

PAPER N. 1

Il divieto assoluto
dell'Italia alla
ricerca sugli embrioni:
dubbi ed implicazioni

ERICA BENIGNI - CLARA LEONI

Trento BioLaw Selected Student Papers

Il divieto assoluto dell'Italia alla ricerca sugli embrioni: dubbi ed implicazioni

*Erica Benigni e Clara Leoni**

ABSTRACT: Article 13 L.40/2004 prescribes a total ban of clinical and experimental human embryo research. This regulation aims to guarantee the highest protection for embryo. Authors analyze implications of this prohibition and ethical and legal questions about embryo research. This is a complex issue because that concerns ethically sensitive questions about embryos' legal status, their dignity and protection. Authors deal with the subject from a normative and jurisprudential point of view (European Court of Human Rights: case Parrillo vs. Italy; Italian Constitutional Court: ruling n. 84/2016), even through doctrinal contributions. In particular, in the ruling n. 84/2016, Italian Constitutional Court had to face the problem of the constitutional balance between embryos' life protection and interest in scientific research. Actually, Court eluded the problem declaring the question inadmissible. In this difficult context, in conclusion, authors critically analyze the adequacy of this total ban through principle of non-contradiction, judgment of reasonableness and through the features of biolaw.

KEYWORDS: Embryo research; Unusable cryo-preserved embryos; Constitutional Court; European Court of Human Rights; Constitutional balance

SOMMARIO: 1. Introduzione – 1.1. La ricerca sulle cellule staminali embrionali. Il divieto assoluto dell'art. 13 della l. 40/2004 – 1.2. Gli embrioni c.d. soprannumerari e il loro controverso destino - 2. Lo statuto giuridico dell'embrione, la dignità dell'embrione stesso e la questione dell'inizio vita – 2.1. Le fonti all'interno del sistema giuridico italiano: l'embrione come soggetto di diritto? – 2.2. La posizione del CNB: riconoscimento della dignità e del diritto alla vita in capo all'embrione – 2.3. La tutela dell'embrione nella giurisprudenza costituzionale – 2.4. La dibattuta natura dell'embrione – 2.5. Un contributo dottrinario: "cellule staminali e fecondazione assistita: i dubbi di un giurista" di Antonino Spadaro – 3. I modelli di disciplina della ricerca sulle cellule staminali embrionali. Un'ottica comparata – 3.1. Modelli interventisti a tendenza permissiva – 3.2. Modelli interventisti a tendenza restrittiva – 3.3. Modelli intermedi: Spagna e Francia – 4. Fonti comunitarie e convenzioni internazionali – 4.1. Fonti comunitarie – 4.2. Fonti internazionali – 5. Sentenza Parrillo c. Italia – 5.1. In fatto – 5.2. In diritto – 5.3. Le opinioni separate dei giudici della Corte – 6. Sentenza n. 84/2016 della Corte Costituzionale – 6.1. In fatto – 6.2. In diritto – 7. Conclusioni.

1. Introduzione

Il divieto assoluto dell'Italia alla ricerca sugli embrioni è sancito dall'art. 13, comma 1, della controversa legge 40/2004 recante "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita".

Finalmente, la questione relativa alla legittimità costituzionale di questo divieto, costruito in modo assoluto dal legislatore, è giunta dinanzi alla Corte Costituzionale, che si è pronunciata lo scorso 22 marzo¹. Riteniamo che si tratti di una pronuncia di cui si sentiva la necessità - la questione era stata sollevata dal Tribunale di Firenze con ordinanza già in data 7 dicembre 2012 - e molto attesa dagli esperti del settore, tutti incuriositi riguardo alla risposta che la Corte avrebbe dato in merito alla compatibilità o meno di

* *Studentesse dell'Università di Trento, Facoltà di Giurisprudenza.*

¹ Corte Costituzionale, sentenza n. 84 del 22 marzo 2016.

questo divieto con il testo costituzionale e, di conseguenza, la legittimità o meno del bilanciamento operato dal legislatore tutto a favore della tutela dell'embrione. Dobbiamo però già anticipare che la pronuncia della Corte Costituzionale è stata abbastanza deludente in quanto essa si è limitata a dichiarare inammissibile la questione, ritenendo che un bilanciamento di tal genere tra valori fondamentali come quello della tutela dell'embrione e l'interesse alla ricerca dovesse essere rimandato alla discrezionalità del legislatore.

Nonostante questo, le motivazioni della Corte e l'illustrazione delle argomentazioni del Tribunale di Firenze costituiscono un terreno fertile per alcuni spunti di riflessione e di critica con riguardo a questo divieto assoluto all'interno dell'ordinamento giuridico italiano.

Per poter analizzare con coscienza e consapevolezza la portata di questa disposizione all'interno del nostro ordinamento bisogna prima fare un passo indietro: riprendere il testo dell'articolo e, al tempo stesso, ricordare i progressi che la ricerca sulle cellule staminali embrionali sta facendo.

Inoltre, poiché i maggiori dubbi sull'adeguatezza di questo divieto assoluto si hanno con riguardo agli embrioni c.d. soprannumerari, abbiamo ritenuto opportuno dedicare loro un intero paragrafo, per capire di che cosa si tratti e perché potrebbero essere effettivamente utilizzati a fini di ricerca.

Non si può prescindere, inoltre, dall'analisi di un punto cruciale in materia - dal momento che la problematica di tutta la questione non è tanto giuridica quanto piuttosto etica - con riguardo alla nozione di embrione e al grado di tutela da riconoscere a quest'ultimo. È infatti controversa la dignità dell'embrione e quando inizi davvero la vita. Solo una volta chiarita la visione del Governo italiano, della giurisprudenza costituzionale e valutate anche varie opinioni dottrinali e posizioni estreme e contrapposte sul punto, si potrà ben comprendere la difficoltà dell'argomento e di una conciliazione senza sacrificare alcuna posizione. Solo alla luce di queste posizioni, si può ben individuare la *ratio* dell'art. 13 ma al tempo stesso anche le sue problematiche dal momento che il legislatore, in questo panorama così frastagliato, è intervenuto con un divieto assoluto accompagnato da sanzioni penali.

Per comprendere a pieno la portata e le conseguenze di tale divieto non si può non guardare anche al quadro normativo dell'Unione Europea ed ai principi delle Convenzioni internazionali, dal momento che l'ordinamento italiano si ritrova inserito in questa rete comunitaria ed internazionale.

È interessante anche guardare alle soluzioni adottate in materia dagli altri Stati europei, in particolare da quelli appartenenti alla nostra stessa tradizione giuridica di *civil law* come Spagna e Francia. Infatti, riteniamo che, così facendo, sia possibile anche ricavare degli spunti, delle possibili soluzioni alternative che potrebbero ben trovare applicazione anche sul territorio italiano.

Oltretutto, uno studio comparato permette di leggere con maggiore criticità le norme interne.

In questo percorso, abbiamo ritenuto opportuno trattare anche della sentenza Parrillo c. Italia². Questo perché alla luce dell'art. 117 Cost., la potestà legislativa deve essere esercitata nel rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. All'interno di questi ultimi vi è ricompresa la CEDU, sottoscritta e ratificata dall'Italia³. Pertanto, il legislatore italiano deve adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato e all'interpretazione che ne dà la Corte di Strasburgo. Si tratta perciò di un aspetto importante all'interno delle fonti del nostro quadro giuridico, tanto che la Corte Costituzionale aveva sospeso la pronuncia relativa alla questione di legittimità sopracitata sollevata dal Tribunale di Firenze, in attesa della pronuncia della Corte di Strasburgo nel caso Parrillo c. Italia. Tuttavia, è necessario fare una netta distinzione tra i due giudizi poiché nel caso presentato dinanzi alla Corte di Strasburgo non era in gioco il bilanciamento tra la tutela della vita dell'embrione e l'interesse alla ricerca, come nel caso della sentenza n. 84/2016, bensì la possibilità dei "genitori" di donare a fini di ricerca i propri embrioni non impiantati. Oltre a ciò, tale sentenza, avendo per oggetto la censura del divieto assoluto di cui all'art. 13 l. n. 40/2004, ci fornisce dei dati interessanti per focalizzare ancora di più questo divieto assoluto all'interno del quadro giuridico nazionale ed anche, ovviamente, internazionale. Nella parte conclusiva, abbiamo utilizzato questi spunti di riflessione per poter dare la nostra lettura critica sull'esistenza di tale divieto assoluto all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, soffermando la nostra attenzione sulle incoerenze che, ci sembra, emergano rispetto alle altre disposizioni e agli altri valori presenti nel nostro sistema.

Iniziamo, quindi, la nostra trattazione con una breve illustrazione della ricerca scientifica sugli embrioni e con una disamina dell'art. 13 della l. 40/2004.

1.1. La ricerca sulle cellule staminali embrionali. Il divieto assoluto dell'art. 13 della L. 40/2004

La ricerca sulle cellule staminali embrionali è sempre più all'avanguardia e sta portando ad ottimi risultati nell'individuazione di terapie per gravi malattie ad oggi incurabili.

Le cellule staminali embrionali vengono fatte crescere in laboratorio a partire da un piccolo gruppo di cellule trovate nell'embrione molto precoce (di 5-6 giorni di età). Queste cellule sono particolarmente versatili in quanto pluripotenti, sono cioè in grado di differenziarsi nei vari tipi cellulari presenti nel corpo⁴. È questa una delle loro proprietà più importanti nell'ambito della ricerca medica.

L'utilizzo di queste cellule ha consentito una svolta fondamentale nella ricerca sull'Alzheimer. Nell'ottobre 2014, partendo proprio da cellule staminali di embrioni umani, Rudolph Tanzi e Doo Yeo Kim,

² Corte di Strasburgo, Parrillo c. Italia, ric. n. 46470/11, 27 agosto 2015.

³ La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali è stata firmata nel 1950 a Roma e ratificata con legge del 1955.

⁴ Fonte: www.eurostemcell.org/it/faq/cosa-sono-le-cellule-staminali-embriionali-umane (consultato in data 2 novembre 2016).

neuroscienziati del *Massachusetts General Hospital* di Boston, hanno realizzato un microcervello malato di Alzheimer, moltiplicato in numerosi esemplari. Su questo modello di cervello umano in vitro – in cui sono presenti i due danni ritenuti la causa prima della demenza – è possibile verificare, in condizioni di sicurezza e in breve tempo (si parla di un paio settimane), l'azione dei farmaci attualmente testati su animali e malati. Ciò, quindi, ha consentito di semplificare, velocizzare e di rendere più economica la ricerca sui farmaci per l'Alzheimer⁵.

Risultati promettenti si sono avuti anche con riguardo ad altre malattie neurodegenerative come il Parkinson. Nel novembre 2014, è stato pubblicato su *Cell Stem Cell* uno studio condotto da Malin Parmar, dell'Università di Lund in Svezia, che ha portato a risultati sorprendenti nella ricerca per la cura di tale malattia. I ricercatori hanno dapprima creato neuroni che producono dopamina (quelli che si degenerano nei malati di Parkinson) a partire da cellule staminali embrionali umane, dopodiché li hanno trapiantati in topolini di laboratorio e hanno constatato che erano in grado di connettersi alle altre cellule nervose del tessuto ospite, attraverso un'estesa rete di ramificazioni in grado di raggiungere le aree cerebrali bersaglio⁶. Nonostante questi successi dal punto di vista scientifico, l'uso di cellule staminali embrionali a fini di ricerca è molto discusso. Le problematiche ruotano soprattutto intorno a questioni etiche dato che questo tipo di ricerca, allo stato attuale, porta inevitabilmente alla distruzione dell'embrione stesso. In molti, da scienziati a filosofi, uomini di religione e giuristi, si sono spesi a favore o contro questo tipo di studio. Frastagliate le posizioni nei vari dibattiti come frastagliate sono state le scelte dei vari legislatori. Su questo fronte l'Italia ha assunto una posizione netta e decisa: ha vietato in modo assoluto la ricerca e la sperimentazione sugli embrioni, a meno che questa ricerca diagnostica e terapeutica non sia finalizzata alla cura dell'embrione stesso.

Tale divieto è sancito dall'art. 13, comma primo della legge n. 40 del 2004, "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita", mentre l'eccezione è contenuta nel comma secondo.

ART. 13 "Sperimentazione sugli embrioni umani":

«1. È vietata qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano.

⁵ A. D'AMICO, *Svolta nella ricerca sull'Alzheimer: create cellule 'malate' in provetta*, in *La Repubblica*, 2014 (www.repubblica.it/salute/ricerca/2014/10/13/news/svolta_in_ricerca_su_alzheimer_cellule_malate_in_provetta-98004899/, consultato in data 2 novembre 2016); E. INTINI, *Due passi importanti nella lotta all'Alzheimer*, in *Focus*, 2014 (www.focus.it/scienza/salute/alzheimer-in-provetta-nuova-ricerca (consultato in data 2 novembre 2016). Per un approfondimento sulla ricerca svolta si rinvia A. LLEÓ, E. CAVEDO, L. PARNETTI, H. VANDERSTICHELE, S. KAISA HERUKKA, N. ANDREASEN, R. GHIDONI, P. LEWCZUK, A. JEROMIN, B. WINBLAD, M. TSOLAKI, B. MROCZKO, P. J. VISSER, I. SANTANA, P. SVENNINGSSON, K. BLENNOW, D. AARSLAND, J. L. MOLINUEVO, H. ZETTERBERG, B. MOLLENHAUER, *A three-dimensional human neural cell culture model of Alzheimer's disease*, in *Nature*, 515, 2014, 274–278.

⁶ Fonte: www.parkinson-italia.it/rubriche/articoli-scientifici/parkinson-trapianto-di-staminali-umane-crea-collegamenti-nervosi-nei-topi (consultato in data 2 novembre 2016). Per la consultazione diretta dello studio rinvio a S. GREALISH, E. DIGUET, A. KIRKEBY, B. MATSSON, A. HEUER, Y. BRAMOUSSE, N. VAN CAMP, A. L. PERRIER, P. HANTRAYE, A. BYÖRKLUND, M. PARMAR, *Human ESC-Derived Dopamine Neurons Show Similar Preclinical Efficacy and Potency to Fetal Neurons when Grafted in a Rat Model of Parkinson's Disease*, in *Cell Stem Cell*, 15, 5, 2014, 653–665.

