

## **Vox interviene presso la Corte Costituzionale su carceri e ricerca scientifica**

Lo scorso luglio Vox – Osservatorio Italiano sui Diritti ha presentato alla Corte Costituzionale due atti di intervento su due decreti attualmente pendenti. Il primo è relativo al sovraffollamento carcerario, che ad oggi vede le carceri ospitare 17 mila detenuti in più rispetto alla capienza massima prevista, il secondo fa riferimento alla legittimità costituzionale della legge n.40 del 2004, che consente la sperimentazione e la ricerca sugli embrioni solo per finalità terapeutiche e diagnostiche.

Questi atti di intervento, documenti presentati a sostegno di questioni di legittimità costituzionale, ribadiscono l'impegno da parte di Vox a intervenire in difesa dei diritti fondamentali dell'uomo e a favore della ricerca scientifica.

### **ECC.MA CORTE COSTITUZIONALE**

#### **ATTO DI INTERVENTO (ORD. N. 166/2013)**

**nell'interesse dell'Associazione Vox – Osservatorio italiano sui Diritti**, fondata a Milano il giorno 8 aprile 2013, Codice Fiscale n. 97654980156, con sede in Milano, Piazza della Repubblica 7, nella persona del proprio Coordinatore, Maria Elisa D'Amico, rappresentata e difesa dall'Avv. Prof. Maria Elisa D'Amico (Codice Fiscale n. DMCMLS65H52F205Y, e-mail: [mariaelisa.damico@cert.ordineavvocatimilano.it](mailto:mariaelisa.damico@cert.ordineavvocatimilano.it)) e dall'Avv. Massimo Clara (Codice Fiscale n. CLRMSM53D25F205R, e-mail: [massimo.clara@tin.it](mailto:massimo.clara@tin.it)), elettivamente domiciliati in Roma presso lo studio dell'Avv. Cinzia Ammirati, via Paulucci de' Calboli 60, per delega in calce al presente atto,

## **NEL GIUDIZIO DI LEGITTIMITA' COSTITUZIONALE**

promosso dal **Tribunale di Firenze**, con ordinanza del 7 dicembre 2012, pubblicata sulla Gazzetta ufficiale n. 29 del 17.7.2013 (n. 166 del 2013), con cui ha sospeso il giudizio e disposto l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, ritenuta la rilevanza e la non manifesta infondatezza della **questione di legittimità costituzionale:**

- **sull'art. 13 della legge n. 40 del 2004 in relazione agli artt. 9, 32 e 33, primo comma, Cost.;**
- **sull'art. 6, comma terzo, della legge n. 40 del 2004 in relazione agli artt. 2, 13 e 32 Cost.;**
- **sull'art. 13, primo, secondo e terzo comma, e sull'art. 6, terzo comma, della legge n. 40 del 2004 in relazione agli artt. 2, 3, 13, 31, 32 e 33, primo comma, Cost.**

\*\*\*

### **1. Sull'ammissibilità dell'intervento.**

L'Associazione Vox – Osservatorio italiano sui Diritti conosce l'orientamento restrittivo del Giudice costituzionale riguardo all'intervento di soggetti portatori di interessi generali rispetto alla questione di legittimità costituzionale, ma ha anche presente le numerose eccezioni che la Corte Costituzionale ha fatto proprie riguardo a questa materia.

Di recente, infatti, la Corte ha confermato che: "per costante giurisprudenza di questa Corte, sono ammessi a intervenire nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale le sole parti del giudizio principale e i terzi portatori di un interesse qualificato,

immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio e non semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalla norma oggetto di censura” (**ord. allegata alla sent. n. 151 del 2009**).

Questa difesa, però, si permette di riproporre la richiesta di apertura del contraddittorio costituzionale, perché convinta che in questioni dove sono coinvolti “diritti” di tutti i cittadini, se è ovvio che non si potrebbe giungere a una apertura indiscriminata, tuttavia emerge molto forte l’esigenza che tanti punti di vista siano rappresentati e che, in alcuni casi, le “sole” parti del processo a quo non possono e non debbono farsi carico di tale rappresentanza.

