

La resistenza del divieto di donazione di embrioni alla ricerca scientifica tra margine di apprezzamento europeo e deferenza al legislatore *

di Elisa Chierigato **
(4 giugno 2016)

1. Introduzione

Con la sentenza del 13 aprile 2016, n. 84, la Corte Costituzionale si è nuovamente pronunciata sulla legittimità costituzionale della legge 19 febbraio 2004, n. 40, recente "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita", rigettando la questione di legittimità costituzionale del divieto di revoca del consenso al trasferimento in utero degli embrioni ottenuti mediante tecniche di procreazione medicalmente assistita (di seguito: PMA) di cui all'art. 6, comma 3, u.c., e del divieto di sperimentazione sugli embrioni, di cui all'art. 13, commi 1, 2 e 3.¹

La l. 40/2004 è stata oggetto in più occasioni del sindacato della Corte, che ne ha profondamente mutato l'impianto originario censurandone alcune delle disposizioni più restrittive.² Per la prima volta, tuttavia, il giudizio si inquadra nell'ambito del delicato bilanciamento tra il diritto della ricerca scientifica (e la promozione della salute ad esso collegato) e la tutela dell'embrione, sollevando la controversa questione della sorte degli embrioni cd. "soprannumerari". Oggetto del giudizio è infatti, in particolare, la legittimità del

* Scritto sottoposto a *referee*.

¹ Corte Cost., sent. 13 aprile 2016, n. 84, decisa il 22 marzo 2016. Pres. Grossi, Red. Morelli. Per una prima nota alla decisione della Corte si veda V. TIGANO, "De Dignitate non disputandum est? La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla PMA", *Diritto Penale Contemporaneo*, 8 maggio 2016.

² Come noto, la Corte Costituzionale ha modificato profondamente la disciplina della procreazione medicalmente assistita, pur in assenza di interventi da parte del legislatore. La Corte Costituzionale ha dichiarato così l'illegittimità costituzionale di numerosi divieti su cui si fondava l'impianto restrittivo della l. 40/2004. Si trattava di:

- il divieto di produzione di embrioni in numero superiore a tre e dell'obbligo di procedere ad un unico e contemporaneo impianto, così ammettendo la crioconservazione degli embrioni (sent. n. 151 del 2009);
- il divieto assoluto di fecondazione eterologa (sent. n. 162 del 2014);
- il divieto di diagnosi preimpianto alle coppie fertili, portatrici di malattie genetiche trasmissibili, al fine di non trasferire in utero degli embrioni affetti da patologie genetiche (sent. n. 96 del 2015) ed il relativo reato di selezione degli embrioni (sent. n. 229 del 2015).

Sulla trasformazione per via giurisprudenziale della disciplina della PMA, si rimanda, più ampiamente, a F. ANGELINI, "Procreazione medicalmente assistita", in *Dig./Disc. Pubbl.*, Agg., VI, 2015, p.375 ss.; A. D'ALOIA, "L'(ex) 40", *Quaderni Costituzionali*, 4, 2015, p. 997 ss. ; ID., "Quel che resta della legge 40", *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 2/2014, p. 1 ss.; M. ABAGNALE, "La Procreazione Medicalmente Assistita nella metamorfosi della legge 40/2004", *Forum di Quaderni Costituzionali*, 22 gennaio 2015, disponibile all'indirizzo < <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2015/01/abagnale.pdf> >; E. DOLCINI, "La legge sulla procreazione assistita dieci anni dopo: la metamorfosi continua", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 4, 2014, p. 1669 ss.; P. SANFILIPPO, "La riscrittura giurisprudenziale della legge n. 40/2004: un caso singolare di eterogenesi dei fini", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2, 2015, p. 851 ss.

divieto di donazione degli embrioni alla ricerca scientifica, su cui si era pronunciata pochi mesi prima la Corte europea dei diritti dell'uomo nella causa *Parrillo c. Italia*.³

La decisione offre numerosi spunti di riflessione, in merito in particolare al ruolo della Corte costituzionale nel sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali. Per questo, dopo aver presentato brevemente la vicenda da cui origina la decisione in epigrafe, si analizzeranno le motivazioni della Corte alla luce della recente decisione della Corte EDU. Infine, si esporranno alcuni profili critici che la decisione della Corte ha sollevato in merito sia alla scelta di deferire il bilanciamento al legislatore sia alle argomentazioni utilizzate per giustificare tale decisione.

2. La vicenda

La pronuncia nasce dall'ordinanza di rimessione del Tribunale di Firenze nell'ambito di un procedimento d'urgenza ex 700 c.p.c. presentato da una coppia che chiedeva di intimare al centro medico cui si era rivolta di riconsegnarle gli embrioni prodotti in seguito al ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita (di seguito: PMA), all'epoca posti in crioconservazione, al fine di destinarli alla ricerca scientifica. Si trattava di dieci embrioni, nove dei quali considerati non impiantabili poiché non biopsabili o affetti dalla patologia genetica dell'esostososi e il restante ritenuto idoneo all'impianto, benché definito «materiale di media qualità».

I ricorrenti volevano destinare ad attività mediche diagnostiche e di ricerca scientifica connesse alla patologia genetica i nove embrioni non impiantabili e revocare il consenso al trasferimento in utero dell'unico embrione idoneo.⁴ Queste misure sono vietate dalla legge 40/2004, che reca, all'art. 13, il divieto assoluto di qualsiasi ricerca clinica o sperimentale

³ Corte europea dei diritti dell'uomo, causa *Parrillo c. Italia* (ric. 46470/11), sentenza della Grande Camera del 27 agosto 2015. Per un commento della sentenza, si veda V. ZAGREBELSKY, "'Parrillo c. Italia'. Il destino degli embrioni congelati tra Convenzione europea dei diritti umani e Costituzione", *Diritti umani e diritto internazionale*, 3, 2015, p. 609; V. TIGANO, "Divieto di sperimentazione sugli embrioni umani e Convenzione europea dei diritti dell'uomo", *Diritto penale contemporaneo*, 30 settembre 2015, disponibile all'indirizzo <http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/24-/-/4158-divieto_di_sperimentazione_sugli_embrioni_umani_e_convenzione_europea_dei_diritti_dell_uomo/>; M. D'AMICO, "La Corte europea come giudice "unico" dei diritti fondamentali? Note a margine della sentenza, 27 agosto 2015, *Parrillo c. Italia*", *Forum di Quaderni costituzionali*, 29 settembre 2015; G. CASABURI, "Ricerche embrionali: una occasione perduta della Corte europea (Osservaz. a Corte eur. diritti dell'uomo 27 agosto 2015, A.P.)", *Foro it.*, 10, 2015, p. 453 ss.; J. GILL, S. LEE "Parrillo v Italy: Is There Life in the European Court of Human Rights?", *Oxford Journal of Law and Religion*, 2015, p. 1.

