

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA  
DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZA, TECNOLOGIA &  
DIRITTO  
XXIII CICLO ANNI 2007-2010

---

---

**VINCENZO MARIO MARCO TIGANO**

**I PROFILI DI RILEVANZA PENALE  
DELLA RICERCA SCIENTIFICA  
SULLE CELLULE STAMINALI  
EMBRIONALI UMANE**

Coordinatore:  
**Ch.mo Prof. Bruno  
Montanari**

Tutor interno:  
**Ch.mo Prof. Alberto Andronico**

Tutor esterno:  
**Ch.ma Prof.ssa Anna Maria Maugeri**

---

---

## INDICE

### **CAPITOLO I: PROFILI DI RILEVANZA PENALE DELLA SPERIMENTAZIONE SUGLI EMBRIONI UMANI: L'ESIGENZA DI UN RAGIONEVOLE BILANCIAMENTO TRA LA LIBERTÀ DELLA RICERCA SCIENTIFICA SULLE CELLULE STAMINALI E IL DIRITTO ALLA VITA DEGLI EMBRIONI.**

1. Premessa.....	4
2. Profili di incompatibilità del delitto di cui all'art. 13, comma 1, legge n. 40/2004, con il principio di tassatività.....	9
2.1. L'indeterminatezza del concetto di "embrione".....	19
2.2. L'indeterminatezza del concetto di "sperimentazione".....	20
3. L'irragionevole predisposizione della struttura criminosa del pericolo presunto: una soluzione ermeneutica fondata sul principio di offensività.....	22
4. ( <i>Segue</i> ): I vantaggi scaturenti dall'introduzione, in via ermeneutica, del pericolo come elemento di fattispecie: la legittimazione di una sperimentazione "soft" sugli embrioni umani.....	34
5. Prospettive di riforma: la ricerca scientifica sulle cellule staminali embrionali di embrioni in condizioni di "morte organismica".....	40
6. ( <i>Segue</i> ): La ricorribilità al modello delle scriminanti procedurali: l'esempio offerto dalla normativa spagnola. ....	43
7. Conclusioni.....	48

### **CAPITOLO II: LA TUTELA PENALE DELLA DIGNITÀ UMANA NELL'AMBITO DELLE ATTIVITÀ COSTITUTIVE DI EMBRIONI PER FINI DI RICERCA SCIENTIFICA.**

1. Premessa: la repressione degli atti prodromici alla ricerca sulle cellule staminali embrionali.....	54
2. Le fattispecie "aggravanti" del delitto di sperimentazione.....	57
3. Il valore della dignità dell'uomo sul piano normativo nazionale e transnazionale: fondamenti storico-filosofici.....	63
4. ( <i>Segue</i> ): La dignità umana come bene giuridico collettivo.....	70

5. ( <i>Segue</i> ): La dimensione superindividuale del bene giuridico della dignità umana nell'ambito delle fattispecie di produzione e di clonazione di embrioni per fini di ricerca.....	76
6. Il delitto di produzione di embrioni per fini di ricerca o di sperimentazione.....	83
7. Il delitto di clonazione di embrioni per fini di ricerca.....	90
8. L'inadeguatezza del trattamento sanzionatorio "aggravato": il contrasto con il principio di proporzione.....	93
9. ( <i>Segue</i> ): Il contrasto con il principio di ragionevolezza.....	97
10. Profili comparatistici con l'ordinamento spagnolo: la tutela della dignità umana nell'ambito dei delitti relativi alle manipolazioni genetiche.....	102
11. Conseguenze sul piano applicativo e prospettive di riforma.....	107

**CAPITOLO III: LE ESIGENZE DI ARMONIZZAZIONE  
IN AMBITO EUROPEO E IL FENOMENO DEL COMMERCIO DI  
CELLULE STAMINALI EMBRIONALI UMANE.**

1. Le difficoltà di armonizzazione europea nel campo della ricerca sulle cellule staminali embrionali.....	112
2. I diversi modelli legislativi riscontrabili a livello europeo.....	114
3. Il limitato ruolo delle istituzioni europee in materia.....	116
4. Opzioni ermeneutiche volte all'incriminazione della compravendita di cellule staminali embrionali: il delitto di commercializzazione di embrioni e di gameti umani.....	118
5. ( <i>segue</i> ): il delitto di ricettazione.....	125
6. Prospettive <i>de lege ferenda</i> .....	127
7. Riflessioni sul principio di laicità: i rapporti tra diritto e morale..	130

<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>136</b>
--------------------------	------------

**CAPITOLO I**  
**PROFILI DI RILEVANZA PENALE DELLA**  
**SPERIMENTAZIONE SUGLI EMBRIONI UMANI: L'ESIGENZA**  
**DI UN RAGIONEVOLE BILANCIAMENTO TRA LA LIBERTÀ**  
**DELLA RICERCA SCIENTIFICA SULLE CELLULE STAMINALI**  
**E IL DIRITTO ALLA VITA DEGLI EMBRIONI**

**SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Profili di incompatibilità del delitto di cui all'art. 13, comma 1, legge n. 40/2004, con il principio di tassatività. – 2.1. L'indeterminatezza del concetto di "embrione". – 2.2. L'indeterminatezza del concetto di "sperimentazione". – 3. L'irragionevole predisposizione della struttura criminosa del pericolo presunto: una soluzione ermeneutica fondata sul principio di offensività. – 4. (*Segue*): I vantaggi scaturenti dall'introduzione, in via ermeneutica, del pericolo come elemento di fattispecie: la legittimazione di una sperimentazione "soft" sugli embrioni umani. – 5. Prospettive di riforma: la ricerca scientifica sulle cellule staminali embrionali di embrioni in condizioni di "morte organismica". – 6. (*Segue*): La ricorribilità al modello delle scriminanti procedurali: l'esempio offerto dalla normativa spagnola. – 7. Conclusioni.**

**1. Premessa.**

La questione dei rapporti tra scienza, etica e diritto ha trovato massima espressione, soprattutto nell'ultimo decennio, nell'ambito della tematica della sperimentazione sulle cellule staminali embrionali.

Si tratta di cellule che, nei primi giorni a partire dalla fecondazione, mantengono un livello di "totipotenza", ossia di indifferenziazione, tale da consentire loro di svilupparsi, se opportunamente stimolate in laboratorio, in qualunque tipo di cellula "matura" dei tessuti e degli organi umani: potrebbero, quindi, essere utilizzate, a scopo terapeutico, per "riparare" i tessuti danneggiati, in

presenza di gravi malattie degenerative come lo scompenso cardiaco, il morbo di Alzheimer, il morbo di Parkinson<sup>1</sup>. Secondo il rapporto stilato nel 2000 dalla Commissione di studio sull'utilizzo di cellule staminali per finalità terapeutiche, presieduta dal Premio Nobel Renato Dulbecco, «è possibile stimare, sebbene in via del tutto preliminare che, su un numero totale di soggetti affetti da patologie croniche di circa 30 milioni nel nostro Paese, l'utilizzo delle cellule staminali di varia origine possa portare a sviluppare metodiche cliniche per il trattamento di un numero di pazienti che, comprendendo le patologie di origine cardiovascolare, si avvicina ai 10 milioni di individui»<sup>2</sup>.

Il complesso delle conseguenze applicative che gli interventi di sperimentazione sugli embrioni umani hanno apportato su tutti i soggetti direttamente e indirettamente coinvolti da essi, hanno, tuttavia, sollevato interrogativi rilevanti circa il necessario bilanciamento che andrebbe condotto tra la libertà della ricerca scientifica e la tutela della vita dell'embrione.

Sebbene analizzando il testo della nostra Costituzione, non sia dato ravvisare alcuna disposizione che prenda espressamente in considerazione la necessità di apprestare una qualche forma di garanzia all'embrione umano, da ciò non è possibile desumere un'implicita negazione del suo valore giuridico – anche in base alla considerazione che la nostra Carta Costituzionale non costituisce un catalogo chiuso di valori<sup>3</sup> –, bensì un esempio di «avanzamento da

---

<sup>1</sup> Cfr. A. CARDONE, *Cellule staminali: un limite ingiusto sui blastomeri*, in *Guida al dir.*, 2004, n. 40, p. 36.

<sup>2</sup> Relazione della Commissione di studio sull'utilizzo di cellule staminali per finalità terapeutiche, Roma, 28 dicembre 2000, in [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu)

<sup>3</sup> Si veda Corte Cost., 5 giugno 1978, n. 71, in *Giur. Cost.* 1978, p. 602, secondo cui la Costituzione non vincola «il legislatore al perseguimento di specifici interessi». In tal senso, si veda altresì M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano 2004, p. 70 ss., ove l'A. afferma che «Dalla Costituzione è possibile che si individuino i profili, il “volto” di un modello di illecito, ma la concretizzazione di quella figura dipende dall'intero ordinamento e da scelte che restano pluralistiche e storicamente condizionate». Cfr. inoltre N. MAZZACUVA, *Modello costituzionale di reato. Le «definizioni» del reato e la struttura dell'illecito penale*, Giappichelli, Torino 2006, p. 92 ss. A sostegno, invece, di un modello costituzionale di illecito penale, si veda F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XIX, UTET, Torino 1973, *passim*.

progresso»<sup>4</sup> dei confini di tutela dei beni giuridici, «di un oggetto di protezione, cioè, non nuovo, bensì reso giuridicamente visibile da nuove forme di aggressione»<sup>5</sup>. Del resto, la nascita in tempi recenti di una serie di modelli giuridici di tutela penale dell'embrione, all'interno dei diversi ordinamenti statali, fa comprendere come soltanto negli ultimi decenni siano state prese in considerazione forme di offesa a un bene che prima di allora era visto come concretamente inattaccabile, in assenza di biotecnologie d'avanguardia<sup>6</sup>.

Se si intendesse trovare dei fondamenti, seppure indiretti, della rilevanza costituzionale della vita dell'embrione, ci si potrebbe ricollegare alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo (art. 2), al principio di uguaglianza (art. 3) e alla salvaguardia del diritto alla salute degli individui (art. 32), salvo poi comprendere fino a che punto sia legittimo tutelare l'embrione alla stregua di una "persona"<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt am Main, 1980, p. 132.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> Si veda E. PALIERO, *Consenso e legislazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1992, p. 921, secondo cui non è mai stato in discussione il bisogno di tutela dell'embrione, quanto piuttosto il bisogno di pena dei comportamenti che lo offendono, comportamenti solamente teorizzabili fino a qualche decennio fa. Sul punto, si veda anche S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflessi illiberali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1995, p. 357, in cui l'A., seppure con riferimento alla tutela di beni superindividuali, quali l'economia o l'ambiente, approva che il legislatore venga a regolamentare «fenomeni connotati da dannosità sociale che non erano stati presi in considerazione – o lo erano stati in maniera inadeguata –, perché non avevano ancora, oggettivamente, assunto una caratteristica di gravità che rendesse consigliabile l'attivazione dello strumento penale, o perché, infine, non si erano ancora verificati in precedenza».

<sup>7</sup> Tra i bioeticisti esiste, infatti, un dibattito sull'ampiezza del concetto di "persona". Si veda L. PALAZZANI, *Il concetto di persona tra bioetica e diritto*, Giappichelli, Torino 1996, p. 238 ss., che identifica ontologicamente la nozione di "persona" con quella di "essere umano": «ciò che è rilevante per il riconoscimento dell'essere persona è l'appartenenza, per natura, alla specie umana razionale, indipendentemente dalla manifestazione esteriore in atto di certi caratteri, operazioni o comportamenti» (p. 239). In tal senso, l'A. – riprendendo il concetto aristotelico di "potenza" – afferma che la "persona" viene in essere «sin dal momento in cui si forma la sostanza», e cioè dal momento della fecondazione dell'ovocita, in quanto «La presenza di un principio sostanziale consente di riconoscere lo statuto attuale della persona nell'essere umano anche in condizioni di "potenzialità"» (p. 240-241). Sull'inscindibile legame tra l'embrione e la

Da un punto di vista strettamente giuridico, infatti, la nozione di “persona” si ricollega a quella di “capacità giuridica”, che, ai sensi dell’articolo 1 c.c., «si acquisisce al momento della nascita». All’embrione, dunque, non potrebbe essere riconosciuto lo stesso *status* «di un bambino vivente o di un adulto»<sup>8</sup>: i diritti di cui esso

---

persona umana, si sofferma anche il Comitato Nazionale per la Bioetica (C.N.B.), che in un documento del 1996 (*Identità e statuto dell’embrione umano*, 22 giugno 1996, in [www.portaledibioetica.com](http://www.portaledibioetica.com).) ha affermato che «l’embrione umano deve essere considerato e trattato sempre, fin dalla fecondazione, in base al valore etico di persona umana e il semplice dubbio di poter sopprimere la persona umana – anche in un embrione nelle prime fasi di sviluppo – impone di astenersi dal farlo». In base a tale dichiarazione, emerge che il C.N.B. afferma implicitamente – in conseguenza del legame tra quelle due entità – l’esistenza di un principio di precauzione finalizzato alla salvaguardia dell’embrione. Nell’ambito della dottrina penalistica, considera, invece, l’embrione come persona già in atto, F. MANTOVANI, *La fecondazione assistita tra il “diritto alla prole” e il “diritto ai due genitori”*, in *Ind. Pen.* 1990 p. 421, secondo cui «l’embrione è organismo attuale della vita umana e non potenziale»; nonché R. RIZ, *Bioetica – Fivet – Clonazione. Tutela della persona e della vita*, in *Ind. Pen.* 2000, p. 475. Una critica dettagliata all’argomento della potenzialità – nonché, e a maggior ragione, all’equiparazione tre embrione e persona “in atto” – è elaborata da M. MORI, *Il feto ha diritto alla vita? Un’analisi filosofica dei vari argomenti in materia con particolare riguardo a quello della potenzialità*, in AA.VV., *Il meritevole di tutela*, a cura di L. LOMBARDI VALLAURI, Giuffrè, Milano 1990, p. 735 ss. Tra le teorie che posticipano la persona rispetto all’inizio della vita umana, si veda N. FORD, *When did I begin? Conception of the human individual in history, philosophy and sciences*, Cambridge University Press, Cambridge 1989, p. 72 ss. Secondo l’A. – che parifica le espressioni “essere umano”, “individuo umano” e “persona”, – può parlarsi di persona nel momento in cui si definisce l’individualità umana, cioè a partire da quando si forma l’asse caudale e cessa la possibilità della gemellazione (quattordicesimo giorno dalla fecondazione). Secondo P. SINGER, *Etica pratica*, Liguori, Napoli 1989, p. 86 ss., per “persona” si intende l’essere umano nel momento in cui sia dotato di autocoscienza e di razionalità. Si veda, inoltre, H.T. HENGELHARDT, *The foundations of Bioethics*, Oxford University Press, New York 1996, p. 138, secondo cui la “persona” deve essere dotata di autonomia e deve essere dotata di quelle caratteristiche mentali che le consentirebbero di comportarsi come “agente morale”. La conseguenza aberrante di tale ragionamento è l’esclusione dallo *status* di persona di esseri umani quali i feti, gli infanti, i ritardati mentali e i soggetti in condizioni di coma irreversibile. Critica l’opinione di Hengelhardt, in quanto fortemente discriminante per i “soggetti deboli”, R. ANDORNO, *The paradoxical notion of human dignity*, in *Riv. it. fil. del dir.* 2001, p. 162.

<sup>8</sup> Report of the Committee of Inquiree into Human Fertilization and Embriology (Warnock Report), London, 18 luglio 1984, in *Journ. of advanced nursing* 1984, p. 375 ss.

potrebbe godere in quanto essere umano sarebbero attenuati rispetto a quelli di cui sia titolare la “persona”. Come, infatti, la Corte Costituzionale ha affermato con la sentenza n. 27/1975, «Non esiste equivalenza fra il diritto alla vita ma anche alla salute di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell’embrione che persona deve ancora diventare»<sup>9</sup>.

Alla necessità di tutelare la vita dell’embrione si contrappone l’obiettivo del progresso della ricerca scientifica, che, perseguendo lo scopo di apportare miglioramenti alla salute dei consociati – i quali, grazie all’evoluzione della scienza medica, potrebbero trarre benefici di tipo terapeutico –, risulta garantita costituzionalmente, oltre che direttamente *ex artt.* 9 e 33, anche indirettamente, mediante rinvio all’art. 32.

Nell’ambito della ricerca sperimentale, pertanto, la salute umana potrebbe rilevare sotto un duplice profilo: come diritto dell’individuo singolo – cioè dell’embrione – e come interesse della collettività.

Nonostante la possibilità di effettuare un bilanciamento tra gli interessi confliggenti in questo contesto, il nostro legislatore ha preso una posizione rigorosa con la legge n. 40/2004<sup>10</sup>, predisponendo all’art. 13, comma 1, il divieto assoluto di sperimentare sugli embrioni umani.

La disposizione rientra nel Capo VI della legge, intitolato «Misure di tutela dell’embrione», che, contenendo una serie di disposizioni incriminative di comportamenti che ledono o mettono in pericolo l’embrione, ha dato netta prevalenza alla tutela di quest’ultimo, negando implicitamente il valore degli altri interessi, costituzionalmente garantiti, coinvolti nelle pratiche di biotecnologia embrionale.

Tuttavia, nell’incriminare la sperimentazione sugli embrioni umani, il legislatore ha adottato una tecnica normativa che presenta vari profili di illegittimità, utilizzando concetti poco precisi e anticipando la tutela dell’embrione a un livello irragionevole, soprattutto considerando che l’interesse contrapposto, la libertà della ricerca scientifica, verrebbe a essere totalmente compresso.

Mediante un’analisi critica della norma, supportata da suggerimenti correttivi prospettabili sia sul piano ermeneutico che

---

<sup>9</sup> Corte Cost. 18 febbraio 1975, n. 27, in *Giur. Cost.*, 1975, p. 120.

<sup>10</sup> Legge 19 febbraio 2004, n. 40, “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”, in *www.camera.it*

sul piano di un'auspicabile riforma legislativa, si intende, dunque, aprire uno spiraglio alla ricerca sulle cellule staminali degli embrioni soprannumerari: si tratta della riaffermazione di una concezione solidaristica della scienza e del diritto – peraltro già apprezzata nell'ambito della normativa sul trapianto di organi da soggetti in condizione di “morte cerebrale” –, tale, comunque, da non sfociare in criticabili esiti utilitaristici contrari al primato che, secondo il nostro ordinamento giuridico, spetta alla dignità dell'essere umano.

## **2. Profili di incompatibilità del delitto di cui all'art. 13, comma 1, legge n. 40/2004, con il principio di tassatività.**

Già a una prima analisi della fattispecie di cui all'art. 13, comma 1, legge n. 40/2004, appare lampante come essa sia stata delineata dal legislatore in modo approssimativo, sia per l'indeterminatezza dell'oggetto materiale, l'embrione<sup>11</sup>, sia per l'assoluta genericità dell'espressione linguistica utilizzata per indicare la condotta incriminata, la “sperimentazione”: si dubita, pertanto, della conformità della norma al principio di tassatività. Il principio *de quo*, infatti, trova immediata attuazione per mezzo della tipizzazione dell'illecito penale<sup>12</sup>: funzione del “fatto tipico” è quella di circoscrivere, in ossequio al principio di frammentarietà, determinate forme di aggressione a beni ben specificati<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Dato che il bene protetto dalla fattispecie incriminatrice è la vita dell'embrione – come si vedrà in seguito –, l'indeterminatezza dell'oggetto materiale si proietta anche sul bene giuridico tutelato.

<sup>12</sup> Nella manualistica si veda G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, VI ed., Zanichelli, Bologna 2010, p. 182. Sul punto, si veda A.M. MAUGERI, *I reati di sospetto dopo la pronuncia della Corte Costituzionale n. 370 del 1996: alcuni spunti di riflessione sul principio di ragionevolezza, di proporzione e di tassatività*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p. 957.

<sup>13</sup> Cfr. G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, in AA.VV., *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. MARINUCCI – E. DOLCINI, Giuffrè, Milano 1985, p. 204: «Non solo la “forma” dell'offesa ma anche la fisionomia dell'oggetto dell'offesa» – secondo l'A. – «concorre, quale suo sostrato, a condizionare e plasmare la configurazione del fatto». Si veda anche L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Giuffrè, Milano 2004, p. 190, secondo cui «L'intervento penale ha natura di *extrema ratio* e non può pertanto essere onnicomprensivo, dovendo anzi selezionare (i beni e) le modalità di condotta meritevoli di pena: la tassatività della fattispecie riflette allora, forse più di ogni altra articolazione del principio di legalità, il carattere frammentario e sussidiario del diritto penale».

Gli effetti perversi della predisposizione di un divieto penale talmente impreciso, quale è quello di sperimentazione sugli embrioni, consistono sia nell'intaccare il principio della separazione dei poteri dello Stato – in base al quale il giudice deve essere messo nelle condizioni di applicare la legge, senza effettuare interventi creatori<sup>14</sup> – sia nell'aprire «enormi squarci di indeterminatezza nel reticolo delle incriminazioni, intaccando, nella sostanza, lo statuto democratico di un qualsiasi destinatario di norme penali»<sup>15</sup>. L'obbligo per il legislatore di determinare puntualmente i fatti penalmente rilevanti, infatti, è volto a evitare che si venga a creare uno stato di diffusa incertezza nel cittadino, col rischio di inibirne *in toto* la sfera di libertà concernente i comportamenti aventi ad oggetto quel bene<sup>16</sup>.

L'esatta e puntuale determinazione degli elementi costitutivi della fattispecie ha, altresì, la funzione di garantire il rispetto del principio di colpevolezza<sup>17</sup>, così da consentire l'incriminazione

---

<sup>14</sup> Cfr. G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Giuffrè, Milano 1983, p. 202, secondo cui «una formulazione indeterminata delle fattispecie penali, infatti, affida nella sostanza al giudice la configurazione dei fatti punibili, alterando il rapporto tra legislazione e giurisprudenza quale voluto dal principio *nullum crimen sine lege*». Sul rischio che la mancanza di determinatezza della fattispecie possa violare il principio di separazione dei poteri si veda anche G. FIANDACA – G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Jovene, Napoli 2003, p. 73; secondo l'A. il giudice, di fronte alle incertezze della disposizione incriminatrice, potrebbe contribuire a ridisegnarne il volto, mediante un intervento ermeneutico di sostanziale ampliamento dello spazio di punibilità, così contravvenendo al divieto di analogia in materia penale, posto dall'art. 14 Prel.

<sup>15</sup> E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed "effetti penali" dei media)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2006, p. 532, secondo cui, nell'ambito della normativa in materia di procreazione medicalmente assistita, «la tecnica di tipizzazione dei nuovi fatti di reato è stata acriticamente accettata dai *media*, nonostante la grossolanità della formulazione legislativa».

<sup>16</sup> La puntuale descrizione degli elementi essenziali dell'illecito consente, in una prospettiva di prevenzione generale della pena, l'intelligibilità delle norme penali da parte dei consociati: cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, Milano 1983, p. 194, nonché F. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1992, p. 468.

<sup>17</sup> Si veda Corte Cost. 24 marzo 1988, n. 364, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1988, p. 686 ss., in cui la Consulta afferma che il principio di colpevolezza è «indispensabile, appunto anche per garantire al privato la certezza di libere scelte d'azione: per garantirgli, cioè, che sarà chiamato a rispondere penalmente solo per

l'agente soltanto per la violazione di quelle fattispecie di reato i cui elementi essenziali – in cui si incentra il disvalore del fatto, inteso come contenuto offensivo – siano tassativamente precisati<sup>18</sup> così da poter divenire oggetto di una chiara e non equivoca rappresentazione mentale<sup>19</sup>. Come rilevato nella celeberrima sentenza costituzionale n. 364 del 1988, infatti, «nelle prescrizioni tassative del codice il soggetto deve poter trovare, in ogni momento, cosa gli è lecito e cosa gli è vietato: ed a questo fine sono necessarie leggi precise, chiare, contenenti riconoscibili direttive di comportamento»<sup>20</sup>.

### **2.1. L'indeterminatezza del concetto di "embrione".**

Tutte le norme che incriminano i delitti contro la vita dell'embrione sono chiaramente in contrasto con il principio di tassatività: sebbene esse richiamino la nozione di "embrione" in qualità di elemento normativo<sup>21</sup>, non è dato rinvenire, né nella legge

---

le azioni da lui controllate e mai per comportamenti che solo fortuitamente producano conseguenze penalmente vietate; e, comunque, mai per comportamenti realizzati nella "non colpevole" e, pertanto, inevitabile ignoranza del precetto». Cfr., in dottrina, G. MARINUCCI, *Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1996, p. 423; A.M. MAUGERI, *I reati di sospetto*, op. cit., p. 956; F. GIUNTA, *Principio e dogmatica della colpevolezza nel diritto penale d'oggi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2002, p. 123; M. DONINI, *Il principio di colpevolezza*, in AA. VV., *Introduzione al sistema penale*, a cura di G. INSOLERA – N. MAZZACUVA – M. PAVARINI – M. ZANOTTI, Giappichelli, Torino 2006, p. 227.

<sup>18</sup> Cfr. F. PALAZZO, *Elementi quantitativi indeterminati e loro ruolo nella struttura della fattispecie (a proposito della frode fiscale)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1989, p. 1199; A.M. MAUGERI, *I reati di sospetto*, op. cit., p. 960, secondo cui, ai fini del rispetto del principio di determinatezza, occorre che «siano indicati in maniera tassativa gli elementi da cui emerge il disvalore del fatto incriminato».

<sup>19</sup> Si veda Corte cost. 13 dicembre 1988 n. 1085, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1990, p. 289 ss., in cui si precisa che «perché l'art. 27 primo comma Cost. sia pienamente rispettato e la responsabilità penale sia autenticamente personale, è indispensabile che tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all'agente, siano, cioè, investiti dal dolo o dalla colpa». In dottrina cfr. E. DOLCINI, *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza. Qualche indicazione per l'interprete in attesa di un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2000, p. 864.

<sup>20</sup> Corte Cost. 24 marzo 1988, n. 364, cit.

<sup>21</sup> Cfr. A. MANNA, *La tavola rotonda - Fecondazione assistita e tecniche riproduttive: quali i valori in campo – e quali le prospettive – dietro la scelta di regolare "per legge" il processo procreativo? - La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione di beni giuridici*, in *Leg. pen.*, 2005, p. 354.

n. 40/2004 né in nessun'altra norma interna, alcuna disposizione che contenga una specificazione del concetto; a differenza, invece, delle normative *ad hoc* emanate dalla maggior parte degli ordinamenti stranieri e comunitari<sup>22</sup>.

Bisogna, a tal proposito, rilevare che né nel settore scientifico né nell'ambito giuridico esistono univoche prese di posizione circa l'esatto significato da attribuire alla nozione di "embrione": si sono, infatti, riscontrati orientamenti eterogenei che hanno fatto riferimento a momenti temporali differenti, nell'ambito della fase gestazionale, al fine di individuare l'inizio della vita embrionale.

Così alcuni studiosi hanno che si potrebbe parlare di "embrione" sin dal momento della fecondazione dell'ovulo da parte dello spermatozoo (teoria dell'ovocita attivato)<sup>23</sup>. Altri, invece, hanno

---

<sup>22</sup> Per fare degli esempi, si pensi alla legge spagnola (*Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, in <http://noticias.juridicas.com/>), che all'art. 1, comma 2, stabilisce che per "preembrione" si intende «il gruppo di cellule risultanti dalla divisione progressiva dell'ovocita fecondato dal momento della sua fecondazione e fino ai quattordici giorni successivi». È implicito che di "embrione" si potrà parlare a partire dal quindicesimo giorno dalla fecondazione. La legge tedesca (*Embryonenschutzgesetz*, 13 dicembre 1990, in G. BALDINI, *Tecnologie riproduttive e problemi giuridici*, UTET, Torino 1999, p. 300 ss.), all'art. 8, definisce "embrione" «l'ovulo umano fecondato e vitale fin dal momento della cariogamia, ed inoltre ogni cellula totipotente che, in presenza delle condizioni necessarie, sia in grado di dividersi e di svilupparsi per dare origine a un individuo». La legge svizzera (Legge federale concernente la procreazione con assistenza medica, 18 dicembre 1998, in [www.admin.ch](http://www.admin.ch)) delinea, all'art. 2, lett. h) e i), la differenza concettuale tra ovocita impregnato ed embrione, definendo il primo come «ovocita fecondato prima della fusione dei nuclei»; il secondo come il «frutto risultante dopo la fusione dei nuclei e fino alla conclusione dell'organogenesi». La legge inglese (*Human Fertilization and Embriology Act 1990*, così come riformata dall'H.F.E.A. 2008, in <http://www.opsi.gov.uk>) riferisce, all'art. 1, comma 1, il concetto di "embrione" all'embrione umano vivo, sin dal momento della fecondazione dell'ovocita, con esclusione dei gameti, degli ibridi e delle chimere. Uscendo dall'ambito europeo, si può fare riferimento alla legge australiana (*Prohibition of Human Cloning for Reproduction and the Regulation of Human Embryo Research Amendment Act 2006*, No. 172, in [www.comlaw.gov.au](http://www.comlaw.gov.au)), che all'art. 3 definisce l'embrione come quell'entità che si origina dalla «prima divisione mitotica, nel momento in cui si completa la fecondazione dell'ovocita umano da parte dello spermatozoo umano».

<sup>23</sup> Nella dottrina penalistica, si veda M. ROMANO, *Legislazione penale e tutela della persona umana (Contributo alla revisione del Titolo XII del Codice penale)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1989, p. 70, secondo cui «mai la vita umana, neppure nei suoi più precoci stadi embrionali, è un "quid" irrilevante di cui lo Stato si disinteressa»; R. RIZ, *Bioetica – Fivet – Clonazione*, op. cit., p. 463, secondo cui

adottato le cd. «tesi posticipative»<sup>24</sup> rispetto alla fecondazione *stricto sensu*: secondo un autorevole e recente punto di vista scientifico, la linea di *discrimen* tra il mero prodotto biologico del concepimento e l'embrione potrebbe essere rinvenuto nella fase della "singamia", in cui il corredo cromosomico di ciascuno dei due gameti si assembla in un unico e autonomo patrimonio genetico<sup>25</sup>; secondo teorie più

---

esiste «il dovere etico e giuridico di trattare l'embrione umano, sin dalla fecondazione, secondo i criteri di rispetto e di tutela che si devono adottare a protezione della personalità umana»; in tal senso, si veda anche F. MANTOVANI, *La tavola rotonda - Fecondazione assistita e tecniche riproduttive: quali i valori in campo – e quali le prospettive – dietro la scelta di regolare "per legge" il processo procreativo? - Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, in *Leg. pen.* 2005, p. 330, secondo cui «la tesi dell'inizio dell'essere umano al momento della fecondazione, in *vitro* o in utero, dell'ovulo con la penetrazione del gamete maschile si fonda sulla meraviglia della "razionalità biologica", in quanto segna il vero e unico "salto qualitativo", irripetibile, che dà luogo ad un'entità umana che andrà sviluppandosi secondo un processo di sviluppo autonomo, finalisticamente orientato, coordinato, continuo e graduale»; nonché L. EUSEBI, *La tavola rotonda - Fecondazione assistita e tecniche riproduttive: quali i valori in campo – e quali le prospettive – dietro la scelta di regolare "per legge" il processo procreativo? - La vita individuale precoce: soltanto materiale biologico?*, in *Leg. Pen.*, 2005, p. 359, secondo cui «un individuo sussiste quando risulti in atto una sequenza di sviluppo tale che il suo procedere come sistema, una volta instauratosi, non ha bisogno di impulsi esterni, fino alla morte; e ciò si realizza – non lo si discute – dalla fecondazione».

<sup>24</sup> Sulle diverse teorie posticipative si sofferma, in una prospettiva critica, F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte Speciale I. Delitti contro la persona*, Seconda Edizione, CEDAM, Padova 2005, p. 11 ss.

<sup>25</sup> Cfr. A. BOMPIANI, *Fecondazione assistita e statuto ontologico dell'embrione. I primi sette giorni*, in AA.VV., *Fecondazione assistita: una proposta di legge da discutere*, a cura di F.D. BUSNELLI – A.R. GENAZZANI – E. RIPEPE, CIC ed. int., Roma 1997, p. 19. In tal senso, si veda C. FLAMIGNI, *Fecondazione assistita e momento del concepimento*, in AA. VV., *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, a cura di A. CELOTTO – N. ZANON, FrancoAngeli, Milano 2004, p. 11 ss.: l'A., rilevando che prima dell'assemblaggio del patrimonio cromosomico dei due gameti si possa parlare di "ootide" e non di "embrione", fa una valutazione critica sull'uso distorto del concetto di "singamia" che molti studiosi, tra i quali lo stesso Bompiani, fanno. La nozione, infatti, indica il momento della fusione dei due gameti, non la fusione dei due pronuclei: quest'ultima, infatti, non può realizzarsi nell'essere umano. ID., *Fecondazioni, Svizzera e Germani fanno così. Un progetto legittimo per correggere la legge sulla fecondazione assistita*, in [www.carloflamigni.com](http://www.carloflamigni.com). Nella dottrina penalistica, è favorevole alla teoria dell'"ootide" E. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, Giuffrè, Milano 2008, p. 111; nonché L. RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze*

estreme, il punto di inizio dell'embrione come individuo umano potrebbe essere spostato ulteriormente in avanti, e individuato nella comparsa della cd. "stria primitiva"<sup>26</sup>, nella formazione del sistema nervoso centrale<sup>27</sup>, o, addirittura nell'organogenesi<sup>28</sup>.

Nel 1988, poi, la Commissione per la scienza e la tecnologia del Consiglio d'Europa ha formulato una teoria secondo la quale si sarebbe potuto parlare di embrione soltanto in seguito all'annidamento di esso nell'utero – circa quattordici giorni dopo la fecondazione dell'ovulo –, mentre nel periodo di tempo compreso tra il concepimento e l'impianto si sarebbe potuto, semmai, parlare di

---

*di riforma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2005, p. 679; ID., *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Giappichelli, Torino 2008, p. 69.

<sup>26</sup> Così N. FORD, *When did I begin?*, op. cit., p. 172; ID., *Quando ho cominciato ad esistere*, in AA. VV., *Quale statuto per l'embrione umano – Problemi e prospettive. Convegno Internazionale, Milano gennaio 1991*, a cura di M. MORI, Politeia, Milano 1992, p. 27-28, secondo cui «Con la comparsa della stria primitiva al termine dell'impianto, circa quattordici giorni dopo la fecondazione, viene a stabilirsi per ogni individuo umano, e anche per il caso dei gemelli monozigoti, un piano di simmetria corporale lungo l'asse cranio caudale. Solo quando si forma l'asse cranio caudale si forma un individuo spazialmente distinto. [...] Prima di questa fase, sembra infondato parlare della presenza di un individuo umano se accettiamo il concetto di persona umana quale l'individuo umano realmente distinto, determinato e concreto dotato di una natura umana». In tal senso anche F. MEZZETTI, *Le manipolazioni genetiche dalla deregulation legislativa all'intervento normativo invasivo*, in *Dir. pen. e proc.* 2000, p. 320; così anche M. MORI, *La tutela del pre-embrione formato "in vitro"*, in *Dir. Pen. e Proc.* 1995, p. 1435, secondo cui l'embrione propriamente detto si forma intorno al quattordicesimo giorno dalla fecondazione, quando, completandosi la formazione dell'asse caudale, da cui poi si originerà la spina dorsale, cessa la totipotenzialità del processo vitale: «"individuo" (termine derivante dal latino che corrisponde al greco άτομοσ) significa "indivisibile", mentre finché c'è totipotenza il preembrione può dividersi e quindi non è individuo»; ID., *Come, quanto e perché tutelare il pre-embrione formato in vitro*, in *Dir. Pen. e Proc.* 1997, p. 395.

<sup>27</sup> Così J.M. GOLDENING, *The brein-life theory: towards a consistent biological definition of humaness*, in *Journal of medical Ethics* 1985, p. 198; così anche M.C. SHEA, *Embryonic life and Human Life*, in *Journal of medical Ethics* 1985, p. 205.

<sup>28</sup> Propugna la teoria dell'"ilomorfismo" J.F. DONCEEL, *A liberal catholic's view*, in AA. VV., *Abortion in a changing world*, a cura di R.E. HALL, Columbia Univ. Press, New York 1970, vol. I, p. 40.

“pre-embrione”, quale entità estranea al processo di vita umana e, pertanto, non tutelabile alla stregua dell’embrione<sup>29</sup>.

Anche il Comitato Nazionale per la Bioetica (C.N.B.), in un suo Parere del 1994, ha preso, per la prima volta, in considerazione il concetto di “pre-embrione”, evidenziando, tuttavia, come la validità di tale nozione sia stata molto discussa all’interno del Comitato, «non essendovi consenso tra chi adotta il solo termine “embrione” e chi ricorre alla dizione “pre-embrione” per indicare il prodotto del concepimento nello stadio precedente il completamento dell’impianto nell’utero»<sup>30</sup>.

Qualche anno dopo, il C.N.B. si è, poi, decisamente schierato a favore dell’interpretazione restrittiva della nozione di “embrione”: esso, infatti, con riferimento ad un Progetto di Protocollo sulla protezione dell’embrione e del feto umani del Comitato di Bioetica del Consiglio d’Europa, secondo cui «il termine “embrione” si applica allo zigote e a tutti gli stadi successivi al suo sviluppo, fino al completamento dell’impianto», ha emesso un Parere in cui ha definito «accettabile»<sup>31</sup> la definizione di embrione ivi formulata.

Tuttavia, in seno al Comitato Nazionale di Bioetica e nel tessuto politico italiano, la componente eticamente orientata si è opposta strenuamente alla nozione di “preembrione”, sostenendo che il termine costituirebbe un espediente semantico per aggirare i divieti posti dalla legge n. 40/2004: accogliendo un’interpretazione restrittiva del concetto di “embrione”, infatti, si avrebbe un consequenziale restringimento dell’ambito di applicazione della normativa, le cui disposizioni non verrebbero applicate al prodotto del concepimento nella fase preembrionale.

Qualora i contrasti interpretativi in ambito politico fossero stati meno aspri, sarebbe stata possibile l’emanazione di una norma che avesse proceduto a fissare il momento iniziale a partire dal quale si sarebbe potuto individuare l’inizio dell’esistenza embrionale, in base alla normazione sintetica. Tale tecnica – peraltro già utilizzata con riferimento alla determinazione del concetto di “morte”, da intendersi

---

<sup>29</sup> Cfr. C. FLAMIGNI, *Il libro della procreazione*, Mondadori, Milano 2003, p. 485.

<sup>30</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica, *Parere sulle tecniche di procreazione assistita*, punto 2, 17 giugno 1994, in [www.governo.it/bioetica](http://www.governo.it/bioetica).

<sup>31</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica, *Protezione dell’embrione e del feto umani: parere del C.N.B. sul progetto di protocollo del Comitato di bioetica del consiglio d’Europa*, 31 marzo 2000, in [www.governo.it/bioetica](http://www.governo.it/bioetica).

come “cessazione irreversibile delle funzioni cerebrali” ai sensi della legge n. 578/1993<sup>32</sup> – risulta essere particolarmente necessaria nell’ambito di una terminologia di tipo medico, laddove un elemento di fattispecie, seppure apparentemente riconducibile ad un’area di significanza di tipo descrittivo-naturalistico, necessita di una definizione normativa specifica, a causa del tecnicismo biologico che lo caratterizza<sup>33</sup>. A ciò si aggiunga che un intervento legislativo volto a delineare il perimetro concettuale dell’embrione, indipendente dai contrasti scientifici esistenti sul punto, sarebbe stato imposto dall’ingente complesso delle garanzie che la legge n. 40/2004 ha attribuito a esso, tali da soffocare irragionevolmente gli altri interessi giuridici in gioco<sup>34</sup>.

L’embrione, quindi, non è un elemento normativo della fattispecie, non essendo qualificato da alcuna definizione legislativa contenuta nella stessa legge n. 40/2004, né da nessun’altra disposizione dell’ordinamento; non è, d’altronde elemento descrittivo, non essendo esso suscettibile di concettualizzazione tramite un rinvio alla realtà fisicamente percepibile.