Non si può ignorare inoltre, a modesto avviso di questa difesa, che la rigida chiusura dei primi trent’anni della giurisprudenza costituzionale, in virtù della quale nel giudizio costituzionale non avrebbero potuto costituirsi soggetti diversi da quelli “parte” del giudizio *a quo* nel momento della emanazione della stessa ordinanza di rimessione (v. R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, 1985), chiusura che equiparava situazioni molto diverse fra loro e giustamente denunciata come troppo restrittiva dalla dottrina (v. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, p. 226 ss.), è stata modificata nel tempo. A partire dalla **sent. n. 20 del 1982** e con decisioni molto numerose negli anni novanta fino ad oggi, il giudice costituzionale ha gradualmente perseguito la strada di un allargamento del contraddittorio, allargamento non indiscriminato e non privo di luci ed ombre, ma in ogni caso molto significativo.

Il principio alla base di questo profondo mutamento giurisprudenziale sta nella necessità di non lasciare situazioni “indifese”: nella **sent. n. 314 del 1992**, ammettendo l’intervento di un soggetto terzo nel giudizio in via incidentale, la Corte afferma solennemente che non è possibile “ammettere, alla luce dell’art. 24 della Costituzione, che vi sia un giudizio direttamente incidente su

posizioni giuridiche soggettive senza che vi sia la possibilità giuridica per i titolari delle medesime posizioni di difenderle come parti nel processo stesso” (il principio viene ribadito dalla **sent. n. 76 del 2001**).

Rispetto all'intervento di associazioni assistiamo ad alcune significative decisioni di ammissibilità: importante è l'**ord. n. 50 del 2004**, in cui l'intervento del CONI è stato ritenuto ammissibile, perché soggetto titolare di una posizione giuridica specifica coinvolta nel giudizio. Il CONI, infatti, risulta destinatario per legge del provento delle prestazioni della cui costituzionalità si dubita e quindi è titolare di una posizione giuridica specifica coinvolta nel giudizio.

Così anche l'**ord. n. 389 del 2004**, anche se molto stringata, sembra aprire ad interventi di soggetti che non vantano un interesse specifico connesso all'accoglimento della questione: si trattava, in questo caso, addirittura, in una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto l'esposizione del crocifisso in un'aula scolastica, dell'intervento del genitore di un'alunna, che la Corte ritiene avere una "posizione sostanziale [...] qualificata in rapporto alla questione oggetto del giudizio di costituzionalità".

Così, anche nell'**ord. n. 250 del 2007**, la Corte ammette l'intervento in giudizio delle Province regionali di Agrigento, Caltanissetta, Enna, Messina, Palermo, Siracusa e Trapani, che non erano parti nel giudizio *a quo*, introdotto dalla Provincia regionale di Ragusa; mentre nell'ordinanza resa nella **sent. n. 172 del 2006**, la Corte ammette l'intervento della società Parmalat spa, in quanto "destinataria della decisione costituzionale", pur non essendo parte del giudizio *a quo* (per un'apertura significativa, v. anche **sent. n. 178 del 1996**).

I casi in cui la Corte costituzionale è ancora rigida nell'escludere la possibilità di intervento sono quelli di soggetti che non hanno alcuno specifico legame con la questione di legittimità costituzionale:

v. in tal senso, fra le più recenti, le **sentt. nn. 96 del 2008; 76 del 2008; 345 del 2005; 25 del 2000**.

Da notare però che, in occasione del giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo concluso con la **sent. n. 45 del 2005**, la Corte, pur riconoscendo l'impossibilità di intervenire e di assumere la qualifica di parti del procedimento a soggetti diversi dalle parti previste dall'art. 33 della legge n. 352 del 1970 (il comitato promotore del referendum e il Governo), e affermando che "eventuali scritti di soggetti ulteriori, interessati a sollecitare una decisione della Corte nel senso dell'ammissibilità o dell'inammissibilità dei quesiti, possono assumere solo il carattere di contributi contenenti "argomentazioni potenzialmente rilevanti" ai fini del giudizio (**sent. n. 31 del 2000**), ma non si configurano come espressione di un potere di partecipazione al procedimento, né quindi la loro presentazione comporta il diritto ad illustrarli oralmente in Camera di consiglio", ha ammesso comunque gli stessi soggetti a integrare oralmente le proprie difese.

