1990 p. 421, secondo cui «l’embrione è organismo attuale della vita umana e non potenziale»; R. RIZ, *Bioetica – Fivet – Clonazione. Tutela della persona e della vita*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 475; L. EUSEBI, *La vita individuale precoce: soltanto materiale biologico?* in *Leg. pen.*, 2005, p. 361. In una prospettiva diametralmente opposta, una critica

umano, ma è attualmente privo di tutti gli attributi morali e giuridici che spettano, invece, a una persona³⁹; gli si può riconoscere una sua dignità, ma questa non può dipanarsi in tutte le articolazioni concrete che invece contrassegnano la dignità della persona. Con riferimento a quest'ultimo aspetto, va rimarcato che la dignità della persona in atto è identificabile, *inter alios*, nella qualità della vita, nella libertà morale, nell'eguaglianza sociale, mentre sarebbe difficile sviluppare concretamente la dignità di un embrione attraverso proiezioni giuridiche più complesse del basilare diritto alla vita, in sé e per sé considerato⁴⁰.

E, in effetti, laddove si è giunti alla repressione di forme di strumentalizzazione dell'embrione che non pregiudicano, né attualmente (la soppressione) né potenzialmente (la sperimentazione)⁴¹, la sua sopravvivenza, il bene che si è andato a tutelare non pare essere la dignità del singolo embrione. Per suffragare quest'ultima affermazione, basti pensare al divieto di commercializzazione di gameti o embrioni, previsto dall'art. 12, comma 6, della legge 40 e punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro, in cui l'alternatività dell'oggetto materiale – oltre che l'identità della pena comminata – lascia pensare a un'omogeneità di disvalore delle rispettive fattispecie (commercializzazione di embrioni, da una parte, commercializzazione di gameti, dall'altra): dato che i gameti non costituiscono altro che cellule appartenenti a un individuo, ovviamente prive della titolarità di un qualunque interesse giuridico in quanto carenti di soggettività, si dovrà ritenere che il divieto di commercializzarli vada a tutelare la dignità dei "proprietari" biologici e che il medesimo bene giuridico vada, quindi, ritenuto protetto anche dal parallelo divieto di commercializzare gli embrioni. In questa fattispecie, cioè, non è l'embrione a subire un'offesa alla propria dignità, intesa come irriducibilità dello stesso a mera *res in commercio*, bensì il suo genitore biologico, secondo una prospettiva riduzionista che assimila (sul solo piano dell'*an* della scelta di incriminazione, ma non del *quantum* della pena da infliggere) il valore di una parte del corpo a quello dell'intera identità biologica⁴². Insomma, se il corpo e le singole parti dell'essere umano

dettagliata all'argomento della potenzialità, nonché all'equiparazione tra embrione e persona "in atto", è elaborata da M. MORI, *Il feto ha diritto alla vita? Un'analisi filosofica dei vari argomenti in materia con particolare riguardo a quello della potenzialità*, in L. LOMBARDI VALLAURI (a cura di), *Il meritevole di tutela*, Milano, 1990, p. 735 ss.

³⁹ Si vedano i profili problematici messi in luce da L. LOMBARDI VALLAURI, *Sulla teoria del ragionamento giuridico; alcune applicazioni in biogiuridica*, in R. DOTTORI (ed.), *Reason and Reasonables*, Münster, 2005, p. 171-172.

⁴⁰ In senso conforme alla concretizzazione della dignità nel bene "vita", ma difforme rispetto agli esiti del ragionamento, si veda quanto affermato da L. EUSEBI, *Laicità e dignità umana nel diritto penale (pena, elementi del reato, biogiuridica)*, in M. BERTOLINO – G. FORTI (a cura di), *Scritti per Federico Stella*, I, Napoli, 2007, p. 175, che per sostenere l'eguaglianza giuridica tra embrione e persona in atto, presuppone la necessità di ancorare «la dignità umana a ciò che obiettivamente accomuna gli esseri umani, al di là del giudizio che altri esprima circa le condizioni esistenziali di un individuo», cioè l'«esistenza in vita».

⁴¹ Sulla configurabilità del delitto di sperimentazione sugli embrioni umani come fattispecie a pericolo presunto, si consenta il rinvio a V. TIGANO, *La rilevanza penale della sperimentazione*, cit., p. 141 ss.