Sorge quasi il dubbio che dietro questo apparente silenzio legislativo si celi l’intento di considerare il concetto di “embrione” come elemento normativo di tipo extragiuridico, che rimanderebbe, per la determinazione del suo significato, ai valori etico sociali

---

<sup>32</sup> Legge 29 dicembre 1993, n. 578, *Norme per l'accertamento e la certificazione di morte*, in [www.camera.it](http://www.camera.it)

<sup>33</sup> Cfr. L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, op. cit., p. 69.

<sup>34</sup> Sul punto, si veda E. BONCINELLI, *Dallo zigote all’embrione*, in AA. VV., *La legge 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita: quali prospettive?*, a cura di E. D’ORAZIO – M. MORI, in *Notizie di Politeia* 2005, p. 33, secondo cui «dal punto di vista biologico non c’è in sostanza nessuna discontinuità dal concepimento alla nascita e oltre. Questo non significa che non si possano convenzionalmente porre degli spartiacque, come quando si è deciso che a 18 anni una persona è maggiorenne». Cfr., inoltre, M. IACOMETTI, *La procreazione medicalmente assistita nell’ordinamento spagnolo*, in AA. VV., *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, a cura di C. CASONATO – T.E. FROSINI, Giappichelli, Torino 2006, p. 64, secondo cui la definizione legislativa del momento iniziale della vita embrionale «è una scelta assai impegnativa e fondata su motivazioni etiche che il diritto deve realizzare operando una valutazione che non può basarsi sulle sole scienze biologiche. Queste possono certamente illustrare lo straordinario percorso cellulare prima e dopo la fecondazione, ma non individuare quale sia il livello di protezione da assicurare all’organismo nei vari stadi della sua ininterrotta evoluzione».

dominanti nel momento storico di riferimento. Così facendo, il legislatore avrebbe presumibilmente perseguito l'obiettivo di evitare pericolose prese di posizione "politiche" sul punto, così da far scivolare il problema nelle mani del giudice, e da consentire una "artificiale" evoluzione del concetto in base al momento storico di applicazione delle norme e alle concezioni ideologiche prevalenti<sup>35</sup>. Tuttavia, sebbene con riguardo alle norme integrative di tipo sociale non si possa pretendere la certezza tipica delle disposizioni giuridiche integrative degli elementi normativi di fattispecie, occorre comunque non superare il livello "fisiologico" di imprecisione: quando il criterio valutativo extragiuridico richiamato dalla norma penale non trova univoco riferimento nel contesto sociale di riferimento<sup>36</sup>, la sua elasticità diventa, infatti, sinonimo di indeterminazione<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> La funzione "dinamica" degli elementi normativi extragiuridici è esaltata da G. MARINUCCI, voce *Consuetudine (dir. pen.)*, in *Enc. del dir.*, IX, Giuffrè, Milano 1961, p. 512, che li definisce come «organi respiratori» del diritto penale rispetto all'evoluzione della realtà sociale. In questo senso, si veda anche F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, CEDAM, Padova 1979, p. 353, secondo cui le ragioni per le quali il legislatore fa ricorso ai suddetti elementi attengono alla semplificazione delle norme e al loro «costante adeguamento alla realtà». In senso critico si veda G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, op. cit., p. 207, secondo cui gli elementi normativi extragiuridici, ricevendo il loro significato da fonti estranee all'area del diritto, «si pongono di regola in tensione con le esigenze insite nel principio di determinatezza». Si veda, altresì, L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie*, op. cit., p. 198, in cui l'A. dimostra un certo scetticismo nei confronti degli elementi normativi extragiuridici, in quanto la loro determinazione risulterebbe essere affidata a «principi mutevoli o quanto mai polivalenti».

<sup>36</sup> Per un esempio di corrispondenza tra normazione sintetica di tipo extragiuridico e uniformità di consenso sociale, si veda Corte Cost., 16 dicembre 1970, n. 191, in <http://dejure.giuffre.it>, che, per la definizione del concetto di "onore", ha ritenuto legittimo il rinvio, per la definizione di esso, a parametri sociali, quali la morale e il buon costume, «trattandosi di concetti diffusi e generalmente compresi, sebbene non suscettibili di una categorica definizione».

<sup>37</sup> Così F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Giuffrè, Milano 1965, p. 177; nonché G. FIANDACA – E. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, op. cit., p. 80. Si veda, inoltre, L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie*, op. cit., p. 213, 215, in cui afferma che «Vi è indeterminazione degli elementi valutativi solo allorché il parametro etico-sociale al quale facciamo rinvio non sia, in sé, espressivo di alcun significato oggettivamente ricostruibile: non sia, cioè, davvero suscettibile di "distendersi", sul piano del *Tatbestand*, in una descrizione compiuta perché privo di confini

Nel caso dell'embrione, i feroci contrasti tra laicisti ed eticisti, riscontrabile sia sul piano generale dell'opinione pubblica, sia sul piano qualificato della scienza e del diritto, mostra che allo stato attuale non esiste un'univoca riconoscibilità sociale del concetto di "embrione": se il suo concetto fosse davvero considerato alla stregua di un elemento normativo extragiuridico, si ricadrebbe, quindi, in una violazione del principio di tassatività.

L'unica strada al momento praticabile per fronteggiare le rilevate carenze del legislatore potrebbe riguardare il piano dell'intervento ermeneutico. Si potrebbe pensare, infatti, di interpretare in senso restrittivo la nozione di "embrione"<sup>38</sup>, in modo da preservare la validità teleologica dell'intero impianto normativo e da tenere conto dei diritti di tutti i soggetti coinvolti nelle pratiche fecondative<sup>39</sup>, che la stessa legge n. 40/2004, all'art. 1, dichiara espressamente di volere garantire, in ossequio al principio di ragionevolezza<sup>40</sup>.

Interpretare restrittivamente il concetto di "embrione", secondo la dottrina penalistica dominante, significherebbe accogliere la teoria della singamia e individuare la nascita dell'embrione nel momento in cui il nascituro presenti un corredo cromosomico indipendente da quello dei due genitori<sup>41</sup>.

---

semanticamente o culturalmente apprezzabili e, pertanto, di tassatività». Nella manualistica, si veda G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, op. cit., p. 83.

<sup>38</sup> Secondo G. CASABURI, *Ancora sulla legge 40/2004: divieto di crioconservazione degli ovociti fecondati* (Tribunale di Roma, Sez. I, 23 febbraio 2005, *Il commento*), in *Il Corr. del Merito* 2005, p. 536, «Una interpretazione non restrittiva, ma letterale, è anzi imposta dalla considerazione che la legge non definisce l'embrione, pur richiamandolo più volte: l'interprete, allora, per poter assegnare un significato giuridico all'espressione non può che fare riferimento alla letteratura tecnico-scientifica che (come riconosciuto dallo stesso giudice romano) è ferma nel distinguere nettamente l'embrione dall'ovocita fecondato. Il riconoscimento della possibilità di crioconservazione di quest'ultimo, quindi, non avrebbe in alcun modo leso il principio di tutela dell'embrione».

<sup>39</sup> Cfr. E. DOLCINI, *Embrione, pre-embione, ootide*, op. cit., p. 464; nonché L. RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, op. cit., p. 679.

<sup>40</sup> Cfr. E. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, op. cit., p. 113.

<sup>41</sup> Così E. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, op. cit., p. 42; nonché L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, op. cit., p. 69. In tal senso si veda anche Comitato Nazionale per la Bioetica, *Protezione dell'embrione e del feto umani: parere del C.N.B. sul progetto di protocollo del Comitato di bioetica del consiglio d'Europa*, cit., secondo cui «per considerare la

Una tale operazione ermeneutica potrebbe consentire una lettura costituzionalmente orientata della normativa *de qua*<sup>42</sup>, in base alla quale circoscrivere il campo di applicazione del divieto penale di sperimentazione ed affermare «la legittimità di trattamenti medici relativi a cellule che si trovino in stadi evolutivi ancora proteiformi»<sup>43</sup>, così da garantire la libertà di ricerca scientifica sulle cellule staminali senza, per questo, pregiudicare la salvaguardia dell’“embrione” *stricto sensu*.

Questa, però, è solo una possibile soluzione: nulla impedirà al giudice di scegliere una diversa interpretazione. Demandare alla sua opera la ricostruzione della nozione di “embrione”, infatti, gli attribuisce il potere discrezionale di ampliare o restringere il perimetro concettuale a seconda del contesto ideologico a cui si senta appartenere. L’esigenza di certezza del diritto, però, richiederebbe un intervento del legislatore, così come avvenuto nella maggior parte delle legislazioni straniere.

## **2.2. L’indeterminatezza del concetto di “sperimentazione”.**

Sotto il profilo del principio di tassatività, occorre adesso fare delle precisazioni sul significato da attribuire alla nozione di “sperimentazione”: l’estensione applicativa del divieto di cui all’art. 13 della legge n. 40/2004 dipenderà, infatti, non soltanto dal perimetro concettuale della nozione di “embrione”, ma anche dal significato da attribuire al termine “sperimentazione”.

Sebbene il concetto, come quello di “embrione”, appaia *prima facie* come elemento descrittivo della fattispecie, è, tuttavia, anch’esso privo di significato determinato corrispondente al suo normale uso linguistico<sup>44</sup>, a causa dell’eccessivo tecnicismo della

---

singola cellula un embrione, è necessario che i due assetti cromosomici, materno e paterno, già “sorteggiati”, siano riuniti in un unico nucleo (fase singamica), non essendo sufficiente che essi si trovino nello stesso citoplasma confinati nei due nuclei (fase presingamica)».

<sup>42</sup> Così E. DOLCINI, *Embrione, pre-embrione, ootide*, op. cit., p. 471.

<sup>43</sup> L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, op. cit., p. 69.

<sup>44</sup> Sull’incompatibilità del divieto di sperimentazione con il principio di determinatezza della fattispecie penale, cfr. T.E. FROSINI, *Così cala l’ombra dell’illegittimità*, in *Guida al Dir.* 2004, p. 48; D. BARTOLETTI – F. MARENGHI – A. VALLINI, *Testi sotto obiettivo – Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Legisl. Pen.* 2005, p. 9; G. LOSAPPIO, *Procreazione assistita*, in F. PALAZZO – G. PALIERO, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, II ed., CEDAM, Padova 2007, p. 2065.

nozione, che ne impedisce la ricognizione del significato sul piano naturalistico.

Né si tratta di elemento normativo di fattispecie, poiché non è data alcuna disposizione extrapenale integratrice del suo significato, secondo la tecnica di normazione di tipo sintetico.

L'indeterminatezza del concetto *de quo* avrebbe, quindi, dovuto disincentivare il legislatore dal formulare il divieto nei termini di cui all'art. 13, comma 1, della legge n. 40/2004 o, quantomeno, lo avrebbe dovuto spingere a rendere meno equivoca la nozione di "sperimentazione", inserendo, in seno alla legge, una disposizione che ne desse una puntuale definizione<sup>45</sup>. Né si può sostenere, come taluno ha fatto, che il contegno omissivo del legislatore sia giustificato dall'assenza di un'uniforme e pacifica presa di posizione del mondo scientifico sul significato da attribuire al termine<sup>46</sup>, giacché nulla impedirebbe al legislatore di utilizzare un concetto in un'accezione indipendente rispetto a quella tipica del settore di riferimento<sup>47</sup>.

A maggior ragione si deve censurare la scelta del legislatore di esimersi dall'obbligo di precisare il concetto di "sperimentazione", se solo si pensa che in esso si esprime l'offesa all'interesse protetto dalla fattispecie<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> Sulla rilevante funzione delle definizioni legislative, si veda G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 1, III ed. Giuffrè, Milano 2001, p. 128 ss.

<sup>46</sup> Cfr. F. MEZZETTI, *Le manipolazioni genetiche dalla deregulation legislativa all'intervento normativo invasivo*, op. cit., p. 622, secondo cui «una nozione convenzionale di sperimentazione ancora non sussiste allo stato attuale della ricerca biogenetica». Si veda quindi G. LOSAPPIO, *Procreazione assistita*, ult. loc. cit., secondo cui tale nozione convenzionale costituirebbe «un'essenziale condizione di efficacia di una eventuale clausola definitoria».

<sup>47</sup> Esemplificativamente, con riguardo al possibile intervento legislativo di definizione del concetto di "malattia" nel delitto di lesioni personali, in un'accezione differente da quella scientifica, si veda M. PANNAIN, voce *Lesioni e percosse (diritto penale comune)*, in *Novissimo Digesto*, vol. IX, UTET, Torino 1957, p. 747; nonché G. FANELLI, *Brevi considerazioni in merito al concetto di malattia nel reato di lesioni personali. Derelizione di un ago: quid juris?*, in *Riv. pen.* 2006, p. 965, secondo cui «il legislatore avrebbe potuto usare il termine malattia anche in un'accezione diversa da quella determinata dalla scienza medica; ma a condizione che avesse specificato chiaramente il significato che intendeva attribuirgli».

<sup>48</sup> Si veda G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dogmatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1983, p. 1226 ss.; S. MOCCIA, *Bioetica o biodiritto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1990, p. 864. Si veda anche Cfr. G.

L'unica soluzione per evitare di tacciare la fattispecie di essere costituzionalmente illegittima, consiste nell'operare un'interpretazione del termine indeterminato veicolata al canone della necessaria lesività<sup>49</sup>, così da attribuire agli elementi essenziali

---

FIANDACA, voce *Fatto nel diritto penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, V, UTET, Torino 1991, p. 160, secondo cui il fatto tipico deve essere costruito in modo tale che la condotta offensiva sia riconducibile a «tipologie empirico-criminologiche il più possibile afferrabili e definite»; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1994, p. 336; S. PANAGIA, *Del metodo e della crisi del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1997, p. 1157, secondo cui in uno Stato liberale «non dovrebbero sussistere reati che prescindano da un'offesa reale ed effettiva del bene giuridico. Lo schema dell'offesa formale contrasta, insomma, con i principi realistici di una concezione liberale del reato». Si veda, inoltre, A.M. MAUGERI, *I reati di sospetto*, op. cit., p. 960. Nella manualistica, cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, op. cit., p. 184.

<sup>49</sup> Sul nesso tra tipicità, offensività e determinatezza si veda A.M. MAUGERI, *I reati di sospetto*, op. cit., p. 959; secondo l'A., «Se il fatto tipico deve essere un fatto, concretamente verificabile, offensivo di un bene meritevole di tutela, si comprende, allora, perché si considera l'offensività non come una caratteristica del fatto separata dalla tipicità, oggetto di un autonomo accertamento da parte del giudice, ma intrinseca alla tipicità». Cfr. inoltre G. FIANDACA – E. CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, op. cit., p. 153 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, Torino 2005, p. 238. In senso contrario si veda G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Giuffrè, Milano 1973, p. 130-131, secondo cui non ricondurre – in via interpretativa – il fatto inoffensivo alla fattispecie, significherebbe attribuire «un valore elastico a termini che invece devono essere interpretati, così come sono stati posti dalla legge, secondo il loro significato normale e corrente», violando così il principio di legalità e di certezza del diritto. L'A. risolve la questione dell'inoffensività in concreto mediante il ricorso all'art. 49 c.p. In giurisprudenza, si veda Corte Cost. 11 luglio 2000, n. 263, in <http://dejure.giuffre.it>. La Consulta, di fronte alla questione di illegittimità costituzionale sollevata dai giudici rimettenti per violazione dell'art. 25, comma II, della Costituzione da parte dell'art. 120 del codice penale militare di pace – derivante dal fatto che il contenuto semantico della “consegna”, la cui violazione è sanzionata dalla norma predetta, non sarebbe stato determinato dal legislatore –, rigetta la questione invocando il principio di offensività per integrare il significato del concetto tacciato di indeterminatezza: «Una volta accertato che il bene giuridico protetto dall'art. 120 del codice penale militare di pace è la funzionalità e l'efficienza di servizi determinati», spetterà al giudice verificare se l'inadempimento del militare alle prescrizioni oggetto della consegna «sia idoneo a pregiudicare l'integrità del bene protetto». Si veda, inoltre Corte Cost., 21 novembre 2000, n. 519 in <http://dejure.giuffre.it>, in cui la Corte, dinanzi alla censura di incostituzionalità degli artt. 182 (“Attività sediziosa”) e 183

della fattispecie un significato preciso, che esprima la loro carica offensiva verso l'interesse protetto.

Ricollegando le esigenze di tassatività al principio di offensività, si consegnerà, inoltre, l'indubbio vantaggio di «promuovere un miglior bilanciamento in termini di ragionevolezza-proporzione»<sup>50</sup>: difatti, attribuendo al concetto indeterminato un circoscritto contenuto offensivo, in base al quale sia possibile ricondurre entro la fattispecie tutti quei comportamenti che risultino omogenei in termini di disvalore<sup>51</sup>, si potrà applicare a essi un trattamento sanzionatorio proporzionato a quel determinato nucleo di carica lesiva<sup>52</sup>.

Non va taciuto, inoltre, che la determinatezza della fattispecie, come qui intesa, consente che le eventuali discriminazioni sanzionatorie tra fattispecie omogenee sotto il profilo del disvalore, nonché l'eguaglianza di trattamento tra fattispecie connotate da lineamenti offensivi differenti, possano essere sindacate mediante il

---

(“Manifestazioni e grida sediziose”) del codice penale militare di pace, per violazione del principio di determinatezza – essendo generico e impreciso il concetto di “sedizioso” – rigetta la questione affermando, sulla base del principio di offensività in concreto, che va qualificata come sediziosa «solo l'attività in concreto idonea a ledere le esigenze di coesione, di efficienza e di funzionalità del servizio militare e dei compiti istituzionali delle Forze armate».

<sup>50</sup> V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, op. cit., p. 240.

<sup>51</sup> Cfr. Corte cost. 14 giugno 1990, sent. n. 282, in *Giust. pen.*, 1990, I, p. 297. In dottrina, si veda G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, op. cit., p. 214-215, secondo cui si potrebbe profilare la violazione del principio costituzionale di determinatezza «in tutte quelle ipotesi in cui il legislatore configuri delle fattispecie di tale ampiezza da non essere capaci di abbracciare un tipo di fatti che appaiano omogenei nel contenuto di disvalore, non circoscrivendo sufficientemente il campo di applicazione della fattispecie»; F. PALAZZO, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza – tassatività in materia penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1991, p. 354, secondo cui il rispetto del principio di determinatezza impone che gli elementi essenziali della fattispecie siano talmente precisi e inequivoci da configurare un «tipo criminoso, elastico quanto si vuole, ma pur sempre espressivo di un omogeneo contenuto di disvalore, corrispondente fra l'altro alla previsione sanzionatoria determinata». Si veda A.M. MAUGERI, *I reati di sospetto*, op. cit., p. 961, secondo cui dal collegamento tra il principio di tassatività e quello di offensività emerge «l'esigenza che la fattispecie sia descritta in maniera da ricomprendere una serie di sottofattispecie che siano omogenee in termini di disvalore, e cioè di lesione o messa in pericolo del bene tutelato»; ID., *La responsabilità da comando nello statuto della Corte Penale internazionale*, Giuffrè, Milano 2007, p. 702.

<sup>52</sup> Cfr. F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, op. cit., p. 79.

criterio della ragionevolezza-eguaglianza<sup>53</sup>, «posto che una tipizzazione carente sarebbe sempre potenzialmente foriera di disparità applicative, rilevabili alla luce del confronto con disposizioni analoghe, ovvero all'interno dei margini di tipicità del medesimo modello legale (dove inaccettabilmente rientrerebbero, in concreto, ipotesi fattuali variegata e disomogenee)»<sup>54</sup>.

Per effettuare un'interpretazione del concetto indeterminato veicolata al principio di offensività, occorre preventivamente individuare il bene giuridico tutelato dalla norma<sup>55</sup>.

È chiaro che la disposizione sia diretta a salvaguardare la vita dell'embrione<sup>56</sup> dal possibile pregiudizio derivante da quegli interventi di sperimentazione che lo hanno ad oggetto: essa, infatti, rientra nel Capo VI della legge n. 40/2004, intitolato "Misure di tutela dell'embrione", nell'ambito del quale, al successivo articolo 14, è possibile ravvisare fattispecie, quali il divieto di crioconservazione e di soppressione di embrioni, che sono indubbiamente finalizzate a garantirne l'esistenza.

Una conferma di tale interpretazione può riscontrarsi nel disposto del secondo comma dell'art. 13, che prevede che «La ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano è

---

<sup>53</sup> Sul punto, si veda G. LICCI, *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale*, Giuffrè, Milano 1989, p. 10 ss; nonché V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1997, p. 756 ss. Sul principio di ragionevolezza-eguaglianza, incentrato sul cd. modello "triangolare", si veda *infra*, nota 126.

<sup>54</sup> V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, ult. loc. cit.

<sup>55</sup> Cfr. M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Giuffrè, Milano 1990, p. 35. Di un modello interpretativo di tipo "teleologico", volto, cioè, a ricondurre entro il fatto tipico soltanto quelle condotte realmente lesive del bene giuridico tutelato, parla M. DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Dig. delle disc. Pen.*, UTET, Torino 1998, p. 46; in tal senso anche G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, op. cit., p. 565, secondo cui il bene giuridico sarebbe da utilizzare come «criterio per estromettere dal tipo legale i fatti concretamente inoffensivi»; nonché V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, op. cit., p. 256 ss.

<sup>56</sup> Cfr. D. BARTOLETTI – F. MARENGHI – A. VALLINI, *Testi sotto obiettivo – Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, op. cit., p. 9, secondo cui «la ratio della norma appare chiaramente rivolta a tutelare sempre e comunque l'integrità embrionale (anche quella degli embrioni cd. "sopranumerari" già esistenti e comunque destinati alla soppressione perché non più "impiantabili"), nei confronti di un qualsiasi esperimento, ricerca, "prova" scientifica (compresi quelli finalizzati alla individuazione di possibili terapie per gravi malattie)».

consentita a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e dello sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative». La norma, interpretata di concerto con quella di cui al primo comma, lascia intuire come la formulazione del divieto di sperimentazione sia stata dettata dalla necessità di apprestare un presidio nei confronti di quelle attività di laboratorio aventi ad oggetto l'embrione, consistenti nella manipolazione e nell'alterazione della sua struttura, e per questo foriere di esiti pregiudizievoli per la sua integrità. Tanto che una deroga al divieto sarebbe possibile soltanto qualora la sperimentazione fosse finalizzata a salvaguardare la salute dello stesso embrione, e non, invece, a salvare la vita di terzi, che dagli esperimenti predetti potrebbero trarre beneficio<sup>57</sup>.

Va, inoltre, precisato che non sarebbe possibile ritenere che il delitto di cui all'art. 13, comma 1, sia volto a tutelare l'identità genetica dell'embrione. Laddove il legislatore abbia inteso perseguire questo particolare obiettivo di tutela, infatti, è intervenuto formulando apposite norme da cui si evince chiaramente l'intento di garantire questo specifico bene giuridico: basti guardare, alle fattispecie previste all'art. 13, comma 3 della stessa legge n. 40/2004<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> Si veda F. MANTOVANI, *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, op. cit., p. 330, secondo cui per sperimentazione terapeutica si intende «la sperimentazione a verosimile beneficio della vita e della salute dell'embrione soggetto ad essa e non anche la sperimentazione per un eventuale futuro beneficio di altri soggetti».

<sup>58</sup> La disposizione prevede una serie di fattispecie circostanziate aggravanti del delitto di sperimentazione – la clonazione embrionale, la selezione eugenetica, l'ibridazione e il chimeraggio – che sono formulate con dei connotati descrittivi talmente pregnanti da manifestare palesemente la loro carica offensiva nei confronti del genoma umano. In particolare, il delitto di cui alla lett. b), punendo quegli «interventi che, attraverso tecniche di selezione, di manipolazione o comunque tramite procedimenti artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione», è caratterizzato da un'anticipazione di tutela – espressa pienamente dalla formula «interventi [...] diretti a...» – tale da delinearlo come una norma di chiusura che sarebbe, di per sé sufficiente per punire ogni forma di attentato all'identità genetica umana. In tal senso cfr. A. MANNA, voce *Sperimentazione medica*, in *Enc. del dir.*, Giuffrè, Milano 2000, p. 1135; l'A., facendo riferimento al Progetto Pagliaro di riforma del codice Penale, in cui già erano previste alcune di quelle figure delittuose poi introdotte con legge n. 40/2004, sosteneva che «la costruzione dei delitti di clonazione e ibridazione a

Specificato quale sia il bene protetto, possiamo affermare che il delitto di sperimentazione, *ex art. 13, comma 1*, mira a incriminare quelle attività di ricerca scientifica sugli embrioni che, consistendo nell'effettuazione di interventi invasivi sugli stessi, ne mettono in pericolo la vita. A volere interpretare la nozione di "sperimentazione" in senso più ampio, si finirebbe per vietare tutti gli esperimenti scientifici aventi ad oggetto un embrione, anche quelli puramente osservazionali, e quindi, innocui, per la vita dello stesso, con conseguente violazione del principio di offensività.

Per quanto riguarda l'estrapolazione di cellule staminali dall'embrione, non si può, dunque, non ricondurre questa attività al pur indeterminato concetto di "sperimentazione". Sebbene sia possibile praticarla mediante metodi che la renderebbero concretamente non pericolosa per la vita dell'embrione – come avremo modo di vedere in seguito –, è infatti innegabile che essa presenti una generale attitudine offensiva del bene protetto<sup>59</sup>, che impone di qualificare il prelievo cellulare, comunque realizzato, come "sperimentazione" sugli embrioni.

La questione relativa alla legittimità dell'incriminazione di quell'attività andrà, allora, affrontata sotto il profilo critico della costruzione della fattispecie *ex art. 13, comma 1* come delitto di pericolo presunto.

### ***3. L'irragionevole predisposizione della struttura criminosa del pericolo presunto: una soluzione ermeneutica fondata sul principio di offensività.***

Il delitto di sperimentazione presenta la struttura del reato a pericolo presunto, modello di tipizzazione del fatto criminoso con cui

---

livello del pericolo, incentrati come sono sull'idoneità degli atti ai relativi fini, anziché sull'evento, rischia di lasciare ben poco spazio a applicativo alle finite figure di sperimentazione illecita». Si veda, inoltre, la legge 1° aprile 1999, n. 91, "Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti", che stabilendo, all'art. 3, comma 4, che «La manipolazione genetica degli embrioni è vietata anche ai fini del trapianto di organo», utilizza un'espressione inequivoca – "manipolazione genetica" – che esprime chiaramente lo scopo di tutelare l'integrità del patrimonio cromosomico dell'embrione e del genere umano.

<sup>59</sup> Cfr. M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, op. cit., p. 405.

il legislatore, sulla base di una regola di esperienza<sup>60</sup>, sanziona una certa condotta in quanto generalmente pericolosa per il bene giuridico tutelato.

Si rinvencono sovente in dottrina prese di posizione a favore della struttura del delitto di pericolo presunto, che sarebbe preferibile al pericolo concreto poiché maggiormente compatibile con il principio di determinatezza<sup>61</sup>, inteso come esigenza che «le norme penali descrivano fatti suscettibili di essere accertati e provati nel processo»<sup>62</sup>: il giudice, infatti, esaurirà il suo compito nell'accertare che la condotta posta in essere dall'agente possa essere riconducibile al fatto tipicamente configurato dal legislatore<sup>63</sup>.

I delitti di pericolo concreto, invece, attribuiscono all'interprete il gravoso compito di dover provare la concreta messa in pericolo del bene protetto, in base a parametri di incerta applicazione: in tal senso, essi sarebbero caratterizzati da un alto grado di indeterminatezza in sede di applicazione giudiziale, poiché sarebbe incerta la base e il metro del giudizio «e in definitiva lo stesso grado

---

<sup>60</sup> Cfr. M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, op. cit., p. 278, secondo cui le regole di esperienza su cui è fondato il giudizio, compiuto dal legislatore, di presunta pericolosità del fatto si basano su un criterio statistico, in base al quale al verificarsi di quella determinata situazione tipica si presenterà «una rilevante probabilità di danno alla vita o all'integrità fisica delle persone, o ad altri beni giuridici». Si veda, inoltre, G. FIANDACA – E. CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, op. cit., p. 141.

<sup>61</sup> Così G. FIANDACA – E. CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, op. cit., p. 148, secondo cui «uno dei maggiori inconvenienti del reato di pericolo "concreto" è costituito dalla difficoltà, per il giudice, di provare sulla base di parametri certi la presenza o l'assenza di una situazione di effettivo pericolo: non sempre il giudice può disporre, per compiere questo accertamento, di regole di esperienza rigorose e ben collaudate». Si veda, inoltre, G. FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, in *Dei delitti e delle pene* 1984, p. 445.

<sup>62</sup> G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di Diritto Penale*, op. cit., p. 164.

<sup>63</sup> Cfr. M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, op. cit., p. 279, il quale, sottolineando che la struttura del pericolo astratto sia maggiormente garantista sotto il profilo probatorio, afferma che «sono i fatti più pericolosi quelli per i quali il legislatore sente di potersi affidare a criteri standardizzati, mentre nelle ipotesi di minor pericolosità esige una verifica caso per caso». In senso favorevole al pericolo presunto, si veda anche G. FIANDACA – E. CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, op. cit., p. 148; A. MANNA, *La regola dell'oltre il ragionevole dubbio nel pericolo astratto come pericolo reale*, in *Cass. Pen.* 2005, p. 276; A. VALENTI, *Principi di materialità e offensività* in AA. VV., *Introduzione al sistema penale*, op. cit., p. 290.

di possibilità (o probabilità) richiesto perché il pericolo possa considerarsi sussistente»<sup>64</sup>.

D'altra parte, le fattispecie di pericolo presunto possono contrastare con il principio di offensività<sup>65</sup>, qualora la scelta del legislatore di incriminare un certo comportamento, sulla base della sua presunta idoneità a mettere in pericolo il bene giuridico, appaia «irragionevole, oppure espressiva solo di una disobbedienza, di una pericolosità soggettiva, a causa della possibilità che un pericolo *ex ante* e in concreto non sussista, e sussista esclusivamente la formale inosservanza del precetto»<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1986, p. 700 ss., che, in proposito, rileva anche che se si dovesse tenere conto di tutte le circostanze verificatesi fino al momento del giudizio, non si giungerebbe a rilevare l'esistenza di un pericolo concreto, ma a constatare la verifica o meno dell'evento-danno. In tal senso è critico anche M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale, sub art. 39*, Giuffrè, Milano 2004, p. 339-340. Contro queste obiezioni si è espresso F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Giuffrè, Milano 1984, p. 83, secondo cui «l'accertamento della lesione (o meglio del risultato sfavorevole) e l'accertamento del pericolo sono agli antipodi uno dall'altro. Il giudizio di risultato è sempre *ex post*, e il giudizio di pericolo sempre *ex ante*».

<sup>65</sup> La dottrina incline a seguire un'interpretazione "forte" del principio di offensività, in base alla quale esso sarebbe rispettato solo in presenza di fattispecie di danno o di pericolo concreto, fa essenzialmente leva sull'art. 49 c.p., norma che fonderebbe la "concezione realistica" del diritto penale: così M. GALLO, voce *Dolo*, in *Enc. del dir.*, XIII; Giuffrè, Milano 1964, p. 781; ID., *I reati di pericolo*, in *Il Foro Penale* 1969, p. 8. Su tale funzione dell'art. 49 c.p. si veda ampiamente G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, op. cit., *passim*. *Contra* si veda F. STELLA, *La teoria del bene giuridico ed i cd. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1973, p. 28 ss; 33, nonché F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, op. cit., p. 81, secondo cui «Il principio di cui all'art. 49, 2° comma, C. Pen., in quanto fissato a livello di legislazione ordinaria, non può imporsi rispetto a quei reati che sono stati configurati in chiave di aperta eccezione ad esso», quali sono i reati di pericolo presunto.

<sup>66</sup> M. DONINI, voce *Teoria del reato*, op. cit., p. 47; ID., «*Danno*» e «*offesa*» nella *c.d. tutela penale dei sentimenti note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'«offense» di Joel Feinberg*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2008, p. 1553, secondo cui, poiché funzione essenziale del diritto penale è la tutela dei beni giuridici, ne consegue che compito del legislatore è perseguire «il fine di una costruzione razionale del diritto penale attorno a fatti lesivi, non come risposta a meri «comportamenti» inosservanti, o a violazioni di doveri». Cfr. sul punto M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Il Foro Penale* 1969, p. 6 ss.; G. MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Giuffrè, Milano 1971, p.

Nel caso di specie, la sperimentazione sull’embrione è vietata in base all’assunto che essa potrebbe sortire effetti distruttivi su di esso, mettendo, quindi, in pericolo la sua stessa vita.

Tale regola di esperienza, tuttavia, risulta essere viziata alla radice per via della carenza di precisione che caratterizza le espressioni linguistiche adoperate dal legislatore. Ai due concetti indeterminati di “sperimentazione” e di “embrione”, infatti, potranno corrispondere, nella realtà fattuale, vari tipi di attività sperimentative e vari stadi di sviluppo embrionale all’interno dei quali esse potrebbero essere attuate, con conseguenze diverse, non necessariamente offensive del bene giuridico tutelato.

Di fronte a un ventaglio talmente ampio di possibilità, non è possibile ricorrere a una regola di esperienza generale, volta a vietare ogni tipo di attività di ricerca scientifica sul prodotto del concepimento, in qualunque stadio di sviluppo esso si trovi. La valutazione sull’offensività della condotta, infatti, richiede «una fondazione empirica plausibile e scientificamente fondata a supporto della relazione di pericolosità dedotta nella fattispecie incriminatrice»<sup>67</sup>: di conseguenza, non si può costruire un giudizio nomologico scientificamente fondato quando i termini del giudizio siano indefiniti e, quindi, riempibili con i significati più vari. Esistono, in questa direzione, numerose pronunce con cui la Corte Costituzionale ha sindacato se la scelta legislativa di costruire una fattispecie secondo il modello del pericolo presunto non risultasse “irrazionale o arbitraria”, ma si fondasse su regole di esperienza collegabili all’*id quod plerumque accidit*<sup>68</sup>.

---

165 ss.; F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, op. cit., p. 82. Di diritto penale «del comportamento», con riguardo a talune forme di reati colposi o di pericolo, parla criticamente F. STELLA, *Giustizia e modernità*, Giuffrè, Milano 2003, p. 523 ss.

<sup>67</sup> V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, op. cit., p. 784.

<sup>68</sup> Cfr. Corte Cost., 11 luglio 1991, n. 333, in <http://dejure.giuffre.it>; Corte Cost., 20 gennaio 1971, n. 1, in <http://dejure.giuffre.it>; Corte Cost., 27 luglio 1982, n. 139, in <http://dejure.giuffre.it>; Corte Cost. 11 luglio 1991, n. 333, in <http://dejure.giuffre.it>; Corte Cost. 27 marzo 1992, n. 133, in <http://dejure.giuffre.it>; Corte Cost., 1° luglio 1992, n. 308 in <http://dejure.giuffre.it>. In tal senso, si veda in dottrina G. FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, op. cit., p. 463, secondo cui «la ammissibilità, costituzionale e politico-criminale, delle presunzioni legislative di pericolosità relative ai fatti di comune pericolo finisce in buona sostanza col dipendere dal livello di fondatezza degli apprezzamenti

Emerge, allora, la possibilità che l'art. 13, comma 1, della legge n. 40/2004, possa essere oggetto del giudizio di costituzionalità del Giudice delle leggi, per violazione del principio di ragionevolezza: non soltanto in quanto la regola di esperienza adottata non è atta a garantire l'offensività del comportamento incriminato; ma anche perché la sperimentazione consiste in un'attività che costituisce estrinsecazione di un diritto costituzionalmente garantito, la libertà della ricerca scientifica, che risulterebbe totalmente compresso dal divieto penale<sup>69</sup>. Va, in quest'ultimo senso, rilevato che, se in linea di

---

empirico-prognostici che fanno da presupposto alla scelta della tecnica di penalizzazione». Cfr. G. FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, op. cit., p. 456 ss.; G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale*, op. cit., p. 710 ss.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, op. cit., p. 567 ss. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, sub pre-art. 39, op. cit., p. 343. Si veda anche V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, op. cit., p. 293.

<sup>69</sup> È un fatto noto che la Corte, accantonata l'originaria veste "triadica" del criterio predetto – con cui il Giudice delle Leggi è stato solito censurare la violazione dell'art. 3 della Costituzione da parte di una disposizione incriminatrice che, confrontata con un'altra norma, risultasse connotata da un trattamento punitivo discriminatorio –, ha fatto ricorso ad esso come *pass-partout* per sindacare le opzioni contenutistiche compiute dal legislatore penale. A evidenziare l'evoluzione della funzione svolta dal principio di ragionevolezza, si veda L. PALADIN, *Esiste un «principio di ragionevolezza» nella giurisprudenza della costituzionale?*, in AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Giuffrè, Milano 1994, p. 164, secondo cui «il sindacato di ragionevolezza non è più strettamente collegato al solo principio costituzionale di eguaglianza, sancito dall'art. 3, primo comma, della Costituzione. Vengono in rilievo, per esempio, le più varie necessità di bilanciamento e di valutazione della legittimità costituzionale dei limiti legislativamente imposti ai più vari diritti fondamentali», nonché G. ZAGREBELSKY, *Su tre aspetti della ragionevolezza*, in AA. VV., *Il principio di ragionevolezza*, op. cit., p. 180 ss., il quale mette in luce l'aspetto della ragionevolezza/eguaglianza – collegata, sebbene solo formalmente, allo schema trilaterale – e gli aspetti della ragionevolezza/razionalità e della ragionevolezza/giustizia, legati a valutazioni sul contenuto o sulla forma della norma. Tra gli Autori che esaltano l'emancipazione del giudizio di ragionevolezza dal modello ternario, si veda C. ROSSANO, *«Ragionevolezza e fattispecie di eguaglianza»*, in AA. VV., *Il principio di ragionevolezza*, op. cit., p. 171; nonché A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano 2001, p. 118, secondo cui le «forme atipiche» del giudizio fondato sull'art. 3, primo comma, della Costituzione, frequentemente rinvenibili nella giurisprudenza costituzionale, «confermano come il sindacato di ragionevolezza, lungi dall'identificarsi con il giudizio ternario di eguaglianza, ha una propria autonomia e concettuale e pratica». Nella dottrina penalistica, si veda A.M. MAUGERI, *I reati di sospetto*, op. cit., p. 460 ss., nonché O. DI GIOVINE, *Sul cd. principio di ragionevolezza nella*

principio non vi sono limiti alla discrezionalità del legislatore nel determinare il grado di anticipazione della tutela dei beni giuridici<sup>70</sup>, è pur vero che «nessuna compressione di libertà fondamentali può essere costruita secondo schemi “presuntivi”, nemmeno in nome della tutela di altri beni di rilievo costituzionale»<sup>71</sup>.

Sebbene sia auspicabile che la Corte proceda a una dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 13<sup>72</sup>, l'eccessivo rigorismo della norma potrebbe essere ridimensionato anche mediante una sentenza “manipolativa”<sup>73</sup>, sulla scia di quelle emesse nell'ambito

---

*giurisprudenza costituzionale in materia penale. «A proposito del rifiuto totale di prestare il servizio militare», in Riv. it. dir. proc. pen. 1995, p. 178; ID., Il sindacato di ragionevolezza della Corte Costituzionale in un caso facile. A proposito della sentenza n. 394 del 2006, sui “falsi elettorali”, in Riv. it. dir. proc. pen. 2007, p. 115 ss; 118; nonché V. MANES, Il principio di offensività nel diritto penale, op. cit., p. 218 ss.; 223, secondo cui «il giudizio di ragionevolezza sulle opzioni incriminatrici ha progressivamente ampliato il diaframma valutativo fino a focalizzarsi sulle stesse scelte di valore della norma esaminata, liberandosi in sostanza dal modello triadico originario – paradigmatico della ragionevolezza-uguaglianza (art. 3 Cost.) – per attingere a diversi e ulteriori parametri di confronto desumibili dal tracciato costituzionale». In senso velatamente critico sul criterio dell'intrinseca meritevolezza dell'interesse tutelato, sulla base del quale fondare il giudizio di ragionevolezza in senso “assoluto”, si veda F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in Riv. It. Dir. e proc. Pen. 1998, p. 379 ss; l'A. rileva che detto criterio «si presenta sostanzialmente vuoto di contenuto se non vengono identificati i parametri alla cui stregua decidere della meritevolezza, appunto, dell'interesse. Con la conseguenza che quest'ultimo ora in esame si pone come il canone a più alto tasso di politicità».*

<sup>70</sup> Cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale, sub pre-art. 39*, op. cit., p. 343, il quale, comunque, poi ammette che «questioni di legittimità possono essere sollevate con successo solo di fronte ad anticipazioni del tutto prive di significato rispetto ad una ragionevole tutela del bene».