⁴ Nelle more del giudizio, i ricorrenti avevano infine consentito al trasferimento di tale embrione, con esito negativo.

sull'embrione che non sia finalizzata alla tutela dello stesso,⁵ nonché il divieto, di cui all'art. 6, comma 3, di revoca del consenso alla PMA dopo l'avvenuta fecondazione dell'ovulo.⁶

Rilevando il possibile contrasto tra i divieti in esame e gli interessi costituzionalmente tutelati alla promozione della ricerca scientifica (di cui all'art. 9 e 31 Cost.) e alla tutela del diritto alla salute (di cui all'art. 32 e 2 Cost.), il Tribunale di Firenze, con ordinanza del 7 dicembre 2012 (r.o. 166/2013), sottoponeva il caso allo scrutinio della Corte Costituzionale, sollevando due questioni di legittimità costituzionalità⁷ relativamente a:

a) l'art. 13, comma 1, 2 e 3, recante il divieto assoluto di qualsiasi ricerca clinica o sperimentale sull'embrione che non risulti finalizzata alla tutela dello stesso, per contrasto con gli artt. 2, 3 (sotto il profilo della ragionevolezza), 9, 13, 31, 32 e 33, primo comma, della Costituzione;

b) l'art. 6, comma 3, ultimo capoverso, recante divieto di revoca del consenso alla procreazione medicalmente assistita (di seguito: PMA) dopo l'avvenuta fecondazione dell'ovulo, per contrasto con gli artt. 2, 3, 13, 31, 32 e 33, comma 1, della Costituzione.

3. Il divieto di revoca del consenso alla PMA

Invertendo l'ordine dei quesiti, la Corte ha proceduto preliminarmente a trattare la questione di legittimità dell'art. 6, comma 3, u.c., recante divieto di revoca del consenso alla PMA dopo l'avvenuta fecondazione dell'ovulo, per contrasto con gli artt. 2, 3, 13, 31, 32 e 33, comma 1, della Costituzione. Infatti, come emerge dall'ordinanza del giudice *a quo*, tale previsione, seppur sicuramente ridotta nella sua portata per effetto delle precedenti pronunce della Corte, «rappresenta comunque una palese violazione del principio regolativo del rapporto medico/paziente, posto che il paziente viene espropriato della possibilità di revocare l'assenso al medico di eseguire atti sicuramente invasivi della

⁵ L. 40/2004, art. 13: «1. È vietata qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano.

2. La ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano e' 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».

⁶ L. 40/2004, art. 6: «3. La volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma fino al momento della fecondazione dell'ovulo».

⁷ I quesiti posti dal giudice *a quo* erano formalmente tre, relativamente alla legittimità costituzionale dell'art. 13 complessivamente considerato, dell'art. 13, commi 1, 2, e 3, e dell'art. 6, comma 3, u.c.. La Corte, procedendo ad una lettura sistematica del dispositivo e della motivazione dell'ordinanza di rimessione, ha riunito in due questioni di legittimità costituzionale limitandole all'art. 13, comma 1, 2e 3 e all'art. 6, comma 3, u.c., rigettando le eccezioni di inammissibilità presentate dall'Avvocatura dello Stato.

propria integrità psicofisica», realizzando una vistosa deroga ai principi di libertà di autodeterminazione nel trattamento sanitario.

La questione sollevata riguardava quindi il tema del consenso informato nel trattamento sanitario, considerato oramai come condizione indispensabile per la legittimità del percorso terapeutico in quanto espressione del diritto di autodeterminazione.⁸

La Corte non affronta tuttavia il tema, dichiarando inammissibile la questione «per il carattere meramente ipotetico, e non attuale, della sua rilevanza». Infatti, la ricorrente, dopo un'iniziale contrarietà all'impianto dell'unico embrione ritenuto idoneo a fini riproduttivi, aveva comunque accettato di portare a termine il trattamento di PMA con il trasferimento in utero; per questo, sarebbe oramai inattuale ogni interesse a dirimere la questione riguardante la revoca del consenso all'impianto, a nulla valendo l'intenzione dei ricorrenti di ripetere il ciclo di PMA in futuro.

4. Il divieto di ricerca sperimentale sull'embrione

Più articolata è invece la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, comma 1, 2 e 3, recante il divieto assoluto di qualsiasi ricerca clinica o sperimentale sull'embrione che non risulti finalizzata alla tutela dello stesso, per contrasto con gli artt. 2, 3 (sotto il profilo della ragionevolezza), 9, 13, 31, 32 e 33, primo comma, della Costituzione.

4.1 La sorte degli embrioni soprannumerari nel quadro giuridico italiano.

Il quesito si colloca nell'ambito della complessa vicenda relativa agli embrioni cd. "soprannumerari", ossia di quegli embrioni prodotti nell'ambito delle tecniche di PMA e crioconservati per i quali non è più realizzabile l'iniziale progetto parentale e per i quali sia stato accertato lo stato di "abbandono".⁹ La sorte di tali embrioni costituisce un rilevante problema bioetico e giuridico. Nei vari Paesi che hanno disciplinato il fenomeno, sono emerse tre opzioni:¹⁰

- la possibilità (o l'obbligo) di distruggere gli embrioni crioconservati soprannumerari dopo alcuni anni dalla loro produzione;
- la possibilità che gli embrioni soprannumerari, in stato di definitivo e accertato abbandono, possano essere destinati alla ricerca scientifica, anche quando tali pratiche ne prevedano la distruzione, purché col consenso dei loro genitori;

⁸ A sostegno di ciò, il giudice *a quo* cita Corte Cost., sent. n. 438/2008; Cass., sent. n. 10014/1994; Cass. sent. n. 364/1997; Cass. sent. n. 7027/2011; Cass. sent. n. 5444/2006; Cass. sent. n. 26972/2008; Cass. sent. n. 10741/2009; Cass. sent. n. 2847/2010; Cass., Sez. III, sent. n. 16543/2011.

⁹ Cfr. DM Ministero della Salute, 11 aprile 2008, recante "Linee guida esplicative in materia di procreazione medicalmente assistita", che distingue due diverse tipologie di embrioni crioconservati: «la prima, quella degli embrioni che sono in attesa di un futuro impianto, compresi tutti quelli crioconservati prima dell'entrata in vigore della legge n. 40/2004, e la seconda, quella degli embrioni per i quali sia stato accertato lo stato di "abbandono" (...)».

¹⁰ Cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *L'adozione per la nascita (APN) degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (p.m.a)*, Parere del 18 novembre 2005, disponibile all'indirizzo < <http://presidenza.governo.it/bioetica/testi/APN.pdf>>.

- la possibilità che gli embrioni soprannumerari siano messi a disposizione di eventuali altre coppie intenzionate ad assicurare il loro trasferimento e la loro nascita (cd. Adozione per la nascita).

In Italia, il problema della sorte di tali embrioni è quanto mai attuale, anche in ragione della recente depenalizzazione delle tecniche eterologhe di fecondazione artificiale e della selezione degli embrioni per l'impianto. Inizialmente, la legge 40/2004 vietava la produzione di embrioni soprannumerari; il divieto è tuttavia decaduto con la sentenza n. 151 del 2009, che, come noto, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di produzione di embrioni in numero superiore a tre e dell'obbligo di procedere a un unico e contemporaneo impianto, così rendendo nuovamente possibile la crioconservazione degli embrioni.¹¹ Inoltre, a seguito delle recenti sentenze nn. 96 e 229 del 2015 che hanno dichiarato l'illegittimità del divieto di diagnosi preimpianto e del relativo reato di selezione degli embrioni, gli embrioni possono essere oggetto di diagnosi preimpianto e possono essere scartati per l'impianto qualora ritenuti inidonei a fini riproduttivi. Nondimeno, permangono sia il divieto di sopprimere gli embrioni prodotti da PMA, sia la loro donazione per finalità di ricerca scientifica o per finalità riproduttive.

