

La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell’embrione

Marilisa D’Amico*

THE CONSTITUTIONAL COURT CLOSSES THE DOOR TO SCIENTISTS IN THE NAME OF THE DIGNITY OF THE EMBRYO

ABSTRACT: This essay aims to analyze decision no. 84 of 2016 of the Italian Constitutional Court, on the matter of scientific research on embryos.

In particular the essay dwells with the problematic acknowledgement of the embryo dignity. The Author considers this aspect in the context of the relation between scientific evolution and legislative discretionality, taking into account the other decisions of the Court on the matter of medically assisted procreation.

KEYWORDS: scientific research; legislative discretionality; embryos; embryo dignity; medically assisted procreation.

SOMMARIO: Premessa – 1. Dignità dell’embrione e discrezionalità legislativa – 2. La scienza davanti alla corte – 3. Il ruolo ambiguo della sentenza Parrillo.

Premessa

Con la sentenza n. 84 del 2016, la Corte costituzionale esclude di poter direttamente intervenire su uno degli aspetti più irragionevoli e ideologici della legge n. 40 del 2004¹, quello che vieta qualsiasi tipo di ricerca scientifica sugli embrioni (art. 13, commi primo e terzo, legge n. 40 del 2004), ad eccezione di quella finalizzata alla cura dell’embrione stesso (art. 13, comma secondo, legge n. 40 del 2004)².

Davanti alla Corte, infatti, era stata sollevata la questione di legittimità costituzionale sul divieto assoluto della ricerca scientifica sugli embrioni, prospettata dal giudice *a quo* non come questione generale, comportante la caducazione dell’intera disposizione, ma in relazione ai cd. embrioni “sovrannumerari”, quelli crioconservati, ma inutilizzabili, per volontà della coppia o per impossibilità accertata dal medico, in quanto non impiantabili perché malati o residuali a seguito di una diagnosi preimpianto³.

* Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano. Contributo su invito.

¹ Di seguito, per brevità, legge 40.

² Su questi profili si vedano R. BIN, *Libertà di ricerca scientifica in campo genetico*, in M. D’AMICO - B. RANDAZZO (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 215 ss., e L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1993.

³ Sia consentito il rinvio a M. D’AMICO, *La decisione della Corte costituzionale fra aspetti di principio e ricadute pratiche*, in M. D’AMICO - I. PELLIZZONE (a cura di), *I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sen-*

Andando molto oltre l'oggetto e il senso della questione, la Corte costituzionale ci offre una rilettura delle sue precedenti decisioni, che avevano invece corretto sotto molti e importanti profili la legge stessa, trasformando norme incostituzionali e irragionevoli e consentendo alla disciplina di recuperare una funzione pratica, superando gli steccati ideologici innalzati dal legislatore.

Con questa decisione, al contrario, la Corte non si limita a dichiarare inammissibile la questione, per discrezionalità legislativa, ma decide di fare salvo, almeno in parte, lo spirito assolutista e ideologico del legislatore, che aveva costruito una disciplina a tutela di un unico valore, quello dell'embrione⁴.

Tre sono i profili, strettamente connessi fra loro, su cui vorrei ragionare e che a mio avviso costituiscono un punto problematico nella complessa tutela dei diritti fondamentali nel nostro Paese, che, soprattutto in questo momento storico, non può permettersi irrigidimenti e eccessivi self restraint, soprattutto da parte del Giudice delle Leggi.

La decisione ci offre, in contraddizione con le sue precedenti decisioni sulla legge n. 40 del 2004, a partire dalla sent. n. 151 del 2009, una lettura a senso unico della "dignità" dell'embrione, che impedisce qualsiasi bilanciamento da parte della Corte costituzionale e si rifugia in un richiamo senza condizioni alla discrezionalità del legislatore⁵.

La decisione esclude in modo netto l'attivazione di poteri istruttori, chiesti dalle parti, per dare voce agli scienziati, con una totale svalutazione dell'apporto delle associazioni intervenienti in qualità di "amici curiae"⁶.

La decisione utilizza, inoltre, la sentenza *Parrillo*, resa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in un caso analogo, ma con una portata e un oggetto diversi, estendendo non solo il principio, ma, soprattutto, alcuni profili della motivazione, con un mutamento che pare repentino rispetto ai principi sui rapporti fra le Corti, espressi nella recente sent. n. 49 del 2015, cui la sentenza *Parrillo* faceva ampio riferimento⁷.

tenza della Corte costituzionale, Franco Angeli, Milano, 2010, p. 214 ss., e L. VIOLINI, *Note minime ad una decisione problematica*, ivi, p. 191 ss.

⁴ Corte cost., sent. n. 151 del 2009, in *Giur. cost.*, 2009, 1656 ss.; Corte cost., sent. n. 162 del 2014, in *Giur. cost.*, 2014, p. 2563 ss., con osservazioni di C. TRIPODINA, *Il 'diritto al figlio' tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decider*, ivi, 2593 ss., E. DOLCINI, *Il punto sulla procreazione assistita: in particolare, il problema della fecondazione eterologa*, in *Il Corriere del Merito*, 2013, I, p. 5 ss., e M. MORI, *La fecondazione eterologa in uno Stato laico*, in *Diritto penale e processo*, 1999, IV, p. 513 ss.; Corte cost., sent. n. 229 del 2015, in *Foro it.*, 2015, XII, p. 3749 ss., sulla quale si veda I. PELLIZZONE, *Rilevanza penale di selezione eugenetica e soppressione degli embrioni malati a seguito della sent. n. 229 del 2015*, in *Studium iuris*, in corso di pubblicazione.