La giurisprudenza costituzionale dunque ha espresso negli ultimi vent'anni un orientamento progressivamente favorevole all'apertura, caso per caso, soprattutto laddove soggetti singoli o associazioni vantassero un rapporto diretto con la questione di legittimità costituzionale e, in ogni caso, tenendo presente l'importanza di contributi di soggetti diversi, per consentire un arricchimento del contraddittorio, in un processo che ha ad oggetto un interesse pubblico: quello alla decisione sulla legittimità costituzionale della legge.

Non vi è dubbio, allora, che l'Associazione Vox – Osservatorio italiano sui Diritti vanta un interesse specifico, connesso alla questione di legittimità costituzionale sollevata.

Essa infatti, per statuto, si propone di analizzare gli sviluppi della società dal punto di vista giuridico, socio-economico e culturale per

individuare l'insieme dei diritti da proteggere, potenziare e conquistare; di aiutare le persone a conoscere, difendere e rivendicare i propri diritti, mettendo a disposizione di tutti un'Associazione e un Comitato Scientifico motivati a costruire un futuro migliore; di organizzare eventi di qualità, articoli di opinione, studi specialistici, forum cross-mediale di discussione e approfondimento; di interagire direttamente con le persone; di coinvolgere associazioni operanti nei medesimi ambiti e di intervenire nelle iniziative giudiziarie e/o istituzionali finalizzate a perseguire tali obiettivi (si vedano l'Atto costitutivo e lo Statuto dell'Associazione Vox – Osservatorio italiano sui Diritti, allegati nn. 1 e 2).

L'oggetto della questione sollevata davanti a questa Eccellentissima Corte rientra pertanto nell'ambito delle attività e degli interessi perseguiti dall'Associazione medesima.

\*\*\*

## **2. Sulla rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale sollevate.**

Le questioni di legittimità costituzionale relative agli artt. 6, comma terzo, e 13, commi primo, secondo e terzo, della legge n. 40 del 2004, in riferimento agli artt. 2, 3, 9, 13, 31, 32 e 33 Cost., sono rilevanti ai fini del giudizio a quo così come si evince dall'ordinanza di rimessione del Tribunale di Firenze del 7 dicembre 2012, in sede di giudizio cautelare.

La coppia di ricorrenti infatti dopo diversi tentativi di ottenere una gravidanza con le tecniche di procreazione assistita e all'indomani

della nota sentenza n. 151 del 2009 della Corte costituzionale, si era nuovamente rivolta al proprio centro medico, per poter accedere alle tecniche assistite unitamente all'esame di diagnosi genetica preimpianto.

In quella occasione venivano prodotti dieci embrioni e la diagnosi rilevava che su quattro embrioni non era stato possibile eseguire l'esame, che cinque erano affetti da patologia e che uno era sano.

I ricorrenti, a fronte di questi risultati, decidevano di non proseguire con il trattamento e a questa decisione il centro medico contrapponeva la previsione di cui al terzo comma dell'art. 6 della legge n. 40 del 2004 secondo cui:

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

I coniugi, sentendosi costretti a proseguire il trattamento, si determinavano a utilizzare un solo embrione, senza tuttavia ottenere alcuna gravidanza (mentre i restanti venivano crioconservati).

In relazione agli embrioni crioconservati la coppia esprimeva l'intenzione di destinarli ad attività mediche diagnostiche e di ricerca scientifica connesse alla propria patologia genetica.

Con riguardo a questa posizione, il centro medico opponeva la previsione di cui all'art. 13 della legge n. 40 del 2004, che stabilisce che:

“1. È vietata qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano. 2. La ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano è consentita a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative. 3. Sono, comunque, vietati: a) la produzione di embrioni umani a fini di ricerca o di sperimentazione o comunque a fini diversi da quello previsto dalla presente legge; b) ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti ovvero interventi che, attraverso tecniche di selezione, di manipolazione o comunque tramite procedimenti artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione o del gamete ovvero a predeterminarne caratteristiche genetiche, ad eccezione degli interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche, di cui al comma 2 del presente articolo; c) interventi di clonazione mediante trasferimento di nucleo o di scissione precoce dell'embrione o di ectogenesi sia a fini procreativi sia di ricerca; d) la fecondazione di un gamete umano con un gamete di specie diversa e la produzione di ibridi o di chimere. 4. La violazione dei divieti di cui al comma 1 è punita con la reclusione da due a sei anni e con la multa da 50.000 a 150.000 euro. In caso di violazione di uno dei divieti di cui al comma 3 la pena è aumentata. Le circostanze attenuanti concorrenti con le circostanze aggravanti previste dal comma 3 non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste. 5. È disposta la sospensione da uno a tre anni dall'esercizio professionale nei confronti dell'esercente una professione sanitaria condannato per uno degli illeciti di cui al presente articolo.”

