

Diagnosi preimpianto, fine vita, sperimentazione su embrioni criocongelati. Prove di dialogo incrociato fra Corti

Roberto Conti*

PRE-IMPLANTATION GENETIC DIAGNOSIS, END OF LIFE, EXPERIMENTATION ON CRYOPRESERVED EMBRYOS: TRYING A MUTUAL DIALOGUE BETWEEN COURTS

ABSTRACT: The author examines some judgments by national and supranational Courts about ethically sensitive issues. He offers his opinions about the fundamental role of the dialogue between Courts, arguing that the European Court of Human Rights has been gradually influencing the decisions of national Courts.

KEYWORDS: Pre-implantation genetic diagnosis; End of life; Judicial dialogue; Mutual influence between Courts.

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. La diagnosi preimpianto secondo Corte cost. n. 96/2015. – 3. “Schegge” di riflessione sul caso *Lambert e Lambert c. Francia*. – 4. Corte Dir. uomo, 28 maggio 2013 e Corte dir. uomo, 27 agosto 2015, ric. n. 46470/11, *Parrillo c. Italia*, in tema di diritto alla donazione di embrioni criocongelati. Alla ricerca di un ancora lontano “statuto” dell’embrione. – 5. Brevi conclusioni.

1. Premesse

L’esame e lo studio di casi che toccano questioni biogiuridiche offre al lettore e allo studioso un fascio di suggestioni difficilmente catalogabili soprattutto quando si tenta di mettere a confronto le soluzioni offerte ai casi da giudici di diversa estrazione culturale, chiamati a fare applicazione di materiali normativi che hanno fonte diversa, ma pur sempre tenuti a operare dei bilanciamenti fra diritti fondamentali dai quali deriva una composizione degli interessi coinvolti complessa, difficile, non sempre capace di apparire realmente persuasiva.

Sui casi si innestano, così, le riflessioni del biogiurista che, consapevole delle innumerevoli implicazioni di ordine etico, giuridico, medico, scientifico e filosofico sottese ad ogni caso ha, a me pare, il compito – minimale – non tanto di “giudicare” la correttezza della decisione, quanto di astrarre da essa elementi che possono per il futuro essere utilizzati da chi dovesse trovarsi coinvolto, a vario titolo, in “casi simili”.

Questa prospettiva minimale a me pare coerente con la (e rispettosa della) delicatezza delle vicende volta per volta esaminate e degli interessi in esse coinvolte e al contempo potenzialmente utile per lo studioso come per l’operatore.

Si è così scelto di passare in rassegna tre “casi” recenti che hanno visto coinvolte “Corti” nazionali e sovranazionali su vicende umane particolarmente delicate per il fascio di interessi implicati.

* Consigliere della Corte di Cassazione. Contributo su invito.

2. La diagnosi preimpianto secondo Corte cost. n. 96/2015

Corte cost. n. 96/2015¹, sollecitata dal Tribunale di Roma con due distinte ordinanze², ha dichiarato l'illegittimità della normativa interna in tema di divieto delle procedure di procreazione medicalmente assistita, con diagnosi preimpianto per le coppie fertili affette da gravi patologie genetiche trasmissibili.

La Corte torna a misurarsi su temi "eticamente sensibili" – dopo che tale felice espressione era stata utilizzata da Corte cost. n. 162/2014 – dando particolare rilievo, nel ragionamento che la conduce ad accogliere la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Roma, alla tutela del diritto alla salute. I rapporti di questa decisione con il caso *Costa e Pavan c. Italia* – nel quale una coppia che non aveva potuto accedere alla diagnosi preimpianto ancorché la donna fosse affetta da grave patologia, senza adire i giudici nazionali, aveva ottenuto la condanna dello Stato per violazione dell'art. 8 CEDU – sono evidenti, ma non esplicitati.

Si apre, così, a ventaglio, un fascio di questioni, alcune delle quali direttamente correlate al ruolo del giudice nazionale rispetto al tema dell'attuazione del diritto di matrice convenzionale³.

Questione, quella della disapplicazione del diritto interno contrastante con il diritto convenzionale, sostanzialmente realizzata dal tribunale monocratico romano che, come osserva correttamente la dottrina (Repetto) sembra trovare implicita – ma non meno univoca – legittimazione nella sentenza n. 210/2013 della stessa Corte costituzionale.

Ipotizzare che il silenzio di Corte cost. n. 96/2015 sulla censura di cui all'art. 117, comma 1 Cost. sia frutto di una scelta di continuità con la sentenza n. 49/2015⁴ in tema di confisca – ove si invitano i giudici

¹ Su tale decisione v., tra gli altri, G. REPETTO, *La linea più breve tra due punti. La diagnosi preimpianto per le coppie fertili tra divieti irragionevoli e diritto alla salute*, in www.diritticomparati.it, 2015 (11 giugno); E. MALFATTI, *La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non "scontata" né (del tutto) condivisibile*, in *Consulta Online*, www.giurcost.org, 2, 2015; M. GIACOMINI, *Il sì alla diagnosi preimpianto: un punto di arrivo o un punto di partenza?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 2015 (28 giugno); C. TRIPODINA, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in www.costituzionalismo.it, 2015 (16 luglio); S. PENASA, *L'insostenibile debolezza della legge 40: la sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale tra inevitabili illegittimità e moniti "rafforzati"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 2015 (8 luglio); A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in www.rivistaiaic.it, 3, 2015.