La l. 40/2004, nulla dicendo in positivo sulla sorte degli embrioni congelati e abbandonati, lascia quindi come unica opzione la loro conservazione in stato di congelamento fino al momento della loro estinzione naturale, ossia, allo stato attuale delle conoscenze scientifiche, per un tempo indeterminato.¹²

Sul punto, si è pronunciata recentemente la Consulta con la sentenza del 22 ottobre 2015, n. 229, che, come noto, ha sancito l'illegittimità dell'ipotesi di reato di selezione di embrioni per l'impianto, la Corte ha trattato anche della legittimità costituzionale del divieto, penalmente sanzionato all'art. 14, commi 1 e 6, l. 40/2004, di soppressione degli embrioni umani generati in provetta, ancorché affetti da patologie genetiche. Nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale del divieto, sollevata con riferimento agli artt. 2 e 3 della Costituzione e all'art. 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 8 della CEDU, la sentenza è stata occasione per ribadire lo statuto giuridico dell'embrione, con particolare riferimento all'embrione affetto da malattie genetiche. Infatti, «[a]nche con riguardo a detti embrioni, la cui malformazione non ne giustifica, sol per questo, un trattamento deteriore rispetto a quello degli embrioni sani creati in "numero [...] superiore a

¹¹ Cfr. DM Ministero della Salute, 1 luglio 2015, recente "Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita", cd. Linee Guida 2015: «La donna ha sempre il diritto ad ottenere il trasferimento degli embrioni crioconservati. Tutti gli embrioni non immediatamente trasferiti verranno congelati e crioconservati presso i centri dove le tecniche sono state effettuate e i relativi oneri sono a carico dei medesimi centri».

¹² Si ricordi che già all'indomani della pubblicazione della legge il Comitato Nazionale di Bioetica rilevava il problema della destinazione degli embrioni soprannumerari, avvertendo che la disposizione «che proibisce la distruzione di ogni singolo embrione prodotto da PMA, ivi compresi quelli crioconservati e in stato di abbandono, appare significativamente e in qualche misura incoerente. Tale incoerenza non concerne la rigida tutela legale della vita embrionale ... Il punto piuttosto è un altro; la legge nulla dice in positivo sul futuro destino degli embrioni congelati e abbandonati, lasciando ipotizzare tutto al più che essi, nel loro stato di crioconservazione, debbano essere custoditi fino al momento della loro estinzione naturale (momento peraltro allo stato attuale indeterminabile da parte della scienza)». Cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *L'adozione per la nascita*, cit..

quello strettamente necessario (...)” 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». ¹³ Per questo, la normativa incriminatrice denunciata non è manifestamente inammissibile in quanto «il vulnus alla tutela della dignità dell’embrione (ancorché) malato, quale deriverebbe dalla sua soppressione *tamquam res*, non trova però giustificazione, in termini di contrappeso, nella tutela di altro interesse antagonista». In altre parole, la tutela della dignità dell’embrione non permette in sé la soppressione di embrioni, ma la Corte lascia aperta la possibilità di mitigare tale tutela qualora sia giustificato da rilevanti interessi contrapposti.

3.2 La donazione di embrioni alla ricerca scientifica nel diritto europeo: il caso *Parrillo c. Italia*.

In merito al divieto di donare gli embrioni soprannumerari alla ricerca scientifica era chiamata a pronunciarsi anche la Corte europea dei diritti dell’uomo nella causa *Parrillo c. Italia*. Il caso riguardava una cittadina italiana che chiedeva di poter disporre di cinque embrioni creati attraverso tecniche di PMA (prima della promulgazione della legge 40/2004) e di donarli alla ricerca scientifica, non avendo potuto procedere al trasferimento in utero per la sopravvenuta morte del compagno. La ricorrente lamentava il contrasto del divieto di cui all’art. 13, l. 40/2004, con il suo diritto al rispetto della vita privata, di cui all’art. 8 CEDU, e il suo diritto al rispetto della proprietà, di cui all’art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU.

Preliminarmente, è interessante rilevare che la Corte di Strasburgo accetta di trattare il ricorso nonostante la ricorrente non avesse precedentemente adito un tribunale nazionale poiché, a giudizio dei giudici europei, l’ordinamento italiano non offrirebbe un ricorso effettivo in ordine alla violazione segnalata, su cui si fonda la regola del previo esperimento delle vie di ricorso interne *ex art. 35 CEDU*. ¹⁴ Per questo, alla luce di un’attenta ricostruzione del quadro giuridico italiano ed europeo in merito alla disciplina della PMA, la Gran Camera della Corte di Strasburgo ha proceduto a valutare l’ammissibilità del ricorso in merito ai due profili di violazione.

Con riferimento alla denunciata violazione dell’art. 1 del Protocollo addizionale, la Corte, senza esaminare la delicata e controversa questione del momento in cui inizia la vita umana, ha dichiarato l’inapplicabilità della disposizione sulla protezione della proprietà poiché gli embrioni non possono essere ricondotti al rango di “beni” (*possession*) (p. 215).

¹³ Corte Cost., sent. n. 229 del 2015.

¹⁴ Proprio in materia di PMA, la Corte europea rileva l’assenza di un ricorso “diretto” del cittadino alla Corte Costituzionale e la mancata affermazione nella prassi di procedere ad un’interpretazione convenzionalmente orientata della legislazione da parte dei giudici nazionali. Esempio, al riguardo, la circostanza che nella sentenza della Corte costituzionale in esame, allora pendente, non siano stati toccati profili convenzionali, ma solo i principi della Costituzione italiana di cui agli artt. 9 e 32. Sul punto, cfr. M. D’AMICO, “La Corte europea come giudice “unico” dei diritti fondamentali? ...”, *cit.*, che sottolinea le conseguenze sul piano tecnico-processuale della decisione, che rendono «sempre più problematico, ma anche più ricco dal punto di vista della tutela dei diritti fondamentali, il rapporto dei giudici italiani con quello europeo».

