

Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice... (nota a C. cost., sent n. 84/2016)

Antonino Spadaro*

UNUSABLE CRYO-PRESERVED EMBRYOS: THE CONSTITUTIONAL COURT WASHES ITS HAND OF IT, BUT SAYS SOMETHING... (NOTE ON DECISION NO. 84/2016)

ABSTRACT: The Constitutional Court Decision no. 84/2016 addresses a typical political question. The Court eludes the problem by means of a controversial “downgrading” of the balancing from a constitutional to a legislative level and declaring the question inadmissible. Nevertheless, behind the formal rejection, a possible solution on the merits comes up through the lines: a hypothetical different balancing in favour of health and scientific research would be not automatically unconstitutional, but it pertains only to the Legislator. Thus, although the Court could have adopted a “principled adjunctive” decision, it preferred not to decide at all, but at the same time it set the basis for a future legislative reforms in favour of the scientific research.

KEYWORDS: unusable cryo-preserved embryos, political question, constitutional balance, legislative discretion, “principled adjunctive” decision as a possible alternative solution.

SOMMARIO: 1. Introduzione. Una classica *political question*: da sfuggire più che da affrontare – 2. La discutibile tecnica di *de-costituzionalizzazione* del bilanciamento – 3. Un’«inammissibilità vestita» (ovvero con possibile soluzione indicata “fra le righe”), ma *sui generis*: il bilanciamento *pro* salute e ricerca scientifica non è escluso, dunque è “possibile”, però lo *deve* fare il legislatore... – 4. Il mancato ricorso a una possibile *additiva di principio* – 5. Conclusioni benevole: la Corte non decide, ma “crea le condizioni” per un intervento legislativo favorevole alla ricerca scientifica.

1. Introduzione. Una classica *political question*: da sfuggire più che da affrontare

Come in quasi tutte le questioni di bioetica, ci troviamo di fronte a una classica *political question*, dunque a un caso, per la sua delicatezza e complessità, molto controverso nell’opinione pubblica e oggetto di scontro politico, se non addirittura ideologico (non senza venature religiose). Si tratta perciò di una problematica – per quanto non elusa dalla scienza e di sicura rilevanza costituzionale – da cui tradizionalmente, quando possono, i tribunali costituzionali cercano di sfuggire come dalla peste, anche per sottrarsi a critiche certe, quale che sia la decisione presa, visto che inevitabilmente essa scontenta una delle due parti in irriducibile conflitto fra loro.

* Professore ordinario di Diritto costituzionale all’Università Mediterranea di Reggio Calabria. Contributo su invito.

In questi casi, quindi, *decidere di non decidere*¹ “sembra” la decisione migliore e l’atteggiamento delle Corti tende a diventare facilmente “pilatesco”². Detto altrimenti: i giudici sono perfettamente consapevoli che la questione che dovrebbero affrontare li riguarda in modo diretto – vista la natura *costituzionale* degli interessi in gioco – dunque che spetterebbe a loro dire qualcosa, ma se ne lavano le mani, lasciando che sia il Parlamento a occuparsi della “patata bollente”³.

Sia chiaro: senza scomodare la teoria del “legislatore negativo” di Hans Kelsen, certo in più di un’occasione si può capire il Giudice delle leggi. A ben vedere, tutte le volte in cui non può limitarsi ad accogliere *sic et simpliciter* la q.l.c. e quindi a un intervento meramente caducatorio, la Corte più che legittimamente è restia a dire la sua: se può vedersela il legislatore, perché scomodare lei? È naturale e comprensibile essere recalcitranti, se qualcun altro – in questo caso il Parlamento – può togliere le castagne dal fuoco. Ed in effetti, bisogna riconoscere che è solo la *latitanza* del Parlamento che costringe la Corte a cimentarsi con sentenze *manipolative*, ossia creative del più vario genere e miranti a colmare prolungate lacune legislative: è il caso soprattutto delle additive, anche solo di principio⁴. Del resto, è solo la patologica, prolungata inerzia parlamentare che può spiegare l’arditezza – *felix culpa* direbbe un’autorevole dottrina⁵ – di alcuni interventi della Corte, altrimenti inaccettabili perché chiaramente invasivi delle competenze del legislatore: si pensi, fra i più clamorosi e recenti, alla sent. cost. n.1 /2014 sulla legge elettorale⁶.

¹ L’espressione, com’è noto, è risalente: cfr. almeno M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova 1984, e A. MORELLI, *Quando la Corte decide di non decidere. Mancato ricorso all’illegittimità consequenziale e selezione discrezionale dei casi (nota a margine dell’ord. n. 369 del 2006)*, in *Forum di Quad. Cost.*, 17 novembre 2006.

² Usa efficacemente questo aggettivo, proprio in relazione alla sentenza n. 84/2016, A. RUGGERI, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, negli atti delle Giornate di studio su *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un’esperienza, problemi e prospettive*, Messina 5-6 maggio 2016. Di queste giornate – promosse da Stefano Agosta e Giacomo D’Amico – desidero segnalare spec. le relazioni di M. FORTINO, *Cronaca di una morte annunciata* e D. NERI, *La sperimentazione sugli embrioni umani alla luce della ricerca biomedica avanzata (Genome editing)*.

³ Di particolare interesse mi sembrano le notazioni di S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna 2015, p. 33 s., quando – da un lato – osserva: «la Corte costituzionale si interessa di politica sotto specie di diritto, attraverso il diritto. Riconduce conflitti politici a criteri di ragionevolezza, logica, coerenza» e – da un altro lato – rileva che talora la Corte: «Teme di affrontare le questioni. È felice di concludere per l’inammissibilità. La cosa è tanto più vera in quanto il giudizio di costituzionalità non è sempre all’inizio, ma alla fine, nel senso che si decide per l’inammissibilità quando le soluzioni in merito non hanno raccolto consensi sufficienti o non hanno convinto a sufficienza, o hanno spaventato [...] Viene spesso invocata la “discrezionalità del legislatore”, sulla quale obietto, perché è troppo e troppo poco».

⁴ Sul punto cfr. più avanti il § 4. N.B.: sono definibili «decisioni manipolative» tutte quelle che integrano il testo o della legge o della stessa Costituzione (esistono, infatti, campi non espressamente disciplinati dal costituente, ma parimenti di implicita rilevanza costituzionale, su cui le Corti – non solo quella italiana – svolgono la loro funzione storica di «costituenti stabili»). Sul punto, per tutti, v. A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di Giustizia costituzionale*, Torino 2014^v, spec. p. 168 ss. Ma v. pure la bella monografia di C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare. Per una nuova prospettiva di studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Napoli 2013, *passim*.

⁵ Cfr. G. SILVESTRI, *Legge (controllo di costituzionalità)*, in *Dig./pubb.*, IX, Torino 1994, p. 32.

⁶ Per la quale, in questa sede, si risparmia ogni commento, rinviandosi, fra i tantissimi, all’ampia e approfondita indagine di A. RAUTI, *I sistemi elettorali dopo la sentenza costituzionale n. 1 del 2014. Problemi e prospettive*, Napoli 2014.

Tutto questo è vero ed innegabile. Ma è altrettanto vero, almeno così pare a chi scrive, che le Corti costituzionali esistano *anche* per risolvere casi che il legislatore “non vuole” o “non riesce” ad affrontare, cercando di porre così rimedio sul piano *costituzionale* a carenze che in realtà esistono sul piano *legislativo*, ma i cui effetti riverberano inevitabilmente sull’equilibrio fra i valori costituzionali.

Invece la “scelta”, ché di questo si tratta, di *non decidere*, invocando una comprensibile resistenza ad occuparsi di *political questions* – quando in realtà sono in ballo interessi *costituzionalmente* protetti – è a dir poco discutibile, come presto si dirà meglio. Di fronte a questa scelta della Corte italiana, non sembra particolarmente convincente l’idea – che pure potrebbe avanzarsi, in un benevolo tentativo di ricostruzione delle tendenze giurisprudenziali – di delimitare l’oggetto delle *political questions*. Per esempio, potrebbe dirsi che sono classificabili e qualificabili come tali solo quelle più attinenti alla vita politico-democratica dei consociati (v. la materia elettorale), mentre potrebbero non essere tali quelle dallo spessore etico-personale più accentuato (v. la materia bioetica). Ma, anche prescindendo dal fatto che questa distinzione non pare ragionevole, fortunatamente ad essa nemmeno corrisponde una prassi della Corte: per restare agli esempi fatti, sono forse meno le pronunzie costituzionali in materia elettorale e più quelle in materia di bioetica. No, neanche quest’ipotesi regge.