² Nei giudizi *a quibus* due coppie di coniugi avevano chiesto in sede cautelare di essere ammesse a procedure di procreazione medicalmente assistita, con diagnosi preimpianto, al fine di evitare il rischio di trasmettere, ai rispettivi figli, la malattia genetica da cui, in entrambi i casi, uno dei componenti della coppia era risultato affetto in occasione di precedente gravidanza spontanea, interrotta con aborto terapeutico.

³ Va infatti ricordato che il giudice di merito nazionale, investito dai soggetti vittoriosi a Strasburgo nel caso *Costa e Pavan*-Trib.Roma-aveva offerto immediatamente la tutela reclamata dalla coppia senza attendere il pronunciamento della Corte costituzionale incidente sul divieto normativo in tema di diagnosi preimpianto sul presupposto della esistenza di un "giudicato" sovranazionale idoneo a costituire la base per l'attuazione concreta ed effettivo del diritto violato in ambito interno

⁴ Senza pretesa di esaustività si può rinviare a F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 2015 (30 marzo); M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 2015 (30 marzo); A. RUGGERI, *Fissati nuovi*

nazionali a considerare unicamente la giurisprudenza *consolidata* della Corte di Strasburgo unitamente alle cd. *sentenze pilota* – è forse eccessivo⁵. Corte cost. n. 96/2015 sembra piuttosto allinearsi alla scelta di formale disinteresse – che si traduce però in una sostanziale condivisione – verso la posizione del giudice europeo, espressa da Corte cost. n. 162/2014 in tema di fecondazione eterologa.

La *palese antinomia* normativa che fa da sfondo all'accoglimento della questione di costituzionalità sollevata sotto il profilo dell'art. 3 Cost. altro non è se non l'espresso riconoscimento delle argomentazioni che avevano indotto il giudice europeo nel caso *Costa e Pavan c. Italia* a ritenere fondata la violazione dell'art. 8 CEDU, indicato dai rimettenti come parametro interposto rispetto alla censura fondata sulla violazione dell'art. 117, comma 1 Cost.

La Corte condivide *toto corde* l'irrazionalità – stigmatizzata dalla Corte europea – di un sistema che per un verso consente alla coppia di raggiungere l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria mediante l'interruzione della gravidanza e per altro impedisce «...di far acquisire “prima” alla donna una informazione che le permetterebbe di evitare di assumere “dopo” una decisione ben più pregiudizievole per la sua salute».

Anche in Corte cost. n. 162/2014, per caducare la disciplina che vietava la fecondazione eterologa, si adottò, infatti, la tecnica dell'assorbimento – o se si vuole della ragione *più liquida* che potesse giustificare la decisione finale – della questione fondata sull'art. 117, comma 1 Cost. in combinato disposto con i parametri convenzionali – artt. 8 e 14 CEDU – (p. 14 sent.) che aveva sollevato il Tribunale di Milano⁶, ma le influenze sovranazionali nel ragionamento della Corte costituzionale apparvero anche lì

paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 2015 (2 aprile); R. CONTI, *La Corte assediata? Osservazioni a Corte cost. n. 49/2015*, in *Consulta Online*, www.giurcost.org, 1, 2015; V. MANES, *La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 2015 (13 aprile); D. RUSSO, *La “confisca in assenza di condanna” tra principio di legalità e tutela dei diritti fondamentali: un nuovo capitolo del dialogo tra le Corti*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2, 2014; G. CIVELLO, *La sentenza Varvara c. Italia “non vincola” il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologhi di Corti?*, in www.archiviopenale.it, 1, 2015; A. DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca. La Corte costituzionale stacca un nuovo biglietto per Strasburgo*, in www.archiviopenale.it, 1, 2015; G. MARTINICO, *Corti costituzionali (o supreme) e “disobbedienza funzionale”*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 2015 (28 aprile); D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 2015 (30 aprile); V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in www.rivistaaic.it (Osservatorio costituzionale), 2, 2015; D. PULITANÒ, *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 2015 (22 giugno); N. COLACINO, *Convenzione europea e giudici comuni dopo Corte costituzionale n. 49/2015: sfugge il senso della «controriforma» imposta da Palazzo della Consulta*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, www.rivistaoidu.net (Osservatorio sull'Italia e la CEDU), 3, 2015; D. RUSSO, *Ancora sul rapporto tra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: brevi note sulla sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2, 2015.

⁵ Peraltro, più di recente, Corte cost. n. 184/2015 sembra dimostrare che la Corte intende assestarsi sulle “Linee guida” fissate da Corte cost. n. 49/2015.

⁶ La Corte costituzionale, in questo caso, non solo ha ommesso di utilizzare il parametro dell'art. 117, comma 1, Cost., evocato dal solo Tribunale di Milano – che aveva gli argomenti a sostegno del contrasto con gli artt. 8 e 14 CEDU anche avendo riguardo alla sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo 3 novembre 2011, *S.H. e altri contro Austria* – ma ha taciuto ogni riferimento alla giurisprudenza della Corte

evidenti⁷ – malgrado la tutela offerta dalla Corte costituzionale fosse risultata “maggiore” di quella individuata “nel caso” *S.H. e altri c. Austria* della Grande Camera del 2011 – ma di fatto *ispirata* dagli input e dalle *esortazioni* della Grande Camera a tenere in considerazione l’evoluzione dei temi in materia⁸.

Piuttosto, la riflessione finale espressa in dottrina a commento della decisione (Repetto) circa la necessità di un ritorno alla Costituzione perché strumento più completo e meno frazionato rispetto alla CEDU non sembra completamente appagante.