⁴² Si veda I. KANT, *Lezioni di etica*, Roma-Bari, 1971, p. 143, che giunse ad equiparare l'illiceità dell'atto dispositivo concernente l'intera persona e di quello avente ad oggetto una sua singola parte, in senso

si identificano con lo stesso soggetto e se la strumentalizzazione del soggetto rappresenta una violazione della sua dignità, dato che l'uomo va sempre considerato come fine e mai solo come mezzo⁴³, si potrebbe costruire un sillogismo in base al quale la mercificazione delle singole parti del corpo di un individuo – in cui la legge 40 ha evidentemente ricompreso sia i gameti sia gli embrioni da quelli derivanti – costituisce un'offesa della sua dignità. Un ragionamento di questo tipo, anche se circoscrive il piano dei diritti attribuibili in via diretta all'embrione come autonomo centro di imputazione giuridica, perviene a garantirne l'indisponibilità anche senza bisogno di proclamarne l'inviolabilità assoluta⁴⁴, secondo un punto di vista affine a quello seguito dalla Corte EDU quando essa, pur negando la riducibilità degli embrioni a mere *res*, ha rilevato che quelli «rappresentano una parte fondamentale dell'identità biologica di quella persona» di cui «contengono il materiale genetico»⁴⁵.

La suddetta interpretazione restrittiva del concetto di “dignità dell'embrione” trova fondamento anche nella sentenza n. 27/1975, in cui la Corte costituzionale ha ritenuto che «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»: come dire che, anche se l'embrione è titolare del diritto alla vita, esso non possiede la medesima libertà morale riconosciuta alle persone “in atto”, e pertanto non può godere pienamente del diritto a un trattamento egualitario. Un altro indizio è presente nella stessa legge n. 40/2004, che ha previsto la soppressione di embrioni (art. 14, comma 1) come una fattispecie differente, nel fatto tipico, nel coefficiente psicologico⁴⁶ e nelle sanzioni⁴⁷, rispetto all'omicidio: non ve ne sarebbe stato motivo, se la legge avesse riconosciuto all'embrione lo stesso statuto morale della persona.

marcatamente riduzionista: egli, infatti, affermò che l'uomo «non è autorizzato a vendere per denaro le sue membra, neanche se, per un dito, ricevesse diecimila talleri, altrimenti si potrebbero acquistare da un uomo tutte le sue membra. Si può disporre delle cose, che sono prive di libertà, ma non di un essere che possiede il libero arbitrio».

⁴³ Cfr. I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, Milano, 1982, p. 132.

⁴⁴ Secondo J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana*, cit., p. 34, «noi potremmo considerare “indisponibile” anche qualcosa che non possiede ancora lo statuto di persona giuridica (ossia titolare di diritti costituzionali inderogabili). “Indisponibile” non è soltanto ciò che ha dignità umana. Qualcosa potrebbe essere sottratto, per buoni motivi morali, alla nostra disponibilità, e tuttavia non essere “inviolabile”».

⁴⁵ Corte eur. dir. uomo, *Parrillo c. Italia*, cit., § 158.

⁴⁶ Così A. VALLINI, *Procreazione assistita*, in T. PADOVANI (a cura di), *Leggi penali complementari*, Milano, 2007, p. 646, che pur ritenendo che il delitto di soppressione di embrioni, di cui all'art. 14, comma 1, della legge 40, integri una fattispecie causalmente orientata, ammette poi che, a differenza di quanto avviene per il delitto di omicidio, incentrato su una clausola generale di “causazione” della morte, «soltanto una condotta attiva sembra, per il resto, potersi qualificare come soppressione». Si veda anche G. LOSAPPIO, *Procreazione assistita*, in F. PALAZZO – G. PALIERO, (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, II ed., Padova, 2007, p. 2071, secondo cui il delitto *de quo* non integrerebbe una fattispecie causalmente orientata, a causa della valenza comportamentale “selettiva” del termine «soppressione»; dal punto di vista del coefficiente psicologico, il verbo “sopprimere” rimanderebbe a «un'azione finalisticamente orientata alla distruzione dell'embrione, con esclusione, pertanto, delle condotte dirette ad altri fini o di comportamenti sorretti dal dolo eventuale o dal dolo indiretto». Va inoltre considerato che l'omicidio è punito anche a titolo di colpa, mentre la soppressione di embrioni, nel silenzio della legge, è punita soltanto a titolo di dolo.