2. La ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano è consentita a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative».

Al comma terzo è presente un elenco di ulteriori divieti. Nello specifico, alla lettera *a)* di questo terzo comma è proibita «la produzione di embrioni umani a fini di ricerca o di sperimentazione o comunque a fini diversi da quello previsto dalla presente legge».

Infine, negli ultimi due commi, il legislatore ha previsto delle sanzioni molto elevate per i trasgressori:

«4. La violazione dei divieti di cui al comma 1 è punita con la reclusione da due a sei anni e con la multa da 50.000 a 150.000 euro. In caso di violazione di uno dei divieti di cui al comma 3 la pena è aumentata. Le circostanze attenuanti concorrenti con le circostanze aggravanti previste dal comma 3 non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste.

5. È disposta la sospensione da uno a tre anni dall'esercizio professionale nei confronti dell'esercente una professione sanitaria condannato per uno degli illeciti di cui al presente articolo».

Come affermato esplicitamente dal Governo nel corso della sentenza *Parrillo c. Italia* di fronte alla Corte di Strasburgo (27 agosto 2015), la *ratio* dell'art. 13 consiste nella tutela del potenziale di vita dell'embrione [paragrafo 123].

Con questa disposizione, il legislatore ha scelto di dare una tutela piena agli embrioni, indipendentemente da come essi siano stati prodotti e dalla loro condizione attuale.

Il divieto assoluto di qualsiasi sperimentazione su *ciascun* embrione umano comporta l'impossibilità di utilizzare, nella ricerca medica, anche i c.d. embrioni soprannumerari.

1.2. Gli embrioni c.d. soprannumerari e il loro controverso destino

Gli embrioni soprannumerari sono quegli embrioni ottenuti mediante fecondazione in vitro (FIV), che non sono stati impiantati. In realtà, la legge 40/2004 era stata formulata in modo tale da non permettere la produzione di embrioni residuali. La loro attuale esistenza è conseguenza indiretta di alcune pronunce della giurisprudenza costituzionale. In primo luogo, con la sentenza n. 151 del 2009, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art 14, comma 2, della legge 40/2004, nella parte in cui vietava la produzione di embrioni in numero superiore a tre e ne imponeva, in ogni caso, la destinazione ad un unico e contemporaneo impianto. Di conseguenza, la Corte ha derogato al divieto generale di crioconservazione (previsto dal comma 1 della medesima norma) poiché si reputava necessario il ricorso alla tecnica di congelamento, nei centri di PMA, per quegli embrioni che appunto erano stati prodotti ma non impiantati. In secondo luogo, con la sentenza n. 96 del 2015, la C. Cost. ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, commi 1 e 2, e dell'art. 4, comma 1, della l. 40/2004, nella parte in cui non consentivano il

ricorso alle tecniche di PMA alle coppie fertili, portatrici di malattie geneticamente trasmissibili. Con ciò, la Corte ha reso possibile la diagnosi preimpianto, al fine di evitare il trasferimento in utero della donna di quegli embrioni affetti da tali patologie genetiche. Anche per questi embrioni, quindi, risulta derogato il divieto di crioconservazione sancito dal comma 1 dell'art. 14, ampliando così potenzialmente il numero degli embrioni non portati a nascita.

Di conseguenza, allo stato attuale, la produzione di embrioni soprannumerari, come effetto indiretto della PMA, è inevitabile.

Con riferimento agli embrioni crioconservati nei centri di procreazione medicalmente assistita, la "Commissione di studio sugli embrioni" (Ministero della Salute), in data 8 gennaio 2010, ha redatto una relazione approvata a maggioranza che ha messo in luce (al paragrafo 4, pag. 4) quello che è l'attuale paradosso, legalmente inevitabile, di una crioconservazione degli embrioni non impiantati (soprannumerari) che potrebbe non avere mai termine. Si legge, infatti, nella relazione che «[i]l 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. Allo stato attuale delle conoscenze, per accertare la perdurante vitalità dell'embrione è necessario però scongelarlo, il che ci pone di fronte ad un paradosso, dato che una volta scongelato l'embrione non può essere congelato una seconda volta e se non si provvede ad un suo immediato impianto in utero, se ne causa inevitabilmente la sua morte. Di qui la prospettiva tuzioristica di una possibile conservazione a tempo indeterminato degli embrioni congelati».

Uno degli argomenti fatti valere dai sostenitori dell'utilizzo degli embrioni soprannumerari a fini di ricerca è proprio legato a questa circostanza. Viene evidenziato cioè che gli embrioni crioconservati non potrebbero svilupparsi in vite umane in quanto non impiantati⁷ e che quindi sarebbero inevitabilmente destinati all'autodistruzione⁸. Ad ogni modo, coloro che si oppongono alla ricerca sugli embrioni, anche se soprannumerari, rispondono a ciò affermando che il rispetto dovuto alla vita non consente di equiparare l'uccidere al lasciar morire⁹.

Sempre con riferimento alla crioconservazione degli embrioni, il decreto del Ministero della Salute dell'11 aprile 2008 ("Linee guida esplicative in materia di procreazione medicalmente assistita") ha dichiarato che «[s]i dovranno considerare due diverse tipologie di embrioni crioconservati: la prima, quella degli embrioni che sono in attesa di un futuro impianto, compresi tutti quelli crioconservati prima dell'entrata in vigore

⁷ Sentenza Parrillo c. Italia, Corte di Strasburgo (27 agosto 2015), paragrafo 124.

⁸ C. Cost., sent. 84/2016, paragrafo 2.1.

⁹ C. Cost., sent. 84/2016, paragrafo 10.2.

della legge n. 40/2004, e la seconda, quella degli embrioni per i quali sia stato accertato lo stato di “abbandono”»¹⁰.

In questo caso, le linee guida fanno riferimento anche agli embrioni che sono stati crioconservati prima dell'entrata in vigore della legge sulla PMA, mentre nella legge 40 non vi è alcun riferimento sulla sorte di tali embrioni né norme transitorie che disciplinino la loro situazione.

Tornando alle due categorie di embrioni individuate dal decreto ministeriale, ci sembra interessante approfondire la nozione di embrione in stato di abbandono. Affinché un embrione sia definito come tale, deve sussistere almeno una delle condizioni elencate dalle linee guida, ossia:

- a) «il centro deve avere una rinuncia scritta al futuro impianto degli embrioni crioconservati da parte della coppia di genitori o della singola donna (nel caso di embrioni prodotti con seme di donatore e in assenza di partner maschile, prima della normativa attuale);
- b) oppure il centro deve documentare i ripetuti tentativi eseguiti per almeno un anno di ricontattare la coppia o la donna in relazione agli embrioni crioconservati. Solo nel caso di reale, documentata impossibilità a rintracciare la coppia l'embrione potrà essere definito come abbandonato»¹¹.

Le linee guida specificano, inoltre, che gli embrioni abbandonati saranno crioconservati con oneri a carico dello Stato.

Come già preannunciato, non è consentita allo stato attuale la fruizione degli embrioni abbandonati ai fini della ricerca. Antonino Spadaro, nel suo saggio “Cellule staminali e fecondazione assistita”, individua le ragioni a favore del mantenimento di questa situazione, per poi confutarle¹².

Nello specifico, l'autore rileva due ragioni: una teorica e l'altra pratica. La prima è quella per cui si tratterebbe pur sempre di embrioni, e quindi di vite umane, seppur prenatali, meritevoli perciò di una protezione adeguata in ogni caso. Vi è quindi la volontà di assicurare loro piena dignità anche nella morte. La ragione pratica riguarda invece il timore del c.d. scivolamento etico nel momento in cui venga ammesso l'uso di tali embrioni crioconservati soprannumerari abbandonati. Si teme cioè di aprire un pericoloso varco ad altre concessioni come, ad esempio, la creazione di embrioni a scopo di ricerca.

Queste argomentazioni vengono poi contestate dall'autore, il quale, con riferimento alla c.d. ragione teorica, afferma che nella fattispecie considerata è difficile immaginare una qualche utilità per chiunque, persino per l'embrione stesso, da trarre dalla mera crioconservazione, essendo tali embrioni destinati comunque all'abbandono e all'estinzione. Per quanto riguarda la ragione pratica, invece, Spadaro ritiene che questa idea sia legata ad argomentazioni preconcepite e pessimistiche in modo eccessivo.

¹⁰ Al paragrafo «Crioconservazione degli embrioni: modalità e termini», 21.

¹¹ Ibidem.

¹² A. SPADARO, *Cellule staminali e fecondazione assistita*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2005, 91-94.

In conclusione, Spadaro auspica «un uso eccezionale a scopo di ricerca (cellule staminali) dei «soli» embrioni attualmente congelati e altrimenti destinati a perdersi»¹³.

Considera tale prospettiva come la più conforme, in termini costituzionali, al bilanciamento ragionevole degli interessi in gioco, in quanto un simile uso degli embrioni abbandonati risponderebbe a fini di solidarietà e sarebbe idoneo a promuovere una concreta ricerca medica molto promettente, i cui risultati probabilmente inciderebbe sulla salute dell'intera comunità.

Anche il Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB) si è interrogato sul destino degli embrioni crioconservati residuali, derivanti da PMA¹⁴.

Nel novembre 2005, il Comitato ha emesso un parere favorevole "all'adozione per nascita" (APN), prassi che consente ad una coppia, o ad una donna, di adottare embrioni soprannumerari al fine dell'impianto. Questa soluzione è stata accolta di buon grado dal Governo poiché abbraccia in pieno quello che è l'obiettivo della stessa legge 40/2004, cioè la tutela del potenziale di vita dell'embrione.

Nel riconoscere che agli embrioni crioconservati sia garantita una possibilità di vita, mettendoli a disposizione di eventuali altre coppie intenzionate ad assicurare il loro trasferimento e la loro nascita, il CNB parte dall'assunto per cui esiste all'interno del Comitato una base comune di pensiero che considera l'embrione vita umana, meritevole di rispetto e tutela fin dal suo inizio. Idea relativa allo statuto dell'embrione umano già illustrato nel parere del 1996 "Identità e statuto dell'embrione umano" (punto 4). Il CNB, con un parere del 26 ottobre 2007¹⁵, ha preso in considerazione anche il destino di quegli embrioni, formati a fini procreativi attraverso le tecniche di PMA, affetti da gravi anomalie irreversibili e quindi non più impiantabili. Oggetto della discussione era la possibilità di destinare questi embrioni a fini di ricerca.

Questo documento è interessante perché, nell'ambito della discussione di questa tematica, i Componenti del CNB hanno esaminato la possibilità che venga individuato un criterio di accertamento di morte dell'embrione, che consenta la donazione di cellule embrionali alla ricerca, stabilendo un'analogia con la donazione di organi *ex mortuo* (paragrafo 3).

Alcuni membri del CNB ritengono che si possa accertare la morte dell'embrione a fronte di sue determinate condizioni fisiche che ne impediscano lo sviluppo (c.d. morte organismica), auspicando che dalla comunità scientifica giungano dei criteri adeguati per poter accertare questa impossibilità dell'embrione di svilupparsi. Ammettono, quindi, l'analogia tra il prelievo e l'utilizzo di blastomeri vivi da un embrione dichiarato morto con il prelievo di organi e tessuti da un individuo dichiarato deceduto, ritenendo eticamente lecita la donazione dei primi alla ricerca.

¹³ *Ivi*, 94.

¹⁴ CNB, *L'adozione per la nascita (APN) degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (P.M.A.)*, 18 novembre 2005.

¹⁵ CNB, *Destino degli embrioni derivanti da PMA e non più impiantabili*, 26 ottobre 2007.

Diversamente, altri membri del CNB non ritengono praticabile l'analogia tra l'accertamento della "morte celebrale totale" su chi è già nato e l'accertamento della "morte per arresto o degenerazione dello sviluppo" dell'embrione. In questo secondo caso, infatti, valutare la perdita della capacità di sviluppo regolare di un embrione sarebbe operazione assai ardua che, oltretutto, farebbe uso di segni "probabilistici" e non di certezze, dal momento che sarebbe necessario utilizzare criteri diversi dalla constatazione della apoptosi di tutti i blastomeri (tecnica che renderebbe impossibile l'utilizzazione delle cellule dell'embrione).

2. Lo statuto giuridico dell'embrione, la dignità dell'embrione stesso e la questione dell'inizio vita

Questioni delicate e controverse sono proprio quelle relative alla nozione di embrione a fini giuridici, al concetto di dignità legato all'embrione stesso e all'individuazione dell'inizio della vita.

Cerchiamo ora di tratteggiare le diverse posizioni relative alla difficile qualificazione dello status giuridico dell'embrione nell'ordinamento giuridico italiano.

2.1. Le fonti all'interno del sistema giuridico italiano: l'embrione come soggetto di diritto?

Il Governo Italiano, al paragrafo 199 della sentenza *Parrillo c. Italia*, afferma che l'embrione umano è considerato un «soggetto di diritto titolare del diritto al rispetto dovuto alla dignità umana».

A sostegno di questa affermazione è possibile individuare all'interno del nostro ordinamento giuridico una serie di disposizioni. Tra queste, l'articolo 1 della legge 194/78 "Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza" che tutela la vita umana sin dal suo inizio¹⁶.

Anche la legge 40/2004, all'art. 1, comma 1 ("Finalità"), riconosce l'embrione come soggetto titolare di diritti: «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».

Inoltre, come evidenziato dalla Corte Costituzionale nelle sentenze 27/1975 e 229/2015, la dignità dell'embrione, in quanto entità che ha in sé il principio della vita, costituisce in ogni caso un valore di rilievo

¹⁶ «Lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio».

costituzionale riconducibile al precetto generale dell'art. 2 Cost.¹⁷, articolo in forza del quale la Repubblica Italiana riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo.

