

**“Eppur si muove”
Il divieto di donazione alla ricerca scientifica degli embrioni umani prodotti *in vitro* ma non più destinati ai fini procreativi: la posizione della Corte Edu tra pronunce e nuove prospettive***

Nota a Corte EDU, Grande Camera, sent. 27 agosto 2015, Parrillo c. Italia¹

di **Giulia Perrone** – Dottoressa in Giurisprudenza, Università LUISS Guido Carli

ABSTRACT: Lo scorso 27 agosto 2015, la Grande Chambre della Corte EDU si è pronunciata in merito al ricorso, presentato da Adelina Parrillo, concernente la presunta violazione del diritto di decidere il destino dei propri embrioni creati *in vitro* ai fini di successivo trasferimento in utero ma rimasti inutilizzati. L'intenzione della ricorrente, nello specifico, era quella di donare gli stessi alla ricerca scientifica. I giudici di Strasburgo, con 16 voti a favore e uno contrario, hanno dichiarato inammissibili i motivi di ricorso relativi all'eventuale contrasto tra le disposizioni della legge n. 40/2004 e gli artt. 1, Prot. 1, e 10 CEDU e hanno stabilito che il divieto di donare alla ricerca scientifica gli embrioni prodotti *in vitro* ma non più destinati a fini procreativi non è contrario al rispetto della vita privata di cui all'art. 8 CEDU. Seguono alcune riflessioni sul ragionamento seguito dalla Corte EDU e sui profili penalistici in ambito di procreazione medicalmente assistita e di utilizzo degli embrioni umani soprannumerari.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 1.1. La sperimentazione su embrioni umani e il *referendum* popolare del 2005. – 2. Il caso Parrillo c. Italia: la vicenda storica e giudiziaria. – 2.1. La disciplina italiana: articolo 13, legge 19 febbraio 2004, n. 40. – 2.2. Prime prospettive. – 3. La Grande Chambre si pronuncia sul caso Parrillo. – 3.1. Violazione dell'art. 1 del Protocollo 1 allegato alla CEDU: i motivi dell'inammissibilità. – 3.1.1. La disciplina italiana: quale definizione per l'embrione umano? – 3.2. Violazione dell'art. 8 CEDU: i motivi del rigetto. – 3.2.1. Difficoltà di interpretazione del termine “altrui” di cui all'art. 8 CEDU – 3.2.2. La disciplina italiana: ipotesi collaterali rispetto al reato di sperimentazione su embrioni umani. – 3.2.3. L'esigenza del consenso europeo. – 3.3. Esclusione del motivo di ricorso concernente la presunta violazione dell'art. 10 CEDU: tra punti fermi e nuove prospettive. – 4. “Eppur si muove”: la progressiva evoluzione della disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita e le prospettive future.

* Lavoro sottoposto a referaggio in base alle Linee guida della Rivista.

¹Per consultare la scheda della sentenza, si veda V. TIGANO, *Divieto di sperimentazione sugli embrioni umani e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in www.penalecontemporaneo.it, 09/2015.

1. Premessa

Lo studio relativo alla procreazione medicalmente assistita rientra in un ambito dai lineamenti complessi nel quale, attraverso ogni disposizione di legge, divieto imposto o sanzione prevista, si arriva a disciplinare il diritto personalissimo alla salute.

In Italia, il legislatore del 2004, nonostante l'obiettivo dichiarato nella legge n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita)² di voler «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi con il ricorso alla procreazione medicalmente assistita»³, ha optato per un'impostazione fondata sul divieto. Il tratto preponderante della disciplina, infatti, è una forte ostilità nei confronti della pratica medica tradotta, poi, in un'invadenza estrema del diritto penale entro i confini dell'attività svolta. L'irragionevolezza di alcuni limiti imposti e della sproporzione delle sanzioni a essi collegate è dovuta in gran parte all'attenzione che il legislatore dedica all'*embrione*, inteso come *persona*, la cui vita sembra rappresentare il principale bene giuridico tutelato⁴. La volontà di garantire a questi la massima protezione è all'origine di un impianto che, al contrario di quanto avviene in gran parte del panorama europeo, vieta il ricorso ad alcune

² Legge 19 febbraio 2004, n. 40 recante «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita» (*GU n.45 del 24-2-2004*).

³ Art. 1, legge 19 febbraio 2004, n. 40: «Finalità. 1. Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito. 2. Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità».

⁴ Sul tema, nella dottrina penalistica, tra gli altri v. E. DOLCINI, *Embrioni nel numero "strettamente necessario": il bisturi della Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 950 ss., in particolare p. 953; ID., *Responsabilità del medico e reati in materia di procreazione assistita. Ambiguità e rigori della legge n. 40 del 2004*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 27 ss.; ID., *La fecondazione assistita tra prassi medica e svolte giurisprudenziali*, in *Corr. merito*, 2009, p. 5 ss.; ID., *Fecondazione assistita e diritto penale*, Milano, 2008; ID., *La legge n. 40 del 2004: alla prova dei fatti, un efficace strumento di lotta contro la procreazione assistita*, in *Corr. merito*, 2007, p. 1425 ss.; ID., *Ricerca su cellule staminali embrionali importate dall'estero e legge penale italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 450 ss.; ID., *Embrione, pre-embrione, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 440 ss.; P. PRIMON, A. BEVERE (a cura di), *I profili penalistici della fecondazione assistita: il deficit di bilanciamento nel conflitto degli interessi tutelati*, in *Critica del diritto*, Napoli, 2010; S. CANESTRARI, *Verso una disciplina penale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita? Alla ricerca del bene giuridico tra valori ideali e opzioni ideologiche*, in *Indice pen.*, 2000, p. 1091 ss.; LOSAPPIO, *Bioetica e diritto penale. Le disposizioni penali del testo unico delle proposte di legge sulle tecniche di procreazione assistita*, in *Indice pen.*, 1999, p. 614 ss..

Per citare alcune tra le autorevoli voci in materia di teoria del bene giuridico, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, p. 1 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte generale*, Padova, 2015, p. 192 ss.; M. ROMANO, sub *pre-art. 1*, in *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, p. 490; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Diritto penale "minimo" e nuove forme di criminalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999; F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998; ID., *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 453; A. FIORELLA, *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, 1987, p. 793; W. HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra costituzione e diritto naturale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 104 ss.; T. PADOVANI, *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 117; ID., *Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla critica ed alla riforma del titolo I libro II cp.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982; F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, 1973, p. 13 ss.; M. GALLO, *I reati di pericolo.*, in *Foro penale*, 1969, p. 3 ss..

tecniche medico-scientifiche di rilevante importanza, tra cui la possibilità di destinare gli embrioni creati *in vitro* (ma non trasferibili in utero) ai fini di sperimentazione.

1.1. La sperimentazione su embrioni umani e il referendum popolare del 2005

Il 2 febbraio 2005 sono state pubblicate in Gazzetta Ufficiale le sentenze n. 45, 46, 47, 48 e 49 con le quali la Corte Costituzionale si è pronunciata in merito alla ammissibilità del referendum popolare per l'abrogazione dell'intero testo della legge n. 40/2004 o di alcune sue disposizioni. Se, da una parte, con la pronuncia n. 45 la Consulta ha dichiarato inammissibile la richiesta referendaria concernente la disciplina legislativa nella sua totalità, con le sentenze successive ha riconosciuto la legittimità degli altri quattro quesiti proposti sottoponendoli al voto dei cittadini italiani. Il tentativo di abrogazione parziale, tuttavia, non ha avuto alcun esito a causa di un'insufficiente affluenza alle urne.

Uno dei quesiti portati all'attenzione della Corte, in particolare, aveva messo in discussione il «*limite alla ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni*» con possibilità di rimozione dell'articolo 12, comma 7, limitatamente alle parole «*discendente da un'unica cellula di partenza, eventualmente*»; articolo 13, comma 2, limitatamente alle parole: «*ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative*»; articolo 13, comma 3, lettera c), limitatamente alle parole: «*di clonazione mediante trasferimento di nucleo o*»; articolo 14, comma 1, limitatamente alle parole «*la crioconservazione e*».

Secondo i promotori del referendum e i membri della Consulta, una eventuale abrogazione di tali disposizioni avrebbe contribuito ad ampliare il raggio di azione della ricerca clinica e sperimentale con finalità terapeutiche e diagnostiche su embrioni e lo avrebbe fatto attraverso l'annullamento dei limiti imposti dall'art. 13, comma 2, e dei divieti concernenti la crioconservazione e la clonazione mediante trasferimento di nucleo. Questi ultimi, si specifica nella sentenza n. 46/2005, non sono altro che «*procedure strumentali alle tecniche di utilizzo delle cellule staminali*», estranee all'alveo dei divieti enunciati nella Convenzione di Oviedo: la Convenzione, infatti, esclude dal raggio di liceità solo quegli interventi diretti a operare una clonazione – cd. *riproduttiva* – volta a ottenere un essere umano geneticamente identico ad un altro essere umano, vivente o morto; operazioni che sarebbero state vietate anche in caso di successo del referendum popolare.

Di sperimentazione su embrioni umani e di donazione degli stessi ai fini di ricerca, si è tornati a discutere nel 2007 dinanzi al Tribunale di Firenze⁵ e nel 2011 dinanzi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. In quest'ultima circostanza, la ricorrente Adelina Parrillo, aveva lamentato la presunta violazione del diritto di decidere del destino dei propri embrioni prodotti *in vitro* ai fini di fecondazione ma non più riservati a tale scopo; in considerazione dell'*importanza* e dell'*urgenza* della questione sollevata, la Seconda Sezione della Corte EDU, in base a quanto

⁵ Tribunale di Firenze, ordinanza 12 dicembre 2012. «Non è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 l. 19 febbraio 2004, n. 40, nella parte in cui pone il divieto assoluto di qualsiasi ricerca clinica o sperimentale sull'embrione che non risulti finalizzata alla tutela dello stesso, in riferimento agli art. 9, 32 e 33, 1° comma, Cost.», in *Foro it.*, 2013, parte I, col. 1005.

previsto dall'articolo 41⁶ del proprio regolamento, ha immediatamente riservato un trattamento prioritario al caso, affidandolo all'attenzione della Grande Chambre che si è pronunciata con sentenza lo scorso 27 agosto 2015.