Al contrario, in merito alla presunta violazione del diritto al rispetto della vita privata, la Corte ha ritenuto applicabile l'art. 8 CEDU, riconoscendo che la possibilità di esercitare una scelta consapevole e meditata sul destino dei propri embrioni concerne un aspetto intimo della sua vita personale e riguarda conseguentemente il suo diritto all'autodeterminazione (p. 159), che rientra nell'ampio concetto di "vita privata" tutelata dall'art. 8. Pur tuttavia, la Corte EDU ha ritenuto ammissibile il divieto di sperimentazione sugli embrioni, poiché costituisce una limitazione legittima del diritto al rispetto della vita privata, essendo "necessaria in una società democratica" ai sensi dell'articolo 8 § 2 della Convenzione (p. 197). Infatti, secondo la Corte, il diritto di donare gli embrioni alla ricerca scientifica, ancorché importante, non è da considerare come uno dei *core rights* tutelati dall'articolo 8 della Convenzione in quanto «*it does not concern a particularly important aspect of the applicant's existence and identity*» (p. 174). Inoltre, in ragione della complessità etica della questione, che solleva "*delicate moral and ethical questions*", e dell'assenza di un consenso europeo sul punto (p. 176),¹⁵ agli Stati membri della Convenzione spetta un ampio margine di apprezzamento sulla scelta di disciplinare la pratica della donazione degli embrioni.¹⁶

Entro tale margine di apprezzamento, lo Stato comunque sottoposto al sindacato della Corte, che deve valutare se sia garantito il giusto equilibrio tra interessi statali e gli interessi delle persone direttamente interessate (p. 182). Nel caso di specie, ad avviso della Corte EDU il legislatore italiano avrebbe tenuto in considerazione tutti i vari interessi coinvolti già nel corso della procedura di elaborazione della l. 40/2004 (p. 187); perciò, ha

15 Dall'analisi della legislazione di quaranta Stati membri, la Corte EDU riporta che la ricerca sulle linee cellulari embrionali umane è permessa in diciassette Stati, cui si affiancano alcuni Stati che, pur non avendo disciplinato il fenomeno, hanno assunto un atteggiamento permissivo. Al contrario, quattro Stati hanno promulgato una legislazione che proibisce espressamente qualsiasi ricerca sulle cellule embrionali, ed altri permettono questo tipo di ricerca soltanto a condizioni ben precise. Per questo, «*Italy is therefore not the only member State of the Council of Europe which bans the donation of human embryos to scientific research*» (pp. 177-179).

16 La dottrina del margine di apprezzamento si è affermata in via giurisprudenziale come strumento per conciliare il sindacato di conformità della Corte europea dei diritti dell'uomo con un criterio di flessibilità che assicuri il rispetto delle diversità giuridiche, culturali e sociali dei Paesi firmatari della CEDU stessa. Ove infatti la Corte riconosca che un diritto non è strutturato in modo omogeneo a livello europeo, essa concede agli Stati un margine di discrezionalità più ampio nell'applicazione degli standard della Convenzione nel modo più confacente alle condizioni interne, costituendo così «il punto di equilibrio fra mantenimento della piena sovranità statale (...) e svolgimento delle funzioni che la Convenzione assegna alla Corte» (G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra corti*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 80). Recentemente consacrata nel preambolo del testo della Convenzione, così come emendato dal Protocollo n. 15 (firmato il 24 giugno 2013 e non ancora entrato in vigore), la dottrina del margine di apprezzamento è oggetto di numerose critiche in merito, in particolare, all'incertezza circa i criteri che ne giustificano il ricorso e determinano l'ampiezza della discrezionalità concessa al legislatore nazionale. Sul punto, si veda più ampiamente Y. SHANY, "Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?", *European Journal of International Law*, 2006, vol. 16 n. 5, pag. 911; G. LETSAS, "Two Concepts of the Margin of Appreciation", *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, vol. 26, 4, pag. 723; M.R. HUTCHINSON, "The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights", *International Comparative Law Quarterly*, 1999, 48, pagg. 638 ss.; Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerp, 2002. In senso critico, si veda J.A. BRAUCH, "The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Treach to the Rule of Law", *Columbia Journal of European Law*, 2004, vol. 11, p. 113.

ritenuto che il Governo non abbia ecceduto l'ampio margine di discrezionalità di cui godeva nel caso di specie ed ha stabilito (con un solo voto dissenziente) che non vi era stata violazione del diritto della ricorrente al rispetto della sua vita privata.¹⁷

4.3 La decisione della Corte Costituzionale

Per l'evidente analogia tra la questione dinanzi alla Corte di Strasburgo e quella in epigrafe, il Presidente della Consulta, con decreto del 19 marzo 2014, aveva decretato il rinvio della decisione sulle questioni sollevate dal Tribunale fiorentino alla definizione della causa dinanzi la Corte EDU. La sentenza della Corte Costituzionale, emessa il 22 marzo 2016, fa perciò più volte riferimento alla decisione del caso *Parrillo* e al ragionamento argomentativo seguito dalla Corte europea.

La Corte italiana, chiamata per la prima volta a pronunciarsi in merito al delicato bilanciamento «tra il diritto della scienza (e i vantaggi della ricerca a esso collegati) e il diritto dell'embrione, per il profilo della tutela (debole o forte) a esso dovuta in ragione e in misura del (più o meno ampio) grado di soggettività e di dignità antropologica che gli venga riconosciuto» (*Considerato in diritto*, p. 8.1), si astiene da tale giudizio, dichiarando inammissibile il quesito per discrezionalità del legislatore. Ad avviso della Corte, la questione si connota di profili assiologici che la sottraggono al sindacato costituzionale e rientrano nell'"elevata discrezionalità" del legislatore, cui unicamente compete la valutazione di opportunità (da subordinarsi alle "evidenze scientifiche" e al loro raggiunto grado di condivisione a livello sovranazionale) su ogni aspetto della disciplina di dettaglio.

Nella motivazione di tale provvedimento, la Corte sottolinea sin da subito l'alta complessità della questione, «in ordine alla cui soluzione i giuristi, gli scienziati e la stessa società civile sono profondamente divisi», e che impone «una scelta ... così ampiamente divisiva sul piano etico e scientifico, e che non trova soluzioni significativamente uniformi neppure nella legislazione europea», come emerge dall'attenta analisi comparativa svolta dalla Corte EDU. A sostegno di ciò è riportato il sempre più acceso dibattito «in ambito scientifico e giuridico, oltretutto nel più ampio contesto della società civile» in merito all'ampiezza della tutela dell'embrione, che vede opporsi chi sostiene la prevalenza dell'interesse della ricerca scientifica sull'embrione ritenuto non idoneo a fini riproduttivi, e chi il difende il diritto alla vita e la dignità dell'embrione.¹⁸

¹⁷ Nonostante la decisione sia stata approvata con sedici voti contro uno, le motivazioni non sono state esenti da critiche. Alla decisione sono infatti allegata una opinione concordante, una opinione parzialmente concordante, due opinioni parzialmente discordanti e una opinione discordante. In particolare, nella sua dettagliata opinione concordante, il Giudice Pinto de Albuquerque ha denunciato l'inadeguatezza del ragionamento della maggioranza, considerato contraddittorio e scientificamente inammissibile.

¹⁸ Da una parte vi è chi sostiene la necessità di un adeguato bilanciamento tra la tutela dell'embrione e l'interesse alla promozione della salute attraverso la ricerca scientifica, affermando che «a fronte dell'inevitabile estinzione cui vanno incontro gli embrioni non impiantabili ... il bilanciamento dovrebbe più ragionevolmente operarsi a favore della destinazione di tali embrioni agli scopi di una ricerca scientifica suscettibile di salvare la vita di milioni di esseri umani» e che «una tale destinazione manifesti, nella situazione sopra descritta, un rispetto per la vita umana ben superiore al mero "lasciar perire", dando un senso socialmente utile alla futura e inevitabile distruzione dell'embrione», ed «inquad[er]ando la vicenda degli embrioni soprannumerari, non destinati all'impianto, in una prospettiva umanitaria e solidaristica, riconducibile all'area di operatività del precetto dell'art. 2 Cost.».