A fronte del quadro normativo e della descrizione dell'oggetto del giudizio principale, emerge come le questioni di legittimità costituzionale siano rilevanti

\*\*\*

### **3. Sulla legittimità di sollevare questioni di legittimità costituzionale in sede di domanda cautelare.**

Alla luce della giurisprudenza costante della Corte Costituzionale è ammessa la possibilità che siano sollevate questioni di legittimità costituzionale in sede cautelare.

Avendo riguardo a tale giurisprudenza (cfr. in particolare sentenza n. 161 del 2008 e ordinanze n. 393 del 2008 e n. 25 del 2006 e in ultimo sentenza n. 151 del 2009), la Corte rileva sussistere tale possibilità sia quando il giudice non provveda sulla domanda, sia quando conceda la relativa misura, purché tale concessione non si risolva nel definitivo esaurimento del potere cautelare del quale in quella sede il giudice fruisce.

Nel caso di specie appare evidente che la domanda dei ricorrenti non possa essere risolta se non attraverso una decisione della Corte Costituzionale sulla legittimità costituzionale degli artt. 6 e 13 della legge n. 40 del 2004, avendo costoro richiesto al giudice cautelare di ordinare al centro medico la consegna degli embrioni crioconservati per consentire l'uso a fini di ricerca scientifica e biomedica; di accertare e dichiarare la piena efficacia e validità della volontà espressa di non procedere al trasferimento in utero degli embrioni crioconservati e di disporre la crioconservazione dei residui embrioni affetti da esostosi (§ 6 dell'ordinanza di rimessione del Tribunale di Firenze).

Occorre considerare come per la rilevanza delle questioni dedotte sussista *per tabulas* il requisito del *periculum in mora*, posto che i tempi di un giudizio ordinario (sicuramente più lunghi di un procedimento cautelare *ante causam*) costituiscono fattore di per sé

idoneo a pregiudicare l'esistenza di tutela rappresentata, in relazione al dato notorio che la percentuale di successo del ricorso alle tecniche di procreazione assistita è inversamente proporzionale all'età del componente di sesso femminile della coppia coinvolta). Nel caso di specie, risultano dirimenti la storia clinica della coppia, che ha intrapreso diversi tentativi, e i costi in termini monetari e psicofisici correlati.

Inoltre, si può fare riferimento alla Relazione annuale del Presidente della Corte costituzionale sulla giurisprudenza della Corte del 2009, laddove afferma che "Nella sentenza n. 151 i giudici costituzionali hanno respinto un'eccezione di inammissibilità, formulata sul rilievo che le questioni erano state sollevate nel corso di procedimenti cautelari. In merito si è affermato che la giurisprudenza costituzionale ammette la possibilità che siano sollevate questioni di legittimità costituzionale in sede cautelare, sia quando il giudice non provveda sulla domanda, sia quando conceda la relativa misura, «purché tale concessione non si risolva nel definitivo esaurimento del potere cautelare del quale in quella sede il giudice fruisce». Nella specie i giudici hanno rilevato che i procedimenti cautelari sono ancora in corso e che i giudici a quibus non hanno esaurito la propria potestas iudicandi, sicché «risulta (...) incontestabile la loro legittimazione a sollevare in detta fase le questioni di costituzionalità delle disposizioni di cui sono chiamati a fare applicazione»."

Ancora, in un passo della Relazione annuale 2009 del Presidente della Consulta, si afferma che, con la medesima sentenza n. 151, "è stata respinta l'eccezione sollevata dal Comitato per la tutela della salute della donna e della Federazione nazionale dei centri e dei Movimenti per la vita italiani – interventori ad opponendum nel giudizio principale – formulata sul rilievo che la questione sollevata sarebbe priva del requisito di incidentalità, dal momento che l'oggetto del giudizio principale finirebbe per coincidere sostanzialmente con

quello del giudizio di costituzionalità. Invero, la Corte, dopo aver premesso che, ai fini dell'ammissibilità di una questione di costituzionalità, sollevata nel corso di un giudizio dinanzi ad un'autorità giurisdizionale, è necessario, fra l'altro, che essa investa una disposizione avente forza di legge di cui il Giudice rimettente sia tenuto a fare applicazione, quale passaggio obbligato ai fini della risoluzione della controversia oggetto del processo principale, ha affermato che nel caso di specie «non è dubbio che l'eventuale accoglimento delle questioni prospettate relativamente ai commi 2 e 3 dell'art. 14 della legge n. 40 del 2004 produrrebbe un concreto effetto nel giudizio a quo, soddisfacente della pretesa dedotta dalle parti private, poiché dovrebbero essere accolte le doglianze mosse contro le norme secondarie censurate».