2. Il caso Parrillo c. Italia: la vicenda storica e giudiziaria

La ricorrente Adelina Parrillo e il suo compagno Stefano Rolla, nel 2002, decidono di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita al fine di produrre embrioni *in vitro* in prospettiva di successivo impianto. L'operazione è posta in essere prima dell'entrata in vigore della legge 19 febbraio 2004, n. 40, pertanto la ricorrente agisce legalmente nella propria sfera di libertà, in assenza dei limiti relativi alla produzione e alla conservazione di embrioni umani, introdotti successivamente da tale disciplina. A seguito dell'intervento medico, la coppia ottiene cinque embrioni di cui viene disposta la crioconservazione in attesa del trasferimento in utero.

Il 12 novembre 2003 Stefano Rolla decede e, a seguito della morte, la ricorrente rinuncia al trasferimento degli embrioni esprimendo invece la propria volontà di donarli alla ricerca scientifica. La sopravvenuta legge n. 40 del 2004, tuttavia, ai sensi dell'articolo 13 (*Sperimentazione sugli embrioni umani*), vieta ogni tipo di utilizzo degli stessi ai fini di ricerca o comunque a fini diversi rispetto a quelli della sterilità o dell'infertilità umana espressamente richiamati dalla legge e prevede, in caso di violazione del divieto, la pena della reclusione da due a sei anni, una multa da 50.000 a 150.000 euro e, per i professionisti del settore sanitario, la sospensione dell'esercizio professionale da 1 a 3 anni.

L'inedita limitazione induce la signora Parrillo a presentare ricorso dinanzi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, lamentando che il divieto imposto dalla legge n. 40/2004 alla donazione di embrioni per fini di ricerca, la obbliga a mantenerli in stato di crioconservazione fino alla loro estinzione con conseguente violazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1⁷ come allegato al testo della Convenzione EDU; la ricorrente, inoltre, lamenta la violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare sancito dall'articolo 8 della Convenzione nonché della libertà di espressione, di cui la libertà di ricerca scientifica costituirebbe un aspetto fondamentale, previsto dall'articolo 10 del medesimo documento.

A livello europeo, la disciplina in questione è dettata dalla Convenzione del Consiglio d'Europa sui Diritti dell'Uomo e la biomedicina (Convenzione di Oviedo, 4 aprile 1997) il cui articolo 18, da una parte, pone il divieto di costituzione di embrioni umani ai fini di ricerca ma, dall'altra, prevede che *quando la ricerca sugli embrioni in vitro è ammessa dalla legge, questa assicura una protezione adeguata all'embrione*. Giova precisare che all'interno del panorama europeo la limitazione italiana, unicamente al fianco della normativa tedesca e di quella irlandese,

⁶ Art. 41 CEDU: «Ordine di trattazione dei ricorsi: Per determinare l'ordine in cui devono essere trattati i ricorsi, la Corte tiene conto dell'importanza e dell'urgenza delle questioni sollevate, sulla base di criteri da essa definiti. La camera e il suo presidente possono tuttavia derogare a tali criteri e riservare un esame prioritario ad un particolare ricorso».

⁷ Art. 1, Protocollo 1: «Protezione della proprietà: Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende».

rappresenta un'eccezione rispetto alla regola seguita da Regno Unito, Portogallo, Repubblica Ceca, Svizzera, Francia, Grecia, Lituania, Finlandia e Svezia in base alla quale è ammesso l'utilizzo di embrioni umani ai fini di sperimentazione previo rispetto di alcune condizioni⁸.

Nell'ambito del diritto italiano la disciplina relativa alla ricerca scientifica su embrioni umani è contenuta nelle disposizioni della legge n. 40 del 2004 (e dalle Linee Guida redatte successivamente⁹), i cui articoli 13 e 14 appongono espressi divieti a riguardo. Con la disposizione di cui all'articolo 13, in particolare, si è andati ben oltre l'espressa previsione della Convenzione di Oviedo: l'articolo 18¹⁰ della normativa internazionale, infatti, sancisce il divieto di produrre embrioni al solo scopo di sottoporli a sperimentazione ma non impedisce in alcun modo la ricerca su quelli creati per fini di procreazione e poi rimasti inutilizzati. Il limite imposto dal legislatore italiano funge da ostacolo per l'evoluzione delle conoscenze in ambito medico-sanitario dal momento che le cellule staminali prelevate dalla regione interna di un embrione prima che esso venga impiantato in utero hanno una elevata potenzialità terapeutica¹¹ per patologie degenerative come il diabete, la distrofia muscolare, il morbo di Alzheimer, il morbo di Parkinson o alcune forme tumorali.

2.1. La disciplina italiana: articolo 13, legge 19 febbraio 2004, n. 40

L'inammissibilità di «qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano», nell'indeterminatezza della formulazione dell'art. 13, pecca della necessaria chiarezza e viola ad un tempo il principio di tassatività¹², il principio di legalità dei reati e delle pene (art. 25, comma 2, Cost.), nonché le previsioni costituzionali di cui agli articoli 9 e 33, primo comma, che sanciscono il diritto alla libertà scientifica.

La carenza di una puntuale descrizione della fattispecie non concerne in via esclusiva l'identificabilità del concetto di embrione ma riguarda anche la stessa condotta prevista; gli

⁸ Adelina Parrillo contro Italia, hudoc.echr.coe.int.

⁹ Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, Decreto del Ministero della Salute, 11 aprile 2008.

¹⁰ Art. 18, Convenzione di Oviedo: «Ricerca sugli embrioni in vitro. 1. Quando la ricerca sugli embrioni in vitro è ammessa dalla legge, questa assicura una protezione adeguata all'embrione. La costituzione di embrioni umani a fini di ricerca è vietata».

¹¹ S. POLLO, E. LECALDANO (a cura di), *Cellule staminali*, Dizionario di bioetica, Roma-Bari, 2002, p. 42, «dal punto di vista dell'efficienza, l'utilizzo delle cellule embrionali sembra essere quello preferibile sia per la relativa semplicità con cui è possibile farle moltiplicare in vitro, sia per la loro plasticità (che non sembra posseduta in grado eguale, ad esempio, dalle cellule staminali presenti nei tessuti di individui adulti)», e cioè dalla loro capacità di integrarsi nell'organismo ricevente senza che il sistema immunitario di questo reagisca rigettandole. Per un diverso orientamento, si veda F. SANTOSUOSSO, G. SIRCHIA (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita: commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, p. 106 ss..

¹² In dottrina, cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale: parte generale*, Milano, 2015, p. 71, «A norma dell'art. 1 c.p., il giudice non può punire fatti che non siano espressamente preveduti come reato dalla legge; secondo quanto prescrive l'art. 14 Preleggi, non può applicare le leggi penali «oltre i casi e i tempi in esse considerati»; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale: parte generale.*, Bologna, 2012, p. 76 ss.: «la determinatezza delle fattispecie incriminatrici rappresenta una condizione indispensabile perché la norma penale possa fungere efficacemente da guida per il cittadino: (...) una norma penale persegue lo scopo di essere obbedita, ma obbedita non può essere se il destinatario non ha la possibilità di conoscerne con sufficiente chiarezza il contenuto»; M. ZANOTTI, *Principio di determinatezza e tassatività.*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, cit., 1997, p. 135 ss..

estensori della legge - che in alcuni punti della normativa hanno introdotto definizioni giuridiche non curanti del linguaggio biologico - hanno qui ommesso di introdurre una qualunque indicazione relativa alle operazioni rientranti nell'alveo della suddetta attività. Una possibile lettura potrebbe far rientrare nell'ambito di applicazione di «qualsiasi sperimentazione» ogni intervento invasivo nei confronti dell'embrione che, se pur ai fini di ricerca, ne metta in pericolo l'integrità. Accogliendo tale lettura, resterebbero escluse le attività aventi carattere meramente osservazionale, innocue in quanto tali, il cui divieto configurerebbe una violazione del principio di offensività del reato¹³ con conseguenti ricadute anche sulla garanzia di conformità al principio di colpevolezza¹⁴. I profili di incertezza della norma, tuttavia, non rendono l'eventuale violazione del divieto esente da sanzioni ben severe. La peculiarità che emerge dall'apparato punitivo enunciato dalla legge n. 40/2004, infatti, risiede nella totale sproporzione tra condotta vietata e trattamento sanzionatorio con conseguente connotazione dell'intera normativa come disciplina di eccezionale severità. Il rigore stra-ordinario di tale sistema sembra essere fondato su una ambizione di forte deterrenza nei confronti dei suoi destinatari e, per avere un riscontro pratico dell'asprezza di cui si parla, può essere opportuno un confronto con le sanzioni previste dal codice penale italiano in relazione ad alcuni reati comuni¹⁵: la *sperimentazione su embrioni* sancita dall'articolo 13, commi 1 e 4, legge n. 40/2004, per esempio, è punita con un massimo di reclusione di 6 anni, superiore rispetto a quello previsto per l'*omicidio colposo* (art. 589, comma 1, c.p.) o per la *corruzione propria* (art. 319 c.p.), pari a 5 anni; la *clonazione di un essere umano* è punita con la reclusione da 10 a 20 anni, di gran lunga superiore rispetto alla pena della reclusione da 5 a 12 anni prevista per chi cagiona con dolo un'*inondazione* o una *frana* o la *caduta di una valanga* (art. 426 c.p.), ovvero cagiona un *naufragio* o la *caduta di un aereo* (art. 428 c.p.); la *produzione di embrioni per scopi di ricerca* (art. 13, comma 3 lett. a e comma 4, legge n. 40/2004) comporta l'applicabilità di una pena minima di reclusione di 2 anni e 1 giorno a fronte dei 6 mesi applicabili al delitto di *sequestro di persona*. Alla luce dell'evidente disequilibrio tra condotta vietata e previsione di punibilità, si è parlato in dottrina di un diritto penale simbolico¹⁶, pertanto privo di risvolti sul piano pratico. A dispetto dei toni minacciosi della legge n. 40/2004, infatti, in giurisprudenza vi è una totale assenza di pronunce di condanna e le disposizioni del legislatore, finora, sembrerebbero giacere su un piano meramente astratto. Altra parte della dottrina, tuttavia, ritiene che tale risultato derivi da un generalizzato adeguamento ai precetti della legge - a riprova di un'efficace forza deterrente degli stessi - e che il motivo di una mancata applicazione delle sanzioni risieda nell'inesistenza di violazioni dei divieti da parte dei destinatari della disciplina¹⁷.