Dall'altra, vi è chi si oppone ad una visione dell'embrione come mero materiale biologico e sostiene la tutela assoluta dell'embrione come affermazione imprescindibile di rispetto e tutela della dignità dell'essere

A sostegno del suo non intervento, la Corte sostiene inoltre che, al pari di altri Paesi europei, una politica più permissiva in ordine alla ricerca scientifica sugli embrioni è sempre avvenuta per via legislativa. Infine, un suo intervento non sarebbe comunque idoneo a introdursi nel tessuto normativo come richiesto dalla ricorrente, stante il suo carattere non “a rime obbligate”: «[i]l 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. Unicamente al legislatore, infatti, compete la valutazione di opportunità (sulla base anche delle “evidenze scientifiche” e del loro raggiunto grado di condivisione a livello sovranazionale) in ordine, tra l'altro, alla utilizzazione, a fini di ricerca, dei soli embrioni affetti da malattia – e da quali malattie – ovvero anche di quelli scientificamente “non biopsabili”; alla selezione degli obiettivi e delle specifiche finalità della ricerca suscettibili di giustificare il “sacrificio” dell'embrione; alla eventualità, ed alla determinazione della durata, di un previo periodo di crioconservazione; alla opportunità o meno (dopo tali periodi) di un successivo interpello della coppia, o della donna, che ne verifichi la confermata volontà di abbandono dell'embrione e di sua destinazione alla sperimentazione; alle cautele più idonee ad evitare la “commercializzazione” degli embrioni residui» (*Considerato in diritto*, p. 11).

In ragione di tale complessità, che impone «una scelta tragica»¹⁹ tra il rispetto della vita e le esigenze della ricerca scientifica, la Corte italiana ritiene tuttavia di non potersi pronunciare sulla questione. Essa si astiene così dall'intervenire nel merito, lasciando il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto al legislatore, «quale interprete della volontà della collettività» e «degli orientamenti e delle istanze (...) maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale».

5. Alcuni profili critici

5.1 Dei rapporti tra Corte Costituzionale e legislatore.

La scelta e le motivazioni della Corte di non procedere all'esame del merito della questione e di astenersi dal giudizio sollevano numerose criticità, anche con riferimento alla sua giurisprudenza più recente. Solo due anni prima la stessa Corte, nel discutere della legittimità di un'altra disposizione della l. 40/2004, aveva affermato che «l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del

umano, ritenendo che l'utilizzo dell'embrione umano come oggetto di ricerca, implicandone la distruzione, sia in contrasto con ciò, e che «sarebbe, comunque, giuridicamente inaccettabile la pretesa dei genitori di considerarsi “proprietari” degli embrioni che abbiano generato». Inoltre, in merito alla questione degli embrioni soprannumerari, «il rispetto dovuto alla vita (ancorché solo “in nuce”) non dovrebbe consentire di equiparare l'“uccidere” al “lasciar morire”» (*Considerato in diritto*, p. 10).

¹⁹ Cfr. Corte Cost., sent. n. 118 del 1996. Le “scelte tragiche” del diritto sono quelle «scelte che una società ritiene di assumere in vista di un bene (...) che comporta il rischio di un male (...). L'elemento tragico sta in ciò, che sofferenza e benessere non sono equamente ripartiti tra tutti, ma stanno integralmente a danno degli uni o a vantaggio degli altri».

legislatore»;²⁰ nondimeno, «resta ferma la sindacabilità della stessa, al fine di verificare se sia stato realizzato un non irragionevole bilanciamento di quelle esigenze e dei valori ai quali si ispirano»,²¹ anche con riguardo a questioni eticamente sensibili, quali l'ampiezza della tutela riconosciuta all'embrione e le tecniche di procreazione medicalmente assistita. Infatti, la Consulta ha più volte ribadito che, al pari di ogni altro valore costituzionale, «la tutela dell'embrione non è comunque assoluta»: essa può essere soggetta a bilanciamento ed è suscettibile di «affievolimento» in caso di conflitto con gli altri interessi di pari rilievo costituzionale, in particolare la «tutela delle esigenze di procreazione»²² e il «diritto alla salute della donna fertile portatrice (ella o l'altro soggetto della coppia) di grave malattia genetica ereditaria».²³

Inoltre, è particolarmente debole l'argomento che giustifica l'astensionismo per l'assenza di un'unica soluzione costituzionalmente imposta, ossia nel carattere non «a rime obbligate» della pronuncia. Come noto, la Corte Costituzionale ha da decenni inaugurato una nuova tipologia decisoria, la sentenza additiva di principio, che sanziona l'illegittimità di una legge «nella parte in cui non» prevede qualcosa e, anziché integrare la legge con la regola mancante, detta il principio al quale il legislatore dovrà ispirare la sua futura azione legislativa, nel rispetto della sua discrezionalità.²⁴ Così facendo, la Corte inverte la sua funzione di salvaguardia della garanzia dei diritti fondamentali contribuendo allo sviluppo e alla realizzazione della costituzione vivente.²⁵

Correttamente, il giudice *a quo* aveva incluso nel parametro di costituzionalità l'art. 3 Cost. sotto il profilo della ragionevolezza, inteso come canone di razionalità della legislazione contro l'eventuale manifesta irrazionalità o iniquità delle conseguenze della stessa.²⁶ Ed è proprio lo scrutinio di ragionevolezza a imporre, negli ambiti connotati da

20 Corte Cost., sent. n. 164 del 2014.

21 *Ibid.*

22 Corte Cost., sent. n. 151 del 2009.

23 Corte Cost., sent. n. 96 del 2015.

24 Si veda, *ex multis*, Corte Cost., sent. 113/2011: «[p]osta di fronte a un vulnus costituzionale, non sanabile in via interpretativa – tanto più se attinente a diritti fondamentali – la Corte è tenuta comunque a porvi rimedio: e ciò, indipendentemente dal fatto che la lesione dipenda da quello che la norma prevede o, al contrario, da quanto la norma (o, meglio, la norma maggiormente pertinente alla fattispecie in discussione) omette di prevedere».

25 Cfr. R. ROMBOLI, «La natura della Corte Costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente», in *Istituzioni e dinamiche nel diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Giuffrè, 2009, p. 401, e dottrina ivi citata. In particolare, sostengono tale opinione A. BALDASSARRE, C. MEZZANOTTE, «Presidente della Repubblica e maggioranza di governo», in *La figura e il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1985, spec. 66 ss. e, successivamente, M. LUCIANI, «Corte costituzionale e unità nel nome di valori», in *La giustizia costituzionale a una svolta* (a cura di R. ROMBOLI), Torino, Giappichelli, 1991, p. 170 ss.