⁵ In tema di discrezionalità legislativa nelle materie "scientifiche" e dei suoi limiti, tra cui il principio di ragionevolezza, specie a partire dalla sent. n. 162 del 2014, v. A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in www.forumcostituzionale.it (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 <http://www.forumcostituzionale.it> (2014).

⁶ Si vedano a questo proposito T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano, 1997, G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012, e anche M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1991.

⁷ Rispetto alla sentenza n. 49 del 2015 si vedano le osservazioni di Randazzo, *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell'esecuzione (giudiziaria) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione della CEDU*, in www.rivistaaic.it, 2015, II, e M. BIGNAMI, *Casi critici in tema di legalità penale e diritto europeo*, in *Questione giustizia*, 15 ottobre 2015.

1. Dignità dell’embrione e discrezionalità legislativa

La Corte, come si diceva all’inizio, ha dovuto occuparsi di un profilo che, fin dall’entrata in vigore della legge n. 40 del 2004, si riteneva palesemente lesivo dei principi costituzionali di uguaglianza, dignità delle persone, salute e ricerca scientifica⁸.

L’art. 13, però, risultava coerente con la scelta originaria del legislatore, tutta ideologica e non rispondente alla realtà, quella di tutelare l’embrione in modo assoluto, come “soggetto debole”, sacrificando tutti gli altri principi coinvolti, finanche i diritti di “persone reali” (la coppia, la donna, la collettività, nel caso della ricerca scientifica).

Con una decisione coraggiosa e non scontata, la Corte riesce a ricondurre a ragionevolezza uno degli altri profili più lesivi della Costituzione: quello che obbligava a non produrre più di tre embrioni e che ne costringeva l’impianto nel corpo della donna. Questa norma, di fatto, rendeva impossibile il successo del trattamento in moltissimi casi e in altri, numerosi, esponeva le donne al rischio di gravidanze gemellari, pericolosissime per la salute della donna e dei nati.

Decidendo per l’incostituzionalità dell’art. 14, commi secondo e terzo, l. n. 40 del 2004 nella sentenza n. 151 del 2009, la Corte afferma in linea di principio che la legge n. 40 del 2004 non tutela solo l’embrione, ma anche le “giuste esigenze della procreazione”. Con questo riconoscimento, la legge n. 40 del 2004 riprende un volto “laico”, quello di una legge che non impone valori dall’alto in modo assoluto, ma che ammette un bilanciamento di principi e posizioni diverse che devono essere tutte salvaguardate nel caso concreto.

Ma è proprio la sent. n. 151 del 2009, nel consentire la produzione dei soli embrioni “necessari” alla coppia e nel far cadere il divieto assoluto della crioconservazione, a determinare una situazione originariamente non prevista dal legislatore: quella dell’esistenza dei cd. embrioni “sovranumerari”. Embrioni che le coppie non vogliono o non possono più utilizzare e che non intendono neanche “donare” ad altre coppie. Embrioni destinati a rimanere in eterno conservati, stante il divieto, ribadito dal Giudice costituzionale nella sent. n. 229 del 2015, della loro “soppressione”⁹.

È questo il contesto in cui si muove la Corte; è a questa particolare situazione a cui si chiede di dare risposta.

Una domanda molto semplice: è possibile modificare l’art. 13, per consentire la ricerca scientifica non su tutti gli embrioni, addirittura producendoli appositamente, come avviene all’estero in molti Paesi, ma solamente su quegli embrioni che non potrebbero essere utilizzati, perché abbandonati o perché affetti da malattie che, alla luce della sent. n. 96 del 2015, possono essere verificati con la diagnosi genetica preimpianto anche per le coppie fertili ma portatrici di malattie genetiche?¹⁰ Em-

Sulle problematiche sottese alla decisione della Corte europea in materia di ricerca scientifica sugli embrioni M. D’AMICO, *La Corte europea come giudice ‘unico’ dei diritti fondamentali? Note a margine della sentenza, 27 agosto 2015, Parrillo c. Italia*, in www.forumcostituzionale.it, 29 settembre 2015.

⁸ Su tali specifici aspetti sia consentito rinviare a M. D’AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, FrancoAngeli, Milano, 2016, p. 57 ss.

⁹ Sulla portata e le criticità della decisione si veda ancora I. PELLIZZONE, *Rilevanza penale di selezione eugenetica e soppressione degli embrioni malati a seguito della sent. n. 229 del 2015*, cit.