¹³ In dottrina, cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale: parte generale*, cit., p. 10: «non vi può essere reato senza offesa a un bene giuridico, cioè a una situazione di fatto o giuridica, carica di valore, modificabile e quindi offendibile per effetto di un comportamento dell'uomo. (...) Il legislatore può punire soltanto fatti che ledano o pongano in pericolo l'integrità di un bene giuridico».

¹⁴ In dottrina, cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale: parte generale*, cit., p. 11: «(...) il principio di colpevolezza, che è dotato di rango costituzionale (attraverso il principio di *personalità della responsabilità penale* enunciato nell'art. 27, co. 1 Cost.: cfr. Corte Cost., sent. 24 marzo 1988, n. 364, cit., e *infra*, VIII, 1.3) e che, d'altro canto, è strettamente correlato alle *funzioni della pena*».

¹⁵ E. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, Milano, 2008, p. 57 e p. 127.

¹⁶ In dottrina, cfr. L. RISICATO, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire". Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008.

¹⁷ In dottrina, cfr. E. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, cit., p. 130 ss.

Con decreto del 25 giugno 2009, il Ministro della Salute ha nominato una «Commissione di studio sugli embrioni crioconservati nei centri di procreazione medicalmente assistita» la quale, nella relazione adottata a maggioranza l'8 gennaio 2010¹⁸, illustra che: «Il divieto legale di soppressione degli embrioni induce a ritenere che la crioconservazione possa essere interrotta solo in due casi: quando si possa impiantare l'embrione scongelato nell'utero della madre o comunque di una donna disposta ad accoglierlo o quando sia possibile accertarne scientificamente la morte naturale o la definitiva perdita di vitalità come organismo». La scienza medica, tuttavia, consente di accertare l'eventuale vitalità dell'embrione solo a seguito di scongelamento dello stesso, comportando il paradosso secondo il quale, non potendo procedere a ulteriore ricongelamento del medesimo embrione, l'unica alternativa rispetto a un suo immediato impianto in utero sarebbe, necessariamente, la sua morte.

Occorre precisare che la lettera dell'art. 13, l. n. 40 si esprime in riferimento al divieto di sperimentazione sui soli *embrioni*, non su *cellule staminali embrionali*, motivo per il quale la sottoposizione di queste ultime a uno studio scientifico non rientrerebbe nei contorni delineati dalla fattispecie, dunque non costituirebbe reato. Inoltre, in diversi Paesi del mondo si stanno sviluppando tecniche scientifiche volte a creare cellule staminali embrionali senza dover produrre embrioni ai soli fini di ricerca; pratiche quali il prelievo di un blastomero¹⁹ da coltivare *in vitro*, l'induzione di una mutazione genica che renda il prodotto della fecondazione incapace di fabbricare la placenta, l'induzione di una partenogenesi²⁰ e la produzione diretta di globuli embrioidi²¹, ugualmente escluse da una possibile applicabilità nel panorama italiano.

Si è dovuto attendere fino al 27 agosto 2015 per ottenere la pronuncia della Corte EDU. Con la sentenza n. 348²² del 2007, redatta dalla Corte Costituzionale e con la sentenza n. 349²³

¹⁸ Vedi il testo integrale: www.salute.gov.it/imgs/C_17_minpag_658_documenti_documento_1_fileAllegatoDoc.pdf.

¹⁹ BLASTOMERO: ciascuna delle cellule in cui si divide l'uovo durante il processo di segmentazione; i b. possono essere della stessa grandezza, oppure di dimensioni differenti (e in questo secondo caso prendono il nome di macromeri, mesomeri, micromeri); [www.treccani.it/enciclopedia/blastomero_\(Dizionario_di_Medicina\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/blastomero_(Dizionario_di_Medicina)/).

²⁰ PARTENOGENESI: in biologia, tipo di riproduzione sessuale caratterizzato dal fatto che la cellula-uovo si sviluppa senza essere stata fecondata. Può essere spontanea (p. naturale), oppure provocata artificialmente (p. sperimentale); www.treccani.it/enciclopedia/tag/partenogenesi/.

²¹ C. FLAMIGNI, M. MORI, *La fecondazione assistita dopo dieci anni di legge 40*, Torino, 2014, p. 108.

²² Corte Cost., sent. 24 ottobre 2007, n. 348; conf. alla massima n. 159; C. FALCONE, *Indennità espropriativa e risarcimento danni da occupazione acquisitiva ai tempi dell'integrazione europea*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 1119 ss.; F.A. CANCELLA, *Espropriazione per pubblica utilità e tutela dei diritti fondamentali: l'integrazione «europea» del parametro di costituzionalità*, in *Riv. giur. edilizia*, 2008, I, p. 184 ss.; B. CONFORTI, *La corte costituzionale e gli obblighi internazionali dello stato in tema di espropriazione*, in *Giur. it.*, 2008, p. 569 ss.; R. CALVANO, *La corte costituzionale e la Cedu nella sentenza n. 348/2007: orgoglio e pregiudizio?*, in *Giur. it.*, 2008, p. 573 ss.; G. DUNI, *Indennizzi e risarcimenti da espropriazione - Problemi risolti e questioni in sospeso*, con postilla di P. STELLA RICHTER in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 53 ss.; GAJA, CANNIZZARO, PADELLETTI, SACCUCCI in *Riv. dir. internaz.*, 2008, p. 197 ss.; A. LO VASCO, *«Serio ristoro» e «ragionevole rapporto con il valore venale del bene»: l'illegittimità costituzionale dell'indennità di espropriazione ex art. 5 bis, in Europa e dir. privato*, 2008, p. 721 ss.; M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corriere giur.*, 2008, p. 201 ss.; R. CONTI, *La corte costituzionale viaggia verso i diritti Cedu: prima fermata verso Strasburgo*, in *Corriere giur.*, 2008, p. 205 ss.; G. MARENA, *Sui diritti del proprietario espropriato: profili di novità delle sentenze n. 348 e 349 del 2007*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 973 ss.; S. MIRATE, *Indennità di esproprio e risarcimento da occupazione acquisitiva: la corte costituzionale inaugura il giudizio di «convenzionalità» ex art. 117 cost.*, in *Resp. civ.*, 2008, p. 65 ss.; ID., *Cedu, parametro di costituzionalità per l'indennità d'esproprio e risarcimento danni da occupazione acquisitiva*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, p. 163. ss.; V. PETRI, *Il valore e la posizione delle norme Cedu nell'ordinamento interno*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2296 ss.; L.

pronunciata dalla Consulta nello stesso anno, sono stati messi in chiaro la portata e gli effetti del limite del rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, previsto dall'articolo 117, comma 1, della Costituzione, quale limite per la potestà legislativa statale e regionale, con riferimento alle norme della Corte EDU. L'articolo 117, comma 1, Cost., non consente di *attribuire rango costituzionale alle norme contenute in accordi internazionali, oggetto di una legge ordinaria di adattamento, com'è il caso delle norme della CEDU, ma sancisce l'obbligo del legislatore ordinario di rispettare dette norme, con la conseguenza che la norma nazionale incompatibile con la norma della CEDU e dunque con gli obblighi internazionali di cui all'art. 117, primo comma, viola per ciò stesso tale parametro costituzionale*²⁴. Le disposizioni della CEDU diventano, dunque, norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale in relazione al parametro degli obblighi internazionali previsto dall'articolo 117, comma 1, Cost.. Nel caso di specie, un eventuale accoglimento del ricorso da parte della Corte avrebbe messo in luce l'esistenza di un contrasto tra gli articoli 13 e 14, commi 1, 2 e 3, della legge n. 40/2004 e la normativa europea, inducendo la Corte Costituzionale a pronunciarsi in relazione all'illegittimità delle disposizioni interne censurate con conseguente eliminazione del divieto di utilizzazione degli embrioni umani ai fini di ricerca dall'ordinamento italiano.

CAPPUCCIO, *La Corte costituzionale interviene sui rapporti tra convenzione europea dei diritti dell'uomo e Costituzione*, in *Foro it.*, 2008, I, p. 47 ss.; nota redazionale di R. ROMBOLI, A. TRAVI, *ivi*, p. 50 ss.; M. SALVAGO, *La dimensione temporale nelle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della corte costituzionale e nella successiva giurisprudenza di legittimità*, in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 1376 ss.; F. SCAGLIONE, *Il «no» della corte costituzionale all'art. 5 bis d.l. n. 333/1992*, in *Immobili & dir.*, 2008, fasc. 1, p. 54 ss.; N. SCRIPPELLITI, *Indennità di espropriazione: il pendolo della corte costituzionale oscilla tra serio ristoro e valore venale (prime impressioni)*, in *Arch. locazioni*, 2008, p. 32 ss.; L.G. VENNARI, *Espropriazione sine(sive) mutamento di destinazione*, in *Corti salernitane*, 2008, p. 227 ss.; F.A. CANCELLA, *Norme della convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu) e art. 117, 1° comma, cost. - Brevi note a margine delle sentenze della corte costituzionale n. 348 e n. 349 del 2007*, in *Nuove autonomie*, 2007, p. 630 ss.; F. CORVAJA, *Gli obblighi internazionali nelle sentenze n. 348 e 349 del 2007: una partita tra legislatore, corte costituzionale e giudici comuni*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2007, p. 390 ss.; F. DONATI, *La Cedu nel sistema italiano delle fonti del diritto alla luce delle sentenze della corte costituzionale del 24 ottobre*, in *Dir. uomo*, 2007, fasc. 3, p. 14 ss.; F. GULLOTTA, *I nuovi ristori espropriativi*, in *Dir. uomo*, 2007, fasc. 3, p. 19 ss.; G. NORI, *L'art. 117, 1° comma, cost. e le norme Cedu secondo la corte costituzionale*, in *Rass. avv. Stato*, 2007, fasc. 3, p. 25; G. BIANCHI, F. D'ANGELO, *L'efficacia dei trattati internazionali alla luce del nuovo testo dell'art. 117, 1° comma, cost.: note a margine delle sentenze n. 348/07 e 349/07 della corte costituzionale*, *ivi*, 2007, fasc. 3, p. 78 ss.; C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della Cedu e delle leggi con essa confliggenti*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3518 ss.; B. RANDAZZO, *Costituzione e Cedu: il giudice delle leggi apre una «finestra» su Strasburgo*, in *Giornale dir. amm.*, 2008, p. 25 ss.; A. MOSCARINI, *Indennità di espropriazione e valore di mercato del bene: un passo avanti (ed uno indietro) della consulta nella costruzione del patrimonio costituzionale europeo*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3525 ss.; D. TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la CEDU da fonte ordinaria a fonte «sub-costituzionale» del diritto*, in *Quaderni cost.*, 2008, p. 133 ss.; C. NAPOLI, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la nuova collocazione della CEDU e le conseguenti prospettive di dialogo tra le Corti*, *ivi*, p. 137 ss.; N. PIGNATELLI, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la dilatazione della tecnica della «interposizione» (e del giudizio costituzionale)*, *ivi*, p. 140 ss.