In fondo, la problematica qui accennata è vecchia e potrebbe esser così riassunta: esistono “argomenti” o “materie”, che sollevano *political questions*, le quali – per la loro complessità e discrezionalità – risultano escluse dall’interesse, e quindi dall’esame, del Giudice delle leggi, perché di spettanza esclusiva del legislatore, totalmente libero nei suoi fini? Risponderei così: certo, alcuni campi di indagine *non* possono essere considerati, in sé, “materia costituzionale”. Esiste infatti, come da tempo dico e la stessa Corte ha riconosciuto (sent. cost. n. 172/1999), uno “spazio costituzionale neutro”: quel che la dottrina tedesca chiama *Verfassungsrechtsleerer Raum*. Tuttavia è innegabile che la Costituzione *informa di sé* ogni aspetto della vita sociale e ogni branca del diritto, costituendo “parametro generale” di legittimità per *tutti* gli atti giuridici, leggi in testa. Ciò significa, in concreto, non solo che “tutte” le decisioni della Corte (anche quelle che sembrano meno rilevanti e persino quelle di inammissibilità, come quella qui commentata) hanno comunque effetti *politici*, ma che “tutto” (anche la materia apparentemente più lontana dalla Carta costituzionale) è, o può divenire, costituzionalmente rilevante, se entrano in gioco *interessi costituzionalmente protetti*, come per esempio quelli dei diritti in ballo nel caso di specie: alla vita dell’embrione, alla salute dei cittadini e alla ricerca scientifica⁷.

Tirando le fila dei veloci ragionamenti fatti: è ovvio che le *political questions* si possano, anzi si debbano, fuggire e le altre invece si debbano affrontare, ma l’impressione netta dello scrivente è che, tranne in qualche caso più evidente, non sia affatto facile fare questa distinzione. Per i motivi prima accennati, non pare ragionevole operare un vero distinguo fra materie *political* e *non political*. Infatti, esattamente come la Corte, con le pronunzie di inammissibilità, “decide di non decidere”, così realisticamente è sempre e solo la Corte che “decide” quando e quali *questions* debbano esser considerate *political*, e quindi precluse al suo esame⁸.

⁷ Sul concetto di «interesse costituzionalmente protetto», v. già M. VILLONE, *Interessi costituzionalmente protetti e giudizio sulle leggi (Logiche e politiche della Corte costituzionale)*, I, Milano 1974.

⁸ Fra i molti, sul punto, cfr. C. DRIGO, *Giustizia costituzionale e political question doctrine. Paradigma statunitense e spunti comparatistici*, Bologna 2012. Sul tema v., ora (in volume di prossima pubblicazione), D. BELVEDERE, *Giudizio sulle leggi in via incidentale: questioni politiche e strumenti processuali*.

2. La discutibile tecnica di *de-costituzionalizzazione* del bilanciamento

Per sfuggire al *giudizio sulla q.l.c.* – e, potremmo dire: con un gioco di parole, contemporaneamente sottrarsi al *giudizio dell’opinione pubblica* – la Corte compie un’operazione complessa e raffinata, che sembra controllare bene, ma che le fa sfuggire più di quanto essa stessa forse non avrebbe voluto. Parlare di ingenuità sarebbe indelicato, o peggio presuntuoso, ma l’impressione è che essa si sia affannata a spiegare *fin troppo dettagliatamente* le ragioni della sua scelta di astensione dal giudizio, finendo così con l’entrare concretamente, e quasi inavvertitamente, suo malgrado, nel merito della q.l.c.

Sia chiaro: il Giudice delle leggi formalmente non esprime alcuna «valutazione» di costituzionalità, ma sostanzialmente non si risparmia di dire, sia pur fra le righe e in forma indiretta, la sua autorevole opinione. Si approfondirà il punto fra poco, nel § 3. Intanto va esaminato il *modo* con cui ha giustificato il suo ritirarsi e quindi l’inammissibilità.

Per giustificare l’inammissibilità, la tecnica adottata è stata quella della *de-costituzionalizzazione* degli interessi in gioco: ciò che lascia non poco perplessi.

La Corte infatti – agli inizi del n. 11 del considerato in diritto – parlando della “scelta tragica”

«tra il rispetto del principio della vita (che si racchiude nell’embrione ove pur affetto da patologia) e le esigenze della ricerca scientifica [...] ampiamente divisiva sul piano etico e scientifico, e che non trova soluzioni significativamente uniformi neppure nella legislazione europea»,

ne deduce che

«la linea di composizione tra gli opposti interessi, che si rinviene nelle disposizioni censurate, attiene all’area degli interventi, con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale [...] È quella, dunque, recata dalla normativa impugnata una scelta di così elevata discrezionalità per i profili assiologici che la connotano, da sottrarsi, per ciò stesso, al sindacato di questa Corte».

Come interpretare queste parole? Innanzitutto, il richiamo all’«elevata discrezionalità» della scelta ricordata dal Giudice delle leggi è, sì, coerente con le formali indicazioni dell’art. 28 della l. n. 87/1953 secondo cui, com’è noto: «Il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione politica ed ogni sindacato sull’uso del potere discrezionale del Parlamento». Ma certo – com’è altrettanto noto – non è coerente con la diffusa prassi della giurisprudenza costituzionale italiana. Fermo restando il limite invalicabile per il Giudice delle leggi delle «valutazioni di natura politica», difficilmente si potrà negare che, nella sua seconda parte («sindacato sull’uso del potere discrezionale del Parlamento»), l’art. 28 pare desueto e non corrispondente alla realtà, *melius*: al diritto costituzionale vivente. Fa quindi un po’ sorridere questo rigore *d’antan* in un organo che ha sempre esercitato – con le più svariate e innovative tecniche giuridiche, non ultime le valutazioni di ragionevolezza – poteri addirittura “creativi” e che, tanto per citare uno fra i molti possibili esempi, fino a un paio d’anni prima (v. la già ricordata sent. cost. n.

1/2014 sulla legge elettorale), non ha esitato a esercitare valutazioni sicuramente ultra-discrezionali sull'esercizio dei poteri parlamentari...

La Corte parla, poi, di un «bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto», alla fine pervenendo tuttavia alla sorprendente conclusione che *non le compete* occuparsene (con la debole scusa – si vedrà: cfr. § 4 – dell'inesistenza di «rime obbligate»). Ma i valori *fondamentali* non sono intrinsecamente, direi quasi per definizione, anche valori *costituzionali*? O, con questa sentenza, la Corte vorrebbe lasciar intendere che esistono valori *fondamentali* che, però, “non sono” anche *costituzionali*? Tuttavia, quest'ipotesi astratta – che non si condivide, ma che pur con fatica potrebbe essere percorsa – non pare formulabile nel caso di specie, riconoscendo la stessa Corte la natura *costituzionalmente rilevante* – sempre per usare le sue parole – del «principio della vita (che si racchiude nell'embrione ove pur affetto da patologia)» e delle «esigenze della ricerca scientifica» (n. 11 cons. in dir.), senza dimenticare «(anche) della tutela della salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività» (n. 8 cons. in dir.).

Ora, se i valori *fondamentali* sono intrinsecamente, direi quasi per definizione, anche valori *costituzionali* – ciò che sicuramente vale almeno nel caso qui esaminato – come può la Corte non ritenersi *competente* a valutare l'eventuale lesione di tali valori rifiutandosi di operare, conseguentemente, un *ragionevole bilanciamento* fra gli stessi?