Ad ogni modo, il riconoscimento dell'embrione come soggetto di diritto all'interno del nostro ordinamento non ci sembra pacifico alla luce delle seguenti considerazioni.

Innanzitutto, nella stessa sentenza 27/1975 viene specificato che il grado di tutela da riconoscere all'embrione dipende dalle caratteristiche proprie di quest'ultimo¹⁸.

Altro aspetto controverso è legato al contenuto dell'art. 1 del Codice Civile, in base al quale la capacità giuridica si acquista al momento della nascita¹⁹.

Infine, bisogna anche tenere in considerazione che, all'interno di questo assetto normativo, non è presente una disposizione che dichiari esplicitamente il momento in cui abbia inizio la vita.

2.2. La posizione del CNB: riconoscimento della dignità e del diritto alla vita in capo all'embrione

Sempre con riferimento allo status giuridico dell'embrione e alla protezione da riconoscere a quest'ultimo, il Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), in diversi pareri formulati nel corso degli anni, ha costantemente riconosciuto massima tutela alla dignità e alla vita dell'embrione.

Già a partire dal 1996, nel parere "Identità e statuto dell'embrione umano", il CNB all'unanimità equipara l'embrione, fin dalla fecondazione, alla persona: «[i]l Comitato è pervenuto unanimemente a riconoscere il dovere morale di trattare l'embrione umano, fin dalla fecondazione, secondo i criteri di rispetto e di tutela che si debbono adottare nei confronti degli individui umani a cui si attribuisce comunemente la caratteristica di persona». Inoltre, nel parere dell'11/4/2003²⁰, qualifica gli embrioni soprannumerari come «vite umane a pieno titolo», riconoscendo il dovere morale di rispettarli e proteggerli sempre nel loro diritto alla vita, indipendentemente da come siano stati procreati e indipendentemente dal fatto che alcuni di essi possano essere qualificati come soprannumerari. Critica, inoltre, il termine stesso "soprannumerari" perché ritenuto privo di valenza ontologica.

2.3. La tutela dell'embrione nella giurisprudenza costituzionale

¹⁷ Concetto espresso nel *Considerato in diritto* della sent. della C. Cost. n. 27 del 1975 e nel punto 3 del *Considerato in diritto* della sent. della C. Cost. n. 229 del 2015.

¹⁸ C.d. teoria gradualista, in base alla quale il grado di tutela riconosciuto all'embrione è proporzionato al suo sviluppo. Tesi non più condivisa dalla stessa Corte Costituzionale nella successiva sentenza n. 84 del 2016. Per ulteriore approfondimento, vedi anche paragrafo 2.3.

¹⁹ Sul punto v. *infra* 2.3, 2.5 ed il paragrafo 7.

²⁰ CNB, *Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica su ricerche utilizzando embrioni umani e cellule staminali*, 11 aprile 2003.

Anche la Corte Costituzionale si è pronunciata più volte sul tema della tutela da riconoscere all'embrione e sulle problematiche legate alla legge 40/2004 sulla PMA. Tuttavia, nel corso degli anni sono emersi orientamenti diversi e talora confliggenti. In particolare, vediamo delle incoerenze tra la sentenza n. 27 del 1975 e la n. 84 del 2016.

La prima di queste pronunce ha sancito l'illegittimità dell'art. 546 del Codice Penale, nella parte in cui non prevedeva che la gravidanza potesse esser interrotta qualora l'ulteriore gestazione avesse implicato danno o pericolo grave, medicalmente accertato e altrimenti inevitabile, per la salute della madre.

In questa decisione, la Corte, per quanto concerne la tutela dell'embrione, fa propria la teoria gradualista, secondo la quale l'embrione è certamente titolare di diritti ma in proporzione al suo grado di sviluppo. Sulla base di ciò dichiara incostituzionale il reato di aborto facendo un bilanciamento fra il diritto alla salute della madre, che è già persona, e la salvaguardia dell'embrione, che «persona deve ancora diventare»²¹. Perciò, come mette in luce anche Spadaro nel suo saggio sopracitato²², pur riconoscendo la necessità di proteggere l'embrione, la Consulta non lo qualifica mai come “persona”. Il bilanciamento costituzionale è possibile proprio perché si confrontano sì due soggetti, ma in posizione diversa.

La pronuncia n. 84/2016 ha invece dichiarato l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Firenze relativamente al divieto di utilizzare gli embrioni soprannumerari per finalità di ricerca ai sensi dell'art 13, commi 1, 2 e 3, della legge 40/2004. Secondo il giudice *a quo*, il divieto assoluto della ricerca sugli embrioni si poneva in contrasto con numerose disposizioni costituzionali a causa dell'irragionevole bilanciamento tra la tutela dell'embrione e l'interesse alla ricerca scientifica, ove si tratti di embrioni malati, e quindi destinati ad una rapida estinzione in quanto non più impiegabili a fini procreativi.

La Corte, tuttavia, ha rilevato che «[l]a questione, così sollevata, rimanda al conflitto, gravido di implicazioni etiche oltreché giuridiche, tra il diritto della scienza (e i vantaggi della ricerca ad esso collegati) e il diritto dell'embrione, per il profilo della tutela (debole o forte) ad esso dovuta in ragione e in misura del (più o meno ampio) grado di soggettività e di dignità antropologica²³ che gli venga riconosciuto.

Un conflitto, in ordine alla cui soluzione i giuristi, gli scienziati e la stessa società civile sono profondamente divisi. [...]» [paragrafo 8.1].

Dunque, la Corte parla di una “scelta tragica” tra il rispetto del principio della vita dell'embrione e le esigenze della ricerca scientifica e rimanda questa scelta di così elevata discrezionalità al legislatore [paragrafo 11]. Da queste argomentazioni, è evidente come la Corte Costituzionale consideri l'embrione un tutto, tutelabile nella sua dignità antropologica fin dall'inizio. L'embrione viene considerato sempre come

²¹ C. Cost., sent. n. 27/1975.

²² A. SPADARO, *op. cit.*, 104.

²³ A nostro avviso, rimane oscura l'esatta portata dell'espressione “dignità antropologica” usata per la prima volta dalla Corte Costituzionale con riferimento all'embrione.

titolare di quei diritti garantiti dall'art. 2 del testo costituzionale, a prescindere dal suo grado di sviluppo. Di conseguenza, non fa propria quella teoria gradualista che era stata abbracciata dalla Corte medesima nella precedente sentenza n. 27 del 1975.

Insomma, la Corte, nella sentenza n. 84/2016, a differenza di quanto affermato nella precedente pronuncia n. 27/1975, equipara l'embrione ad una persona dal punto di vista giuridico e pone sullo stesso piano il suo interesse a non essere intenzionalmente distrutto (perché in questo modo si violerebbe la sua dignità antropologica) con l'interesse alla ricerca scientifica (promossa dagli artt. 9 e 33 Cost.), finalizzata oltretutto alla tutela della salute (art. 32 Cost.). Decide, pertanto, di rimettere l'intera questione alla discrezionalità del legislatore, ritenendo che si tratti di un «bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto»²⁴.

Tuttavia, l'art. 1 del Codice Civile sancisce che la personalità giuridica si assume al momento della nascita. È difficile, quindi, che si possa riconoscere all'embrione lo status di persona giuridica a tutti gli effetti.

La stessa Corte Costituzionale, nella decisione del 1975, ricollega senza dubbio la situazione giuridica del concepito al precetto generale dell'art. 2 Cost. ma specifica «con le particolari caratteristiche sue proprie»²⁵. Caratteristiche particolari dell'embrione che invece sembrano scomparire nella sentenza n. 84 del 2016.

2.4. La dibattuta natura dell'embrione

All'interno del controverso dibattito in merito alla natura da riconoscere all'embrione emergono, tra le altre, le seguenti posizioni, che potremmo qualificare come le più radicali.

La Chiesa Cattolica²⁶ ritiene che l'embrione debba essere trattato sin dal concepimento come una persona, che gli si debbano riconoscere i diritti inviolabili come il diritto alla vita e che, per tale ragione, debba essere difeso nella sua integrità come ogni altro essere umano²⁷.

All'estremo opposto troviamo la posizione della Signora Adelina Parrillo, la quale deduce che gli embrioni concepiti mediante fecondazione in vitro non possono essere considerati "persone" poiché, se non

²⁴ C. Cost, sentenza n. 84/2016, punto 11.

²⁵ C. Cost., sent. n. 27/1975, cit.

²⁶ Abbiamo scelto di riportare la posizione della Chiesa Cattolica in merito alla natura dell'embrione, trattandosi di una delle tesi più radicali e alla luce della diffusione che il cattolicesimo ha sul territorio italiano e, quindi, della sua influenza all'interno del dibattito sullo statuto dell'embrione.

²⁷ Catechismo della Chiesa Cattolica, paragrafi 2270 e 2274. Abbreviato in CCC, il Catechismo della Chiesa Cattolica consiste nell'esposizione ufficiale degli insegnamenti della Chiesa Cattolica in una grande sintesi di tutta la sua dottrina. Fu approvato nel 1992 e, nella sua versione definitiva, nel 1997.

impiantati, sono impossibilitati a svilupparsi in feti. Li assimila, quindi, a dei “beni” sui quali è possibile esercitare un diritto di proprietà²⁸.

2.5. Un contributo dottrinario: “Cellule staminali e fecondazione assistita: i dubbi di un giurista” di Antonino Spadaro

Per concludere sulla questione relativa allo status giuridico dell’embrione, ci sembrava opportuno far riferimento ad alcuni passi del sopracitato saggio “Cellule staminali e fecondazione assistita: i dubbi di un giurista” di Antonino Spadaro.

Nel corso della sua trattazione, Spadaro evidenzia l’inadeguatezza delle categorie giuridiche con cui si è lavorato fino ad oggi nel momento in cui si parla di embrione. Egli rileva una vera e propria «lacuna linguistico-concettuale del diritto»²⁹: mancano le parole, e quindi anche i concetti, per qualificare giuridicamente ciò che accade dal momento del concepimento sino alla nascita. I medici e gli scienziati hanno a disposizione degli strumenti terminologico-concettuali migliori rispetto a quelli di cui dispongono i giuristi in questo ambito, tuttavia questi strumenti non sono trasferibili automaticamente sul piano giuridico. Secondo Spadaro, «Il giurista – utilizzando le 4 classiche categorie concettuali della fenomenologia giuridica (soggetto, oggetto, fatto, atto) – entra in crisi di fronte a “realtà” come gli animali e gli embrioni, che non riesce più a far rientrare tra quelle, troppo strette o troppo larghe: in ogni caso inadeguate»³⁰. I tradizionali termini di qualificazione giuridica sono stati messi in crisi dalla maggiore conoscenza scientifica e, di conseguenza, dalla differente percezione sociale del fenomeno.

Spadaro cerca comunque di trovare una sorta di ordine in questa ragnatela di definizioni e categorie.

Secondo l’autore è necessario distinguere tra “soggetto giuridico” (*genus*) e “persona” (*species*). Termini che invece vengono utilizzati spesso in modo equipollente negli ordinamenti occidentali³¹.

A nostro parere, la distinzione operata da Spadaro è la chiave di lettura per comprendere davvero lo status giuridico dell’embrione quale soggetto, ma non persona, né tanto meno bene.

Tale distinzione è rintracciabile anche nella sopracitata sentenza 27/1975, nella quale la Corte Costituzionale riconosce l’embrione come soggetto titolare di diritti, ma non lo qualifica mai come “persona”.

Lo stesso articolo 1 del codice civile attribuisce la personalità giuridica solo al momento della nascita.

²⁸ Corte Edu, Sentenza Parrillo c. Italia (27 agosto 2015), paragrafo 202. Per un approfondimento sulla sentenza cfr. *infra* §5.1, §5.2 e §5.3.

²⁹ A. SPADARO, *op. cit.*, 97.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ivi.*, 99 ss.

Per Spadaro, è persona solo il soggetto giuridico nato, capace di relazioni esterne. Perciò egli distingue nettamente tra i soggetti del tutto incapaci di relazionarsi col mondo esterno (non nati) – e quindi del tutto privi di capacità di agire – e i soggetti capaci di farlo (nati, e dunque “persone”). Ad ogni modo, se da un lato non è possibile dal punto di vista giuridico qualificare come “persona” il soggetto non nato, dall’altro lato non è neppure corretto qualificare il “non nato” come semplice “oggetto”. Infatti, da un punto di vista scientifico, l’embrione può essere considerato «un individuo umano vivente», nel quale si trova una «sequenza di sviluppo esistenziale continua autogovernata e caratterizzata da un processo destinato a dar vita ad un nato-persona»³².

Dunque, per Spadaro, l’embrione non è oggetto, né ancora persona, bensì soggetto. «[U]manità, soggettività e capacità giuridica (quest’ultima almeno in senso parziale o giuspubblicistico) sono concetti coincidenti: ove è l’uno necessariamente sono presenti anche gli altri due. Inoltre, laddove sia una vita umana, lì è pure, inscindibilmente, la connessa condizione della dignità»³³.

Nel suo saggio, l’autore si interroga anche in merito allo status dell’embrione in vitro (non ancora impiantato). Egli ritiene che, per ragioni prudenziali, sia bene riconoscere la piena soggettività e la relativa tutela ad *ogni* embrione, «la cui natura ontologica (soggetto umano) non dipende certo dal suo stato ‘momentaneo’ (in vitro o in vivo)³⁴». Non considera cioè la manipolazione tecnica il fattore scriminante della qualificazione giuridica di un essere umano.

3. I modelli di disciplina della ricerca sulle cellule staminali embrionali. Un’ottica comparata

Guardiamo ora brevemente alle soluzioni adottate dagli altri Stati europei per leggere con maggiore criticità la disciplina adottata dal nostro ordinamento e per ipotizzare una possibile alternativa al divieto assoluto della ricerca sugli embrioni, che sia compatibile con i nostri valori costituzionali.