3.1.3. La “tirannia della dignità”.

Alla luce di quanto detto, emerge più nitidamente che il diritto alla sopravvivenza dell’embrione rappresenta l’unica necessaria consustanziazione giuridica della sua dignità individuale. Se questo processo logico di concretizzazione consente di attribuire dei contorni più definiti al bene giuridico messo in campo dalla Corte, la scelta di astensione dal sindacato di bilanciamento degli interessi giuridici in gioco non può che lasciare perplessi: *«È quella, dunque, recata dalla normativa impugnata una scelta di così elevata discrezionalità, per i profili assiologici che la connotano, da sottrarsi, per ciò stesso, al sindacato di questa Corte»* (§ 11).

Sono state verosimilmente ragioni di opportunità a guidare il procedimento argomentativo adottato dai Giudici costituzionali: il ricorso al farraginoso concetto di “dignità” rappresenta tradizionalmente un comodo strumento per mettere a tacere ogni discussione sul bilanciamento degli interessi giuridici in gioco, attraverso la valorizzazione di un bene “superiore” rispetto a cui ogni istanza di tutela contrapposta perderebbe vigore. Hassemer scriveva a tal proposito: *«Con la diffusa strategia di rafforzare argomenti deboli con il soffio vitale di un principio come la dignità umana si potrebbe spiegare la tendenza diffusa a non lavorare argomentativamente con la dignità umana un passo dopo l’altro, ma a metterla sul campo di battaglia e poi lasciarla là a lavorare da sola: a stare a guardare in tranquillità come questo principio forte e insuperabile sgomini gli avversari. Qualora si riesca anche solo a rappresentare un’asserzione come conseguenza indubitabile/chiarissima/indiscutibile del principio della dignità umana, si crede di potersi risparmiare il resto. Questo è il senso del rimprovero secondo il quale si utilizzerebbe un argomento “che uccide la discussione”»*⁴⁷. Prima ancora di manifestarsi come parametro ermeneutico utile ad alleggerire le fisiologiche difficoltà del sindacato di costituzionalità delle leggi già esistenti, la «tirannia della dignità» – per usare un’espressione coniata da Ulfrid Neumann⁴⁸ – si trova sovente ad essere esercitata sul piano delle scelte legislative, offrendo a una certa parte del potere politico l’occasione di realizzare forme di autotutela ideologica a scapito degli interessi individuali o sociali direttamente coinvolti nelle questioni in gioco⁴⁹: il bene dei consociati rischia, così, di perdere il proprio legittimo rango di principio-guida delle

⁴⁷ La disparità sanzionatoria tra le due fattispecie è evidente: l’art. 575 c.p. punisce l’omicidio con la pena della reclusione non inferiore a ventuno anni, mentre l’art. 14, comma 6, punisce la soppressione di embrioni con la pena della reclusione fino a tre anni e con la multa da 50.000 a 150.000 euro.

⁴⁸ W. HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L’esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi. Rivista di ermeneutica giuridica* 2005, p. 130-131

⁴⁹ U. NEUMANN, *Die Tyrannei der Würde*, in *ARSP Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1998, p. 153 ss.

⁵⁰ Sulla distinzione tra *concerned parties* e *moral agents*, si veda M. MURRAY, *The Moral Wager. Evolution and Contract*, Dordrecht, 2007, p. 183. Secondo L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, cit., p. 38-39, «L’idea di dignità umana consente pertanto ricostruzioni pluralistiche, che rischiano di precipitare questo bene giuridico nell’alveo dei concetti strumentali e strumentalizzabili dalle forze sociali, religiose e politiche preminenti in un determinato momento storico».

scelte normative, narcotizzato dall'invasione di uno strumento argomentativo sapientemente sfruttato dai cd. "imprenditori della moralità"⁵¹.

E dunque, tornando ai compiti propri della Corte costituzionale, non si può realmente pensare di sottrarre la tutela della dignità al giudizio di bilanciamento con la protezione da riservare agli altri interessi giuridici che con quella entrino in conflitto, specialmente quando si tratti di interessi costituzionalmente fondati. Il rischio, altrimenti, è che la rinuncia preventiva al sindacato di ragionevolezza incentivi una strumentalizzazione del concetto di "dignità" da parte del legislatore più malizioso, tale da elevarlo a dogma indiscutibile, idoneo a giustificare ogni incriminazione su di esso fondata.

3.2. L'argomento basato sul principio di separazione dei poteri.

Abbandonando per un attimo l'ostacolo assiologico del richiamo alla dignità, la Corte ha poi motivato il proprio rifiuto di entrare nel merito della questione attraverso l'argomento formale del rispetto del principio di separazione dei poteri: «*Il differente bilanciamento dei valori in conflitto, che attraverso l'incidente di costituzionalità si vorrebbe sovrapporre a quello presidiato dalla normativa scrutinata, non potrebbe, infatti, non attraversare (e misurarsi con) una serie di molteplici opzioni intermedie, che resterebbero, anch'esse, inevitabilmente riservate al legislatore*» (§ 11). In altri termini, la Consulta si è dichiarata incompetente a formulare valutazioni di opportunità concernenti, tra l'altro, la scelta degli embrioni malati da destinare alla ricerca scientifica, la selezione dei fini scientifici che potrebbero legittimare l'utilizzo di tali embrioni, le modalità di accertamento della volontà dei genitori biologici in ordine alla donazione degli embrioni abbandonati.

Sul punto, va detto che l'emissione di una sentenza ablativa del tipo di quello richiesta dal giudice rimettente non avrebbe di certo imposto alla Corte di invadere lo spazio di competenza del legislatore. Ed, infatti, un'eventuale apertura della Corte alla sperimentazione sugli embrioni non più utilmente trasferibili in utero avrebbe dovuto, comunque, essere seguita da un intervento del potere legislativo, finalizzato alla redazione di un'apposita legge o quantomeno di linee-guida nazionali, attraverso cui pervenire a una disciplina legale del procedimento da adottare per la destinazione di tali embrioni alla ricerca scientifica; allo stesso modo di quanto avvenuto con il Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della

⁵¹ Si veda C.E. PALIERO, *Consenso e legislazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 879-880, secondo cui «Per "imprenditori di moralità" si intendono quei gruppi organizzati, all'interno della società, che per affermare un loro credo religioso o morale, o una loro specifica identità sociale o culturale [...] mobilitano e trasportano consenso verso scelte criminalizzatrici che li "rilancino", socialmente o politicamente»; il termine è stato ripreso dall'A. nello scritto *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed "effetti penali" dei media)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 534-535.

sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 2014⁵², adottato il 4 settembre 2014 dalla Conferenza delle regioni e delle province autonome, con cui è stata disciplinata la donazione dei gameti per fini procreativi.

Nell'ambito della stessa sentenza n. 162/2014, con cui è stato dichiarato incostituzionale il divieto di fecondazione eterologa, la Consulta aveva rivendicato il proprio potere di sindacare il contrasto di una disposizione di legge con i parametri costituzionali, pur a fronte di eventuali lacune che ne discendessero: *«L'esigenza di garantire il principio di costituzionalità rende, infatti, imprescindibile affermare che il relativo sindacato "deve coprire nella misura più ampia possibile l'ordinamento giuridico" (sentenza n. 1 del 2014), non essendo, ovviamente, ipotizzabile l'esistenza di ambiti sottratti allo stesso. Diversamente, si determinerebbe, infatti, una lesione intollerabile per l'ordinamento costituzionale complessivamente considerato, soprattutto quando risulti accertata la violazione di una libertà fondamentale, che non può mai essere giustificata con l'eventuale inerzia del legislatore ordinario. Una volta accertato che una norma primaria si pone in contrasto con parametri costituzionali, questa Corte non può, dunque, sottrarsi al proprio potere-dovere di porvi rimedio e deve dichiararne l'illegittimità, essendo poi "compito del legislatore 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».*

La Corte costituzionale si è espressa in questi stessi termini anche nella già citata sentenza n. 96/2015: rimane *«compito del legislatore introdurre apposite disposizioni al fine della auspicabile individuazione (anche periodica, sulla base della evoluzione tecnico-scientifica) delle patologie che possano giustificare l'accesso alla PMA di coppie fertili e delle correlative procedure di accertamento (anche agli effetti della preliminare sottoposizione alla diagnosi preimpianto) e di una opportuna previsione di forme di autorizzazione e di controllo delle strutture abilitate ad effettuarle (anche valorizzando, eventualmente, le discipline già appositamente individuate dalla maggioranza degli ordinamenti giuridici europei in cui tale forma di pratica medica è ammessa)».* Dunque, l'eventualità che una pronuncia di incostituzionalità, anche soltanto parziale, cagioni un vuoto normativo, non priva la Corte del proprio potere di pronunciarsi sulla legittimità costituzionale delle disposizioni di legge censurate, ma neanche può incitarla a esercitare un arbitrario intervento di normazione che colmi le lacune fisiologicamente discendenti dalla

⁵² Corte costituzionale, 10 giugno 2014, n. 162, con commento di L. RISICATO, *La Corte costituzionale supera le esitazioni della CEDU: cade il divieto irragionevole di fecondazione eterologa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, p. 1487 ss.; A. VALLINI, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, p. 831 ss.; M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della cd. fecondazione eterologa*, in *Riv. di biodir.*, 2/2014, p. 13 ss.; A. RUGGERI, *La Consulta apre all'eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al "dialogo" con la Corte Edu*, in www.forumcostituzionale.it, 14 giugno 2014; S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico. Spunti dalla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 16 giugno 2014; V. TIGANO, [La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro](#), in questa Rivista, 13 giugno 2014.

pronuncia, «ciò non essendo, evidentemente, in potere di questa Corte, per essere riservato alla discrezionalità delle scelte, appunto, del legislatore».

Con specifico riferimento alla questione dell'individuazione degli embrioni da destinare alla ricerca, inoltre, si sarebbe potuto anche evitare di attendere un intervento del legislatore se la Consulta avesse pronunciato una sentenza manipolativa attraverso cui demandare la scelta circa la donazione a una valutazione congiunta dei genitori e dei medici. In tale direzione, una pronuncia che avesse dichiarato l'incostituzionalità del divieto di sperimentazione sugli embrioni rispetto a cui non fosse "ragionevolmente prevedibile" un utilizzo per fini procreativi, avrebbe potuto valorizzare non soltanto il concreto progetto procreativo della coppia genitrice dell'embrione – legato alla salute dell'embrione o a motivi concernenti esclusivamente l'incolumità dell'aspirante madre – ma anche quello astratto concernente l'embrione come entità ormai funzionalmente separata dai genitori biologici. E così avrebbe potuto essere il medico, in ultima istanza, a pronunciarsi sulla necessità di continuare a conservare quegli embrioni rispetto a cui si prospettasse come ragionevolmente prevedibile la prosecuzione del progetto procreativo, eventualmente mediante la loro adozione da parte di coppie biologicamente estranee. Questo obbligo di prevedere la riprogrammabilità del destino dell'embrione avrebbe comunque richiesto al medico di tenere conto della presenza di eventuali patologie che ne sconsigliassero il trasferimento in utero, così relegando il novero degli embrioni da sottrarre alla ricerca a quelli abbandonati ma sani.

D'altronde, non sarebbe stata la prima pronuncia manipolativa con cui la Corte avesse demandato il superamento dei limiti formali della legge 40 alla valutazione discrezionale del medico. Con la sentenza n. 151 del 2009, la Consulta, nel dichiarare incostituzionale il comma 2 dell'art. 14 della legge 40 nella parte in cui vietava la produzione di embrioni in numero superiore a tre, rimetteva al medico la decisione circa il numero di embrioni da creare e trasferire in utero, in base alle condizioni fisiche dell'aspirante madre e alla prospettiva di realizzare il progetto procreativo di essa⁵³: *«Al riguardo, va segnalato che la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente posto l'accento sui limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica: sicché, in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali»*⁵⁴.

⁵³ Sull'importanza della valorizzazione del ruolo discrezionale del medico nell'ambito dell'applicazione delle tecniche di PMA, a cui, soprattutto in seguito alla sentenza costituzionale n. 151 del 2009, «viene ora restituita dignità», si vedano E. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, Milano, 2008, p. 89-91; G. FERRANDO, *Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte costituzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, p. 530; M. MANETTI, *La sentenza sulla pma, o del legislatore che volle farsi medico*, in *www.costituzionalismo.it*, 28 maggio 2009, p. 2; ID., *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1688 ss.

⁵⁴ In tal senso, già Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282.

4. Conclusioni.

Sebbene i rilievi poc'anzi evidenziati siano in grado di fronteggiare l'argomento ostativo fondato sul principio di separazione dei poteri, il principale freno al sindacato di ragionevolezza della Corte costituzionale continua a rimanere legato alla presunta indiscutibilità del bene giuridico "dignità", anche laddove ancorato al riflesso materiale della vita dell'embrione.

Probabilmente la Consulta sarebbe arrivata a conclusioni differenti qualora la ricerca sulle cellule staminali embrionali – evidentemente sulla base degli studi e degli esperimenti attuati nei Paesi più liberali, viste le preclusioni della legge italiana – avesse già portato a risultati certi sui benefici curativi e sull'assenza di rischi, legati all'uso terapeutico di tali cellule, in capo alle persone affette da patologie degenerative di cellule, tessuti, organi od apparati. Se, arrivati a quello stadio evolutivo della ricerca e delle terapie connesse, un individuo malato intenzionato ad utilizzare le cellule staminali di un embrione con il consenso dei genitori biologici di quest'ultimo, farà ricorso alla Corte costituzionale, difficilmente questa potrà astenersi dal bilanciare la protezione della dignità della vita dell'embrione con la tutela da garantire alla dignità della vita del paziente: profilandosi, su entrambi i piatti della bilancia, degli interessi di tipo individuale, i beni confliggenti acquisirebbero lo stesso peso specifico; o, addirittura, i diritti del paziente potrebbero assumere un rilievo maggiore, seguendo l'insegnamento della Consulta secondo cui i diritti di chi già è persona prevalgono su quelli di chi persona deve ancora diventare.

Magari senza bisogno di attendere scenari futuristici, preclusi o quantomeno ostacolati dagli attuali divieti⁵⁵, potrà essere lo stesso intervento del legislatore, evocato come un fantasma silente nella sentenza n. 84/2016, a decidere le sorti degli embrioni umani in stato di perpetua crioconservazione, attuando quel bilanciamento che la Corte costituzionale non è riuscita a compiere. Del resto, non sarebbe la prima volta che il legame solidaristico tra gli esseri umani ispira il bilanciamento legislativo tra la dignità della vita del singolo individuo e la salute dei consociati: la legge n. 91 del 1999⁵⁶, con cui è stato consentito l'espianto di organi a cuore battente da persone le cui funzioni cerebrali si siano arrestate irreversibilmente, e la legge n. 578 del 1993, che ha introdotto un concetto funzionale di "morte" appunto legato al decesso cerebrale e non più alla cessazione del battito cardiaco⁵⁷, sono il risultato di attente ponderazioni del legislatore⁵⁸ che, *mutatis mutandis*, potrebbero e dovrebbero essere applicate anche agli

⁵⁵ Sulle preclusioni derivanti dal divieto di cui all'art. 13 della legge 40, e sulle scelte alternative percorribili dai ricercatori italiani – non ultima quella di utilizzare le cellule staminali embrionali lecitamente importate dall'estero –, si vedano 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.; O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico?*, cit., p. 48 ss.

⁵⁶ Legge 1° aprile 1999, n. 91, "Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti".

⁵⁷ Legge 29 dicembre 1993, n. 578, "Norme per l'accertamento e la certificazione di morte".

⁵⁸ Ponderazioni che, realizzate allo stesso modo anche nell'ambito di altri ordinamenti, sono state a loro volta oggetto di critiche mosse da ideologie eticamente orientate: secondo H. JONAS, *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio responsabilità*, Torino, 1997, p. 180: «finché il corpo in coma – anche soltanto con

embrioni non più in grado di svilupparsi in persone, ma le cui cellule staminali siano in grado di apportare benefici alla salute degli altri esseri umani.

l'aiuto dell'“artificio” – ancora respira, pulsa e altrimenti funziona dal punto di vista organico, dev'essere sempre considerato come residuo perdurante del soggetto che ha amato e che è stato amato, e come tale ha ancora diritto a quell'inviolabilità, dovuta a un simile soggetto secondo il diritto umano e divino. Questa inviolabilità impone che non se ne faccia uso come di un semplice mezzo». Di diverso avviso è invece P. SINGER, *Morte cerebrale ed etica della sacralità della vita*, in R. BARCARO – P. BECCHI (a cura di), *Questioni mortali. L'attuale dibattito sulla morte cerebrale e il problema dei trapianti*, Napoli, 2004, p. 119 ss. Per una disamina delle principali critiche mosse dagli studiosi italiani al concetto di “morte cerebrale”, si veda F. MANTOVANI, *I trapianti*, cit., p. 381 ss.