¹⁰ Rispetto alle problematiche sottese al riconoscimento del diritto di accesso alla procreazione medicalmente assistita anche per le coppie non sterili o infertili, si rinvia a B. LIBERALI, *Interpretazione costituzionalmente conforme, esecuzione delle decisioni della Corte Edu e questioni di legittimità costituzionale in materia di diagnosi*

brioni, come nel caso sottoposto all'attenzione della Corte, che la coppia consapevolmente vuole donare alla ricerca, per migliorare la conoscenza scientifica per sé e per gli altri?¹¹

La questione sollevata, dunque, con un'ordinanza sicuramente non esente da vizi (e, infatti, uno dei profili, quello dell'art. 6, comma terzo, viene ritenuto irrilevante e la coppia deve anche superare un'obiezione riguardo ai profili sollevati rispetto all'art. 13), ma non per questo inidonea ad essere presa in considerazione, si muoveva in questo perimetro e non investiva la scelta – discrezionale – del legislatore sulla bontà del divieto della ricerca da un punto di vista generale.

Essa riguardava, dunque, solamente una situazione specifica, peraltro determinata dalla stessa sent. n. 151 del 2009.

La Corte risponde alzando una barriera anche rispetto ai suoi poteri e “liquidando” di fatto tutte le questioni come coperte da discrezionalità, evitando peraltro di approfondire il tema, con l'attivazione di appositi strumenti istruttori (audizioni) o anche attraverso un'autonoma ricerca di studi scientifici. Circostanza, quest'ultima, che aveva costituito la base nella sent. n. 162 del 2014, ricca di riferimenti internazionali e di documentazione scientifica¹².

Alla possibilità di un approfondimento in tal senso, che avrebbe potuto esplorare fino in fondo il raggio di scelta spettante al legislatore, la Corte contrappone frontalmente la dignità dell'embrione, considerato “vita” a tutti gli effetti e addirittura umanizzato nella rappresentazione del rapporto con altri soggetti¹³.

La Corte si spinge in questa ricostruzione a parlare della relazione fra un embrione, non utilizzabile, e una coppia che non lo può o non lo vuole utilizzare come relazione fra “figlio” e “genitori” e a ipotizzare un parallelismo fra il principio del “consenso informato”, che spetta a tutte le “persone”, e la posizione dell'embrione, che “qualora sia considerato persona non può prendere una decisione su ciò che lo concerne, tanto meno quando questa implichi la sua estinzione” (punto n. 10.2).

Ma l'aspetto più discutibile è che la raffigurazione giuridica di questa relazione appoggi su una dichiarazione fideistica di soggezione alla “dignità” dell'embrione “umanizzato” e che, a sua volta, essa sia alimentata da e alimenti la convinzione che ci sia una divisione fra gli scienziati sulla natura stessa dell'embrione e sulla natura delle sue potenzialità in relazione alla ricerca scientifica. Se la Corte

genetica pre impianto, in G. BALDINI (a cura di), *Persona e famiglia nell'era del Biodiritto. Verso un diritto comune europeo per la bioetica*, Firenze University Press, Firenze, 2015, p. 183 ss.

¹¹ Rispetto all'utilizzo degli embrioni non destinati all'impianto, non solo a seguito di diagnosi genetica preimpianto che abbia accertato una malattia geneticamente trasmessa, si vedano le possibilità delineate da B. LIBERALI, *Il destino degli embrioni creati nell'ambito delle procedure di fecondazione medicalmente assistita*, in M. D'AMICO – B. LIBERALI (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, p. 57 ss.

¹² Si vedano innanzitutto i saggi raccolti in M. D'AMICO – M. P. COSTANTINI (a cura di), *L'illegittimità costituzionale del divieto della “fecondazione eterologa”. Analisi critica e materiali*, FrancoAngeli, Milano, 2014, e, in particolare, M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. “fecondazione eterologa”*, ivi, p. 13 ss.

¹³ Sul tema, v. le riflessioni, che, contro l'“umanizzazione” dell'embrione, sottolineano come l'embrione possa evolversi in una persona, ma anche in una non-persona, di C. FLAMIGNI, *Nuove acquisizioni in embriologia: lo sviluppo della struttura embrionale*, in M. MORI (a cura di) *Quale statuto per l'embrione umano. Problemi e prospettive*, Politeia, Biotechne, Milano, 1991; C. FLAMIGNI – M. MORI, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita. Paradigmi a confronto*, Il saggiatore, Milano, 2005, p. 104 ss. In senso opposto v. L. EUSEBI, *Beni penalmente rilevanti e tecniche di procreazione*, in L. FIORAVANTI (a cura di), *La tutela penale della persona*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 46 ss.

avesse ascoltato gli scienziati o se fosse stata a conoscenza di tutta la letteratura scientifica rilevante in argomento, avrebbe sicuramente scoperto un quadro diverso da quello ipotizzato nella sua decisione, come giustificazione a un totale rinvio al legislatore¹⁴.

Va, inoltre, osservato che, con questa ricostruzione sulla natura e sui diritti dell'embrione, la Corte contraddice i propri precedenti, a partire dalla sent. n. 27 del 1975, dove il Giudice costituzionale, facendo cadere la punizione penale dell'aborto di donna consenziente, stabilita dal codice Rocco, affermava 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"; affermazione mai più contraddetta, che diventerà la *ratio* della legge n. 194 del 1978, una legge che la stessa Corte costituzionale definisce "a contenuto costituzionalmente vincolato" (sent. n. 35 del 1997) e, come tale, non abrogabile in via referendaria, a differenza della legge n. 40 del 2004.