26 La giurisprudenza costituzionale «ha desunto dall'art. 3 Cost. un canone di «razionalità» della legge svincolato da una normativa di raffronto, rintracciato nell'«esigenza di conformità dell'ordinamento a valori di giustizia e di equità» (...) ed a criteri di coerenza logica, teleologica e storico-cronologica, che costituisce un presidio contro l'eventuale manifesta irrazionalità o iniquità delle conseguenze della stessa.» Cfr. Corte Cost., sent. n. 87 del 2012. Più ampiamente sul giudizio di ragionevolezza, si veda, per tutti, L. PALADIN,

un'ampia discrezionalità legislativa, che la Corte «verific[hi] che il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti non sia stato realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale». ²⁷

Compito della Corte è quindi proprio quello di operare quelle “tragiche scelte” tra valori fondamentali e prospettare soluzioni “eticamente e scientificamente orientate”, ²⁸ assicurando una tutela sistemica, integrata e non frazionata dei diritti mediante il bilanciamento e il giudizio di ragionevolezza della legislazione. Per questo, la Corte non può astenersi dal suo ruolo precipuo di svolgere un sindacato nel merito delle scelte politico-legislative, non ammettendosi che la responsabilità di individuare il punto di equilibrio tra la tutela dell’embrione e il diritto alla scienza sia lasciata al legislatore, che è sì «interprete della volontà della collettività», ma non è custode dell’ordine costituzionalmente inteso, un ruolo che spetta unicamente alla Corte Costituzionale.

5.2 Dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo

Un’ulteriore riflessione si impone in merito al carattere ampiamente divisivo della questione della sorte degli embrioni soprannumerari, l’argomento con cui i giudici costituzionali giustificano il proprio astensionismo in favore della discrezionalità legislativa.

La Corte mutua infatti tale argomento dal ragionamento argomentativo della Corte EDU sul caso *Parrillo*, che aveva riconosciuto un ampio margine di apprezzamento allo Stato italiano in ragione degli interrogativi etici e morali che solleva la disciplina della sorte degli embrioni soprannumerari. Proprio in materia di PMA, la Corte EDU aveva più volte ritenuto che non fosse suo compito sostituirsi al giudizio delle autorità nazionali nella scelta delle disposizioni più appropriate per disciplinare il tema, «*observing in particular that the use of in vitro fertilisation techniques raised sensitive moral and ethical questions in an area that was constantly evolving*» ²⁹ (p. 173), a maggior ragione in assenza di consenso europeo sul punto. L’ampiezza del margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati dipende infatti, *inter alia*, dall’assenza di un consenso europeo sulla questione, ossia di un comun denominatore nelle soluzioni legislative dei diversi stati membri: laddove dunque non si riscontri una sufficiente convergenza, l’azione della Corte sarà più limitata e maggiore sarà il margine di discrezionalità concesso agli Stati nel definire le concrete modalità di applicazione degli standard garantiti dalla CEDU. Il consenso europeo rappresenta così non solo un elemento di legittimazione delle scelte della Corte EDU ma anche un limite a quelle interpretazioni evolutive che non sono condivise dalla maggior parte degli Stati contraenti.

“Ragionevolezza (principio di)”, in *Enc. Dir.*, Aggiornamento, I, Milano, 1997, 899 ss.

²⁷ Corte Cost., sent. n. 164 del 2014.

²⁸ Cfr. A. RUGGERI, “Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita”, *Federalismi.it*, 11 maggio 2016.

²⁹ Cfr. Corte europea dei diritti dell’uomo, *Knecht c. Romania* (ric. 10048/10), sentenza del 2 ottobre 2012, p. 59. Si veda, inoltre, *Evans c. Regno Unito* (ric. 6339/05), sentenza del 10 aprile 2007; *S.H. e al. c. Austria* (ric. 57813/00), sentenza 2 novembre 2011.

Al contempo, il “fattore consenso” è uno degli aspetti più controversi della dottrina del margine di apprezzamento.³⁰ Più volte la Corte EDU è stata accusata di strumentalizzare l’assenza di consenso europeo per giustificare il suo atteggiamento “pilatesco” dinanzi alle questioni più sensibili.³¹ Nondimeno, questa deferenza della Corte europea alle corti nazionali, basata sul rispetto di un canone regolatore del riparto di competenze tra giurisdizioni nazionali e sovranazionali, è altra cosa rispetto al ben più pavido atteggiamento della Corte costituzionale nella sentenza in epigrafe, che si astiene dallo svolgere il compito a lei proprio e, quindi, dall’assumersi la responsabilità delle conseguenze morali e giuridiche di scelte che, se pur divisive, sono espressione di valori fondamentali costituzionalmente tutelati.³²

Infatti, se pur sussiste in capo ai giudici nazionali un obbligo di interpretazione conforme del diritto interno alla luce della Convenzione, così come è interpretata dalla Corte EDU,³³ i giudici italiani non erano vincolati alla decisione della Corte europea nel

30 Sulle criticità sollevate dal fattore consenso, si veda B. PASTRE-BELDA, “Et si la Cour européenne des droits de l’homme renonçait à l’interprétation consensuelle?”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, n. 101, 2015, p. 89 ss.; K. DZEHTSIAROU, “Does consensus matter? Legitimacy of European consensus in the case law of the European Court of Human Rights”, *Public Law*, 2011, p. 534.

Particolarmente interessante è inoltre la *dissenting opinion* del giudice Sajò, che si interroga sull’opportunità di fondare la discrezionalità sull’assenza di un consenso europeo. Nelle parole del giudice, «[i]t will remain a mystery to me why the lack of a European consensus on the existence of a right is so often interpreted against the existence of a right, where such a right can be deduced from the autonomous concept of a Convention right, for example also in the light of international-law developments and social realities. If the exercise of a freedom has been found to be permissible in at least some countries, then this should create a presumption in favour of that Convention right if this is otherwise compatible with a reasonable interpretation of the meaning and scope of the right. This does not of course rule out the possibility that there may be good reasons in another country for restricting that right. Or are we saying that the recognition of the broader scope of a right in a number of countries is arbitrary and irrelevant? With its controversial margin of appreciation doctrine, as it is understood by the Court, the State is exempted from the duty to provide a substantive justification for the existence of an imperative need to interfere. Reference to the lack of European consensus as a decisive indicator of the absence of a certain meaning or scope of a Convention right disregards the Preamble to the Convention, which refers to the “further realisation of human rights” as one of the methods for pursuing the aim of the Convention».

31 Paradigmatica è l’accoglienza ricevuta dalla celebre sentenza della Corte EDU, *Lautsi c. Italia*, del 18 marzo 2011 (ric. n. 30814/06), che ha riconosciuto che l’obbligo di esporre il crocifisso nei luoghi pubblici rientra nel margine di apprezzamento dello Stato Italiano. Sul punto, si permetta di rinviare a E. CHIAREGATO, “I rapporti tra la Corte europea dei diritti dell’uomo e le corti nazionali: l’applicazione della dottrina del margine di apprezzamento come occasione mancata di dialogo nel caso *Lautsi c. Italia*”, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2, 2013, pp. 401-435 e dottrina ivi citata.