<sup>71</sup> D. PULITANÒ, *Diritto Penale*, III ed., Giappichelli, Torino 2009, p. 229.

<sup>72</sup> È critica in tal senso O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Giappichelli, Torino 2009, p. 42. L'A., con riguardo alla pronuncia n. 151/2009 della Corte Costituzionale sull'art. 14, comma 3, ha rilevato che se la Consulta avesse dichiarato costituzionalmente illegittima l'intera disposizione, anziché emettere una pronuncia “manipolativa” di accoglimento parziale, si sarebbe avuto «l'effetto di ricadere nella precedente situazione di anomalia legislativa».

<sup>73</sup> Tuttavia, sui pericoli connessi a un «diritto penale dei giudici costituzionali», in cui la Corte, entrando nel merito delle scelte legislative, esautorerebbe sostanzialmente il Parlamento del potere legislativo, in violazione del principio di separazione dei poteri, si veda A. LANZI, *Considerazioni sull'eventualità di un*

dei delitti contro l'ordine pubblico<sup>74</sup>: potrebbe, cioè, ritenere costituzionalmente legittima l'incriminazione della condotta di sperimentazione soltanto nella misura in cui essa venga attuata in modo pericoloso per la vita dell'embrione.

Un intervento ermeneutico di tale tipo, d'altronde, sarebbe legittimo in quanto costituirebbe estrinsecazione del principio di offensività "in concreto"<sup>75</sup>, inteso come «criterio giudiziario-interpretativo»<sup>76</sup>, ispirato alla politica della punibilità del reato nella misura in cui integri un'offesa ai beni giuridici.

L'inserimento del pericolo tra gli elementi costitutivi di fattispecie va ritenuto necessario soprattutto «in quelle ipotesi in cui la condotta costituente reato appaia l'estrinsecazione di una libertà costituzionale»<sup>77</sup>. Difatti, anche laddove si possa affermare che il diritto alla vita dell'embrione debba costituire un limite al diritto, costituzionalmente garantito, alla ricerca scientifica, la sua tutela non

---

*sindacato di ragionevolezza sulle scelte politico-criminali*, in *Ind. Pen.* 2003, p. 898.

<sup>74</sup> Corte Cost. 4 maggio 1970, n. 65, in <http://dejure.giuffre.it>, in cui il Giudice delle Leggi, nel dichiarare non fondata la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 414, terzo comma, c.p., che incrimina l'apologia di delitti, in relazione all'art. 21 Cost., afferma che «L'apologia punibile non è, dunque, la manifestazione di pensiero pura e semplice, ma quella che per le sue modalità integri comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti»; Corte Cost. 23 aprile 1974, n. 108, in <http://dejure.giuffre.it>, in cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 415 c.p., in cui viene punita l'istigazione all'odio contro le classi sociali, «nella parte in cui non specifica che tale istigazione deve essere attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità».

<sup>75</sup> In conformità all'offensività in concreto, cfr. anche Corte Cost., 26 marzo 1986, n. 62, in <http://dejure.giuffre.it>; Corte Cost., 11 luglio 1991, n. 333, in <http://dejure.giuffre.it>; Corte Cost., 27 marzo 1992, n. 133, in <http://dejure.giuffre.it>. Sui due differenti piani del principio di offensività, che opera in astratto – nei confronti del legislatore, che ha l'onere di formulare fattispecie che esprimano astrattamente un contenuto lesivo – e in concreto – vincolando l'interprete ad accertare che esso abbia effettivamente una lesione o una messa in pericolo del bene protetto, si vedano Corte Cost., 21 novembre 2000, n. 519, in <http://dejure.giuffre.it>; Corte Cost., 11 luglio 2000, n. 263, in <http://dejure.giuffre.it>; nonché, di recente, Corte Cost. 7 luglio 2005, n. 265 in <http://dejure.giuffre.it>. Si veda in tal senso anche SS. UU., Cass. Pen., 24 aprile 2008, n. 28605 e n. 28606, in <http://dejure.giuffre.it>.

<sup>76</sup> G. FIANDACA – G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, op. cit., p. 137

<sup>77</sup> G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale*, op. cit., p. 723.

potrebbe comunque comprimere l'esercizio di quella libertà fondamentale «se non nei limiti del pericolo concreto»<sup>78</sup>.

Va rammentato che i delitti di pericolo concreto garantiscono – nonostante le già riferite difficoltà di accertamento in sede giudiziale che li contraddistinguono – un'anticipazione della tutela del bene giuridico rispetto a quella offerta dai delitti di danno, in cui la responsabilità penale dell'agente viene fatta dipendere «dal casuale verificarsi dell'evento di lesione»<sup>79</sup>. Questa arretramento della soglia del penalmente rilevante, sebbene moderato rispetto a quello insito nei delitti di pericolo presunto, presenta l'indubbio vantaggio di essere perfettamente compatibile con il principio di offensività<sup>80</sup> e, pertanto, garantirebbe un ragionevole spazio di tutela alla vita dell'embrione senza per questo elevarlo a bene puramente simbolico.

Le potenzialità evolutive della scienza, d'altronde, richiederebbero un modello di incriminazione meno rigido di quello fondato sul pericolo presunto, in modo tale che il campo applicativo della norma penale non vada a ricomprendere persino eventuali nuove tecniche sperimentative non pericolose per la vita dell'embrione<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> D. PULITANÒ, *Diritto Penale*, op. cit., p. 229; l'A. – citando le sentenze interpretative di rigetto con cui la Corte Costituzionale aveva stabilito che fosse necessario l'accertamento della concreta pericolosità di alcuni delitti di opinione, la struttura della cui fattispecie era, invece, di pericolo presunto – rileva che: «Soltanto là dove non siano in gioco l'esercizio di libertà fondamentali, si apre alla discrezionalità del legislatore uno spazio in cui è consentita l'adozione di tecniche di tipizzazione che portino oltre la soglia del pericolo concreto»; ID., *Diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. It. Dir. proc.pen.*, 2006, p. 795.

<sup>79</sup> M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, op. cit., p. 372.

<sup>80</sup> M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, op. cit., p. 374 ss.

<sup>81</sup> Cfr. R. BROWNSFORD, *Ri-conessione interpretativa, rivoluzione produttiva e Stato di diritto*, in *Ars interpretandi* 2005, p. 148, secondo cui «Appare ovvio che dovrebbero venire adottate e sviluppate strategie in grado di migliorare le possibilità, per la regolazione, di rimanere connessa con lo sviluppo tecnologico. Ma il problema è come garantire tale connessione. La mossa che sembra più chiara consiste nell'affidarsi a strategie regolative flessibili e versatili». Cfr. anche G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e post-secolarismo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 2007, p. 561. Sulla necessità di un *feedback* tra diritto e scienza nell'ambito del settore delle biotecnologie sull'embrione, si veda S. CANESTRARI – F. FAENZA, *Il principio di ragionevolezza nella*

Un bilanciamento tra quest'ultimo bene e quegli interessi a esso contrapposti, affioranti nell'ambito della regolamentazione della procreazione medicalmente assistita, è stato del resto già operato dalla Corte Costituzionale nel 2009 con riguardo all'art. 14, comma 2, della legge n. 40/2004, che prevedeva il divieto penale di «creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre».

La Corte, ha, anzitutto rilevato il contrasto tra la disposizione e l'art. 3 della Costituzione a causa dell'irragionevolezza di una disciplina «che, da un lato, si dichiara ispirata allo scopo di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o infertilità, e, dall'altro, impone il predetto limite numerico alla produzione di embrioni, prescindendo da ogni concreta valutazione del medico sulla persona che intende sottoporsi al procedimento di procreazione medicalmente assistita»<sup>82</sup>.

In secondo luogo, ha ritenuto lesa l'art. 32 della Costituzione in quanto il limite numerico massimo degli embrioni da creare e impiantare pregiudicherebbe la salute della donna, costringendola, in caso di insuccesso del primo trattamento di fecondazione assistita, a sottoporsi a ulteriori rischiosi cicli di stimolazioni ovariche per procedere all'aspirazione degli ovociti da fecondare.

Il Giudice delle Leggi ha, dunque, dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 14, comma 2 limitatamente alle parole «ad unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre», così legittimando il medico a produrre e a impiantare tutti gli embrioni che egli ritenga necessari per consentire il successo del trattamento.

La prevalenza assegnata al diritto alla salute della madre, rispetto a quello degli embrioni, d'altronde, risulta anche dalla declaratoria di incostituzionalità del comma 3 dell'art. 14, «nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come previsto in tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna». Questo intervento in senso "additivo" della Consulta comporterà la fondamentale conseguenza che le «ragioni relative alla salute della donna potranno escludere,

---

*regolamentazione biogiuridica: la prospettiva del diritto penale*, in *Criminalia* 2008, p. 83.

<sup>82</sup> Corte Cost., 1° aprile 2009 – 8 maggio 2009, n. 151, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2009, p. 946.

anche definitivamente, a giudizio del medico, il trasferimento degli embrioni»<sup>83</sup>.

Il consequenziale obbligo di crioconservare gli embrioni prodotti ma non trasferiti per scelta medica, inoltre, introdurrà una deroga implicita al divieto di cui al comma 1 dell'art. 14<sup>84</sup>, indebolendo ulteriormente la tutela dell'esistenza dell'embrione a vantaggio della vita della donna.

Di fronte a un bilanciamento di questa consistenza, è auspicabile un intervento simile della Corte Costituzionale anche per quel che riguarda il divieto di sperimentazione sugli embrioni umani, così da evitare che una tutela penale in senso assoluto dell'embrione possa compromettere del tutto il diritto costituzionalmente garantito alla libertà della ricerca scientifica, riconosciuta agli articoli 9 e 33.

**4 (Segue): *I vantaggi scaturenti dall'introduzione, in via ermeneutica, del pericolo come elemento di fattispecie: la legittimazione di una sperimentazione "soft" sugli embrioni umani.***

Va evidenziato che le predette esigenze di operare un bilanciamento dei beni in gioco – funzionale a legittimare, seppure entro certi limiti, il diritto alla ricerca scientifica – andrebbero tuttavia temperate con l'affermazione che gli unici embrioni su cui sarebbe possibile intervenire sono quelli abbandonati, rifiutati, o affetti da patologie che ne impossibiliterebbero la sopravvivenza intrauterina: non essendo destinati all'impianto, soltanto su questi sarebbe, infatti, possibile effettuare la sperimentazione senza che venga pregiudicata la gestazione e, quindi, il diritto alla salute della madre biologica.

A ciò si aggiunga che per gli embrioni che si trovino in accertato stato di abbandono non esiste, allo stato attuale dei fatti, altra alternativa che la crioconservazione a tempo indeterminato, non

---

<sup>83</sup> E. DOLCINI, *Embrioni nel numero "strettamente necessario": il bisturi della Corte Costituzionale sulla legge n. 40 del 2004*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2009, p. 959.

<sup>84</sup> Cfr. E. DOLCINI, *Embrioni nel numero "strettamente necessario"*, op. cit., p. 958. Sulla questione dell'attuale liceità della crioconservazione degli embrioni, si veda anche M. MANETTI, *Le sentenze sulla pma, o del legislatore che volle farsi medico*, 28.05.2009, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), secondo cui, in seguito alla caducazione del limite massimo dei tre embrioni da impiantare, «la liceità della crioconservazione è indiscutibile, perché gli embrioni se non vengono impiantati, non possono che essere congelati».

essendo presente nel nostro ordinamento una disposizione che faccia riferimento alla possibilità di procedere all'adozione degli stessi da parte di terzi<sup>85</sup>, né una norma, di taglio decisamente più drastico, che ne decreti la soppressione, trascorso un certo periodo di tempo, così come avviene in altri ordinamenti<sup>86</sup>.

Di fronte a un alto numero di embrioni destinati a perire, è a maggior ragione doveroso interrogarsi circa l'opportunità che la Consulta intervenga per rimodellare in senso concretamente offensivo una norma, quale è l'art. 13, comma 1, della legge n. 40/2004, passibile di essere considerata come un esempio di irragionevole *hard law*, in quanto eccessivamente rigida nei confronti della ricerca scientifica e indifferente alle diverse situazioni concrete in cui possono trovarsi gli embrioni.

In linea di principio, taluno potrebbe dubitare che l'introduzione del pericolo tra gli elementi costitutivi della fattispecie riuscirebbe a sortire l'effetto di aprire varchi di liceità al prelievo di cellule staminali embrionali, a causa delle sue elevate potenzialità distruttive: per ottenere le linee cellulari, infatti, gli scienziati hanno bisogno di rimuovere la massa cellulare interna dell'embrione giunto allo stadio della cd. blastocisti (5 giorni dopo la fecondazione). Il complesso cellulare prelevato, collocato su una piastra di coltura, svilupperà nuove cellule in modo da formare delle vere e proprie "colonie", le quali manterranno la loro totipotenza per svariati mesi<sup>87</sup>. Anche costruendo il delitto come fattispecie di pericolo concreto, dunque, sembrerebbe che l'estrazione di cellule staminali embrionali andrebbe ricompresa tra quelle tipologie sperimentative

---

<sup>85</sup> Sulla questione della necessità dell'emanazione di una legge che disciplini l'adozione degli embrioni abbandonati, si veda G. BALDINI, *Libertà procreativa e fecondazione artificiale. Riflessioni a margine delle prime applicazioni giurisprudenziali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli – Roma 2006, p. 88 ss.

<sup>86</sup> Cfr. C. BUCCELLI, *La tutela dell'embrione nella legge 40/2004 (e correlato D.M. 21 luglio 2004)*, in *Riv. It. Med. Leg.* 2006, p. 33, che esamina la disciplina di numerosi paesi europei sul punto. La maggior parte delle legislazioni che ammette la crioconservazione, stabilisce dei termini oltre i quali i preembrioni congelati devono essere distrutti: dieci anni in Gran Bretagna e in Spagna (cinque anni di base, prolungabili per altri cinque, ove vi sia il consenso del genitore), cinque anni in Francia, tre anni in Norvegia, due anni in Danimarca, un anno in Austria e in Svezia.

<sup>87</sup> Si veda R. LANZA – N. ROSENTHAL, *La sfida delle staminali. Che cosa sono le staminali embrionali?*, in [www.lesionispinali.org](http://www.lesionispinali.org)

censurabili *tout court*, trattandosi di una tecnica sempre e comunque rischiosa per la vita dell'embrione.

A questa obiezione si potrebbe ribattere che, sebbene i procedimenti finora adottati per generare linee cellulari siano stati caratterizzati da modalità tali da cagionare la morte embrionale, andrebbe valutata la possibilità di procedere all'estrazione mediante metodiche tali da non creare una situazione di pericolo per l'embrione.

A tal proposito, va segnalata la recente scoperta di un gruppo di ricercatori del *Reproductive Genetics Institute* (RGI) di Chicago, che ha messo in atto una tecnica volta a ricavare cellule staminali embrionali senza dover procedere alla distruzione dell'embrione. Si tratta di un procedimento identico a quello utilizzato nell'ambito della diagnosi genetica preimpianto (D.P.G.)<sup>88</sup>, che, mediante l'estrazione e la successiva analisi di una cellula embrionale, assolve alla funzione di diagnosticare eventuali malattie genetiche da cui sia eventualmente affetto il concepito. Essendo questo metodo diagnostico finalizzato a consentire la serenità della gravidanza, garantendo l'integrità dell'embrione che verrà impiantato nell'utero materno – alla stregua di quanto avviene in fase fetale con l'amniocentesi –, esso presenta rischi minimi per la vita del concepito<sup>89</sup>.

---

<sup>88</sup> Si veda E. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, op. cit., p. 127, secondo cui la diagnosi genetica preimpianto, consistendo nell'estrazione di cellule dall'embrione per finalità diagnostiche, rientrerebbe nel generale concetto di "sperimentazione" sugli embrioni.

<sup>89</sup> Si veda K. HARDY – K.L. MARTIN – H.J. LEESE – R.M.L. WINSTON – A.H. HANDYSIDE, *Human preimplantation development in vitro is not adversely affected by biopsy at the 8-cell stage*, in *Human Reproduction* 1990, vol. 5, n. 6, p. 714; Y. VERLINSKY – A. KULIEV, *Current status of preimplantation diagnosis for single gene disorders*, in *Reproductive Biomedicine Online* 2003, vol. 7, issue 2, p. 145 ss., secondo cui «PDG is performed through polar body or blastomere biopsy, which has no deleterious effect on pre- and post- implantation development». Cfr. F. FIORENTINO – A. KULIEV, *Diagnosi preimpianto + Tipizzazione HLA: il caso del piccolo Luca*, in *Darwin* 2005, n. 4, p. 88, secondo cui «i rischi corsi dagli embrioni durante la biopsia effettuata per eseguire la diagnosi genetica preimpianto sono minimi». Nel nostro ordinamento, dopo alcune pronunce giurisprudenziali ostili a legittimare la liceità della D.P.G. – pratica peraltro non espressamente vietata dalla legge n. 40/2004, ma implicitamente negata dalle Linee Guida a essa afferenti – è finalmente intervenuta una sentenza del Tar del Lazio che, in data 21 gennaio 2008, ha annullato la disposizione delle linee Guida del 2004, che prevedeva che «ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati in

La novità messa in evidenza dal gruppo di studio guidato dal direttore del RGI, Yury Verlinsky, consiste nell'applicare la stessa procedura inoffensiva della D.P.G. nell'ambito della sperimentazione sulle cellule staminali embrionali. Si tratterebbe, insomma di ricavare linee cellulari embrionali senza bisogno di dover procedere allo svuotamento della massa cellulare interna all'embrione, che ne causerebbe la distruzione: la singola cellula staminale estratta nell'ambito della diagnosi preimpianto, infatti potrebbero generare a sua volta una linea cellulare<sup>90</sup>.

Sebbene una tale tecnica non metta in pericolo la vita dell'embrione, allo stato dei fatti essa non sarebbe comunque attuabile in Italia, a causa del tenore del divieto posto dall'art. 13, che vieta *tout court* la sperimentazione. Soltanto mediante l'introduzione – in via interpretativa – del pericolo concreto tra gli elementi di fattispecie, sarebbe possibile procedere a una sperimentazione “soft”

---

vitro, ai sensi dell'art. 14, comma 5» dovesse essere di «tipo osservazionale». Questa pronuncia, unitamente alla previsione delle successive Linee Guida del 2008, che ha definitivamente soppresso la disposizione oggetto del provvedimento dei giudici del Lazio, ha sostanzialmente legittimato la diagnosi genetica preimpianto. Cfr., nella dottrina penalistica O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico?* op. cit., p. 52, secondo cui la diagnosi preimpianto consiste in una «operazione che tendenzialmente non pregiudica lo sviluppo successivo dell'embrione». A riprova che la diagnosi genetica preimpianto sarebbe osteggiata non in quanto pericolosa per la vita dell'embrione, ma in quanto potenzialmente “eugenetica”, si veda quanto affermato in un'intervista resa ad “Avvenire” (I. NAVA, *Fecondazione assistita, c'è una legge da ripristinare. L'intervista*, 15 maggio 2008, in [www.avvenireonline.it/vita](http://www.avvenireonline.it/vita)) da Cesare Mirabelli, Presidente emerito della Corte Costituzionale, secondo cui, anche laddove si possa accertare che la diagnosi genetica preimpianto non sia rischiosa per la vita dell'embrione, essa sarebbe comunque censurabile poiché «manifesta la tendenza a selezionare l'embrione sulla base delle caratteristiche genetiche». Si mostra contrario a etichettare la diagnosi preimpianto come eugenetica E. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, op. cit., p. 154.

<sup>90</sup> Si veda N. STRELCHENKO – O. VERLINSKY – V. KUKHARENKO – Y. VERLINSKY, *Morula-derived human embryonic stem cells*, in *Reproductive Biomedicine Online* 2004, vol. 9, issue 6, p. 623 ss.; sul punto si veda inoltre Y. VERLINSKY – N. STRELCHENKO – V. KUKHARENKO – S. RECHITSKY – O. VERLINSKY – V. GALAT – A. KULIEV, *Human embryonic stem cell lines with genetic disorders*, in *Reproductive Biomedicine Online* 2005, vol. 10, issue 1, p. 105 ss; Y. VERLINSKY – N. STRELCHENKO – V. KUKHARENKO – A. SCHKUMATOV – S. RECHITSKY – O. VERLINSKY – A. KULIEV, *Preimplantation genetic disorders as a source of human embryonic stem cell lines*, in *Reproductive Biomedicine Online* 2008, vol. 16, suppl. 3, p. S-15.

sugli embrioni, tale da consentire la salvaguardia della libertà della ricerca scientifica, senza per questo mettere in pericolo la vita dell'embrione.

Ovviamente, sarebbe compito del giudice verificare che l'utilizzo di una determinata tecnica di estrazione delle cellule staminali non metta a repentaglio la sopravvivenza dell'embrione. A tale scopo, le risultanze delle recenti scoperte scientifiche fungerebbero da criteri guida per l'accertamento della concreta messa in pericolo dell'embrione: il giudice, infatti, sarebbe tenuto a valutare lo stadio evolutivo embrionale su cui si interviene, nonché il grado di invasività delle modalità di estrapolazione delle cellule, con particolare riguardo alla quantità di cellule estratte da ciascun embrione.

Per quanto riguarda lo stadio evolutivo, gli studi del RGI di Chicago hanno evidenziato come intervenire sull'embrione quando esso si trova allo stadio di "morula", tra il terzo e il quarto giorno dal momento del concepimento, sia più sicuro per la sua sopravvivenza rispetto agli interventi estrattivi eseguiti nella fase della "blastocisti", tra il quinto e il sesto giorno<sup>91</sup>. In quest'ultimo stadio, infatti, le cellule embrionali perdono la loro totipotenza e cominciano a differenziarsi, cosicchè risulterà più difficile la naturale ricostituzione delle cellule espiantate, con conseguente pregiudizio dell'integrità dell'embrione

Con riferimento, invece, al numero di cellule estratte, esso risulta direttamente proporzionale al grado di probabilità di sopprimere l'embrione<sup>92</sup>: estrapolare, per esempio, sei cellule da un

---

<sup>91</sup> Cfr. N. STRELCHENKO – O. VERLINSKY – V. KUKHARENKO – Y. VERLINSKY, *Morula-derived human embryonic stem cells*, ult. loc. cit. Sul punto, si veda l'intervista rilasciata da Angelo Vescovi, professore di biologia applicata dell'università di Milano-Bicocca, Condirettore dell'Istituto di Ricerca sulle Cellule Staminali dell'Istituto scientifico San Raffaele di Milano, Direttore della Banca della Cellule Staminali Cerebrali di Terni, ad Arnaldo Consoli in occasione del primo incontro di "Scienza e vita" a Terni, il 3 giugno 2005, in [www.diocesi.terni.it](http://www.diocesi.terni.it), in cui egli, sebbene tendenzialmente contrario alla ricerca sulle cellule staminali embrionali, ammette che è possibile che l'embrione non venga automaticamente distrutto a seguito del prelievo delle cellule staminali, «perché in quella fase della vita le cellule sono tutte uguali, quindi, teoricamente, prelevandone qualcuna dovrebbero riformarsi».

<sup>92</sup> Sulla correlazione, basata su un rapporto di proporzionalità diretta, tra il numero di cellule prelevate nel corso della diagnosi preimpianto e i rischi incombenti sull'embrione, si veda, nella letteratura scientifica, V. GOOSSENS –

embrione a otto cellule ne causerebbe la morte, dato che lo si priverebbe della gran parte della sua struttura. Tuttavia, come dimostrato dagli studi del *Reproductive Genetics Institute*, si può procedere a creare una linea cellulare anche espiantando una sola cellula staminale dalla “morula”<sup>93</sup>, evitando così di mettere in pericolo la vita dell’embrione.

Al di là delle recenti scoperte biotecnologiche, che hanno rilevato la possibilità di condurre una ricerca sperimentale sulle cellule staminali embrionali senza esiti necessariamente distruttivi per la vita del concepito, già il Parere del Comitato Nazionale di Bioetica sul progetto di protocollo del Comitato di bioetica del Consiglio d’Europa, del 31 marzo 2000, aveva ipotizzato questa possibilità: in esso si affermava che, con riguardo alle cellule embrionali “isolate”, va fatta salva «l’esigenza di non arrecare danno all’embrione da cui esse vengono prelevate»<sup>94</sup>.

Un ulteriore dato formale, in tal senso, è dato dall’approvazione, da parte del Senato, il 19 luglio 2006, di una mozione con cui si è impegnato il Governo, da una parte, «a votare in sede di Consiglio Europeo competitività contro il sostegno al finanziamento delle ricerche che implicino la distruzione di embrioni anche soprannumerari e crioconservati»<sup>95</sup>; dall’altra, «a verificare la possibilità di ricerca sugli embrioni crioconservati non impiantabili». Il Parlamento, quindi, ha implicitamente ammesso che l’eventuale attuazione di una ricerca sugli embrioni umani soprannumerari, che non ne causi la distruzione, non costituisce una forma di sperimentazione penalmente rilevante e potrebbe, pertanto, beneficiare dei finanziamenti europei alla ricerca sulle cellule staminali.

---

M.D. RYCKE – A. DE VOS – C. STAESSEN – A. MICHIELS – W. VERPOEST – A. VAN STEIRTEGHEM – C. BERTRAND – I. LIEBAERS – P. DEVROEY – K. SERMON, *Diagnostic efficiency, embryonic development and clinical outcome after the biopsy of one or two blastomeres for preimplantation genetic diagnosis*, in *Human Reproduction* 2007, vol. 23, issue 3, p. 481 ss.

<sup>93</sup> Cfr. N. STRELCHENKO – O. VERLINSKY – V. KUKHARENKO – Y. VERLINSKY, *Morula-derived human embryonic stem cells*, ult. loc. cit.

<sup>94</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica, *Protezione dell’embrione e del feto umani: parere del C.N.B. sul progetto di protocollo del Comitato di bioetica del consiglio d’Europa*, 31 marzo 2000, in [www.governo.it/bioetica](http://www.governo.it/bioetica).

<sup>95</sup> Senato, 19 luglio 2006, in <http://www.senato.it>

Di fronte a questa pluralità di voci, scientifiche e politiche, che riaffermano la legittimità di quelle forme di ricerca scientifica sull'embrione che non ne mettano a repentaglio la sopravvivenza, non resta, dunque, che opporre una seria critica alla costruzione legislativa del divieto di cui all'art. 13 come delitto di pericolo presunto.

**5. Prospettive di riforma: la ricerca scientifica sulle cellule staminali di embrioni in condizioni di "morte organismica".**

Una pronuncia del Giudice delle leggi che dichiari incostituzionale l'art. 13 della legge n. 40/2004 nella parte in cui non specifica che la sperimentazione debba essere attuata in modo pericoloso per la vita dell'embrione umana, tuttavia, potrebbe essere oggetto di riserve, a causa della peculiare natura della materia *de qua*. Sarebbe dubbia, infatti, l'opportunità di demandare ai singoli giudici l'accertamento della concreta pericolosità della condotta nell'ambito di un settore eticamente orientato: si rischierebbe, insomma, che la libertà scientifica venga compressa, o dilatata, a seconda degli orientamenti ideologici del magistrato di turno.

L'unica soluzione alternativa all'intervento interpretativo della Corte Costituzionale, al fine di legittimare, seppure entro certi limiti, i processi di sperimentazione sulle cellule staminali embrionali, sarebbe un intervento legislativo sul punto.

Una prima ipotesi da prendere in considerazione potrebbe essere quella di regolamentare la donazione e l'utilizzazione di cellule di embrioni morti, e, a tale scopo, di apprestare una definizione normativa del concetto di morte embrionale tale da ricomprendere – oltre che quegli embrioni la cui totalità dei blastomeri sia perita – gli embrioni per i quali si sia arrestato il processo di suddivisione cellulare, pur in presenza di singoli blastomeri ancora vitali<sup>96</sup>. Si tratta di un'ipotesi vagliata recentemente in seno al Comitato Nazionale di Bioetica, nell'ambito di una discussione intorno alla

---

<sup>96</sup> Cfr. nella dottrina medica D.W. LANDRY – H.A. ZUCKER, *Embryonic death and the creation of human embryonic stem cells*, in *Journal of Clinical Investigation* 2004, vol. 114, p. 1184 ss.; C. HOLDEN, *Stem cells. Scientists create human stem cell line from "dead" embryos*, in *Science* 2006; vol. 313, no. 5795, p. 1869; S. GAVRILOV – R. W. PROSSER – I. KHALID – J. MACDONALD – M.V. SAUER – D.W. LANDRY – V.E. PAPAIOANNOU, *Non-viable human embryos as a source of viable cells for embryonic stem cell derivation*, in *Reproductive BioMedicine Online* 2009, vol. 18, issue 2, p. 301 ss.

sorte di quegli embrioni prodotti con fecondazione *in vitro*, i quali, a causa di gravi anomalie irreversibili dello sviluppo, non possano essere impiantati e debbano essere lasciati in coltura fino alla loro naturale estinzione. Secondo alcuni componenti del C.N.B., «l'embrione sarebbe morto come individualità biologica, qualora avesse definitivamente perso la capacità di proseguire in maniera integrata, autoregolata e attraverso una progressiva differenziazione cellulare, il suo sviluppo»<sup>97</sup>. Poiché, tuttavia, in esso sarebbe ravvisabile una percentuale di blastomeri ancora in vita, sarebbe fruttuoso legittimare l'utilizzo di tali cellule nell'ambito della ricerca scientifica, in parallelo con quanto stabilito normativamente per la donazione di organi *ex mortuo*.

Va ricordata, a tal proposito, la legge 91/1999, che «disciplina il prelievo di organi e di tessuti da soggetto di cui sia stata accertata la morte ai sensi della legge 29 dicembre 1993, n. 578, e regola le attività di prelievo e di trapianto di tessuti e di espanto e di trapianto di organi» (art. 1)<sup>98</sup>.

La norma recepisce il concetto di “morte cerebrale” di cui alla legge n. 578/1993, secondo cui «La morte si identifica con la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo» (art. 1)<sup>99</sup>. La conseguenza è che va riconosciuta la liceità del trapianto di organi “a cuore battente”, purché sia stata accertata la morte encefalica.

Se, allo stesso modo, si giungesse a stabilire che l'embrione cessa di esistere con la cd. “morte organismica” – identificata con la cessazione irreversibile del suo sviluppo cellulare – e se si pervenisse a una disciplina legale dell'utilizzazione delle cellule degli embrioni che si trovino in tale *status*, risulterebbero salvaguardati sia il diritto alla vita degli embrioni sia la libertà della ricerca scientifica.

Tuttavia, una definizione legislativa del concetto di “morte organismica” risulta difficilmente ipotizzabile in un contesto normativo che rinuncia a determinare non soltanto il momento della morte, ma persino la soglia cronologica iniziale della vita

---

<sup>97</sup> Comitato nazionale per la bioetica, *Parere del comitato nazionale per la bioetica sul destino degli embrioni derivanti da pma e non più impiantabili*, 26 ottobre 2007, in [www.governo.it/bioetica](http://www.governo.it/bioetica)

<sup>98</sup> Legge 1° aprile 1999, n. 91, “Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti”, in [www.camera.it](http://www.camera.it)

<sup>99</sup> Legge 29 dicembre 1993, n. 578, “Norme per l'accertamento e la certificazione di morte”, in [www.scienzemedicolegali.it](http://www.scienzemedicolegali.it)

dell'embrione, a causa dei contrasti ideologici riscontrabili sul terreno politico e scientifico.

In tal senso, basti constatare come già all'interno del C.N.B. si sia potuto registrare un consistente contrasto di opinioni tra coloro che hanno propugnato la già esaminata analogia tra l'utilizzo di cellule di embrioni "non vitali" e la donazione di organi da cadavere, e coloro che, invece, l'hanno rifiutata: questi ultimi, infatti, sostengono che l'accertamento della "morte organismica" «farebbe uso, in ogni caso, di segni "probabilistici" e non di certezze, che finiscono per pesare nella decisione di voler utilizzare l'embrione per scopi diversi da quelli del trasferimento a fini procreativi»<sup>100</sup>.

Già con riferimento alla definizione di "morte encefalica", il filosofo Hans Jonas – muovendo la sua invettiva contro il testo della Commissione scientifica di Harvard, a cui poi si è ispirata la legge italiana del 1993 – aveva evidenziato gli intenti utilitaristi che stavano alla base di un tale intervento normativo, rilevando che «una delle principali molle dello sforzo di definire la morte»<sup>101</sup> fosse stato l'interesse a legittimare i trapianti degli organi e dei tessuti che si trovavano nelle condizioni fisiologiche ottimali date dall'ancora presente irrorazione sanguigna prodotta dal cuore pulsante<sup>102</sup>.

La questione della cd. "fine vita", insomma, è sempre stata oggetto di consistenti contrasti scientifici, giuridici ed etici, tali da costringere il legislatore ad apprestare una definizione normativa di morte dell'essere umano adulto, così come dovrebbe avvenire per quel che concerne la morte dell'embrione<sup>103</sup>.

---

<sup>100</sup> Comitato nazionale per la bioetica, *Parere sul destino degli embrioni derivanti da pma e non più impiantabili*, cit., p. 8. Sui contrasti sorti all'interno del C.N.B. sulla questione, si veda L. D'AVACK, *Comitato di bioetica al lavoro tra scienza, diritto e morale*, in *Il Messaggero*, 30 ottobre 2007, p. 24.

<sup>101</sup> H. JONAS, *Technik, Medizin und Ethic. Praxis des Prinzips Verantwortung*, 1985, trad. it. a cura di P. BECCHI, *Tecnica, medicina ed etica: Prassi del principio responsabilità*, Einaudi, Torino 1997, p. 172.

<sup>102</sup> Cfr. H. JONAS, *Tecnica, medicina ed etica*, op. cit., p. 169, che definisce di «vivisezione» le condizioni ideali degli organi in presenza delle quali attingere ad essi.

<sup>103</sup> Contraria, invece, a un intervento legislativo sul punto, in quanto strumentale a un bilanciamento degli interessi in gioco, è O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico?*, op. cit., p. 30, secondo cui «la definizione di "morte" deve essere unica e non può variare a seconda che sull'altro piatto della bilancia si ponga la vita oppure la salute ovvero ancora un miglioramento delle condizioni esistenziali del donatario degli organi».

**6. (Segue): La ricorribilità al modello delle scriminanti procedurali: l'esempio offerto dalla normativa spagnola.**

Un discorso a parte andrebbe tuttavia, condotto per gli embrioni soprannumerari in condizioni di abbandono.

Va, a tal proposito, rilevato che nel rigido ambito di applicazione del delitto di cui all'art. 13 rientra, oltre alla sperimentazione compiuta su quegli embrioni che si trovino nella predetta situazione di arresto irreversibile dello sviluppo cellulare, anche la sperimentazione sugli embrioni rifiutati dalla coppia ricorrente alla P.M.A.<sup>104</sup>, la sperimentazione sugli embrioni non impiantabili per condizioni di salute della donna e conseguentemente crioconservati a tempo indeterminato, nonché quella conducibile sugli embrioni "orfani" prodotti in soprannumero prima dell'entrata in vigore della legge n. 40/2004<sup>105</sup>. Per essi è prevista una tutela puramente formalistica della vita, dato che le Linee Guida alla legge n. 40/2004, *sub* art. 13, dispongono che qualora «il trasferimento dell'embrione, non coercibile, non risulti attuato, la coltura *in vitro* del medesimo deve essere mantenuta fino al suo estinguersi»<sup>106</sup>.

Sui limiti del divieto assoluto di cui all'art. 13, comma 1, della legge n. 40/2004, con riguardo agli embrioni soprannumerari, si era già espressa un'autorevole parte della dottrina penale, secondo cui la liceizzazione della sperimentazione sugli embrioni soprannumerari per i quali fosse venuta meno la possibilità di impianto avrebbe potuto essere una soluzione «coerente nella direzione di un contemperamento di interessi, in quanto la valorizzazione del principio di protezione della salute come interesse della collettività (art. 32 Cost.) determinerebbe soltanto il sacrificio di embrioni privi di una realistica prospettiva di sviluppo»<sup>107</sup>.

---

<sup>104</sup> L'obbligo di impiantare gli embrioni prodotti *in vitro*, infatti, risulta incoercibile: in tal senso S. CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni (Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40)*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, p. 417; nonché O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico?*, op. cit., p. 40.

<sup>105</sup> Cfr. G. BALDINI, *Libertà procreativa e fecondazione artificiale*, op. cit., p. 86, secondo cui, in base ai dati dell'Istituto Superiore della Sanità, si stima che gli embrioni crioconservati in stato di abbandono siano in Italia 30.000.

<sup>106</sup> Il testo delle Linee Guida è in E. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, op. cit., p. 170.

<sup>107</sup> S. CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, op. cit., p. 422. Cfr., nell'ambito della dottrina giuridica extrapenale, anche G. BALDINI, *Libertà*

Per dimostrare quanto possa essere ragionevole la scelta di legittimare, a livello normativo, la sperimentazione attuata su questa particolare tipologia di embrioni, sarebbe utile prospettare un'analisi comparatistica con quanto disposto a tal proposito in seno all'ordinamento spagnolo, dove è possibile riscontrare una serie di leggi in materia, succedutesi sulla base di interventi di riforma volti a rendere sempre più flessibile la disciplina della procreazione medicalmente assistita e della sperimentazione sugli embrioni umani.

Anzitutto va premesso che, a differenza del nostro ordinamento, dove manca una definizione dell'embrione, la legge spagnola si è prodigata a distinguere tra embrione e preembrione, stabilendo che si intende per preembrione «il gruppo di cellule risultanti dalla divisione progressiva dell'ovocita fino al quattordicesimo giorno dalla fecondazione» (art. 1, comma 2 della *Ley 14/2006*)<sup>108</sup>.

Sebbene già con la prima legislazione, la *Ley 35/88*<sup>109</sup>, fosse stata legittimata la sperimentazione per fini non diagnostici sui preembrioni non vitali (art. 15, comma 3)<sup>110</sup> – che di fatto consentiva

---

*procreativa e fecondazione artificiale*, op. cit., p. 81 ss.; 84. Secondo l'A., «La completa indifferenza e insensibilità alle esigenze individuali e collettive sottese all'attività di ricerca scientifica proprio in quei settori quali la terapia genica e l'impiego delle cellule staminali embrionali, che a torto o a ragione la comunità medico scientifica ritiene fra i più promettenti per la cura di numerose e gravi patologie, costituisce un ulteriore e importante limite della disposizione in esame».

<sup>108</sup> In termini simili si era già espressa la legislazione precedente alla riforma.

<sup>109</sup> *Ley 35/1988*, de 22 noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, in <http://noticias.juridicas.com>

<sup>110</sup> Secondo parte della dottrina, il concetto di “vitalità” presenta un significato ambiguo: in tal senso Y. GOMEZ SANCHEZ, *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Ediciones jurídicas, Madrid 1994, p. 148; nonché M. IACOMETTI, *La procreazione medicalmente assistita nell'ordinamento spagnolo*, op. cit., p. 69; J. GARCÍA GONZALES, *Límites penales a los últimos avances de la ingeniería genética aplicada al ser humano*, Edersa, Madrid 2001, p. 70 ss., che critica la nozione, in quanto suscettibile di dar luogo a una violazione del principio della dignità umana. Sulla nozione di “vitalità” si è pronunciato il Tribunale Costituzionale spagnolo con due sentenze, 212/96 e 116/99, nelle quali ha affermato che tale concetto allude alla capacità del preembrione di svilupparsi in un essere umano adulto. Secondo alcuni, con le sue pronunce il Tribunale avrebbe accolto una concezione biologica di “vitalità”, intesa come capacità fisiologica di attuare un procedimento di suddivisione cellulare: così P.L. COPELLO, *Clonación no reproductiva y protección jurídica del embrión: respuestas desde el ordenamiento punitivo*, in *Rev. Pen.* 2004, p. 130. Per una concezione funzionale, volta a considerare come “non vitali” persino quei preembrioni soprannumerari i

la ricerca sulle cellule staminali degli embrioni non più in grado di svilupparsi – è soltanto con la *Ley 45/2003*<sup>111</sup> che viene specificamente affrontato il problema dell'utilizzo dei preembrioni soprannumerari abbandonati, a prescindere dalla loro condizione di vitalità<sup>112</sup>.