²³ Corte Cost., sent. 24 ottobre 2007, n. 349. Nota di M. CARTABIA, *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3564 ss.; A. GUAZZAROTTI, *La Corte e la CEDU: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell'art. 117, comma 1, Cost.*, *ivi*, p. 3574 ss.; V. SCIARABBA, *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) tra fonti e corti nazionali e internazionali*, *ivi*, p. 3679 ss.

²⁴ Corte Cost., sent. 24 ottobre 2007, n. 349, cit.

3. La Grande Chambre si pronuncia sul caso Parrillo

Il 27 agosto 2015, tuttavia, la sentenza è di rigetto e i giudici della Grande Chambre, più che prendere una posizione netta sulla questione, preferiscono invocare il libero apprezzamento degli Stati membri del Consiglio d'Europa e affidano la disciplina relativa all'esercizio dei diritti umani alla libera determinazione di questi ultimi. Più nello specifico, la Corte dichiara inammissibile il motivo di ricorso relativo alla lamentata violazione dell'art. 1, Protocollo 1, così come allegato alla CEDU, sulla base di una incompatibilità *ratione materiae*, non volendo considerare l'embrione alla stregua di un mero bene e dunque escludendolo dall'ambito di applicazione del diritto di proprietà di cui alla disposizione in esame; rigetta, inoltre, la contestata violazione dell'art. 8 CEDU concernente il diritto alla vita privata e familiare, ritenendo che il diritto di donare alla ricerca gli embrioni prodotti ma non utilizzati, pur rientrando nel raggio di azione dell'art. 8, non costituisce aspetto fondamentale dell'esistenza e dell'identità della ricorrente e non giustifica, dunque, una restrizione della discrezionalità statale in materia. Assolutamente esclusa, infine, la questione sollevata dalla ricorrente in merito alla presunta violazione della libertà di espressione sancita dall'articolo 10 CEDU, di cui la libertà di ricerca scientifica costituisce elemento fondamentale; i giudici di Strasburgo hanno infatti individuato in tale circostanza una incompatibilità *ratione personae* secondo la quale la violazione dell'esercizio di tale diritto sarebbe invocabile esclusivamente da un soggetto avente la qualifica di ricercatore, qualifica che la ricorrente Adelina Parrillo, al momento della presentazione del ricorso e fino alla pronuncia della Corte, non ha dimostrato di avere.

3.1. Violazione dell'art. 1 del Protocollo 1 allegato alla CEDU: i motivi dell'inammissibilità

La lettera dell'art. 1, Protocollo 1, come allegato alla Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, stabilisce che «Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni», andando così a tracciare la linea di demarcazione per l'esercizio della *Protezione della proprietà* enunciata in rubrica. La misura del raggio di operatività dell'articolo ruota intorno al concetto di *beni* e valutare la sua applicabilità al caso concreto equivale a valutare se la definizione giuridica di embrione possa rientrare o meno entro i suoi confini.

La ricorrente, nel lamentare l'imposizione del divieto di donare i propri embrioni - già prodotti ma non utilizzati - alla ricerca scientifica e il conseguente obbligo di mantenerli in uno stato di crioconservazione permanente, prospetta alla Corte una evidente illogicità nel percorso di parificazione tra un individuo e un embrione prodotto *in vitro* nel caso in cui, per circostanze diverse, si escluda il successivo impianto in utero. Tale eventualità, fa notare, farebbe venire meno ogni ipotesi di sviluppo dell'embrione compresa la possibilità di crescere come feto e svilupparsi in essere umano. Dal punto di vista giuridico, conclude, gli embrioni sono *possessions*, beni di proprietà di chi li ha prodotti²⁵.

Di avviso diametralmente opposto sono invece i legali del governo italiano, determinati nell'affermare che in nessuna circostanza l'embrione umano potrebbe essere considerato alla

²⁵ CEDU, Parrillo v. Italy, 27 Aug. 2015, §203.

stregua di una “cosa” e che sarebbe inaccettabile attribuire allo stesso un valore economico. La disciplina italiana in materia, insistono, considera l’embrione come un soggetto di diritto nei confronti del quale è necessario garantire il rispetto alla dignità umana²⁶.

Nel paradigma dei punti di vista, la posizione della Corte sembra mantenersi ambigua.

Ancora una volta le voci di Strasburgo hanno eluso la questione riguardante il momento di inizio della vita umana (e dell’esercizio del relativo diritto) rinviandone la discussione a data da destinarsi «*as Article 2 of the Convention is not in issue in the instant case*»; i giudici si sono limitati a escludere l’applicabilità dell’art. 1 del Protocollo n. 1 alla circostanza in esame ritenendo eccessiva una semplificazione del concetto di embrione a un mero bene economicamente valutabile e dunque assoggettabile a tale disciplina.

Quid iuris, dunque, in assenza di una definizione normativa?

Il 6 luglio 1998 il Parlamento Europeo e il Consiglio hanno adottato la direttiva 98/44/CE sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche. Fermo restando il voto contrario del governo olandese e l’astensione da parte di Italia e Belgio ai fini dell’approvazione, il documento sancisce che «Il corpo umano, nei vari stadi della sua costituzione e del suo sviluppo, nonché la mera scoperta di uno dei suoi elementi, ivi compresa la sequenza o la sequenza parziale di un gene, non possono costituire invenzioni brevettabili²⁷» e che, tuttavia, tale esclusione non opera nei casi di «invenzioni a finalità terapeutiche o diagnostiche che si applicano e che sono utili all’embrione umano²⁸».

Sull’interpretazione del concetto di embrione umano contenuto nella direttiva - dunque, sulla definizione giuridica da attribuirvi - la Corte di Giustizia dell’Unione Europea è stata chiamata a pronunciarsi in due occasioni: dapprima nel 2011 in seno al celebre caso *Brüstle v. Greenpeace*²⁹ e, in un secondo momento, nel 2014 su rinvio pregiudiziale da parte della High Court britannica impegnata nel dare esito alla questione *International Steam Cell Corporation v. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*³⁰.

Nel caso *Brüstle*, i giudici di Lussemburgo hanno fornito una definizione “a maglie larghe” estendendo i confini dell’embrione umano fino a ricomprendervi «*qualunque ovulo non fecondato che, attraverso partenogenesi, sia stato indotto a dividersi e a svilupparsi*³¹». Non è necessario, secondo la Corte, che intervenga un criterio di fecondazione dell’ovulo ma è sufficiente, affinché si possa parlare di embrione ai sensi dell’art. 6 della direttiva, che il prodotto della partenogenesi - cd. *partenote* - sia stimolato a dividersi e a svilupparsi dando inizio al processo di formazione di un essere umano.

Tre anni dopo, tuttavia, il giudice britannico chiamato a valutare il bilanciamento che la direttiva 98/44 ha l’ambizione di introdurre tra interesse per la ricerca scientifica, da una parte, e rispetto per la dignità e l’integrità della persona, dall’altra, ritiene opportuno riproporre la questione relativa alla definizione di embrione umano all’attenzione della Corte di Giustizia dell’Unione Europea. Nel ricorso pregiudiziale, la High Court of Justice richiede di spiegare

²⁶ CEDU, *Parrillo v. Italy*, 27 Aug. 2015, §200.

²⁷ Direttiva CE/98/44, art. 5, comma 1.

²⁸ Direttiva CE/98/44, art. 42.

²⁹ Vedilo in www.curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62010CJ0034&lang1=en&type=TEXT&ancre=.

³⁰ Per consultare il testo integrale della sentenza vedi http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=IT&text=&pageIndex=0&part=1&mode=req&docid=160936&occ=first&dir=&cid=27387.

³¹ *Oliver Brüstle c. Greenpeace*, § 36.

l'esatto significato del criterio adottato durante il caso Brüstle, specificando «*Se gli ovuli umani non fecondati, stimolati a dividersi e svilupparsi attraverso la partenogenesi, e che, a differenza degli ovuli fecondati, contengono solo cellule pluripotenti e non sono in grado di svilupparsi in esseri umani, siano compresi nell'espressione "embrioni umani", di cui all'articolo 6, paragrafo 2, lettera c), della direttiva 98/44 (...)*»³².

Più approfonditamente, il giudice britannico evidenzia l'ipotesi di una irragionevole sproporzione tra gli interessi in gioco, dovendo mettere sui piatti di una stessa bilancia la tutela della ricerca scientifica, da una parte, e il rispetto per la dignità di un ovulo non ancora fecondato dall'altra. La sua proposta di fornire una interpretazione più restrittiva del concetto di embrione umano viene accolta con favore dall'Avvocato Generale Cruz Villalón il quale, oltre a escludere gli ovuli umani non fecondati ma indotti a dividersi e svilupparsi per partenogenesi dalla nozione in questione, ricostruisce il criterio adottato dalla Corte di Giustizia in relazione al caso Brüstle in una versione ritenuta più aderente allo stato dell'evoluzione tecnico-scientifica. Pur mantenendo come valida la possibilità di escludere la fecondazione dell'ovulo quale elemento necessario ai fini della definizione normativa di un embrione, aggiunge quale criterio fondamentale la capacità dell'ovulo di avviare il processo di formazione di un essere umano e di *portarlo a termine* senza ulteriori interventi esterni. Si parla quindi della *capacità intrinseca* dell'ovulo di svilupparsi in persona come elemento determinante per poter ricondurre tale entità biologica entro i confini giuridici della nozione di embrione³³.

Mentre il dibattito dottrinale circa la qualificazione di un embrione in ambito giuridico continua a essere acceso e ben propositivo, la giurisprudenza tende a mantenere un atteggiamento di costante ambiguità sul tema richiamando ripetutamente in causa le implicazioni etiche e morali di cui la questione è inevitabilmente innervata.