Soprattutto, la decisione è in contraddizione con la giurisprudenza costituzionale sulla legge n. 40 del 2004, che, di fatto, ha riscritto in modo ragionevole la disciplina, superando molti profili rigidi che limitavano la possibilità dei cittadini di ricorrere all'aiuto della scienza. Facendo cadere il divieto assoluto dei tre embrioni e consentendone la crioconservazione¹⁵, ammettendo la fecondazione eterologa¹⁶ e autorizzando l'accesso alla diagnosi preimpianto e, quindi, alle tecniche di riproduzione assistita anche alle coppie non sterili, ma portatrici di gravi malattie genetiche¹⁷, la Corte rinnega la scelta ideologica del legislatore di considerare soltanto la posizione astratta dell'embrione, a scapito di tutte le altre.

La Corte, nelle sue precedenti decisioni, riesce a modificare la legge, consentendole di bilanciare la posizione dell'embrione con "le giuste esigenze della procreazione", adottando pronunce che ampliano la possibilità di accesso alla legge, senza modificarne totalmente l'impianto.

Questa pronuncia si pone in contraddizione anche con quel filone giurisprudenziale, inaugurato prima della sent. n. 151 del 2009 e a cui quest'ultima fa riferimento, che, in materie dominate dalla scienza, predilige norme elastiche ed aperte; norme, che consentano allo scienziato o al medico di "fare il proprio mestiere"¹⁸. Del resto, la nostra Costituzione afferma solennemente che l'arte e la scienza sono "libere" e che libero ne è l'insegnamento, esprimendo una posizione sul ruolo dello scienziato, che alcune scelte legislative e alcune posizioni politiche recenti vorrebbero rimettere in discussione¹⁹.

Anni di decisioni coraggiose, costruite pazientemente passo dopo passo, spazzati via improvvisamente per far risorgere il furore ideologico di una legge che, in nome del valore astratto dell'embrione, assottigliato contro tutti, ha negato alle coppie la possibilità di diventare genitori e ora nega ai citta-

¹⁴ Si vedano C. FLAMIGNI, *La questione dell'embrione. Le discussioni, le polemiche, i litigi sull'inizio della vita personale*, Dalai editore, Milano, 2010, e E. Cattaneo, *Fecondazione, Consulta: "No a ricorso su ricerca embrioni"*, intervista in www.repubblica.it, 22 marzo 2016.

¹⁵ Corte cost., sent. n. 151 del 2009, cit.

¹⁶ Corte cost., sent. n. 162 del 2014, cit.

¹⁷ Corte cost., sent. n. 96 del 2015, in *Giur. cost.*, 2015, p. 789 ss.

¹⁸ Sia consentito il rinvio alle più ampie considerazioni e ai riferimenti alla giurisprudenza costituzionale in materia contenuti in M. D'AMICO, *Le questioni "eticamente sensibili" fra scienza, giudici e legislatore*, in www.forumcostituzionale.it, 5 novembre 2015.

¹⁹ Sul tema v. le considerazioni di C. FLAMIGNI, *Il primo libro della sterilità. I problemi clinici e psicologici, la diagnosi e le cure ordinarie*, UTET, Torino, 2008, p. 465 ss.

dini e agli scienziati la possibilità di offrire embrioni che non diventeranno mai “persone” alla ricerca scientifica finalizzata alla vita umana in generale e alla salute della collettività.

Ma l’aspetto, che più mi preme sottolineare, non è tanto quello della incoerenza di questa decisione con i suoi precedenti, quanto quello della incongruenza con il corretto sviluppo del ragionamento giuridico.

Se l’embrione fosse davvero vita umana con la stessa dignità di una persona, diventerebbe allora inconcepibile anche soltanto immaginare che la soluzione più rispettosa per la sua dignità sia quella di lasciarlo abbandonato.

Per quella vita e per quella dignità bisognerebbe costruire soluzioni alternative all’abbandono che non potrebbero essere altro che la donazione ad altre coppie o alla ricerca.

Solo ascoltando gli scienziati, d’altra parte, la Corte avrebbe potuto disegnare più precisamente i confini e i limiti del proprio sindacato rispetto al legislatore. La Corte, escludendo un proprio e diretto intervento su tale profilo, sembra permettere allo spirito originario, assolutista e ideologico della legge n. 40 del 2004, quello dell’embrione “contro tutti”, di risuscitare.

La Corte avrebbe potuto accertare le opinioni corrette da un punto di vista scientifico, verificando se davvero ci sia rispetto alla libertà di ricerca sugli embrioni quella divisione che viene esposta in modo così netto nella sua decisione. Avrebbe, così, potuto scoprire che oggi, in Italia, alla luce delle normative europee e internazionali, agli scienziati è consentito fare ricerca sugli embrioni, importandoli dall’estero²⁰. Avrebbe potuto rendersi conto della natura reale del problema e delle sue implicazioni, per dare conto ai cittadini in modo pieno e indiscutibile della propria risposta.