Questa normativa – che modificava in alcuni punti la precedente legge, senza sostituirsi formalmente ad essa – stabiliva che i genitori biologici potessero scegliere la destinazione dei preembrioni crioconservati prima della sua stessa entrata in vigore: o disponendone la crioconservazione fino al trasferimento in utero; o donandoli gratuitamente ad altre coppie per fini procreativi; o destinandoli alla ricerca scientifica; o autorizzandone lo scongelamento senza altri fini e, quindi, la soppressione (*Disposició n final primera*).

Sebbene questa disposizione garantisse la ricerca scientifica – bene rilevante ai sensi dell'articolo 44.2 della Costituzione spagnola –, permettendo persino la sperimentazione sui preembrioni vitali crioconservati, essa fu criticata in dottrina perché apprestava un trattamento discriminatorio nei confronti dei preembrioni soprannumerari, escludendo l'uso per scopi scientifici soltanto di quelli crioconservati dopo la sua stessa emanazione<sup>113</sup>.

---

quali, una volta rifiutati dalla coppia biologica, non avrebbero prospettive di essere trasferiti nell'utero materno, si veda C. ROMEO CASABONA, *La investigació n y la terapia con células madre embrionarias: hacia un marco jurídico europeo*, in *La Ley 2002*, n. 5467, p. 3.

<sup>111</sup> Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, in <http://civil.udg.es>

<sup>112</sup> Sulla necessità di legittimare la sperimentazione sui preembrioni soprannumerari mediante una precisa disposizione legislativa e non mediante un'interpretazione flessibile del concetto di "vitalità, si era espressa la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, *¿Qué hacer con los embriones sobrantes?* II Informe, aprile 2000, p. 21, in [www.cnb.uam.es](http://www.cnb.uam.es)

<sup>113</sup> In senso critico si veda S. PENASA, *La procreazione medicalmente assistita: due modelli a confronto*, in AA. VV., *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, a cura di E. CAMASSA – C. CASONATO, Collana Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Trento, 2005, p. 128; nonché P. LANZAROTE MARTÍNEZ, *La investigació n y experimentació n con embriones humanos: aspectos éticos y jurídicos*, in *Cuad. De Bioética* 2006, p. 163 ss.

Una vera svolta per il progresso della ricerca sulle cellule staminali embrionali si è avuto con la *Ley 14/2006*<sup>114</sup>: l'art. 15, infatti, autorizza la sperimentazione sui preembrioni soprannumerari derivanti da processi di procreazione medicalmente assistita, eliminando sia il requisito della vitalità introdotto con la *Ley 35/88*, sia il limite temporale relativo alla data di crioconservazione posto dalla *Ley 45/2003*.

L'autorizzazione risulta subordinata al rispetto di una serie di scriminanti procedurali, le quali, pur mantenendo ferma la flessibilità della legislazione, garantiscono un adeguato bilanciamento degli interessi in gioco<sup>115</sup>. La sperimentazione, in tal senso, richiederà l'autorizzazione dei genitori biologici; potrà essere effettuata in centri sanitari autorizzati e soltanto su preembrioni che non abbiano superato i quattordici giorni di sviluppo; andrà realizzata sulla base di un progetto autorizzato dalle autorità sanitarie competenti.

Il compimento di una sperimentazione in violazione delle predette condizioni di legittimità è qualificata come infrazione amministrativa molto grave (art. 15, c., n. 4) e, in quanto tale, è punita con la multa da 10.001 a un milione di euro.

Prendendo come modello la *Ley 14/2006*, quindi, si potrebbe costruire anche in Italia, *de lege ferenda*, un modello di legittimazione flessibile, fondato sulla costituzione di un organo *ad hoc* – composto da scienziati, giuristi e bioeticisti –, che abbia la funzione di prendere in esame e autorizzare i progetti di sperimentazione sugli embrioni soprannumerari, per la cui effettuazione sarebbe comunque necessario il consenso parentale. A tal fine, occorrerebbe stabilire un termine di tempo massimo per la crioconservazione degli embrioni, scaduto il quale i genitori biologici andrebbero consultati per decidere se procedere all'impianto in utero o se donare gli embrioni congelati, comunque destinati a perire in assenza del predetto impianto, per la ricerca.

---

<sup>114</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, in <http://www.pcb.ub.es>

<sup>115</sup> In tal senso, S. PENASA, *La fragil rigidez de la ley italiana de reproducción asistida contra la rigida flexibilidad del modelo español: contenido vs. procedimiento*, in *Rev. de Bioética e Der.* 2010, n. 19, p. 6, secondo cui «La evolución del procedimiento normativo español parece optar por una elaboración procesal de los instrumentos de garantías y regulación del ámbito biojurídico mediante un sistema basado en la complementariedad entre poder representativo y competencia técnica»

Le scriminanti procedurali consistono in procedimenti amministrativi volti ad accertare i presupposti di sicurezza di un certo fatto, così da qualificarlo, in assenza di quei requisiti di legittimità, tipico (se di per sé lecito, ma soggetto a limiti amministrativi da rispettare) o anti-giuridico (se di per sé illecito ma autorizzabile in via amministrativa)<sup>116</sup>. Il ricorso a esse potrebbe, dunque, costituire un mezzo essenziale per legittimare anche nel nostro ordinamento la sperimentazione sugli embrioni soprannumerari che si trovino in accertate condizioni di abbandono<sup>117</sup> e che, in assenza di disposizioni che ne regolino le sorti, sarebbero da considerarsi come «esistenze *in nuce* destinate all'ibernazione perpetua»<sup>118</sup>.

Del resto, è proprio nel settore bioetico che questa speciale tipologia di cause di giustificazione trova terreno fertile: di fronte a interessi contrapposti costituzionalmente equivalenti, il cui livello di tutela da garantire rischierebbe di dipendere dalle personali opzioni ideologiche del legislatore, sarebbe opportuno che le norme non vietino, né liberalizzino, ma operino dei bilanciamenti che lascino al singolo la possibilità di decidere autonomamente<sup>119</sup>.

---

<sup>116</sup> Cfr. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, op. cit., p. 28; ID., *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una "nuova" dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2009, p. 1671-1672. Secondo l'A., in ambito bioetico, le scriminanti procedurali dovrebbero considerarsi come elementi esterni al tipo.

<sup>117</sup> In questi termini si è espresso M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. Pen.* 2007, p. 908: « Che sia un aborto, una sperimentazione su embrioni o l'effettuazione di una terapia sperimentale o la pratica di forme di eutanasia consensuale, in ogni caso la liceità del fatto può richiedere l'intervento regolatore preventivo di un soggetto o di un comitato competenti a bilanciare i profili tecnici e morali della scelta da compiere, a risolvere alcune situazioni di conflitti di doveri, o a verificare i requisiti di sussistenza del consenso attualmente prestato da un soggetto».

<sup>118</sup> L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, op. cit., p. 70.

<sup>119</sup> In questi termini M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, op. cit., p. 29-30. Secondo l'A. «La "giustificazione", in definitiva, non esprimerebbe un giudizio positivo dell'ordinamento in termini di valutazione sostanziale». *Contra* M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 2007, p. 1277; 1283, secondo cui il giudizio di preminenza di un interesse rispetto a quello a esso contrapposto sarebbe implicito nella predisposizione della stessa causa di giustificazione procedurale, che attribuirebbe un diritto «ancorchè limitato nelle modalità di esercizio».

L'art. 13 della legge n. 40/2004, invece, incriminando la sperimentazione sugli embrioni umani *tout court* – senza specificare cosa si intenda per “embrione” e senza diversificare la regolamentazione a seconda del concreto stato in cui versi, eventualmente mediante la predisposizione di una serie di scriminanti procedurali – rimanda a un diritto punitivo di matrice etica, rigido e intransigente nella sua incapacità di bilanciare gli interessi contrapposti in gioco.

In tal senso, va apprezzata la normativa spagnola che ha predisposto una regolamentazione della sperimentazione flessibile e ragionevole, in quanto attuabile mediante un sistema “procedimentale” che consente una valutazione caso per caso della validità dei singoli progetti scientifici e delle possibilità di sopravvivenza dei *preembriones sobrantes*. Essa – attribuendo alla vita dell'embrione una tutela effettiva e funzionalmente orientata a garantire il potenziale sviluppo in un essere umano adulto, senza precludere alla ricerca scientifica la possibilità di utilizzare quei preembrioni soprannumerari per i quali, invece, non vi sia alcuna prospettiva di esistenza futura – ha, quindi, realizzato un equo bilanciamento degli interessi giuridici che vengono in rilievo in questo ambito.

### **7. Conclusioni.**

Volendo trarre delle conclusioni su questa breve analisi circa la compatibilità del delitto di sperimentazione sugli embrioni umani con i principi fondamentali del diritto penale, è lecito ipotizzare che l'indeterminatezza dell'oggetto materiale da una parte, e l'irragionevole anticipazione di tutela dall'altra, siano riconducibili agli scopi etici che il legislatore ha perseguito introducendo la normativa in materia di procreazione medicalmente assistita.

Egli, cioè, più che assegnare alla vita dell'embrione uno spazio di tutela realmente forte, avrebbe inteso predisporre delle norme a valenza puramente simbolica, finalizzate in realtà a inibire pratiche biotecnologiche che sono ancora biasimate dalle correnti politiche, giuridiche e scientifiche a stampo prevalentemente etico<sup>120</sup>, in quanto “manipolano” la natura.

---

<sup>120</sup> Cfr. L. RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, op. cit., p. 677 ss.

Se il legislatore avesse realmente inteso la vita dell'embrione come bene giuridico in senso stretto, anziché come strumento di rafforzamento dell'etica sociale, avrebbe formulato norme sufficientemente determinate: «dire “i diritti sono certi” significa, dal punto di vista interno, che le norme che li proteggono sono sufficientemente chiare»<sup>121</sup>.

L'esigenza di tutelare il prodotto del concepimento avrebbe richiesto non una regolamentazione rigida, bensì una disciplina flessibile, che, distinguendo lo *status* degli embrioni in attesa di trasferimento e degli embrioni soprannumerari in condizioni di abbandono, stabilisse in modo preciso quale sorte destinare a questi ultimi. L'assenza di soluzioni alternative all'utilizzo degli embrioni per finalità riproduttive intraparentali – non essendo prevista nel nostro ordinamento l'adozione degli embrioni in condizioni di abbandono – sembra mostrare, invece, che il legislatore ha preferito disporre la crioconservazione a tempo indeterminato degli embrioni, fino alla loro naturale estinzione *in vitro*, piuttosto che prospettare loro un progetto di vita al di fuori dell'ambiente familiare biologico.

Il bene giuridico della vita dell'embrione, insomma, sembra passare in secondo piano rispetto alla tutela dell'ambiente familiare “naturale”, sulla base di punti di vista etici alquanto discutibili. Ce lo conferma l'art. 5 della legge 40, secondo cui «possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi». Sulla base di questa norma – la cui violazione è punita, in base all'art. 12, comma 2, con la sanzione amministrativo-pecuniaria da 200.000 a 400.000 euro – non si potrà procedere a trasferire l'embrione prodotto *in vitro* mentre entrambi i genitori erano in vita, qualora, tra il momento della fecondazione e quello del trasferimento, il padre sia venuto a mancare. Non si potrà, d'altronde, impiantare l'embrione nel ventre di una madre surrogata, qualora il genitore deceduto dopo la fecondazione *in vitro* sia la madre naturale, poiché si rientrerebbe nel delitto di cui all'art. 12, comma 6, punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro. Né, infine, si potrà procedere all'adozione dell'embrione da parte di una

---

<sup>121</sup> A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?* in AA. VV., *La bilancia e la misura: giustizia, sicurezza, riforme*, a cura di S. ANASTASI – M. PALMA, FrancoAngeli, Milano 2001, p. 20.

coppia esterna, come poc'anzi accennato. Questo significherà che l'embrione "orfano" sarà destinato anch'egli a morire: quasi a dire che è meglio non venire in essere piuttosto che nascere in una famiglia in cui manchi un genitore o in una famiglia biologicamente estranea.

La stessa aberrante situazione si presenterebbe qualora, dopo la fecondazione *in vitro*, la coppia genitoriale si separasse e uno dei due decidesse di revocare il proprio consenso al trasferimento uterino<sup>122</sup>. Basti ricordare un'ordinanza del Tribunale di Bologna del 2000<sup>123</sup> con cui il giudice, di fronte alla richiesta della ex moglie di procedere comunque all'impianto dell'embrione, ha negato il diritto alla procreazione della donna, e implicitamente il diritto alla vita del concepito, affermando che andavano, invece, salvaguardati il diritto di non procreare del padre e il diritto del nascituro (*rectius*, del mai nato!) ad avere due genitori<sup>124</sup>.

Non sembra, quindi, che il legislatore abbia mirato a tutelare la vita embrionale, contrariamente a quanto affermato nell'art. 1 della legge 40/2004. Il vero scopo sembra, invece, essere stato quello di colpire la libertà della ricerca: lo prova il fatto che la sperimentazione, delitto in cui sarebbe insita una finalità scientifica, è punita più gravemente della fattispecie di soppressione, nonostante quest'ultima sia connotata da un maggiore disvalore sul piano oggettivo, comportando la morte dell'embrione<sup>125</sup>. Risulta, dunque,

---

<sup>122</sup> Sebbene ai sensi dell'art. 6, comma 3, la volontà dei genitori ricorrenti alla P.M.A. possa essere revocata «fino al momento della fecondazione dell'ovulo», tale revoca non risulta sanzionata in alcun modo. In ogni caso, la norma che dispone l'irrevocabilità del consenso contrasterebbe, nell'ipotesi di separazione dei coniugi, con l'art. 5, in cominatio disposto con l'art. 12, comma 2, con cui il legislatore, come sopra visto, punisce l'applicazione delle tecniche di procreazione assistita su coppie i cui componenti non siano coniugati o conviventi: come dire che la stessa legge, in caso di separazione, annulla il consenso all'impianto dell'embrione nel grembo materno.

<sup>123</sup> Tribunale di Bologna, ord. 9 maggio maggio 2000, in *Fam. e dir.* 2000, n. 5, p. 487 ss.

<sup>124</sup> Sul punto, si veda S. AMATO, *Biogiurisprudenza. Dal mercato genetico al self-service normativo*, Giappichelli, Torino 2006, p. 83-84, secondo cui «Suona alquanto bizzarra questa negazione di ogni speranza di vita dell'embrione in nome del suo diritto a un equilibrato rapporto familiare».

<sup>125</sup> La soppressione di embrioni umani è punita – in base al cominatio disposto dei commi 1 e 6 dell'art. 14, l. 40/2004 – con la reclusione fino a tre anni e con la multa da 50.000 a 150.000 euro.

manifestamente irragionevole<sup>126</sup> punire una fattispecie a pericolo presunto – la sperimentazione – più gravemente di una fattispecie di danno – la soppressione – posta a tutela del medesimo bene giuridico<sup>127</sup>: a parità di rango del bene tutelato, infatti, la sanzione predisposta a livello edittale dovrà essere più grave per il delitto che punisca la lesione effettiva del bene, rispetto a quello che preveda un'anticipazione di tutela.

In base alle valutazioni effettuate, bisogna concludere che il legislatore ha fatto ricorso alla sanzione penale in questo campo per infliggere un castigo a quegli scienziati indifferenti ai valori dell'etica e della religione<sup>128</sup>: si tratterebbe, cioè, di un diritto penale

---

<sup>126</sup> Si fa qui riferimento al giudizio di ragionevolezza in senso relativo, basato sul raffronto tra la norma impugnata e un'altra disposizione, che fungerebbe da *tertium comparationis*, alla luce del principio costituzionale di eguaglianza. Sul punto, si veda A. CERRI, *L'eguaglianza della giurisprudenza nella Corte Costituzionale. Esame analitico e ipotesi ricostruttive*, Giuffrè, Milano 1976, p. 51; R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano 1988, p. 291 ss.; L. PALADIN, *Esiste un «principio di ragionevolezza» nella giurisprudenza della costituzionale?*, op. cit., p. 163 ss.; ID., *Corte Costituzionale e principio generale d'eguaglianza*, in *Giur. cost.* 1984, p. 230 ss. Di «circuito trilatero», parla A.M. MAUGERI, *I reati di sospetto*, op. cit., p. 456 ss.

<sup>127</sup> Sulla necessaria omogeneità che deve sussistere tra le fattispecie messe a confronto, si veda A. CERRI, *L'eguaglianza della giurisprudenza nella Corte Costituzionale*, op. cit., p. 107; L. PALADIN, *Corte Costituzionale e principio generale d'eguaglianza*, op. cit., p. 248; G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*; Giuffrè, Milano 1989, p. 329; D. MICHELETTI, *Una sentenza di «incostituzionalità sopravvenuta» per «inadeguatezza» della tutela in materia di reati di sospetto*, in *Giur. cost.* 1996, p. 3383. In giurisprudenza, si veda, Corte Cost. n. 287 del 2001, in <http://dejure.giuffre.it>, nonché, di recente, Corte Cost. n. 22 del 2007, in <http://dejure.giuffre.it>.

<sup>128</sup> Si veda E. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, op. cit., p. 129, secondo cui anche nel campo delle biotecnologie sull'embrione si potrebbe parlare, in riferimento all'inusitato rigore delle sanzioni comminate, di “diritto penale del nemico”: «a scorrere la legge n. 40/2004 parrebbe che in Italia il “nemico” abbia assunto i connotati del medico che vada oltre questo o quel limite imposto dalla legge ai trattamenti di pma». Per la categoria in questione, che trova il suo terreno di elezione nell'ambito della lotta al terrorismo, si vedano M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, in *Scritti per Federico Stella*, 2007, I, p. 79 ss.; ID., *Il volto attuale dell'illecito penale*, op. cit., p. 53 ss; nonché F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 470 ss.

dell'autore più che del fatto<sup>129</sup>. In tal senso, la pena assumerebbe la forma di uno strumento di carattere "culturale", volto, cioè, ad affermare la rilevanza di quei valori propugnati da quei gruppi politici eticamente orientati, qualificabili come «imprenditori di moralità»<sup>130</sup>, i quali non fanno altro che operare una strumentalizzazione dell'embrione ben più deprecabile, in quanto fine a se stessa, di quella operata in senso solidaristico da quei ricercatori, che a tutt'oggi si prodigano per trovare terapie geniche finalizzate a salvare migliaia di vite umane.

Non sarà, comunque, più possibile procrastinare un riequilibrio legislativo degli interessi in gioco nell'ambito della ricerca scientifica sulle cellule staminali embrionali, quando la sperimentazione porterà a risultati scientifici certi, tali da poter affermare con certezza che l'estrazione di cellule staminali di un embrione X possa favorire un determinato soggetto Y su cui esse andrebbero impiantate. In tal caso, infatti, il diritto alla vita degli embrioni soprannumerari andrà controbilanciato non soltanto con la

---

<sup>129</sup> Cfr. E. PALIERO, *La maschera e il volto*, op. cit., p. 537-538; l'A., addebitando ai *mass media* la costruzione di "classi pericolose" di soggetti, sostiene che «L'ombra del rischio viene proiettata all'esterno e si addensa – con effetti di rassicurazione simbolica – attorno al capro espiatorio, ben individuato e individuabile, proprio grazie allo stigma inflitto dal diritto penale del nemico».

<sup>130</sup> Il termine è stato coniato da E. PALIERO, *Consensus e legislazione penale*, op. cit., p. 879-880, secondo cui «Per "imprenditori di moralità" si intendono quei gruppi organizzati, all'interno della società, che per affermare un loro credo religioso o morale, o una loro specifica identità sociale o culturale [...] mobilitano e trasportano consenso verso scelte criminalizzatrici che li "rilancino", socialmente o politicamente»; il termine è stato ripreso da ID., *La maschera e il volto*, op. cit., p. 534; 535; l'A., rilevando le connessioni tra sistema penale e sistema massmediatico, afferma che entrambi sono complici nella distorsione della realtà, «facendo apparire comuni interessi solo di (una) parte; inscenando conflitti del tutto immaginari, ovvero reali, ma fra parti diverse da quelle effettive; rappresentando, infine, come effettiva una tutela soltanto, e consapevolmente, simbolica. In una parola, facendo della pura ideologia». Sulla questione del paradigma "idealistico" del diritto penale, volto cioè a garantire l'affermazione di principi ideologici a prescindere dall'effettività della norma, si veda ID., *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, p. 459. Sul punto, si veda, inoltre, E. MUSCO, *Consensus e legislazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1993, p. 82. Della funzione «simbolico-espressiva» dello strumento penale nell'ambito della bioetica, parla M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, op. cit., p. 21. Si veda, inoltre L. RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, op. cit., p. 680.

libertà della ricerca scientifica, ma anche con il diritto alla salute e alla vita del soggetto donatario delle cellule staminali embrionali<sup>131</sup>.

---

<sup>131</sup> Cfr. E.W. BÖCKENFÖRDE, *Dignità umana e bioetica*, Morcelliana, Brescia 2010, p. 62-63, secondo cui, in base all'art. 2 par. 2 del *Grundgesetz* ("Ognuno ha diritto alla vita e all'incolumità fisica. La libertà della persona è inviolabile. Questi diritti possono essere limitati soltanto in base ad una legge"), un intervento del legislatore tedesco volto a legittimare l'uccisione di embrioni per il conseguimento di cellule staminali non potrebbe essere giustificato allo stato attuale delle conoscenze scientifiche sull'uso terapeutico delle cellule staminali embrionali. L'A., infatti, rileva che «In realtà si tratta, nel caso dell'interesse di ricerca, non della vita presente o della salute attuale di singoli o di alcuni uomini, ma di aspettative del tutto incerte, di aspettative di poter ottenere dalla ricerca sulle staminali forse un giorno un rimedio per malattie finora non curabili».

**CAPITOLO II**  
**LA TUTELA PENALE DELLA DIGNITÀ UMANA**  
**NELL'AMBITO DELLE ATTIVITÀ COSTITUTIVE DI EMBRIONI**  
**PER FINI DI RICERCA SCIENTIFICA**

**SOMMARIO: 1. Premessa: la repressione degli atti prodromici alla ricerca sulle cellule staminali embrionali. – 2. Le fattispecie “aggravanti” del delitto di sperimentazione. – 3. Il valore della dignità dell’uomo sul piano normativo nazionale e transnazionale: fondamenti storico-filosofici. – 4. (Segue): La dignità umana come bene giuridico collettivo. – 5. (Segue): La dimensione superindividuale del bene giuridico della dignità umana nell’ambito delle fattispecie di produzione e di clonazione di embrioni per fini di ricerca. – 6. Il delitto di produzione di embrioni per fini di ricerca o di sperimentazione. 7. Il delitto di clonazione di embrioni per fini di ricerca. – 8. L’inadeguatezza del trattamento sanzionatorio “aggravato”: il contrasto con il principio di proporzionalità. 9. (Segue): Il contrasto con il principio di ragionevolezza. – 10. Profili comparatistici con l’ordinamento spagnolo: la tutela della dignità umana nell’ambito dei delitti relativi alle manipolazioni genetiche. – 11. Conseguenze sul piano applicativo e prospettive di riforma.**

***1. Premessa: la repressione degli atti prodromici alla ricerca sulle cellule staminali embrionali.***

Una questione particolarmente attuale, intorno alla quale si sono sviluppati numerosi dibattiti all’interno del tessuto scientifico e politico è rappresentata dalla legittimità della ricerca sulle cellule staminali embrionali. La possibilità di impiegarle in modo terapeutico per la cura di numerose patologie degenerative del corpo umano, da una parte, e gli i danni arrecabili agli embrioni oggetto di sperimentazione, dall’altra, rappresentano gli interessi in gioco.

In proposito, il legislatore del nostro ordinamento ha utilizzato una tecnica di incriminazione rigorosa: l’art. 13, comma 1, della legge n. 40/2004, infatti vieta qualsiasi sperimentazione sugli embrioni umani. La norma ha, di fatto, prodotto un sacrificio assoluto della libertà della ricerca scientifica, garantita agli artt. 9 e 33 della Costituzione, in favore della tutela della vita dell’embrione, la cui rilevanza costituzionale può essere soltanto di tipo indiretto,

nella misura in cui si consideri l’embrione come “persona”, avente diritto alle stesse garanzie giuridiche di cui godono gli altri soggetti di diritto<sup>132</sup>.

Considerando che il bene giuridico protetto è la vita dell’embrione<sup>133</sup>, sarebbe stata necessaria una maggiore flessibilità della legislazione, che predisponesse una tutela non meramente simbolica di tale interesse: in tal senso, avrebbe potuto essere predisposto un sistema di scriminanti procedurali<sup>134</sup>, funzionale a creare margini di legittimazione della sperimentazione con riguardo a quegli embrioni non più in grado di svilupparsi<sup>135</sup> o comunque

---

<sup>132</sup> Dato il silenzio della Costituzione sulla tutela da apprestare all’embrione, sarebbe lecito pensare di trovarsi di fronte a un esempio di «avanzamento da progresso» dei confini di tutela dei beni giuridici, «di un oggetto di protezione, cioè, non nuovo, bensì reso giuridicamente visibile da nuove forme di aggressione»: cfr. W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt am Main, 1980, p. 132.

<sup>133</sup> Cfr. S. CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni (Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40)*, in *Dir. pen. e proc.* 2004, p. 420, che, a tal proposito, parla di illeciti aventi lo scopo «di salvaguardare l’integrità dell’embrione umano»; L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell’esperienza penalistica*, Giappichelli, Torino 2008, p. 27, secondo cui «La legge n. 40 del 2004 ritaglia un’anomala configurazione del “diritto di vivere” attraverso una tutela totalizzante, penale ed extrapenale, dell’embrione»; D. BARTOLETTI – F. MARENGHI – A. VALLINI, *Testi sotto obiettivo – Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Legisl. Pen.* 2005, p. 9, secondo cui «la ratio della norma appare chiaramente rivolta a tutelare sempre e comunque l’integrità embrionale (anche quella degli embrioni cd. “sopranumerari” già esistenti e comunque destinati alla soppressione perché non più “impiantabili”), nei confronti di un qualsiasi esperimento, ricerca, “prova” scientifica (compresi quelli finalizzati alla individuazione di possibili terapie per gravi malattie».

<sup>134</sup> In questi termini si è espresso M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno “spazio libero dal diritto”*, in *Cass. Pen.* 2007, p. 908: « Che sia un aborto, una sperimentazione su embrioni o l’effettuazione di una terapia sperimentale o la pratica di forme di eutanasia consensuale, in ogni caso la liceità del fatto può richiedere l’intervento regolatore preventivo di un soggetto o di un comitato competenti a bilanciare i profili tecnici e morali della scelta da compiere, a risolvere alcune situazioni di conflitti di doveri, o a verificare i requisiti di sussistenza del consenso attualmente prestato da un soggetto».

<sup>135</sup> Il Comitato nazionale per la bioetica ha affermato che in capo agli embrioni in condizione di arresto irreversibile dello sviluppo cellulare, sarebbe ravvisabile una percentuale di blastomeri ancora in vita, utilizzabili nell’ambito della ricerca scientifica, in parallelo con quanto stabilito normativamente per la donazione di organi *ex mortuo*: C.N.B., *Parere del comitato nazionale per la*

abbandonati e destinati a morte certa, in mancanza di una legge che ne autorizzi l'adottabilità<sup>136</sup>.

Accanto a questo divieto penale – la cui severità si deduce anche dalla misura della sanzione predisposta per la sua violazione, la reclusione da due a sei anni e la multa da 50.000 a 150.000 euro – il legislatore ha posto una serie di altre proibizioni al terzo comma dell'articolo 13<sup>137</sup>: si tratta delle cosiddette fattispecie “aggravanti” del delitto di sperimentazione sugli embrioni umani, finalizzate a reprimere l'intera area delle attività di laboratorio con finalità extraprocreative concernenti l'embrione.

Di queste, alcune costituiscono atti prodromici alla sperimentazione sugli embrioni, meritevoli, secondo quanto stabilito dal legislatore, di assumere autonoma rilevanza penale. Tali comportamenti, in quanto sintomo di un'intenzionale strumentalizzazione *ab origine* dell'embrione per scopi extrasistenziali, sono, infatti, dotati di una carica di disvalore maggiore rispetto alla sperimentazione *tout court*, in cui è sovente ravvisabile un utilizzo in via soltanto sussidiaria di quegli embrioni soprannumerari residuati da pratiche di fecondazione assistita, per i quali non sarebbe più prospettabile un progetto di vita.

La natura circostanziata in senso aggravante delle predette fattispecie si può desumere dal disposto del quarto comma, secondo cui: «In caso di violazione di uno dei divieti di cui al comma 3 la

---

*bioetica sul destino degli embrioni derivanti da pma e non più impiantabili*, 26 ottobre 2007, in [www.governo.it/bioetica/testi/parere061007.pdf](http://www.governo.it/bioetica/testi/parere061007.pdf), p. 7.

<sup>136</sup> Sulla questione della necessità dell'emanazione di una legge che disciplini l'adozione degli embrioni abbandonati, si veda G. BALDINI, *Libertà procreativa e fecondazione artificiale. Riflessioni a margine delle prime applicazioni giurisprudenziali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli – Roma 2006, p. 88 ss.

<sup>137</sup> Art.13. Comma 3: Sono, comunque, vietati:

- a) la produzione di embrioni umani a fini di ricerca o di sperimentazione o comunque a fini diversi da quello previsto dalla presente legge;
- b) ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti ovvero interventi che, attraverso tecniche di selezione, di manipolazione o comunque tramite procedimenti artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione o del gamete ovvero a predeterminarne caratteristiche genetiche, ad eccezione degli interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche, di cui al comma 2 del presente articolo;
- c) interventi di clonazione mediante trasferimento di nucleo o di scissione precoce dell'embrione o di ectogenesi sia a fini procreativi sia di ricerca;
- d) la fecondazione di un gamete umano con un gamete di specie diversa e la produzione di ibridi o di chimere.

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». La sanzione applicabile, dunque, sarà quella prevista per la fattispecie di sperimentazione sugli embrioni umani, la reclusione da due a sei anni e la multa da 50.000 a 150.000 euro, aumentata fino a un terzo: si tratta, infatti – come desumibile dal silenzio del legislatore circa l'entità della variazione della pena – di circostanze a efficacia comune.

Ai fini della nostra trattazione, sarà necessario, in prima istanza, passare in rassegna tali fattispecie per valutare quali di esse possano essere utilizzate per incriminare gli atti preparatori della sperimentazione sugli embrioni, funzionale al progresso della ricerca scientifica sulle relative cellule staminali.

Conseguentemente, in seconda istanza, andrà esaminata la ragionevolezza della scelta legislativa di tipizzare tali condotte come forme aggravate del delitto di cui all'art. 13, comma 1 e non, invece, come fattispecie autonome di reato.

## ***2. Le fattispecie “aggravanti” del delitto di sperimentazione.***

– L'art. 13, comma 3, lett. a), incrimina la produzione di embrioni finalizzata all'effettuazione di ricerche o sperimentazioni sugli stessi. Con la formulazione di questa figura delittuosa, il legislatore ha inteso reprimere la strumentalizzazione assoluta dello stesso: l'embrione, infatti, risulterebbe creato esclusivamente per fini utilitaristici, incompatibili *a priori* con la sua natura di essere umano. La fattispecie, diretta quindi a tutelare la dignità umana – intesa in un significato peculiare che verrà chiarito appresso –, anticipa la soglia di punibilità della sperimentazione, incriminando la creazione *ad hoc* dell'embrione per il perseguimento di tale fine, anche se esso non venga poi realizzato.

– L'art. 13, comma 3, lett. b), *prima parte*, che prevede il divieto di «ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni o dei gameti», configura una fattispecie volta a punire gli interventi selettivi sugli embrioni finalizzati a ostacolare lo sviluppo uterino di

quelli che risultino portatori di gravi patologie, o a ottenere embrioni di alta qualità, dotati di caratteristiche prestabilite<sup>138</sup>.

---

<sup>138</sup> Cfr. C. BUCCELLI, *La tutela dell'embrione nella legge 40/2004 ( e correlato D.M. 21 luglio 2004)*, in *Riv. It. Med. Leg.* 2006, p. 21, secondo cui la selezione eugenetica è discriminante soprattutto nell'ipotesi in cui sia finalizzata a ottenere embrioni "di qualità" «e pertanto è inaccettabile sul piano etico prima ancora che su quello giuridico». Sull'argomento, si veda G. LOSAPPIO, *Bioetica e diritto penale. Le disposizioni penali del testo unico delle proposte di legge sulle tecniche di procreazione assistita*, in *Ind. Pen.* 1999, p. 680; A. MANNA, *La tavola rotonda – Fecondazione assistita e tecniche riproduttive: quali valori in campo – e quali le prospettive – dietro la scelta di regolare "per legge" il processo procreativo? La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione di beni giuridici*, in *Legisl. Pen.* 2005, p. 347; L. RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2005, p. 679; ID., *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, op. cit., p. 68; F. CONSORTE, *Il divieto di diagnosi preimpianto e di selezione degli embrioni nella prospettiva penalistica, in attesa della pronuncia della Corte Costituzionale*, in *Bioetica* 2006, p. 478. Secondo gli AA. citati, e' pacifico il disvalore degli interventi atti a selezionare, tra gli embrioni prodotti *in vitro*, quelli che presentino determinate caratteristiche cromosomiche positive preventivamente individuate, e scartare quelli che, invece, non le presentino, in modo tale da dar vita, conseguentemente, a degli individui "modello", avvantaggiati rispetto alla generalità dei consociati, privi di quei connotati genetici positivi: si tratterebbe di cd. «eugenetica positiva». Sono, invece, scettici circa l'opportunità di criminalizzare gli interventi di cd. «eugenetica negativa», volti a individuare, tra gli embrioni prodotti, quelli che presentino patologie gravi, in modo da lasciarli estinguere *in vitro*, una volta che la coppia ricorrente alla P.M.A., informata dal medico di tali anomalie, ne rifiuti l'impianto: in questo caso, infatti, la finalità della selezione sarebbe la tutela della salute della donna. *Contra*, si veda L. EUSEBI, *La tavola rotonda - Fecondazione assistita e tecniche riproduttive: quali i valori in campo – e quali le prospettive – dietro la scelta di regolare "per legge" il processo procreativo? - La vita individuale precoce: soltanto materiale biologico?*, p. 365, nonché F. MANTOVANI, *La tavola rotonda - Fecondazione assistita e tecniche riproduttive: quali i valori in campo – e quali le prospettive – dietro la scelta di regolare "per legge" il processo procreativo? - Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, op. cit., p. 333, che ha posto l'accento sulla «ingiustizia di uccidere esseri umani per il solo fatto che non sono "sani"». Sui più recenti risvolti intorno alla questione della liceità della diagnosi genetica preimpianto, tecnica finalizzata, mediante il prelievo di una cellula, a rilevare l'esistenza di eventuali patologie in capo all'embrione da impiantare, si veda, più di recente E. DOLCINI, *Embrioni nel numero "strettamente necessario"*, op. cit., p. 961, nonché C. CASSANI, *La diagnosi genetica reimpianto e la sua rilevanza penale*, in *Ind. Pen.*, 2009, p. 87 ss. Si veda, inoltre, in giurisprudenza, Tar Lazio, sez. III quater, 21 gennaio 2008, n. 398, in *Guida al dir.*, 2008, fasc. 6, p. 60, con nota di G. CARUSO, *Al vaglio della Corte Costituzionale l'obbligo di impiantare solo tre embrioni*: la predetta sentenza ha aperto un importante varco di liceità sulla

Sebbene si possa astrattamente ritenere che mediante tale fattispecie si possano tutelare quegli embrioni malati che, conseguentemente al mancato impianto in utero a fini gestazionali, potrebbero essere destinati alla ricerca scientifica, bisogna ritenere che la disposizione non sia diretta a realizzare questo obiettivo, semmai preso in considerazione dal legislatore solo in via incidentale: se realmente si fosse inteso reprimere la ricerca sulle cellule staminali embrionali degli embrioni scartati in seguito a una selezione eugenetica, bisogna credere che il legislatore avrebbe inserito il dolo specifico all'interno della disposizione, così come avvenuto per la fattispecie di cui alla lett. a). Sarebbe stato necessario, cioè, utilizzare una formulazione testuale con cui vietare gli interventi selettivi eugenetici “a fini di ricerca o sperimentazione”.

La concreta costruzione della disposizione, invece, lascia pensare che gli interventi selettivi a scopo eugenetico siano proibiti *tout court*, a prescindere che siano diretti a sperimentare sugli embrioni scartati o a impiantare in utero gli embrioni di qualità. La selezione, cioè, sarebbe censurabile anche quando sia diretta a scopi procreativi, sulla base della considerazione che non esisterebbe un diritto ad avere un figlio «conforme ai propri desideri»<sup>139</sup>.

La norma, pertanto, non intende salvaguardare l'embrione messo da parte in seguito alla selezione – così come lascia pensare l'uso della disgiuntiva “o”, che sottolinea come l'oggetto materiale delle condotte selettive possano essere, in senso alternativo, sia l'embrione sia i gameti<sup>140</sup> – quanto piuttosto garantire l'interesse collettivo

---

possibilità di effettuare la diagnosi genetica preimpianto sugli embrioni, avendo essa annullato, in quanto illegittima per eccesso di potere, la previsione delle Linee Guida del 2004, in base a cui «ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati *in vitro*, ai sensi dell'art. 14, co. 5, dovrà essere di tipo osservazionale».

<sup>139</sup> In questi termini si è espresso il Tribunale di Catania, I Sez. civile, ord. 3 maggio 2004, in *www.filodiritto.com.*, in cui il giudice, facendo leva su un'accezione eccessivamente estensiva di “eugenetica”, vietò l'accesso alla diagnosi genetica preimpianto a una coppia di coniugi entrambi portatori sani di Beta-talassemia, che avrebbe comportato il rischio della compromissione della gestazione o la nascita di un bambino irreversibilmente malato.

<sup>140</sup> Per una critica sull'«irragionevole» equiparazione tra embrioni e gameti, si veda G. BALDINI, *Libertà procreativa e fecondazione artificiale. Riflessioni a margine delle prime applicazioni giurisprudenziali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli – Roma 2006, p. 84, secondo cui il rigido divieto posto dall'art. 13, comma

all'intangibilità del patrimonio genetico umano<sup>141</sup>, il quale potrebbe subire alterazioni se fatto oggetto di procedure di selezione artificiale<sup>142</sup>.

– *L'art. 13, comma 3, lett. b), seconda parte*, dispone il divieto di quegli «interventi che, attraverso tecniche di selezione, di manipolazione o comunque tramite procedimenti artificiali, siano

---

3, lett. b) renderebbe impossibile effettuare la ricerca scientifica «su materiale genetico umano totipotente *tout court*».

<sup>141</sup> Cfr. G. LOSAPPIO, *Bioetica e diritto penale. Le disposizioni penali del testo unico delle proposte di legge sulle tecniche di procreazione assistita*, cit., p. 681, nonché F. CONSORTE, *Il divieto di diagnosi preimpianto e di selezione degli embrioni nella prospettiva penalistica, in attesa della pronuncia della Corte Costituzionale*, p. 478.

<sup>142</sup> Si veda J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, trad. it., Einaudi, Torino 2002, p. 28, secondo cui una genetica dominata dai desideri dei genitori e dalle capacità manipolative della bioingegneria ci toglierebbe «la possibilità di continuare a intenderci come gli autori indivisi della nostra storia di vita, nonché di continuare a riconoscerci come persone che agiscono in maniera autonoma». Egli incardinava la questione della tutela del patrimonio genetico nella sfera della libertà di autodeterminazione dell'essere umano. In questo senso anche H. JONAS, *Sull'orlo dell'abisso. Conversazioni sul rapporto tra uomo e natura*, trad. it., Einaudi, Torino 2000, p. 132, secondo cui l'illiceità degli interventi di clonazione riproduttiva e di eugenetica deriverebbero dalla violazione del diritto dell'essere umano «di non sapere di se stesso, bensì anzitutto scoprire se stesso, di costruirsi da solo la propria vita».