3.1.1. La disciplina italiana: quale definizione per l'embrione umano?

Comprendere a fondo i meccanismi del processo biologico volti alla formazione di un essere umano non è mai compito facile per i profani del linguaggio scientifico. L'eventuale elaborazione di una definizione giuridica di embrione³⁴, tuttavia, richiede una preparazione estesa

³² C. BOVINO, *Brevettabile l'ovulo non fecondato: non è un "embrione umano"*, nota tratta da *Il Quotidiano Giuridico Wolters Kluwer*, in www.altalex.it, 12/2014.

³³ Diffusamente, PENASA S., *La Corte di Giustizia e la ri-definizione normativa di «embrione umano»*, in *Quaderni cost.*, 2015, p. 213 ss..

³⁴ Sulla questione della definizione giuridica di embrione umano e sulla liceità o illiceità della sperimentazione su di esso, cfr. in dottrina: R. BORSARI, *I profili penali della terapia genica*, in P. ZATTI, S. RODOTÀ, *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, S. CANESTRARI, G. FERRANDO, CM MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), Milano, 2011, p. 551 ss.; E. DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, ivi, p. 1543 ss.; C. FLAMIGNI, *Le tappe dell'evoluzione biologica*, ivi, p. 1281 ss.; C.F. GROSSO, *Fecondazione in vitro e problemi di rilevanza giuridico-penale*, in *Bioetica*, 1994, p. 48 ss.; per una posizione contraria alla liceità della sperimentazione su embrioni umani, cfr. M. ARAMINI, *Introduzione alla bioetica*, Milano, 2009, p. 241 ss.; CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Istr. Donum vitae*, 22 febbraio 1987, vol. X, p. 847 ss..

non solo al diritto ma anche alla biologia, se pur con diversa ambizione di completezza ed esaustività³⁵.

L'incontro tra prassi medica e processo legislativo, tuttavia, ha dato vita a una (poco) ambiziosa sintesi tra interessi eterogenei, provocando la naturale conseguenza di costanti divergenze di opinione circa la sfera di applicabilità della normativa e l'interpretazione di alcune sue nozioni, prima fra tutte quella di embrione. Il momento di inizio della vita pre-natale, infatti, è stato (e continua a essere) rinchiuso all'interno di definizioni ben distanti tra loro quali, per esempio, l'oocita attivato, l'ootide, lo zigote, la blastocisti, l'annidamento in utero, la comparsa della linea embrionale, la perdita della capacità di produrre gemelli, la comparsa delle prime cellule nervose o la formazione di un feto con aspetto antropoide³⁶. Il legislatore del 2004 ha basato l'intera normativa sulla tutela dell'embrione senza fornirne definizione alcuna e ne ha accolto un'interpretazione ampia derivante dalla prassi medica secondo cui il momento di inizio della formazione di un embrione coincide con l'attivazione (o la penetrazione) dell'oocita. A riprova di ciò interviene il riferimento al "concepito" indicato come soggetto di diritto nella lettera dell'art. 1 concernente le finalità della disciplina e dell'art. 6 relativo al diritto di revoca del consenso da parte di chi aveva espresso l'intenzione di sottoporsi alle tecniche di *pma*. Nella formulazione originaria della legge n. 40, tuttavia, l'interpretazione ampia di embrione ha comportato notevoli difficoltà sul piano medico-sanitario laddove l'eccessiva tutela riservata all'embrione inteso come "uno di noi" ha causato spesso conseguenze negative per la salute delle donne che si sottoponevano ai trattamenti. L'equiparazione tra oocita attivato ed embrione, infatti, traduceva il divieto di produzione di più di tre embrioni per un unico e contemporaneo impianto nel divieto di fecondare un numero di oociti o congelare un numero di ootidi superiore a tre. Nei casi di signore oltre una certa età, dunque, diminuivano notevolmente le possibilità di successo delle tecniche mediche e l'obbligo di ripartire con un ulteriore ciclo di stimolazioni ovariche nel caso di primo insuccesso metteva in pericolo la loro salute; per le donne più giovani, al contrario, l'obbligo di un «unico e contemporaneo impianto» comportava il rischio di gravidanze plurime con conseguenze potenzialmente dannose per loro stesse e per i futuri feti³⁷. La sentenza n. 151 pronunciata dalla Corte Costituzionale del 2009 ha eliminato tale restrizione dichiarando l'illegittimità dell'art. 14, commi 2 e 3, ma in siffatta occasione non si è fatto cenno a una rideterminazione dei confini dell'embrione umano.

3.2. Violazione dell'art. 8 CEDU: i motivi del rigetto

L'unico motivo di ricorso considerato ammissibile dalla Corte di Strasburgo risiede nella lamentata violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare sancito dall'art. 8 CEDU. A questo proposito, i giudici hanno ritenuto di poter interpretare l'espressione "vita privata", di cui alla rubrica della disposizione, in senso ampio³⁸, facendovi rientrare il rispetto al diritto di

³⁵ Diffusamente, C. FLAMIGNI, (*Introduzione a*) E. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, Milano, 2008, cit., p. 7 ss.; cfr. anche C. FLAMIGNI, *Il primo libro della sterilità. I problemi clinici e psicologici, la diagnosi e le cure ordinarie*, Torino, 2008, p. 465.

³⁶ C. FLAMIGNI, (*Introduzione a*) E. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, cit., p. 9.

³⁷ E. DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI, *Trattato di biodiritto*, cit., p. 1543 ss..

³⁸ CEDU, Parrillo v. Italy, 27 Aug. 2015, §153.

diventare genitore come al diritto di non diventarlo e la tutela della libertà di determinare il destino di embrioni prodotti *in vitro* attraverso l'utilizzo dei propri gameti ma volontariamente non trasferiti in utero. La Corte fa inoltre notare il collegamento esistente tra la persona che ha accettato di sottoporsi alle tecniche di fecondazione assistita ai fini della creazione di embrioni e gli embrioni prodotti a seguito degli interventi: questi ultimi, si specifica³⁹, contengono materiale genetico appartenente alla ricorrente e sono quindi da considerare alla stregua di parti costituenti la sua identità genetica e biologica. La possibilità di Adelina Parrillo di effettuare una scelta consapevole in merito al destino dei propri embrioni, specifica la Corte, riguarda un aspetto intimo della sua vita privata ed è una modalità di esercizio del diritto all'auto-determinazione⁴⁰. Da qui, l'applicabilità dell'art. 8 CEDU al caso in esame.

Emerge tuttavia una contraddizione tra il ragionamento introduttivo alla discussione e le conclusioni cui giunge la Corte in sede di pronuncia finale. I giudici Casadevall, Ziemele, Power-Forde, De Gaetano e Yudkivska, pur avendo opinioni in parte differenti rispetto a quella del giudice Pinto De Albuquerque sul contenuto della sentenza, sono concordi con lui nell'escludere la lesione dell'articolo 8 CEDU dovuta al divieto di donare embrioni ai fini di ricerca e nel rilevare l'esistenza di un deficit di logicità nel percorso argomentativo che ha guidato la Corte dal riconoscimento dell'applicabilità dell'art. 8, al rigetto del ricorso per presunta violazione dello stesso⁴¹. Nel paragrafo 158 della sentenza - fanno notare i giudici sopra citati - la Corte asserisce che gli embrioni costituiscono una pertinenza biologica della ricorrente, dal momento che contengono parte del suo patrimonio genetico e riconoscono dunque che il rapporto esistente tra la signora Parrillo e i "suoi" embrioni attiene alla sfera della sua vita privata; nel paragrafo 174, tuttavia, i giudici di Strasburgo modificano la direzione del ragionamento sostenendo che il diritto di poter decidere del destino dei propri embrioni, pur rappresentando questi una parte costitutiva dell'identità genetica della persona, non afferisce direttamente al rispetto del diritto alla vita privata e familiare della ricorrente. Rigettano dunque il ricorso sulla base dell'assenza di violazione dell'art. 8 CEDU.

Rimane vivo il dubbio di quale sia il corretto inquadramento giuridico in cui far rientrare l'embrione umano. .

I giudici Casadevall, Ziemele, Power-Forde, De Gaetano e Yudkivska, a questo proposito, dichiarano di non condividere la posizione della maggioranza in ordine alla riduzione degli embrioni a mere pertinenze biologiche di altre persone ma ritengono, al contrario, che debba essere riconosciuta loro una identità separata e distinta da quella dei propri "genitori". «Per quale motivo, altrimenti, vi sarebbe una tale abbondanza di documenti internazionali, raccomandazioni, convenzioni e protocolli finalizzati alla loro protezione?⁴²». Tali strumenti – continuano – riflettono una generale accettazione da parte della società secondo cui gli embrioni non possono essere considerati "cose": sono entità autonome e, come stabilito dall'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, «devono essere trattate in ogni circostanza con il rispetto dovuto alla loro dignità umana⁴³» (§53).

³⁹ CEDU, Parrillo v. Italy, 27 Aug. 2015, §158.

⁴⁰ CEDU, Parrillo v. Italy, 27 Aug. 2015, §159.

⁴¹ CEDU, Parrillo v. Italy, 27 Aug. 2015, concurring opinion of Judge PINTO DE ALBUQUERQUE, §33; joint partly dissenting opinion of Judges CASADEVALL, ZIEMELE, POWER-FORDE, DE GAETANO and YUDKIVSKA, §1.

⁴² CEDU, Parrillo v. Italy, 27 Aug. 2015, joint partly dissenting opinion of Judges CASADEVALL, ZIEMELE, POWER-FORDE, DE GAETANO and YUDKIVSKA, §6.

⁴³ CEDU, Parrillo v. Italy, 27 Aug. 2015, §53.

Dello stesso avviso è il giudice Pinto De Albuquerque, il quale, al punto 33 della sua relazione alla sentenza, lamenta il fatto che la Corte non abbia voluto considerare l'embrione come entità biologica differente rispetto alla persona che si è sottoposta al trattamento di fecondazione *in vitro*. Considerazione che, secondo il suo parere, sarebbe stato opportuno accogliere all'interno del percorso logico.

Sempre di dissenso – ma in direzione contraria – parla il giudice Sajò⁴⁴, esprimendo una particolare cura per il dettaglio. La possibilità della ricorrente di operare una scelta consapevole in relazione al destino degli embrioni prodotti, dice, concerne un aspetto rilevante della sua vita privata. Tuttavia – e qui l'importanza del dettaglio – tale scelta non si limita a essere ricollegabile all'esercizio del diritto di auto-determinazione di Adelina Parrillo bensì è essa stessa esercizio di tale diritto, punto cardine del rispetto della sua sfera personale. Potenzialmente, gli embrioni prodotti potrebbero svilupparsi in feto e poi in esseri umani. A tal fine, però, è necessario che chi abbia accettato di sottoporsi a fecondazione *in vitro* per ottenere la loro costituzione esprima il proprio consenso all'impianto in utero: consenso che, nel caso in esame, è stato negato.