Ma, insisto, l’oggetto del giudizio della Corte costituzionale non riguardava la portata generale del divieto, bensì una situazione più circoscritta, legata alla sorte di embrioni che, per usare le parole del Giudice costituzionale, non avrebbero mai potuto essere “figli”, per decisione della coppia (perché la coppia non avrebbe voluto o potuto avere altri figli, perché quegli embrioni avrebbero potuto essere quelli ritenuti inutilizzabili dopo una diagnosi preimpianto, perché, in ogni caso, la coppia non li avrebbe mai destinati ad altra coppia).

Rispetto a questa situazione e alla possibilità di dare una risposta, la Corte avrebbe anche potuto scegliere di adottare tecniche decisorie rispettose dello spazio di discrezionalità riservato al legislatore, che non è garantito soltanto da decisioni di inammissibilità, che lasciano insoluto il problema, bensì anche da pronunce interpretative di rigetto, che ricercano in via interpretativa una soluzione, e, soprattutto, nel caso in cui si voglia anche vincolare il legislatore ad occuparsi del problema, da additive di principio²¹. Le additive di principio, che si ispirano alle decisioni di incompatibilità tedesche, non hanno avuto finora molta fortuna nel nostro ordinamento, a causa dell’inerzia del legislatore (pensiamo, da ultimo, alla sent. n. 170 del 2014, che vincola il legislatore all’adozione di una disciplina delle unioni civili con “estrema sollecitudine” e a cui finora non è stata data ancora una rispo-

²⁰ Rispetto al diverso profilo relativo alla ricerca scientifica sulle cellule staminali si veda E. DOLCINI, *Ricerca su cellule staminali embrionali importate dall'estero e legge penale italiana*, in *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, 2006, II, p. 450 ss.

²¹ Sul tema vi vedano ancora G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit.

sta)²². E, tuttavia, forse il Giudice costituzionale potrebbe provare a utilizzare in modo più forte lo schema della decisione di incompatibilità, che è una pronuncia di incostituzionalità e che solo in alcuni casi consente l'applicazione delle norme dichiarate incostituzionali fino all'intervento del legislatore²³.

Almeno, se anche non avesse voluto fare nulla di tutto ciò, alla luce di un reale approfondimento dei termini scientifici del problema, la Corte avrebbe potuto richiamare il legislatore a individuare una soluzione a un problema, peraltro determinato dalla stessa decisione n. 151 del 2009. Il fatto che nella decisione non sia contenuto neanche un monito all'intervento del legislatore conferma il ragionamento fatto finora: la Corte preferisce fare un passo indietro, non dare alcuna indicazione al legislatore e, in fondo, lasciare che il problema rimanga irrisolto. E questo in nome della "dignità" dell'embrione.

Peraltro, non si affronta nella sentenza il profilo della dignità delle coppie, che vengono lasciate nell'incertezza del futuro dei "loro" embrioni: chi assicura loro che cosa potrà succedere fra 20-30 anni? Chi assicura che quegli embrioni non vengano prodotti in provetta e magari destinati, una volta nati, proprio alla ricerca? È noto che l'alternativa degli scienziati alla ricerca sugli embrioni sia quella sulle persone "in carne ed ossa": e non tutti i Paesi nel mondo hanno rispetto della dignità, anche di quella delle persone²⁴.

2. La Scienza davanti alla Corte

La chiusura ideologica sulla questione si esprime anche nella rigidità delle risposte alle parti e ai soggetti intervenienti.

²² Rispetto alle problematiche sottese all'introduzione nel nostro ordinamento delle unioni civili, si rinvia alle più ampie considerazioni svolte in M. D'AMICO, *L'approvazione del ddl Cirinnà fra riconoscimento dei diritti e scontro ideologico*, in www.federalismi.it, 9 marzo 2016.

²³ Si tratta di decisioni elaborate e utilizzate dal Tribunale costituzionale tedesco, che, dichiarando l'incompatibilità della legge con la Costituzione, non espunge la norma oggetto del giudizio dall'ordinamento giuridico, ma permette al legislatore di intervenire e porre rimedio al vuoto che si creerebbe con l'annullamento della norma medesima (talvolta il Tribunale costituzionale indica anche, nella sentenza, un termine che il legislatore deve rispettare, pena la produzione del vuoto legislativo dopo la sua scadenza). In tema v. per tutti G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica Federale Tedesca. Tipologie decisorie e Nachbesserungspflicht nel controllo di costituzionalità*, Giappichelli, Torino, 2002.

²⁴ Sulle problematiche sottese si vedano S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2013, e, con particolare riguardo alla dignità umana, F. BARTOLOMEI, *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1987, e A. PIROZZOLI, *Il valore costituzionale della dignità*, Aracne, Roma, 2007.