32 Cfr. Cfr. A. RUGGERI, “Procreazione medicalmente assistita e Costituzione...”, *cit.*, nota 23, secondo cui «altro è la neutralità *responsabile* [della Corte EDU], altra cosa quella di chi non se la sente di farsi carico fino in fondo, coraggiosamente, delle conseguenze, morali e giuridiche, di scelte che possono anche dimostrarsi “divisive” ma che, nondimeno, danno voce ai valori fondamentali, a partire da quelli di dignità e vita». Ad avviso di Ruggeri, la soluzione della Corte nel caso in epigrafe sarebbe “pilatesca” «nella parte in cui fonda la propria decisione d’inammissibilità della questione relativa al divieto di utilizzo degli embrioni soprannumerari e non impiantabili a finalità riproduttiva, di cui all’art. 13 della legge 40, nella contrapposizione dei punti di vista al riguardo manifestati tra gli studiosi».

33 Nelle celebri sentt. nn. 348 e 349 del 2007, la Corte costituzionale, dopo aver definito la posizione intermedia assegnata alla CEDU nell’ordinamento giuridico italiano, ha inoltre espresso l’obbligo per i giudici di interpretare le norme del diritto interno in modo conforme con la CEDU e con la giurisprudenza della Corte europea. Qualora tale interpretazione risulti impossibile o vi siano dubbi sulla compatibilità del diritto interno con la CEDU il giudice è tenuto a sollevare la questione dinanzi la Corte costituzionale. Cfr.

valutare la legittimità costituzionale del divieto di donazione degli embrioni alla ricerca scientifica. Nelle parole della stessa Corte, «[s]i deve (...) escludere che le pronunce della Corte di Strasburgo siano incondizionatamente vincolanti ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi nazionali», dovendosi «[t]ale controllo [...] sempre ispirar[e] al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall'art. 117, c. 1, Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione».³⁴

Sono dunque ammissibili dei disaccordi interpretativi tra corti nazionali e Corte europea in ragione del loro diverso ruolo nel sistema multilivello dei diritti fondamentali e, in particolare, del diverso sindacato di costituzionalità/convenzionalità che sono chiamate a compiere.³⁵ Si è parlato, in questo caso, di fenomeni di “disobbedienza funzionale”, indicando così quei casi in cui «un giudice nazionale (...) decide di non seguire (“*declines to follow*”) la soluzione derivata dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, disobbedendo, appunto, sulla base di una serie di argomenti volti a indurre la Corte EDU ad una interpretazione diversa da quella precedentemente fornita».³⁶

sent. 349 del 2007, p. 6.2: «al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale (...) Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale 'interposta', egli deve investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma (...). L'applicazione e l'interpretazione del sistema di norme [della CEDU] è attribuito beninteso in prima battuta ai giudici degli Stati membri, cui compete il ruolo di giudici comuni della Convenzione. La definitiva uniformità di applicazione è invece garantita dall'interpretazione centralizzata della CEDU attribuita alla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo (...)».

Sul rapporto tra Corte costituzionale e giudici di Strasburgo è nuovamente intervenuta la stessa Corte nella sent. 49 del 2015, in cui ha delimitato la portata dell'obbligo di interpretazione conforme precisando che i tribunali ordinari sono tenuti a conformarsi alla giurisprudenza della Corte EDU soltanto se questa sia “consolidata” o espressa in una “sentenza pilota”. Sulla sentenza si vedano, *ex multis*, A. RUGGERI, “Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 2 aprile 2015; BIGNAMI, “Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 30 marzo 2015; MORI, “Il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU: Corte costituzionale 49/2015 ovvero della ‘normalizzazione’ dei rapporti tra diritto interno e la CEDU”, *SIDIBlog*, 2015.

³⁴ Corte Cost., sent. n. 348 del 2007.

³⁵ Sulla differenza tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte costituzionale si rimanda all'interessante intervento dell'ex Presidente della Corte costituzionale, prof. Franco Gallo. Secondo quest'ultimo, se «il confronto fra Corte costituzionale e Corte EDU tende ad essere sempre più serrato grazie all'operare incrociato delle indicate norme interne e convenzionali, va pure detto che l'opera di trasposizione della giurisprudenza CEDU nell'ordinamento nazionale non è stata e non è affatto agevole, [poiché] la Corte costituzionale e la Corte EDU si caratterizzano, infatti, per non lievi diversità quanto al metodo, all'uso degli strumenti dell'argomentazione giuridica e agli effetti delle pronunce; e ciò rende il judicial transplant un'operazione intellettualmente complessa». In particolare, sarebbero quattro le differenze più rilevanti tra le due corti, riguardanti (i) il “differente rilievo del caso”; (ii) le “tecniche argomentative e di strategia di legittimazione”; (iii) il ricorso all'“uso del metodo comparativo” e (iv) l'“esternazione del processo formativo della decisione”. Cfr. F. GALLO, *Rapporti fra Corte costituzionale e Corte EDU*, intervento tenuto a Bruxelles, 24 maggio 2012, disponibile all'indirizzo <http://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/RI_BRUXELLES_2012_GALLO.pdf>.

Per questo, se appare apprezzabile l'interazione spontanea tra le due Corti,³⁷ che avviene nonostante le disposizioni della Convenzione non siano espressamente evocate nell'ordinanza di rimessione, è discutibile la scelta della Corte costituzionale di riprendere il ragionamento argomentativo della Corte EDU se questo è utilizzato per legittimare la propria astensione da una decisione nel merito. A maggior ragione per il fatto che l'oggetto del giudizio della Corti era profondamente diverso: da una parte, il bilanciamento tra il diritto alla tutela della vita privata dei genitori e l'interesse collettivo alla tutela della morale e delle libertà altrui, nella dialettica del primo e secondo paragrafo dell'art. 8 CEDU, dall'altra, il bilanciamento tra la tutela e la dignità dell'embrione e l'interesse alla promozione della ricerca scientifica (art. 9 e 31, Cost.) e della salute (art. 32 e 2, Cost.).

Il dialogo tra Corte europea e Corte costituzionale dovrebbe essere occasione per la promozione dei diritti fondamentali nella ricerca della "massima espansione delle garanzie",³⁸ ovvero, nelle parole della stessa Corte, «il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento deve essere di segno positivo, nel senso che dall'incidenza della singola norma CEDU sulla legislazione italiana deve derivare un *plus* di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali». ³⁹ Al contrario, la citazione pedissequa della decisione della Corte EDU non esprime un'apertura al possibile valore aggiunto offerto dalla Convenzione in sede interpretativa, ma diviene, piuttosto, un argomento dietro cui celare la volontà di astenersi da una decisione nel merito, e dallo svolgere, in sostanza, la funzione di controllo del contenuto delle scelte (e delle non-scelte) politico-legislative che è propria della Corte Costituzionale.

6. Conclusioni

36 Cfr. G. MARTINICO, "Corti Costituzionali (o Supreme) e 'Disobbedienza Funzionale'. Critica, dialogo e conflitti nel rapporto fra diritto interno e diritto delle Convenzioni (CEDU e Convenzione americana sui diritti umani)", *Diritto Penale Contemporaneo*, 28 aprile 2015, disponibile all'indirizzo <www.penalecontemporaneo.it/upload/1430150015MARTINICO_2015.pdf>.

37 Sul concetto di "dialogo giudiziale" la dottrina non è giunta a una definizione univoca. In questa sede si accoglie la concezione restrittiva di De Vergottini, che distingue tra mere interazioni giudiziali e vero e proprio "dialogo". È possibile parlare di dialogo quando, attraverso il richiamo degli argomenti presenti nella sentenza straniera, si determina un concreto impatto sulla *ratio decidendi* della decisione interna, che concorre così «a sviluppare i rapporti fra diverse aree culturali contribuendo alla creazione di uno spazio giuridico comune». Con questo termine si indica così una particolare modalità di interazione giudiziale che implica una reciproca influenza tra sistemi giuridici determinato dal mutuo citarsi delle corti. Cfr. G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra corti*, Il Mulino, Bologna, 2010; A. TORRES PÉREZ, *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford University Press, 2009.

38 Cfr. Corte Cost., sent. n. 264 del 2012: «il confronto tra tutela prevista dalla Convenzione e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, concetto nel quale deve essere compreso, come già chiarito nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela. [...] nelle valutazioni di questa Corte [...] la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro». Sul punto, si veda più ampiamente, *ex multis*, M. CARTABIA, "La tutela multilivello dei diritti fondamentali ...", *cit.*

39 Corte Cost., sent. n. 317 del 2009.

Dopo aver profondamente modificato la disciplina della procreazione medicalmente assistita con quattro sentenze che hanno sancito l'illegittimità costituzionale di numerose disposizioni della l. 40/2004, con questa decisione di inammissibilità la Corte Costituzionale si è astenuta dall'esaminare nel merito uno degli ultimi divieti su cui si fondava l'originario impianto restrittivo della legge, riconoscendo l'ampia discrezionalità al legislatore di farsi «interprete della volontà della collettività» e «degli orientamenti e delle istanze (...) maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale».

Indubbiamente, è riservato alla discrezionalità del legislatore il compito di disciplinare le modalità di utilizzo degli embrioni soprannumerari. Tuttavia, nella consapevolezza dell'inerzia del legislatore e dell'incapacità della classe politica di giungere ad un accordo in merito alle questioni eticamente sensibili,⁴⁰ la Consulta avrebbe potuto emettere una sentenza additiva di principio con l'indicazione del principio generale su cui fondare la disciplina della sorte degli embrioni soprannumerari o, in alternativa, esprimere un monito al legislatore a colmare la lacuna presente nell'attuale disciplina.⁴¹

Nelle sue motivazioni, la Corte richiama a più riprese la decisione della Corte EDU nella sentenza *Parrillo*, che aveva ammesso il divieto di sperimentazione sugli embrioni in ragione dell'ampio margine di apprezzamento di cui gode lo Stato italiano in una materia che solleva numerosi interrogativi etici e morali e sulla cui disciplina manca un consenso europeo. I giudici costituzionali sembrano tuttavia nascondersi dietro questa "dialettica di facciata"⁴² per non assumersi la responsabilità di prendere una decisione sulla delicata questione della sorte degli embrioni soprannumerari.

Alla Corte era infatti richiesto di elaborare un giudizio di ragionevolezza, proporzionalità e necessità del divieto assoluto di sperimentazione sugli embrioni alla promozione della riproduzione nella parte in cui non ammette alternative alla crioconservazione idealmente perpetua anche di quegli embrioni che non potranno mai, neppure ipoteticamente, venire alla nascita. Come emerge *a contrario* dalla motivazione della precedente sentenza della Corte, n. 229 del 2015, la soppressione di embrioni è astrattamente ammissibile se trova giustificazione, in termini di contrappeso, nella tutela di altro interesse antagonista. Un giudizio sulla ragionevolezza della legislazione avrebbe quindi permesso di valutare la necessità e proporzionalità di un divieto assoluto di sperimentazione sugli embrioni, anche se inidonei a fini riproduttivi, a perseguire lo scopo

40 Si ricordi la recentissima vicenda del riconoscimento delle unioni civili, che arriva, più volte modificata e dalla portata ridotta, a conclusione di 3 anni di intensa discussione parlamentare sul punto. La legge è stata approvata in via definitiva dalla Camera l'11 maggio 2016.

41 È interessante il confronto con Corte Cost., sent. n. 138 del 2010, nella parte in cui dichiara l'inammissibilità dell'estensione in via giurisprudenziale della disciplina del matrimonio alle unioni omosessuali. Pur riconoscendo la discrezionalità del Parlamento di disciplinare tali unioni, la Corte stabilisce la necessità di riconoscere e disciplinare i connessi diritti e doveri delle coppie omosessuali ed esprime un monito a «individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, restando riservata alla Corte costituzionale la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni». Sul punto, si veda B. PEZZINI, "Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale", *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2 luglio 2010, disponibile all'indirizzo <<http://archivio.rivistaaic.it/rivista/2010/00/Pezzini01.pdf>>.

42 Cfr. G. MARTINICO, "Corti Costituzionali (o Supreme) e 'Disobbedienza Funzionale'...", *cit.*

di «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana», come emerge dall'art. 1 della l. 40/2004, e la sua prevalenza sulla contrapposta tutela «delle esigenze individuali e collettive sottese all'attività di ricerca scientifica, proprio in quei settori quali la terapia genica e l'impiego delle cellule staminali embrionali, che la comunità medico-scientifica ritiene fra i più promettenti per la cura di numerose e gravi patologie».⁴³ Così facendo, sarebbe stato difficile, ad avviso di chi scrive, non rilevare l'irrazionalità di un divieto che sacrifica l'interesse alla ricerca scientifica ed, in particolare, alla ricerca sulle cellule staminali embrionali, sull'altare dell'assoluta dignità dell'embrione, anche quando questo si risolve nella cura e conservazione dell'embrione malato o non biopsabile, inevitabilmente destinato all'estinzione.

In conclusione, sembra che con questa decisione di inammissibilità la Corte non abbia voluto assestare l'ultimo colpo (il terzo in meno di dodici mesi) alla l. 40/2004, che avrebbe contribuito ad aumentare ancor di più il caos sulle modalità concrete di realizzazione delle pratiche di fecondazione artificiale. Tuttavia, una pronuncia nel merito poteva essere occasione per sottolineare ancora una volta l'urgenza di un ripensamento globale della disciplina della procreazione medicalmente assistita, che sia idonea ad assicurare l'efficacia delle sue norme nella prassi applicativa ed, in ultima istanza, a garantire il rispetto di fondamentali diritti e libertà dell'uomo consacrati nella Carta Costituzionale e nei trattati internazionali.⁴⁴

* Dottoressa in giurisprudenza, Università di Pisa; Allieva della Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa.

⁴³ Così *Trib. Firenze*, ordinanza di rimessione del 7 dicembre 2012 (r.o. 166/2013).

⁴⁴ P. SANFILIPPO, "La riscrittura giurisprudenziale della legge n. 40/2004 ...", *cit.*