Naturalmente non si nega che il bilanciamento spetti “anche” al legislatore, ordinario e costituzionale, ma certo non è precluso alla Corte costituzionale e se, nella materia considerata, la q.l.c. arriva a lei è perché il *bilanciamento* operato dal legislatore evidentemente non è stato ritenuto ragionevole. Né è realisticamente pensabile che, in questo campo, un bilanciamento valga l'altro e quindi, in astratto, tutti i bilanciamenti siano *costituzionalmente* ragionevoli, come in fondo lascia intendere la Corte mettendo “sullo stesso piano” almeno due fra i possibili bilanciamenti in materia: quello *attuale* fatto oggi dal legislatore con quello che *domani* lo stesso legislatore potrebbe fare, recependo le diverse istanze del Tribunale di Firenze. Poiché i bilanciamenti sono sempre fatti invece “in concreto”, non è affatto così e, per quanto la cosa sia difficile, *solo* la Corte – quale organo di chiusura dell'ordinamento – *alla fine* ci può/deve dire, di volta in volta, se essi siano costituzionalmente compatibili o meno.

Ma la Corte, in questo caso, non ha il coraggio di dirci l'unica cosa che in fondo davvero le viene chiesta: se l'attuale bilanciamento legislativo (l. n. 40/2004) sia carente, mentre quello prospettato nella q.l.c. sia invece *più equilibrato*, e quindi preferibile, poiché tiene conto di “tutti” gli interessi costituzionalmente protetti in gioco, come a chi scrive pare evidente.

La cosa è ancor più manifesta a maggior ragione quando il bilanciamento riguardi “valori fondamentali” *fra loro in posizione di pari rilievo costituzionale* (come si sa, addirittura di «principi supremi» talora parla il Giudice delle leggi). A questo livello, il concetto di bilanciamento, in sé, esprime l'idea di *compromesso*, seppur nobile, e di *equilibrio*, seppur imperfetto e instabile, attraverso un doppio e sincronico processo di *affievolimento* (di un interesse/valore) e ed *espansione* (di un altro interesse/valore), i quali risultano entrambi e parimenti costituzionalmente protetti in un particolare contesto. Dunque, è quasi impensabile che esista – o che sia sempre possibile – un “bilanciamento mite”, che non presenti dei costi, dandosi vita ad un “unico” risultato costituzionalmente legittimo, perfetto e perenne. Ciò significa, a mio avviso, che la Corte non dovrebbe svolgere l'attività di bilanciamento

solo quando l'effetto che ne consegue è «a rime obbligate». Sarebbe troppo facile. Al contrario, essa è chiamata a un compito ben più difficile: deve dirci qual'è il bilanciamento costituzionalmente “meno imperfetto” fra quelli astrattamente possibili. E solo il risultato normativo di questo particolare bilanciamento può essere considerato costituzionalmente meritevole di garanzia. Di più: in tale prospettiva, potrebbe dirsi che tendenzialmente le «rime obbligate» si hanno solo, o comunque soprattutto, quando non è necessario fare una vera e propria attività di «bilanciamento». Ma, sul punto, cfr. il § 4. Proprio in questi casi (di una pluralità di interessi/valori parimenti protetti costituzionalmente e tuttavia confliggenti) – apparentemente insolubili, o solubili solo ricorrendo al principio super- e meta-costituzionale di dignità della persona umana – nessuno più della Corte può esercitare la ricordata, raffinata e delicatissima, attività di bilanciamento⁹.

Paradossalmente, quindi, potrebbe sostenersi esattamente il contrario di quanto lascia intendere la sentenza. Infatti, a differenza di altri organi dello Stato, Parlamento compreso – che rischiano, manipolando interessi costituzionalmente protetti in modo paritario a questo livello, di abusare dei loro poteri discrezionali – forse *solo la Corte*, nelle fattispecie considerate, dispone dell'armamentario tecnico, dell'esperienza e della naturale competenza per operare un *bilanciamento costituzionale*, proprio *ratione materiae*.

Ma v'è dell'altro nella decisione che qui si commenta: l'«elevata discrezionalità», già ricordata – secondo la Corte – spetta *solo* al legislatore, testualmente: «per i profili assiologici che la connotano». L'affermazione è sorprendente. Di quali *profili assiologici* parla il Giudice delle leggi? Non si è forse riconosciuto che sono qui in gioco “interessi” e “valori” di rilevanza *costituzionale*, per questo recepiti esplicitamente o riconducibili implicitamente anche a “principi” *giuridico-costituzionali*? Come dimenticare che la stessa Costituzione contiene valori, costituendo la “razionalizzazione giuridica” di valori politici? Più precisamente, la Costituzione costituisce la *meta-etica laica* (o meta-assiologia) che prevale sulle altre nello Stato e rende possibile la convivenza, appunto in forme pluralistiche, delle altre etiche (o assiologie)¹⁰. Dunque, non avrei soverchi dubbi sul fatto che «i profili assiologici che connotano» l'«elevata discrezionalità» in materia – essendo di sicuro interesse costituzionale – non siano estranei alle competenze del Giudice delle leggi, anzi...

Per converso questi – formalmente per giustificare il suo *self-restraint* e sostanzialmente per non decidere, spaccandosi al suo interno su un tema così esiziale – ha scelto di fingere di non essere competente, *de-costituzionalizzando* la materia, che pure “naturalmente” potrebbe costituire, e di fatto di solito costituisce, l'oggetto della sua valutazione e soprattutto del suo bilanciamento.

⁹ Sul concetto di “bilanciamento” e sulle difficoltà di risoluzione di “conflitti fra valori costituzionali supremi” – risolubili appunto solo grazie al concetto super e meta-costituzionale di dignità umana (secondo la teoria dell'incompletezza dei sistemi di Kurt Gödel) – mi permetto di rinviare a *L'idea di Costituzione fra letteratura, botanica e geometria. Ovvero: sei diverse concezioni “geometriche” dell’“albero” della Costituzione e un'unica, identica “clausola d'Ulisse”,* in AA.VV., *The Spanish Constitution in the European Constitutionalism context*, a cura di F. Fernández Segado, Madrid 2003, p. 169 ss., e in *RBDC, Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 6/2005, 119 ss., nonché alla voce *Bilanciamento*, per *Enciclopedia filosofica Bompiani*, vol. II, Milano 2006, p. 1261 s

¹⁰ Su questi punti sia consentito rinviare a miei: *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. II, Milano, 2006, 1630 ss. e *Libertà di coscienza e laicità nello Stato costituzionale (sulle radici “religiose” dello Stato “laico)*, Torino, 2008, spec. p. 160 ss., ma v. *passim*. V. anche, ora, le acute riflessioni di A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, vol. VIII, *Annali Enc. Dir.*, Milano 2015, p. 263 ss.

In questo senso, a me pare che non possa essere sufficiente il, per altro comprensibilissimo, richiamo alle naturali e prevedibili incertezze della scienza (quindi, indirettamente, al *principio di precauzione*): per la sua intrinseca evoluzione e naturale neutralità, ben difficilmente la scienza – al pari del legislatore – potrà sempre togliere le castagne dal fuoco alla Corte, chiamata invece a “scelte” che neutrali non sono, proprio perché politico-costituzionali. Ma, parimenti, la Corte nemmeno trova risposte univoche sul piano internazionale: essa, non sapendo che fare, disperatamente ricorda la decisione della Corte EDU *Parrillo c. Italia* del 27 agosto del 2015, che legittima la scelta nazionale italiana. E lo fa in modo spontaneo, non essendo il parametro invocato dal giudice *a quo* [«Senza, dunque, entrare in collisione con i parametri europei (non direttamente, per altro, in questo giudizio evocati)» (n. 10 cons. in dir.)]. Anche questo è un argomento certo da prendere in considerazione, ma non sufficiente per giustificare il “ritrarsi” assoluto della Corte su temi costituzionalmente sensibili come quelli qui presi in esame, per “scaricare” tutto sul legislatore che invece, al pari dei giudici, aspettava per orientarsi qualche lume dal tribunale costituzionale. Tuttavia la Corte, che aveva i margini per adottare un’additiva di principio (cfr. § 4), nemmeno ha osato produrre una sentenza-monito o di indirizzo. Naturalmente, ripeto, non si esclude in questi campi un bilanciamento “anche” ad opera del legislatore, ma:

- 1) certo tale bilanciamento non spetta in esclusiva al Parlamento;
- 2) proprio il legislatore, secondo il giudice ricorrente, non ha operato un bilanciamento adeguato e ragionevole, alla luce della valutazione complessiva di tutti gli interessi costituzionalmente protetti in gioco.

In conclusione, *de-costituzionalizzare* la questione ha significato rimetterla *totalmente* – e, direi pure, sciaguratamente – nelle mani della “maggioranza” parlamentare e/o della coscienza sociale: infatti di «orientamenti maggiormente radicati nella coscienza sociale» parla la sentenza.

È comprensibile che, di fronte a temi di questa delicatezza e complessità, si debba “tener conto” *anche* della coscienza sociale – o, se si preferisce, dell’*opinione pubblica* – ma rimettere *interamente* al Parlamento il compito, sulla base della coscienza sociale, di decidere e fare bilanciamenti squisitamente costituzionali in una materia come questa mi pare un azzardo che, alla fine, potremmo pagar caro. Proprio la Costituzione – e le garanzie apprestate dalla giustizia costituzionale a sua difesa – costituiscono invece un *limite* “dall’alto” [etero-legittimazione, o auto-legittimazione (*selbst-legitimation* dice la dottrina tedesca) *assiologica*] a tale, pericolosa presunzione di esclusività di competenza dal “basso” [auto-legittimazione *democratica*]¹¹.

¹¹ Sul punto, per approfondimenti, rimando senz’altro al mio *Sulle tre forme di “legittimazione” (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo*, in AA.VV., *Bioteologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale* (Atti del Seminario di Parma svoltosi il 19-03-04), a cura di A. D’Aloia, Torino 2006, p. 569 ss. In materia, fra gli altri, v. almeno: P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2009, p. 591 ss.; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Milano 2012, spec. p. 49 ss.; E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in www.rivistaaic.it, 4/2015; S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell’attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Napoli 2015; ID., *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *Pol. dir.*, n. 2/2015, p. 271 ss.; ID., *Le “scientific questions” nella dinamica tra discrezionalità giurisdizionale e legislativa. Uno studio comparato sul giudizio delle leggi scientificamente connotate nelle giurisdizioni nazionali, sovranazionali e internazionali*, in *BioLaw Journal – Rivista di*

Per cercare di ridurre i rischi dell'impostazione *tranchant* della Corte, si potrebbe generosamente interpretare la decisione *in bonam partem*, intendendo che essa abbia chiesto solo un *preventivo* intervento del legislatore, senza per questo sottrarsi in assoluto la possibilità di un controllo *successivo*. Ma – a parte il fatto che la Corte dice, in preda a una sorta di inarrestabile *cupio dissolvi* delle sue competenze, addirittura di voler rinunciare *tout court* al proprio «sindacato» (q.l.c. che, per la sua «elevata discrezionalità [era] da sottrarsi, per ciò stesso, al sindacato di questa Corte») – perché non dire *subito* quale, fra quelli in esame, era il bilanciamento *costituzionalmente* “preferibile”? I giudici si rivolgono alla Corte per avere innanzitutto “questo” tipo di risposte, che evidentemente il legislatore *non* ha dato, non dà e non si sa *se* e *quando* darà. A chi altri dovevano rivolgersi i giudici essendo in gioco interessi *costituzionali* che il legislatore non ha ritenuto di dover prendere in considerazione?¹² Dunque, la *de-costituzionalizzazione* operata rischia di impedire l'introduzione di “limiti razionali” a decisioni che possono essere invece emotivistiche, perché meramente politico-parlamentari, quindi legate a (una vaga) “coscienza sociale” e a una (non necessariamente matura) “opinione pubblica”¹³. Certo, a proposito di limiti, «al peggio non c'è limite». Con questa decisione, la Corte almeno ci ha risparmiato una pronunzia secca di *rigetto*, che presumibilmente avrebbe escluso ogni futuro margine di manovra, e quindi un migliore bilanciamento, al legislatore. Ma è una magra consolazione¹⁴.

3. Un'«inammissibilità vestita» (ovvero con possibile soluzione indicata “fra le righe”), ma *sui generis*: il bilanciamento *pro* salute e ricerca scientifica non è escluso, dunque è “possibile”, però lo *deve* fare il legislatore...

Non è infrequente il caso di decisioni costituzionali formalmente processuali, di “inammissibilità”, che lasciano però trasparire una qualche valutazione di merito. Com'è noto, in questi casi la Corte dichiara di non poter far nulla, ma non tace: «dice che non può giudicare, ma le sfugge qualcosa». Ciò accade, appunto, quando il Giudice delle leggi nel dispositivo si astiene dall'esprimere esplicitamente un giudizio (magari per un vizio procedurale dell'atto introduttivo), ma nella motivazione lascia intendere come avrebbe giudicato... *se avesse potuto*. Accade abbastanza spesso per leggi regionali

BioDiritto, 1/2016, p. 39 ss.

¹² Per una riflessione più generale del ruolo dei giudici in questo campo, v. le sagge riflessioni di A. D'ALOIA, *Giudice e legge nelle dinamiche del biodiritto*, in questa Rivista, n. 1/2016, p. 105 ss.

¹³ In realtà, sempre un'interpretazione *in bonam partem*, indurrebbe a dire che la Corte non lascia la materia *del tutto* alla mercé dell'opinione pubblica, indicando implicitamente come “guide” del legislatore: 1) gli aggiornamenti della scienza (le «evidenze scientifiche») e 2) il quadro legislativo/giurisdizionale comparato e sovranazionale («raggiunto grado di condivisione a livello sovranazionale»: n. 11 cons. in dir.). Ma è lecito chiedersi per quale motivo entrambe queste integrazioni del parametro costituzionale – che non sono state ritenute sufficienti per decidere addirittura alla Corte – improvvisamente dovrebbero diventare adeguate per una scelta ponderata del povero legislatore.

¹⁴ La Corte, invero, *in extremis* forse avrebbe anche potuto optare per una decisione di rigetto, ma – a mio avviso – solo a condizione di aggiungere un *obiter dictum* di indirizzo, con invito rivolto al legislatore a tener conto anche di altre esigenze, parimenti costituzionalmente meritevoli di tutela (ricerca scientifica, salute), nel caso di futuri bilanciamenti. Un po' come accaduto nel caso della sent. n. 138/2010, da cui si evince che il “matrimonio gay” è (costituzionalmente) impossibile, ma il legislatore viene invitato comunque a promuovere “unioni civili” che evitino ogni forma di discriminazione. In ogni caso, un simile rigetto sarebbe stato sempre un modo di “sfuggire” al problema, di fatto scaricandolo sul legislatore.

impugnate dallo Stato o viceversa¹⁵. Nell'icastico gergo degli assistenti di studio dei giudici si parla, di fronte a tali pronunzie, di decisioni di «inammissibilità vestite»¹⁶.

Ecco, ho l'impressione che di fronte alla sent. n. 84/2016, ci troviamo di fronte a un caso – sia pure del tutto *sui generis*, perché qui la Corte dice esplicitamente di *non voler* giudicare, rinviando al legislatore – di *inammissibilità vestita*. Infatti, la Corte – nel momento stesso in cui si auto-esclude dal giudizio – fornisce, fra poco si dirà meglio, più di un elemento al legislatore per valutare se e cosa poter fare.

Come spesso accade quando, nel diritto, un organo rimanda/rinvia (per competenza o esercizio) a un altro organo, anche qui non tutto è evidente e i contorni della questione restano sfumati. In particolare non è chiaro se – nel tentativo di motivare, e quindi giustificare, l'inammissibilità – alla Corte sfugge qualcosa («voce dal sen sfuggita...») o se essa è effettivamente consapevole di dare importanti indicazioni, sia pure fra le righe¹⁷.

Provo a spiegare, ove non fosse già evidente, perché questa decisione formalmente di inammissibilità – come si diceva addirittura *pilatesca*, ignorando interessi sicuramente di livello costituzionale – in realtà è «vestita», ossia non tace e quindi, in fondo, qualcosa dice.

Intanto – per un'interpretazione corretta della pronunzia che permetta di coglierne la portata reale, superiore alla formale inammissibilità (secondo cui la Corte riconosce solo al legislatore il potere di disciplinare la materia) – non è sufficiente fermarsi alle affermazioni *di principio*, piuttosto astratte, che quasi sempre sono presenti nelle motivazioni delle decisioni di argomento «eticamente sensibile» ed in particolare bioetico. Com'è noto, in assenza di *dissenting* e *concurring opinion*, spesso tali affermazioni sono inserite nelle motivazioni delle decisioni per tranquillizzare una parte dei giudici costituzionali, di solito quelli che vanno in minoranza. Con ciò non si vuole negare il valore giuridico di tali parti di principio, spesso *obiter dicta* enunciativi in modo altisonante e generico di un diritto, quanto relativizzarne gli effetti concreti in un quadro ermeneutico più ampio e complesso.

¹⁵ Questo particolare tipo di decisioni è stato criticato da S. CASSESE (*op. cit.*, 185, p. 246): «Viene scritta una decisione di inammissibilità, ma con argomentazioni che vanno sul merito. Nella Regione ricorrente si levano voci di “vittoria politica”, perché risultano confermate le istanze regionali. Si può nascondere nelle pieghe di una decisione di inammissibilità una proposta – non accolta – di decisione di merito, di accoglimento?».

¹⁶ Così, puntualmente, M. RUOTOLO, *Per una gerarchia degli argomenti dell'interpretazione*, in *Giur. Cost.*, 2006, p. 3427. A giudizio di S. CASSESE (*op. cit.*, 246) è «inammissibilità vestita» quella «motivata in modo che appaiano chiari i profili di merito della questione e la relativa (possibile) soluzione». Anche chi scrive ha accennato a questo particolare tipo di sentenze in una relazione alla trilaterale italo-franco-spagnola delle associazioni costituzionalistiche, tradottasi in un lavoro, non ancora pubblicato, destinato a *Consulta online*, 2016: *Sulla tipologia delle decisioni della Corte costituzionale italiana (Sintetiche notazioni ricostruttive)*.

¹⁷ Le forme o i tipi dei “rinvii” sono innumerevoli. Si pensi, nel diritto amministrativo, alla *delega*, che non a caso per la sua intrinseca ambiguità M.S. Giannini definiva un istituto inesistente, una sorta di araba fenice. Qui, però, il rinvio al legislatore non sembra assomigliare a una delega, perché la Corte sorprendentemente ritiene di non aver competenza sulla materia, che come si diceva (cfr. § 2) discutibilmente *de-costituzionalizza*. Semmai – per quanto il paragone possa sembrare ardito – la tecnica delle decisioni di «inammissibilità vestite» potrebbe accostarsi a quella della «riserve di legge rinforzate». Ovviamente siamo in contesti e si tratta di istituti diversi, nati per scopi diversi, ma è facile constatare che in entrambi i casi si rinvia al legislatore (qui lo fa la Corte, lì direttamente la Carta) e in entrambi i casi il rinvio dal livello costituzionale a quello legislativo è accompagnato da raccomandazioni/indicazioni, qui più precise ed espressamente vincolanti («riserva di legge rinforzata»), lì in forme ben più velate e *soft*, ma non meno rilevanti («inammissibilità vestita»). Quasi inutile dire che, ovviamente e comunque, si tratta di mere suggestioni.

Per esempio, in passato la Corte ha *giustamente* qualificato la «situazione giuridica del concepito» meritevole di riconoscimento e garanzia «fra i diritti inviolabili dell'uomo» protetti dall'art. 2 Cost. (sent. cost. n. 27/1975), ma – quale conseguenza logica di tale affermazione di principio – non ha poi dichiarato l'illegittimità della legge sull'interruzione della gravidanza (l. n. 194/1978). Dunque, da un punto di vista ermeneutico, non sembra sempre conveniente “estrapolare” passi particolari (*obiter dicta*), per quanto importanti, senza collocarli nel quadro generale della motivazione di una decisione, se non addirittura nel quadro del complessivo filone giurisprudenziale interessato.

Così, nel caso della sentenza che qui si annota, la Corte per un verso sicuramente e giustamente riconosce alla

«tutela della dignità dell'embrione (ancorché malato)» un «valore di rilievo costituzionale, riconducibile al precetto generale dell'art.2 Cost.», per cui «la dignità dell'embrione [...] non è suscettibile di affievolimento per la sola circostanza di risultare affetto da malformazioni genetiche» (n. 8.2.1 cons. in dir. e sent. n. 229/2015),

arrivando persino, e pericolosamente a mio avviso (escludendo in apparenza altri interessi in gioco), a ricordare che

«il *vulnus* alla tutela della dignità dell'embrione (ancorché) malato, quale deriverebbe dalla sua soppressione *tamquam res*, non trova [...] giustificazione, in termini di contrappeso, nella tutela di altro interesse antagonista» (così anche sent. cost. n. 229/2015).

Se ci si fermasse a queste osservazioni, separandole dal resto della motivazione e della giurisprudenza costituzionale, ci troveremmo di fronte a un'ambiguità ermeneutica¹⁸. Infatti queste frasi, prese semplicemente in sé – senza essere “contestualizzate” – potrebbero significare che anche in futuro non sarebbe possibile un uso degli embrioni soprannumerari per la ricerca medico-scientifica. Ma un'interpretazione siffatta sarebbe *in malam partem* e incoerente con il resto della motivazione. Seguendo questa strada, la sentenza n. 84/2016 si rivelerebbe, sì, un'«inammissibilità vestita», ma equivalente a un “rigetto”.

Per fortuna il Giudice delle leggi non si è fermato qui. Per un altro verso, la stessa Corte – opportunamente conscia della lezione schmittiana sulla “tirannia dei valori” – dice ben altro. Infatti, dichiara e riconosce espressamente e doverosamente che comunque,

¹⁸ Non deve leggersi come ambiguo, invece, il passo della sentenza dove la Corte ricorda «l'idea» che l'embrione «possa essere considerato come un soggetto che ha fin dall'inizio la dignità di persona» (n. 10.2, cons. in dir.), perché – in questo caso – il Giudice delle leggi si solo *limitando* a riportare un'opinione che, nei termini espressi, non avalla come sua. Che l'embrione non sia «materiale umano», non è in dubbio e la Corte lo dice espressamente. Che sia quindi un “soggetto” meritevole di protezione, ma “relazionato” solo con la madre (sempre che sia *in vivo* e non semplicemente *in vitro*), è più che sostenibile (ed è, da tempo, la tesi di chi scrive). Ma che addirittura possa essere considerato una “persona”, come tale capace di relazionarsi all'esterno, invece è a dir poco controverso e, se non erro, nemmeno mi pare risulti da documenti ufficiali del magistero della Chiesa cattolica.

«come ogni altro valore costituzionale, anche la tutela dell’embrione è stata ritenuta soggetta a bilanciamento» con altri valori costituzionali (così anche sent. cost. nn. 151 del 2009 e 96 del 2015).

Non solo: onestamente riconosce l’originalità/specificità/novità della q.l.c. adesso a lei sottoposta, ponendosi ora il problema del “bilanciamento” fra il valore (costituzionalmente protetto) della *dignità dell’embrione* soprannumerario, dunque in ogni caso destinato a morire, e quelli (anch’essi costituzionalmente protetti) della *libertà della ricerca scientifica* e del *diritto alla salute*. Insomma, la q.l.c., appare

«nuova» perché «inerente il bilanciamento costituzionalmente ragionevole tra tutela dell’embrione e interesse alla ricerca scientifica finalizzata alla tutela della salute (individuale e collettiva)» (n. 8.2.1 cons. in dir.).

Quindi, per comprendere fino in fondo il senso della sentenza, occorre leggere bene *tutta* la motivazione, alla luce di una ricostruzione di *tutta* la giurisprudenza in merito, senza fermarsi – *melius*: soffermarsi – solo su un punto, per quanto importante esso sia o appaia.

Così facendo, scopriamo che in fondo la Corte – con questa decisione di inammissibilità, pavida ma non incomprensibile – si è limitata a dire che l’attuale disciplina legislativa che protegge l’embrione *non* è incostituzionale, ma si è ben guardata dall’“escludere” che *in futuro* lo stesso legislatore possa fare una scelta anche diversa, vista la necessità di un “bilanciamento” diverso, perché diversi sono i “nuovi” interessi costituzionali in gioco.

Insomma – *rebus sic stantibus* e trattandosi di q.l.c. del tutto “nuova” – per la Corte il legislatore ha di fronte a sé la possibilità di percorrere due strade ben diverse, entrambe lecite secondo il Giudice delle leggi (ed in fondo anche secondo la Corte EDU): *a*) mantenere l’attuale disciplina, vietando l’uso di embrioni soprannumerari per la ricerca; *b*) modificare l’attuale disciplina, consentendo l’uso di embrioni soprannumerari per la ricerca. E giustamente, nell’uno come nell’altro caso, gli embrioni inutilizzabili (*spare embryos*), per quanto destinati a morire, conservano la loro dignità umana e non costituiscono mero materiale biologico.

Attenzione, quindi: leggendo correttamente la sentenza della Corte, la «dignità» degli *spare embryos* non verrebbe meno se, invece di esser lasciati morire, venissero usati per la ricerca scientifico-medica. La Corte non lo esclude affatto: *lascia soltanto che a decidere sia il legislatore*. Anzi paradossalmente – inserendo anche questa fra le possibili scelte discrezionali del legislatore – la sta rafforzando, dandovi una *copertura costituzionale* che prima della sent. n. 84/2016 non esisteva.

In breve: anche la scelta di usare per scopi di ricerca scientifica gli embrioni crio-congelati soprannumerari malati appare oggi *costituzionalmente compatibile*, cosa di cui prima non potevamo esser certi. Sotto quest’aspetto, la sent. n. 84/2016 qualcosa dice. Qualcuno potrebbe persino dire: dice *quanto basta*.

Se l’interpretazione che qui si ipotizza è corretta, ci troviamo quindi di fronte a un’«inammissibilità vestita» la quale, sia pur fra le righe, cela un duplice esito. La motivazione di tale inammissibilità lascia chiaramente intendere il punto di vista della Corte: sono possibili sia l’attuale bilanciamento (che esclude *sempre* l’uso degli embrioni soprannumerari), sia un eventuale, futuro, diverso e “nuovo” bi-

lanciamento (che invece lo ammette *alla luce* degli interessi costituzionali della libertà della ricerca scientifica e della tutela della salute).

Ma soprattutto, se la Corte rimarrà coerente con quest'impostazione, logicamente ciò significa – o dovrebbe significare – che *domani* essa non potrà dichiarare l'illegittimità di una normativa che preveda il *nuovo* tipo di bilanciamento, ora "ammesso" solo fra le righe perché "rimesso" alla scelta del legislatore.

Se ci si pensa bene, non è poco.

Tuttavia l'«inammissibilità vestita» non sembra la soluzione migliore, ove si parta dal presupposto, scontato per chi scrive, che il bilanciamento prospettato dal giudice di Firenze sia "costituzionalmente" *preferibile* a quello attuale. In questa prospettiva, l'affidamento della valutazione esclusivamente al "legislatore" di domani, sembra in qualche modo un'abdicazione alle funzioni di un Tribunale costituzionale.

Infatti, come già accennavo, a me pare che l'attività di "bilanciamento" *della Corte non possa ridursi alla mera e relativamente facile valutazione di ciò che è costituzionalmente certo e obbligatorio, secondo il vecchissimo e ormai raramente utilizzabile metodo americano delle "colonne parallele" (da un lato la Costituzione, dall'altro la legge). Essa deve, invece, attentamente e coraggiosamente ponderare pure ciò che è costituzionalmente preferibile, un vulnus costituzionale potendosi determinare anche solo per la mancata presa in esame di "tutti" gli interessi costituzionalmente in gioco*¹⁹.

È vero però che la Corte – non prendendo *direttamente* questa strada, ma ricorrendo all'*escamotage* dell'inammissibilità per discrezionalità del legislatore – nella motivazione di fatto ha spalancato la porta al Parlamento perché la potesse percorrere tranquillamente. Letta in tal modo – l'unico, sembra, corretto dal punto di vista dell'ermeneutica giuridica – la decisione è certo un modo di *lavarsi le mani* per i giudici, ma non di tacere: al contrario, la Corte nelle sue motivazioni ha ripercorso in modo equilibrato le ragioni a favore e contrarie al bilanciamento in esame, ritenendole entrambe plausibili, o – se si vuole – entrambe costituzionalmente percorribili. Sarà poi il legislatore a valutare discrezionalmente e compiere la sua scelta.

Rafforza la lettura che qui si propone, il fatto che la Corte addirittura non lesina indicazioni di dettaglio sui profili – le «molteplici opzioni intermedie» (n. 11 del cons. in dir.) – che tale, eventuale diverso orientamento legislativo *dovrebbe tenere in conto*.

A ragione, infatti, la Corte ricorda che spetta al legislatore la

«selezione degli obiettivi e delle specifiche finalità della ricerca suscettibili di giustificare il "sacrificio" dell'embrione» (n. 11 cons. in dir.).

¹⁹ Emblematico ed interessante, sul punto, è il confronto fra l'impostazione generale di di S. CASSESE (*op.cit.*, pp. 48 e 54) per il quale «un giudice costituzionale ha, in sostanza, una funzione legislativa [...] in teoria nulla è fuori di una Costituzione interpretata con intelligenza», e quella, particolare e apparentemente diversa, di A. BARBERA (*op. cit.*, p. 336 s.) che – proprio parlando dei giudizi di costituzionalità sulle questioni eticamente sensibili (fra i quali anche i "diritti dell'embrione") – sembra essere favorevole, se non ho inteso male, al *self restraint* della Corte e all'intervento del legislatore, riprendendo un adagio usato per la Corte Suprema, secondo cui in questi casi «interpretare equivale a legiferare». L'umile opinione di chi scrive è che se, in prima battuta, spetta certamente al legislatore la disciplina di questi temi sensibili, in un secondo tempo i tribunali costituzionali non potranno comunque sottrarsi al giudizio. Nel nostro caso, la legge "c'è" ed evidentemente è carente: purtroppo qui siamo già al "secondo tempo".

L'affermazione è molto forte e chiaramente indicativa di una "direzione" quantomeno possibile da intraprendere. Si noti, insomma, che in questo contesto le «molteplici opzioni intermedie» costituiscono un dettaglio, certo pur rilevante, ma tutto interno al principio – che la Corte ammette o, se si preferisce, non esclude – secondo cui comunque tale bilanciamento (che prevede il ricordato «sacrificio») appare costituzionalmente lecito.

In particolare, la Corte – con una metodica assai raffinata – dice che il legislatore dovrà tener conto di molti aspetti e li elenca minuziosamente. Questi dovrà guardare: «all'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 crio-conservazione; alla opportunità o meno (dopo tali periodi) di un successivo interpellato della coppia, o della donna, che ne verifichi la confermata volontà di abbandono dell'embrione e della sua destinazione alla sperimentazione; alle cautele più idonee ad evitare la "commercializzazione" degli embrioni residui» (n. 11 cons. in dir.).

In conclusione, elencando i campi sui cui il Parlamento può scegliere fra «molteplici opzioni intermedie», è "come se" (*als ob*) la Corte stesse scrivendo un "decalogo" proprio per il legislatore interessato a fare questo particolare e "nuovo" bilanciamento (fra valori/interessi/principi: tutti protetti costituzionalmente) che essa ha ritenuto di *non poter* fare, lasciando interamente a lui ogni incombenza di decidere dove – senza menomarne la dignità – finisce il diritto dell'embrione e dove incomincia il diritto alla ricerca scientifica e alla salute dei cittadini²⁰.

4. Il mancato ricorso a una possibile *additiva di principio*

È singolare, infine, che la Corte riesca ad affrontare con sicurezza le obiezioni sulla rilevanza della q.l.c. (n. 6.1 del cons in dir.), facendole sue senza esitazione, mentre non riesca a superare le tecnicamente fragili obiezioni sulla praticabilità, nel caso di specie, di una decisione di tipo additivo (n. 11 del cons. in dir.), usando il debole argomento del vincolo delle c.d. "rime obbligate", che – quando vuole e, s'intende, quando può – essa invece ignora bellamente, com'è noto grazie al ricorso alle c.d. "additive di principio".

Per la verità, non sono del tutto convinto che anche la strada di una semplice decisione additiva non fosse percorribile, ma con ogni evidenza ciò avrebbe significato "decidere" coraggiosamente, direttamente e immediatamente nel senso della incostituzionalità della soluzione attuale e della praticabilità del bilanciamento che ammette il sacrificio dell'embrione soprannumerario, dunque destinato a morire, a favore di altri interessi parimenti protetti costituzionalmente.

²⁰ Sia pure con esiti interpretativi diversi sul significato della sentenza («il risultato pratico conseguente a siffatta posizione finisce col tradursi in un avallo offerto alle ragioni del "no" alla possibile destinazione degli embrioni a finalità di ricerca»), perviene a conclusioni simili A. RUGGERI [*Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*], in questo stesso n. della Rivista], quando osserva che viene «in tal modo tracciata la via lungo la quale la disciplina stessa potrà (e dovrà) svolgersi».

Con l'ovvia precisazione che non si tratta di creare "nuovi" embrioni umani al solo scopo sperimentale, una simile *additiva di principio* sarebbe stata la soluzione di gran lunga preferibile, non solo per ragioni di tecnica giudiziaria, ma per ragioni squisitamente costituzionali legate all'idea che il diritto costituzionale non sia fatto di astratti e freddi principi, ma sia piuttosto e intrinsecamente un "diritto compassionevole", capace di adattarsi all'equilibrio che richiedono le reali esigenze della vita umana in prospettiva solidaristica: art. 2 Cost. (dovendosi *bilanciare* lo stato di chi – senza ancora non solo essere nato, ma senza ancora essere "feto"! – è destinato a morte certa e di chi invece, nato e vivente, spera, grazie alla ricerca scientifica, di poter vivere o comunque vivere con una salute meno precaria). Questa è almeno la tesi di chi scrive, e non da ora²¹.

Ma – nonostante la ragionevolezza di questa scelta (non si dimentichi che un embrione soprannumerario, non impiantato e non impiantabile in quanto soggetto a malformazione genetica, è *sempre* e *inevitabilmente* destinato a morire) – la Corte ha ritenuto di non poterla, *rectius*: non volerla accogliere, pena, immagino, una forse insanabile spaccatura interna. Si trattava di una via astrattamente percorribile, ma concretamente assai divisiva: dunque – per comprensibili (ma non insuperabili) ragioni tecnico-formali – è stata scartata, in nome della corrispondenza chiesto-pronunciato: del resto, in fondo, il Tribunale di Firenze chiedeva un'*additiva*.

Ma proprio su quest'aspetto si può scorgere il limite, persino linguistico, della decisione: la Corte poteva dire che la scelta era sottratta ad un intervento "additivo semplice" del Giudice delle leggi, ma non – come ha fatto – che essa per la sua «elevata discrezionalità [era] da sottrarsi, per ciò stesso, al sindacato di questa Corte». Insomma, in una materia come questa può forse *escludersi* un intervento "additivo" semplice, ma non *tout court* il "sindacato di costituzionalità": ciò che equivale a riconoscere una sconfinata prateria a disposizione delle libere scorribande del legislatore.

Perciò, è altamente auspicabile, in questo senso, che il nostro Tribunale costituzionale – *re melius perpensa* – in futuro si "ri-appropri" esplicitamente della propria competenza, cui apparentemente sembrerebbe aver ora rinunciato, "precisando" anzi che le «molteplici opzioni intermedie» da lei stessa indicate le permetteranno di esercitare su un'eventuale disciplina legislativa futura il proprio sindacato per manifesta irragionevolezza.

In ogni caso la Corte, senza rinunciare clamorosamente al suo sindacato, avrebbe potuto invece benissimo optare per una decisione *additiva di principio*, pronunzia con cui, com'è noto, la Corte interviene proprio in assenza certa di «rime obbligate». Con questa tecnica, essa si limita doverosamente a riconoscere e delineare, per tutti, i principi costituzionalmente protetti, meritevoli quindi *comunque* di tutela, fissando solo l'indirizzo generale che il giudice *a quo*, se potrà, cercherà subito di osservare con effetti *inter partes* e che il legislatore, *quando* vorrà (se l'*additiva di principio* non è "a termine"), dovrà rispettare introducendo una disciplina normativa con effetti *erga omnes*. In tal modo –

²¹ Per i necessari e complessi approfondimenti sul punto, che qui non è possibile riprendere, mi permetto di rinviare a *Cellule staminali e fecondazione assistita: i dubbi di un giurista*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, n. 1/2005, p. 71 ss. e a *La sentenza Brüstle sugli embrioni: molti pregi e... altrettanti difetti*, in *Forum costituzionale online*, nonché in *Quad. cost. n. 2/2012*, p. 438 ss. [e, in Spagna, come *La sentencia Brüstle sobre los embriones: muchos méritos y... otros tantos defectos*, in *Revista "Estudios de Deusto"*, fasc. 128, Enero-Junio 2012, p. 367 ss.]. Le tesi sostenute in questi lavori sono espressione di un *bilanciamento*, per quanto ragionevole, (come tutti i bilanciamenti) intrinsecamente imperfetto, non potendosi – ci ricorda la Corte – «equiparare l'«uccidere» al "lasciar morire"» (n. 10.2 del cons. in dir.).

per un verso – essa avrebbe ammesso la liceità del bilanciamento che prevedeva il “sacrificio” dell’embrione a favore della libertà della ricerca e della tutela della salute dei cittadini, senza tuttavia – per un altro verso – essere costretta ad immergersi nella determinazione dei dettagli relativi alle concrete modalità con cui tale bilanciamento si sarebbe dovuto svolgere: le ricordate «molteplici opzioni intermedie», tutte importantissime, ma davvero, almeno in prima battuta meglio disciplinabili dal legislatore.

Si tratta certamente di un confronto difficile e disomogeneo: infatti non è fra due diritti individuali, ma appunto fra un “interesse” sicuramente generale alla disponibilità di cure *future* e un’“aspettativa” individuale, visto che si parla di embrioni (che ancora persone non sono), alla vita *presente*.

Seguendo questa strada, la Corte di sicuro non avrebbe potuto risolvere *sic et simpliciter* ogni aspetto concreto di questa problematica, troppo complessa per non abbisognare di un intervento legislativo, ma non si sarebbe sottratta a un bilanciamento chiaro ed esplicito la cui valutazione, senza ombra di dubbio, le competeva (cfr. § 2). Insomma, come si diceva, essa avrebbe quantomeno: *a*) messo in condizione i giudici di autorizzare, su richiesta delle parti interessate, l’uso per la ricerca scientifica degli embrioni soprannumerari, altrimenti inutilizzabili; *b*) lasciato libero il legislatore di disciplinare in dettaglio la materia.

In particolare, i giudici della Consulta ci avrebbero dovuto spiegare non solo se il bilanciamento configurato dal Tribunale di Firenze risultava “compatibile con la Costituzione”, come indirettamente hanno fatto con la sent. n. 84/2016 nella sua motivazione, ma se esso fosse “costituzionalmente prevalente”, e quindi preferibile, su quello invece operato dal legislatore con la l. n. 40/2004, cosa che il Giudice delle leggi non ha avuto la forza di fare.

A ben vedere, la Corte, “non escludendo” il bilanciamento proposto dal Tribunale di Firenze fra quelli praticabili, ha comunque ottenuto il risultato di legittimare *anche* questo bilanciamento – ché tale appare l’effetto di questa «inammissibilità vestita» (cfr. § 3) – ma in modo ipocrita e non senza conseguenze. Infatti, non prendendo questa strada, e avendo scelto invece la *de-costituzionalizzazione* di questa specifica materia, la Corte malauguratamente rischia di sottrarsi il potere, in futuro, di “sindacare” le scelte del legislatore, il quale apparentemente è divenuto, così, pressoché “irresponsabile” delle sue decisioni sul punto. Per converso, mi sembra che la ricordata scelta legislativa fra le «molteplici opzioni intermedie» – alla luce degli interessi costituzionali in gioco – non possa essere considerata costituzionalmente indifferente e/o irrilevante, mentre spetterebbe proprio al nostro tribunale costituzionale valutarne attentamente e puntualmente gli effetti complessivi, eventualmente appunto di *vulnus* costituzionale, sul nostro ordinamento.

Con la formula perentoria «unicamente al legislatore [...] compete...» (n. 11 del cons. in dir.), la Corte si è pericolosamente *auto-castrata*, manifestando un *self-restraint* alla fine controproducente: dannoso a se stessa e al sistema delle garanzie costituzionali.

5. Conclusioni benevole: la Corte non decide, ma “crea le condizioni” per un intervento legislativo favorevole alla ricerca scientifica

Bisogna riconoscere che commentare una sentenza “dall’esterno” può essere compito relativamente facile, tant’è che spesso si dà quale esercitazione per i primi commenti critici dei più giovani. Purtroppo, però – per usare un aforisma attribuito ad Hegel – «criticare è facile, ma capire è difficile». Per evitare di incorrere nel brocardo appena citato, è giusto dunque riconoscere che le critiche – che in astratto sono sempre possibili perché tutto è sempre migliorabile – servono davvero, e sono utili, solo quando sono accompagnate da ipotesi *alternative e praticabili* di soluzione.

Nell’esame della q.l.c. risolta dalla Corte con la sent. n. 84/2016, a chi scrive è parso che una soluzione alternativa, praticabile e preferibile – tale perché tecnicamente più chiara e soprattutto espressione di un bilanciamento costituzionalmente chiaro e conforme – sarebbe stata l’adozione di una sentenza di accoglimento nella forma dell’*additiva di principio* (cfr. § 4).

Ma sarebbe ingeneroso non comprendere le difficoltà in cui si sono trovati i giudici e il tentativo, non perfettamente riuscito, di trovare una quasi-soluzione indolore.

L’obiettivo primario e reale di Palazzo della Consulta sembra essere stato quello di dar vita a un “compromesso interno”, da cui non uscissero esplicitamente né vinti, né vincitori. Tuttavia, come si sa, quando si cerca di accontentare tutti, si rischia alla fine di non accontentare veramente nessuno. E, poiché «il diavolo fa le pentole, ma non i coperchi», l’effetto finale della decisione – contrariamente a quanto potrà sembrare a qualcuno – non porta affatto acqua al mulino dei sostenitori dello *status quo* e quindi alla tesi dell’intangibilità degli embrioni soprannumerari malati e destinati all’estinzione.

L’esito della decisione formale di “inammissibilità” (per rinvio alla discrezionalità del legislatore) a mio avviso contiene al suo interno, nella motivazione, un risultato sostanziale di tutt’altro genere, di cui non credo che la Corte riuscirà a liberarsi facilmente, ove anche davvero lo volesse. Infatti, accanto alla liceità dell’attuale disciplina, viene riconosciuta – sia pure implicitamente, ma incontestabilmente – proprio la *liceità* del bilanciamento che prevede il sacrificio dell’embrione soprannumerario destinato comunque a morire, in nome di valori costituzionali parimenti protetti: il diritto alla ricerca scientifica e alla salute dei cittadini. E questo è il “vestito” nuovo dell’inammissibilità.

Dunque, le conclusioni sono in fondo benevole per la Corte: essa non decide, ma “crea le condizioni” per un intervento legislativo successivo favorevole alla ricerca scientifica e al diritto alla salute dei cittadini.

Provo a ricostruire, in modo ultra-sintetico e quasi sillogisticamente, i ragionamenti che si è cercato fin qui di proporre:

la Corte è chiamata a “prendere decisioni” non solo solo quando ci sono «rime obbligate», ma anche quando occorre svolgere una delicata attività di “bilanciamento”, beninteso a condizione che siano in gioco interessi/valori costituzionali. Ciò significa, a mio avviso, che essa ha il diritto/dovere di indicare la soluzione (e quindi il bilanciamento) *più conforme a Costituzione*, ovvero quello che meglio armonizza “tutti” gli interessi/valori costituzionali in gioco, senza creare *vulnus* inaccettabili;

la Corte non può quindi limitarsi semplicemente a “non escludere” la soluzione “costituzionalmente più conforme”, accontentandosi di inserirla “fra” quelle percorribili dal legislatore;

nella fattispecie esaminata, la soluzione costituzionalmente preferibile – e quindi il bilanciamento più corretto – almeno ad avviso di chi scrive, è quello che tiene in conto in modo equilibrato anche dell’interesse alla ricerca scientifica e del diritto alla salute, dunque che «ammette» esplicitamente l’uso per questi scopi degli embrioni soprannumerari malati, destinati a morte certa;

in mancanza di margini sicuri per l’adozione di un’additiva semplice, se la Corte – grazie alla tecnica dell’additiva di principio – «può» comunque realizzare (pur in modo imperfetto, approssimativo e solo in prima battuta) l’obiettivo-principio di bilanciare “tutti” gli interessi costituzionali in gioco senza violare la discrezionalità del legislatore, evidentemente «deve» farlo, perché solo in tal modo può *indirizzare* la futura scelta del legislatore, che altrimenti – di fronte a una *de-costituzionalizzazione* della materia – potrebbe ritenersi libero di fare quel che vuole, o quasi;

se la Corte si rifugia invece in un’ “inammissibilità vestita” che, almeno in apparenza, le preclude ogni «sindacato» futuro sulla materia («unicamente al legislatore [...] compete...»), essa – oltre a favorire equivoci sulla legittimità del bilanciamento ricordato – *ritarda* l’attuazione degli interessi costituzionalmente protetti, che *intanto* «rimette» interamente al legislatore, a differenza della sola disciplina di dettaglio di esclusiva spettanza di quest’ultimo, impedendo così, nel caso di specie, immediatamente: alla donna – *melius* ai genitori – di fare richiesta di donazione degli embrioni soprannumerari malati e al giudice di autorizzarne l’uso, senza incorrere nelle attuali sanzioni e nei divieti vigenti.

in conclusione, ferma restando l’indispensabilità di una normativa di dettaglio in una materia così complessa, è chiaro che – ove si riconosca che il bilanciamento ricordato è *costituzionalmente* non possibile, ma preferibile e quindi *prevalente* – non si può “aspettare” che la lacuna venga colmata dal Parlamento affinché gli interessi/valori costituzionalmente protetti vengano garantiti. Men che meno è accettabile, come invece è accaduto con la sent. n. 84/2016, che si ceda interamente al Parlamento il potere di decidere “quali” di tali interessi siano meritevoli di tutela, per di più “quando” e “se” vorrà.

Può anche essere che questa sentenza di forte *self restraint* segni una “svolta” nella giurisprudenza della Corte, ossia che essa abbia “scelto” di fare un passo indietro, con un *revirement* radicale, un vero e proprio mutamento di rotta che equivale a rinuncia ad *ogni* forma supplenza, attività nella quale sappiamo che finora (con alcune eccezioni) non si è risparmiata. Ma è troppo presto per dirlo. Vedremo.

In conclusione, forse una sola cosa può dirsi chiara e incontestabile: *decidendo di non decidere*, la Corte alla fine ha scelto di adottare una... *decisione* di «inammissibilità vestita», tecnica giudiziaria controversa che, in questo caso, si è rivelata a doppio taglio, visto che presumibilmente il “vestito” finale non sarà piaciuto a qualche giudice. Addirittura, francamente non so fino a che punto “tutti” i giudici – mentre approvavano dispositivo e motivazione della decisione – fossero pienamente consapevoli della sua portata *effettiva*, ossia della “porta lasciata aperta” al legislatore futuro.

Abbiamo così assistito, ancora una volta, agli esiti infelici (e imprevedibili) del “mito” della collegialità nel giudizio di costituzionalità. Anche per questo, siamo di fronte a un’ennesima sentenza da cui emerge, ove ce ne fosse ancora bisogno, la necessità che anche nel nostro ordinamento si introduca non solo la *dissenting*, ma anche la *concurring opinion*!