In senso critico rispetto ad alcuni esiti del neocostituzionalismo, per cui il giudice, quando il suo foro interiore non aderisce al foro esterno, dovrebbe intervenire, anziché arrestarsi dinanzi alla insindacabile discrezionalità legislativa, v. N. ZANON, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quad. Cost.*, 2015, p. 919 ss. e in part. 928. L'A. fa notare che "quando si sostiene che il silenzio o l'inerzia del legislatore democratico-rappresentativo nell'accogliere il nuovo diritto o il nuovo valore legittimerebbero l'innovazione giurisprudenziale, si dimentica (o si finge di ignorare) la banale verità che la discrezionalità legislativa si esercita non solo nella espressione di nuove scelte normative, ma anche nella stessa tacita conservazione, nel tempo, delle opzioni normative già affermate nell'ordinamento (purché, certo, esse non siano «diventate» incostituzionali...). Inoltre, quel che non si decide in sede politico-rappresentativa, non per ciò solo va deciso in altre sedi, giacché, com'è ovvio, bisognerebbe in primo luogo chiedersi se la mancata decisione non racchiuda in realtà una decisione negativa, comunque da rispettare".

Purtroppo, le parti del giudizio *a quo* si sono costituite tardivamente e hanno insistito sulla richiesta di riammissione in termini, con argomenti che la Corte si dà carico di confutare in modo preciso in una separata ordinanza di cui ha dato lettura in udienza.

Ciò non toglie che la vicenda fa riflettere, perché la decorrenza del termine di costituzione dalla pubblicazione dell'ordinanza sulla Gazzetta Ufficiale crea spesso problemi, proprio per la sua eccentricità rispetto alle regole dei processi comuni. E questa norma esprime una concezione soltanto oggettiva del processo costituzionale²⁵, svalutando completamente il ruolo della parte, che, appunto, non è necessaria alla definizione del giudizio stesso.

La carenza del contraddittorio, però, incide anche sul corretto modo di giudicare del Giudice costituzionale tanto che ci si può domandare se, oggi, soprattutto dinanzi alle grandi questioni, non si possa modificare questa regola rigida, che esprime quello che Carnelutti, ancor prima che la Corte iniziasse a funzionare, aveva individuato come limite del futuro "giudice costituzionale", e cioè, detto altrimenti, che il ruolo della parte potesse ridursi a quello di "una marionetta"²⁶.

La Corte, però, forse con esclusivo riferimento alla tardività della costituzione, ritiene inammissibile anche l'intervento dell'associazione *Vox-diritti*, richiamando la sua giurisprudenza consolidata sul punto, ma anche in modo preciso le finalità statutarie dell'associazione, sottolineandone la "genericità" rispetto alla questione.

Rispetto al ruolo delle associazioni che, spesso, intervengono nel giudizio costituzionale non tanto sperando che la Corte cambi orientamento e apra il suo contraddittorio, quanto piuttosto per far valere, almeno per iscritto, un punto di vista utile alla discussione di una questione rilevante dal punto di vista generale, occorre fare qualche riflessione²⁷.

Come si è detto, nella maggior parte dei casi, le associazioni intervengono sapendo di non poter parlare all'udienza, ma impegnandosi nell'atto di costituzione e nella memoria a portare argomenti utili al Giudice costituzionale.

Sotto questo profilo, credo che sia giunto il momento per immaginare una modifica delle norme integrative per consentire agli "amici curiae" di depositare gli atti scritti, senza chiedere di essere sentiti, o, in ogni caso, lasciando il potere dell'eventuale integrazione del contraddittorio allo stesso Giudice costituzionale.

²⁵ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, in *Enc. Dir.*, XXXVI, 1987, Giuffrè, Milano, p. 611.

²⁶ Si veda ancora M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, cit.

²⁷ In dottrina, per le ragioni a favore di una apertura del contraddittorio a tali soggetti, definibili *amici curiae*, v. per tutti R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 115 ss.; sull'importanza delle memorie scritte depositate dinanzi alla Corte da soggetti particolarmente qualificati v. R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in AA. VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 208, il quale sottolinea la contraddittorietà dell'atteggiamento della Corte costituzionale, che spesso non si pronuncia sull'intervento inammissibile ma poi dà conto degli argomenti portati dalle parti nelle memorie scritte (cfr. la sent. n. 271 del 2013, che menziona le ragioni di Federfarma).

V., per la giurisprudenza, quanto avviene in sede di giudizio di ammissibilità del *referendum* abrogativo, in cui la Corte ammette il deposito di memorie dei comitati per il no, non consentendo loro di partecipare alla camera di consiglio: cfr. le sent. nn. 31, 41, 42, 43, 45, 46, 47, 49 del 2000 e, successivamente, 42 del 2003 e 45 del 2005.

Sarebbe in tal senso molto utile una disciplina simile a quella della Corte europea dei diritti dell'uomo, dove gli interventi degli "amici curiae" sono ammessi, ma solo entro rigorosi limiti quantitativi e, alla luce della giurisprudenza della Corte EDU, soltanto per portare argomenti "nuovi", non sviluppati nel ricorso principale; in parole più semplici, solo se costituiscono un arricchimento e non un appesantimento del contraddittorio²⁸.

E la stessa possibilità di far ascoltare alla Corte costituzionale la voce dei cittadini, che non sono parti del giudizio *a quo*, appare ancora più importante alla luce della natura solo incidentale del nostro giudizio e della carenza dell'azione diretta.

Nella decisione, invece, la chiusura al contraddittorio si riflette anche sulla richiesta dell'attivazione dei poteri istruttori, che viene liquidata dalla Corte costituzionale, in quanto proveniente da soggetti costituiti "fuori termine" o il cui intervento è stato ritenuto "inammissibile". La Corte pare, quindi, dimenticarsi che, in generale, i poteri istruttori formali sono prima di tutto poteri d'ufficio, che avrebbero potuto, e dovuto, come abbiamo appena spiegato, essere attivati in questo caso indipendentemente dalle parti, ma in via autonoma²⁹.

Le parti, nel presente giudizio, consapevoli dei propri limiti, avevano voluto dare un "suggerimento" al Giudice costituzionale. In linea generale, come fa il legislatore, la Corte costituzionale nelle grandi questioni in cui è coinvolta la "scienza" dovrebbe anche sentire, se possibile, gli scienziati o chiedere loro di rispondere a domande scritte, come fa normalmente il Tribunale costituzionale tedesco nelle grandi questioni in cui la misura del proprio operato si deve necessariamente basare su una conoscenza reale e non ideologica del problema (si pensi alla famosa decisione in tema di aborto³⁰, dove, soltanto grazie alle risposte chieste al Max Planck Institut, il BVerfG riesce a superare la barriera ideologica della necessità di punire penalmente la donna che abortisce, in quanto "omicida", alla luce del diritto alla vita del nascituro).

3. Il ruolo ambiguo della sentenza Parrillo

Infine, qualche osservazione su un altro profilo che lascia perplessi: la lettura e la soggezione ai principi enunciati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza *Parrillo c. Italia*³¹.

²⁸ Viene innanzitutto in rilievo l'art. 44 (*Third-party intervention*) del Regolamento della Corte Edu, oltre che gli articoli contenuti dell'Appendice al Regolamento (artt. A1, A2, A5 e A6).

²⁹ Sui poteri istruttori della Corte costituzionale v. T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, cit.; tra gli sporadici casi in cui la Corte, "sfruttando" la possibilità di attivare i suoi poteri istruttori (cfr. l'art. 13 della legge n. 87 del 1953 e l'art. 12 delle Norme integrative per i giudizi dinanzi alla Corte costituzionale), ha fatto ricorso ai propri poteri istruttori, v. l'ord. n. 109 del 1975 (accertamento sui requisiti di ammissibilità del ricorso), l'ord. n. 308 del 1986 (accertamento in tema di rilevanza); l'ord. n. 230/1982 (accertamento dell'interesse a ricorrere); le ordd. nn. 48 del 1958 e 91 del 1969 (accertamento dell'esistenza di vizi formali della legge, mediante un esame dell'*iter legis* svoltosi all'interno delle Camere; negli ultimi cinque anni invece la Corte costituzionale non ha mai utilizzato in modo formale e diretto tali poteri.

³⁰ Sulla pronuncia del Tribunale costituzionale tedesco e sul ruolo della scienza dinanzi a quest'ultimo nel noto caso indicato nel testo ci si permette di rinviare a M. D'AMICO, *Donne e aborto nella Germania riunificata*, Giuffrè, Milano, 1994.

³¹ Sentenza del 27 agosto 2015 (ric. n. 46470/11); sulla pronuncia, cfr. V. ZAGREBELSKY, "*Parrillo c. Italia*". *Il destino degli embrioni congelati tra Convenzione europea dei diritti umani e costituzione (Nota a Corte eur. Dir. Uomo Grande camera 27 agosto 2015 (Parrillo c. Italia))*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 609 ss. e,

Questa sentenza, esattamente come nel caso della sent. n. 162 del 2014 sulla fecondazione eterologa, esprime anche processualmente un rapporto molto stretto fra Corte costituzionale e Corte EDU nella soluzione della questione: la Corte, infatti, sospende il giudizio, in attesa della pronuncia della Corte europea sul caso *Parrillo c. Italia*, anche se le parti erano diverse così come diversi erano anche i termini della questione.

Davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo era, infatti, in discussione il principio della libertà di ricerca scientifica, sia pure limitatamente al profilo della possibilità di destinare alla ricerca gli embrioni soprannumerari e abbandonati; davanti alla Corte EDU, invece, la richiesta era circoscritta al riconoscimento dell'embrione come "proprietà" della donna (che era vedova e che, quindi, non avrebbe potuto accedere alla fecondazione assistita, alla luce dei divieti della legge n. 40 del 2004 sulla fecondazione *post mortem*)³².

Nelle more del giudizio davanti alla Corte costituzionale, quest'ultima, però, decide di ridefinire in linea di principio i rapporti con la Corte europea e, nella sent. n. 49 del 2015, afferma in modo perentorio che il rapporto fra ordinamento interno e sovranazionale non comporta che il Giudice costituzionale sia vincolato a qualsiasi decisione della Corte europea, ma, invece, occorre che si tratti di una "giurisprudenza consolidata".

La decisione, come è noto, ha fatto molto discutere e non sono mancati i commenti di stampo molto diverso. In ogni caso, proprio nella sentenza *Parrillo*, la Corte europea ne prende atto in modo molto critico, giustificando la propria apertura a un ricorso "diretto" della cittadina italiana davanti al Giudice europeo, senza aver esperito tutti i gradi di giudizio interni, anche per il livello insufficiente di applicazione della Convenzione e della sua giurisprudenza da parte dei giudici italiani, dopo le determinazioni della sent. n. 49 del 2015.