Al netto delle opinioni e in assenza di chiarimenti circa il ragionamento formulato dalla Corte EDU, la discussione sullo status giuridico da attribuire agli embrioni prodotti *in vitro* resta aperta.

3.2.1. Difficoltà di interpretazione del termine “altrui” di cui all’art. 8 CEDU

Altro punto nevralgico della questione attinente alla presunta violazione dell'art. 8 CEDU è rappresentato dalla parola “altrui” citata nel secondo comma della disposizione. La lettera del testo, infatti, sancisce che «*Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria (...) alla protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui*⁴⁵»; la Corte di Strasburgo, nell'intento di giustificare l'interferenza della legge italiana nell'esercizio dei diritti della ricorrente, ha fatto riferimento all'esigenza di proteggere la morale pubblica nonché i diritti e le libertà altrui. «*Who are these others*⁴⁶?», chi sono gli “altri” cui si intende garantire protezione? L'interrogativo sorge immediatamente a seguito della pronuncia. «*Non c'è risposta*», fa notare il giudice Sajò e il suo appunto trova pieno riscontro nel paragrafo 167 della sentenza europea laddove la Corte riconosce che, nonostante la protezione del potenziale di vita di un embrione possa essere motivata dall'intento di proteggere la morale e i diritti degli *altri*, ciò non comporta alcuna presa di posizione da parte dei giudici circa l'eventuale inserimento degli embrioni umani tra gli effettivi destinatari del termine “others”.

Non mancano le puntualizzazioni da parte di Casadevall, Ziemele, Power-Forde, De Gaetano, Yudkivska⁴⁷ e Pinto De Albuquerque⁴⁸ nel sottolineare l'evidente ambiguità della pronuncia; quest'ultimo rileva inoltre che nel ragionamento di Strasburgo non si menziona il

⁴⁴ CEDU, Parrillo v. Italy, 27 Aug. 2015, dissenting opinion of Judge Sajó, §1.

⁴⁵ CEDU, art. 8, comma 2, cit..

⁴⁶ CEDU, Parrillo v. Italy, 27 Aug. 2015, dissenting opinion of Judge SAJÓ, §6.

⁴⁷ CEDU, Parrillo v. Italy, 27 Aug. 2015, joint partly dissenting opinion of Judges CASADEVALL, ZIEMELE, POWER-FORDE, DE GAETANO and YUDKIVSKA, §8.

⁴⁸ CEDU, Parrillo v. Italy, 27 Aug. 2015, concurring opinion of Judge PINTO DE ALBUQUERQUE, §31.

paragrafo 56 della sentenza relativa al caso *Evans v. United Kingdom*⁴⁹ e che in esso era stato stabilito che gli embrioni creati con i gameti della ricorrente non godessero del diritto alla vita di cui all'art. 2 CEDU. Tale omissione, secondo il giudice, non solo dimostra la difficoltà della Grande Chambre nell'accettare il principio anti-vita che emerge dalla pronuncia ma consolida la visione opposta, sancita dal paragrafo 59 della decisione riguardante il caso *Costa e Pavan c. Italia*⁵⁰, per la quale l'embrione è un "altro" nel senso di un soggetto con status giuridico autonomo il cui interesse deve essere bilanciato con quello dei suoi "genitori" biologici, nel pieno rispetto del suo diritto alla vita di cui all'articolo 2 della Carta costituzionale italiana.

«Il fatto che non rientrino nella categoria dei beni di proprietà non trasforma gli embrioni in esseri umani o in titolari di diritti» sostiene, invece, il giudice Sajó⁵¹.

3.2.2. La disciplina italiana: ipotesi collaterali rispetto al reato di sperimentazione su embrioni umani

Occorre precisare che il severo rigore italiano, tuttavia, è contornato da diverse ipotesi collaterali e l'indeterminatezza della disciplina – in un panorama privo di indicazioni nette sul trattamento dell'embrione – non è certamente di supporto al processo decisionale del Giudice europeo. Il legislatore del 2004, infatti, nonostante la conclamata dedizione a ogni garanzia di tutela nei confronti degli embrioni, non si cura di far rientrare entro i confini del rigore etico le cellule embrionali prelevate dagli stessi ovvero gli embrioni e le cellule staminali importate in Italia dall'estero. In tale ultima circostanza⁵², infatti, il ricercatore italiano non sarebbe responsabile della violazione del divieto di produrre embrioni umani ai fini di sperimentazione di cui all'articolo 13, comma 3, legge n. 40/2004, poiché la loro eventuale creazione per scopi di ricerca sarebbe posta in essere da uno scienziato straniero, probabilmente in un Paese in cui tale pratica non è vietata. Non si potrebbe parlare, pertanto, nemmeno di delitto di ricettazione *ex art.* 648 c.p. dal momento che, essendo la condotta considerata lecita nel Paese in cui viene posta in essere, verrebbe meno il delitto presupposto dal quale ottenere denaro o altri beni. Più complesso è il caso in cui sia lo stesso ricercatore italiano a prelevare materiale cellulare da embrioni – seppure all'estero – ma ai fini di una possibile incriminazione sarà necessario verificare che la condotta posta in essere sia considerata illegittima anche nel Paese in cui viene messa in pratica, nel pieno rispetto del principio della doppia imputazione. Di difficile concretizzazione, infine, è l'ipotesi di concorso di persone nel reato *ex art.* 110 c.p. tra il ricercatore italiano e lo studioso straniero in relazione ai reati previsti dall'articolo 13 della legge n. 40/2004. Affinché si configuri un concorso di persone nel reato è necessario che un soggetto, l'autore, abbia posto in essere un fatto di reato e altri, il partecipe, abbia recato un contributo causale alla realizzazione di quel fatto⁵³. In altre parole, si dovrebbe poter affermare che, eliminando mentalmente la condotta del

⁴⁹ CEDU, *Evans v. United Kingdom*, 10 Apr 2007. Per consultare il testo integrale della sentenza: [www.hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-80046#{\"itemid\":\[\"001-80046\"\]}](http://www.hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-80046#{\).

⁵⁰ CEDU, *Costa e Pavan c. Italia*, 28 Agosto 2012. Per consultare il testo integrale della sentenza: hwww.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/sentenza/testo_ingleses/000/000/511/Costa_e_Pavan.pdf.

⁵¹ CEDU, *Parrillo v. Italy*, 27 Aug. 2015, dissenting opinion of Judge Sajó, §6.

⁵² Diffusamente, E. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, Milano, 2008, p. 139 ss..

⁵³ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2006, p. 353 ss..

ricercatore italiano, il ricercatore straniero non avrebbe condotto la sperimentazione su quegli embrioni. Sul piano pratico, tuttavia, il ricercatore straniero consuma la propria attività di ricerca o sperimentazione già attraverso l'estrazione del materiale cellulare dall'embrione rendendo l'importazione in Italia di quello stesso materiale (e il suo studio da parte di un operatore italiano), nient'altro che un passaggio successivo privo di qualunque legame causale con l'attività del ricercatore straniero. Unica eccezione potrebbe essere individuata nel caso in cui l'estrazione delle cellule staminali embrionali da parte del biologo straniero venga posta in essere su richiesta di quello italiano: in tale ipotesi si verrebbe a configurare un concorso morale giustificato dal presupposto secondo cui l'intervento del ricercatore italiano ha determinato lo studioso straniero ad agire in una precisa direzione⁵⁴.

Resta, fino all'ultimo, la voglia di confrontarsi e capire di più. Fino all'ultimo, il dubbio.

3.2.3. L'esigenza del consenso europeo

La Convenzione sui Diritti dell'Uomo e la biomedicina – o «Convenzione di Oviedo» – nell'intervenire sul rapporto tra utilizzo di embrioni e ricerca scientifica pone il solo divieto di apposita costituzione degli stessi per fini di sperimentazione; invoca, poi, il margine di apprezzamento dei singoli Stati in relazione alla più ampia questione dell'ammissibilità di ricerca su embrioni umani. L'art. 18 rubricato «*Ricerca sugli embrioni in vitro*», infatti, si limita a garantire che, nei casi in cui tale sperimentazione sia considerata legittima ai sensi di una legge interna, quest'ultima dovrà assicurare «una protezione adeguata all'embrione».

Nessun orientamento contrario, dunque, ma la libera determinazione degli Stati in una consapevole assunzione di responsabilità.

Eppure i giudici di Strasburgo, nel rigettare i motivi di ricorso di Adelina Parrillo e, più in generale, nell'evitare di prendere una posizione netta sull'utilizzo di embrioni prodotti *in vitro* e non destinati al trasferimento in utero, si appellano alla mancanza di un consenso comune nel panorama europeo circa la possibilità di donare tali embrioni alla ricerca.

«Rimane un mistero per me» scrive il giudice Sajò⁵⁵ nella nota di dissenso allegata in calce alla sentenza CEDU «il motivo per il quale la mancanza di un consenso europeo sull'esistenza di un diritto debba essere così spesso interpretata in senso contrario all'esistenza del diritto, laddove questo potrebbe essere dedotto da una convenzione, per esempio alla luce degli sviluppi in ambito di diritto internazionale e delle realtà sociali». Una posizione condivisa anche dal giudice Dedov⁵⁶ se pur con differenti prospettive di sviluppo.

Una risposta plausibile esiste, sia essa condivisibile o meno. La richiesta di fornire una definizione giuridica di embrioni richiede – oserei dire, necessariamente – una compenetrazione del diritto nella vicina sfera dei suoi risvolti etici con il conseguente rischio di far crollare l'equilibrio già precario tra le due aree di azione. Il continuo procrastinare dei giudici europei –

⁵⁴Vedi Cass. 17 settembre 2002, *Foro it.*, II, c. 322 che, nell'affermare il principio della doppia imputazione in una sua decisione ha fatto «leva sul principio di legalità del diritto penale e sul presupposto della conoscibilità del precetto penale, nonché sul legittimo affidamento in ordine alla liceità penale del fatto quali premesse inderogabili per la repressione di ogni reato»; la stessa Relazione al Progetto definitivo del Codice penale recita, a questo proposito: «occorre che il fatto costituisca reato anche secondo la legge del luogo in cui fu commesso».