Quando si parla, nell'ambito del delitto di selezione eugenetica, di diritto all'intangibilità del genoma umano, è, tuttavia, dubbio che si possa considerare l'embrione quale titolare di detto interesse: sia gli embrioni scelti, sia quelli scartati, infatti, presentano naturalmente quel dato patrimonio genetico sulla base del quale verrebbe effettuata la selezione: non subiscono, quindi, alcuna alterazione. Se si vuole individuare nel delitto *de quo* una qualche lesione del diritto all'integrità del patrimonio genetico umano, titolare del relativo interesse sarà la collettività, che vedrebbe alterate le caratteristiche naturali della propria specie a causa dell'effettuazione di una selezione artificiale di massa, sul modello di quella naturale, posta da Charles Darwin alla base dell'evoluzione della specie: cfr. C. DARWIN, *The origin of species*, London: Oxford University Press 1963, *passim*. In tal senso, il diritto all'identità genetica umana verrebbe inteso come un bene collettivo, tutelabile, però, soltanto nella misura in cui tali interventi selettivi fossero realmente diretti a un miglioramento della specie e non, invece, nell'ipotesi in cui essi fossero finalizzati a tutelare la salute della gestante che, in seguito all'impianto di un embrione di cui fosse stata rilevata una patologia, potrebbe subire un pregiudizio al suo benessere psico-fisico. Diversamente si potrebbe concludere, qualora l'integrità del genoma umano fosse compromessa da interventi manipolativi veri e propri: in tal caso, lo stesso embrione vedrebbe leso il proprio diritto all'identità genetica.

diretti ad alterare il patrimonio genetico dell’embrione o del gamete ovvero a predeterminare caratteristiche genetiche». La fattispecie *de qua*, rispetto a quella prevista nella prima parte della lett. b) – con cui il legislatore ha inteso incriminare la mera “scelta” di tipo eugenetico sugli embrioni a prescindere da concreti interventi manipolativi sugli stessi –, rispetta il principio di materialità: si puniscono, infatti, concreti interventi invasivi sull’embrione, realizzati mediante metodi selettivi, manipolativi o comunque artificiali. D’altro canto, si è realizzata un’anticipazione di tutela, mediante l’incriminazione di quegli atti «diretti» ad alterare il patrimonio genetico degli embrioni o dei gameti: il legislatore, in tal senso, utilizza la formula tipica delitti di attentato<sup>143</sup>.

---

<sup>143</sup> Sui presupposti di punibilità dei delitti di attentato, che coinciderebbero con quelli tipici del tentativo, idoneità e univocità, si veda E. GALLO, *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, Giuffrè, Milano 1966, p. 25 ss.; 191 ss.; spec. 308-309; ID, voce *Attentato*, in *Noviss. Dig. It.*, UTET, Torino 1980, p. 569 ss.; nonché E. GALLO – E. MUSCO, *Delitti contro l’ordine costituzionale*, Patron, Bologna 1984, p. 145; si veda inoltre PADOVANI, *La tipicità inafferrabile*, in AA. VV., *Il delitto politico*, 1984, p. 169, nonché G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna 2010, p. 484-485; si veda anche G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, op., cit., p. 585 ss.; nonché G. GRASSO, *L’anticipazione della tutela penale*, op. cit., p. 694. In senso diverso, si veda R. BETTIOL, *Considerazioni in tema di delitti di attentato*, in *Ind. Pen.* 1975, p. 32: secondo l’A. «va invece osservato come l’equiparazione tra tentativo e attentato trovi un limite ben preciso, che del secondo, anzi, delinea l’autonomia. Infatti, pur essendo ormai pacifica la configurazione del delitto tentato come autonoma fattispecie criminosa, è vero che gli atti di tentativo assumono giuridica rilevanza in forza del collegamento tra l’art. 56 c.p. e la fattispecie incriminatrice di parte speciale. Di contro, la figura dell’attentato vanta una previsione normativa del tutto autonoma». Ciò nonostante, successivamente lo stesso A. ammette che l’idoneità costituisce presupposto indefettibile anche del delitto di attentato, poiché, a ragionare diversamente, si finirebbe per realizzare un’anticipazione della tutela slegata da un’affettiva esposizione a pericolo del bene giuridico protetto, in contrasto con il principio di offensività. In senso diametralmente opposto alle opinioni finora considerate, si veda G. ZUCCALA’, *Profili del delitto di attentato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1979, p. 1249: l’A., dopo aver affermato che nei delitti di attentato debba essere provata la direzione “soggettiva” del fatto verso un dato risultato lesivo e non invece la idoneità a mettere in pericolo i beni giuridici da tutelare, costituendo questa soltanto una “eventualità”, sostiene che «L’essenza criminosa dei delitti di attentato consiste, dunque, nella violazione di un divieto, di un imperativo della legge penale, al di fuori dell’offesa – lesiva o pericolosa – di un bene giuridico», aggiungendo, poco dopo, che «Si tratta di delitto di mera disobbedienza».

La norma attiene a un ambito sperimentativo, quello delle manipolazioni genetiche sugli embrioni, che fuoriesce dalla problematica della ricerca sulle cellule staminali embrionali. Pertanto, a differenza della prima parte della disposizione, dove, sia pure astrattamente, si sarebbe potuto ipotizzare il proposito legislativo di ostacolare l'uso delle cellule staminali degli embrioni selezionati e scartati, in questo caso si deve escludere un nesso con la questione qui affrontata.

– *L'art. 13, comma 3, lett. c), prima parte*, configura il delitto di clonazione embrionale: esso consiste nella creazione di un essere umano avente un patrimonio genetico identico a quello dell'embrione clonato. Il fatto che tale condotta sia incriminata, oltre che se commessa per scopi procreativi, in quanto realizzata a fini di ricerca – ai sensi della clausola di chiusura dell'intera disposizione, evidentemente riferita sia alla clonazione sia all'ectogenesi, vietata nella seconda parte della disposizione – mostra chiaramente come la clonazione embrionale sia censurabile in quanto può costituire un veicolo per l'approvvigionamento di cellule staminali embrionali.

Anche in questo caso, come nella fattispecie di cui alla lett. a), il delitto costituirebbe una strumentalizzazione radicale dell'embrione, prodotto esclusivamente per fini utilitaristici: anche in tale ipotesi, quindi, il bene protetto è la dignità umana.

– *L'art. 13, comma 3, lett. c), seconda parte*, vieta l'ectogenesi, che consiste in una tecnica – al momento abbastanza “futuribile”<sup>144</sup> – volta a consentire lo sviluppo dell'embrione in un utero artificiale o animale<sup>145</sup>. Sebbene questa pratica sia vietata in quanto attuata a fini di ricerca, oltre che a fini procreativi, in questo caso si fuoriesce dall'ambito della ricerca sulle cellule staminali embrionali, rientrandosi, invece, nel campo dell'evoluzione del processo gestazionale, sostituendo il ventre materno naturale, magari fisiologicamente inidoneo a portare avanti una gravidanza, con un “ventre” artificiale.

---

<sup>144</sup> Cfr. S. WELIN, *Reproductive ectogenesis: the third era of human reproduction and some moral consequences*, in *Science and Engineering Ethics* 2004, p. 623. Per una valutazione dei rischi, attuali e futuri, delle tecniche di ingegneria genetica, si veda F. MANTOVANI, *Problemi penali delle manipolazioni genetiche*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1986, p. 653 ss.

<sup>145</sup> Si veda C. BUCCELLI, *La tutela dell'embrione*, op. cit., p. 22.

– *L’art. 13, comma 3, lett. d)*, in cui si vieta «la fecondazione di un gamete umano con un gamete di specie diversa e la produzione di ibridi e chimere», non è stato formulato per reprimere la ricerca sulle cellule staminali embrionali. A prescindere dal fatto che il legislatore non ha subordinato la punibilità della condotta al perseguimento di scopi di ricerca scientifica – così come avvenuto nelle disposizioni *ex* lett. a) e c) –, a monte si dovrebbe escludere la possibilità di ricavare cellule embrionali dalle mescolanze genetiche tra un gamete umano e quello di una specie diversa: si sarebbe infatti di fronte a quello che la norma definisce “ibrido” o “chimera”, entità biologiche distinte dall’embrione umano *stricto sensu*.

Lo scopo della disposizione, quindi, è di tutelare l’interesse collettivo all’integrità del genoma umano<sup>146</sup>, che verrebbe compromesso in seguito alla commistione dello stesso con il patrimonio genetico di un altro essere vivente.

In conclusione, le uniche fattispecie aggravate previste all’art. 13, comma 3, che costituiscono uno strumento punitivo atto a prevenire la sperimentazione sugli embrioni e la conseguenziale ricerca sulle relative cellule staminali, sono quelle in cui la sperimentazione o la ricerca sono state tipizzate nella fattispecie come scopo che il soggetto agente deve perseguire con la sua condotta: la produzione di embrioni allo scopo di ricerca o sperimentazione (lett. a) e la clonazione di embrioni a fini di ricerca (lett. c). Tali reati costituiscono, come taluno nella dottrina penalistica spagnola ha sostenuto, un «importante procedimento preventivo» della sperimentazione sugli embrioni umani<sup>147</sup>.

### ***3. Il valore della dignità dell’uomo sul piano normativo nazionale e transnazionale: fondamenti storico-filosofici.***

Prima di esaminare le specifiche modalità con cui il legislatore ha delineato la struttura di queste fattispecie aggravate, e di metterle

---

<sup>146</sup> Cfr. S. CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, op. cit., p. 422.

<sup>147</sup> Così C.M. ROMEO CASABONA, *I reati relativi alle manipolazioni genetiche nel codice penale spagnolo del 1995*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1998, p. 218. In tal senso, nell’ambito della dottrina medico-scientifica italiana, si veda C. BUCCELLI, *La tutela dell’embrione*, op. cit., p. 27, secondo cui il divieto di creare embrioni per scopi non procreativi rappresenta «una ulteriore garanzia atta a prevenire “scorte” o “pool di materiale biologico” illeciti di embrioni potenzialmente destinabili alla sperimentazione».

a confronto con il delitto “base” di sperimentazione, occorre procedere a una disamina di quelle che sono state le principali dispute filosofiche e giuridiche circa il significato e l’ampiezza da attribuire al concetto di “dignità” dell’essere umano, sul piano generale e su quello, più specifico, delle questioni bioetiche qui affrontate.

Sul piano normativo internazionale, la rilevanza del bene della dignità umana è stata affermata già con la Dichiarazione Universale dei diritti dell’uomo. Nel relativo Preambolo viene rilevato che il riconoscimento della dignità spettante a tutti i membri della famiglia umana «costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo»<sup>148</sup>. Successivamente, all’art. 1, si afferma che «Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti»<sup>149</sup>: in quest’ottica, la dignità rappresenta, per ciascun individuo, un valore fondamentale, il cui riconoscimento è essenziale per fondare la garanzia di ogni diritto umano. In questa medesima direzione, la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, all’art. 1 stabilisce che «La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata»<sup>150</sup>. Tale bene è richiamato anche all’art. 1 della Convenzione di Oviedo del 1997, secondo cui «Le Parti di cui alla presente Convenzione proteggono l’essere umano nella sua dignità e nella sua identità e garantiscono ad ogni persona, senza discriminazione, il rispetto della sua integrità e dei suoi altri diritti e libertà fondamentali riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina»<sup>151</sup>.

Un particolare nesso tra dignità e genoma umano, utile ai fini della discussione che si vuole affrontare, è, inoltre, ravvisabile nell’art. 1 della Dichiarazione Universale sul genoma e i diritti umani del 1997, in base al quale «Il genoma umano sottende l’unità di tutti i membri della famiglia umana, come pure il riconoscimento della loro

---

<sup>148</sup> Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo, 10 dicembre 1948, in [www.interlex.it](http://www.interlex.it)

<sup>149</sup> *Ibidem*.

<sup>150</sup> Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, 7 dicembre 2000, in [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu)

<sup>151</sup> Convenzione per la protezione dei Diritti dell’Uomo e della dignità dell’essere umano nei confronti dell’applicazioni della biologia e della medicina (Convenzione sui Diritti dell’Uomo e la biomedicina), Consiglio d’Europa, Oviedo, 4 aprile 1997, in [www.portaledibioetica.it](http://www.portaledibioetica.it)

intrinseca dignità e della loro diversità. In senso simbolico, esso è patrimonio dell'umanità»<sup>152</sup>.

Gli strumenti normativi internazionali menzionati sembrano riproporre quanto secoli prima era stato affermato dal pensiero giusnaturalistico sull'universalità del valore della dignità umana.

Mentre nel mondo romano il concetto di "dignità umana" risultava essere connotato da un'accezione particolaristica che atteneva alla dignità che i singoli uomini possiedono in base al valore delle proprie azioni<sup>153</sup>, fu solo successivamente che esso assunse una dimensione universale: prima in seno al Cristianesimo – in cui si identificava la dignità umana come una condizione trascendentale che derivava all'uomo dal suo essere *imago Dei*<sup>154</sup> – e poi nell'ambito del giusnaturalismo moderno, in cui, oltretutto, si cominciò ad avere una laicizzazione del concetto di "dignità umana".

In base al pensiero dei giusnaturalisti moderni, ogni essere umano risulta titolare di diritti naturali e inalienabili, che non possono essere pregiudicati dalle leggi<sup>155</sup>. Il riconoscimento di tali diritti si fonda su un imperativo morale, consistente nel reciproco rispetto degli esseri umani: «non è possibile prendere in esame il giusnaturalismo, cercando di darne un'adeguata interpretazione, se non mettendo al centro l'essere umano, nella sua qualità di essere capace di gioire e soffrire, che non può essere legittimamente esposto a umiliazioni, oppressioni, fatto oggetto di vilipendio della sua natura, ma che ha il preciso diritto al rispetto della propria dignità»<sup>156</sup>.

---

<sup>152</sup> Conferenza generale dell'UNESCO, 29<sup>a</sup> sessione, 11 novembre 1997, in <http://unipd-centrodirittiumani.it>

<sup>153</sup> M.T. CICERONE, *De officiis*, Zanichelli, Bologna 1991, p. 109 ss.

<sup>154</sup> In proposito si veda K. LÖWITH, *Da Hegel a Nietzsche. La frattura rivoluzionaria nel pensiero del secolo XIX*, Einaudi, Torino 1974, p. 482, secondo cui nel cristianesimo «l'uomo ha ritrovato attraverso l'Uomo-Dio, Cristo, la sua posizione di fronte a sé e al prossimo».

<sup>155</sup> Sul punto, si veda N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Ed. di Comunità, Milano 1965, p. 191-192, secondo cui il giusnaturalismo moderno esprime l'esigenza «che la vita, alcuni beni e alcune libertà dell'individuo siano protette giuridicamente contro la forza organizzata di coloro che detengono il potere». Sulle tre varianti fondamentali del giusnaturalismo – naturalistico, teologico e moderno – elaborate dalla tradizione filosofica occidentale, si veda F. D'AGOSTINO, *Diritto e giustizia*, San Paolo, Milano 2000, p. 21 ss.

<sup>156</sup> M.A. CATTANEO, *Giusnaturalismo e dignità umana*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2006, p. 21. Di un diritto naturale universale e assoluto,

E', comunque, innegabile che il merito del riconoscimento che gli attuali documenti internazionali attribuiscono alla dignità umana vada ascritto soprattutto al pensiero di Kant, il quale formulò una costruzione della dignità umana che, nell'Europa del XVIII secolo, costituì – insieme alle teorie di Cesare Beccaria – un contributo per l'abolizione della tortura<sup>157</sup>.

Egli, nella “Fondazione della Metafisica dei Costumi”, affermò che l'uomo considerato come persona è elevato al di sopra di ogni

---

rispondente al nucleo di un'ontologia fondamentale dell'uomo, parla S. COTTA, *Diritto persona mondo umano*, Giappichelli, Torino 1989, p. 177 ss.; 180. Secondo l'A., il fondamento ontologico del diritto naturale è «l'io-sintetico-relazionale», in base al quale «La natura dell'uomo implica sì la libertà, e quindi la scelta, ma alla condizione intrascendibile che esse non sopprimano, nel loro esercizio, ciò che le rende possibili: l'esserci dell'uomo nella sua specifica struttura ontologica». In questa direzione, si veda P. BECCHI, *Il principio dignità umana*, op. cit., p. 18, il quale effettua una correlazione tra il pensiero del giusnaturalista Pufendorf e quello di Kant, fondata sulla considerazione che per entrambi la dignità si identificerebbe nella libertà morale, intesa come capacità di orientare la proprie azioni in base a delle norme certe: cfr. S. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium libri octo*, v. II, Clarendon Press – H. Milford, London: Oxford 1934, p. 42 ss. Questa correlazione tra il mondo degli enti morali di Pufendorf e la dottrina della virtù kantiana è rinvenibile già in C.F. FRIEDRICH, *Die Philosophie des Rechts in Historischer Perspektive*, Berlin-Göttingen-heidelberg 1955, p. 66-68; nonché, più di recente, in M. NUTKIEWICZ, *S. Pufendorf: obligation as the basis of the State*, in *Journal of the History of Philosophy* 1983, p. 15 ss. Riguardo alla differenza tra l'ordine naturale propugnato da Hobbes e la dottrina degli enti morali di Pufendorf, si veda F. PALLADINI, *Samuel Pufendorf discepolo di Hobbes. Per una reinterpretazione del giusnaturalismo moderno*, Il Mulino, Bologna 1990, 47, secondo cui nel distinguere tra *entia physica* ed *entia moralia*, «nello sforzo tormentato e sempre rinnovato di fondare la differenza tra facoltà, capacità, poteri naturali, e facoltà, capacità, poteri morali, si esplica nel modo più evidente quello che abbiamo chiamato il tentativo pufendorfiano di andare oltre Hobbes». Sull'argomento, si veda ancora P. BECCHI, *Il principio dignità umana*, op. cit., p. 19-20, in cui l'A. sottolinea, inoltre, la differenza con l'idea di Pascal, secondo cui la dignità dell'uomo risiederebbe nel pensiero: «Pufendorf, certo, non contesta che l'uomo nel mondo naturale si caratterizzi per la capacità di pensare, ma la sua dignità non consiste in questo, bensì in quella facoltà morale che solo rivela sua essenza».

<sup>157</sup> Il pensiero di Kant, tuttavia, fu contraddistinto da un rigorismo punitivo tale da evidenziare delle contraddizioni con il valore della dignità umana, da lui stesso propugnato: in tal senso, si veda M.A. CATTANEO, *Dignità umana e pena nella filosofia di Kant*, Milano 1981, *passim*; ID., *Dignità umana, pace perpetua, critica della politica nel pensiero di Kant*, in AA.VV., *Kant e la filosofia del diritto*, a cura di M.A. Cattaneo, Napoli 2005, p. 7-22.

prezzo, perché come tale egli deve essere riguardato non come mezzo per raggiungere i fini degli altri e nemmeno i suoi propri, ma come un fine in sé; vale a dire egli possiede una dignità (un valore interiore assoluto), per mezzo della quale costringe al rispetto di se stesso tutte le altre creature ragionevoli del mondo ed è questa dignità che gli permette di misurarsi con ognuna di loro e di stimarsi loro uguale<sup>158</sup>.

Secondo Kant, quindi, l'uomo vanta il suo primato su ogni altra creatura a causa del suo valore intrinseco, la dignità, derivantegli dalla sua esclusiva condizione di libertà morale. Questa consiste nella capacità di agire nel rispetto di quell'imperativo morale incondizionato che è il riconoscimento dell'identico valore di cui è portatore ogni altro essere umano.

Se si esamina l'influenza del pensiero giusrazionalista sul piano normativo interno, spicca immediatamente la rilevanza prioritaria attribuita dalla Costituzione tedesca al valore della dignità umana. L'art. 1, comma 1, della *Grundgesetz*, infatti, stabilisce che «La dignità dell'uomo è intangibile. Rispettarla e proteggerla è obbligo di tutto il potere statale».

Il fatto che, poi, il successivo comma 2 aggiunga che «Il popolo tedesco riconosce quindi gli inviolabili e inalienabili diritti dell'uomo come fondamento di ogni comunità umana, della pace e della giustizia nel mondo», chiarisce non soltanto che la tutela statale della dignità umana sia un principio fondamentale dell'ordinamento tedesco, ma anche – come sosteneva Gunther Dürig – che essa, riguardando la persona in astratto come soggetto giuridico, rappresenta il presupposto della titolarità degli altri diritti fondamentali<sup>159</sup>.

---

<sup>158</sup> I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, Rusconi, Milano 1982, p. 132 ss.

<sup>159</sup> Così G. DÜRIG, in T. MAUNZ – G. DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, 1984, art. 1, comma 1, p. 3 ss., secondo cui la dignità umana rappresenta un «ordinamento di valori»; si veda, a tal proposito, l'analisi del pensiero di Dürig in F. BARTOLOMEI, *La dignità umana come concetto e valore costituzionale. Saggio*, Giappichelli, Torino 1987, p. 90 ss. Fa riferimento a Dürig anche P. BECCHI, *Il principio dignità umana*, op. cit., p.30, quando afferma che «Il riconoscimento della dignità umana diventa una sorta di *Grundnorm* di kelseniana memoria, posta al vertice dell'intero ordinamento giuridico: una norma giuridica oggettiva, non essa stessa un diritto soggettivo fondamentale, e proprio per questo incondizionata, non sottoponibile – a differenza degli altri diritti fondamentali – a ponderazioni e limitazioni».

Per quanto riguarda la nostra Carta Costituzionale, essa riconosce questo valore in correlazione al diritto di eguaglianza di ciascuno (art. 3): inteso in tal senso, questo diritto andrebbe attribuito a ogni individuo sulla base del suo valore esistenziale intrinseco, a prescindere dall'appartenenza a una determinata classe sociale. Il concetto viene poi ripreso all'art. 36, ove si afferma che il lavoratore ha diritto a una retribuzione «sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa», e all'art. 41, comma 2, secondo cui l'iniziativa economica privata – per quanto libera – non deve svolgersi «in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana».

Dal complesso delle norme citate, quindi, emerge una dimensione “sociale” della dignità umana: la titolarità di tale bene, infatti, risulta essere tanto connessa «al ruolo che ogni cittadino è chiamato a svolgere all'interno della società, quanto al fatto che lo Stato deve assicurare a ciascuno la possibilità di svolgerne dignitosamente uno»<sup>160</sup>. In tal senso, in dottrina è stato affermato che nel nostro ordinamento la dignità, più che un diritto assoluto della persona, sia «un valore relativo che riguarda la sua concreta collocazione nel tessuto sociale»<sup>161</sup>. Essa, cioè, assumerebbe la forma di un «riconoscimento statale»<sup>162</sup> – avente ad oggetto «l'individuo concreto in quanto soggetto subordinato a rapporti economico-sociali che non sono in grado di garantirgli neppure quel minimo di sussistenza indispensabile per vivere»<sup>163</sup> – volto a superare le diseguaglianze di fatto esistenti tra i cittadini.

Il fatto che la Costituzione italiana sembrerebbe configurare la dignità umana come nulla di più che uno strumento di *welfare* rappresenta una lacuna particolarmente accentuata, alla luce della preminenza che tale bene assume, invece, nella *Grundgesetz*, oltre che negli strumenti normativi internazionali.

E', tuttavia, chiaro che la nostra Legge fondamentale – pur prescindendo formalmente da quel sostrato morale del concetto in

---

<sup>160</sup> P. BECCHI, *Il principio dignità umana*, Morcelliana, Brescia 2009, p. 36.

<sup>161</sup> P. BECCHI, *Il principio dignità umana*, op. cit., p. 37.

<sup>162</sup> S. BIGNOTTI, *Dignità umana: un a priori?*, introduzione a E.W. BÖCKENFÖRDE, *Dignità umana e bioetica*, Morcelliana, Brescia 2010, p. 22.

<sup>163</sup> P. BECCHI, *Il principio dignità umana*, op. cit., p. 46, che enuncia la connessione tra dignità e bisogni dell'uomo così come teorizzata da due filosofi moderni come Bloch e Maihofer, che individuano nella tutela della dignità umana uno scopo dello Stato sociale.

questione, che innervava il pensiero giusnaturalista<sup>164</sup> – non configura la dignità come valore individualistico, di cui potrebbero essere titolari solo quelle persone che si distinguono nella società sulla base delle proprie prestazioni di valore, bensì come valore universale, che rappresenta il punto di partenza per l’abolizione di ogni privilegio suscettibile di creare discriminazioni sul piano sociale<sup>165</sup>.

Inoltre, la mancanza di un’espressa menzione della dignità come diritto inviolabile dell’uomo nella sua dimensione generale – al di fuori, quindi, di specifiche finalità di promozione di eguaglianza sociale tra gli individui – non osta a un suo riconoscimento come tale sul piano fattuale. Ricordiamo, in tal senso, che neppure la tutela del diritto alla vita compare esplicitamente nel nostro testo Costituzionale: quasi come dire che il riconoscimento della titolarità della dignità umana, così come del diritto alla vita, sia talmente scontato, costituendo essa il presupposto di titolarità di tutti gli altri diritti fondamentali, che risulta superflua una sua specifica menzione. Del resto, essa può essere fatta rientrare implicitamente tra i diritti fondamentali dell’uomo che la Repubblica «riconosce e garantisce» ai sensi dell’articolo 2. Tale disposizione, infatti, rappresenta una «clausola generale di tutela essenziale della persona umana» e non soltanto una norma di rinvio ai singoli diritti successivamente elencati nella Carta Costituzionale<sup>166</sup>: «L’enunciazione dei diritti inviolabili non si esaurisce, quindi, nel richiamo ad una serie di diritti indicati e tipizzati dalle altre norme costituzionali, ma è una formula che impone, comunque, la tutela della “dignità umana”, secondo le esigenze avvertite dalla società del tempo. La storia dei diritti inviolabili è, appunto, una storia non ancora conclusa e non sempre lineare, che vede il progressivo ampliarsi della sfera della “dignità umana” meritevole di protezione giuridica»<sup>167</sup>.

---

<sup>164</sup> Cfr. P. BECCHI, *Il principio dignità umana*, op. cit., p. 37, il quale rileva che mentre il valore universale della dignità nella *Grundgesetz* trova un fondamento nel pensiero dei giusnaturalisti moderni, il valore relativo della dignità riscontrabile nella nostra Costituzione, invece, «ci riporta all’antica nozione di dignità che emerge dal mondo romano».

<sup>165</sup> Cfr. P. BECCHI, *Il principio dignità umana*, op. cit., p. 36 ss.

<sup>166</sup> F. BARTOLOMEI, *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*, op. cit., p. 13.

<sup>167</sup> *Ibidem*.

#### 4. (Segue): *La dignità umana come bene giuridico collettivo.*

Posto che negli ultimi secoli la dignità si è affermata, sul piano filosofico, come valore universale attinente alla generalità degli esseri umani, e sul piano giuridico, come diritto fondamentale – se non, addirittura, come presupposto di tutti i diritti fondamentali – di ciascun individuo, occorrerà procedere a una ricognizione del pensiero di quegli studiosi, che si sono soffermati sul problema della titolarità del bene giuridico della dignità umana.

E' fondamentale, a tal fine, esporre l'approccio adottato da Habermas, che, trattando del tema della dignità nell'ambito della genetica, ha elaborato una teoria atta a garantire l'indisponibilità del preembrione a prescindere dal fatto che esso abbia o meno la titolarità di diritti, ossia l'"inviolabilità": «noi potremmo considerare "indisponibile" anche qualcosa che non possiede ancora lo statuto di persona giuridica (ossia titolare di diritti costituzionali inderogabili). "Indisponibile" non è soltanto ciò che ha dignità umana. Qualcosa potrebbe essere sottratto, per buoni motivi morali, alla nostra disponibilità, e tuttavia non essere "inviolabile"»<sup>168</sup>.

Seguendo questa via, egli ha trovato un valido strumento argomentativo per negare la liceità morale della strumentalizzazione del preembrione per scopi extraesistenziali – propugnata, invece, da quanti, considerando il prodotto del concepimento nient'altro che un assemblaggio cellulare, gli negano uno *status* giuridico –, pur senza prendere posizione su quelle teorie eticamente orientate circa il momento iniziale della vita umana<sup>169</sup>. Egli, sostanzialmente, sostiene che l'uso illecito del preembrione non sia censurabile in quanto lede la dignità di un non meglio identificato soggetto di diritto, bensì in quanto pregiudica l'autocomprensione dell'intero genere umano: in tal senso, afferma la necessità di distinguere tra la dignità della vita

---

<sup>168</sup> J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, trad. di L. Ceppa, Einaudi, Torino 2002, p. 34.

<sup>169</sup> In senso parzialmente conforme si veda E.W. BÖCKENFÖRDE, *Dignità umana e bioetica*, op. cit., p. 55: l'A., dopo aver sostenuto che la "dignità umana" debba essere riconosciuta sia al singolo uomo sia all'intero genere umano, afferma che il rispetto della dignità deve essere riconosciuto a ogni uomo «fin dal principio, dal primo inizio della sua vita [...] . Ora, questo primo inizio di una vita propria dell'uomo in sé formato e sviluppato però si trova allora nella fecondazione, non più tardi».

umana in genere dalla dignità dell'uomo che viene giuridicamente garantita a ogni persona<sup>170</sup>.

Applicato al campo penale, questo ragionamento porterebbe ad affermare che la vita prenatale in ogni suo momento, anche qualora si ritenga che non possa afferire a un soggetto di diritto, risulti dotata di rilevanza giuridica, in quanto l'interesse alla sua intangibilità – riconducibile al diritto alla “dignità umana” – costituirebbe bene di pertinenza dell'intera umanità: «Restrizioni normative nel trattamento degli embrioni possono derivare dalla prospettiva di una comunità morale di persone che non intendano aprire le porte a un'autostrumentalizzazione del genere»<sup>171</sup>.

Habermas, insomma, elabora una nuova tipologia di bene collettivo che rimanda a un'etica del genere umano, secondo cui ogni indebita strumentalizzazione di un essere umano, anche se privo dello *status* di “persona”, metterebbe in pericolo «quella autocomprensione etica del genere che è discriminante per poter decidere, anche rispetto al futuro, se vogliamo continuare a intenderci come esseri che agiscono e giudicano in termini morali»<sup>172</sup>.

In questa direzione, va analizzato anche il pensiero di Dworkin nella trattazione del problema.

Egli ritiene che la nozione di dignità umana sia esaustivamente definita se costruita in una duplice dimensione. La prima è quella che attiene al principio del valore intrinseco, in base al quale «ogni vita umana ha un suo particolare valore oggettivo. Ha valore come potenzialità; una volta che una vita umana è cominciata, è importante il modo in cui si sviluppa»<sup>173</sup>. La seconda dimensione attiene, invece, riguarda il principio della libertà personale, secondo cui ogni

---

<sup>170</sup> Così J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana*, op. cit., p. 38.

<sup>171</sup> J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana*, op. cit., p. 72, che, a tal proposito, aggiunge che «Uso sperimentale degli embrioni e diagnosi di preimpianto turbano gli animi in quanto esemplificano un pericolo che si collega alla prospettiva di un allevamento razziale e selettivo dell'uomo».

<sup>172</sup> J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana*, op. cit., p. 71.

<sup>173</sup> R. DWORKIN, *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico*, Feltrinelli, Milano 2006, p. 28. Sul punto, si veda P. HERITIER, *Dono scambio dignità*, dattiloscritto in corso di pubblicazione, p. 2. Secondo l'A., questo primo aspetto della dignità, delineato da Dworkin, si ricollegerebbe al principio di eguaglianza formale, dato che il valore intrinseco di ciascuna esistenza «richiede per sé non minore rispetto e dignità» di quello riconoscibile a qualunque altra.

individuo deve poter essere libero di autodeterminarsi, di decidere sulla direzione da assegnare alla propria vita, di esercitare il diritto «di non dipendere dalla volontà altrui nel prendere tali decisioni»<sup>174</sup>.

Al di là dell'importanza degli aspetti contenutistici che Dworkin assegna al concetto, ciò che rimanda al pensiero di Habermas è che titolare del bene "dignità" debba essere considerato non l'individuo bensì la collettività, che finisce per essere il vero soggetto passivo dei delitti posti a tutela della dignità umana. Egli, difatti, dopo aver affermato che «I principi sono individualistici nel senso che attribuiscono valore e responsabilità ai singoli individui, uno per uno»<sup>175</sup>, spiega che essi possono essere affermati soltanto come «base comune condivisa da tutti»<sup>176</sup>. In tal senso, la dignità può essere definita come bene di pertinenza dell'intero genere umano, come tale privo di quella disponibilità che talvolta può connotare i beni individuali.

La questione è stata ripresa, nell'ambito della dottrina penalistica italiana, da Donini, secondo cui «si assiste alla nascita di una nuova tipologia di beni giuridici universali: la tutela del genere (umano) non già nei confronti di aggressioni "classiche" come i crimini di guerra o contro l'umanità, ma contro le potenzialità della tecnica di uso quotidiano»<sup>177</sup>. Pur non menzionando esplicitamente il bene della "dignità", l'Autore tocca gli stessi punti della teoria portata avanti da Habermas, dato che anch'egli evidenzia come l'etica del genere umano risulti essere un bene indisponibile da parte dei singoli, riconducibile, invece, a «scelte di etica pubblica coinvolgenti tutti e non l'autodeterminazione degli individui»<sup>178</sup>.

---

<sup>174</sup> R. DWORKIN, *La democrazia possibile*, op. cit., p. 35.

<sup>175</sup> R. DWORKIN, *La democrazia possibile*, op. cit., p.29. Nella dottrina penalistica italiana, la medesima nozione di dignità umana è accolta da L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, op. cit., p. 67-68, che, accanto all'accezione di "dignità" come libertà morale, individua altre tre interpretazioni del concetto: "dignità" come uguaglianza, "dignità" come qualità dell'esistenza, "dignità" come «irripetibilità genetica e morale dell'essere umano».

<sup>176</sup> *Ibidem*; si veda, inoltre, p. 34: l'A., nell'ambito del principio del valore oggettivo della vita umana, mostra come l'offesa alla dignità di un singolo individuo finisca per pregiudicare la stessa dignità del soggetto agente: «Non si può non tenere un comportamento che nega l'intrinseca importanza della vita umana – di ogni vita umana – senza offendere la propria stessa dignità».

<sup>177</sup> M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano 2004, p. 20.

<sup>178</sup> *Ibidem*.

Il diritto collettivo alla dignità del genere umano, d'altra parte, non può considerarsi un bene giuridico di nuova generazione, reso visibile dalle più moderne biotecnologie: esso, invero, trova dei predecessori nel nostro ordinamento penale, se si pensa all'integrità e alla sanità della stirpe. I delitti posti a loro tutela furono abrogati dalla legge n. 194 del 1978<sup>179</sup>, in quanto espressione di ideologie fasciste. La tutela di tali beni collettivi, infatti, trovava ragione d'essere nel perseguimento di una politica sociale, a sfondo militare ed economico, legata alla formula mussoliniana "massimo di natalità, minimo di mortalità".

Il valore attuale della "dignità umana" risulta lontano da riprovevoli ideologie di regime, ma l'alone di indeterminazione che lo connota – alla stregua di quanto riscontrabile anche con riguardo al diritto all'integrità e alla sanità della stirpe – ha dato vita a una serie di critiche che la dottrina penalistica gli ha mosso contro, ritenendolo un bene eccessivamente indefinito e, conseguentemente, manipolabile in base alle concezioni etiche degli interpreti.

Hassemer, a tal proposito, rileva come nell'ambito dell'ordinamento tedesco non vi sia nessun altro concetto fondamentale «i cui confini sono così variabili come quello della dignità umana»<sup>180</sup>, in quanto esso è suscettibile di accorpate situazioni assolutamente disparate tra di loro «come l'accompagnamento di un detenuto in uniforme da carcerato all'udienza pubblica e la clonazione di esseri umani come aggressione alla specie».

Il risultato di questa vaghezza concettuale consiste nella trasfigurazione della "dignità umana" in un *deus ex machina* da cui trarre, con subdole e astratte argomentazioni deduttive, risultati che, invece, dovrebbero essere frutto di ragionamenti induttivi. Hassemer, infatti, afferma che «Il principio della dignità umana è parte attiva e concreta dei processi di scoperta e valutazione argomentativi, non la nuvola lontana da cui piovono risultati. Chi si limita a enunciare

---

<sup>179</sup> In tal senso si veda L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, op. cit., p. 50, che afferma tali delitti sono rievocati, «con i dovuti adattamenti», dagli illeciti basati sulle tecniche di clonazione umana.

<sup>180</sup> W. HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi* 2005, p. 131.

diligentemente la dignità umana e poi a derivare il suo risultato da essa, non ha fatto il suo dovere argomentativo»<sup>181</sup>.

Egli, infine, – una volta riconosciuta la rilevanza del bene *de quo* all'interno dell'ordinamento costituzionale tedesco – rileva che l'unico modo per evitare un uso inflattivo del concetto di “dignità umana”<sup>182</sup> sia quello di concretizzarlo «in quelle costellazioni che rendono giustizia alla sua fundamentalità»<sup>183</sup>, evitando di richiamarlo «in contesti di dettaglio»<sup>184</sup>.

Le stesse preoccupazioni vengono manifestate, tra i penalisti italiani, da Fiandaca, il quale, riferendosi alle tematiche di bioetica qui trattate, ritiene che «il diffuso consenso tributato alla dignità umana quale bene meritevole di tutela si spiega, verosimilmente, col fatto che essa rispecchia un valore a forte connotazione etico-emozionale, ma al tempo stesso dal contenuto generico e indefinito»<sup>185</sup>. In tal senso, esso viene ridotto alla stregua di un *passé-partout* volto a giustificare ogni incriminazione «rispetto alla quale non si sia in grado di identificare quale oggetto di tutela un bene giuridico più specifico»<sup>186</sup>.

---

<sup>181</sup> W. HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali*, op. cit., p. 131; 130: secondo l'A. «La deduzione è adatta alla rappresentazione del risultato, ma non alla sua produzione. [...] Il risultato di ogni valutazione non si trova già pronto in un concetto o principio, da cui esso sarebbe da sviluppare solo derivando per deduzione».

<sup>182</sup> Cfr. W. HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali*, op. cit., p. 129, in cui l'A. addebita alla rigidità della Costituzione tedesca, incapace di adeguarsi al cambiamento sociale, l'atteggiamento di “profittamento” di quegli operatori del diritto, che, all'occorrenza, sfruttano per i propri fini disposizioni costituzionali nel cui testo si trovino concetti malleabili, quale, per esempio – all'interno dell'articolo 1 del *Grundgesetz* –, la dignità umana.

<sup>183</sup> W. HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali*, op. cit., p. 139.

<sup>184</sup> *Ibidem*.

<sup>185</sup> G. FIANDACA, [La tavola rotonda - Fecondazione assistita e tecniche riproduttive: quali i valori in campo – e quali le prospettive – dietro la scelta di regolare "per legge" il processo procreativo? – Scelte di tutela in materia di fecondazione assistita e democrazia laica](#), in *Leg. Pen.* 2005, p. 343; ID., *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e post-secolarismo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 2007, p. 558-559, in cui l'A. solleva il dubbio che la dignità possa fungere da «bene-ricettacolo delle reazioni di panico morale» che le nuove biotecnologie possono suscitare nei consociati.

<sup>186</sup> *Ibidem*. Le stesse perplessità circa l'abuso del pur fondamentale bene giuridico della dignità umana vengono manifestate, nell'ambito della dottrina penalistica spagnola, da C.M. ROMEO CASABONA, *Genetica y derecho penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genetica*, in *Derecho y*

L'Autore sottolinea, poi, come la vaghezza del concetto sia suscettibile di dar luogo a ricostruzioni eterogenee, frutto di strumentalizzazioni eticamente orientate, «per cui la risposta se la sperimentazione sugli embrioni leda o non la dignità umana, può essere legittimamente diversa a seconda che si muova da una morale laica o da una visione religiosa»<sup>187</sup>. Il risultato delle manipolazioni ideologiche del bene giuridico in questione consiste nel venir meno della certezza della legge penale, dato che le norme incriminatrici finiscono per assumere una forma diversa in base alla concezione morale che in un determinato momento storico risulta essere prevalente, in contrasto con il principio pluralistico a cui si ispira la concezione penale liberal-democratica<sup>188</sup>.