Smentendo quest'ultima, nella decisione che si commenta, la Corte costituzionale pone a fondamento della propria pronuncia non il principio "di diritto" della sentenza della Corte EDU (che, d'altra parte, come si è visto, non era attinente al caso, in quanto limitato a statuire se l'embrione fosse "proprietà" della donna in relazione all'art. 1 del Protocollo Addizionale n. 1 alla Convenzione europea e, in secondo luogo, se fosse o meno nella disponibilità della ricorrente, in quanto espressivo del suo diritto alla vita privata, disporre liberamente degli embrioni fecondati, destinandoli ad attività di ricerca scientifica), ma alcune affermazioni contenute nella sentenza europea e assurte dal Giudice costituzionale a principi da rispettare nella propria statuizione. Una smentita immediata, quindi, della sent. n. 49 del 2015.

volendo, M. D'AMICO, *La Corte europea come giudice "unico" dei diritti fondamentali? Note a margine della sentenza, 27 agosto 2015, Parrillo c. Italia*, cit., p. 1 ss.

³² Pertanto, nel caso deciso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo la vedova lamentava la violazione degli art. 8 della Cedu (*Diritto al rispetto della vita privata e familiare*) e dell'art. 1 del Protocollo addizionale 1 della Cedu (sulla tutela del diritto di proprietà privata); nel giudizio *a quo* da cui è scaturita la sentenza qui in commento, invece, le questioni di legittimità costituzionale sono state sollevate dal Tribunale di Firenze nell'ambito di un giudizio cautelare promosso ex art. 700 del codice di procedura civile, nel quale la ricorrente, sottopostasi ad un trattamento di procreazione medicalmente assistita, ed il suo coniuge chiedevano al giudice di ordinare al centro medico dove la fecondazione assistita era avvenuta di riconsegnare loro gli embrioni prodotti al fine di destinare i nove embrioni risultati non impiantabili alla ricerca scientifica connessa alla propria patologia genetica. I parametri costituzionali invocati in questo caso sono gli artt. artt. 2, 3, 9, 13, 31, 32 e 33 Cost.

La Corte costituzionale ritiene, invece, vincolanti ragionamenti che la Corte europea svolge sulla complessità della materia oggetto del suo scrutinio e sulla normazione differente nei singoli Stati contraenti: affermazioni, queste ultime, che, unite a considerazioni sulla natura dell'embrione, inteso quale materiale biologico e non essere vivente³³ e, in ogni caso, come "problema" della scienza, hanno portato il Giudice europeo soltanto ad escludere che il legislatore italiano abbia oltrepassato il proprio margine di apprezzamento, sotto quel determinato profilo, e non in relazione alla libertà di ricerca scientifica protetta dall'art. 10 della Convenzione, rispetto alla quale il ricorso era stato in prima battuta dichiarato inammissibile per difetto della qualità di vittima della ricorrente.

Vero è che la lettura della sentenza *Parrillo* non costituisce e non esaurisce il fondamento della motivazione, ma è, tuttavia, significativa dell'enfasi che il Giudice costituzionale pone su semplici affermazioni della sentenza europea, in contraddizione con il ragionamento, viceversa, sviluppato nella sent. n. 49 del 2015.

In conclusione, la Corte costituzionale non ascolta gli scienziati, svaluta la portata delle sue precedenti decisioni sulla legge n. 40 del 2004 e, in generale, sulle questioni scientifiche e offre una risposta sul piano generale e non sulla questione di costituzionalità sollevata, rifugiandosi in quello che, purtroppo, sembra essere diventato un "*leit motiv*" delle decisioni più recenti: il rinvio alla discrezionalità legislativa, sancito con una pronuncia di inammissibilità. Lo spazio demandato al legislatore, però, risulta molto ampio e, ove non adeguatamente approfondito, può determinare un passo indietro rispetto al proprio ruolo di garante della Costituzione e un passo avanti nel nulla, dal momento che il legislatore è inerte, soprattutto di fronte a temi complessi.

Uno scenario complicato, che rischia di lasciare un campo troppo vasto di diritti negati, che sarà coperto, andando in alcuni casi oltre i propri poteri, dai giudici comuni, come del resto è avvenuto, in modo parziale e contraddittorio, nell'ambito delle unioni civili³⁴.

³³ Cfr. il §158 della pronuncia, dove si afferma che "*the embryos contain the genetic material of the person in question and accordingly represent a constituent part of that person's genetic material and biological identity*".

³⁴ Ci si riferisce alla giurisprudenza in tema di "stepchild adoption", che, prescindendo dal richiamo della Corte alla discrezionalità legislativa, ha disposto l'adozione di figli biologici di un componente di coppie omosessuali a favore dell'altro coniuge/convivente, ordinando la trascrizione della sentenza straniera che dispone all'estero l'adozione ovvero disponendo l'adozione medesima in Italia: cfr. le decisioni della Corte d'Appello di Milano, 16 ottobre 2015, n. 2543; del Tribunale per i minorenni di Roma, 22 ottobre 2015; del Tribunale per i minorenni di Roma, 23 dicembre 2015; della Corte d'Appello di Napoli, 30 marzo 2016.