Nel contesto europeo, in materia di ricerca scientifica con cellule staminali embrionali, si possono distinguere Stati *interventisti* e Stati *astensionisti*³⁵.

I primi hanno deciso di legiferare in materia, chi in modo *più permissivo* a favore della ricerca scientifica (come Belgio, Svezia e Regno Unito), chi invece in maniera *più restrittiva* (come Italia, Germania, Slovacchia e Austria). Tra i Paesi interventisti possiamo inoltre individuare Stati proibizionisti come Andorra, Lettonia, Croazia e Malta, in cui la legge proibisce espressamente qualsiasi ricerca sulle cellule staminali embrionali.

³² *Ivi.*, 103.

³³ *Ivi.*, 107.

³⁴ *Ivi.*, 108-109.

³⁵ Distinzioni operate sulla base dei dati riportati nella Sentenza Parrillo c. Italia, limitatamente ai Paesi Membri del Consiglio d’Europa, paragrafi dal 69 al 76.

Gli stati c.d. astensionisti, invece, hanno preferito non disciplinare la materia. Tra questi, ad esempio, troviamo l'Armenia, la Bosnia-Erzegovina, la Georgia, l'Irlanda, il Liechtenstein, la Lituania, il Lussemburgo, Monaco, la Polonia, la Repubblica di Moldavia, la Romania e San Marino³⁶.

Anche la Turchia, l'Ucraina e la Russia non hanno legiferato in merito. Tuttavia, nella prassi, i primi due Paesi hanno adottato un approccio più restrittivo, mentre la Russia un atteggiamento più permissivo.

3.1. Modelli interventisti a tendenza permissiva

Tra i c.d. modelli interventisti a tendenza permissiva dal punto di vista della ricerca scientifica, troviamo il Belgio, la Svezia e il Regno Unito. Questi tre Paesi non solo consentono la ricerca scientifica sugli embrioni umani ma anche la creazione di embrioni a tal fine.

Nello specifico, nel Regno Unito, la ricerca sugli embrioni è disciplinata dallo *Human Fertilisation and Embryology Act* del 1990, così come modificato nel 2001 e più recentemente nel 2008.

Nell'art. 1 HFE Act del 1990 era presente la seguente definizione di "embrione":

«In this Act, except where otherwise stated

- (a) embryo means a live human embryo where fertilisation is complete, and
- (b) references to an embryo include an egg in the process of fertilisation,

and, for this purpose, fertilisation is not complete until the appearance of a two cell zygote».

Questa nozione è stata successivamente ampliata con legge del 2008, a seguito della pronuncia n. 13 del 2003 della *House of Lords*. Nel caso di specie, la Corte si è trovata a dover comprendere se embrioni prodotti senza fecondazione potessero essere ricompresi nella suddetta definizione. Si è pronunciata in senso affermativo dando un'interpretazione teleologica allo HFE Act, guardando cioè alla finalità della legge, ossia la tutela dell'embrione.

Nella definizione attuale, quindi, dopo la modifica del 2008, l'embrione è inteso come «ogni embrione umano vivo [...] ed anche ogni ovulo che sia nel processo di fertilizzazione o comunque soggetto a qualsiasi processo idoneo a svilupparlo in embrione»³⁷.

Ad ogni modo, non è consentito un uso indiscriminato di embrioni umani per la ricerca sulle cellule staminali. Per il loro impiego, infatti, è necessaria un'autorizzazione fornita dalla *Human Fertilisation and*

³⁶ In questo elenco abbiamo preferito omettere l'Austria, sebbene la Corte di Strasburgo la ricomprensca tra gli stati privi di una disciplina al paragrafo 76. Abbiamo preso questa decisione alla luce di quanto riportato nel paragrafo precedente [74], in cui è specificato che l'Austria prevede che le c.d. "cellule viabili" possano essere utilizzate a fini diversi dalla FIV, sebbene la legge non definisca il concetto stesso di "cellule viabili".

³⁷ Art 1 HFE Act (1990, così come modificato nel 2008): «(1) In this Act (except in section 4A or in the term "human admixed embryo") -

- (a) embryo means a live human embryo and does not include a human admixed embryo (as defined by section 4A(6)), and
- (b) references to an embryo include an egg that is in the process of fertilisation or is undergoing any other process capable of resulting in an embryo».

Embryo Authority (HFEA). Le autorizzazioni sono assegnate solo nel caso in cui si dimostri alla HFEA che l'uso di embrioni è assolutamente necessario agli scopi della ricerca, specificati nello HFE Act:

- promuovere gli avanzamenti per la cura dell'infertilità,
- aumentare la conoscenza delle cause delle malattie congenite,
- aumentare la conoscenza delle cause alla base degli aborti spontanei,
- sviluppare tecniche di contraccezione più efficaci,
- sviluppare metodi per la diagnosi di anomalie genetiche o cromosomiche,
- aumentare la conoscenza sullo sviluppo embrionale,
- aumentare la conoscenza sulle malattie gravi,
- poter applicare queste conoscenze per produrre trattamenti per malattie gravi.

Benché nel Regno Unito sia consentita dall'art. 3 dello HFE Act la creazione di embrioni in vitro a fini di ricerca, la maggior parte degli embrioni utilizzati sono quelli creati precedentemente per trattamenti della fertilità ma mai utilizzati. Si tratta cioè di embrioni soprannumerari che possono essere usati per scopi di ricerca, previo consenso informato dei genitori putativi³⁸.

In conclusione, l'ampiezza della definizione di embrione consente al diritto del Regno Unito di stare al passo con i progressi scientifici³⁹ ma, al tempo stesso, il controllo garantito dalla dettagliata procedura di autorizzazione seguita dalla HFEA consente di evitare abusi.

3.2. Modelli interventisti a tendenza restrittiva

Germania, Italia, Slovacchia e Austria prevedono un divieto assoluto della ricerca sugli embrioni, con l'eccezione nel caso della ricerca diagnostica e terapeutica finalizzata alla tutela dell'embrione stesso.

In particolare, come è stato già detto, in Italia tale divieto è contenuto nell'art. 13, comma primo, della l. 40/2004 mentre l'eccezione è prevista nel comma secondo.

In Germania, analoga previsione la ritroviamo nell'art. 2 della Legge sulla tutela dell'embrione del 1991 (*Embryoneschutzgesetz* – in breve *ESchG*), in cui il Governo tutela in modo rigoroso l'embrione prevedendo la pena della reclusione fino a tre anni in caso di alienazione, cessione, acquisto o utilizzo improprio – diverso dalla loro mera conservazione- degli embrioni prodotti in vitro⁴⁰.

³⁸ Fonte: www.eurostemcell.org/it/faq/cosa-sancisce-la-regolamentazione-della-ricerca-sulle-cellule-staminali-umane-nel-regno-unito (consultato in data 2 novembre 2016).

³⁹ Nel gennaio 2016, la HFE Authority ha autorizzato una sperimentazione su embrioni umani che si avvale della nuova tecnica di *genome editing* nota con la sigla CRISPR-Cas9.

⁴⁰ § 2 Mißbräuchliche Verwendung menschlicher Embryonen

Ad ogni modo, nella prassi, ci sono molti gruppi di scienziati che lavorano in questo ambito della sperimentazione grazie alla possibilità di utilizzare linee cellulari embrionali importate, le quali derivano dalla distruzione di embrioni all'estero. A questo medesimo risultato, tali Stati sono giunti attraverso processi diversi. In particolare, in Italia tale importazione è consentita grazie alla distinzione pacificamente accettata tra il divieto di ricerca sugli *embrioni* di cui parla la legge 40/2004 e l'utilizzo di *linee cellulari embrionali* importate, già derivate.

Anche in Germania questa pratica è ammessa ma, in questo caso, vi è una vera e propria copertura legislativa.

Nel 2002, il Parlamento tedesco ha approvato una legge che permette l'importazione di linee cellulari embrionali ottenute entro il 1° gennaio 2002 ed ha recentemente deciso di spostare il termine ultimo per le importazioni al 1° maggio 2007⁴¹. Questa è la condizione temporale ai fini dell'importazione di linee cellulari embrionali da poter utilizzare per la ricerca scientifica, a cui si aggiungono anche altri requisiti come il fatto che la donazione deve essere gratuita e che gli embrioni da cui si possono derivare le cellule devono essere stati creati mediante PMA. Quindi, non devono avere come unico fine la ricerca e non devono poter essere più utilizzati per lo scopo riproduttivo. Tali condizioni sono elencate nell'articolo 4⁴² della *Stammzellgesetz*, legge in materia di uso degli embrioni e delle linee cellulari embrionali per la ricerca biomedica (Stem Cell Act), e devono essere verificate da un'apposita Autorità istituita dalla legge, il *Robert Koch Institute*, che valuterà anche il fondamento scientifico e gli scopi della ricerca (art. 5 della medesima

«(1) Wer einen extrakorporal erzeugten oder einer Frau vor Abschluß seiner Einnistung in der Gebärmutter entnommenen menschlichen Embryo veräußert oder zu einem nicht seiner Erhaltung dienenden Zweck abgibt, erwirbt oder verwendet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer zu einem anderen Zweck als der Herbeiführung einer Schwangerschaft bewirkt, daß sich ein menschlicher Embryo extrakorporal weiterentwickelt.

(3) Der Versuch ist strafbar».

⁴¹Fonte: www.scienzattiva.eu/wp-content/uploads/2013/11/B_stam_normativa_Conti.pdf (consultato in data 2 novembre 2016).

⁴² § 4 Einfuhr und Verwendung embryonaler Stammzellen

«(1) Die Einfuhr und die Verwendung embryonaler Stammzellen ist verboten.

(2) Abweichend von Absatz 1 sind die Einfuhr und die Verwendung embryonaler Stammzellen zu Forschungszwecken unter den in § 6 genannten Voraussetzungen zulässig, wenn

1.zur Überzeugung der Genehmigungsbehörde feststeht, dass

a)die embryonalen Stammzellen in Übereinstimmung mit der Rechtslage im Herkunftsland dort vor dem 1. Mai 2007 gewonnen wurden und in Kultur gehalten werden oder im Anschluss daran kryokonserviert gelagert werden (embryonale Stammzell-Linie),

b)die Embryonen, aus denen sie gewonnen wurden, im Wege der medizinisch unterstützten extrakorporalen Befruchtung zum Zwecke der Herbeiführung einer Schwangerschaft erzeugt worden sind, sie endgültig nicht mehr für diesen Zweck verwendet wurden und keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass dies aus Gründen erfolgte, die an den Embryonen selbst liegen,

c)für die Überlassung der Embryonen zur Stammzellgewinnung kein Entgelt oder sonstiger geldwerter Vorteil gewährt oder versprochen wurde und

2.der Einfuhr oder Verwendung der embryonalen Stammzellen sonstige gesetzliche Vorschriften, insbesondere solche des Embryonenschutzgesetzes, nicht entgegenstehen.

(3) Die Genehmigung ist zu versagen, wenn die Gewinnung der embryonalen Stammzellen offensichtlich im Widerspruch zu tragenden Grundsätzen der deutschen Rechtsordnung erfolgt ist. Die Versagung kann nicht damit begründet werden, dass die Stammzellen aus menschlichen Embryonen gewonnen wurden».

legge⁴³). All'autorizzazione di questa Autorità si deve aggiungere il parere positivo del Comitato Etico Nazionale.

All'art. 3 della stessa *Stammzellgesetz* il legislatore dà una serie di definizioni molto dettagliate di cellule staminali, cellule staminali embrionali, linee cellulari staminali, embrione ed importazione. Nello specifico, al comma 4, per embrione si intende «ogni cellula umana totipotente che si può potenzialmente dividere e sviluppare in un essere umano, ammesso che sussistano le condizioni necessarie»⁴⁴.

3.3. Modelli intermedi: Spagna e Francia

La Spagna si può collocare in una posizione intermedia in quanto prevede una definizione di embrione che distingue fra embrione e pre-embrione (fino al quattordicesimo giorno di sviluppo) e ammette l'uso a scopo di ricerca scientifica solo di quest'ultimo.

L'ordinamento spagnolo con la legge 14/2006 sulla PMA⁴⁵ e la legge 14/2007⁴⁶ sulla ricerca biomedica disciplina l'utilizzo di pre-embrioni a fini di ricerca (art.15 L.14/2006⁴⁷), subordinandolo ad una serie di

⁴³ § 5 Forschung an embryonalen Stammzellen

«Forschungsarbeiten an embryonalen Stammzellen dürfen nur durchgeführt werden, wenn wissenschaftlich begründet dargelegt ist, dass

1.sie hochrangigen Forschungszielen für den wissenschaftlichen Erkenntnisgewinn im Rahmen der Grundlagenforschung oder für die Erweiterung medizinischer Kenntnisse bei der Entwicklung diagnostischer, präventiver oder therapeutischer Verfahren zur Anwendung bei Menschen dienen und

2.nach dem anerkannten Stand von Wissenschaft und Technik

a)die im Forschungsvorhaben vorgesehenen Fragestellungen so weit wie möglich bereits in In-vitro-Modellen mit tierischen Zellen oder in Tierversuchen vorgeklärt worden sind und

b)der mit dem Forschungsvorhaben angestrebte wissenschaftliche Erkenntnisgewinn sich voraussichtlich nur mit embryonalen Stammzellen erreichen lässt».

⁴⁴ «ist Embryo bereits jede menschliche totipotente Zelle, die sich bei Vorliegen der dafür erforderlichen weiteren Voraussetzungen zu teilen und zu einem Individuum zu entwickeln vermag».

⁴⁵ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

⁴⁶ Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica.

⁴⁷ Artículo 15. Utilización de preembriones con fines de investigación.