L’obiettivo finale, a mio avviso, non è quello di scoprire la migliore fra le Corti, ma semmai di individuare quale sia il migliore risultato che deve essere raggiunto rispetto alle tavole dei diritti fondamentali.

In verità, la partita giocata sulla base del primato fra le Carte non mi ha mai persuaso. È vero, peraltro, che il gioco al rialzo trova qualche freno nella stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia (v. caso *Melloni*), ma la vicenda in quel caso esaminata dai giudici di Lussemburgo aveva le sue peculiarità, non soltanto correlate all’accentuata armonizzazione realizzata dal legislatore europeo in tema di mandato di arresto europeo, ma anche per il fatto che il bilanciamento fra i diversi interessi statali realizzato dal legislatore europeo poteva difficilmente sopportare una dimensione meramente domestica della vicenda legale al diritto di espatrio del condannato, per di più quando il livello di tutela apprestato appariva compatibile con lo *standard* garantito dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo alla posizione del soggetto interessato.

3. “Schegge” di riflessione su caso *Lambert e Lambert c. Francia* (a proposito del fine vita)

Il caso *Lambert c. Francia* (Corte dir.uomo)⁹, tetraplegico a causa di un incidente stradale e incapace di rappresentare il proprio volere rispetto ad uno stato vegetativo che aveva condotto i sanitari che lo

europea dei diritti dell’uomo, che dopo l’intervento della Grande Camera di cui si dirà nel testo si era *medio tempore* occupata, con specifico riferimento alla legge n. 40/2004, del tema con la sentenza del 28 agosto 2012, *Costa e Pavan c. Italia*, già ricordata. Circostanza non secondaria se si considera che la stessa Consulta (ord. 150/2012) aveva tenuto le pronunce della Corte EDU talmente presenti da restituire gli atti al giudice *a quo* per verificare le ricadute prodotte dalla decisione della Grande Camera nel caso *S.H. e altri c. Austria*. La questione è puntualmente esaminata da F. GIRELLI, *Bastano le garanzie interne per dichiarare l’incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, www.rivistaoidu.net (Osservatorio sull’Italia e la CEDU), 3, 2014, 599-602.

⁷ È difficile negare le assonanze fra Corte cost. n. 162/2014 e la prima decisione della Camera nel caso *S.H. e altri c. Austria*. In quell’occasione la Corte europea ritenne, in termini generali, la rilevanza dell’art. 8 CEDU che comprende nella nozione di “vita privata” il diritto di stabilire e sviluppare relazioni con altri esseri umani, il diritto di autodeterminazione, il diritto al nome, all’identificazione di genere, il diritto all’orientamento sessuale ed alla vita sessuale. In questa prospettiva, il giudice europeo riconobbe che il diritto di una coppia di concepire un figlio e di fare uso di procreazione medicalmente assistita per tal fine rientra nella sfera di applicazione dell’art. 8, in quanto tale scelta è chiara espressione della vita privata e familiare — p. 60-.

⁸ Cfr. p. 118 Corte dir. uomo, *S.H. e altri c. Austria*, 3 novembre 2011, cit.: «... Even if it finds no breach of Article 8 in the present case, the Court considers that this area, in which the law appears to be continuously evolving and which is subject to a particularly dynamic development in science and law, needs to be kept under review by the Contracting States».

⁹ V., a commento della decisione indicata nel testo, di recente, I. RIVERA, *Il caso Lambert e la tutela della dignità umana come diritto a vivere (e a morire)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 2015 (2 settembre).

avevano in cura ad interrompere i trattamenti di mantenimento in vita con una decisione confermata dal Consiglio di Stato francese – a ciò autorizzati dalla Legge adottata in Francia nell'aprile 2005, cd. Legge Leonetti, anche contro il volere di alcuni dei familiari (genitori) – mi ha fatto tornare alla mente un fatto riportato nel mio libercolo su giudici e biodiritto¹⁰.

Confermo le riflessioni fatte a suo tempo e mi chiedo in quale altro modo il medico curante francese avrebbe potuto agire dopo avere condotto un'istruttoria particolarmente penetrante¹¹ coinvolgendo in modo collegiale parenti, medici specialisti, esperti in campo etico¹².

Dopo avere attivato tutti i meccanismi procedurali volti a verificare gli elementi del caso di specie era possibile, in definitiva, adottare una soluzione diversa? La dignità umana del malato ha trovato nelle decisioni dei giudici nazionali e sovranazionali la tutela incondizionata e assoluta che essa merita secondo i suoi intrinseci caratteri di indefettibilità, indissolubilità e incomprimibilità in quanto supervalore costituzionale¹³? Il mancato affiancamento al medico di un comitato etico consultivo o della stessa autorità giurisdizionale (prima che questa fosse chiamata a verificare la legittimità della decisio-