A fronte della Relazione del Presidente della Corte costituzionale, quindi, non vi possono essere dubbi intorno alla sussistenza del necessario carattere di incidentalità della questione, poiché, nel caso che qui viene in rilievo, una eventuale pronuncia di accoglimento della questione prospettata con riferimento alle disposizioni censurate avrebbe un effetto diretto (e pienamente soddisfacente) nel giudizio a quo.

Si può dunque concludere, su questo profilo, nel senso che non possono sussistere ulteriori dubbi intorno alla legittimità di un'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale che nasca in un procedimento in via d'urgenza, come quello introdotto dal ricorso ex art. 700 c.p.c. dal Tribunale di Firenze (a questo riguardo si possono richiamare, quindi, i noti precedenti relativi alle ordinanze di rimessione sollevate sempre in materia di procreazione medicalmente assistita, che poi hanno condotto alla sentenza n. 151 del 2009 e all'ordinanza n. 97 del 2010).

\*\*\*

#### **4. Sui profili di illegittimità costituzionale.**

##### **4.1. Questione relativa all'art. 13, commi primo, secondo e terzo, legge n. 40 del 2004: la libertà di ricerca scientifica.**

In relazione ai divieti contenuti nei primi tre commi dell'art. 13 della legge n. 40 del 2004 occorre innanzitutto differenziarne la portata per comprenderne l'irragionevolezza laddove non opera alcuna differenziazione rispetto ai casi in cui gli embrioni siano già stati prodotti e abbandonati e a quelli in cui invece si intenda crearli ai fini di ricerca scientifica.

In primo luogo vi sono una serie di disposizioni (art. 13, comma terzo) volte e impedire:

- che vengano creati embrioni umani solo per fini di ricerca o di sperimentazione o comunque a fini diversi rispetto a quello fatto proprio dalla legge n. 40 del 2004 ovvero il trasferimento in utero;

- che si pongano in essere forme di selezione eugenetica degli embrioni e dei gameti o interventi che, attraverso una selezione, manipolazione o procedimenti artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione o del gamete oppure a predeterminarne caratteristiche genetiche;

- che vengano effettuati interventi di clonazione con trasferimento di nucleo o di scissione precoce dell'embrione o di ectogenesi sia a fini procreativi sia di ricerca;

- che vengano effettuate fecondazioni di un gamete umano con un gamete di specie diversa e produzione di ibridi o di chimere.

In relazione a questo primo gruppo di divieti, occorre comunque segnalare come si prevedano alcune eccezioni.

Viene innanzitutto in rilievo la previsione per cui l'utilizzo di tecniche selettive, manipolative e artificiali tese a modificare il patrimonio genetico di embrioni o gameti è possibile solo quando vi siano finalità diagnostiche e terapeutiche.

In relazione all'altro gruppo di disposizioni (primo e secondo comma dell'art. 13) si prevede un divieto assoluto di ogni sperimentazione sugli embrioni, consentendosi la ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni umani quando vi siano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate tese alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative.

Con riferimento a queste disposizioni, occorre innanzitutto osservare come risultino profondamente differenti le ipotesi in cui determinate attività di ricerca scientifica vengano svolte su embrioni che sono già stati prodotti e quelle in cui vengano creati appositamente.

Non si può non tenere conto, infatti, come il medesimo divieto di ricerca scientifica venga posto con riguardo a due differenti situazioni di fatto, senza che venga prevista alcuna deroga che tenga conto di altri interessi e diritti costituzionalmente rilevanti.