Se questa eccessiva duttilità del concetto di “dignità umana” è suscettibile di produrre esiti assolutamente contrastanti nell'ambito delle problematiche di fine vita, dove il ricorso a esso sarebbe idoneo, per un verso, a rimarcare l'illegittimità di pratiche eutanasiche, e per l'altro, a giustificare tali condotte sul presupposto che il diritto a vivere in condizioni di dignità implicherebbe il diritto a morire qualora tali condizioni vengano meno<sup>189</sup>, la questione può

---

*salud* 1996, vol. 4, n. 1, p. 158, che, dopo aver sottolineato la rilevanza costituzionale del bene in questione, in base all'art. 10.1, rileva che «El recurso frecuente, indiscriminado y tal vez abusivo a estos valores, sumado al descuido por lo general del estudio de su acotación y función precisa en el conjunto del texto constitucional, no debe hacernos perder la perspectiva de su importancia intrínseca».

<sup>187</sup> G. FIANDACA, *Scelte di tutela in materia di fecondazione assistita e democrazia laica*, loc. ult. cit.; ID., *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale*, op. cit., p. 560. Negli stessi termini, si veda L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, op. cit., p. 38-39.

<sup>188</sup> Cfr. G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale*, op. cit., p. 561, che, peraltro, sottolinea come la maggioranza morale predominante sia soltanto virtuale, in quanto «artificialmente alimentata da tecniche di propaganda politico-mediatica manipolatrici delle coscienze». In questo senso, si veda anche T. PIEVANI, *La bioetica confessionale nel centro-sinistra*, in *Micro/Mega*, n. 2, 2007, p. 47, secondo cui in Italia «la polarizzazione bioetica è fortemente accentuata a livello politico e mediatico, mentre non ha affatto un equivalente radicamento sociale». Sulla questione degli “imprenditori della moralità”, si veda C.E. PALIERO, *Consenso e legislazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1992, p. 879-880; da ID., *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed “effetti penali” dei media)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2006, p. 534-535.

<sup>189</sup> Cfr. R. ANDORNO, *The paradoxical notion of human dignity*, in *Riv. it. fil. del dir.* 2001, p. 152, secondo cui «The ambiguity of this notion could even permit

cambiare assetto nell'ambito delle questioni di inizio vita: in questo caso, accanto alle riserve legate alle possibili ricostruzioni pluralistiche del concetto<sup>190</sup>, potrebbe essere messa in dubbio la stessa possibilità di chiamare in causa il bene della dignità umana.

**5. (Segue): *La dimensione superindividuale del bene giuridico della dignità umana nell'ambito delle fattispecie di produzione e di clonazione di embrioni per fini di ricerca.***

Con riguardo alle biotecnologie implicanti l'utilizzo degli embrioni umani, a coloro che le censurano sulla base della lesione che esse arrecherebbero alla dignità dell'embrione, sarebbe opponibile, a monte, la critica di quanti sostengono l'inutilizzabilità di questo principio sulla base della sua connessione con quelle capacità individuali di autorappresentazione, di cui sarebbe privo l'embrione<sup>191</sup>.

Tuttavia, restringere la titolarità della dignità umana a quei soggetti che sono dotati di quella razionalità che risulta alla base dell'autocomprensione, significherebbe privare di questo diritto

---

its use in supporting opposing positions, as happened in the debate concerning euthanasia and assisted suicide». Nella dottrina penalistica, si veda L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, op. cit., p. 54, secondo cui in questo campo «l'interpretazione del sostrato fattuale e giuridico del bene "dignità umana" assume connotazioni addirittura antinomiche, finendo paradossalmente col legittimare sia le opinioni di coloro che manifestano importanti aperture nel senso della già attuale liceità dell'eutanasia passiva consensuale ex artt. 51 c.p. e 32, secondo comma, Cost., sia quelle di chi ne neghi risolutamente la praticabilità».

<sup>190</sup> Cfr. G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale*, op. cit., p. 343, secondo cui la risposta alla domanda se «la sperimentazione sugli embrioni leda o no la dignità umana, può essere legittimamente diversa a seconda che si muova da una morale laica o da una visione religiosa». Sul punto si veda anche L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, op. cit., p. 38-39.

<sup>191</sup> Sulle "prestazioni di rappresentazioni" che fonderebbero la dignità umana, si veda N. LUHMANN, *I diritti fondamentali come istituzione*, trad. a cura di G. Palombelli – L. Pannarale, Dedalo, Bari 2002, p. 98-138. Sul punto, si veda P. BECCHI, *Il principio dignità umana*, op. cit., p. 45, secondo cui «Così interpretata la dignità assume un significato dinamico: ha a che fare con quel processo di individualizzazione dell'autorappresentazione mediante il quale l'uomo in comunicazione con altri uomini acquista consapevolezza di sé, diventa persona e in tal modo si costituisce nella sua umanità».

proprio quei soggetti “deboli” che risulterebbero maggiormente bisognosi di tutele, quali embrioni, feti e ritardati mentali<sup>192</sup>.

Appare, in tal senso, preferibile privilegiare quella concezione della dignità umana che la rinviene in ogni essere umano, «indipendentemente da tutti quegli elementi empirici che caratterizzano le sue diverse condizioni di vita»<sup>193</sup>.

Se seguendo quest’ultima direzione, si rinviene nella dignità uno strumento per salvaguardare anche quegli individui umani privi di razionalità, il problema continua a sussistere con riguardo al prodotto del concepimento, in quanto esso, prima della formazione di un autonomo patrimonio cromosomico – avvenimento che è collocabile soltanto nella fase “zigotica”, circa ventiquattro ore dopo la fecondazione –, non risulterebbe dotato di quell’individualità genetica che connota ogni essere umano<sup>194</sup>.

---

<sup>192</sup> Sul tema dei “soggetti deboli” si veda H.T. HENGELHARDT, *The foundations of Bioethics*, Oxford University Press, New York 1996, p. 138, secondo cui «not all humans are persons. Not all humans are self-conscious, rational, and able to conceive of the possibility of blaming and praising. Fetuses, infants, the profoundly mentally retarded, and the hopelessly comatose provide examples of human nonpersons». Critica questa opinione, in quanto fortemente discriminante, R. ANDORNO, *The paradoxical notion of human dignity*, op. cit., p. 162, secondo il quale privare i soggetti deboli dello *status* di persona e, conseguentemente, del diritto alla dignità, vorrebbe dire considerare la dignità umana come un odioso privilegio dei soggetti forti.

<sup>193</sup> P. BECCHI, *Il principio dignità umana*, op. cit., p. 95, il quale, in un’accezione giuridicamente opinabile, estende tale diritto, oltre che all’essere umano dal momento del concepimento, persino all’uomo «oltre la sua morte naturale». In tal senso, egli si richiama (p. 91, nt. 5) al Progetto di riforma del codice penale della Commissione Pagliaro, che collocava gli attuali delitti contro la pietà dei defunti nell’ambito dei delitti contro la persona: «Essendo il cadavere la proiezione ultraesistenziale della persona umana, il bene personalistico della dignità della persona defunta appare costituire l’oggetto primario e costante della tutela contro gli atti irrispettosi delle spoglie umane e dei sepolcri, mentre il pur rilevante bene collettivo del suddetto sentimento si presenta come bene secondario ed eventuale». Così si legge nella Relazione alla bozza di articolato di riforma del codice penale predisposto dalla Commissione Pagliaro, 25 ottobre 1991, in [www.ristretti.it/areestudio/giuridici/riforma/relazionepagliaro.htm](http://www.ristretti.it/areestudio/giuridici/riforma/relazionepagliaro.htm)

<sup>194</sup> Cfr. A. BOMPIANI, *Fecondazione assistita e statuto ontologico dell’embrione. I primi sette giorni*, in BUSNELLI – GENAZZANI – RIPEPE (a cura di), *Fecondazione assistita. Una proposta di legge da discutere*, 1997, p. 19. In tal senso, si veda C. FLAMIGNI, *Fecondazione assistita e momento del concepimento*, in AA. VV., *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, a cura di A. CELOTTO, N. ZANON, FrancoAngeli, Milano 2004, p. 11

La questione appare particolarmente pregnante nell'ambito di quelle fattispecie contro la dignità umana previste all'art. 13, comma 3, lett. a) e c) della legge n. 40/2004, in cui le condotte incriminate hanno ad oggetto l'embrione proprio nel momento iniziale del suo venire in essere, ossia la produzione e la clonazione. Il problema, in tal senso, è valutare come debba essere inteso il bene giuridico della "dignità umana" in questo contesto delittuoso. Sulla questione, è opportuno – nella prospettiva di un diritto penale laico, inteso come equidistante dalle diverse concezioni ideologiche riscontrabili in materia<sup>195</sup> – adottare un approccio ideologicamente non orientato, che sia in grado di assegnare un contenuto concettuale eticamente neutro al bene *de quo*.

Seguendo il ragionamento di Habermas<sup>196</sup>, si potrebbe affermare che i delitti di produzione e di clonazione di embrioni siano posti a tutela della dignità umana, intesa come bene collettivo: essa integrerebbe, cioè, quell'interesse superindividuale, diffuso in capo all'intera collettività, che il genere umano sia ritenuto meritevole di valore intrinseco e pertanto non soggetto a preordinate strumentalizzazioni per eventuali fini secondari<sup>197</sup>.

---

ss.; ID., *Fecondazioni, Svizzera e Germania fanno così. Un progetto legittimo per correggere la legge sulla fecondazione assistita*, in [www.carloflamigni.com](http://www.carloflamigni.com). Nella dottrina penalistica, è favorevole alla teoria zigotica E. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, Giuffrè, Milano 2008, p. 111; nonché L. RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, p. 679; *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*. *Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Giappichelli, Torino 2008, p. 69.

<sup>195</sup> Cfr. Corte Costituzionale, 29 aprile 2005, n. 168, in *Giur. Cost.*, 2005, p. 1383, in cui viene affermato che «le esigenze costituzionali di eguale protezione del sentimento religioso [...] sono riconducibili, da un lato, al principio di eguaglianza davanti alla legge, senza distinzione di religione, sancito dall'art. 3 Cost., dall'altro al principio di laicità o non confessionalità dello Stato [...] che implica, tra l'altro, equidistanza e imparzialità verso tutte le religioni, secondo quanto disposto dall'art. 8 Cost., ove è appunto sancita l'eguale libertà di tutte le confessioni religiose davanti alla legge».

<sup>196</sup> Cfr. J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana*, op. cit., p. 36.

<sup>197</sup> In tal senso, si è espressa anche la Commissione europea, Rapporto sulla ricerca sulle cellule staminali di embrioni umani, Bruxelles, 3 aprile 2003, in <http://ec.europa.eu/research/conferences/2003/bioethics>, in cui si è affermato che «la creazione di embrioni destinati esclusivamente a scopi di ricerca solleva gravi problemi in quanto rappresenta un ulteriore passo verso la strumentalizzazione della vita umana».

Questa accezione collettiva della “dignità umana”, quindi, perviene a reprimere l’apposita creazione di esseri umani *in fieri* per scopi estranei alla loro sopravvivenza, senza che, per questo, si debba pervenire ad attribuire il diritto alla dignità persino al prodotto del concepimento nei suoi primissimi istanti. L’estensione dell’interesse giuridico *de quo* anche a un’entità biologica priva di individualità genetica, difatti, comporterebbe la volatilizzazione dello stesso: «se dilatiamo oltre misura concetti giuridici moralmente saturi quali “diritti umani” o “dignità dell’uomo”, noi li priviamo della nitidezza del loro contorno nonché del loro potenziale critico»<sup>198</sup>.

Nulla osta, comunque, a che la dignità umana venga interpretata, in quei differenti contesti che invece lo consentano, come bene individuale, afferente a singoli soggetti meritevoli di tutela<sup>199</sup>.

---

<sup>198</sup> J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana*, op. cit., p. 39, che afferma, inoltre, che «Le violazioni dei diritti umani non devono essere sminuite a semplici offese rivolte a determinate concezioni di valore».

<sup>199</sup> Così avviene nell’ambito delle questioni di fine vita, in cui coloro che propugnano la liceità delle pratiche eutanasiche, affermano la necessità di tutelare la dignità del paziente in stato di degrado fisico. Cfr. D. PULITANÒ, *Doveri del medico, dignità del morire, diritto penale*, in *Riv. It. med. Leg.* 2007, p. 1203 ss., che individua nell’autonomia di scelta di ciascuna persona un aspetto inviolabile della sua dignità; L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, op. cit., p. 56, che, con riguardo al tema del diritto del malato terminale a lasciarsi morire, identifica la dignità umana nella «qualità dell’esistenza e della libertà morale della persona», la quale, quindi, non deve essere strumentalizzata in funzione di una qualunque visione paternalistica dello Stato. In giurisprudenza, a proposito del celebre caso Englaro, si veda Cass. Civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, in <http://dejure.giuffre.it>, in cui il giudice di legittimità ha affermato che la scelta del tutore di staccare il sondino, con cui l’incapace viene alimentato, risulta legittima, e quindi autorizzabile, soltanto se si basa sull’accertamento rigoroso della impossibilità di recupero della coscienza da parte del paziente, nonché sulla corrispondenza della richiesta del tutore alla volontà dell’interessato, ai suoi convincimenti, alla sua concezione della vita e della dignità della persona. In tal senso, i Giudici affermano che in uno Stato pluralista quale è il nostro, al diritto di ricevere cure e di esercitare in senso positivo il proprio diritto alla salute, va affiancato «il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità umana propri dell’interessato, finanche di lasciarsi morire». Quella che viene accolta, quindi, è una concezione individualistica della dignità, legata all’autodeterminazione del singolo.

Anche per quel che riguarda il delitto di propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull’odio razziale o etnico e di commissione o di istigazione alla commissione di atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi (ex art. 3 l. 13 ottobre 1975, n. 654, così come modificato dall’art. 1 della

Una volta rilevata la natura superindividuale assunta dal bene *de quo* nell'ambito di queste due fattispecie, occorre evidenziare che queste si attecchiano strutturalmente a delitti di pericolo presunto. La scelta in questa direzione del legislatore sembra quasi obbligata, data l'impossibilità di provare in via giudiziale la lesione, o persino la semplice messa in pericolo, di un bene a titolarità diffusa quale è quello della dignità umana, contrassegnato, oltretutto, da mancanza di concretezza<sup>200</sup>.

Per quanto riguarda il profilo contenutistico del concetto, con riguardo al delitto di produzione di embrioni a fini di ricerca o sperimentazione, la dignità umana sarebbe da intendersi nel senso propriamente habermassiano, ossia come «autocomprensione etica del genere»: la preordinata strumentalizzazione del prodotto del concepimento per fini extraesistenziali, infatti, comporterebbe un'apertura alla potenziale reificazione del genere umano, con conseguente vanificazione del suo valore intrinseco.

Nel delitto di clonazione di embrioni, invece, la dignità umana, potrebbe assumere un duplice valore: se si perseguissero fini di ricerca, essa assumerebbe lo stesso significato poc'anzi esaminato, in

---

L. 25 giugno 1993, n. 205, e poi, successivamente, dall'art. 13 della L. 24 febbraio 2006, n. 85), la dignità va intesa in senso individuale: cfr. Cass. Pen., 13 dicembre 2007, n. 13234, in <http://dejure.giuffre.it>. Qui i Giudici, individuato nella dignità umana il bene protetto dalla fattispecie, rinviano espressamente, per la sua definizione, al D.Lgs. n. 215 del 2003, il cui art. 3 stabilisce che sono da considerarsi come discriminazioni «le molestie ovvero quei comportamenti indesiderati, posti in essere per motivi di razza o di origine etnica, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo». Critica la genericità del concetto di "dignità umana" rinvenibile nella precedente pronuncia, C. VISCONTI, *Il reato di propaganda razzista tra dignità umana e libertà di espressione*, in [Ius17@unibo.it](mailto:Ius17@unibo.it) 2009, p. 195. Sottolineano, invece, che la fattispecie presenta una connotazione individuale di tutela del singolo e della sua dignità umana, G. DE FRANCESCO, *Commento al D.l 26/4/1993 n. 122 conv. con modif. dalla l. 25/6/1993 n. 205 – Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica, religiosa*, in *Leg. pen.* 1994, p. 179 ss.; E. FRONZA, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, in *Riv. intern. diritti dell'uomo* 1997, p. 67; L. PICOTTI, *La discriminazione razziale e la politica: riflessioni su una recente sentenza del tribunale di Verona*, in *Dir. imm. e cittadinanza* 2005, p. 76 ss.

<sup>200</sup> Sull'incompatibilità tra il principio di offensività e l'individuazione di beni giuridici vaghi e strumentali, si veda V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, Torino 2005, p. 79 ss.

quanto gli scopi strumentali sarebbero i medesimi del delitto di cui alla lett. a); se si tendesse alla realizzazione di un fine procreativo, invece, si verificherebbe una lesione della dignità intesa come diritto all'unicità e all'irripetibilità del genoma umano.

Questo duplice valore della dignità umana risulta assonante con le due diverse accezioni di essa rinvenibili – come prima esaminato – nel pensiero di Dworkin: dignità come valore oggettivo della vita umana e dignità come diritto all'autodeterminazione degli individui.

Una volta giunti, dunque, a circoscrivere il significato del concetto *de quo* con riguardo al contesto problematico qui affrontato, è possibile prospettare una fondamentale differenza tra il delitto di sperimentazione sugli embrioni e le due fattispecie aggravate *ex* lett. a) e c): soltanto queste ultime sarebbero poste a tutela della dignità umana.

La sperimentazione sugli embrioni residuati da tecniche di fecondazione assistita, riconducibile al delitto *ex* art. 13, comma 1, della legge n. 40/2004, infatti, non andrebbe considerata come offensiva della dignità. Se solo si pensa che Kant sosteneva che l'agire morale imponesse a ciascuno di trattare ogni altro uomo «sempre anche al tempo stesso come scopo, e mai come semplice mezzo»<sup>201</sup>, risulta chiaro che il rispetto della dignità non impedisce che si possa considerare un uomo come *anche* mezzo per la realizzazione di fini esterni a lui stesso, purché non sia ridotto *soltanto* alla stregua di un mezzo<sup>202</sup>.

Nel caso della sperimentazione sugli embrioni soprannumerari, appunto, non si può intravedere quella assoluta strumentalizzazione che appare, invece, in modo inconfutabile nella produzione o nella clonazione di embrioni per fini di ricerca. Finanche Böckenförde – strenuo sostenitore della dignità dell'embrione in ogni istante del suo sviluppo – ha ammesso che «Dal momento che questi embrioni sono stati prodotti per provocare una gravidanza e quindi la loro formazione non è avvenuta con intenti di strumentalizzazione, in

---

<sup>201</sup> I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, op. cit., p. 126.

<sup>202</sup> In tal senso, P. BECCHI, *Il principio dignità umana*, op. cit., p. 22-23, secondo cui nella vita sociale è fisiologico che l'uomo si faccia anche mezzo per il perseguimento di fini a lui estrinseci: «E' il suo uso meramente strumentale, la sua riduzione da persona a cosa [...] a ferirlo nella sua dignità».

questo caso non è ritenuto primariamente decisivo il rispetto della dignità umana, ma il diritto alla vita dell'embrione»<sup>203</sup>.

Dunque, sembrerebbe pacifico che l'unico bene giuridico protetto dalla fattispecie di sperimentazione sugli embrioni consiste nella tutela della loro esistenza: come affermato in seno alla dottrina penalistica, infatti, è chiaro che «l'utilizzazione di embrioni altrimenti destinati a perire, al fine di ricercare metodologie terapeutiche idonee a garantire la salvezza dei malati (allo stato attuale ritenuti) inguaribili non significa negarne lo statuto dignitario, ma sottende invece la volontà di inserirli in una catena solidale di valorizzazione della vita umana»<sup>204</sup>.

Questo collegamento solidale tra esseri viventi, che escluderebbe una violazione della dignità umana, è, d'altronde, rinvenibile anche nell'ambito della donazione degli organi da parte di soggetti in condizione di morte cerebrale, pratica regolamentata con la legge n. 91/99, in quanto rispettosa di questa accezione lata di "dignità"<sup>205</sup>.

---

<sup>203</sup> E.W. BÖCKENFÖRDE, *Dignità umana e bioetica*, p. 60 ss. L'A., a tal proposito, afferma che il diritto alla vita dell'uomo, pur avendo il suo fondamento – nell'ambito dell'ordinamento costituzionale tedesco – nella dignità umana, «non è assoluto e inviolabile come il rispetto della stessa dignità umana». Sul punto, si veda E. MAESTRI, *Giudizi di esistenza. Deliberare sulla vita umana nella riflessione bioetica contemporanea*, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli 2009, p. 62, nt. 144, secondo cui «La dignità, la libertà e l'autonomia diventano principi che si situano oltre la vita. I diritti corrispondenti a questi principi sono considerati inderogabili, mentre il bene corrispondente alla *nuda vita* può subire limitazioni: non la vita in sé vale, ma la sua dignità come modalità».

<sup>204</sup> A. MANNA, *La tutela penale della vita in fieri*, op. cit., p. 350.

<sup>205</sup> Sulla correlazione tra la sperimentazione sugli embrioni soprannumerari e l'espianto di organi da persone in condizioni di morte cerebrale, sotto il profilo della mancanza di violazione della dignità umana, si veda M. KAUFMANN, *Diritti umani*, Guida Editore, Napoli 2009, p. 75, secondo cui «poco può infrangere la dignità dell'uomo l'impiego degli embrioni precoci in soprannumero prodotti nella fecondazione in vitro – che non può comunque condurre a nessuna vita personale – allo scopo di ottenere cellule staminali attraverso la clonazione terapeutica. Una situazione del genere rappresenta piuttosto un parallelo con quella dell'espianto di organi da persone cerebralmente morte, con la differenza che gli embrioni precoci in vitro non sono stati in alcun momento un essere senziente e che un gran numero dei loro "coetanei" prodotti da "fecondazione-in-vivo" viene inavvertitamente espulso o impedito nel suo annidamento». Sulla questione della dignità umana nell'ambito del trapianto di organi si veda specificamente R. STOECKER, *Dalla morte cerebrale alla dignità umana. Per il superamento filosofico-morale del dibattito sulla morte cerebrale e il problema dei trapianti*, in AA. VV., *Questioni*

Rilevata, dunque, la differenza tra il bene giuridico protetto dalla fattispecie “base” di cui al comma 1 e quello tutelato dalle fattispecie “aggravate” di cui al comma 3, occorrerà verificare – previa analisi della struttura criminosa di queste ultime – la ragionevolezza della scelta legislativa di avere predisposto dei delitti aggravati e non, invece, delle fattispecie autonome di reato.

#### **6. Il delitto di produzione di embrioni per fini di ricerca o di sperimentazione.**

La introduzione del delitto di cui alla lett. a) dell’art. 13, comma 3 può essere ricollegata a quanto stabilito dalla Convenzione di Oviedo del 1997<sup>206</sup>, che – pur non avendo posto particolari vincoli agli Stati membri dell’UE in merito alle scelte legislative da adottare in materia di sperimentazione, se non quelli derivanti dall’esigenza di garantire «una protezione adeguata all’embrione» nei casi in cui «la ricerca sugli embrioni *in vitro* è ammessa dalla legge» – ha disposto che «la costituzione di embrioni umani a fini di ricerca è vietata» (art. 18, comma 2).

Sul punto, quindi, la Convenzione ha mostrato tutta la sua intransigenza: è pacifico il disvalore della condotta consistente nella produzione di embrioni appositamente destinati alla ricerca scientifica<sup>207</sup>, in quanto essa, strumentalizzando intenzionalmente l’essere umano, non sarebbe riconducibile a un approccio solidaristico della medicina, sulla base del quale il fallimento casuale di un progetto di vita – quello dell’embrione malato – potrebbe favorire le speranze di pazienti affetti da patologie curabili mediante l’utilizzo di cellule embrionali.

Fermo che nel nostro ordinamento la Convenzione di Oviedo non sortisce alcuna efficacia vincolante, a causa del mancato

---

*mortali. L’attuale dibattito sulla morte cerebrale e il problema dei trapianti*, a cura di R. Barcaro – P. Becchi, Napoli 2004, p. 141 ss.

<sup>206</sup> Convenzione sui diritti umani e sulla biomedicina, 4 aprile 1997, in <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=164&CM=1&CL=ITA>

<sup>207</sup> In tal senso si è espressa anche quella dottrina penalistica contraria al divieto di ricerca sulle staminali degli embrioni in stato di abbandono: A. Sessa, *Dalla bioetica al biodiritto: irrazionalità e simbolismo negli esiti di una legislazione emergenziale in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Ind. Pen.* 2004, p. 937; nonché S. Canestrari, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, op. cit., p. 422.

deposito dello strumento di ratifica in seno al Consiglio d'Europa<sup>208</sup>, essa ha sicuramente orientato le scelte normative della legge n. 40/2004, che, incriminando la produzione di embrioni per fini di ricerca o di sperimentazione (art. 13, comma 3, lett. a)) come fattispecie aggravante del delitto di sperimentazione (art. 13, comma 1), ha sostanzialmente riprodotto il contenuto dell'art. 18 comma 2 del Trattato.

Tale fattispecie, per quanto legittimamente introdotta nella normativa italiana, poiché espressione di una concezione utilitaristica<sup>209</sup> dell'essere umano degna di repressione penale – in base al principio personalistico che «anima la Costituzione»<sup>210</sup> –, non appare, tuttavia, connotata da quel carattere “accidentale” che tipicamente caratterizza le fattispecie circostanziate. Le circostanze, infatti, dovrebbero consistere in fattori «diversi dagli elementi costitutivi del reato e idonei tuttavia a graduarne il disvalore»<sup>211</sup>. A dispetto della formulazione testuale del quarto comma – che qualifica espressamente le fattispecie di cui al terzo comma come circostanze

---

<sup>208</sup> In proposito, si veda Cass. Civ. I sez., 16 ottobre 2007, 21748, in <http://dejure.giuffre.it>: i Giudici hanno affermato che «è noto che, sebbene il Parlamento ne abbia autorizzato la ratifica con la L. 28 marzo 2001, n. 145, la Convenzione di Oviedo non è stata a tutt'oggi ratificata dallo Stato italiano». In dottrina, si veda C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Trento, Trento 2006, pag. 174, secondo cui, nonostante l'Italia abbia emanato la legge 145 del 28 marzo 2001 di ratifica ed esecuzione della Convenzione, questa non può essere considerata diritto vigente in Italia. Sul punto, si veda anche S. PENASA, *Alla ricerca dell'anello mancante: il deposito dello strumento di ratifica della Convenzione di Oviedo*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2007, *passim*.

<sup>209</sup> Sul punto, si veda J. HARRIS, *Wonderwoman e Superman. Manipolazione genetica e futuro dell'uomo*, Baldini & Castaldi, Milano 1997, p. 127, secondo cui «A essere moralmente sbagliato è l'atto dell'individuo che scelga deliberatamente di aumentare le sofferenze presenti nel mondo quando avrebbe potuto evitare di farlo». In tal senso, ogni intervento biotecnologico, anche distruttivo, sugli embrioni abbandonati sarebbe lecito, poiché funzionale a realizzare un beneficio per lo sviluppo scientifico, e, conseguentemente, per la società. Si veda, inoltre, S. AMATO, *Biogiurisprudenza. Dal mercato genetico al self-service normativo*, Giappichelli, Torino 2006, p. 119 che qualifica «identità sociale» quella visione riduzionista dell'uomo, in base alla quale il suo corpo potrebbe essere degradato a bene sfruttabile, anche economicamente, per il beneficio della collettività.

<sup>210</sup> A. MANNA, *La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione di beni giuridici*, op. cit., p. 351.

<sup>211</sup> G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, op. cit., p. 417.

aggravanti e le sottopone al trattamento sanzionatorio delle circostanze a efficacia comune<sup>212</sup> – bisognerà dunque verificare, in base a un raffronto tra la fattispecie “base” di sperimentazione e quella “circostanziata” di produzione di embrioni per fini di ricerca scientifica, se quest’ultima non vada invero qualificata come fattispecie autonoma: la soluzione del problema sarà rilevante soprattutto ai fini di una valutazione della ragionevolezza del maggiore trattamento sanzionatorio inflitto per i reati aggravati di cui al terzo comma<sup>213</sup>.

La fattispecie prevista all’art. 13, comma 3, lett. a), configura un reato a dolo specifico, in cui l’evento preso di mira dall’autore – il fine di destinazione dell’embrione alla ricerca, alla sperimentazione o ad ogni altro scopo diverso da quello procreativo previsto dalla legge n. 40/2004 – non risulta conseguenza naturalistica della sua azione, ma viene a dipendere da un’eventuale ulteriore attività, dello stesso agente o di un suo complice. La fattispecie di reato verrà integrata anche quando lo scopo perseguito non venga, poi, effettivamente realizzato: nel caso di specie, quindi, anche qualora alla produzione di embrioni non segua la messa in atto degli obiettivi indicati dal legislatore alla lett. a), il reato risulterà consumato.

Con riguardo a quest’ultimo aspetto, una parte della dottrina penalistica ha rilevato che questa tipologia di delitti sia suscettibile di violare il principio di offensività, dato che, ai fini dell’integrazione del reato, non occorre che il bene protetto sia realmente esposto a pericolo<sup>214</sup>: sarebbe possibile, quindi, l’incriminazione di un

---

<sup>212</sup> L’art. 64 del c.p., difatti, prevede che «Quando ricorre una circostanza aggravante, e l’aumento di pena non è determinato dalla legge, è aumentata fino a un terzo la pena che dovrebbe essere inflitta per il reato commesso». L’art. 13, comma 4, della legge n. 40/2004, in tal senso, stabilisce che «In caso di violazione di uno dei divieti di cui al comma 3 la pena è aumentata».

<sup>213</sup> Si veda *infra*, § 9.

<sup>214</sup> Per evitare possibili censure di illegittimità costituzionale, la dottrina dominante ha sovente affermato che l’azione, per essere incriminata, debba apparire oggettivamente idonea a perseguire quel fine in cui si incentra l’offesa al bene giuridico. Così F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, XIX, UTET, Torino 1973, p. 87; più di recente, si veda A. VALENTI, *Principi di materialità e offensività* in AA. VV., *Introduzione al sistema penale*, a cura di G. INSOLERA – N. MAZZACUVA – M. PAVARINI – M. ZANOTTI, Giappichelli, Torino 2006, p. 301. Altra dottrina ha interpretato i reati a dolo specifico come reati di pericolo concreto, pervenendo sostanzialmente alle medesime conclusioni di quegli Autori che, invece, li avevano assimilati ai delitti tentati: così G. MARINUCCI – E.

comportamento di per sé inoffensivo, sulla base del semplice atteggiamento psicologico dell'autore del reato. Su tale questione, è stato, tuttavia, rilevato che l'offesa al bene giuridico tutelato possa essere già riscontrabile sul piano della condotta strumentale alla soddisfazione dell'interesse perseguito: occorrerà, a tal fine, che tale interesse sussista "oggettivamente" sul piano dell'azione materiale, esplicando «efficacia causale, o motivante, sul piano psicologico, precedendo e non seguendo la rappresentazione e determinazione di volontà degli altri elementi essenziali del reato»<sup>215</sup>. La

---

DOLCINI, *Corso di diritto penale*, op. cit., p. 579, secondo cui «non si configurerà il reato a dolo specifico quando – pur essendo l'agente animato dallo scopo indicato nella norma – l'azione sia però in concreto inidonea al conseguimento di tale scopo». In senso diverso, si veda F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, op. cit., p. 116, il quale, allo scopo di evitare contrasti tra il principio di offensività e le fattispecie a dolo specifico, richiede, invece, che la condotta incriminata presenti un' idoneità astratta al conseguimento dello scopo, e, quindi, alla realizzazione dell'offesa al bene giuridico: «In definitiva, il problema della conciliabilità con il principio di offensività verrebbe trattato e risolto secondo i canoni generali valevoli in tema di pericolo astratto». *Contra*, si veda L. PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli elementi finalistici della fattispecie penale*, Giuffrè, Milano 1993, p. 512: l'A. sostiene che le questioni circa la compatibilità dei reati a dolo specifico con il principio di offensività non debbano essere risolte mediante l'introduzione di un requisito di idoneità della condotta alla realizzazione del fine perseguito, alla stregua di quanto avviene nell'ambito dei delitti tentati. Così facendo, infatti, si finirebbe per «trasformare o confondere la finalità dell'agente, espressamente tipizzata come soggettiva, con la tendenza dell'azione, richiesta quale sua qualificazione oggettiva». Sarà, invece, necessario che lo scopo perseguito si rifletta nelle concrete modalità della condotta, a prescindere che essa possa essere qualificata oggettivamente idonea a produrre il risultato finale. Occorrerà, cioè, un nesso teleologico tra mezzo e fine, non un nesso di «idoneità causale tra i due». In tal senso sembra orientata anche la giurisprudenza: cfr. Cass. Pen., Sez. III, 7 febbraio 2000, in *Dir. Pen. e Proc.* 2000, p. 465, in cui il Giudice rileva che «il fine perseguito dall'agente non deve risolversi in un dato meramente interiore, ma in un elemento che spiega la sua rilevanza nell'economia della fattispecie ed imprime una specifica connotazione obiettiva all'offesa». Tuttavia, poco dopo, egli riconduce la connotazione oggettiva del dolo specifico al requisito dell'idoneità degli atti, confondendo i due piani concettuali: «Consegue che la condotta esecutiva del dolo specifico deve essere intrinsecamente, sia pure astrattamente, idonea alla realizzazione del risultato da perseguire».

<sup>215</sup> In tal senso, si veda L. PICOTTI, *Il dolo specifico*, op. cit., p. 508. L'A. critica la riduzione del dolo specifico a mero atteggiamento psicologico dell'autore del fatto, di per sé inoffensivo per il bene giuridico protetto dalla fattispecie penale: «Infatti la strumentalità del comportamento alla soddisfazione del predetto

rappresentazione mentale del raggiungimento del fine perseguito, cioè, dovrà costituire la causa della condotta esterna: in questo modo si realizzerà sul piano materiale quel conflitto intersoggettivo di interessi che sta alla base dell'offesa all'interesse protetto.

Nel caso della produzione di embrioni a fini di ricerca, di sperimentazione o comunque extraprocreativi, si ravviserà un'offesa alla dignità umana se il perseguimento di un fine utilitaristico da parte dell'agente lo abbia determinato a produrre degli embrioni umani. La prova di tale nesso causale psicologico, peraltro, sarà facilmente raggiungibile, dato che tale delitto tenderebbe a verificarsi al di fuori di un formale protocollo di procreazione medicalmente assistita: non versandosi nell'ambito di una fecondazione *in vitro*, sarà facilmente deducibile che sia stato il fine di sperimentare a determinare psicologicamente lo scienziato alla creazione di embrioni umani.

Il successivo ed eventuale conseguimento dello scopo perseguito integrerà, invece, una diversa ipotesi di reato, la sperimentazione sugli embrioni umani: la commissione di tale ulteriore delitto – peraltro realizzabile persino da una persona diversa dall'autore del fatto principale – non lederà la dignità umana, ma metterà in pericolo il diverso bene costituito dal diritto alla vita dell'embrione<sup>216</sup>.

In base alle predette considerazioni, è lecito dubitare che la fattispecie prevista alla lett. a) del terzo comma dell'art. 13 sia aggravante rispetto al delitto di sperimentazione, incriminato al comma 1.

In base a una prima corrente dottrinale, infatti, la fattispecie circostanziata dovrebbe tutelare il medesimo bene giuridico protetto dalla fattispecie "semplice": l'identità del bene protetto costituirebbe, quindi, un criterio per distinguere le circostanze dagli elementi costitutivi del reato<sup>217</sup>. Nel caso di specie, rilevato che il primo delitto

---

interesse attivo, o "di parte", perseguito dall'agente, costituisce un dato sintomatico dello stesso contenuto oggettivamente lesivo del fatto [...]. In tale prospettiva, lo "scopo" perseguito dall'agente non può ridursi a mero dato interiore, vale a dire rilevante anche se solo putativo: la proiezione finalistica deve, infatti, riflettere il sottostante interesse, che è, certo, solo "di parte", ma deve nondimeno sussistere come dato reale e apprezzabile anche all'"esterno" della psiche dell'agente» (p. 506).

<sup>216</sup> Si veda *supra*, § 1.

<sup>217</sup> Così G. LEONE, *Reato abituale, continuato e permanente*, Jovene, Napoli 1937, p. 238. In senso conforme si veda G. ZUCCALÀ, *Delle circostanze del reato*.

sia posto a tutela della dignità umana, mentre il secondo a protezione della vita dell'embrione, si potrebbe pacificamente concludere per la autonomia della fattispecie di produzione di embrioni a fini di ricerca o di sperimentazione.

Seguendo un orientamento più consistente, tra il reato "base" e il reato circostanziato dovrebbe sussistere un rapporto di genere a specie, in modo che tutti gli elementi del primo siano contenuti nel secondo, con l'aggiunta di elementi specializzanti<sup>218</sup>. Nell'ipotesi qui trattata, è chiaro come tra le due fattispecie vi sia una differenza strutturale, data dal fatto che la produzione di embrioni umani rappresenta una condotta sostanzialmente differente, e comunque cronologicamente anteriore, alla sperimentazione. Oltretutto, il fatto che la produzione di embrioni sia vietata – oltre che per scopi di ricerca o di sperimentazione – anche se realizzata per «fini diversi da quello previsto dalla presente legge», comporta che l'ambito di incriminazione della disposizione vada a ricomprendere anche l'ipotesi, a sé stante, della produzione di embrioni per fini commerciali o industriali, rispetto a cui sarebbe, a maggior ragione, inipotizzabile un rapporto di specialità con il delitto di sperimentazione<sup>219</sup>.

---

*Nota introduttiva*, in A. CRESPI – F. STELLA – G. ZUCCALÀ, *Commentario breve al Codice Penale*, II ed., CEDAM, Padova 1992, p. 189 ss. In senso contrario, si veda G. MARINI, *Le circostanze del reato*, Giuffrè, Milano 1965, p. 67; nonché M. GALLO, *Sulla distinzione tra figura autonoma di reato e figura circostanziata*, in *Riv. it. dir. pen.* 1949, p. 564; nonché A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, CEDAM, Padova 2000, p. 568.

<sup>218</sup> Il criterio di specialità è propugnato, tra gli altri, da F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano 2003, p. 441, nonché da G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, op. cit., p. 421-422.

<sup>219</sup> La legge n. 40/2004, mediante l'utilizzo dell'ampia clausola di chiusura «o comunque a fini diversi da quello previsto dalla presente legge», ha preso le distanze dal T.U.P. '98 che, invece, all'art. 16, comma 3, lett. a), si limitava a vietare «la produzione di embrioni per fini di ricerca e di sperimentazione», così trascurando che la produzione di embrioni avrebbe potuto essere destinata a scopi – come quelli di tipo industriale e commerciale – diversi dalla sperimentazione, ma altrettanto, e forse anche di più, censurabili. In tal senso, G. LOSAPPIO, *Bioetica e diritto penale*, op. cit., p. 671; L. RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, op. cit., p. 687-688. Va quantomeno accennato che l'espressa menzione sia dei fini di ricerca sia dei fini di sperimentazione non è una meraendiadi, ma indica che la produzione di un embrione volta a consentire l'attuazione sullo stesso di innocue indagini

La natura di aggravante del delitto di produzione di embrioni a fini di ricerca o di sperimentazione andrebbe esclusa anche quando si utilizzasse la tecnica di “eliminazione mentale”, in base alla quale, per affermare che una data fattispecie costituisca circostanza di un reato semplice, occorrerebbe ipotizzare l’abrogazione dell’illecito-base e rilevare che, di conseguenza, anche la fattispecie in questione perderebbe la sua rilevanza penale<sup>220</sup>. Quando, invece, la fattispecie, della cui natura circostanziata si dubiti, mantenga immutata la sua capacità di descrivere un fatto di reato nonostante l’abrogazione del reato semplice, si potrà affermare che quella costituirà un’autonoma figura delittuosa. Nell’ipotesi di specie, immaginando astrattamente – in base al metodo predetto – che il delitto semplice di sperimentazione venga abrogato, la fattispecie di produzione di embrioni manterrebbe intatto il suo disvalore, dato che l’obiettivo di sperimentare rientrerebbe pur sempre tra i fini estranei alla procreazione rilevanti ai sensi della clausola di chiusura poc’anzi evidenziata. Oltretutto, rimarrebbe salva l’illiceità della produzione di embrioni per scopi di ricerca: di quest’ultima la sperimentazione costituisce, pur sempre, una specifica modalità di attuazione<sup>221</sup>.