⁵⁵CEDU, Parrillo v. Italy, 27 Aug. 2015, dissenting opinion of Judge SAJÓ, §46.

⁵⁶CEDU, Parrillo v. Italy, 27 Aug. 2015, concurring opinion of Judge DEDOV, §8.

dunque, il rinvio della definizione giuridica di embrione umano e di una pronuncia concernente la sperimentazione su di esso – sembra voler sottolineare che, affinché una decisione venga presa, è necessario che la collettività dei suoi destinatari sia pronta ad accoglierne le conseguenze. È di fondamentale importanza, sembra voler dire la Corte, che i tempi della società civile siano maturi al punto da sviluppare una coscienza pronta a comprendere i dettami razionali di una questione intima, ad accettarli fino in fondo.

3.3. Esclusione del motivo di ricorso concernente la presunta violazione dell'art. 10 CEDU: tra punti fermi e nuove prospettive

L'unico motivo di ricorso escluso fin dal principio dall'ipotesi di ammissibilità è quello avente a oggetto la presunta violazione dell'art. 10 CEDU, rubricato "*Libertà di espressione*" e disciplinante il fondamentale aspetto della libertà di ricerca scientifica. Un punto fermo scritto da regole procedurali per le quali la lamentata violazione dell'articolo avrebbe dovuto essere riconducibile alla voce di un ricercatore, non di altri, e Adelina Parrillo non risponde al requisito. Un'incompatibilità *ratione personae* cui si è ritenuto opportuno cedere il passo.

La tutela della libertà di ricerca scientifica, tuttavia, era già stata chiamata in causa nel 2012 dinanzi al Tribunale di Firenze da una coppia infertile di cittadini italiani portatori sani di esostososi, un tumore benigno dell'osso geneticamente trasmissibile.

I ricorrenti si erano rivolti a un centro di procreazione medicalmente assistita chiedendo la diagnosi genetica preimpianto sugli embrioni⁵⁷. Per il primo tentativo, avvenuto nel gennaio 2009, erano stati prodotti solo tre embrioni (in ossequio a quanto previsto dal secondo comma dell'art. 14, legge n. 40/2004), tutti affetti dalla patologia genetica dell'esostososi, motivo per il quale la ricorrente non aveva acconsentito al loro impianto in utero. In data 8 maggio 2009, tuttavia, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 14 comma 2 limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre» pronunciandosi con la sentenza n. 151⁵⁸. Nell'ottobre 2009 la coppia si era nuovamente rivolta al centro di PMA per sottoporsi a un ulteriore ciclo di trattamenti e, eliminato il divieto di fecondare un numero massimo di tre gameti e l'obbligo di trasferirli in utero con un unico e contemporaneo impianto, aveva prodotto 10 embrioni dei quali solo uno era risultato sano in base all'esame diagnostico precedente all'impianto. Non potendoli utilizzare ai fini del trasferimento in utero, i

⁵⁷ La disciplina relativa all'accesso alle tecniche delle sole coppie sterili o infertili affette (da) o portatrici di malattie geneticamente trasmissibili è stata poi modificata con la sentenza 5 giugno 2015, n. 96 la quale ha esteso i requisiti di accesso alla procreazione medicalmente assistita anche alle coppie affette (da) o portatrici di malattie genetiche ma non sterili o infertili.

⁵⁸ Corte Cost., sentenza 8 maggio 2009, n. 151. «È incostituzionale l'art. 14, 2° comma, l. 19 febbraio 2004 n. 40, limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre», con riferimento agli embrioni che — a mezzo delle tecniche di procreazione medicalmente assistita — possono essere creati e quindi impiantati», in *Foro it.*, 2009, parte I, col. 2301; cfr. anche G. FERRANDO, *Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte Costituzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, p. 521 ss.; E. DOLCINI, *Embrioni nel numero "strettamente necessario": il bisturi della Corte Costituzionale sulla legge n. 40 del 2004*, *Op. cit.*, p. 950 ss.; E. TURILLAZZI, *Continua "l'intervento demolitorio" operato dalla Corte Costituzionale alla legge 40/2004: tra libertà, uguaglianza, tutela della salute della donna e libertà conoscitiva della scienza medica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2009, p. 767 ss.; C. BUCCELLI, *La tutela dell'embrione nella Legge 40/2004 (e correlato DM 21 luglio 2004)* in *Riv. it. med. leg.*, 2006, p. 15 ss..

ricorrenti si erano determinati a destinare gli embrioni soprannumerari risultati affetti da esostos ad attività di ricerca scientifica connesse allo studio della propria patologia genetica incontrando però il rifiuto da parte del Centro cui si erano rivolti a causa del divieto disposto dall'art. 13 della legge n. 40/2004.

La questione è stata sottoposta all'attenzione della Consulta dal Tribunale di Firenze che ha rimesso alla Corte la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 6, comma 3, della legge n. 40/2004 e dell'articolo 13, commi 1, 2 e 3 della medesima legge, nella parte in cui prevede il divieto di qualsiasi ricerca clinica o sperimentale sull'embrione che non risulti finalizzata alla tutela della salute e allo sviluppo dello stesso, anche rispetto a embrioni considerati non più idonei per fini procreativi e destinati all'autodistruzione. Su richiesta del legale della coppia, la Consulta ha disposto il rinvio della discussione in attesa della decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sul caso Parrillo c. Italia.

Un profilo che è interessante notare nel modo in cui il Tribunale di Firenze ha affrontato e discusso la questione, riguarda la precisazione - messa in luce dai ricorrenti e accolta dal Giudice - secondo cui la Consulta, nella sentenza n. 151/2009, non si è pronunciata sul bilanciamento costituzionalmente ragionevole tra tutela dell'embrione e interesse a un'attività di ricerca volta a garantire il diritto alla salute, individuale e collettivo. «Dunque», si legge nell'ordinanza di rinvio, «le questioni connesse al bilanciamento tra l'interesse alla vita, allo sviluppo, e a non subire alcun tipo di intervento clinico, sperimentale o diagnostico, riconosciuto all'embrione *ex art. 13*, e gli speculari interessi alla ricerca scientifica e tecnica *ex art. 9 Cost.*, connessi alle esigenze di tutela della salute collettiva *ex art. 32*, primo comma e *art. 2 Cost.*, non sono risultati oggetto di una pronuncia da parte della Corte costituzionale».

Al pari di Adelina Parrillo, la coppia ha espresso la volontà di donare i propri cinque embrioni – prodotti ai fini procreativi ma non più destinati a tal scopo – alla ricerca scientifica «in assenza di diverso interesse di pari rilevanza nella scala dei valori dell'ordinamento giuridico, ovvero prevalente nel bilanciamento da effettuarsi, apparendo irrazionale l'individuazione di detto interesse in quello della cura e della conservazione dell'embrione malato o non biopsabile⁵⁹». La principale differenza tra la coppia che ha presentato ricorso dinanzi al Tribunale ordinario di Firenze e Adelina Parrillo risiede nel fatto che la prima, essendo affetta dalla patologia ai fini del cui studio donerebbe i propri embrioni, avrebbe un interesse diretto alla tutela della propria salute e a quella di una eventuale prole. Adelina Parrillo, al contrario, si è rivolta alla Corte EDU per vedere garantito il rispetto alla libertà di ricerca scientifica a prescindere da una propria condizione patologica che nel caso in esame, per fortuna, non esiste.

Lo studio relativo al disturbo di cui i ricorrenti sono portatori, come di altre malattie gravi e incurabili, tuttavia, sarebbe finalizzato a realizzare non solo la tutela della salute dei soggetti che ne siano portatori ma anche l'interesse alla salute della collettività sancito, in Italia, dall'art. 32 Cost.

L'art. 13 della legge n. 40/2004 pecca di irragionevolezza laddove non opera alcuna distinzione tra il divieto di produrre embrioni ai fini di ricerca e quello di destinare al medesimo scopo gli embrioni residuati da un trattamento di fecondazione assistita e non più utilizzabili per fini procreativi. Tale disciplina, nell'imporre un divieto assoluto che non tenga in alcuna considerazione le eventuali prospettive di impiego degli embrioni e i benefici che deriverebbero da un uso alternativo di quelli destinati all'autodistruzione, impone un trattamento privo di

⁵⁹ Tribunale di Firenze, ordinanza 7 dicembre 2012, pubblicata nella Gazzetta ufficiale 17 luglio 2013, n. 29.

deroghe e temperamenti dai contorni completamente irragionevoli. Al contrario di ciò che si teme, una differenziazione tra le due circostanze non comporterebbe alcun vuoto normativo poiché, come dichiarato dal Giudice di Firenze, basterebbe prevedere che l'assolutezza della tutela e, dunque, l'inderogabilità della stessa, debba essere valutata tenendo conto dell'impiego programmato o ragionevolmente prevedibile cui l'embrione è destinato: nei casi in cui il medesimo non fosse più impiegabile per fini procreativi e fosse quindi condannato a una lenta autodistruzione, lo si potrebbe utilizzare per altri impieghi - come, ad esempio, la ricerca scientifica -, sempre previo consenso dei generanti.

Anche nella circostanza dei due ricorrenti dinanzi al Tribunale di Firenze, l'eventuale esistenza di una definizione giuridica di embrione avrebbe probabilmente agevolato (e agevolerebbe tuttora) l'individuazione della disciplina applicabile al caso concreto.

Resta da attendere la pronuncia della Corte Costituzionale italiana in relazione alla legittimità dell'art. 13, legge n. 40/2004 fermo restando che il rinvio operato dal Tribunale di Firenze in attesa della sentenza della Corte EDU e l'esito di quest'ultima non dovrebbero comportare alcun tipo di influenza tra le decisioni.

4. “Eppur si muove”: la progressiva evoluzione della disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita e le prospettive future

Il dialogo fra dottrina e giurisprudenza in materia di procreazione assistita disegna i tratti di un'evoluzione che, in Italia come in Europa, cresce al ritmo lento della comune coscienza sociale.