¹⁰ R. CONTI, *I Giudici e il biodiritto*, Roma, 2015, 327, nota 34: «...Una piccola esperienza personale mi ha consentito di radicare ulteriormente le idee esposte nel testo. Trovatomì in una corsia di ospedale per assistere mio padre in un reparto di cardiologia e terapia intensiva, ho involontariamente assistito ad una discussione accorata tra i componenti di un nucleo familiare che si trovava in vacanza in Sicilia su come realizzare il trasferimento del loro congiunto – rispettivamente marito e padre degli stessi – colpito da infarto. Essendo proprio accanto a quei familiari, ho ascoltato le argomentazioni che ognuno esternava circa l'opportunità o meno di assecondare la scelta del malato di trasferirsi in Toscana con la nave ancorché i medici avessero espresso, in modo netto, la necessità dell'uso del mezzo aereo. Alle argomentazioni della moglie, che sottolineava la piena capacità di mente del marito e riteneva di doverne rispettare comunque la scelta, consapevole, si contrapponevano quelle di alcuni dei figli che, invece, sostenevano in maniera altrettanto netta e con vari argomenti la necessità assoluta di discostarsi dalla volontà paterna proprio a causa delle condizioni in cui lo stesso versava e del "rischio" al quale sarebbe andato incontro assecondandone la scelta. Tutti avevano a cuore la persona malata e tendevano a salvaguardarne la salute, anche se la soluzione al problema passava, per entrambi, per vie opposte. Questo fatto concreto mi pare confermi che quando entra in gioco la vita, il fascio di rapporti e relazioni personali che ruotano attorno alla persona del paziente convivono accanto al ruolo del sanitario, risultando tutti quali elementi indefettibili per la corretta attuazione di un'alleanza terapeutica, vista come luogo "principe" per garantire l'emersione della "migliore scelta possibile".

¹¹ V. Corte dir. Uomo, *Lambert*, cit., § 168: «...the procedure in the present case was lengthy and meticulous, exceeding the requirements laid down by the law, and considers that, although the applicants disagree with the outcome, that procedure satisfied the requirements flowing from Article 2 of the Convention».

¹² È proprio l'esame dei singoli passaggi seguiti a livello interno a condizionare l'esito al quale è giunta Corte dir. Uomo, *Lambert*, cit., § 181: «...both the legislative framework laid down by domestic law, as interpreted by the *Conseil d'État*, and the decision-making process, which was conducted in meticulous fashion in the present case, to be compatible with the requirements of Article 2. As to the judicial remedies that were available to the applicants, the Court has reached the conclusion that the present case was the subject of an in-depth examination in the course of which all points of view could be expressed and all aspects were carefully considered, in the light of both a detailed expert medical report and general observations from the highest-ranking medical and ethical bodies».

¹³ Della dignità come valore "supercostituzionale" discorrono A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss.; C. PANZERA, *Frammenti di un monologo... in attesa di un dialogo. Il bilanciamento fra valori costituzionali in due casi giudiziari "scottanti" (a proposito di infibulazione e poligamia)*, in E. NAVARRETTA, A. PERTICI (a cura di), *Il dialogo tra le Corti. Principi e modelli di argomentazione*, Pisa 2004, 217 ss., accosta la dignità al concetto di "metaprinzipio". V., ancora, G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2008, che discorre di dignità come bilancia sulla quale si pongono i beni bisognosi di bilanciamento.

ne adottata nei confronti del Lambert) avrebbe consentito un'istruttoria più completa?¹⁴ La mancanza dell'unanimità di intenti fra i parenti sull'inutilità o superfluità dei trattamenti vitali poteva giustificare una scelta di interruzione dei medesimi o sarebbe stato più opportuno il raggiungimento dell'unanimità dei consensi?¹⁵ La circostanza che, in epoca successiva alla decisione della Corte europea, le autorità giudiziarie francesi siano state nuovamente investite della questione per effetto dei permanenti contrasti tra i parenti depotenzia il valore della decisione dei giudici europei ovvero riporta, ancora una volta ribadisce la centralità del principio di sussidiarietà?

Ancora una volta, non credo che il tema possa e debba risolversi sulla base di uno schieramento – *pro choice*, *pro life* – ma debba, piuttosto, misurarsi pur sempre con il caso, con la vicenda concreta, con le implicazioni difficili che spesso la connotano, con la diversità delle posizioni espresse dai familiari tenute presenti le conoscenze medico-scientifiche.

Certo, ancora altri interrogativi suscita il caso qui evocato. La decisione sull'interruzione delle cure del malato affidata ai medici piuttosto che ai parenti può ritenersi accettabile ancorché i criteri, le procedure, i limiti siano assai diversi rispetto al caso in cui la scelta sia affidata ai parenti? Ma d'altra parte, sulla base di quale legittimazione i parenti potrebbero decidere, in una situazione di incoscienza, della vita altrui? L'espropriazione che sembra realizzarsi in danno di alcuni dei soggetti che rappresentano, almeno dal punto di vista degli affetti, la persona interessata in favore di altri parenti è davvero totale o rappresenta una risposta difficile, se si vuole tremenda, ma comunque dotata di un certo grado di razionalità rispetto al mistero della vita e della morte? La (tanto parziale quanto significativa) "delega" alla scienza medica su queste materie – alle quali puntualmente fa riferimento Corte cost. n. 162/2014 – è accettabile, auspicabile, dovuta? Ed ancora, e non da ultimo, la scelta di ritenere coerente e corretto l'*iter* seguito dai sanitari in attuazione di una legge dello stato che aveva realizzato in certo bilanciamento fra gli interessi coinvolti costituisce espressione del riconoscimento di un margine di apprezzamento che la Corte europea ha riconosciuto nel caso concreto essere il migliore possibile, in piena osservanza del canone della sussidiarietà?

Le implicazioni etiche del caso sono talmente evidenti da sconsigliare, in questo caso come in tutti quelli nei quali è in gioco il bene "sacro" della vita, posizioni nette.

Simone Penasa, nel suo bel libro di recente dato alle stampe – *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica* (Napoli, 2015) – si occupa e preoccupa di tratteggiare un protocollo fra le diverse istanze che pulsano quando ci si accosta a temi biogiuridici – autoregolative, eteroregolative – muovendo da un'impostazione comparativa che prende a pretesto il tema della procreazione mediamente assistita per giungere a prospettive di sistema.

Lasciare, come si fa in Italia, dove manca totalmente una regolamentazione normativa (come ricorda Casonato) tutto al caso e ai giudici forse è troppo, anche se lo stato di eccezione trae linfa da un'inerzia legislativa davvero insopportabile. Inerzia ancora più grave perché non si comprende che la legge, per essere rispettosa dalle diverse istanze che pure provengono dalla società, dovrebbe

¹⁴ La questione è ben centrata nell'approfondito studio sulla vicenda qui ricordata di C. CASONATO, *Un diritto difficile. Il caso Lambert fra necessità e rischi*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 9, 2015, 489-501.

¹⁵ V. ancora, C. CASONATO, *Un diritto difficile*, cit., 495 ss. L'A., peraltro, offre una lettura della sentenza *Englaro* della Cassazione – sent. n. 21748/2007 – secondo la quale nell'ordinamento interno la prospettiva di interruzione del trattamento presupporrebbe ineludibilmente l'unanimità dei consensi dei soggetti legittimati.

aprirsi “prima” al confronto, dovrebbe fornire a tutti la possibilità di mettere sul tappeto le questioni, le prospettive, le implicazioni che presenta il tema del fine vita per poi decidere, trovando un razionale punto di sintesi.

Si potrà, in definitiva, dire anche che il caso *Lambert* è stato definito “senza cuore” dai giudici – nazionali e non – che se ne sono occupati a vario livello.

A me pare che, pur dovendosi esprimere il totale rispetto di tutte le posizioni espresse dai familiari coinvolti, chiamati ora a confrontarsi con gli effetti della decisione della Corte europea nell’ordinamento interno, esso comunque dimostri la ricerca di un punto di equilibrio accettabile fra diritti dell’individuo e dei suoi familiari, ruolo della scienza medica, del legislatore e dei giudici. Insomma, un caso di scuola sul quale confrontarsi, ancora una volta, senza pregiudizi e senza prospettive gerarchizzanti.

6. Corte Dir. uomo, 28 maggio 2013 e Corte dir.uomo, 27 agosto 2015, ric. n. 46470/11, *Parrillo c. Italia*, in tema di diritto alla donazione di embrioni criocongelati. Alla ricerca di un ancora lontano “statuto” dell’embrione

Implicazioni bioetiche e biogiuridiche non meno evidenti erano alla base del caso sottoposto alla Corte europea da una donna che, rimasta tragicamente vedova del proprio marito, aveva tentato di donare alcuni embrioni criocongelati per fini di sperimentazione scientifica, senza riuscirci in relazione al divieto opposto in base al divieto previsto dalla l. n. 40/2004¹⁶.

Nel giudizio promosso da una cittadina italiana volto a sostenere che l’Italia aveva violato gli artt. 1 Prot. n. 1, 10 e 8 CEDU, la Corte ha ritenuto parzialmente ricevibile il ricorso con la decisione resa il 28 maggio 2013, ric. n. 46470/11, *Parrillo c. Italia*.

In tale occasione la Corte ha ritenuto meritevoli di essere comunicate al Governo le parti del ricorso nel quale si ipotizza la violazione del diritto al godimento pieno della proprietà e al rispetto della vita privata e familiare.

La Corte, nel giudizio di ricevibilità, ha evocato l’art.18 della Convenzione di Oviedo – «Quando la ricerca sugli embrioni in vitro è ammessa dalla legge, quest’ultima assicura una protezione adeguata all’embrione. La costituzione di embrioni umani a fini di ricerca è vietata.» – e le conclusioni della Commissione di studio sugli embrioni crioconservati nei centri di procreazione medicalmente assistita» nominata con decreto del 25 giugno 2009 dal Ministro della Salute.

Secondo la relazione finale adottata l’8 gennaio 2010 da tale organo, non può allo stato riconoscersi la possibilità di interrompere la crioconservazione, ciò derivando dal divieto legale di soppressione degli embrioni fuori dai casi di impianto in utero o di morte accertata – che tuttavia non può verificarsi prima dello scongelamento¹⁷.

¹⁶ «È vietata qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano. [...] 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.»

¹⁷ «... Il divieto legale di soppressione degli embrioni induce a ritenere che la crioconservazione possa essere interrotta solo in due casi: quando si possa impiantare l’embrione scongelato nell’utero della madre o comunque di una donna disposta ad accoglierlo o quando sia possibile accertarne scientificamente la morte naturale o la

La Corte, oltre a menzionare i precedenti resi dai giudici di merito italiani sul tema unitamente alla decisione resa dalla Corte di Giustizia resa il 18 ottobre 2011 (C-34/10 Oliver Brüstle/Greenpeace)¹⁸, non mancava di evidenziare l'attuale stato delle legislazioni europee in tema di utilizzazione degli embrioni ai fini di sperimentazione scientifica ricordando che, su tredici Stati europei (Italia, Irlanda, Regno Unito, Portogallo, Spagna, Germania, Repubblica Ceca, Svizzera, Francia, Grecia, Lituania, Finlandia e Svezia), tre prevedono un divieto generale di utilizzare degli embrioni per finalità di ricerca scientifica (Italia, Irlanda e Germania), mentre negli altri Stati la legislazione permette tale pratica, soprattutto per quanto riguarda gli embrioni soprannumerari (ossia, quelli che, creati nell'ambito di una fecondazione *in vitro*, alla fine non vengono utilizzati), assoggettandoli ad alcune condizioni (ad esempio, che la coppia interessata vi acconsenta o che la ricerca sia effettuata entro un determinato periodo di vita degli embrioni).

La Corte ha quindi ritenuto irricevibile il motivo di ricorso fondato sull'art. 10 CEDU. La prospettiva secondo la quale il divieto di poter donare gli embrioni in causa violerebbe la libertà di espressione, di cui la libertà della ricerca scientifica costituirebbe un aspetto fondamentale, è stata ritenuta inammissibile. Il giudice europeo, «... Non escludendo che l'eventuale uso degli embrioni in causa potrebbe essere utile per la ricerca scientifica e che quest'ultima può costituire una forma di libertà di comunicazione delle informazioni», ha rilevato che, così come formulato dalla ricorrente, il motivo di ricorso verte su un diritto di cui sono titolari gli operatori del settore, ossia i ricercatori e gli scienziati e indirettamente la ricorrente. Ragion per cui quest'ultima non può considerarsi vittima rispetto al motivo che solleva.

Il tema di indagine esaminato, con separata decisione, nel merito ha dunque riguardato la prospettata violazione degli artt. 1 Prot. n. 1 CEDU – avendo la ricorrente prospettato il fatto che la legge n. 40/2004 vieti la possibilità di donare i suoi embrioni per finalità di ricerca scientifica, obbligandola a mantenere questi ultimi in uno stato di crioconservazione fino alla loro estinzione – e 8 CEDU, in relazione al diritto al rispetto della sua vita privata¹⁹.

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. È da ritenere però che il progresso della ricerca scientifica consentirà di individuare criteri e metodologie per diagnosticare la morte o comunque la perdita di vitalità degli embrioni crioconservati: si arriverà così a superare l'attuale paradosso, legalmente inevitabile, di una crioconservazione che potrebbe non avere mai un termine. In attesa che a tanto si giunga e che si possa ben presto stabilire quando sia divenuto privo di senso il prolungamento della conservazione degli embrioni in stato di congelamento, ribadisce che non è possibile non far riferimento all'esplicita prescrizione dell'art. 141 della L. 40/2004, che vieta comunque la soppressione degli embrioni, quindi anche di quelli tra essi che siano crioconservati. Non solo, ancor più dirimente è il fatto che il legislatore della legge 40 già postosi il problema della sorte degli embrioni soprannumerari, ha optato inequivocabilmente per la loro conservazione e non per la loro distruzione, con ciò cristallizzando normativamente una ratio preferenziale verso una loro tenuta in vita, anche quando fosse incerto il loro destino.»

¹⁸ V. successivamente, Corte Giust., 18 dicembre 2014, causa C-364/13, *International Stem Cell Corporation*.

¹⁹ Va ricordato che la Corte costituzionale francese ha confermato la legittimità costituzionale della legge in tema di bioetica che ha introdotto la possibilità di attività di ricerca scientifica su embrioni e cellule staminali con finalità medica – cfr. Corte cost. francese, 1 agosto 2013 n. 674, in <http://www.conseil->

La Grande Camera della Corte europea, con la sentenza pubblicata il 27 agosto 2015, ha escluso le ipotizzate violazioni.

Assai interessante lo sviluppo motivazionale della sentenza, a partire dai profili relativi alla ritenuta ricevibilità del ricorso posta in discussione dal Governo italiano per il mancato esaurimento delle vie di ricorso interno.

La Corte non ha biasimato la decisione della ricorrente che si è rivolta a Strasburgo senza promuovere alcun giudizio innanzi alle Corti nazionali. A sostegno di tale conclusione la Corte europea ha richiamato la circostanza che la richiesta di utilizzazione di embrioni per fini scientifici era vietata dalla legge che il Governo italiano non aveva in alcun modo provato l'esistenza di rimedi effettivi interni capaci di offrire tutela alla richiesta della donna tenendo in considerazione le prerogative considerate dalla CEDU. Secondo la Corte, solo due precedenti giurisdizionali – a fronte dei numerosi altri che si erano occupati di vicende in qualche modo omogenee – avevano fatto applicazione della CEDU ma non potevano dirsi idonei a dimostrare l'esistenza di un rimedio effettivo a disposizione della ricorrente²⁰. In questa prospettiva il richiamo all'obbligo di interpretazione convenzionalmente orientata sancito dalle sentenze gemelle del 2007 della Corte costituzionale operato dal Governo italiano a sostegno dell'irricevibilità non è stato ritenuto persuasivo.

D'altra parte, la possibilità di ricorrere alla Corte costituzionale per ottenere la declaratoria di incostituzionalità della legge per contrasto con la CEDU non costituisce un valido motivo per ritenere l'effettività dei rimedi interni, non risultando il sistema interno caratterizzato dall'azione diretta della persona alla Corte costituzionale. Del resto, osserva ancora la Corte di Strasburgo, la stessa decisione del Presidente della Corte costituzionale di sospendere l'esame di altro ricorso proposto dal Tribunale di Firenze su analoga questione in attesa della decisione della medesima Corte sul caso *Parrillo* costituiva ragione ulteriore per ritenere correttamente proposto il ricorso²¹ al giudice europeo in assenza di rimedi interni effettivi.

Nemmeno la riferibilità della prospettata violazione ad un contrasto della normativa interna alla CEDU e il decorso del termine di sei mesi dalla risposta negativa alla richiesta di donazione per fini scientifici degli embrioni ricevuta dalla ricorrente ha determinato l'accoglimento dell'eccezione di irricevibilità per

constitutionnel.fr/decision/2013/2013-674-dc/decision-n-2013-674-dc-du-01-aout-2013.137980.html (ultima consultazione 29 ottobre 2015).

²⁰ P. 97 sent.cit.: «... as the compatibility of section 13 of Law no. 40/2004 with the rights guaranteed by the Convention is a new issue, the Court is not convinced that the possibility open to the applicant to bring her complaints before an ordinary court constitutes an effective remedy».

²¹ Non manca, nella decisione qui in esame, un riferimento – par. 100 – alla Corte cost. n. 49/2015, cit., con la quale la Corte costituzionale ha ritenuto che l'obbligo di confrontarsi con la giurisprudenza della Corte europea sussista solo quando la stessa è consolidata o si riferisce a cause pilota. L'accenno, apparentemente poco significativo, non sembra essere casuale ma offre più di uno spunto per ritenere che lo stesso sia stato fatto per stigmatizzare la posizione espressa nella sentenza n. 49. Su tale decisione v. i contributi riportati dal sito www.giurcost.org a commento della pronunzia. In sostanza, secondo l'opinione concorrente di alcuni giudici - Casadevall, Raimondi, Berro, Nicolaou e Dedov – espressa nel medesimo procedimento (p. 10), la Corte reputa che il rimedio nazionale, *avvitato* sull'impossibilità di rendere obbligatorio il controllo di convenzionalità nei casi di contrasto fra norma interna e giurisprudenza di Strasburgo non consolidata – quale poteva ritenersi rispetto al caso in esame – non poteva che determinare la ricevibilità del ricorso, al fine di impedire che il *vulnus* nella tutela interna potesse ridondare negativamente ai fini della ricevibilità del ricorso a Strasburgo e in tal modo definitivamente esautorare di contenuto il diritto che si assumeva avere subito un pregiudizio.

decorso del termine di sei mesi. La Corte ha ribadito che la persistenza dell'interferenza fra diritto convenzionale e divieto normativo nazionale costituisce dimostrazione della permanenza dell'interferenza con il diritto alla integrità della vita privata sancito dall'art. 8 CEDU.

Detto questo in punto di ricevibilità, va ricordato che la Corte europea ha dato atto dei numerosi documenti che a livello scientifico, etico, politico e *lato sensu* giuridico sono stati resi da varie organizzazioni internazionali e mediche, poi specificamente occupandosi dagli aspetti comparatistici. In questo contesto è stato dato atto della diversità di regolamentazione adottata dai singoli Paesi membri alla questione dell'utilizzazione di embrioni per finalità scientifiche, individuandosi realtà nelle quali il fenomeno non è disciplinato, altre nelle quali è ammesso incondizionatamente ed altre ancora, come l'Italia, nelle quali la sperimentazione è ammessa nei casi limitati di diretto beneficio per l'embrione²².

La Corte EDU ha quindi riconosciuto che la situazione prospettata dalla ricorrente in ordine all'utilizzazione per finalità di sperimentazione scientifica degli embrioni congelati rientra tra le prerogative garantite dal diritto alla vita privata di matrice convenzionale. Il collegamento agli aspetti della vita privata della ricorrente è colto nella riferibilità del materiale genetico alla persona ed alla sua identità biologica. Conseguentemente, gli aspetti collegati alle scelte in ordine alla destinazione degli embrioni attengono all'intimità della persona che li ha generati e al suo diritto all'autodeterminazione.

La Corte prosegue nel verificare la legittimità dell'interferenza rappresentata dal divieto di utilizzazione degli embrioni per fini scientifici, rilevando che il margine di apprezzamento riservato agli Stati in materia è ampio, non attenendo la questione all'identità o all'esistenza della ricorrente. In sintesi, secondo la Corte l'ingerenza sul diritto fondamentale alla vita privata e familiare prodotta dal divieto di utilizzazione degli embrioni criocongelati per finalità scientifica deve ritenersi giustificata – e dunque necessaria in una società democratica – in relazione all'assenza di consenso su tale possibilità all'interno dei singoli Stati. Per di più non vi era prova precisa che il coniuge della ricorrente tragicamente mancato, avesse espresso il consenso della sperimentazione quando era in vita.

La Grande Camera ha quindi escluso la possibilità di invocare l'articolo 1 del Protocollo n. 1 rispetto al caso concreto. Tralasciando così di affrontare il tema, assai controverso, del momento in cui inizia la vita umana ai sensi dell'articolo 2 CEDU, la Corte ha escluso la violazione del diritto di proprietà, non ritenendo che gli embrioni possono essere considerati dei beni, secondo la connotazione patrimoniale che caratterizza il ricordato art. 1, Prot. n. 1.

5. Brevi conclusioni

Non resta ora che procedere a questa istantanea conclusione.

Il confronto con la decisione della Corte costituzionale in tema di procreazione assistita dimostra quanto sia marcata, anche se non dichiarata, l'influenza culturale della Corte europea dei diritti dell'uomo e della CEDU sulla giustizia costituzionale.

In dottrina si è da tempo sottolineato come sia in corso un processo di profonda rigenerazione delle giurisdizioni ma anche delle Carte dei diritti correlato alla circolazione osmotica dei materiali normativi e giurisprudenziali all'intero di Corti di varie origine ed estrazione.

²² Nemmeno sono mancati riferimenti espliciti alla Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997 e al Protocollo ad essa aggiunto nell'anno 2005 concernente la ricerca biomedica.