«1. La investigación o experimentación con preembriones sobrantes procedentes de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida sólo se autorizará si se atiende a los siguientes requisitos:

a) Que se cuente con el consentimiento escrito de la pareja o, en su caso, de la mujer, previa explicación pormenorizada de los fines que se persiguen con la investigación y sus implicaciones. Dichos consentimientos especificarán en todo caso la renuncia de la pareja o de la mujer, en su caso, a cualquier derecho de naturaleza dispositiva, económica o patrimonial sobre los resultados que pudieran derivarse de manera directa o indirecta de las investigaciones que se lleven a cabo.

b) Que el preembrión no se haya desarrollado in vitro más allá de 14 días después de la fecundación del ovocito, descontando el tiempo en el que pueda haber estado crioconservado.

c) En el caso de los proyectos de investigación relacionados con el desarrollo y aplicación de las técnicas de reproducción asistida, que la investigación se realice en centros autorizados. En todo caso, los proyectos se llevarán a cabo por equipos científicos cualificados, bajo control y seguimiento de las autoridades sanitarias competentes.

d) Que se realicen con base en un proyecto debidamente presentado y autorizado por las autoridades sanitarias competentes, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida si se trata de proyectos de investigación relacionados con el desarrollo y aplicación de las técnicas de reproducción asistida, o del órgano competente si se trata de otros proyectos de investigación relacionados con la obtención, desarrollo y utilización de líneas celulares de células troncales embrionarias.

condizioni, quali la presenza di un valido progetto e di una équipe di qualità, l'autorizzazione dell'autorità sanitaria previo parere favorevole di una commissione ad hoc e il consenso della coppia o anche solo della donna.

La richiesta di tale consenso dimostra il coinvolgimento diretto dei genitori putativi, ai quali appunto spetta di decidere in merito al destino degli embrioni prodotti dalla PMA ma non impiantati.

Perciò, i possibili destini degli embrioni soprannumerari, come indicato dall'art. 11, quarto comma, della L.14/2006, possono essere i seguenti: la donazione a terzi o a fini di ricerca oppure l'abbandono.

Dal punto di vista della giurisprudenza spagnola, il Tribunale Costituzionale Spagnolo, negli anni, è stato chiamato ad esprimersi sulla questione dello status giuridico dell'embrione, qualificandolo come un soggetto nuovo, terzo rispetto alle *res* e alle *personae*, nello specifico l'embrione viene individuato come bene giuridico costituzionalmente protetto in forza dell'art. 15 della Costituzione del 1978⁴⁸.

Anche la Francia rappresenta un modello intermedio grazie alla sua progressiva apertura alla ricerca scientifica sugli embrioni umani.

L'evoluzione normativa di questo ordinamento ha inizio con la legge 654 del 1994, *Loi de Bioetique*. Quest'ultima ha stabilito un divieto assoluto di ricerca sulle cellule staminali embrionali e ha previsto contemporaneamente un'eccezione, riconoscendo alla coppia la possibilità di consentire l'utilizzo degli embrioni residuali per studi con finalità esclusivamente mediche e non pregiudizievoli per l'embrione stesso.

È stata poi modificata con la legge n. 800 del 2004, che ha introdotto l'art. 2151-5 del *Code de la Santé Publique*. Tale disposizione ha previsto un divieto di ricerca sugli embrioni ed una moratoria di cinque anni per la ricerca su cellule embrionali importate. Ricerca consentita solo nel rispetto delle seguenti condizioni:

- che si rivolga esclusivamente al fine di permettere importanti progressi a livello terapeutico;
- che siano assenti metodi alternativi comparabili, tenuto conto dello stato delle conoscenze scientifiche;
- che vi sia l'autorizzazione da parte dell'Agenzia sulla Biomedicina⁴⁹.

Nel 2011, è stata modificata nuovamente con la legge n. 814⁵⁰, che ha mantenuto il modello del divieto assoluto e della deroga. Tuttavia, ha esteso i possibili ambiti di ricerca facendo riferimento ai progressi che avvengono a livello non solo terapeutico ma anche medico (quindi anche diagnostico ed osservazionale).

e) En el caso de la cesión de preembriones a otros centros, en el proyecto mencionado en el párrafo anterior deberán especificarse las relaciones e intereses comunes de cualquier naturaleza que pudieran existir entre el equipo y centro entre los que se realiza la cesión de preembriones. En estos casos deberán también mantenerse las condiciones establecidas de confidencialidad de los datos de los progenitores y la gratuidad y ausencia de ánimo de lucro.

2. Una vez terminado el proyecto, la autoridad que concedió la autorización deberá dar traslado del resultado de la experimentación a la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida y, en su caso, al órgano competente que lo informó».

⁴⁸ Per approfondimento sulla giurisprudenza spagnola in merito vedi A. SCHUSTER, *Lo status giuridico dell'embrione in ottica comparata*, in C. CASONATO, C. PICCOCCHI, P. VERONESI (A CURA DI), *ForumBiodiritto2008-Percorsi a confronto*, Padova, 2009, 255-274.

⁴⁹ Autorità amministrativa appositamente istituita per l'autorizzazione di tali ricerche.

Infine, questo modello è stato superato con la legge n. 715 del 2013⁵¹. Anch'essa è intervenuta sulla *Loi de Bioetique* così come modificata nel 2011 e, con questa modifica, quella che fino a quel momento era stata l'eccezione diviene la regola: si stabilisce che nessuna ricerca si possa fare senza autorizzazione dell'agenzia.

Per concedere l'autorizzazione, l'Agenzia deve valutare determinate condizioni:

- l'adeguatezza e la pertinenza scientifica della ricerca;
- la finalità medica della ricerca, non solo applicata ma anche di base;
- che allo stato dell'arte delle conoscenze scientifiche la ricerca non sia possibile se non ricorrendo ad embrioni o cellule staminali embrionali;
- che vengano rispettati i principi etici sulla ricerca degli embrioni.

I ricercatori potranno utilizzare solo embrioni derivanti dalla fecondazione in vitro e previo consenso della coppia, consenso che può essere revocato fino all'inizio delle ricerche.

Quindi, la Francia con questa legge passa da un divieto con deroghe ad un'autorizzazione regolamentata.

Questo modello è stato sottoposto ad un controllo di costituzionalità nel 2013, in particolare per il fatto che la tutela di rilevanti beni costituzionali come il rispetto dell'essere umano fosse delegata ad un'autorità amministrativa, non legittimata democraticamente e senza rappresentatività diretta. Tuttavia, il Tribunale Costituzionale con decisione n. 674/2013 ha riconosciuto la piena compatibilità di questo modello con la Costituzione, ritenendo che esso sia in grado di garantire adeguatamente i beni costituzionali.

4. Fonti dell'Unione europea e convenzioni internazionali

Dato che l'Italia è costituzionalmente vincolata, a norma dell'art. 117 Cost., al rispetto dei principi comunitari ed internazionali, è necessario guardare come la materia è disciplinata anche a questi livelli⁵².

4.1. Fonti dell'Unione europea

Guardando al livello sovranazionale, nello specifico all'Unione Europea, emerge l'attenzione che la Comunità rivolge al profilo del finanziamento alla ricerca scientifica, la quale è stata finanziata a partire dal 1984 mediante programmi quadro che abbracciano diversi anni.

⁵⁰ LOI n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique.

⁵¹ LOI n° 2013-715 du 6 août 2013 tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires.

⁵² Per il richiamo dei seguenti dati, abbiamo utilizzato come guida le informazioni contenute nella sentenza della Corte di Strasburgo, Parrillo c. Italia, 27 agosto 2015.

L'ultimo fra questi è il c.d. Orizzonte 2020, Regolamento approvato dal Parlamento europeo e dal Consiglio l'11 dicembre 2013, che si riferisce al programma di ricerca e innovazione per gli anni 2014-2020. Le parti relative alla ricerca mediante cellule staminali embrionali sono contenute nell'art. 19 comma 3 lettera c), secondo cui non sono finanziate le «attività di ricerca volte a creare embrioni umani soltanto a fini di ricerca o per l'approvvigionamento di cellule staminali, anche mediante il trasferimento di nuclei di cellule somatiche», e nel comma 4 della medesima disposizione, in forza del quale «la ricerca sulle cellule staminali umane, allo stato adulto ed embrionale, può essere finanziata, in funzione sia dei contenuti della proposta scientifica, sia del contesto giuridico esistente negli Stati membri interessati. Non è concesso alcun finanziamento alle attività di ricerca vietate in tutti gli Stati membri. Non sono finanziate attività in uno Stato membro qualora tali attività siano proibite».

La possibilità riconosciuta dall'UE di finanziamento della ricerca anche su cellule staminali embrionali conferma il Parere n.12 del 1998 del Gruppo europeo per l'etica delle scienze e delle nuove tecnologie (GEE) presso la Commissione europea "Aspetti etici della ricerca relativa all'uso di embrioni umani nel contesto del quinto Programma quadro".

Al punto 2.8, si legge che «il Gruppo ritiene che [...] non dovrebbe essere escluso a priori il finanziamento della ricerca sugli embrioni umani che è oggetto di differenti scelte etiche nei differenti paesi». Questo parere era stato pubblicato su richiesta della Commissione europea a seguito della proposta del Parlamento europeo di escludere i progetti di ricerca che comportavano la distruzione di embrioni umani dal finanziamento comunitario nel contesto del quinto Programma quadro.

Tale presa di posizione è stata ribadita anche nel successivo parere n. 15 del 2000 "Gli aspetti etici della ricerca sulle cellule staminali umane e del loro impiego". All'interno di questo parere, al punto 2.3 viene anche specificato che «[n]ell'ambito del pluralismo europeo, spetta a ciascuno Stato membro proibire o autorizzare la ricerca sugli embrioni» e in questo secondo caso è comunque necessaria una regolamentazione della ricerca sugli embrioni che garantisca il rispetto per la dignità umana, che viene a quest'ultimi riconosciuta.

All'interno del quadro comunitario, è bene ricordare anche quanto affermato dalla Carta dei diritti fondamentali all'art. 3, il quale al secondo comma specifica una serie di aspetti che devono essere osservati nell'ambito della medicina e della biologia, tra questi «il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro». A ciò si ricollega tutta la problematica relativa alla brevettabilità delle invenzioni biotecnologiche. Questo settore è disciplinato dalla direttiva 98/44/CE, la quale benché miri ad accrescere la competitività dell'UE nel mercato globale con riguardo alle invenzioni biotecnologiche, fissa una serie di principi fondamentali che salvaguardano la dignità e l'integrità della persona, come il principio per cui «[i]l corpo umano, in ogni stadio della sua costituzione e del suo sviluppo, comprese le cellule germinali, la semplice scoperta di uno dei suoi elementi o di uno dei suoi prodotti, nonché la sequenza o

sequenza parziale di un gene umano, non sono brevettabili»⁵³. Inoltre, sebbene non fornisca una definizione giuridica del termine “embrione umano”, la direttiva fissa delle norme sul suo utilizzo a fini scientifici: all’art 6.1 stabilisce che «[s]ono escluse dalla brevettabilità le invenzioni il cui sfruttamento commerciale è contrario all’ordine pubblico o al buon costume», specificando alla lettera c) che sono vietate in quest’ottica le utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali.

In merito alla brevettabilità di queste invenzioni, la Corte di Giustizia si è pronunciata nella sentenza *Brüstle contro Greenpeace* del 2011, nella quale accoglie una nozione ampia di embrione umano, ricomprendendo qualsiasi ovulo umano fin dalla fase della fecondazione, qualsiasi ovulo umano non fecondato in cui sia stato impiantato il nucleo di una cellula umana matura e anche l’ovulo umano non fecondato indotto a dividersi e svilupparsi attraverso la partenogenesi⁵⁴. Quindi, la Grande Camera ha ritenuto che l’uso di embrioni a fini di ricerca scientifica non sia brevettabile, pur riconoscendo la brevettabilità di tale utilizzo a fini diagnostici o terapeutici qualora ciò vada a beneficio dell’embrione stesso.

A seguito di questa pronuncia, la ricerca sulle cellule staminali embrionali fu gravemente ostacolata, provocando una fuga dei ricercatori dall’Europa.

La Corte ha avuto modo di pronunciarsi nuovamente in merito alla definizione di embrione umano nella sentenza *International Stem Cell Corporation* del 2013. In questo caso, la Corte di Giustizia ha specificato che un ovulo umano non fecondato deve avere la capacità intrinseca di svilupparsi in essere umano per poter essere qualificato come embrione⁵⁵, andando così a restringere l’ampia definizione che era stata elaborata nella precedente sentenza *Brüstle contro Greenpeace*.

4.2. Fonti internazionali

Con riguardo al Consiglio d’Europa, rilevante è la Raccomandazione 1046 del 1986, relativa all’utilizzazione di embrioni e feti umani a fini diagnostici, terapeutici, scientifici, industriali e commerciali. Il Consiglio d’Europa, con questa Raccomandazione, data l’assenza di disposizioni adeguate in materia, ha sentito la necessità di stabilire urgentemente che grado di tutela giuridica riconoscere all’embrione, consapevole dell’enorme progresso scientifico che permette di intervenire fin dalla fecondazione sulla vita umana in via di sviluppo e tenuto conto del pluralismo delle opinioni sul piano etico a proposito dell’utilizzazione di embrioni o di feti, o di loro tessuti. Di conseguenza, al punto 10, viene sancito che l’embrione e il feto umano devono beneficiare, in ogni circostanza, del rispetto dovuto alla dignità umana e che la loro

⁵³ Direttiva 98/44/EC, art 5, primo comma.

⁵⁴ Corte di Giustizia, C-34/10, *Brüstle contro Greenpeace*, punto 38.

⁵⁵ Corte di Giustizia, causa C-364/13, *International Stem Cell Corporation contro Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, punto 38.

utilizzazione deve essere limitata in maniera rigorosa. Per tale ragione, il Consiglio invita i Governi degli Stati membri a limitarne l'utilizzo a fini strettamente terapeutici, con l'esclusione di qualsiasi altro impiego, ed a proibire ogni creazione di embrioni umani mediante FIV a fini di ricerca.

La Convenzione di Oviedo (4 aprile 1997) sancisce una serie di principi fondamentali a tal riguardo.