\*\*\*

*4.1.1. La decisione della Corte Costituzionale n. 151 del 2009: gli embrioni in sovrannumero e le esigenze della procreazione.*

Questa considerazione vale tanto più se si considerano gli effetti della decisione della Corte costituzionale n. 151 del 2009 che,

dichiarando l'illegittimità costituzionale dei commi secondo e terzo dell'art. 14, ha determinato:

- l'obbligo per il medico di creare il numero di embrioni strettamente necessario e dunque, a seconda dei casi concreti, anche superiore a tre;

- il venir meno dell'obbligo dell'unico e contemporaneo impianto degli embrioni creati;

- il differimento del trasferimento in utero degli embrioni nel caso in cui vi sia un pregiudizio per la salute della donna.

Come è noto, a fronte di questa decisione, si pone la questione, strettamente collegata a quella relativa alla libertà di ricerca scientifica, relativa al destino degli embrioni non utilizzati perché malati o perché in sovrannumero.

Infatti a seguito dell'intervento del Giudice delle Leggi si è verificato un rilevante aumento delle nascite di bambini con le tecniche di fecondazione assistita.

Accanto a questo dato, però, è aumentato anche il numero degli embrioni non impiantati perché malati o perché non utilizzati, essendo andati a buon fine precedenti tentativi di instaurare una gravidanza.

Si pensi per esempio alle decisioni dei giudici che hanno disposto il trasferimento in utero dei soli embrioni sani e hanno ordinato la crioconservazione di quelli non impiantati.

Si fa riferimento, in particolare, all'ordinanza del Tribunale di Bologna del 2009 (ord. 20.06.2009) che ha autorizzato l'impianto degli embrioni non affetti da malattia genetica e ha autorizzato la crioconservazione di quelli non immediatamente impiantati. Nel 2010 con tre ordinanze identiche (ordd. 19.07.2010) il Tribunale di Bologna ha riconosciuto il

diritto alla diagnosi preimpianto, il diritto alla creazione di un numero di embrioni strettamente necessario e il diritto di crioconservare gli embrioni non impiantati.

Si segnala a questo proposito la ricerca svolta dall'Istituto Superiore di Sanità in relazione al numero di embrioni nei Centri medici.

In particolare si è rilevato che nel 2000 gli embrioni erano 24.452; che su 88 Centri medici, 8 hanno dichiarato di non avere embrioni crioconservati mentre gli altri hanno dichiarato di avere embrioni abbandonati (54) e non abbandonati (26) (E. PORCU, *Procreazione medicalmente assistita: il modello italiano. Come conciliare tutela dell'embrione, salute della donna e qualità scientifica nella procreazione medicalmente assistita*, Conferenza Nazionale della Famiglia, Milano, 8-10 novembre 2010).

A fronte di questo quadro, quindi, si pone la questione relativa alla possibilità di utilizzare gli embrioni già creati e non destinati all'impianto a fini di ricerca.

\*\*\*

Occorre, da ultimo, fare riferimento a un nuovo interesse cui la Corte costituzionale ha conferito rilievo costituzionale.

Con la sentenza n. 151 del 2009 infatti il Giudice delle Leggi ha individuato le esigenze della procreazione quale interesse idoneo a bilanciare e dunque a limitare la tutela apprestata all'embrione – tutela che era prevista in via assoluta dalla legge n. 40 del 2004 prima dello stesso intervento della Corte costituzionale.

L'intervento della Corte costituzionale mostra come non si possa considerare ragionevole la previsione di una prevalenza assoluta che non ammette deroghe e bilanciamenti rispetto alla tutela dell'embrione.

Il Giudice delle Leggi, nel dichiarare fondate le questioni sollevate sull'art. 14, commi 2 e 3, aveva infatti chiarito come: "Va premesso che la legge in esame rivela – come sottolineato da alcuni dei rimettenti – un limite alla tutela apprestata all'embrione, poiché anche nel caso di limitazione a soli tre del numero di embrioni prodotti, si ammette comunque che alcuni di essi possano non dar luogo a gravidanza, postulando la individuazione del numero massimo di embrioni impiantabili appunto un tale rischio, e consentendo un affievolimento della tutela dell'embrione al fine di assicurare concrete aspettative di gravidanza, in conformità alla finalità proclamata dalla legge. E dunque, la tutela dell'embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione" (sent. n. 151 del 2009).

Sotto tale profilo, pur non venendo certamente in rilievo le esigenze della procreazione, occorre tenere conto di queste precise indicazioni della Corte costituzionale, che sono state poste a fondamento della stessa dichiarazione di illegittimità costituzionale delle disposizioni, di cui si è fatto riferimento precedentemente.