Il delitto in esame, in conclusione, risulta configurabile, nonostante la formulazione legislativa, come fattispecie autonoma rispetto a quella di cui al comma 1 dell’art. 13. La sperimentazione viene presa specificamente in considerazione nell’ambito del testo normativo della fattispecie *ex lett. a)* come mera esemplificazione di quelli che sono i fini di strumentalizzazione dell’embrione incompatibili con la dignità umana. Il legislatore avrebbe potuto anche limitarsi a sancire la punibilità della produzione di embrioni per scopi non procreativi, senza menzionare il concetto di “sperimentazione” nel testo della disposizione presa in esame: la sua esplicitazione può essere dovuta o al già rilevato intento del legislatore di stigmatizzare la figura dello scienziato o alla necessità di stagiare una connessione teleologica con il delitto di cui al primo

---

osservazionali – che integrano i fini di ricerca –, è censurabile alla stregua della produzione finalizzata all’attuazione di sperimentazioni invasive e quindi pericolose per l’embrione: anche sotto questo profilo, è evidente che la *ratio* della disposizione non attenga alla salvaguardia della vita dell’embrione, così come avviene, invece, per il delitto di sperimentazione.

<sup>220</sup> Così A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, op. cit., p. 774.

<sup>221</sup> Cfr. M.L. DI PIETRO – E. SGRECCIA, *Procreazione assistita e fecondazione artificiale tra scienza, bioetica e diritto*, Ed. La Scuola, Brescia 1999, p. 93.

comma, così da dare una parvenza di giustificazione alla configurazione della fattispecie *de qua* come aggravante di quello.

### **7. Il delitto di clonazione di embrioni per fini di ricerca.**

Anche il divieto di clonazione embrionale a fini di ricerca, *ex art.* 13, comma 3, lett. c) della legge n. 40/2004, sembrerebbe essere ispirato al disposto dell'art. 18, comma 2, della Convenzione di Oviedo. La norma infatti, nel vietare la "costituzione" di embrioni umani per scopi di ricerca, utilizza un concetto idoneo a ricomprendere sia l'ipotesi "naturale" di fusione dei gameti sia quella "artificiale" di creazione di embrioni mediante clonazione.

La clonazione embrionale per fini riproduttivi, anch'essa vietata alla lett. c) della succitata disposizione, risulta invece riconducibile all'art. 1 del Protocollo aggiuntivo alla Convenzione di Oviedo sul divieto di clonazione di esseri umani, in base al quale «E' vietato ogni intervento che ha lo scopo di creare un essere umano geneticamente identico a un altro essere umano vivo o morto»<sup>222</sup>.

Anche volgendo lo sguardo alla nostra normativa, è lecito, dunque, affermare che il divieto di «interventi di clonazione mediante trasferimento di nucleo o di scissione precoce dell'embrione» a fini di ricerca, *ex art.* 13, comma 3, lett. c), rappresenti una fattispecie speciale rispetto a quella di produzione di embrioni *ex lett.* a), dato che la clonazione effettuata mediante le tecniche tipizzate nella norma costituisce una forma specifica di produzione di embrioni umani, consistente nella loro duplicazione artificiale.

Come avvenuto per il delitto di produzione di embrioni, anche la clonazione embrionale non viene punita in quanto tale, ma soltanto se subordinata al perseguimento di due finalità tra loro alternative: gli scopi di ricerca o di procreazione<sup>223</sup>. Si tratta, anche in questo

---

<sup>222</sup> Protocollo aggiuntivo alla Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e la dignità dell'essere umano nei confronti delle applicazioni della biologia e della medicina sul divieto di clonazione di esseri umani, 12 gennaio 1998, in *www.personaedanno.it*

<sup>223</sup> Secondo L. RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, cit., p. 51, il legislatore ha effettuato un'opinabile assimilazione, «sul piano del disvalore di condotta», tra la clonazione a fini procreativi e quella a fini di ricerca. Sul punto, si vedano le riflessioni di M.L. COSTERBOSA, *Clonazione umana*, in AA.VV., *Questioni di vita o morte. Etica pratica, bioetica e filosofia del diritto*, a cura di M. La Torre – M.L.

caso, di un reato a dolo specifico la cui offensività si incentra nell'oggettivo perseguimento dello scopo tipizzato nella disposizione<sup>224</sup>, a prescindere dal reale raggiungimento di esso. E anche qui, esattamente come rilevato per la produzione di embrioni a fini di ricerca, il fine perseguito verrà a concretizzarsi in un evento indipendente dalla condotta principale, che sarà consequenziale a un'ulteriore attività dello stesso agente o di un terzo.

Anche questa fattispecie, dunque, risulta espressione della volontà legislativa di reprimere la preordinata strumentalizzazione dell'embrione a beneficio di terzi, al fine di apprestare adeguata tutela alla dignità del genere umano: mentre la clonazione di embrioni per fini di ricerca offenderebbe la dignità umana, intesa secondo il pensiero habermassiano come autocomprensione etica del genere, la clonazione embrionale per scopi procreativi pregiudicherebbe quella particolare forma di dignità che è data dall'interesse collettivo all'unicità e all'irripetibilità del genoma umano<sup>225</sup>.

Tuttavia, mentre la produzione di embrioni – come già rilevato – non può configurarsi come aggravante del delitto di sperimentazione, poiché si tratta di due condotte del tutto eterogenee e indipendenti l'una dall'altra, per quanto riguarda la clonazione embrionale il punto di vista potrebbe mutare. Questa metodica, infatti, consiste in una forma peculiare di costituzione di embrioni, in quanto attuata mediante un intervento invasivo su un embrione già esistente,

---

Costerbosa – A. Scerbo, Giappichelli, Torino 2007, p. 134, che, pur non toccando la pregnante problematica del bene giuridico, distingue le diverse questioni etiche rilevanti nell'ambito della distinzione tra clonazione finalizzata alla gestazione e della clonazione finalizzata alla ricerca «Il tema etico comune, ovvero la questione della dignità della vita umana, si specifica in direzioni distinte. Nel caso della clonazione finalizzata alla gestazione, la questione morale decisiva, quale emerge dal dibattito internazionale sull'argomento, è il rischio di strumentalizzazione dell'individuo clone e di diminuzione della sua autonomia. Per converso, nel caso della clonazione non finalizzata alla gestazione, la questione morale sulla quale si è concentrata prevalentemente l'attenzione è il rispetto dovuto o meno all'embrione e lo status morale attribuibile a esso».

<sup>224</sup> Cfr. L. PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli elementi finalistici della fattispecie penale*, Giuffrè, Milano 1993, p. 506.

<sup>225</sup> Cfr. L. RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, ult. loc. cit. L'A. sostiene che «Forse solo in questo caso il concetto di dignità umana assume una connotazione non eticizzante, in riferimento alla questione dell'irripetibilità genetica dell'essere umano».

consistente nella sua scissione precoce o nell'estrapolazione di una sua cellula col fine di ritrasferirne il nucleo in un'altra cellula già denucleata. La clonazione embrionale, dunque, «rappresenta soltanto l'esempio più evocativo, e quindi di maggiore impatto emotivo»<sup>226</sup> di sperimentazione sugli embrioni umani.

Rilevato che la clonazione embrionale rappresenta una forma specifica non solo di produzione di embrioni umani “duplicati”, ma anche di sperimentazione su embrioni “da duplicare”, si può affermare che, fermo che il bene protetto in prima istanza dalla fattispecie *ex art. 13, comma 3, lett. c)* sia sempre quello della dignità umana, è ravvisabile una plurioffensività del delitto: tra gli scopi di tutela, infatti, si rinviene anche la necessità di evitare la messa in pericolo della vita dell'embrione già esistente a opera di quelle tecniche invasive necessarie per attuare processi clonativi.

Se si tiene, quindi, in considerazione l'identità del bene giuridico qui individuato con quello protetto del delitto *ex art. 13, comma 1*<sup>227</sup>, e il fatto che la clonazione rappresenti una *species* della sperimentazione sugli embrioni umani<sup>228</sup>, sarà possibile affermare astrattamente la ragionevolezza della scelta legislativa di aver tipizzato la clonazione embrionale come aggravante del delitto di sperimentazione.

Tuttavia, la configurazione della fattispecie *de qua* come delitto a dolo specifico innerva la clonazione embrionale di un proprio autonomo disvalore rispetto alla sperimentazione *tout court*, in quanto è proprio la direzione teleologica della condotta verso i due scopi tipizzati che integra quella strumentalizzazione dell'embrione suscettibile di arrecare un'offesa alla dignità del genere umano nel suo complesso. Pur restando, dunque, ferma l'astratta configurabilità del delitto come aggravante della fattispecie di sperimentazione, sarebbe stato preferibile, in un'ottica di prevenzione generale e di orientamento culturale dei consociati<sup>229</sup>, tipizzare una fattispecie

---

<sup>226</sup> O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Giappichelli, Torino 2009, p. 58

<sup>227</sup> Cfr. G. LEONE, *Reato abituale, continuato e permanente*, op. cit., p. 238; G. ZUCALÀ, *Delle circostanze del reato*, op. cit., p. 189 ss.

<sup>228</sup> Cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, op. cit., p. 441; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, op. cit., p. 421-422.

<sup>229</sup> E' possibile distinguere tra una prevenzione generale “negativa”, consistente nella intimidazione o deterrenza, e una prevenzione generale “positiva”, consistente nell'orientamento culturale dei consociati, secondo una

autonoma, come tale più nitidamente percepibile nella sua specifica gravità all'interno del tessuto sociale.

Quanto appena sostenuto, trova una conferma normativa nella predisposizione di un autonomo delitto di clonazione di un essere umano adulto, previsto all'art. 12, comma 7: si tratta di una tecnica di per sé innocua per la persona da "duplicare", e il cui disvalore si incentra tutto sull'offesa inferta all'interesse collettivo all'unicità e irripetibilità del genoma umano. Risulta, in tal senso, ancora più oscura la scelta del legislatore di non predisporre, correlativamente, un'autonoma fattispecie di clonazione embrionale, dotata di specifiche conseguenze sanzionatorie, anche a fronte del particolare disvalore del delitto, risultante dal suo già accennato carattere plurioffensivo.

#### **8. *L'inadeguatezza del trattamento sanzionatorio "aggravato": il contrasto con il principio di proporzione.***

Alla luce dei precedenti rilievi, occorrerà valutare se la misura delle sanzioni comminate per i delitti "aggravati" di cui al terzo comma dell'art. 13 sia equilibrata rispetto al bene *ivi* protetto della dignità umana: si tratterà cioè di applicare il principio di proporzione in senso stretto, in base al quale è necessario che già al livello della previsione edittale<sup>230</sup> vi sia una relazione adeguata tra l'aggressione

---

funzione "pedagogica" del diritto penale. Cfr. M. PAGLIARO, *Aspetti giuridici della prevenzione*, in *Ind. Pen.* 1976, p. 5 ss.; M. ROMANO, *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, in AA.VV., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di M. Romano – F. Stella, Il Mulino, Bologna 1980, p. 165 ss.; nella manualistica si veda G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, op. cit., p. 710 ss.

<sup>230</sup> Sulla necessità che la finalità rieducativa, connessa alla proporzione del trattamento sanzionatorio, debba essere perseguita già nel momento della previsione normativa, si veda P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, CEDAM, Padova 1982, p. 58.; S. CORBETTA *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1997, p. 151, secondo cui è necessario che vi sia «proporzione tra disvalore del fatto e quantità di sanzione già nella determinazione della comminatoria edittale, per non pregiudicare "in partenza" il conseguimento della finalità rieducativa»; A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, op. cit., p. 700, secondo cui «già nel momento della previsione edittale si deve esprimere una corretta "proporzione" tra la gravità del fatto e la sanzione, capace di riflettere il giudizio di disvalore espresso dalla società in un determinato momento storico nei confronti di quel fatto e capace, quindi, di orientare la condotta dei consociati». In giurisprudenza si veda Corte Cost. 409/1989, in *Giur. Cost.*, 1989, p. 1906 ss; Corte Cost. 313/1990, in

all'interesse tutelato dalla norma incriminatrice e la restrizione alla libertà personale, connessa al trattamento punitivo previsto<sup>231</sup>. Con riguardo a quest'ultimo, va ribadito che, trattandosi formalmente di circostanze aggravanti a efficacia comune, si dovrà procedere all'aumento sino a un terzo della pena della reclusione da due a sei anni e della pena della multa da 50.000 a 150.000 euro.

Nella dottrina penalistica è stato messo in rilievo come la pena costituisca un mezzo diretto alla realizzazione di due obiettivi: uno positivo, la tutela del bene giuridico, e uno negativo, il pregiudizio arrecato alla libertà personale<sup>232</sup>. Questi due scopi, stando rispetto alla previsione sanzionatoria in un rapporto di proporzionalità

---

Foro It. 1990, I, p. 2385 ss; Corte Cost. 343/1993, in Giur. Cost. 1993, p. 2668 ss.; Corte Cost. 168/1994, in Cass. Pen. 1994, p. 2382. L'innovatività degli interventi del Giudice delle Leggi volti all'assegnazione della funzione rieducativa sin dalla fase della previsione legislativa, è sottolineata da E. DOLCINI, *Razionalità nella commisurazione della pena: un obiettivo ancora attuale?*, in Riv. it. dir. proc. pen. 1990, p. 810 ss. Sul nesso tra il principio di proporzione e la finalità rieducativa della pena, si veda in dottrina E. DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in AA.VV., *Diritto Penale in trasformazione*, a cura di G. MARINUCCI – E. DOLCINI, Giuffrè, Milano 1985, p. 392. Si veda inoltre M. DONINI, *Il principio di colpevolezza*, in AA. VV., *Introduzione al sistema penale*, a cura di G. INSOLERA – N. MAZZACUVA – M. PAVARINI – M. ZANOTTI, Giappichelli, Torino 2006; nonché M. PAVARINI, *Lo scopo della pena*, in AA. VV., *Introduzione al sistema penale*, op. cit. p. 633

<sup>231</sup> Sulla questione del controllo compiuto dal giudice costituzionale sull'opera di bilanciamento effettuata dal legislatore, si vedano R. BIN, *Bilanciamento degli interessi e teoria della Costituzione*, in AA. VV., *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, a cura di V. Angiolini, Giappichelli, Torino 1992, p. 45 ss.; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano 1997, p. 246; A. RUGGERI, *Note introduttive allo studio della motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale (ordini tematici e profili problematici)*, in AA. VV., *La motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale: atti del seminario di Messina, 7-8 maggio 1993*, a cura di A. Ruggeri, Giappichelli, Torino 1994, p. 18 ss. Più di recente, si veda R. ALEXY, *Collisione e bilanciamento quale problema di base della dogmatica dei diritti fondamentali*, in AA. VV., *La ragionevolezza nel diritto*, a cura di M. La Torre – A. Spadaro, Giappichelli, Torino 2002, p. 42 ss., in cui l'A. afferma che il bilanciamento debba essere effettuato in tre distinti segmenti: «Al primo gradino è da determinarsi l'intensità dell'intervento. Al secondo gradino si prendono in esame la rilevanza dei motivi atti a giustificare l'intervento. Solamente al terzo gradino si darà il bilanciamento in senso più stretto e vero»

<sup>232</sup> Cfr. Y. ZONIL, *Das Gebot der Verhältnismäßigkeit in der grundrechtlichen Argumentation*, Frankfurt am Main 1998, p. 118 ss; A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, op. cit., p. 632.

inversa, devono essere bilanciati ragionevolmente. A tal fine entra in gioco il principio di proporzione in senso stretto, attraverso il quale si valuta «quale importanza riveste ciascuno scopo in una determinata situazione, in cui si inserisce il mezzo, e a quale scopo si attribuisce l'importanza maggiore»<sup>233</sup>.

Riconducendo quanto detto alla problematica specifica qui affrontata, appare palese come il trattamento sanzionatorio comminato per i delitti di produzione e di clonazione di embrioni umani per fini di ricerca, globalmente osservato, realizzi in realtà un temperamento schizofrenico dei due scopi poc'anzi evidenziati.

Se, da una parte, si guarda alla concreta misura della sanzione, sembra che la previsione legislativa di tali delitti come circostanze a efficacia comune, che comporta l'aumento soltanto fino a un terzo della pena comminata per il delitto di sperimentazione – in definitiva, la reclusione da due anni e un giorno a otto anni –, sia volta a non sacrificare eccessivamente la libertà personale del reo. Il legislatore, infatti, alla luce delle esigenze di tutela del fondamentale bene giuridico della dignità umana, avrebbe potuto configurare le fattispecie qui esaminate come aggravanti a efficacia speciale oppure come autonome figure delittuose, presidiandole con un apparato punitivo ben più consistente rispetto a quello previsto per il delitto di sperimentazione sugli embrioni

D'altra parte, la previsione del quarto comma dell'art. 13, che esclude il giudizio di bilanciamento con eventuali circostanze attenuanti concorrenti, è sintomatica di un disvalore accentuato di tali fattispecie, che mal si concilia con la loro veste legale di circostanze a efficacia comune<sup>234</sup>: in concreto, si riscontrerebbe, infatti, un'incongruenza nell'applicare il minimo di pena edittale, consistente nell'aumento anche soltanto di un giorno del limite sanzionatorio minimo previsto per il reato "base"<sup>235</sup>, a una circostanza aggravante – quale quella in esame – che «il legislatore

---

<sup>233</sup> *Ibidem*.

<sup>234</sup> Cfr. L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, op. cit., p. 52, secondo cui questa deroga all'art. 69 c.p. risulta in contrasto con il canone di proporzione.

<sup>235</sup> Su questo aspetto delle circostanze a efficacia comune, si veda M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, sub art. 64, vol. I, III ed., Giuffrè, Milano 2004, p. 696.

ha reputato di gravità tale da non potere essere compensata con altre attenuanti ipoteticamente concorrenti»<sup>236</sup>.

Il contrasto con il principio di proporzione, quindi, sorgerebbe dall'incompatibilità tra il rigore sanzionatorio connesso al divieto di bilanciamento e la più "benevola" configurazione legislativa dei delitti di produzione e di clonazione di embrioni per fini di ricerca come mere circostanze aggravanti a efficacia comune del delitto di sperimentazione.

Con le precedenti valutazioni, non si intende affermare che la pena della reclusione da due anni e un giorno a otto anni di reclusione sia, di per sé, esigua. Comunque, si tratterebbe di una valutazione del legislatore<sup>237</sup>, la cui discrezionalità discende tipicamente dalla difficoltà di tradurre le valutazioni sul bilanciamento tra la tutela del bene protetto e quella della libertà personale sul piano quantitativo della «misura della pena ottimale»<sup>238</sup>.

Desti forti dubbi, tuttavia, la razionalità della configurazione normativa dei delitti di produzione e di clonazione di embrioni per fini di ricerca come circostanze aggravanti a efficacia comune. E' il carattere accessorio degli elementi circostanziali ad assicurare la proporzione dall'aggravio sanzionatorio entro i limiti di un terzo rispetto alla pena prevista per il delitto "base"<sup>239</sup>. Dato che le

---

<sup>236</sup> A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, op. cit., p. 622, nt. 121. L'A., nel rilevare tale incongruenza si riferisce a un'ipotetica circostanza aggravante ad effetto speciale per cui non sia prevista una modificazione del minimo della pena edittale prevista per il reato "base": prima della riforma del 1974, infatti, l'art. 69 vietava l'applicazione del giudizio di bilanciamento per le circostanze a efficacia speciale. La considerazione, tuttavia, ben si attaglia anche alle fattispecie delittuose "aggravate" qui esaminate, per le quali, di fronte a un minimo edittale potenzialmente consistente nell'aumento di un solo giorno rispetto alla soglia minima prevista per il reato "semplice", è stato specificamente negata la possibile prevalenza o equivalenza di eventuali circostanze attenuanti concorrenti.

<sup>237</sup> Cfr. Corte Cost., n. 109/1968; Corte Cost., n. 18/1973; Corte Cost. n. 26/79. In tali pronunce, il Giudice delle Leggi ha affermato la legittimità del sindacato sulle scelte sanzionatorie compiute dal legislatore soltanto ove si riscontrino sperequazioni palesemente ingiustificate.

<sup>238</sup> Così F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. It. Dir. e proc. Pen.* 1998, p. 374.

<sup>239</sup> Cfr. G. DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Giuffrè, Milano 1983, p. 126, secondo cui la variazione quantitativa "delimitata" della pena delle circostanze a efficacia comune dovrebbe garantire il carattere della

fattispecie di produzione e di clonazione di embrioni presentano una struttura delittuosa autonoma e un disvalore penale ben più grave, rispetto al delitto “base” di sperimentazione, non sarà possibile ravvisare in essi quell’incidentalità nell’economia della fattispecie di reato, tipica delle circostanze a efficacia comune.

### **9. (Segue): Il contrasto con il principio di ragionevolezza.**

A prescindere dal possibile contrasto con il principio di proporzione in senso stretto, quello che, quindi, emerge in maniera lampante è l’irragionevolezza della scelta legislativa di aver assottigliato il dislivello sanzionatorio di due categorie di illeciti caratterizzati da un grado notevolmente diverso di offensività<sup>240</sup>:

---

proporzionalità, poiché l’ammontare definitivo di pena, risultante dall’aggravio soltanto fino a un terzo rispetto a quella “base”, sarebbe adeguato alla rilevanza accidentale che i fattori rimasti al rango di circostanza assumerebbero nell’economia della fattispecie

<sup>240</sup> Nella giurisprudenza costituzionale meno recente si riscontrava la tendenza ad identificare la proporzione con la ragionevolezza: Corte Cost., n. 50/1985, in *Giur. cost.* 1980, p. 352 ss., in cui si affermava che «l’uguaglianza di fronte alla pena viene a significare, in definitiva, “proporzione” della pena rispetto alle “personali” responsabilità ed alle esigenze di risposta che ne conseguono»; Corte Cost., n. 103/1982, in *Giust. Cost.* 1982, p. 1013 ss., in cui il Giudice delle Leggi sosteneva che «il principio di uguaglianza, quale specifica applicazione della regola generale sancita nell’art. 3 Cost., esige che la pena sia proporzionata al fatto». In tal senso, si veda anche F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, op. cit., p. 374, che sostiene che il giudizio di proporzione tra l’offesa al bene giuridico e l’entità della risposta sanzionatoria renda indispensabile l’utilizzo di un *tertium comparationis*: «In sostanza il giudizio di proporzione sulla misura della pena è un giudizio per forza di cose relativo e non già assoluto». Una critica a questa impostazione giunge da S. CORBETTA *La cornice edittale della pena*, op. cit., p. 153, che pur ribadendo la legittimità del richiamo all’art. 3 Cost. come fondamento normativo del principio di proporzione, ritiene che esso possa condurre a un’indebita commistione tra quello e il principio di eguaglianza: mentre quest’ultimo «attraverso l’impiego del *tertium comparationis*, controlla la razionalità della legge rispetto al suo scopo, il principio di proporzione, stabilendo una relazione tra mezzi e scopi, verifica invece la razionalità della norma rispetto ai valori». Sul punto, si veda A.M. MAUGERI, *I reati di sospetto dopo la pronuncia della Corte Costituzionale n. 370 del 1996: alcuni spunti di riflessione sul principio di ragionevolezza, di proporzione e di tassatività*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p. 482-483, che rileva una somiglianza tra i due tipi di giudizio fondata sul medesimo

basti pensare alla sostanziale parificazione relativa al minimo edittale della pena, che per il delitto di sperimentazione è di due anni di reclusione, mentre per i delitti produzione e di clonazione di embrioni per fini di ricerca ammonterebbe a due anni e un giorno<sup>241</sup>. Si profilerebbe, quindi, una violazione del principio di eguaglianza, sindacabile mediante un giudizio di ragionevolezza<sup>242</sup>: oggetto del giudizio sarebbero le fattispecie di produzione e di clonazione di embrioni per fini di ricerca; il delitto di sperimentazione sugli embrioni, invece, costituirebbe il *tertium comparationis*, sulla cui

---

procedimento valutativo «in quanto si tratta in ogni caso di accertare se il sacrificio di un diritto della persona imposto con la norma sia giustificato dal fine perseguito e conforme allo scopo; nel giudizio sulla ragionevolezza della discriminazione, il sacrificio imposto dal legislatore, di cui si dovrà valutare il fondamento e l'adeguatezza, è il sacrificio del diritto alla parità di trattamento». Successivamente, tuttavia, l'A. espone in modo convincente la corrispondenza univoca riscontrabile tra il giudizio di proporzione e quello di ragionevolezza in senso relativo: «in linea di massima, se la discriminazione su cui si impernia la norma è giustificata ed adeguata, il che in materia penale vuol dire che la discriminazione è giustificata dall'offensività della classificazione normativa, ne consegue che la norma è conforme al principio di proporzione; non si può invece affermare il contrario, e cioè che una norma proporzionata sia anche ragionevole *ex art. 3 Cost.*». Sulle connessioni tra principio di eguaglianza e principio di proporzione, si veda, inoltre, A. RAUTI, *Sui principi di progressività, proporzionalità e ragionevolezza*, in AA. VV., *La ragionevolezza nel diritto*, op. cit., p. 330 ss.

<sup>241</sup> Del dovere del giudice costituzionale di sindacare, mediante il giudizio di ragionevolezza, i «casi di ingiustificata parificazione sanzionatoria» parla S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena*, op. cit., p. 139; nonché V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, op. cit., p. 219, nota 26.

<sup>242</sup> Il giudizio di ragionevolezza in senso “relativo” si basa sulla verifica che il rapporto tra un dato fatto di reato e la pena per esso comminata sia proporzionato non in sé ma in base al confronto con la pena comminata per un reato analogo. Sul punto, e sulla distinzione tra ragionevolezza in senso relativo e ragionevolezza in senso assoluto – intesa, invece, come criterio di controllo contenutistico sulla fattispecie penale –, si veda A. CERRI, *L'eguaglianza della giurisprudenza nella Corte Costituzionale. Esame analitico e ipotesi ricostruttive*, Giuffrè, Milano 1976, p. 51 ss.; R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano 1988, p. 291; L. PALADIN, *Esiste un «principio di ragionevolezza» nella giurisprudenza della Corte Costituzionale?*, in AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Milano 1994, p. 163 ss.; ID., *Corte Costituzionale e principio generale d'eguaglianza*, in *Giur. cost.* 1984, p. 230 ss.; S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena*, op. cit., p. 137 ss.; A.M. MAUGERI, *I reati di sospetto*, op. cit., p. 456 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, op. cit., p. 218 ss.; 223.

base stimare l'irragionevolezza del trattamento sanzionatorio per quelle apprestato.

Chiaro è che si tratterebbe di un sindacato di ragionevolezza non meramente logico-formale, bensì fondato su una valutazione di merito sul rango dei beni protetti dalle fattispecie sottoesaminate<sup>243</sup>: il giudice costituzionale, cioè, dovrebbe rilevare che, in base alla priorità che l'interesse collettivo al rispetto della dignità umana ha rispetto alla vita dell'embrione, sarebbe ingiusto punire i delitti di produzione e di clonazione di embrioni per fini di ricerca con un

---

<sup>243</sup> In tal senso, si potrebbe prospettare un giudizio di ragionevolezza in senso assoluto, qualora si seguisse il pensiero di quegli Autori, secondo i quali non si potrebbe rilevare una violazione del principio di ragionevolezza in senso relativo qualora l'ingiustificata discriminazione o parificazione sanzionatoria venga ravvisata, dai giudici rimettenti, tra due fattispecie "eterogenee", poste a protezione di beni giuridici differenti. Sulla necessaria omogeneità che deve sussistere tra le fattispecie messe a confronto, si veda A. CERRI, *L'eguaglianza della giurisprudenza nella Corte Costituzionale*, op. cit., p. 107; L. PALADIN, *Corte Costituzionale e principio generale d'eguaglianza*, op. cit., p. 248; G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*; Giuffrè, Milano 1989, p. 329; D. MICHELETTI, *Una sentenza di «incostituzionalità sopravvenuta» per «inadeguatezza» della tutela in materia di reati di sospetto*, in *Giur. cost.* 1996, p. 3383, secondo cui, quando si fa riferimento a fattispecie "analoghe", si vuole intendere che il giudizio di ragionevolezza in senso relativo può avere ad oggetto «le pene previste dalle varie fattispecie aventi ad oggetto la tutela del medesimo bene giuridico in relazione alla gravità delle offese incriminate (dal pericolo al danno), e in ragione del maggiore o minore disvalore delle modalità di aggressione allo stesso bene giuridico ivi descritte dal legislatore». Sulla necessità che nel giudizio di ragionevolezza il modello logico-formale, ancorato all'avalutativo riferimento al *tertium comparationis*, venga integrato da una valutazione di merito sul rango dei beni penalmente protetti, anche in chiave costituzionale, si vedano D. SCHEFOLD, *Aspetti di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, in AA. VV., *Il principio di ragionevolezza*, op. cit., p. 123; M. ROSSETTI, *Controllo di ragionevolezza ed oggettività giuridica nei reati di insubordinazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1980, p. 207; S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena*, op. cit., p. 245; F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, op. cit., p. 378 ss.; G. INSOLERA, in B. GUAZZALOCA – G. INSOLERA – P. SFRAPPINI – A. TASSI, *Controllo di ragionevolezza e sistema penale*, in *Dei delitti e delle pene* 1998, n. 3, p. 40 ss.; A.M. MAUGERI, *I reati di sospetto*, op. cit., p. 459; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, op. cit., p. 224-225. In giurisprudenza, la prima pronuncia della Corte Costituzionale in cui viene rinvenuta una tale svolta nel giudizio di ragionevolezza, è la già citata sentenza n. 26/1979.

trattamento sanzionatorio sostanzialmente uguale a quello previsto per il delitto di sperimentazione<sup>244</sup>.

Sebbene nessuno dei due beni giuridici sia espressamente garantito a livello costituzionale, il bilanciamento e la valutazione complessiva degli interessi messi concretamente a confronto, non sarebbero, tuttavia, arbitrari. Come precedentemente rilevato, infatti, già a livello sopranazionale il bene della dignità umana rileva prioritariamente per la sua connotazione ontologica di presupposto di tutti i diritti fondamentali degli esseri umani. Nonostante l'assenza di un'adeguata disposizione costituzionale che abbia trasposto tale suprema rilevanza anche all'interno del nostro ordinamento, sembra che nell'ambito della specifica tematica qui esaminata sia, comunque, indiscutibile l'intento del legislatore di apprestare una tutela della dignità umana tendenzialmente più forte di quella concepita per l'embrione in sé. Va rilevato, in tal senso, che il Testo Unico presentato nel gennaio 1998<sup>245</sup> (TUP '98) stabiliva per i delitti a tutela della dignità umana una pena autonoma e superiore rispetto a quella inflitta per il delitto di sperimentazione: mentre per quest'ultimo l'art. 17, comma 5, prevedeva la reclusione fino a tre anni o in alternativa la multa da quattro a venti milioni, per i primi era invece comminata, al comma 6, la pena della reclusione da sei a dodici anni e la multa da quattro a venti milioni. Il valore prioritario della dignità umana all'interno della stessa legge n. 40/2004 può essere, d'altronde, desunto dal trattamento punitivo comminato per il delitto di clonazione di esseri umani adulti, *ex art.* 12, comma 7: posto anch'esso a tutela della dignità umana – qui intesa come diritto collettivo all'unicità e irripetibilità del patrimonio genetico umano –, è punito con la sanzione della reclusione da dieci a venti anni e della multa da 600.000 a un milione di euro. Sebbene indicativa dell'alto valore che il legislatore ha assegnato al bene giuridico *de quo*, va,

---

<sup>244</sup> Del giudizio di ragionevolezza come controllo della giustizia delle leggi parlano L. PALADIN, *Esiste un «principio di ragionevolezza» nella giurisprudenza della costituzionale?*, op. cit., p. 163; S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena*, op. cit., p. 145.

<sup>245</sup> Testo Unificato n. 414/A delle proposte di legge nn. 414, 616, 816, 817, 958, 991, 1109, 1140, 1304, 1365, 1560, 1780, 2787, 3323, 3333, 3334, 3338 presentato, nel corso della XIII legislatura, il 27 gennaio 1998, e licenziato dalla Commissione Affari Sociali l'8 luglio 1998, relatrice Bolognesi, pubblicato in G. BALDINI, *Tecnologie riproduttive e problemi giuridici*, UTET, Torino 1999, pp. 27 ss.

tuttavia, sottolineato come la pena prevista per la fattispecie di clonazione umana sarebbe sproporzionata in eccesso e quindi meriterebbe, a sua volta, di essere sottoposta al giudizio della Corte Costituzionale<sup>246</sup>.

Sempre con riferimento al valore prioritario della dignità umana, si pensi poi, in una prospettiva comparatistica, che l'ordinamento spagnolo ha percepito a tal punto la differenza di disvalore tra la sperimentazione sugli embrioni e la fecondazione di ovuli umani per finalità extraprocreative, da prevedere la prima come infrazione amministrativa, e la seconda come delitto<sup>247</sup>.

In conclusione, un adeguamento del trattamento punitivo previsto per i delitti contro la dignità umana, in conformità ai principi della proporzione e della ragionevolezza, sarà funzionale a ristabilire

---

<sup>246</sup> Cfr. S. CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, in *Dir. Pen. e proc.* 2004, p. 422, secondo cui «Le perplessità sono relative al trattamento punitivo, in quanto le sanzioni sono di irragionevole asprezza e non proporzionate: si pensi, ad esempio, al fatto che le pene previste per la clonazione sono assai più severe di quelle riservate all'ibridazione e al chimeraggio». Si veda, inoltre, L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, op. cit., p. 49, la quale riscontra nella fattispecie *de qua* la sproporzione dell'intervento punitivo «tanto in rapporto al trattamento sanzionatorio quanto talora in relazione all'*an* dell'opzione punitiva». Infatti, vietando i processi volti a creare un individuo geneticamente identico a un altro essere umano, la fattispecie vuole sostanzialmente evitare il pericolo che venga attuato un processo di clonazione che, se portato a termine, metterebbe in pericolo la dignità umana, intesa come diritto all'unicità e irripetibilità del patrimonio cromosomico umano. Incriminando persino i «processi volti» a clonare un essere umano adulto, il legislatore opera una doppia anticipazione della tutela del bene protetto idonea a configurare il delitto come di pericolo indiretto, per la cui categoria la dottrina ha evidenziato dubbi di compatibilità con il principio di proporzione, oltre che di offensività. Sul tema, cfr. G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, Giappichelli, Torino 2004, p. 150, secondo cui «il rango (preminente) del bene non può certo promuovere una compensazione con il grado (subalterno) dell'offesa in sede di distinta e successiva verifica della proporzione dell'intervento sanzionatorio penale»; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, Torino 2005, p. 303. L'A. sostiene che, con riguardo ai reati di pericolo indiretto, si potrebbero sollevare questioni di illegittimità costituzionale già sul piano del principio di offensività, anche qualora la doppia anticipazione di tutela riguardi un bene finale di tipo «primario», quale sarebbe la dignità umana. In senso contrario, si veda F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, Milano 1983, p. 184, che, invece, per i reati di pericolo indiretto volti a tutelare beni di rango primario, analizza esclusivamente il profilo del rispetto del principio di proporzionalità.

<sup>247</sup> Sul punto, si veda approfonditamente *infra*, § 10.

un equilibrio sanzionatorio nell'ambito di quelle fattispecie che, pur tutelando beni giuridici di grande rilevanza, non sono state oggetto di attenta considerazione legislativa.

Questa operazione rivalutativa – fondata su esigenze di coerenza sistematica – sarà utile a evidenziare il reale ponte di disvalore che corre tra creazione di embrioni a fini di ricerca e sperimentazione su embrioni soprannumerari; condotte che, pur essendo sanzionate in modo simile, sono sostanzialmente dotate di nuclei di illiceità affatto omogenei tra loro. Ristabilire la proporzione delle pene comminate per questo complesso delittuoso, quindi, significherà rendere riconoscibili gli interessi tutelati, così da orientare i consociati nella distinzione tra ricerca scientifica legittima (*rectius*, degna di legittimazione) – quale è quella avente ad oggetto le cellule staminali degli embrioni soprannumerari abbandonati a un destino di morte certa – e ricerca illegittima *a priori*, in quanto offensiva della dignità umana.

#### **10. Profili comparatistici con l'ordinamento spagnolo: la tutela della dignità umana nell'ambito dei delitti relativi alle manipolazioni genetiche.**

Anche nell'ordinamento spagnolo la dignità umana rappresenta un valore giuridico fondamentale, che rappresenta il presupposto di tutti i diritti fondamentali<sup>248</sup>; e anche qui, essa può assumere una doppia valenza, individuale o collettiva, a seconda che afferisca direttamente a un individuo che ne è titolare o all'intero tessuto sociale.

Come infatti vedremo, la collocazione sistematica e il trattamento sanzionatorio del delitto di fecondazione di ovociti per finalità extraprocreative – che è il corrispondente dei nostri delitti di creazione e di clonazione di embrioni per fini di ricerca – evidenziano il particolare disvalore della fattispecie e la designano

---

<sup>248</sup> In tal senso, si veda Trib. Const. Esp., 17 giugno 1999, n. 116, in [www.aeds.org](http://www.aeds.org); Trib. Const. Esp., 11 aprile 1985, n. 53, in [www.bioeticaweb.com](http://www.bioeticaweb.com)., in cui si afferma che la dignità della persona rappresenta «germen o núcleo de unos derechos que le son inherentes». In dottrina, cfr. C.M. ROMEO CASABONA, *I reati relativi alle manipolazioni genetiche*, op. cit., p. 206.

come l'illecito più grave, insieme al delitto di clonazione umana, in materia di procreazione medicalmente assistita.

Mentre la sperimentazione sugli embrioni umani è configurata come mera infrazione amministrativa all'art. 15 della *Ley 14/2006*<sup>249</sup>, sanzionata con la multa da 10.001 a un milione di euro, la fecondazione di ovuli umani con qualsiasi fine diverso da quello procreativo è, invece, un delitto, punito ai sensi dell'art. 160, comma 2, del codice penale spagnolo, con la reclusione da uno a cinque anni e l'inabilitazione speciale dall'impiego pubblico o dalla professione da sei a dieci anni. Quest'ultima fattispecie risulta caratterizzata da un particolare disvalore penale, potendosi ravvisare nella condotta *ivi* incriminata quella strumentalizzazione della specie, che è alla base della messa in pericolo della dignità umana.

La stessa pena del delitto di cui all'art. 160, comma 2, è prevista per la fattispecie di clonazione di esseri umani, vietata ai sensi del terzo comma della stessa disposizione. Parte della dottrina ritiene che quest'ultimo divieto si riferisca alla sola clonazione riproduttiva per fini di selezione razziale: la clonazione per scopi terapeutici dovrebbe essere ricondotta, invece, al divieto di fecondazione di ovuli per fini extraprocreativi<sup>250</sup>.