L'articolo 2, rubricato "Primato dell'essere umano" afferma che «[l]'interesse e il bene dell'essere umano devono prevalere sul solo interesse della società o della scienza».

Inoltre, l'articolo 18, "Ricerca sugli embrioni in vitro", stabilisce al primo comma che «[q]uando la ricerca sugli embrioni in vitro è ammessa dalla legge, questa assicura una protezione adeguata dell'embrione» e, al secondo comma, che «[l]a costituzione di embrioni umani a fini di ricerca è vietata», riconoscendo, all'art. 27, la facoltà di ciascuno Stato contraente di accordare una tutela più estesa.

È del 2003, invece, la Risoluzione 1352 relativa alla ricerca sulle cellule staminali umane, la quale precisa al punto 5 che «[i]l prelievo di cellule staminali embrionali comporta attualmente la distruzione di embrioni umani» e al punto 10 afferma che «[l]a distruzione di esseri umani a fini di ricerca è contraria al diritto di tutti gli esseri umani alla vita e al divieto morale di qualsiasi strumentalizzazione di esseri umani».

L'Assemblea ha invitato quindi gli Stati Membri a firmare e a ratificare la Convenzione di Oviedo.

L'Italia, con legge del 2001, ha provveduto alla ratifica della stessa ma non ha ancora depositato il relativo Protocollo, lasciando quindi incompleta la procedura.

La Gran Bretagna, invece, non ha neppure firmato la Convenzione tanto da consentire la creazione di embrioni umani per la ricerca.

Tra gli altri documenti di diritto internazionale spicca il "Rapporto del Comitato internazionale di bioetica dell'Unesco sugli aspetti etici della ricerca sulle cellule staminali embrionali umane", del 2001.

In questo documento, il Comitato riconosce che la ricerca sulle cellule staminali embrionali umane è un argomento con riferimento al quale è necessario un dibattito a livello nazionale e un continuo processo di informazione. Inoltre, ammette la donazione, a fini di ricerca terapeutica, di embrioni soprannumerari ottenuti mediante FIV, a condizione che vi sia il previo consenso informato dei donatori, con particolare attenzione alla loro dignità e ai loro diritti, e la valutazione da parte di competenti comitati etici dei fini e del metodo della ricerca stessa.

5. Sentenza Parrillo c. Italia

Ci è sembrato opportuno analizzare la sentenza *Parrillo c. Italia* pronunciata il 27 agosto 2015 dalla Corte di Strasburgo dato che la norma oggetto di censura è proprio l'art. 13 della legge 40/2004 "Sperimentazione sugli embrioni umani".

All'origine della causa vi è il ricorso n. 46470/11 proposto contro la Repubblica Italiana dalla Signora Adelina Parrillo, in data 26 luglio 2011.

La ricorrente ha adito la Corte europea dei diritti dell'uomo in virtù dell'art. 34 della *Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu)*, deducendo l'incompatibilità del divieto di donazione a fini di ricerca scientifica di embrioni concepiti mediante riproduzione medicalmente assistita, di cui all'art 13 della l. 40/2004, con il diritto al rispetto della sua vita privata garantito dall'art. 8 della Convenzione, e con il pacifico godimento dei propri beni sancito dall'art.1 del Protocollo n. 1 allegato alla Convenzione stessa. La ricorrente ha inoltre lamentato l'incompatibilità del suddetto divieto con la libertà di espressione tutelata dall'art. 10 della Cedu, di cui la ricerca scientifica secondo la Signora Parrillo costituirebbe un aspetto fondamentale.

Il ricorso è stato dichiarato ricevibile limitatamente all'art. 8 della Convenzione e all'art. 1 del Protocollo n. 1, mentre è stato dichiarato irricevibile con riguardo all'art 10 della Cedu dal momento che in capo alla ricorrente non è stato individuato un interesse legittimo sufficiente per sollevare la questione. Interesse che invece si sarebbe potuto riconoscere, molto probabilmente, in capo ad un gruppo di ricercatori.

A nostro avviso, ciò purtroppo non ha permesso alla Corte di affrontare la questione relativa alla limitazione della libertà di ricerca dovuta al divieto assoluto di qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano (art. 13, comma 1).

5.1. In fatto

Nel 2002, la ricorrente si sottopose con il suo compagno ad un trattamento di fecondazione in vitro (FIV) presso il Centro di medicina della riproduzione dello European Hospital, a Roma. Attraverso questa tecnica di riproduzione medicalmente assistita, si ottennero cinque embrioni che furono posti in crioconservazione. Nel novembre del 2003, prima che gli embrioni potessero essere impiantati, il compagno della ricorrente decedette.

La Parrillo decise quindi di non procedere all'impianto degli embrioni bensì di donarli alla ricerca scientifica, contribuendo in tal modo al progresso delle cure di gravi malattie.

Nel dicembre 2011, in seguito a richieste verbali rimaste infruttuose, la ricorrente scrisse una lettera al direttore del centro chiedendo il rilascio dei 5 embrioni crioconservati perché potessero essere utilizzati per la ricerca con le cellule staminali.

Il direttore, tuttavia, si rifiutò poiché quel tipo di ricerca era vietato ed era un reato punibile in Italia ai sensi dell'art. 13 della legge del 19 febbraio del 2004 n. 40.

5.2. In diritto

La Corte rigetta tutte le eccezioni di irricevibilità sollevate dal Governo italiano. Nello specifico:

- rigetta, all'unanimità, l'eccezione relativa al mancato esaurimento delle vie di ricorso interne, ritenendo che non esista un ricorso *effettivo* accessibile nell'ordinamento italiano in relazione alla dedotta violazione [paragrafi 104-105].
- Rigetta, a maggioranza, l'eccezione sulla tardività della presentazione del ricorso dal momento che il mero mantenimento in vigore della legge 40/2004 costituisce un'ingerenza continua nel diritto al rispetto della vita privata e, dunque, il termine semestrale per la presentazione del ricorso non decorre fino a quando la situazione lamentata non sia terminata [paragrafo 112].
- Rigetta, a maggioranza, l'eccezione sull'assenza della qualità di vittima della ricorrente, ritenendo che il fatto che la signora Parrillo volesse donare gli embrioni all'epoca della presentazione del ricorso sia sufficiente per concludere che possieda la qualità di vittima dato che la situazione da quel momento è rimasta immutata e dal momento che, nel breve periodo tra la data del decesso del suo compagno e quella di entrata in vigore della legge (solo quattro mesi), la ricorrente non aveva potuto prendere una decisione chiara sul destino degli embrioni [paragrafi 117-118].

Di conseguenza, la Corte passa a valutare l'applicabilità dell'art 8 della Convenzione al caso di specie.

L'articolo 8, rubricato "Diritto al rispetto della vita privata e familiare" prevede che:

- «1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza.
2. 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 sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

Le problematiche intorno al divieto assoluto sancito dall'art. 13 emergono chiaramente dalla lettura delle argomentazioni del Governo da una parte e della Sig.ra Parrillo dall'altra.

In particolare, il Governo ritiene che la questione di sapere se gli embrioni umani possano essere donati alla ricerca scientifica non rientrerebbe nella nozione di "diritto al rispetto della vita privata" tutelato dal suddetto art. 8 [§ 121]. Afferma inoltre che la dedotta ingerenza nella vita privata della ricorrente da parte della legge 40/2004 persegue il fine legittimo di tutelare il potenziale di vita dell'embrione [§ 123]. Infine, dichiara che la misura del divieto assoluto è in realtà proporzionale [§ 124] ed anche coerente rispetto alla legislazione italiana che permette l'aborto, dal momento che in quest'ultimo caso la tutela di vita del feto viene bilanciata con la situazione e gli interessi della madre [§ 125]. È coerente anche con l'utilizzo a fini di

ricerca di linee cellulari embrionali importate dall'estero, dato che la distruzione di un embrione umano non può essere paragonata all'utilizzo di linee cellulari derivanti dalla distruzione all'estero di embrioni in una fase precedente [§ 128].

Dall'altro lato la ricorrente ritiene che sia applicabile l'art. 8 della Convenzione dato che la giurisprudenza della Corte interpreta in modo ampio il concetto di "vita privata" [§ 132].

Rileva poi l'illogicità del divieto di donazione degli embrioni, visto che l'unica alternativa offerta dal sistema è la morte degli stessi. Mette in luce delle incoerenze nell'ordinamento italiano dal momento che è permesso alle donne di abortire fino al terzo mese di gravidanza ed ai laboratori italiani di utilizzare linee cellulari embrionali create all'estero ed ottenute mediante la distruzione di embrioni [§ 135].

Secondo la Signora Parrillo, inoltre, la donazione di embrioni non destinati all'impianto corrisponde ad un interesse pubblico, in quanto la ricerca sulle cellule staminali rappresenta uno dei più promettenti metodi di ricerca, in particolare per quanto riguarda la cura di alcune gravi malattie [§ 136]. Conclude affermando che lo Stato non ha un ampio margine di discrezionalità in questo ambito, alla luce del vasto consenso europeo sulla possibilità di donare alla ricerca scientifica embrioni non destinati all'impianto [§ 137].

La Corte dichiara applicabile l'art. 8 della Convenzione al caso di specie, dato che il concetto di "vita privata" è considerato in modo ampio dalla Corte stessa, ricomprendendo anche il diritto all'autodeterminazione [§ 153]. Ritiene che gli embrioni concepiti mediante FIV rappresentino un elemento fondamentale del patrimonio genetico e dell'identità biologica della ricorrente [§ 158] e conclude che «la possibilità per la ricorrente di esercitare una scelta consapevole e meditata sul destino dei suoi embrioni concerne un aspetto intimo della sua vita personale e riguarda conseguentemente il suo diritto all'autodeterminazione. Nel caso di specie è pertanto applicabile l'articolo 8 della Convenzione, dal punto di vista del diritto al rispetto della vita privata [§ 159]».

A questo punto, la Corte si pronuncia nel merito della doglianza sollevata dalla ricorrente.

Riconosce che il divieto di cui all'art. 13 della l. 40/2004 costituisce un'ingerenza nel diritto al rispetto della vita privata della ricorrente, di conseguenza esso costituirebbe una violazione dell'articolo 8, comma 1 [§ 161]. Ad ogni modo, la Corte prende atto dell'obiettivo dell'art. 13 indicato dal Governo, cioè la protezione del potenziale di vita dell'embrione, ritenendo quindi che la tutela di questo potenziale possa essere collegata al fine della "protezione della morale e dei diritti e libertà altrui": si tratta quindi di un'eccezione legittima ai sensi dell'art 8, comma 2 [§ 163, 164, 167]. Ad ogni modo, la Corte non valuta se il termine "altri" si estenda agli embrioni umani [§ 168].

Tratta poi della necessità della misura in una società democratica. A tal proposito riconosce che, in questo caso, il margine di discrezionalità dello Stato è particolarmente ampio poiché il diritto della ricorrente, benché sia rilevante, non riguarda un aspetto particolarmente importante della sua esistenza o identità [§

174]. Inoltre, la Corte rileva che la questione della donazione degli embrioni non destinati ad impianto solleva delicate questioni etiche e morali e che non esiste in materia un vasto consenso europeo [§ 176].

Detto ciò, la Corte specifica che il margine di discrezionalità dello Stato non è comunque illimitato ed è compito della Corte esaminare gli argomenti usati nella procedura legislativa e determinare se è stato trovato un giusto equilibrio tra gli interessi in gioco [§ 182]. Esaminando i lavori preparatori della legge 40/2004, la Corte conclude che il legislatore ha operato un giusto equilibrio tra l'interesse dello Stato alla tutela dell'embrione e l'interesse delle persone ad esercitare il proprio diritto all'autodeterminazione mediante donazione dei propri embrioni [§183 e 187]. La Corte, poi, concorda con il Governo che la deliberata distruzione di un embrione non può essere paragonata all'uso di linee cellulari ottenute da embrioni umani distrutti all'estero in una fase precedente [§ 193].

In conclusione, la Corte ritiene che l'Italia non abbia ecceduto l'ampio margine di discrezionalità di cui godeva nel caso di specie e che il divieto fosse necessario in una società democratica, ai sensi del secondo comma dell'art. 8 Cedu [§ 196]. Non vi è pertanto violazione del diritto al rispetto della vita privata ex art. 8, primo comma, della Convenzione [§ 197].

Infine, la Corte affronta la dedotta violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1 allegato alla Convenzione, secondo cui:

«1. 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.

2. 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».

Il Governo Italiano sostiene che, nell'ordinamento giuridico italiano, l'embrione è considerato un soggetto di diritto, titolare del diritto al rispetto dovuto alla dignità umana [199] e ricorda che gli Stati hanno un ampio margine di discrezionalità nel determinare l'inizio della vita [200].

La ricorrente, d'altra parte, sostiene che gli embrioni concepiti mediante FIV sono giuridicamente dei "beni" ed afferma dunque di avere un diritto di proprietà su di essi.

La Corte ritiene, vista la portata economica e patrimoniale dell'art. 1 del Protocollo n. 1, che gli embrioni non possano essere ridotti a beni ai fini di tale disposizione e dunque non la ritiene applicabile al caso di specie.

In questo modo, la Corte evita di pronunciarsi sulla controversa questione di quando la vita abbia inizio e sulla natura dell'embrione.

5.3. Le opinioni separate dei giudici della Corte

Per leggere la sentenza con maggiore criticità ed addentrarci quindi in una riflessione più complessa ci siamo avvalse di alcune delle opinioni separate dei giudici della Corte, presenti in allegato alla sentenza stessa.

Di particolare rilevanza ci sembrano innanzitutto i pareri dei cinque giudici parzialmente dissenzienti, ossia i Giudici Casadevall, Ziemele, Power-Forde, De Gaetano e Yudkivska. Questi giudici evidenziano il fatto che la Corte abbia stabilito, per la prima volta, che le questioni “decidere del destino” e “utilizzare” gli embrioni rientrino nel diritto della persona alla vita privata. Si tratta di una svolta decisiva nella giurisprudenza della Corte Edu, di apertura in merito allo status dell’embrione e, secondo tali giudici, inaccettabile [paragrafo 4, pp. 83-84 della sent. stessa]. Ritengono che l’art. 8 CEDU non fosse nemmeno applicabile al caso di specie poiché l’embrione non sarebbe, come ritiene la maggioranza, «un elemento fondamentale del patrimonio genetico e dell’identità biologica»⁵⁶ della ricorrente e quindi, di conseguenza, pertinenza della stessa. Accusano la Corte di aver adottato una visione positivista e riduzionista dell’embrione. Secondo questi giudici l’embrione è un’entità separata e distinta rispetto ai suoi “genitori biologici”, benché ne condivida il patrimonio genetico [§ 5, 6, 7 p. 84].

Dunque non sorgerebbe in capo alla ricorrente un diritto all'autodeterminazione, quale aspetto della sua vita privata. Per tale ragione, il ricorso doveva essere respinto in quanto incompatibile *ratione materiae* con le disposizioni della Convenzione, in forza dell’articolo 35 paragrafi 3 e 4 [8, p. 85].

Questa posizione che accusa la Corte di aver adottato un atteggiamento riduzionista dell’embrione la si può riscontrare anche nell’opinione concordante del giudice Dedov che - a differenza della maggioranza - si espone sulla questione dell’inizio della vita, sostenendo che l’embrione sarebbe titolare del diritto assoluto e fondamentale alla vita. Quindi la donazione dell’embrione sarebbe eticamente accettabile solo nel caso in cui essa fosse finalizzata a salvarne il potenziale di vita, dunque non donazione alla ricerca ma ad un’altra coppia che permetta all’embrione di sviluppare quel potenziale in vera e propria vita (quello che sostiene anche il Governo con l’APN) [5, 9, 10, 12 pp. 77-79].

Anche il giudice dissenziente Sajò critica la scelta della Corte di non affrontare la questione dell’inizio della vita e di essersi limitata ad affermare che il fine di preservare il potenziale di vita dell’embrione perseguito dall’art. 13 della legge 40/2004 sarebbe collegato alla tutela dei diritti e delle libertà altrui (art. 8 secondo comma CEDU) senza però specificare che cosa si intenda con “altrui” e a chi si riferisca. Inoltre, secondo Sajò «[i]l fatto che non sia effettuato un serio esame del preteso fine di uno Stato nell’imporre la restrizione, compromette il potenziale di tutela di qualsiasi analisi della proporzionalità». La Corte avrebbe

⁵⁶ C. Edu, Parrillo c. Italia, cit., paragrafo 158.

dovuto intraprendere un esame dettagliato del legame tra la misura e l'obiettivo, mentre nel caso di specie non ha chiesto informazioni o giustificazioni al Governo, bensì ha semplicemente assunto il legame con l'eccezione tutela della morale e dei diritti altrui ex art. 8, comma 2.

Inoltre, il divieto assoluto ex art. 13 della legge 40 priva la ricorrente del suo diritto alla libertà di scelta, dunque del suo diritto all'autodeterminazione, in modo assoluto e imprevedibile, dato che la ricorrente nel tempo in cui si era sottoposta alla PMA non poteva prevedere l'entrata in vigore della legge [4, p. 92]. La legge non contiene neppure norme transitorie per quegli embrioni creati mediante PMA prima dell'entrata in vigore della stessa [§ 12, p. 96].

Questo divieto ignora anche i valori costituzionali dell'art. 33 della Costituzione italiana («L'arte e la scienza sono liberi e liberi ne è l'insegnamento»), e i valori della Convenzione, la quale riconosce all'art.10 l'interesse per la ricerca scientifica [§ 13, p. 96].

Ci sentiamo di condividere la conclusione del giudice Sajò circa il fatto che la sentenza non contiene alcun tipo di analisi sulla proporzionalità tra l'interesse del Governo a tutelare il potenziale di vita degli embrioni con l'interesse della ricorrente a contribuire alla scienza e l'interesse dei terzi ai benefici della salute derivanti dalle scoperte scientifiche stesse [§ 18, p. 98]. Sajò evidenzia anche il fatto che, nel caso di specie, non può essere invocata la tutela della vita dal momento che si trattava realmente di embrioni destinati a "morire" dato che la ricorrente non intendeva più avvalersene e dato che non avrebbero più potuto essere donati ad un'altra coppia, a causa dell'anzianità degli stessi [par. 13 p. 96, par.15 p. 97].

Sajò, quindi, non vede perché dover riconoscere importanza preminente al potenziale di vita di embrioni per cui addirittura si ha la certezza che non potrà concretizzarsi, quando la legislazione italiana permette l'aborto di feti vitali e la ricerca su linee cellulari derivanti da embrioni di cui si ha la certezza che siano stati distrutti, però all'estero.

Le giustificazioni adottate dal Governo e il ragionamento della Corte risultano quindi essere incoerenti e irrazionali e, in quanto tali, non possono costituire una ragione sufficiente della proporzionalità della misura dello Stato italiano [§ 19, pp. 98-99].

6. Sentenza n. 84/2016 della Corte Costituzionale

Riprendiamo in modo più approfondito l'analisi della sentenza n. 84/2016 della Corte Costituzionale. Finalmente la Corte si è pronunciata in merito alla questione di legittimità costituzionale sollevata dal tribunale di Firenze con riferimento al divieto di usare gli embrioni soprannumerari per finalità di ricerca, ai sensi dell'art. 13 commi 1,2 e 3 della legge 40/2004.

La pronuncia era stata sospesa in attesa della decisione della Corte di Strasburgo relativamente al caso *Parrillo c. Italia*, il quale viene richiamato dalla Corte nelle sue motivazioni per sostenere la legittimità e la proporzionalità del divieto assoluto di cui all'art. 13 della suddetta legge.

Ad ogni modo, riteniamo che sia bene evidenziare i diversi valori in gioco nelle due pronunce. Infatti, nella sentenza *Parrillo c. Italia* i diritti sottoposti a bilanciamento erano, da una parte, l'interesse dello Stato di tutelare il potenziale di vita dell'embrione, dall'altra parte, l'interesse delle persone a vedersi riconosciuto il proprio diritto all'autodeterminazione mediante la possibilità di donare i propri embrioni alla ricerca.

Nella sentenza in questione, invece, la tutela del diritto alla vita dell'embrione è in contrapposizione con l'interesse alla ricerca scientifica, ove si tratti di embrioni malati. Bilanciamento che la Consulta individua come «nuovo» all'interno della propria giurisprudenza.

6.1. In fatto

Nel caso di specie, la ricorrente aveva chiesto al Tribunale di Firenze di ordinare al centro medico, al quale si era rivolta per il trattamento di PMA, di riconsegnarle gli embrioni prodotti (dieci in tutto). La donna, infatti, aveva intenzione di destinare i nove embrioni risultati non impiantabili (quattro perché non biopsabili e cinque perché affetti da esostosi) ad attività mediche, diagnostiche e di ricerca scientifica, connesse alla propria patologia genetica e intendeva, comunque, revocare il consenso già prestato al trasferimento in utero anche del decimo embrione residuo, trattandosi di “materiale di media qualità” [paragrafo 2].

6.2. In diritto

Il Tribunale di Firenze ha sollevato questione di legittimità costituzionale censurando dinanzi alla Corte Costituzionale l'art. 13, commi 1,2 e 3, della legge 40/2004 per contrasto con gli articoli 2, 3, 9, 13, 31, 32 e 33, primo comma, della Costituzione, per irragionevolezza del bilanciamento così operato tra la tutela dell'embrione e l'interesse alla ricerca scientifica, ove si tratti, come nel caso di specie, di embrioni malati o dei quali non sia noto lo stato di salute, il cui impianto sia stato rifiutato dalla coppia generatrice, che invece intenda destinarli alla ricerca scientifica (scopo costituzionalmente rilevante), attesa l'alternativa della loro certa distruzione [2.1]. Il giudice *a quo* sollecita quindi una pronuncia additiva tale da comportare il temperamento all'assolutezza del divieto previsto dall'art. 13.

Il secondo oggetto di censura consiste nell'articolo 6, comma 3, ultimo capoverso, della stessa legge per violazione degli articoli 2, 3, 13, 31, 32, 33, primo comma, della Costituzione, in quanto rappresenterebbe una palese violazione del principio regolativo del rapporto medico/paziente [2.2].

La censura relativa all'art. 6, comma 3, ult. cpv., ("consenso informato")⁵⁷, viene dichiarata inammissibile per il carattere meramente ipotetico e non attuale della sua rilevanza, dal momento che la ricorrente, dopo avere in un primo momento dichiarato di non volersi sottoporre all'impianto in utero dell'unico embrione sicuramente non affetto da patologie, ha poi comunque accettato di portare a termine il trattamento di PMA.

Anche per quanto riguarda la dedotta incostituzionalità dell'art. 13, limitatamente ai suoi primi tre commi, la Corte dichiara la questione inammissibile.

In questo caso, la Corte deve valutare se l'assoluta tutela data all'embrione, anche se malato, da parte del legislatore sia ragionevole rispetto all'interesse alla ricerca scientifica oppure se quest'ultimo sia un interesse prevalente come invece sostenuto dal giudice *a quo*.

I giudici, innanzitutto, richiamano la riconosciuta dignità dell'embrione da parte della sentenza n. 229 del 2015, nella quale l'embrione è considerato entità che ha in sé il principio della vita e la sua dignità costituisce un valore di rilievo costituzionale riconducibile al precetto generale dell'art. 2 della Costituzione. Inoltre, viene specificato che la tutela dell'embrione non è suscettibile di affievolimento per il solo fatto che si tratti di embrioni affetti da malformazione genetica. Lo stesso art. 14, commi 1 e 6, della legge 40/2004 reputa reato la condotta di soppressione anche di embrioni ammalati non impiantabili.

Ad ogni modo, la tutela dell'embrione, come ogni altro valore costituzionale, è soggetta a bilanciamento. Così, infatti, è avvenuto nelle sentenze n. 151/2009 e n. 96/2015 con riguardo alla tutela dell'esigenza della procreazione e alla salute della donna [8.2.1].

Dopodiché la Corte riporta, senza però valutarne il fondamento costituzionale, alcune delle argomentazioni degli orientamenti contrapposti in merito alla correttezza o meno del divieto assoluto di ricerca sugli embrioni, anche se malati.

Da parte di coloro che, come il tribunale *a quo*, sostengono l'impiego nella ricerca delle cellule staminali embrionali viene affermato che, a fronte dell'inevitabile estinzione a cui vanno incontro gli embrioni non impiantabili, il bilanciamento dovrebbe più ragionevolmente operarsi a favore della destinazione di tali embrioni agli scopi di una ricerca scientifica suscettibile di salvare la vita a milioni di esseri umani.

In secondo luogo, si ritiene che una tale destinazione manifesti un rispetto per la vita umana ben superiore al mero "lasciar perire", dando un senso socialmente utile alla futura inevitabile distruzione dell'embrione, inquadrando così la vicenda degli embrioni soprannumerari, non destinati all'impianto, in una prospettiva umanitaria e solidaristica riconducibile al precetto dell'articolo 2 della Costituzione [10.1].

⁵⁷ «La volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma fino al momento della fecondazione dell'ovulo».

La Corte rileva che, sul fronte opposto, parte della dottrina sottolinea che l'utilizzo e la manipolazione dell'embrione umano implica la sua distruzione e ciò è evidentemente in contrasto con l'idea che quest'ultimo possa essere considerato come un soggetto titolare, fin dall'inizio, della dignità di persona.

Inoltre, in ossequio ad un "principio di precauzione", a fronte della possibilità che l'embrione sia ben più che mero materiale biologico, lo scienziato dovrebbe decidere non già di "non fare", ma di "fare altro". Dovrebbe, cioè, insistere su percorsi alternativi come, ad esempio, la tecnica di regressione delle cellule somatiche adulte fino ad uno stadio prossimo a quello embrionale, o comunque dovrebbe preferire l'utilizzo di cellule staminali umane.

Si ritiene, inoltre, inaccettabile la pretesa dei genitori di considerarsi "proprietari" degli embrioni: si dona "qualcosa", non "qualcuno", sia pure allo stato embrionale.

Oltretutto, la sperimentazione si basa necessariamente sul consenso informato del paziente, di conseguenza quella sull'embrione sarebbe illecita.

Un'ulteriore argomentazione di questa parte della dottrina è quella per cui, seppure la crioconservazione non rappresenti una misura sufficiente a preservare gli embrioni dalla loro naturale estinzione, il rispetto dovuto alla vita (ancorché solo in potenza) non dovrebbe consentire di equiparare l'"uccidere" al "lasciar morire" [10.2].

La Corte si riferisce alla ponderazione tra questi diversi interessi come ad una "scelta tragica" ampiamente divisiva sul piano etico e scientifico e che non trova soluzioni uniformi nella legislazione europea.

A questo punto, ritenendo che si tratti di un bilanciamento tra valori fondamentali tra loro equivalenti (tutela della vita e della dignità dell'embrione da una parte ed interesse alla ricerca scientifica dall'altra), la Corte conclude di non poter intervenire nel tessuto normativo con una pronuncia additiva, trattandosi di una valutazione che deve essere rimessa totalmente alla discrezionalità del legislatore. Pur riconoscendo una serie di opzioni intermedie possibili, ritiene che anch'esse siano di competenza del Parlamento [11]⁵⁸⁵⁹.

Il fatto che si tratti di una questione eticamente sensibile e che vi siano molte posizioni confliggenti tra loro non ci sembra una ragione valida per giustificare la scelta della Corte di non decidere e di rimettere completamente la questione del bilanciamento al legislatore. La Consulta avrebbe potuto evidenziare maggiormente il valore che la Costituzione riconosce alla ricerca scientifica e alla sua promozione, agli articoli 9 e 33, e quindi lanciare un monito al legislatore al fine di rivalutare tale bilanciamento, che al momento è totalmente a favore della tutela dell'embrione.

⁵⁸ In merito all'adeguatezza della rimessione del bilanciamento al legislatore v. conclusione, nello specifico v. *infra* parte dell'elaborato indicata dalla nota n. 63.

⁵⁹ Per la riflessione in merito alle contraddizioni che appaiono tra la sent. 84/2016 e la sent. 27/1975, compreso il rifiuto della teoria gradualista da parte della Corte costituzionale nella sent. N. 84/2016, si veda paragrafo 2.3. La Corte, in questa pronuncia, parla di una "dignità antropologica" più o meno ampia da riconoscere all'embrione [paragrafo 8.1], vedi ugualmente a tal proposito paragrafo 2.3 del presente scritto.

Il passaggio dal rilevamento dell'assenza di un vasto consenso in materia alla rimessione alla discrezionalità del legislatore non è per nulla argomentato e quindi debole⁶⁰.

7. Conclusioni

Abbiamo valutato il divieto di cui all'art. 13 della legge 40/2004 in maniera critica attraverso il principio di non contraddizione ed è risultato che, rispetto alle altre disposizioni del nostro ordinamento, emergono possibili punti di incoerenza esterna.

In primo luogo, incoerenza rispetto alla legge 194/78, nella quale l'art. 4 consente l'interruzione volontaria della gravidanza entro i primi novanta giorni, qualora «la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la salute psico-fisica (della donna) in relazione o al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni al concepito». Dunque, tale articolo consente un ampio ventaglio di possibilità per la donna di procedere all'aborto, entro i primi tre mesi, di un feto che, molto probabilmente, da un punto di vista giuridico (e non solo) ha già in sé un principio di vita, dato che il Governo lo riconosce all'embrione già in fasi antecedenti del suo sviluppo. Infatti, l'art. 1 della legge 40/2004 riconosce l'embrione come un soggetto di diritto fin dal momento del concepimento e quindi, riteniamo, fin dal momento della creazione in laboratorio nel caso particolare di FIV.

Altro aspetto critico dell'art. 13 della legge 40/2004 rispetto al resto dell'ordinamento giuridico italiano riguarda la prassi pacificamente ammessa della ricerca su linee cellulari embrionali create all'estero e messe a disposizione dalla comunità scientifica. In questo caso, la sperimentazione viene consentita perché il Governo si considera del tutto estraneo alla distruzione degli embrioni, non chiedendo la derivazione di linee cellulari embrionali *ad hoc* bensì utilizzando quelle già esistenti, importandole.

Ulteriori incoerenze si riscontrano con riferimento al Codice Civile e al testo costituzionale.

Infatti, ricordiamo che la *ratio* dell'art. 13 della l. n. 40/2004 consiste nella tutela del potenziale di vita dell'embrione che, nell'art. 1 della medesima legge, viene riconosciuto come soggetto. Ad ogni modo, ciò contrasta con l'art. 1 del Codice Civile che invece subordina il riconoscimento e la tutela piena dei diritti del concepito all'evento della nascita.

Per quanto riguarda la Costituzione, la legge 40/2004 (e quindi l'art. 13) è incoerente con l'art. 117 che colloca la tutela della salute e la ricerca scientifica e tecnologica tra le materie concorrenti tra Stato e

⁶⁰ Per approfondimento sulla sentenza v. C. CASONATO, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte Costituzionale n. 84/2016*, in *BioLaw Journal*, 2, 2016, 157-169 e A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte Costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice...* (nota a C. cost., sent. n. 84/2016), in *BioLaw Journal*, 2, 2016, 253-269.

Regioni. La suddetta legge sembra violare questo criterio di ripartizione nel momento in cui disciplina in dettaglio la materia concernente la procreazione medicalmente assistita.

Inoltre, si pone in contrasto con gli articoli 9, primo comma («La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica tecnica») e 33, primo comma («L'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento») nel momento in cui il divieto assoluto impedisce qualsiasi tipo di sperimentazione su ciascun embrione umano, limitando pesantemente la ricerca scientifica.

Come ricordato da Roberto Bin in “Libertà della ricerca scientifica in campo genetico”, l'interesse alla ricerca è un valore costituzionalmente tutelato, che può essere limitato soltanto con legge e, preferibilmente, con formule generali assai elastiche, che rimandano a valutazioni da svolgersi in relazione al caso concreto. Tuttavia, il legislatore non è libero di imporre qualsiasi limite, altrimenti verrebbe meno la garanzia costituzionale stessa. Questi limiti devono essere valutati, mediante un giudizio di ragionevolezza che si basa sui seguenti criteri: l'analisi del fine, della congruità, ossia se la disposizione introdotta sia uno strumento efficiente per raggiungere quello scopo, ed infine la valutazione della proporzionalità, dato che tale limitazione non deve comportare un sacrificio eccessivo per la libertà intaccata⁶¹.

Per quanto riguarda il *fine* dell'art. 13, riteniamo che la volontà del legislatore di tutelare il potenziale di vita dell'embrione sia comprensibile alla luce delle diverse e confliggenti posizioni in merito, all'interno del panorama nazionale. Ad ogni modo, *non* crediamo che l'assolutezza del divieto sia una *misura proporzionale*, dal momento che l'interesse alla ricerca viene totalmente sopraffatto. Oltretutto, il legislatore avrebbe potuto adottare delle soluzioni intermedie, come quelle fatte proprie dalla Spagna e dalla Francia, le quali prevedono un regime di autorizzazione della ricerca con cellule staminali embrionali sulla base di rigide condizioni che consentono da una parte un controllo costante di questo tipo di sperimentazione impedendone abusi e dall'altra parte consentendo uno sviluppo della medicina.

Inoltre, non riteniamo più condivisibile la finalità del divieto assoluto di cui all'art. 13 qualora si tratti di embrioni soprannumerari, destinati ad una crioconservazione a tempo indeterminato ed in pratica lasciati perire, ed a maggior ragione qualora si tratti di embrioni affetti da patologie non impiantabili.

Bin, nel saggio sopracitato, afferma che «al legislatore è riconosciuta la competenza di fissare i punti di equilibrio nel complesso bilanciamento tra la libertà di sperimentazione scientifica, condotta sotto la supervisione della comunità scientifica, e gli altri interessi di rilievo costituzionale, specie quelli sussumibili sotto l'impalpabile nozione di “dignità umana”»⁶². Tuttavia, l'autore specifica in seguito che la “dignità

⁶¹ R. BIN, *Libertà della ricerca scientifica in campo genetico*, in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (A CURA DI), *Alle frontiere del diritto costituzionale*, Milano, 2011, 217 ss.

⁶² *Ivi*, 220.

umana” sembra rappresentare un argomento residuale utilizzato dal legislatore quando non vi siano altri interessi o diritti muniti di una disciplina costituzionale da contrapporre alla libertà di ricerca.

Infatti, se pur con le dovute cautele, crediamo che il bilanciamento sottoposto all’attenzione della Corte Costituzionale nella sent. 84/2016 non fosse da rimettere alla discrezionalità del legislatore, ritenendo che gli interessi in gioco non fossero davvero equivalenti, dato che la tutela del potenziale di vita dell’embrione non trova un espresso fondamento costituzionale, bensì un indiretto collegamento con il precetto dell’art. 2 della Costituzione operato dalla stessa giurisprudenza costituzionale⁶³.

Come Bin, crediamo che il Legislatore con la legge 40/2004 protegga una visione della vita e della morale accolta solo da una parte della società, ma in uno Stato costituzionale pluralista nessuno, nemmeno la maggioranza, ha il diritto di imporre le proprie concezioni etico-religiose agli altri⁶⁴. L’autore confuta, poi, l’argomentazione di chi sostiene che tale divieto assoluto serva ad ovviare al grave pericolo che la ricerca sugli embrioni potrebbe comportare per la sicurezza della società. Egli afferma che i divieti speciali di cui al comma 3 dell’art. 13 (la produzione ad hoc di embrioni umani, la clonazione, la generazione di ibridi e chimere) siano sufficienti a proteggere i valori che si possono ritenere minacciati dall’abuso di questo tipo di ricerca. Per assicurare il rispetto di questi divieti ed evitare quindi che la ricerca sperimentale sfugga di mano, Bin ritiene che sia sufficiente introdurre un regime di autorizzazione e di controllo sui centri di ricerca. Egli ritiene, inoltre, che il legislatore debba mantenersi neutrale anche con riguardo ai finanziamenti per la ricerca scientifica. Infatti, «[n]egare il sostegno finanziario ad una determinata ricerca equivale ad impedire di svolgerla, e questo lede tanto la libertà di scienza, quanto l’eguaglianza fra i ricercatori e, in terzo luogo, l’interesse della collettività a godere dei prodotti della ricerca»⁶⁵. È quanto ha affermato la stessa Corte Costituzionale nella sentenza n. 20/1978 con cui è stato dichiarato illegittimo il divieto di brevettare i farmaci⁶⁶. Per questa ragione, l’autore ritiene inaccettabile quanto accaduto con il bando ministeriale per l’attività di ricerca sulle cellule staminali, nell’ambito del Programma per la Ricerca Sanitaria 2008, nel quale sono esclusi, tra i progetti che possono partecipare al bando, quelli che prevedono l’utilizzo di cellule staminali embrionali di origine umana.

⁶³ V. *supra* sent. 84/2016, paragrafo 6.2 *In diritto*.

⁶⁴ R. BIN, *op. cit.*, 224.

⁶⁵ *Ivi*, 225.

⁶⁶ Nella sentenza 20/78 la C. Cost. dichiara l’illegittimità costituzionale del comma primo dell’art. 14 del r. d. 29 giugno 1939 n. 1127 “Testo delle disposizioni legislative in materia di brevetti per invenzioni industriali” per contrasto con gli articoli 32, primo comma, e 9 Cost. e con gli artt. 3 e 41 del testo costituzionale. La norma censurata poneva il divieto di brevettare i medicinali e i processi atti a produrli. La Corte ha riscontrato una violazione degli artt. 32, primo comma, e 9 Cost. in quanto la disciplina prevista dall’art. 14 sacrificava la ricerca scientifica e tecnica, essenziale per assicurare il progresso nel settore farmaceutico e, dunque, essenziale per assicurare la tutela della salute. La disposizione è risultata incompatibile anche con il combinato disposto degli artt. 3 e 41 Cost. in quanto svantaggiava gli imprenditori del settore farmaceutico rispetto agli imprenditori di altri comparti.

Un ultimo profilo problematico dell'art. 13 della legge 40/2004 lo si può individuare rispetto ai caratteri del biodiritto, il quale deve essere aperto, aggiornato e attento per poter essere efficace⁶⁷.

Aperto nel senso di un diritto interdisciplinare, che deve ricercare la collaborazione anche della componente scientifica e che dovrebbe prevedere canali particolari per valutare quale sia l'etica comune in quell'ordinamento e in quel dato momento.

Aggiornato nel senso che deve adeguarsi alle caratteristiche del suo oggetto che è in continuo mutamento.

Attento alle diverse specificità dei singoli casi concreti.

Nello scritto "Legge 40 e principio di non contraddizione: una valutazione di impatto normativo", Carlo Casonato ha affermato che «il diritto che si occupa di questioni delicate come quelle relative ai temi bioetici debba, nei limiti del possibile, mantenersi aperto, plurale e tollerante nei confronti degli altri livelli normativi e di diverse impostazioni ideologiche»⁶⁸.

Alla luce di tali premesse, il carattere assoluto del divieto di sperimentazione su ciascun embrione umano sancito dall'art. 13 della legge 40, che comporta il divieto di utilizzo anche di quegli embrioni c.d. soprannumerari, non ci sembra una risposta adeguata dal momento che non trova un giusto punto di equilibrio tra gli interessi in gioco, riconoscendo una tutela assoluta all'embrione dalle sue prime fasi di sviluppo a discapito di tutti gli altri valori che emergono e che risultano del tutto sopraffatti. Tra questi individuiamo l'interesse dei "genitori" degli embrioni non impiantati a poterne decidere il destino, in virtù del loro diritto all'autodeterminazione, e l'interesse al progresso scientifico (artt. 9 e 33 Cost.). A questi si può aggiungere l'interesse dell'intera comunità a beneficiare dello sviluppo scientifico, a tutela del proprio diritto alla salute (art. 32 Cost.), facendo rientrare quindi l'utilizzo degli embrioni non impiantati a fini di ricerca in una prospettiva umanitaria e solidaristica riconducibile all'art. 2 della Costituzione. Infatti, se riconosciamo all'embrione, in quanto soggetto, tutti quei diritti inviolabili propri della persona, allora dovremmo riconoscergli anche i relativi doveri, e tra questi rientrerebbero certamente quei doveri di solidarietà espressi dall'art. 2 del testo costituzionale.

Ci sentiamo di condividere quanto scritto da Antonino Spadaro ed auspicare un uso eccezionale a scopo di ricerca degli embrioni soprannumerari, ritenendo più conforme al dettato costituzionale quel bilanciamento degli interessi in gioco che vede prevalere, sul principio del tutto astratto di tutela di creature non nate e comunque destinate a morire, i seguenti valori: la fruizione dell'embrione a scopi di ricerca a fini di solidarietà (art. 2 Cost.), una concreta ricerca medica molto promettente (artt. 9 e 33 Cost) e

⁶⁷ Cfr. C. CASONATO, *Le tre A di un diritto sostenibile ed efficace*, in V. BARSOTTI (a cura di), *Biotecnologie e diritto*, 2016, 29-53.

⁶⁸ C. CASONATO, *Legge 40 e principio di non contraddizione: una valutazione di impatto normativo*, in C. CASONATO, E. CAMASSA (A CURA DI), *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, Trento, 2005, 38.

la salute di coloro che, presumibilmente, trarrebbero vantaggio dall'operazione, in tempi più vicini o anche solo lontani (art. 32 Cost)⁶⁹.

⁶⁹ A. SPADARO, *op. cit.*, 94-95.