\*\*\*

*4.1.2. La violazione dell'art. 9 Cost.*

Il divieto assoluto previsto nella legge n. 40 del 2004, da questo punto di vista, si pone in contrasto con una serie di disposizioni costituzionali.

Innanzitutto, esso viola l'art. 9 Cost. e dunque il principio che impone alla Repubblica la promozione della ricerca scientifica e tecnica.

Come è noto tale disposizione sia con riferimento alla promozione dello sviluppo della cultura e della ricerca scientifica e tecnica sia con riguardo alla tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico deve essere interpretata in modo dinamico.

Il nucleo normativo essenziale complessivo dell'art. 9 Cost., definito dalla stessa Corte costituzionale quale valore primario e "principio fondamentale del nostro ordinamento costituzionale (sul punto si vedano tra le altre le decisioni nn. 239 del 1982, 151 del 1986 e 378 del 2000).

Con specifico riguardo alla questione oggetto di questo giudizio, ovvero la ricerca scientifica - che deve essere intesa nel suo senso più ampio comprensivo delle scienze naturali e di quelle umane, in tal modo ricadendovi ogni attività che contribuiscano all'ampliamento della conoscenza (si veda al riguardo R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI, a cura di, *Commentario alla Costituzione*, UTET, 2006) -, non può non rilevarsi come il divieto relativo alla possibilità di utilizzare embrioni già creati e non impiantabili costituisca un impedimento assoluto rispetto alla possibilità di promuovere l'attività di ricerca scientifica.

Inoltre, il divieto assoluto in questa particolare materia non implica solo la violazione della libertà di ricerca scientifica, ma conduce alla

violazione di altre disposizioni costituzionali, alla cui attuazione la stessa attività di ricerca può contribuire.

\*\*\*

#### *4.1.3. Violazione degli artt. 2 e 32 Cost.*

Il divieto assoluto di ricerca scientifica nella materia relativa alla procreazione assistita e, in particolare, agli embrioni e ai gameti non si riduce alla violazione dell'art. 9 Cost., ma implica una compromissione anche del diritto alla salute fisica e psichica di cui all'art. 32 Cost., poiché la promozione della ricerca scientifica ha come oggetto e come fine, in generale, la salute e il benessere fisico e psichico, non solo dell'individuo ma anche della collettività.

In particolare, con specifico riguardo alla questione oggetto del giudizio principale, la richiesta dei coniugi di destinare gli embrioni non impiantati alla ricerca scientifica era strettamente connessa allo studio della patologia genetica di cui sono portatori e dunque è finalizzata a raggiungere una effettiva tutela del diritto alla salute.

Occorre sottolineare, da questo punto di vista, come siano titolari del diritto alla salute sia i singoli componenti della coppia sia gli stessi, nella dimensione di coppia, sia, infine, ogni altra persona che sia portatrice della medesima patologia o anche di altre malattie rispetto alle quali la ricerca scientifica avviata sia suscettibile di dispiegare possibili effetti positivi (si vedano per affermazioni sull'inviolabilità del diritto di cui all'art. 32 Cost., sentt. nn. 306 del 2008, 252 del 2001 e 432 del 2005).

Da questo punto di vista, quindi, si può richiamare la natura dinamica rispetto alla promozione della ricerca scientifica, che per poter raggiungere risultati positivi in termini di tutela e cura della

salute deve necessariamente essere avviata e deve necessariamente provvedere a porre in essere sperimentazioni di varia natura.

\*\*\*

Strettamente connesso a questo profilo risulta anche la compromissione derivante dal divieto di ricerca dell'art. 2 Cost., laddove riconosce e garantisce i inviolabili dell'uomo, inteso, ancora una volta, sia nella sua dimensione individuale sia nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità.

\*\*\*

#### *4.1.4. Profili di irragionevolezza: la violazione dell'art. 3 Cost.*

La disciplina che pone il divieto assoluto, nei termini di cui si è detto, alla ricerca scientifica in materia di embrioni risulta irragionevole (con ciò violandosi l'art. 3 Cost.) in considerazione innanzitutto della mancata differenziazione, come si è anticipato, fra "tipologie", "obiettivi" (ricerca di soluzioni rispetto a gravi malattie genetiche o clonazione e selezione eugenetica) e "oggetto" (embrioni già creati o creati al fine di poter svolgere attività di ricerca) della stessa ricerca scientifica.

In secondo luogo, la normativa pone il divieto di ricerca esclusivamente in relazione all'embrione, con ciò risultando possibili le stesse attività di ricerca nei tempi immediatamente precedenti al concepimento e/o alla creazione dell'embrione.

\*\*\*

## **4.2. Questione relativa all'art. 6, comma terzo, legge n. 40 del 2004: il consenso al trasferimento in utero.**

Con specifico riguardo alla questione relativa alla disposizione di cui al comma terzo dell'art. 6 che dispone che la volontà rispetto all'applicazione delle tecniche di procreazione assistita può essere revocata da ciascun membro della coppia solo fino al momento della fecondazione dell'ovulo, occorre ricordare come tale questione fosse già stata sollevata e come, in ragione della mancanza di motivazione sulla rilevanza, il Giudice delle Leggi ne avesse dichiarato la manifesta inammissibilità.

Tale previsione compromette innanzitutto il diritto di autodeterminazione nelle scelte mediche della coppia e, in particolare, della donna, sulla cui posizione evidentemente e prevalentemente incidono le decisioni relative all'impianto degli embrioni (artt. 2, 3 e 13 Cost.).

\*\*\*

In secondo luogo, essa presenta uno stretto collegamento con quanto dispone l'art. 14 a seguito dell'intervento della Corte costituzionale con la sentenza n. 151 del 2009.

Si deve infatti ritenere che attraverso l'eliminazione dell'obbligo di impiantare contemporaneamente il numero strettamente necessario di embrioni creati e attraverso la previsione per cui, comunque, l'impianto deve essere effettuato senza pregiudizio per la salute della donna (sentenza n. 151 del 2009), risulti del tutto irragionevole (art. 3 Cost.) la previsione per cui la coppia – e in particolare la donna – non possa revocare il proprio consenso al proseguimento delle tecniche e dunque del trasferimento in utero in un momento successivo rispetto alla fecondazione dell'ovulo.

\*\*\*

Da ultimo, non può non considerarsi come, ancora una volta, una simile previsione sia suscettibile di violare il diritto alla salute, da intendersi non solo nella sua accezione fisica ma anche psichica (art. 32 Cost.).

Con tale disposizione, infatti, si impedisce alla coppia – e in particolare alla donna, in ragione della propria peculiare posizione rispetto alle tecniche procreative – di rifiutare il trasferimento in utero degli embrioni, venendosi dunque a imporre un trattamento medico che non trova alcuna giustificazione ai sensi del secondo comma dell'art. 32 Cost.

Da questo punto di vista, la legge n. 40 del 2004 all'art. 6, comma terzo, compromette l'art. 32 Cost.

Il Giudice costituzionale, infatti, ha individuato l'esistenza di un nucleo inviolabile del diritto alla salute, da riconoscere a tutti senza alcuna discriminazione (tra le tante, si vedano le sentt. nn. 306 del 2008, 432 del 2005, 252 del 2001).

Secondo la Corte costituzionale, infatti, occorre garantire la tutela di "un nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto" (cfr., tra le altre, le sentt. n. 509 del 2000, n. 309 del 1999 e n. 267 del 1998).

\*\*\*

Occorre da ultimo nuovamente richiamare la sentenza n. 151 del 2009 con cui la Corte costituzionale ha stabilito che la tutela dell'embrione – che viene garantita in modo assoluto dalla previsione che impedisce la revoca del consenso oltre il momento della fecondazione dell'ovulo – non può essere assoluta, individuando un nuovo interesse di rilevanza costituzionale costituito dalle esigenze di procreazione.

\*\*\*

## **Conclusioni.**

Tutto ciò considerato, Vox – Osservatorio italiano sui Diritti insiste per l'accoglimento delle questioni proposte, riservata ai successivi atti ogni ulteriore opportuna illustrazione delle proprie difese ed il deposito di ogni eventuale documentazione.

Roma – Milano, 24 luglio 2013

Avv. Prof. Maria Elisa D'Amico

Avv. Massimo Clara

## **Allegati**

1. Atto costitutivo dell'Associazione Vox – Osservatorio italiano sui Diritti
2. Statuto dell'Associazione Vox – Osservatorio italiano sui Diritti