La persistente ambiguità dei giudici a scapito di ogni esigenza di chiarificazione sembra rappresentare un enorme fardello nel percorso che conduce alla definizione di una disciplina legislativa nonché alla sua interpretazione e applicabilità al caso concreto. L'assenza di una nozione generalmente accettata di embrione umano, in particolare, si rende inevitabilmente fonte delle innumerevoli incertezze che dal campo del diritto si propagano fino alla pratica (o al diniego) dei trattamenti medici e alle loro conseguenze sulla salute dei diversi soggetti coinvolti. L'atteggiamento dei giudici, tuttavia, sembra avere basi chiare e molto solide che, al netto di ogni opinione a riguardo, rivelano il confondersi dei margini di azione tra diritto ed etica (*rectius*, etica religiosa) nel panorama di alcuni Stati membri di Unione Europea e Consiglio d'Europa; il caso *Parrillo c. Italia* posto all'attenzione della Corte EDU è un simbolo eclatante di tale discrasia.

A tale proposito, escludendo fin dal principio l'ammissibilità della violazione dell'art. 10 CEDU dai motivi di ricorso, la Grande Chambre ha messo in evidenza un'incompatibilità *ratione personae* con cui ha elegantemente eluso la valutazione dell'effettiva afferenza del diritto alla ricerca scientifica all'alveo degli interessi diretti della ricorrente. Ferma restando l'importanza del rispetto dei requisiti richiesti dinanzi alla Corte, i giudici di Strasburgo hanno voluto così ignorare il collegamento imprescindibile che lega il crescente sviluppo del progresso scientifico alla salute di ogni singolo individuo della collettività: la sperimentazione su embrioni soprannumerari non più destinati al trasferimento in utero rappresenterebbe un importante contributo per la ricerca di soluzioni mediche volte a salvare la vita di persone affette da malattie per cui oggi non esiste alcuna cura; il morbo di Parkinson, per esempio, o quello di Alzheimer. Nel caso di embrioni prodotti *in vitro* ma risultati soprannumerari, pertanto, una differenziazione tra le diverse prospettive di impiego degli stessi potrebbe far emergere i benefici che deriverebbero da un utilizzo alternativo di quelli altrimenti destinati all'autodistruzione. Il legislatore italiano, a questo

riguardo, assume posizioni molto dure e non fornisce alcun tipo di sostegno all'eventualità di un'apertura europea. Nasce dunque un dibattito che vede contrapposte, da una parte, la possibilità di contribuire all'evoluzione del progresso medico-scientifico consentendo, tra le altre, la sperimentazione sugli embrioni soprannumerari ai fini dello studio di malattie gravi e ancora incurabili; dall'altra, un'assoluta esigenza di tutela dell'embrione inteso come *persona*, "uno di noi", in seno a una questione morale che ha la forza di modellare il dettato di legge a *propria immagine e somiglianza*, di prevalere su di esso iniettando soggettività a un testo che per natura dovrebbe ambire al carattere oggettivo della biologia. L'irragionevole rigore del sistema italiano si riscontra in particolar modo nel dettato dell'articolo 13, legge n. 40, laddove la medesima rubrica racchiude il divieto di «qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano» e gli «interventi di clonazione» ai fini procreativi o di ricerca, se pur con la previsione di un aumento di pena nel secondo caso. Sull'opportunità di comminare una sanzione più gravosa nel caso della clonazione⁶⁰ e di equiparare le operazioni ai fini riproduttivi con quelle destinate alla ricerca, molto si potrebbe discutere. Ciò che maggiormente rileva in questa sede, tuttavia, è l'asprezza del divieto assoluto con cui il legislatore italiano esclude ogni tipo di valutazione del caso concreto, inviando ai giudici europei il messaggio chiaro secondo cui il nostro terreno non è pronto per guidare (o essere guidato) in una nuova direzione. Una eventuale apertura alla ricerca scientifica su embrioni in Italia, inoltre, incontrerebbe alcune difficoltà anche sul piano applicativo dal momento che il numero dei centri disposti a operare tale sperimentazione, ad oggi, rientra nell'ordine della decina e l'apparato tecnico-strutturale richiederebbe interventi di miglioramento di carattere ben rilevante.

Un incisivo passo in avanti nella progressiva evoluzione della disciplina, tuttavia, è stato compiuto a opera della Corte Costituzionale con la sentenza 11 novembre 2015, n. 229⁶¹. In seguito alla questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale di Napoli in relazione agli art. 13, commi 3, lettera b), e 4, e dell'art. 14, commi 1 e 6, della legge n. 40, la Consulta ha infatti dichiarato l'illegittimità dell'art. 13, comma 3, lett. b), e 4, sancendo che non è reato la «selezione degli embrioni», anche nei casi in cui questa sia «esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri

⁶⁰ Sulla clonazione, tra le altre voci autorevoli, cfr.: C.A. REDDI, *La clonazione, aspetti scientifici*, in P. ZATTI, S. RODOTÀ, *Trattato di biodiritto*, cit., p. 265 ss.; C.M.R. CASABONA, *La clonación. Aspectos éticos y jurídicos*, ivi, p. 281 ss.; E. MEZZETTI, *La tutela penale dell'identità genetica*, ivi, p. 309 ss.; R. BORSARI, *Profili penali della terapia genica*, ivi, p. 540 ss.; C. CAMPIGLIO, *La procreazione medicalmente assistita nel quadro internazionale e transnazionale*, ivi, p.1511 ss.; E. DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, ivi, p. 1570 ss.; A. MUSIO, *Misure di tutela dell'embrione*, in P. STANZIONE, G. SCIANCALEPORE, *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, p. 251 ss.; G. SIRCHIA, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40.*, cit., pag. 116 ss.; C. FLAMIGNI, *Lo statuto dell'embrione tra giudizi morali e sviluppo tecnologico*, in L. FIORAVANTI (a cura di), *La tutela della persona*, Milano, 2001, p. 103 ss..

⁶¹ Corte Cost., sent. 11 novembre 2015, n. 229. «È costituzionalmente illegittimo l'art. 13, 3° comma, lett. b) e 4 l. 19 febbraio 2004 n. 40 (norme in materia di procreazione medicalmente assistita), nella parte in cui contempla come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa sia esclusivamente finalizzata a evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, 1° comma, lett. b), l. 22 maggio 1978 n. 194 (norme per la tutela della maternità e sulla interruzione della gravidanza) e accertate da apposite strutture pubbliche». A. PORRACCILO, *Fecondazione: quella contraddizione delle sanzioni penali*, in *Guida al dir.*, 2015, fasc. 48, p. 16 ss.; G. BALDINI, F. GALLO, A. CALANDRINI, *Fecondazione assistita: cade il divieto assoluto di selezionare gli embrioni*, in *www.altalex.it*, 11/2015; A. VALLINI, *Ancora sulla selezione preimpianto: incostituzionale la fattispecie di selezione embrionale per finalità eugenetiche, ma non quella di embrionicidio*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 12/2015.

di gravità» di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 (Norme per la tutela della maternità e sulla interruzione della gravidanza).

Attendiamo ora la pronuncia della medesima Corte sul rinvio disposto dal Tribunale di Firenze.

La Consulta dovrà dunque valutare la legittimità dell'articolo 6, comma 3, e dell'articolo 13, commi 1, 2 e 3 della legge n. 40/2004, nella parte in cui prevede il divieto di qualsiasi ricerca clinica o sperimentale sull'embrione che non risulti finalizzata alla tutela della salute e allo sviluppo dello stesso, anche rispetto a embrioni considerati non più idonei per fini procreativi e destinati all'autodistruzione.

Nel 2012, la Corte Costituzionale aveva disposto il rinvio della discussione in attesa della decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sul caso Parrillo c. Italia. A sentenza pronunciata, interviene oggi il dubbio relativo all'interpretazione⁶² della questione posta all'attenzione della Consulta in maniera conforme rispetto alle posizioni assunte dal giudice europeo.

Il legislatore nazionale – e i giudici nazionali, come nel caso in esame – hanno infatti l'obbligo di adeguarsi ai principi della CEDU così come interpretati e applicati dalla Corte di Strasburgo, fermo restando il *margin of appreciation* riconosciuto a ogni singolo Stato. I giudici italiani chiamati in causa in tale circostanza godono di una certa discrezionalità nella decisione e devono garantire il rispetto dei principi fondamentali previsti dalla Costituzione senza compromettere il livello di tutela dei diritti stabilito a livello europeo.

È bene precisare, inoltre, che nel rigettare le richieste della ricorrente, la Grande Chambre ha basato il proprio esame sulla correlazione specifica tra i motivi addotti da Adelina Parrillo e le disposizioni oggetto di ricorso. Secondo quanto stabilito dalla Corte, il divieto di donazione degli embrioni ai fini di ricerca non limita il diritto alla vita privata e familiare della ricorrente.

Resta da stabilire se tale proibizione sia eliminabile o meno dalla legge n. 40, magari valutandone la legittimità sia alla luce dei principi costituzionali che dell'articolo 10 CEDU, escluso dalla discussione del caso Parrillo per mancanza dei requisiti soggettivi ritenuti necessari.

Al netto delle considerazioni della Corte di Strasburgo e della progressiva evoluzione della disciplina in materia di procreazione assistita, un ulteriore intervento sulle disposizioni dell'articolo 13 sarebbe auspicabile. La ragionevole differenziazione delle condotte applicabili in base all'impiego programmabile di embrioni umani potrebbe essere un tassello rilevante ai fini di quel “consenso europeo”, così caro ai giudici, la cui influenza potrebbe contribuire al raggiungimento di una presa di posizione netta e condivisibile anche sulla donazione degli embrioni soprannumerari ai fini di ricerca.

⁶² L. TRIA (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali. Le tecniche di interrelazione normativa indicate dalla Corte costituzionale. L'abilità di usare il patrimonio di sapienza giuridica ereditato dal passato per preparare il futuro*, in www.cortecostituzionale.it, 12/2014. Si veda anche: M. D'AMICO, B. LIBERALI, *Il divieto di donazione dei gameti. Fra Corte Costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Roma, 2012, p. 114 ss.; D. MARTIRE, *La legge 40 di nuovo davanti alla Consulta*, in www.osservatorioaic.it, 01/2014; I. PELLIZZONE, *Fecondazione eterologa e Corte europea: riflessioni in tema di interpretazione convenzionalmente conforme e obbligo del giudice di sollevare la questione di legittimità costituzionale*, in www.rivistaaic.it, 04/2010; S. PENASA, *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di fronte al fattore scientifico: analisi della recente giurisprudenza in materia di procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria di gravidanza*, in *Revista europea de derechos fundamentales*, 2013, p. 235 ss.; ID, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico. Spunti dalla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 06/2014.