Prende dunque sempre più corpo quel fenomeno per cui «...un operatore di giustizia riconosce come proprio un certo orientamento culturale senza neppure avvedersi che sta attingendo ad una fonte dislocata all'esterno dell'ordinamento di appartenenza, senza cioè neppure avere la consapevolezza di dove una certa idea, presentata quale il frutto di personale elaborazione, rinvenga il seme da cui si è formata e di quale perciò sia la struttura di un complessivo (e non di rado complesso) processo che ne ha determinato la maturazione e la finale emersione»²³.

Questa prospettiva, quando è orientata a garantire livelli elevati di tutela dei diritti, risulta certo appagante per il destinatario della tutela ma richiede, certo, un'opera di "fertilizzazione" complessa all'interno del sistema nel quale ogni giudice è chiamato ad operare, rischiando altrimenti di risultare poco comprensibile se ad essa non affianca lo studio sistematico in una prospettiva di comparazione fra ordinamenti, Carte dei diritti fondamentali e diritti viventi che su queste ultime vanno ad innestarsi. Ciò che favorisce, comunque, la prevedibilità non del risultato finale, ma del processo che occorre seguire per realizzare al meglio la realizzazione di quella coppia assiologica – libertà ed eguaglianza – che Antonio Ruggeri ha da tempo individuato come autentico motore della nostra stessa vita democratica.

Il "gioco al rialzo" nella tutela dei diritti fondamentali al quale spesso si assiste in questo periodo storico non può non passare attraverso un'attenta ponderazione dei singoli frammenti, normativi o giurisprudenziali, interni e sovranazionali, che compongono oggi il diritto, al fine di coglierne gli aspetti e le implicazioni ultime senza perdere di vista la particolarità della vicenda concreta e gli interessi contrapposti che volta per volta la contraddistinguono.

Se così è, risulta difficile pensare che le valutazioni anzidette ed i bilanciamenti "finali" che ad esse sottendono possano essere rese da un'autorità giudiziaria diversa da quella "di prossimità" al caso concreto. Il raccordo che deve quindi crearsi fra giudice interno e giudice sovranazionale valorizza in modo enorme il ruolo del primo nella misura in cui egli riesce a fare vivere nelle sue decisioni dei casi i *principia* espressi dalle Corti sovranazionali e nazionali che continuamente contribuiscono ad identificare il contenuto e la sostanza dei diritti fondamentali, sagomandoli sul caso concreto.

Per altro verso, la ricchezza delle opinioni, concorrenti e dissenzienti rese nel caso *Lambert* di cui si è detto, soprattutto quando affrontano, in modo appassionato e profondo, il nodo della "personalità" dell'embrione, danno forse la maggiore dimostrazione di quanto l'assenza del consenso fra i Paesi membri affermata dalla Grande Camera e sulla quale si è coniugato il "consenso" della maggioranza trovi speculare conferma nella diversità di opinioni esistenti all'interno della Corte su concetti di base quali appunto la tutela della dignità dell'embrione scissa da quella della persona che ha contribuito a farlo venire ad esistenza.

Ciò che dimostra come sia ancora indefinito l'orizzonte nel quale la Corte si prenderà la "libertà" di individuare uno standard comune sulle tematiche dell'inizio e del fine vita. Dall'altra parte, allora, stanno i singoli Paesi, le tradizioni culturali e sociali che vi albergano, le legislazioni e, ancora una volta, i giudici nazionali, ai quali non è dunque consentito di glissare le questioni, prendendo coscienza

²³ A. RUGGERI, *La Carta dei diritti dell'Unione europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Presentazione di una Giornata di studi, dall'omonimo titolo, svoltasi a Messina il 16 ottobre 2015.

delle multiformi difficoltà che esse presentano e che richiedono soluzioni, come è stato detto in modo assai fine da Carlo Casonato, comunque “miti”²⁴.

²⁴ Piace riportare le parole espresse da Casonato nel suo breve commento a Corte cost.n.162/2014 – *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in www.confronticostituzionali.eu, 2014 (17 giugno): «... il biodiritto tratta di un oggetto che tipicamente coinvolge la struttura morale più profonda di ognuno di noi e, con essa, il significato stesso di concetti antropologicamente delicati e moralmente divisivi come quelli di salute, di malattia, di vita, di morte, di dignità, fino alla stessa definizione di essere umano. Trovare un accordo sulla relativa disciplina giuridica, indicare diritti e doveri, limiti e divieti è quindi attività che richiede una straordinaria dose di attenzione ai dati scientifici, di equilibrio, di sensibilità, di capacità di dialogo e di sintesi fra posizioni anche molto distanti. Su materie come quelle disciplinate dal biodiritto, non si può procedere a colpi di maggioranza, ma è necessario attivare percorsi di presa in carico degli interessi di volta in volta coinvolti, nella consapevolezza che i singoli casi presentano sempre sfaccettature diverse e particolari. Per questo, le scienze della vita invocano un biodiritto che non può assumere i caratteri del fondamentalismo, ma che deve tendere all’apertura e alla mitezza. Tali caratteristiche non vanno confuse con indecisione e debolezza ma anzi, impongono che la soluzione legislativa prescelta sia il frutto di un bilanciamento di interessi attento, ragionevole e proporzionato, all’interno di una logica costituzionale come quella italiana che pone al centro della propria azione lo sviluppo e la promozione dei diritti e il rispetto – lo dico al plurale – delle persone».