Va evidenziato che una corrente di pensiero non ha riconosciuto nella fattispecie *ex art.* 160, comma 2, lo scopo di tutelare la dignità umana, individuando, invece, la vita dell'embrione come bene giuridico tutelato<sup>251</sup>. Taluno, infatti, pur riconoscendo l'esistenza di beni attinenti al genoma umano, non li ha ricompresi sotto l'etichetta di "dignità umana" e, soprattutto, non ha riconosciuto quella

---

<sup>249</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, in <http://www.pcb.ub.es>

<sup>250</sup> Così C.M. ROMEO CASABONA, *I reati relativi alle manipolazioni genetiche*, op. cit., p. 217; ID., *La clonación humana: presupuestos para una intervención jurídico-penal*, in AA. VV., *Genética y Derecho Penal*, a cura di C.M. Romeo Casabona, Comares, Bilbao-Granada 2002, p. 164; in tal senso anche J.R. LACADENA CALERO, *Embriones humanos y cultivos de tejidos: reflexiones científicas, ética y jurídicas*, in *Rev. de der. y gen. hum.* 2000, p. 191 ss., che sostiene «la equivalencia de los embriones somáticos y los embriones gaméticos». In senso difforme, si veda A. URRUELA MORA, *La clonación humana ante la reforma penal y administrativa en España*, in *Rev. pen.* 2008, p. 183.

<sup>251</sup> Così C.M. ROMEO CASABONA, *I reati relativi alle manipolazioni genetiche*, op. cit., p. 218; P.L. COPELLO, *Clonación no reproductiva y protección jurídica del embrión: respuestas desde el ordenamiento punitivo*, in *Rev. Pen.* 2004, p. 136.

particolare accezione del bene, l'autocomprensione etica del genere umano<sup>252</sup>, che starebbe alla base di ogni divieto di preordinata strumentalizzazione di embrioni umani. Altri, invece, hanno ricondotto la dignità, intesa come diritto all'autodeterminazione, a una titolarità esclusivamente individuale, per cui l'embrione creato a fini di ricerca, non essendo destinato a evolversi in persona, non potrebbe essere mai diventare titolare del suddetto diritto<sup>253</sup>.

Il fatto, però, che sia il delitto di clonazione riproduttiva – in cui il bene protetto è stato pacificamente identificato nella dignità umana<sup>254</sup> intesa come diritto della specie umana all'unicità e irripetibilità del proprio genoma –, sia il delitto di fecondazione di

---

<sup>252</sup> Cfr. C.M. ROMEO CASABONA, *I reati relativi alle manipolazioni genetiche*, op. cit., p. 208, che ha individuato quattro profili contenutistici della dignità umana, in senso collettivo, in cui, comunque, non rientrerebbe l'autocomprensione del genere umano nel senso concepito da Habermas: «1) l'inalterabilità e l'intangibilità del patrimonio genetico non patologico dell'essere umano, per garantire l'integrità e la diversità della specie umana; 2) l'identità e irripetibilità caratteristica di ciascun essere umano, quale condizione dell'individualità e della condizione di diversità di ciascuno da tutti gli altri; 3) la dotazione genetica doppia, delle linee genetiche maschili e femminili; 4) la sopravvivenza stessa del genere umano».

<sup>253</sup> Cfr. P.L. COPELLO, *Clonación no reproductiva y protección jurídica del embrión*, ult. loc. cit., secondo cui «si se tiene en cuenta que se está hablando de un proceso de transferencia nuclear destinado a desarrollar un grupo de células para interrumpir su desarrollo a los pocos días y extraer de allí las necesarias células madre, mal podrá alegarse que con este procedimiento se está poniendo en peligro la libertad o el derecho a la irrepitibilidad del ser clónico, pues de antemano queda absolutamente descartada la posibilidad de que el embrión clonado llegue a evolucionar hasta el punto de convertirse en persona y sufrir esas consecuencias adversas propias de la clonación reproductiva». Secondo l'A. solo nel divieto di clonazione riproduttiva si potrebbe avere la tutela del bene giuridico della dignità individuale dell'embrione, in quanto esso, una volta sviluppatosi in persona, sarà privo di quell'unità genetica che starebbe alla base del diritto all'autodeterminazione dell'essere umano.

<sup>254</sup> Cfr. J.F. HIGUERA GUIMERA, *El derecho penal y la genética*, Madrid 1995, p. 247. In una prospettiva transnazionale, basti guardare il testo del Protocollo aggiuntivo sul divieto di clonazione di esseri umani (Protocollo aggiuntivo alla Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e la dignità dell'essere umano nei confronti delle applicazioni della biologia e della medicina sul divieto di clonazione di esseri umani, 12 gennaio 1998, cit.) – peraltro firmato e ratificato anche dalla Spagna –, in cui si afferma che «la strumentalizzazione dell'essere umano con la creazione intenzionale di esseri umani geneticamente identici è contraria alla dignità dell'uomo e costituisce un uso improprio della biologia e della medicina».

ovuli per fini extraprocreativi siano previsti nel medesimo articolo, e che per entrambi il legislatore abbia comminato lo stesso trattamento sanzionatorio, lascia intendere che il bene giuridico protetto sia omogeneo in ambedue le ipotesi e che abbia una valenza superindividuale.

D'altronde, anche con riguardo al delitto di "manipolazione di geni umani", previsto all'art. 159 del codice penale spagnolo nell'ambito del medesimo Titolo – "Delitti relativi alle manipolazioni genetiche" – in cui sono ricomprese le fattispecie di cui all'art. 160, è stato riconosciuto che l'interesse protetto assuma una doppia configurazione: «una individuale, concernente l'integrità genetica dell'embrione prima del suo impianto in utero [...]; l'altra collettiva, concernente l'inalterabilità e intangibilità del patrimonio della specie umana»<sup>255</sup>. Ne deriva che nulla osta a che la medesima dimensione collettiva del bene "dignità umana" possa essere riconosciuta anche nell'ambito del delitto di fecondazione di embrioni per fini extraprocreativi.

In tal senso, giova richiamare una pronuncia del Tribunale costituzionale spagnolo risalente a un decennio addietro, che concorre a chiarire la reale portata del bene giuridico della "dignità" nell'ambito della tematica qui trattata<sup>256</sup>. Era stata sollevata, infatti, un'eccezione di illegittimità costituzionale contro gli artt. 4, 11 e 5 dell'allora vigente *Ley 35/88*<sup>257</sup>: il primo stabiliva la possibilità di trasferire in utero il numero di preembrioni considerato scientificamente come più adeguato per assicurare il successo della gravidanza; il secondo regolamentava la crioconservazione dei gameti e dei preembrioni soprannumerari, sancendo che, trascorsi cinque anni dal loro congelamento, essi sarebbero rimasti a disposizione delle biobanche ove erano conservati; il terzo disciplinava la possibilità di procedere alla donazione degli stessi. Tali norme, secondo il ricorrente, costituivano violazione della

---

<sup>255</sup> Cfr. C.M. ROMEO CASABONA, *I reati relativi alle manipolazioni genetiche*, op. cit., p. 217, che, a proposito dell'aggressione al bene giuridico dell'identità e dell'irripetibilità del genoma umano, nell'ambito del delitto di clonazione riproduttiva, rileva che tale bene – che costituisce un aspetto della dignità umana – è di carattere collettivo, ma presenta anche una proiezione individuale, qualora il soggetto clonato venga poi a nascere

<sup>256</sup> Trib. Const. Esp., 17 giugno 1999, n. 116, cit.

<sup>257</sup> *Ley 35/1988*, de 22 noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, in <http://noticias.juridicas.com>

dignità umana, in quanto impedivano il diritto di sviluppo del prodotto del concepimento e lo riducevano al rango di una mera cosa. La Corte rigettò l'eccezione, affermando, anzitutto, che fosse conforme alla tutela del diritto alla procreazione consentire di produrre tutti quegli embrioni che fossero necessari per attuare una gravidanza; in secondo luogo, che né la crioconservazione né la donazione fossero lesive della dignità umana, rappresentando gli unici rimedi per salvaguardare i preembrioni già esistenti e al momento non utilizzabili, senza per questo ridurli a beni commercializzabili.

Il fatto che i Giudici costituzionali abbiano rilevato che la donazione di gameti e di preembrioni non comporta una patrimonializzazione degli stessi e che questa, invece, contrasterebbe con il bene della dignità della persona, costituzionalmente garantito all'art. 10.1., implica senz'altro la conseguenza che i gameti e i preembrioni soprannumerari – pur non avendo lo *status* giuridico di “persona”<sup>258</sup>, e pur non costituendo la loro vita un bene giuridico<sup>259</sup> – partecipino alla dignità umana<sup>260</sup>: il loro sfruttamento per scopi

---

<sup>258</sup> Tale affermazione è scontata per quanto riguarda il gamete, che è soltanto una cellula sessuale, una parte del corpo dell'individuo. Tuttavia, lo *status* di persona non spetterebbe neanche al preembrione né, più in generale, sarebbe ravvisabile nel concepito in qualunque fase della vita prenatale. Difatti, a differenza del nato, il nascituro non può esercitare alcun diritto, neanche quello alla vita: cfr. Trib. Const. Esp., 11 aprile 1985, n. 53, cit. Critica questa pronuncia, in quanto non tutela a sufficienza la vita del feto, F. FERNÁNDEZ SEGADO, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, p. 212.

<sup>259</sup> Cfr. Trib. Const. Esp., 19 dicembre 1996, n. 212, in [www.bioeticaweb.com](http://www.bioeticaweb.com): la Corte, nel definire l'embrione umano *non vitale* come quello “incapace di svilupparsi per dar luogo a un essere umano”, aveva rilevato come la non vitalità costituisse frustrazione di quella condizione che fa di un embrione un bene meritevole di tutela. Anche il preembrione soprannumerario, dunque, non essendo destinato al trasferimento in utero, risulta incapace – in senso funzionale – di svilupparsi biologicamente: la sua vita, in tal senso, non costituirebbe un bene giuridico. Per una concezione funzionale della vita embrionale, volta a considerare come “non vitali” persino quei preembrioni soprannumerari i quali, una volta rifiutati dalla coppia biologica, non avrebbero prospettive di essere trasferiti nell'utero materno, si veda C. ROMEO CASABONA, *La investigación y la terapia con células madre embrionarias: hacia un marco jurídico europeo*, in *La Ley* 2002, n. 5467, p. 3

<sup>260</sup> In tal senso, I. TRUJILLO, *La rilevanza dell'embrione umano nell'esperienza giuridica e filosofica*, in *Ann. Sem. giur.* 2006, p. 510

economici, cioè, configurerebbe quell'autostrumentalizzazione del genere umano di cui parlava Habermas<sup>261</sup>.

Possiamo dunque concludere che, nell'ambito dei delitti di fecondazione di ovuli per finalità extraprocreative e di clonazione umana, la dignità umana può essere configurabile come bene a titolarità collettiva, suscettibile di giustificare la gravità dell'opzione punitiva attuata dal legislatore spagnolo.

### **11. Conseguenze sul piano applicativo e prospettive di riforma.**

Sarebbe auspicabile, alla luce dei precedenti rilievi, una revisione del complesso delittuoso qui esaminato che conduca all'emancipazione formale delle fattispecie di produzione e di clonazione di embrioni a fini di ricerca dal delitto di sperimentazione.

Ciò dovrebbe comportare, anzitutto, una ricollocazione sistematica di esse, così da assegnare un'autonoma posizione di rilievo alle fattispecie poste a tutela della dignità umana, in funzione di corretto orientamento culturale della società al riconoscimento e al rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento. E' possibile prospettare, in tal senso, la creazione di un capo autonomo nell'ambito della stessa legge n. 40/2004 o all'interno del codice penale, così come era stato previsto in seno al Progetto Pagliaro del 1992<sup>262</sup>, e così come è avvenuto nel sistema penale spagnolo, che ha codificato le fattispecie predette sotto il Titolo "Delitti relativi alle manipolazioni genetiche".

Inoltre, la deflagrazione dell'attuale veste circostanziata dei delitti previsti al terzo comma dell'art. 13 escluderebbe le indebite deroghe al principio di bilanciamento, già evidenziate, e impedirebbe che i fatti *ivi* incriminati debbano essere sanzionati con una pena aggravata entro i limiti di un terzo rispetto a quella prevista per il reato "base", in conformità a quanto previsto per le aggravanti a efficacia comune. Ne conseguirebbe un inasprimento punitivo conforme al principio di proporzione, soprattutto con riguardo al

---

<sup>261</sup> J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana*, op. cit., p. 72.

<sup>262</sup> Cfr. L. RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione*, op. cit., p. 685, che ha rilevato l'opportunità di una codificazione delle fattispecie delittuose qui trattate, «stante la rilevanza del bene giuridico tutelato e la sua parziale autonomia rispetto alla materia della procreazione medicalmente assistita».

minimo edittale, al momento pressoché coincidente con quello previsto per il delitto di sperimentazione.

L'attuale assetto formale del complesso delittuoso in esame, inoltre, è passibile di sollevare delle questioni circa la possibilità di configurare un concorso tra le fattispecie di produzione e di clonazione di embrioni umani, e il delitto di sperimentazione sui medesimi o, piuttosto, un conflitto apparente di norme<sup>263</sup>.

Qualora sui ravvisasse quest'ultimo fenomeno, si dovrebbe applicare la sola fattispecie *ex art. 13, comma 3, lett. a), o lett. c)* – in quanto punita più gravemente – a colui che, dopo aver prodotto embrioni, o concorso nella loro produzione, poi vi sperimenti. Per verificare la possibilità di procedere in tal senso, occorrerà preventivamente stabilire il tipo di relazione sussistente tra le norme implicate. Esclusa l'esistenza di un rapporto di specialità tra la fattispecie di produzione o di clonazione di embrioni per fini di ricerca e la fattispecie di sperimentazione sugli embrioni umani, data l'assoluta eterogeneità delle rispettive strutture delittuose<sup>264</sup>, non resterà che valutare se vi sia un rapporto di valore tra le due, tale da escludere la configurabilità di un concorso di reati, in base al principio di assorbimento. Tale rapporto – che presuppone che al compimento di un fatto di reato si accompagni, in base all'*id quod plerumque accidit*, l'esecuzione di un'altra azione criminosa<sup>265</sup> – si fonda sulla *ratio* che tra le relative norme incriminatrici debba ravvisarsi, se non addirittura l'identità del bene giuridico tutelato, quantomeno l'affinità degli scopi perseguiti dalle relative norme

---

<sup>263</sup> Tra un delitto base e la corrispondente fattispecie circostanziata, infatti, non sarebbe configurabile un concorso di reati. Cfr. A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, op. cit., p. 521, nota 62, secondo cui «laddove il singolo elemento considerato risulti configurato quale mera circostanza aggravante e/o attenuante, gli effetti connessi alla sua concreta integrazione verrebbero a porsi del tutto al di fuori delle regole sul concorso di reati, determinando la semplice applicazione delle disposizioni sul reato circostanziato ed il ricorso ai conseguenti criteri di calcolo delle singole variazioni modificative della pena».

<sup>264</sup> Si veda *supra*, §§ 6. e 7.

<sup>265</sup> Così G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, op. cit., p. 686. Sul punto, si veda M. PAGLIARO, *Concorso di norme*, in *Enc. del dir.*, VIII, Giuffrè, Milano 1961, p. 552, che giudica i criteri dell'*id quod plerumque accidit* e del prolungarsi della fattispecie criminosa come inidonei a fondare il rapporto di valore tra norme, in quanto «l'assorbimento può verificarsi anche in ipotesi che a quei criteri non possono essere riportate»

incriminatrici<sup>266</sup>: le diverse azioni, sebbene non contrassegnate dall'identità naturalistica, dovrebbero quindi essere espressive di un disvalore penale omogeneo. Se, in presenza di tale situazione, si applicassero in concorso entrambe le fattispecie, «la tutela sarebbe duplice e l'ammontare complessivo della sanzione non rispondente a quei principi generali di proporzione tra il fatto illecito e la pena»<sup>267</sup>.

Alla luce di quanto affermato, si può dubitare che le fattispecie in esame possano essere considerate portatrici del medesimo nucleo di illiceità: oltre all'oggettiva diversità del bene giuridico tutelato nelle due ipotesi, infatti, siamo in presenza di scopi di tutela del tutto disomogenei, poiché nei delitti di produzione e di clonazione di embrioni a fini di ricerca siamo di fronte a un interesse collettivo (la dignità umana), mentre nel delitto di sperimentazione si tutela un bene individuale (la vita dell'embrione). Risulterebbe dunque irragionevole assorbire nelle fattispecie *ex* comma 3 lett. a) o c), il delitto di sperimentazione *ex* comma 1, poiché lo scopo di proteggere la vita dell'embrione risulterebbe del tutto vanificato in funzione della tutela del bene collettivo della dignità umana: verrebbe, in tal senso, apprestato il medesimo trattamento sanzionatorio sia a colui che si sia limitato a produrre embrioni per fini di sperimentazione sia a colui che, dopo aver creato embrioni a tal fine, proceda successivamente a sperimentarvi, con conseguenziale violazione del principio di proporzione e delle esigenze di prevenzione generale e speciale.

Escluso che si possa riscontrare un conflitto apparente di norme, si tratta a questo punto di analizzare con quali concrete modalità le analizzate ipotesi delittuose possano intersecarsi tra loro, quale tipologia di concorso di reati possa applicarsi e quale trattamento punitivo vada comminato.

Chi produce o clona embrioni per fini sperimentali, e successivamente sperimenta su di essi, potrebbe essere punito in base al concorso tra l'art. 13, comma 1 e l'art. 13, comma 3, lett. a) o, alternativamente, c): trattandosi di continuazione di reati – in cui il medesimo disegno criminoso è evidenziato dai fini di ricerca o sperimentazione perseguiti all'atto della produzione, e poi

---

<sup>266</sup> Cfr. M. PAGLIARO, *Concorso di norme*, op. cit., p. 551, che esclude che il rapporto di omogeneità si risolva nell'identità del bene giuridico tutelato dalle fattispecie.

<sup>267</sup> *Ibidem*.

successivamente realizzati –, la pena sarebbe quella della violazione più grave aumentata fino al triplo.

Alle stesse conseguenze punitive soggiacerebbe colui che, avendo commissionato, e quindi istigato, la produzione o la clonazione di embrioni da parte un altro scienziato, successivamente sperimenti su quelli. Egli, sempre che si riesca a provare il suo contributo causale alla realizzazione del fatto, sarebbe concorrente morale nel reato commesso dal terzo<sup>268</sup>, e autore del delitto di sperimentazione. Il soggetto che, invece, venuto a conoscenza successivamente della produzione o clonazione di embrioni per fini extraprocreativi, vi sperimenti, sarà punito soltanto in base all'art. 13, comma 1, mancando ovviamente il nesso causale con l'attività di produzione.

Sarà ipotizzabile il concorso tra il delitto di sperimentazione e quello di commercializzazione di embrioni *ex art.* 12, comma 6, qualora si riesca a provare l'esistenza di una "compravendita" tra il produttore dell'embrione e lo scienziato che, intervenuto successivamente, versi un corrispettivo economico al primo in cambio della cessione dell'embrione.

Sarà, invece, responsabile del solo delitto *ex art.* 13, comma 1, della legge n. 40/2004 il ricercatore che, a seguito della produzione o della clonazione di un embrione, lo riceva a titolo gratuito e vi sperimenti, non essendo ravvisabile, in tal caso, il mercimonio necessario a integrare il «commercio» di embrioni.

Né sarà ipotizzabile, in questo caso, un concorso materiale tra la fattispecie di sperimentazione e quella di ricettazione, che punisce anche chi riceva a titolo meramente gratuito cose provenienti da qualsiasi delitto, al fine di procurare a sé o ad altri un profitto. Rappresentano, tuttavia, degli ostacoli all'applicazione della fattispecie sia l'impossibilità di ridurre l'embrione a una mera "cosa" proveniente da un precedente delitto sia la difficoltà di configurare lo scopo di trarre profitto nella finalità di ricerca scientifica<sup>269</sup>.

---

<sup>268</sup> Sui limiti intrinseci della causalità psichica, si veda L. RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Giappichelli, Torino 2007, p. 20 ss.; 26-27.

<sup>269</sup> Sul punto, si veda E. DOLCINI, *Ricerca su cellule staminali embrionali importate dall'estero e legge penale italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2006, p. 456. L'A., trattando specificamente del problema della configurabilità del delitto di ricettazione a carico del ricercatore italiano che importi cellule staminali prodotte

Si può, dunque, concludere che la normativa n. 40/2004 ha introdotto un sistema improprio di aggravanti, trattandosi in realtà di fattispecie autonome di reato, meritevoli di essere presidiate da un apparato sanzionatorio autonomo rispetto a quello previsto per il delitto di sperimentazione sugli embrioni umani. Se il legislatore avesse voluto realmente apprestare un trattamento sanzionatorio aggravato nei confronti di chi, consapevolmente o per ignoranza dovuta a colpa, intervenga in una fase successiva alla condotta illecita di produzione di embrioni, avrebbe dovuto formulare una disposizione *ad hoc* che prevedesse un aumento di pena per colui che sperimenta su embrioni prodotti specificamente per tale scopo. L'attuale sistema di imputazione soggettiva delle aggravanti avrebbe garantito la compatibilità col principio di colpevolezza di una circostanza il cui disvalore si sarebbe del tutto accentrato sulla relazione psicologica esistente tra l'autore del reato secondario e la provenienza illecita dell'oggetto materiale del delitto.

Sarebbe stato, comunque, criticabile un tale intervento legislativo, poiché colui che intervenga per sperimentare in un momento successivo alla produzione di embrioni per fini di ricerca – senza avere partecipato in alcun modo a tale delitto presupposto – non appare meritevole, nonostante la conoscenza o la conoscibilità della loro provenienza, di un aggravamento punitivo: questo sarebbe diretto unicamente a stigmatizzare la figura dello scienziato, nell'ambito di una deprecabile funzione “moralizzatrice” del diritto penale<sup>270</sup>.

---

all'estero, ritiene che sia sconsigliabile una dilatazione della nozione di “profitto” atta a ricomprendere persino il fine di sperimentazione o di ricerca.

<sup>270</sup> Cfr. E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed “effetti penali” dei media)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2006, p. 537, 538; l'A., addebitando ai *mass media* la costruzione di “classi pericolose” di soggetti, sostiene che «L'ombra del rischio viene proiettata all'esterno e si addensa – con effetti di rassicurazione simbolica – attorno al capro espiatorio, ben individuato e individuabile, proprio grazie allo stigma inflitto dal diritto penale del nemico».

### CAPITOLO III

#### LE ESIGENZE DI ARMONIZZAZIONE IN AMBITO EUROPEO E IL FENOMENO DEL COMMERCIO DI CELLULE STAMINALI EMBRIONALI UMANE.

**SOMMARIO: 1. Le difficoltà di armonizzazione europea nel campo della disciplina della ricerca sulle cellule staminali embrionali. – 2. I diversi modelli legislativi riscontrabili a livello europeo. – 3. Il limitato ruolo delle istituzioni europee in materia. – 4. Opzioni ermeneutiche volte all’incriminazione della compravendita di cellule staminali embrionali: il delitto di commercializzazione di embrioni e di gameti umani. – 5. (segue): il delitto di ricettazione. – 6. Stato dell’arte e prospettive *de lege ferenda* – 7. Riflessioni sul principio di laicità: i rapporti tra diritto e morale.**

#### ***1. Le difficoltà di armonizzazione europea nel campo della disciplina della ricerca sulle cellule staminali embrionali.***

Come la Commissione europea ha affermato di recente, non è possibile riscontrare un consenso unanime negli ordinamenti europei circa i limiti legali a cui dovrebbe essere sottoposta la ricerca sulle cellule staminali embrionali; né tantomeno sullo statuto giuridico e sulla protezione che dovrebbero essere attribuiti all’embrione<sup>271</sup>. Ciò ha comportato una larga varietà di scelte punitive ispirate a valori culturali eterogenei, rispetto ai quali non si intravede la possibilità di poter realizzare l’armonizzazione dei sistemi penali europei in materia. Il settore eticamente orientato – che è quello a cui appartiene la materia della sperimentazione sugli embrioni e della conseguente ricerca scientifica sulle cellule staminali embrionali – presenta infatti una configurazione peculiare rispetto a quelle aree tematiche afferenti a beni giuridici universalmente condivisi. La regolamentazione giuridico-penale di una materia innervata da forti connotazioni ideologico-culturali, quale è la bioetica, ricava la sua efficacia dall’ottemperanza dei consociati, ottenibile mediante la «promozione di adeguati equilibri di principio tra prescrizioni legali, contenuti etici e deontologici maggiormente condivisi da una collettività che, vincolata alla legge, sappia interiorizzare il

---

<sup>271</sup> Commissione europea, Rapporto sulla ricerca sulle cellule staminali embrionali, Bruxelles, 3 aprile 2003, par. 3

precetto»<sup>272</sup>. In tal senso, l'utilizzo dello strumento penale finalizzato all'imposizione di una concezione etica non condivisa dalla società, rischia di creare conflitti sociali e di delegittimare il sistema giuridico, la cui efficacia è basata sul consenso dei cittadini<sup>273</sup>.

Quanto rilevato risulta a maggior ragione vero in un profilo più ampio di quello nazionale, quale è quello dell'Unione Europea, in cui è stato sempre possibile rinvenire sia una disomogeneità culturale dei singoli ordinamenti nazionali, sia una certa resistenza, da parte degli Stati, a ridurre i propri spazi di autonomia normativa. A riprova di ciò, basti guardare a una direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio d'Europa, in cui viene espressamente negata ogni intenzione di influire sulle scelte normative degli Stati membri riguardo all'utilizzo di cellule staminali embrionali e alla definizione di "persona" e "individuo"<sup>274</sup>.

La definizione degli spazi di tutela da riservare a beni quali la vita dell'embrione, dunque, resterà di competenza tendenzialmente interna. Si pensi, a tal riguardo, che una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo risalente a pochi anni fa ha stabilito, in relazione a un ricorso *ex art. 2 CEDU*, che ciascun paese ha un certo

---

<sup>272</sup> A. SESSA, *Dalla bioetica al biodiritto: irrazionalità e simbolismo negli esiti di una legislazione emergenziale in materia di procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 892.

<sup>273</sup> Cfr. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 449; nonché E. MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 81: secondo l'A. «Se la stragrande maggioranza dei cittadini non avverte la legge come giusta e se i singoli consociati non si riconoscono nelle scelte legislative, l'intero sistema viene progressivamente – ma inevitabilmente – a indebolirsi».

<sup>274</sup> Parlamento europeo – Consiglio d'Europa, Direttiva 2004/23/CE sulla definizione di norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani, 31 marzo 2004, in cui si afferma che «La presente direttiva non dovrebbe interferire con le decisioni degli Stati membri relativamente all'uso o non uso di particolari tipi di cellule umane, comprese le cellule germinali e le cellule staminali dell'embrione. Se però uno Stato membro autorizza un uso particolare di tali cellule, la presente direttiva disporrà l'applicazione di tutte le disposizioni necessarie alla tutela della sanità pubblica, in considerazione dei rischi specifici di tali cellule in base alle conoscenze scientifiche e alla loro natura particolare, e garantirà il rispetto dei diritti fondamentali. Inoltre, la presente direttiva non dovrebbe interferire con le disposizioni degli Stati membri che definiscono il termine giuridico di "persona" o "individuo"».

marginale di discrezionalità nello stabilire il confine oltre il quale inizia la tutela giuridica della vita umana<sup>275</sup>.

### **2. I diversi modelli legislativi riscontrabili a livello europeo.**

L'eterogeneità ideologica e normativa ravvisabile nell'ambito europeo comporta una destabilizzazione dell'effettività della norma penale, che si palesa nel momento in cui la presenza di differenti livelli di regolazione penale del fenomeno a livello internazionale, incoraggia la "migrazione" dei ricercatori verso Paesi in cui compiere le attività di ricerca vietate nel proprio ordinamento nazionale.

Tale fenomeno, frutto della caduta delle barriere all'interno dei Paesi membri dell'Unione Europea, comporta uno scolorimento della funzione general-preventiva della norma penale<sup>276</sup>. Da una parte, essa perderà la funzione di orientamento culturale dei cittadini, i quali saranno portati ad avvertire con maggiore insofferenza i rigidi dettami della normativa interna; dall'altra, la stessa norma nazionale rischierà di essere sistematicamente aggirata nell'ambito della ricerca di spazi legislativi europei più permissivi.

E' possibile riscontrare cinque diversi modelli di regolamentazione della ricerca scientifica sulle cellule staminali embrionali all'interno dell'Unione Europea:

---

<sup>275</sup> Corte europea dei Diritti dell'uomo, Sez. IV, 7 marzo 2006, «Evans C. Regno Unito», in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it). Nello specifico, la Corte ha ritenuto legittima la legge britannica escludendo che la tutela della vita, ex 2 CEDU, possa essere estesa anche all'embrione.

<sup>276</sup> Si veda approfonditamente sull'argomento A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, Giappichelli, Torino 2006, p. 21 ss. L'A., a proposito della crisi della funzione intimidatrice del diritto penale conseguente alla caduta delle frontiere interstatali nell'UE, rileva che nei fatti "a carattere prevalentemente seriale" la funzione punitiva deterrente non subirà gravi scossoni, in quanto il cittadino – a parte i momentanei soggiorni presso Stati più permissivi – continuerà a tenere uno stile di vita osservante delle regole penalmente rilevanti. Nell'ambito dei "fatti a carattere prevalentemente occasionale", il compimento di fatti territorialmente leciti, ma penalmente sanzionati a livello interno, produrrà i suoi effetti a lungo termine anche nell'ambito nazionale di appartenenza: si pensi all'eutanasia o alla procreazione medicalmente assistita. Il compimento di queste condotte, quindi, produrrà una maggiore offesa alla funzione deterrente della norma penale. Nello specifico, la sperimentazione sugli embrioni umani, potrebbe essere ricondotta a questa seconda categoria, soprattutto se attuata per consentire la circolazione delle cellule staminali embrionali estratte.

- Legislazioni in cui è consentito estrarre cellule staminali dagli embrioni soprannumerari, eventualmente in subordine al rispetto di determinate procedure;
- Legislazioni in cui è proibito trarre cellule staminali dagli embrioni soprannumerari;
- Legislazioni in cui è assente una regolamentazione specifica del fenomeno;
- Legislazioni in cui è consentita perfino la creazione di embrioni umani per fini di ricerca scientifica;
- Legislazioni in cui è vietata la produzione di embrioni per finalità estranee alla procreazione.

L'approccio regolativo adottato in relazione alla ricerca sulle cellule staminali embrionali dipende dal livello di protezione attribuita all'embrione umano.

Il più alto grado di tutela assegnato all'embrione, consistente nella salvaguardia dello stesso sin dal momento della fecondazione dei gameti, si fonda sull'affermazione che esso sia una "persona", o quantomeno una "persona in potenza"<sup>277</sup>. Si tratta, ad esempio, della posizione assunta nell'ordinamento tedesco<sup>278</sup>, che proibisce tutte le ricerche non condotte a vantaggio dell'embrione, e in quello irlandese<sup>279</sup>, che attribuisce il diritto alla vita anche al "non nato".

All'opposto c'è la posizione secondo cui l'embrione non sarebbe degno di tutela e potrebbe essere utilizzato per qualunque fine, anche di laboratorio, sebbene questo approccio non sia adottato da nessuno degli Stati membri.

La maggior parte degli ordinamenti europei ha, invece, scelto di adottare un modello "temperato" di regolamentazione, in base al quale la tutela accordata all'embrione verrebbe a dipendere dal livello di sviluppo dello stesso: pur non riconoscendo allo stesso un vero e proprio diritto alla vita, queste legislazioni gli riconoscono un

---

<sup>277</sup> In Italia, si veda L. PALAZZANI, *Il concetto di persona tra bioetica e diritto*, Giappichelli, Torino 1996, p. 238 ss., che identifica ontologicamente la nozione di "persona" con quella di "essere umano": «ciò che è rilevante per il riconoscimento dell'essere persona è l'appartenenza, per natura, alla specie umana razionale, indipendentemente dalla manifestazione esteriore in atto di certi caratteri, operazioni o comportamenti» (p. 239)..

<sup>278</sup> Embryonenschutzgesetz, 13 dicembre 1990; Bürgerliches Gesetzbuch I I S 2746.

<sup>279</sup> Costituzione della Repubblica irlandese. Art. 40.3.3.

valore giuridico, oltre che morale, dipendente dalla considerazione che esso a determinate condizioni potrebbe svilupparsi in una persona umana. Pur non trattandosi del già esaminato punto di vista in base al quale l'embrione sarebbe una persona potenziale, questo approccio disciplinare cerca fundamentalmente di applicare il principio di precauzione, di derivazione prettamente ambientale, anche nella materia delle scienze della vita: la mancanza di certezze riguardo alle conseguenze potenzialmente nocive che l'applicazione delle metodiche biotecnologiche potrebbe produrre, imporrebbe, a scopo cautelativo, di astenersi da esse<sup>280</sup>.

Questo approccio "mediano" è stato seguito, ad esempio, in Gran Bretagna, Spagna. Tuttavia, sebbene in questi ordinamenti la sperimentazione sugli embrioni e conseguentemente la ricerca sulle relative cellule staminali sia permessa, a certe condizioni, entro i quattordici giorni dal momento della fecondazione, va sottolineato come il Regno Unito presenti la legislazione più permissiva delle due, essendo *ivi* lecita persino la creazione di embrioni, ibridi e chimere, per fini di ricerca scientifica.

### **3. Il limitato ruolo delle istituzioni europee in materia.**

Sebbene l'Unione Europea difetti della competenza per regolamentare direttamente la ricerca scientifica<sup>281</sup>, può comunque

---

<sup>280</sup> Così C. BUCCELLI, *La tutela dell'embrione nella legge 40/2004* ( e correlato D.M. 21 luglio 2004), in *Riv. it. med. Leg.*, 2006, p. 19.

<sup>281</sup> Il Titolo XVIII del Trattato CE, rubricato "Ricerca e sviluppo tecnologico" contiene le presenti norme da cui si evince il ruolo non precettivo dell'UE sugli Stati membri in materia di ricerca scientifica:

Articolo 163.

1. La Comunità si propone l'obiettivo di rafforzare le basi scientifiche e tecnologiche dell'industria della Comunità, di favorire lo sviluppo della sua competitività internazionale e di promuovere le azioni di ricerca ritenute necessarie ai sensi di altri capi del presente trattato.
2. A tal fine essa incoraggia nell'insieme della Comunità le imprese, comprese le piccole e le medie imprese, i centri di ricerca e le università nei loro sforzi di ricerca e di sviluppo tecnologico di alta qualità; essa sostiene i loro sforzi di cooperazione, mirando soprattutto a permettere alle imprese di sfruttare appieno le potenzialità del mercato interno grazie, in particolare, all'apertura degli appalti pubblici nazionali, alla definizione di norme comuni ed all'eliminazione degli ostacoli giuridici e fiscali a detta cooperazione.
3. Tutte le azioni della Comunità ai sensi del presente trattato, comprese le azioni dimostrative, nel settore della ricerca e dello sviluppo tecnologico sono decise e realizzate conformemente alle disposizioni del presente titolo.

influenzare gli Stati membri con riguardo alla disciplina da apprestare alla ricerca sulle cellule staminali embrionali. Basta ricordare che pochi anni fa la Commissione europea ha proposto delle Linee Guida da applicare alla ricerca scientifica sugli embrioni umani e sulle relative cellule staminali finanziata dall'Unione Europea nell'ambito del VI Programma Quadro. Le Linee Guida riflettevano per lo più l'Opinione n. 15 del Gruppo Europeo per l'etica delle scienze (GEE) in materia di aspetti etici della ricerca e dell'uso di cellule staminali embrionali del 2000 e favorivano l'attuazione della ricerca in quei Paesi in cui la sperimentazione sugli embrioni umani è legale.

In conformità alle Linee Guida della Commissione, le ricerche oggetto dei finanziamenti comunitari devono essere compiute con criteri di sicurezza e solo le sperimentazioni condotte su embrioni soprannumerari dovrebbero poter accedere ai finanziamenti europei.

In relazione ai possibili sviluppi della ricerca, la proposta dichiara che la ricerca deve essere finalizzata o a incrementare le conoscenze scientifiche sulla ricerca di base o a incrementare le conoscenze mediche per lo sviluppo dei metodi diagnostici,

---

Articolo 164.

Nel perseguire tali obiettivi, la Comunità svolge le azioni seguenti, che integrano quelle intraprese dagli Stati membri:

- a) attuazione di programmi di ricerca, sviluppo tecnologico e dimostrazione, promuovendo la cooperazione con e tra le imprese, i centri di ricerca e le università;
- b) promozione della cooperazione in materia di ricerca, sviluppo tecnologico e dimostrazione comunitari con i paesi terzi e le organizzazioni internazionali;
- c) diffusione e valorizzazione dei risultati delle attività in materia di ricerca, sviluppo tecnologico e dimostrazione comunitari;
- d) impulso alla formazione e alla mobilità dei ricercatori della Comunità.

Articolo 165.

1. La Comunità e gli Stati membri coordinano la loro azione in materia di ricerca e sviluppo tecnologico per garantire la coerenza reciproca delle politiche nazionali e della politica comunitaria.

2. La Commissione, in stretta collaborazione con gli Stati membri, può prendere ogni iniziativa utile a promuovere il coordinamento di cui al paragrafo 1.

Cfr. BEYLEVELD – PATTINSON, Embryo research in the UK: is harmonisation in the EU needed or possible?, in M. FRIELE, Embryo experimentation in Europe: biomedical legal and philosophical aspects, Bad Neuenahr-Ahrweiler; Europäische Akademie, 2001, at 71; S. HALLIDAY, A comparative approach to the regulation of human embryonic stem cell research in Europe, in Medical law review 2004, p. 64.

preventivi o terapeutici da applicare agli esseri umani. Gli embrioni devono essere donati in conformità con la legge nazionale con l'esplicito consenso dei donatori biologici.

Le suddette Linee Guida riflettevano il consenso tra quegli Stati membri che consentono la ricerca sulle cellule staminali embrionali. In conformità con i modelli regolatori evidenziati, le Linee Guida esigevano che la ricerca sulle cellule staminali embrionali dovesse osservare i principi necessari per non violare le discipline interne di ciascuno Stato. Esse adottavano, inoltre, la stessa distinzione riconosciuta dall'ordinamento spagnolo e da quello tedesco tra embrioni soprannumerari ed embrioni creati appositamente per la ricerca, consentendo i finanziamenti soltanto su quella ricerca che faccia uso di embrioni soprannumerari o di cellule staminali derivanti da quelli.

I problemi più consistenti legati alle esigenze di armonizzazione derivano, comunque, dalla possibilità che anche in ordinamenti in cui la sperimentazione sugli embrioni sia vietata, gli scienziati finiscano per importare cellule staminali embrionali da Paesi in cui il fatto non costituisce reato. L'Italia potrebbe essere soggetta a questa eventualità, anche considerando che non esiste alcuna norma che vieti questo tipo di attività commerciale.

#### ***4. Opzioni ermeneutiche volte all'incriminazione della compravendita di cellule staminali embrionali: il delitto di commercializzazione di embrioni e di gameti umani.***

L'unica norma che disciplina espressamente le condotte commerciali concernenti l'embrione è il comma 6 dell'art. 12, che sanziona con la pena della reclusione da tre mesi a due anni e con multa da 600.000 a un milione di euro «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni». Occorrerà dunque stabilire se, mediante un'interpretazione estensiva dell'ambito di applicazione della fattispecie, sarà possibile per il giudice applicarla alle ipotesi di commercio di cellule staminali embrionali da parte dei ricercatori italiani.

A una prima analisi della disposizione, si potrà rilevare che, per quanto essa rivesta una certa rilevanza giuridica e simbolica – apprestando sostanzialmente agli embrioni una tutela parallela a

quella garantita agli esseri umani adulti dall'602 del codice penale<sup>282</sup> – si tratta di una norma incriminatrice censurabile sotto il profilo della tassatività, dell'offensività e della proporzionalità.

Per quanto riguarda i principi di tassatività e di offensività, l'aver ricompreso nell'ambito del medesimo precetto incriminatore una serie di condotte disomogenee, nonché due differenti oggetti materiali, finisce per rendere la fattispecie imprecisa nella delimitazione della carica offensiva dei comportamenti *ivi* perseguiti<sup>283</sup>. Come rilevato in giurisprudenza e in dottrina, le esigenze di determinatezza del comportamento penalmente rilevante finiscono per intersecarsi con quelle di necessaria lesività della stessa con riguardo alla tipizzazione di quegli elementi in cui si esprime l'offesa al bene giuridico tutelato<sup>284</sup>: la fattispecie, cioè, dovrà essere

---

<sup>282</sup> Art. 602. