

**La Corte costituzionale, decidendo di non decidere, lascia aperta
la questione degli embrioni crioconservati***

Nota a Corte costituzionale, 22 marzo 2016, n.84

di Angelica Ricciardi - Laureata in giurisprudenza. Collabora con la Cattedra di Diritto Pubblico del Corso di Laurea in Economia e Commercio dell'Università degli Studi di Salerno

ABSTRACT: Judgement No. 84/2016 the Constitutional Court does not exceed the prohibition contained in Law 40/2004 of destination for scientific purposes of surplus embryos, reiterating the guidance that considers the human embryo as an individual holder of constitutionally guaranteed rights. But not even surpasses the contradiction between the alleged protection of the embryo and the possibility, created following a series of previous decisions of the Court itself, which in fact it is cryopreserved indefinitely and therefore condemned to a "cold oblivion". The issue, exacerbated by the increasing number of human embryos cryopreserved, particularly those suffering from diseases genetically transmitted with very little if not zero probability of system, calls for serious reflection on a national and international level. It may find, in the final analysis, an appropriate solution in the use of forms of address referendums, particularly suited to allow the expression of the electorate on important issues of ethics, which by their nature occur even exorbitant compared to the same function of Parliament of national interest interpreter ex art. 67 Cost.

SOMMARIO: 1. Il percorso compiuto dalla Corte costituzionale a partire dalla pronuncia n. 151 del 2009 genera il problema degli embrioni soprannumerari ma non è in grado di risolverlo. 2. Rimane un'alternativa: ammettere la ricerca scientifica su questi embrioni o condannarli al "freddo oblio" della crioconservazione. 3. La Corte invoca l'intervento del legislatore. Ma su temi etici non è da preferire il giudizio del popolo? 4. Urgenza di interventi risolutivi nel quadro di una maggiore consapevolezza etica, giuridica e scientifica.

1. Il percorso compiuto dalla Corte costituzionale a partire dalla pronuncia n. 151 del 2009 genera il problema degli embrioni soprannumerari ma non è in grado di risolverlo.

La sentenza n. 84/2016, che qui si commenta, potrebbe apparire *prima facie* non meritevole di particolare attenzione, in quanto la Corte, nel dichiarare inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal tribunale di Firenze con ord. 166/2013 e ord. 7 dicembre 2012, non fa

* Lavoro referato dalla Direzione della Rivista.

che avvalorare il permanente divieto di ricerca scientifica su embrioni soprannumerari ex art. 13, c. 1°, 2° e 3° della Legge 40/2004: dunque, nessuna scelta o presa di posizione, ma semplicemente la conferma del divieto già insito nella legge 40/2004, in analogia con quanto precedentemente statuito, argomentando la Corte sul carattere non “a rima obbligata” dell’intervento richiesto dal giudice *a quo* e trincerandosi dietro il necessario rispetto della discrezionalità del legislatore, in una materia così controversa, che coinvolge plurime questioni etiche.

Tuttavia, una riflessione appare comunque necessaria, per fare il punto sul percorso fatto dai Giudici della Consulta a partire dalla sent. n. 151/2009, con la quale, nel dichiarare illegittimo il divieto di produrre embrioni in numero superiore a tre, ha di conseguenza derogato al divieto di crioconservazione, destinando a quest’ultima gli embrioni prodotti ma non impiantati¹; dalla sent. n. 96/2015, con la quale è stata dichiarata incostituzionale la parte della legge 40/2004, che vietava il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, consentendo così la diagnosi pre-impianto, per mezzo della quale, sussistendone i requisiti, la coppia può anche decidere di non procedere con l’impianto, determinando la crioconservazione degli embrioni non utilizzati²; e infine dalla sent. n. 229/2015, con la quale è stata dichiarata l’illegittimità costituzionale dell’art. 13 della Legge sulla procreazione medicalmente assistita, nella parte in cui riconosce come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni, anche se esclusivamente finalizzata ad evitare l’impianto in utero di quelli malati³.

¹ Cfr. C. cost., 8 maggio 2009, n.151, in *Giur. cost.*, 3/2009, 1656 ss., con cui la Corte ha riconosciuto il fondamento costituzionale della tutela dell’embrione, riconducibile al precetto generale riportato nell’art. 2 Cost.; ritenendola suscettibile di «affievolimento» (così come la tutela del concepito: sentenza n. 27 del 1975) solo in caso di conflitto con altri interessi aventi pari rilievo costituzionale, come il diritto alla salute della donna che, risultino, in determinate circostanze e in termini di bilanciamento, prevalenti». Nel caso in esame, la Corte ritiene che «la soppressione dell’embrione determinerebbe un *vulnus* alla sua dignità che non trova giustificazione in nessun altro interesse antagonista».

² Cfr. C. cost., 5 giugno 2015, n. 96 in *Giur.cost.*, 3/2015, 789 ss., con cui la Corte ha dichiarato l’illegittimità della legge 4/2004 nella parte in cui non consentiva il ricorso alla procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili affette da gravi malattie genetiche, riconducibili ai criteri di gravità insiti nella legge 194/1978 e accertate da strutture pubbliche, permettendo in tal modo, il ricorso alla diagnosi pre-impianto. Per quanto concerne gli embrioni non impiantati «si prospetta, infatti, l’esigenza di tutelare la dignità dell’embrione, alla quale non può parimenti darsi, allo stato, altra risposta che quella della procedura di crioconservazione. L’embrione, infatti, quale che ne sia il, più o meno ampio, riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non è certamente riducibile a mero materiale biologico». Questa sentenza ha favorito enormemente la creazione di embrioni soprannumerari poiché la Corte sancendo una sorta di “diritto alla genitorialità” e “diritto ad avere un figlio sano”, tramite la diagnosi pre-impianto, ha consentito l’aumento del numero di quanti ricorrono alla tecnica della procreazione medicalmente assistita, nonché la quantità di embrioni crio-conservati poiché non utilizzati. Per approfondimenti v. V. BALDINI, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo (lettura di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in www.dirittifondamentali.it, 2/2014, 15 settembre 2014 e C. TRIPODINA, *Il “diritto al figlio” tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere*, in *Giur. cost.*, 3/2014, 2593 ss.

³ Cfr. C. cost., 21 ottobre 2015, n.229 in *Foro it.*, 2015, I, 3749 ss., in cui la Consulta ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 13, commi 3, lettera b), e 4 della legge 40/2004 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 di embrioni affetti da malattie genetiche», dichiarando non fondata la questione in riferimento all’art. 14 della legge.

Ora, non vi è dubbio che il problema della ricerca scientifica avente ad oggetto embrioni soprannumerari sia diventato sempre più stringente, proprio in ragione delle richiamate decisioni della Corte, le quali, consentendo il superamento di divieti originariamente contenuti nella legge 40/2004, hanno favorito la produzione di embrioni soprannumerari, in particolare di quelli affetti da patologie genetiche trasmissibili, che, una volta crioconservati, ben difficilmente potranno essere impiantati.

2. Rimane un'alternativa: ammettere la ricerca scientifica su questi embrioni o condannarli al "freddo oblio" della crioconservazione.

Da queste premesse, nasce la richiesta di destinazione a scopi scientifici degli embrioni soprannumerari, la quale si sostanzia nella sottrazione degli embrioni stessi al processo crioconservativo per farne oggetto di sperimentazione, con conseguente distruzione dei medesimi⁴.

Invero, non era da attendersi che la Corte risolvesse il nodo, considerata la delicatezza della questione sotto il profilo etico e l'incerta qualificazione dell'embrione⁵ sotto il profilo scientifico e giuridico; né che la Corte rinunciasse alla salvaguardia della dignità dell'embrione, ponendosi tra l'altro in linea con quanto recentemente deciso dalla Corte europea⁶.

La posizione della Corte, tuttavia, desta qualche perplessità, lasciando del tutto aperta una serie di questioni: è davvero salvaguardata e tutelata oggi la potenzialità vitale dell'embrione⁷? In particolare, lo è con una tecnica di crioconservazione, peraltro manchevole di apposita regolamentazione e destinata a protrarsi *sine die*?

Preliminarmente, se da una parte va riconosciuto che la crioconservazione è idonea a preservare nel tempo gli embrioni umani, dall'altra essa rappresenta il più delle volte quel "gelido oblio" cui

⁴ Cfr. I. RIVERA, *La tutela dell'embrione umano e la brevettabilità del vivente alla luce dei più recenti sviluppi giurisprudenziali*, in *Quad. Cost.* 1/2015, 29 ss. e F. MEOLA, *Sulla brevettabilità dei gameti femminili non fecondati (Corte di Giustizia UE –Grande Sezione –Causa C-364/13)*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto* 3/2015, 185 ss.

⁵ Tuttavia, una definizione esaustiva del termine "embrione" è rinvenibile in Corte Giustizia UE, *Grande Chambre*, 18/10/2011, n. 34, in *Ragiusan* 2012, 333 s., secondo cui «costituisce un embrione umano qualsiasi ovulo fin dalla fecondazione, qualunque ovulo umano non fecondato in cui sia stato impiantato il nucleo di una cellula umana matura e qualunque ovulo umano non fecondato che, attraverso partenogenesi, sia stato indotto a dividersi e a svilupparsi». Ai sensi dell'art. 6 della direttiva n. 44 del 1998, spetta al giudice nazionale stabilire, in considerazione degli sviluppi della scienza, se una cellula staminale ricavata da un embrione umano nello stadio di blastocisti costituisca un embrione umano. Cfr. A. DI STASI, *Alla ricerca di una nozione giuridica di "embrione umano": il contributo del judicial dialogue tra Corti internazionali*, in www.federalismi.it, Focus Human Rights, 1/2015, 16 gennaio 2015; S. AGOSTA, *La Corte di Giustizia alle prese con la nozione euro-unitaria di embrione umano (a margine della giurisprudenza Brüstle ed in previsione di futuri sviluppi)*, in www.dirittifondamentali.it, 1/2016, 29 febbraio 2016.

⁶ Cfr. *Grande Chambre*, caso Parrillo c. Italia (sentenza 27 agosto 2015), *factsheets: Reproductive rights*, la quale ha dichiarato leciti i divieti imposti dagli artt. 13 e 14 l. n. 40/2004 e dalle norme previgenti, precisando che lo Stato ha il dovere di tutelare i diritti fondamentali degli individui, tali dovendosi intendere anche agli embrioni, titolari quindi di diritto all'autodeterminazione che esclude la possibilità che possano essere donati a fini di ricerca e di sperimentazione scientifica.

⁷ Per una più diffusa disamina della questione v. A. CARRATO, *Che c'è di nuovo in materia di famiglia e di stato delle persone?*, Laboratorio tematico su "Procreazione medicalmente assistita, status del generato e profili connessi", *Linee guida per il dibattito*, Scuola Superiore della Magistratura, 27 ottobre 2015.

sono relegati gli embrioni medesimi, spesso non reclamati da alcuno⁸. Ne consegue che la tutela da riconoscere all'embrione, allo stato dei fatti, non sembrerebbe affatto raggiunta per diverse ragioni: anzitutto, la sorte dell'embrione crioconservato è segnata, nella misura in cui la sua permanenza nello stato di crioconservazione è destinata a protrarsi per un tempo indeterminato; né sono particolarmente significative le probabilità di sua sopravvivenza, una volta scongelato; né sono ancora sufficientemente indagati i rischi per il nascituro e per la madre, nel caso in cui si impianti un embrione la cui crioconservazione si sia protratta molto nel tempo⁹.

In effetti, come è stato magistralmente notato, “la dignità presuppone la vita”, ma questa pare lontana dal concretizzarsi, se si considera che l'embrione crioconservato è, “con tutta probabilità, più vicino ad una condizione di morte che di vita”: l'embrione è così lasciato in un limbo, che non solo rappresenta una condizione di per sé avvilente, ma che è certamente poco rispettosa della sua stessa dignità, determinandosi altresì un insanabile contrasto con il principio personalista, garantito nell'art.2 Cost., per il quale tutta la nostra Costituzione inneggia alla vita e, indubbiamente, non alla fredda morte degli esseri umani¹⁰.

Insomma, se è vero che permettere la ricerca scientifica sugli embrioni vuol dire inevitabilmente autorizzarne la distruzione, è pur vero che lasciarli a lungo crioconservati vuol dire comunque condannarli ad una lenta ma inesorabile estinzione.

3. La Corte invoca l'intervento del legislatore. Ma su temi etici non è da preferire il giudizio del popolo?

Al di là di queste considerazioni, sono certamente condivisibili le ragioni di inammissibilità invocate dalla Corte, la quale, anche in considerazione dell'acceso scontro sul tema in atto nell'opinione pubblica, ha preferito lasciare la risoluzione del problema al legislatore.

Invero, a ben riflettere, su temi come questo, che importano il coinvolgimento di rilevanti questioni etiche, verrebbe da ritenere inadeguato, per quanto certamente legittimato, lo stesso legislatore, dovendosi forse prediligere l'attribuzione della scelta direttamente al popolo, titolare della sovranità, in sede referendaria¹¹.

⁸ Si aggira intorno a 3.862 il numero di embrioni i cui proprietari hanno espresso l'intenzione di non farne uso per i processi parentali, a cui si aggiunge una ulteriore cospicua cifra, circa 6.279, di cui non si conoscono i legittimi proprietari, in quanto non è possibile rintracciarli e che, pertanto, restano congelati. Stime consultabili su www.wired.it

⁹ La valutazione dei rischi per la gestante e per il nascituro rientra nel c.d. “principio di precauzione” richiamato espressamente da A. RUGGERI, *“Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita”*, in www.federalismi.it, 11 maggio 2016, 23 ss. Per una nota critica, v. F. Scia, *Procreazione medicalmente assistita e status del generato*, Jovene, Napoli, 2010, 33 ss.

¹⁰ In tal senso, A. RUGGERI, *op. cit.*, 13 ss., secondo cui «perciò la vita non può mai risultare soggetta a menomazione alcuna né, più ancora, andare smarrita, perché altrimenti con essa si smarrirebbe l'*humanitas* stessa del soggetto. Ogni vita umana è, infatti, sempre portatrice di dignità; e, come tale, va appieno rispettata. Gli interventi sul feto sono ammissibili nella misura in cui lo curino o salvaguardino la sua vita».

¹¹ Per una più diffusa analisi, v. A. SPADARO, *Sulle tre forme di “legittimazione” (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2005, 575 ss.

Come accaduto di recente anche in altri Paesi dell'Ue¹², infatti, sembra particolarmente opportuno che ciascun elettore sia chiamato ad esprimersi personalmente su argomenti del genere, che coinvolgono la sfera personale di ciascuno, la sua cultura e le sue più profonde e radicate convinzioni.

Questo aspetto, tuttavia, merita di essere ulteriormente approfondito. Se il corpo elettorale appare l'organo costituzionale più adeguato per esprimersi su questi argomenti di natura etica, forse lo strumento del *referendum* abrogativo ex art. 75 Cost. non è il più adatto per consentire correttamente ed inequivocabilmente questa indicazione. Difatti, già nel giugno 2005, a pochi mesi dall'entrata in vigore della Legge 40/2004, veniva indetto *referendum* per l'abrogazione di parti della legge stessa, che tuttavia non raggiunse il *quorum* necessario¹³. Dunque, prima manifestazione dell'inadeguatezza del *referendum* abrogativo si ha proprio nella necessità che sia superato il *quorum* richiesto per la sua validità, circostanza questa che non sempre consente al corpo elettorale di esprimersi in modo determinante, nella misura in cui i sostenitori dei limiti contenuti nella legge possono trovarsi avvantaggiati dal sommare la propria astensione consapevole e voluta a quella ormai divenuta cronica in tutte le democrazie mature. Anche per questa ragione, sarebbe meglio procedere mediante una tipologia di *referendum* differente, quale ad esempio, il referendum di indirizzo¹⁴ o quello propositivo¹⁵. Con questi nuovi ed ulteriori strumenti di democrazia diretta, peraltro, è più agevole formulare quesiti chiari, che non debbano necessariamente adattarsi ai contenuti predefiniti nella legge (come accade solitamente per i *referendum* abrogativi), consentendo l'espressione di un voto certamente più consapevole e, nel contempo, evitando quelle tecniche "manipolative" che, sia pure oggi ammesse dalla giurisprudenza costituzionale, non vi è

¹² E' quanto accaduto con il recente referendum del 22 maggio 2015 nella cattolicissima Irlanda, dove la maggioranza degli elettori si è dichiarata favorevole ai matrimoni gay. Il risultato ha segnato un passaggio storico, difatti ha capovolto la concezione dell'omosessualità che fino al 1995 era in quel Paese un reato. Grazie al risultato del referendum, potrà essere introdotto e riconosciuto il matrimonio gay nella Costituzione irlandese.

¹³ I referendum celebrati il 12-13 giugno 2005 non raggiunsero il *quorum* minimo, perché solo il 25,9% degli aventi diritto si recò alle urne. I quesiti avevano per oggetto i seguenti punti: il limite alla ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni per la cura di nuove malattie; l'utilizzo di più embrioni nella procreazione assistita; il divieto della fecondazione eterologa; la sfera dei diritti della donna nella procreazione assistita. Cfr. A. PUGIOTTO, *Fuga dal referendum: "Comitato del no" e Governo di Corte*, in M. AINIS (a cura di), *Referendum sulla procreazione assistita*, Giuffrè, Milano, 2005, 587 ss.

¹⁴ In tal senso, G. FIORONI, esponente del Partito Democratico, membro della Camera dei deputati dal 1996 ad oggi, e Ministro della pubblica istruzione dal 2006 al 2008, in una recente intervista dichiarava: "Mi sembra la cosa migliore giunti a questo punto: questioni come matrimonio gay, eutanasia, fecondazione, adozioni e tutte le altre innescate dalla medicina più innovativa, sono problemi così intimi che mi pare fuori luogo lasciare alla sola determinazione degli eletti. Meglio far decidere i cittadini attraverso referendum di indirizzo ai quali il Parlamento dovrà poi adeguarsi elaborando le relative proposte di legge". Cfr. G. FIORONI, in *iFattoQuotidiano.it*, 28 Maggio 2015.

¹⁵ La previsione del *referendum* propositivo è stata introdotta nel disegno di legge di riforma costituzionale approvato dalla Camera dei Deputati il 12 aprile 2016 e pubblicato sulla G.U. n. 88 del 15 aprile 2016, oltre che nel vigente Testo della Legge Regionale n. 6 del 28 maggio 2009, Statuto della Regione Campania, il cui art. 15, rubricato "Referendum approvativo/propositivo" testualmente recita: «1. Cinquantamila elettori possono presentare una proposta di legge o di regolamento della Regione affinché sia sottoposta per l'approvazione al referendum popolare. 2. La proposta è previamente presentata al Consiglio o alla Giunta. Qualora nel termine di sei mesi dalla presentazione la proposta non sia approvata, o sia approvata ma con modifiche sostanziali, essa è sottoposta al voto popolare».

dubbio che comportino un uso distorto dell'istituto referendario abrogativo¹⁶. D'altronde, in tal modo potrebbe essere scongiurato il fenomeno, di cui si è detto, del c.d. "astensionismo strategico", assicurando maggiormente la partecipazione democratica, oggi in larga parte disillusa rispetto ad una democrazia rappresentativa avvertita come insoddisfacente¹⁷.

4. Urgenza di interventi risolutivi nel quadro di una maggiore consapevolezza etica, giuridica e scientifica.

In conclusione, la "scelta tattica" operata dalla Corte, di "decidere di non decidere", sebbene non abbia contribuito a risolvere il problema, quantomeno non l'ha esposta alle critiche che certamente sarebbero scaturite, nel caso in cui si fosse optato per una decisione di merito.

E' da rilevare comunque che, nonostante la Corte affidi ora la questione alla discrezionalità del legislatore, l'irrazionalità del quadro normativo attuale non è certo da imputarsi a vizi insiti nell'impianto originario della legge 40/2004, derivando, invece, da scelte operate dalla Corte stessa, che attraverso le sue decisioni, richiamate nell'*incipit* di questa annotazione, ha determinato le problematiche che è oggi incapace di risolvere.

D'altronde, proprio per le riflessioni appena espresse, non parrebbe condivisibile la scelta per il futuro di pronunce "monito" o "decalogo", che naturalmente implicano un giudizio di inadempienza o comunque disvalore nei confronti dell'operato del legislatore.

In ogni caso, la *vexata quaestio* del trattamento degli embrioni criocongelati rappresenta ormai un'urgenza cui far fronte sia a livello nazionale sia europeo e internazionale, anche alla luce dell'adozione di prassi differenti nei singoli ordinamenti giuridici¹⁸. Resta quindi auspicabile l'apertura di un ampio confronto a livello internazionale, che coinvolga esperti di etica, scienziati e giuristi, e che consenta di addivenire ad una regolamentazione condivisa. Se non altro perché, a tacere dei costi per il Servizio Sanitario Nazionale di queste prolungate crioconservazioni, non pare possibile lasciare in un limbo giuridico-scientifico gli embrioni, in chiaro spregio della loro dignità. La questione può trovare, in ultima analisi, una adeguata soluzione nel ricorso a forme di *referendum* di indirizzo, particolarmente adatte a consentire l'espressione del corpo elettorale su temi di rilievo etico, che per loro natura si presentano esorbitanti anche rispetto alla funzione stessa del Parlamento di interprete dell'interesse nazionale ex art. 67 Cost.

¹⁶ Emblematico è stato il caso del *referendum* noto per riguardare "l'acqua pubblica", indetto nel giugno 2011, che di fatto invece investiva la più generale problematica della gestione dei servizi pubblici locali.

¹⁷ Cfr. I. DIAMANTI, *Una mappa della crisi della democrazia rappresentativa*, in *ComPol: Comunicazione politica*, A. 14 (2013) n. 1, 3 ss.

¹⁸ Cfr. *Grande Chambre*, causa Parrillo c. Italia (sentenza del 27 agosto 2015) cit., secondo cui «diciassette, dei quaranta Stati membri, hanno un approccio permissivo in questo settore, mentre altri Paesi hanno leggi che vietano espressamente qualunque ricerca sulle cellule embrionali, ed altri ancora consentono la ricerca in discussione a condizioni rigorose».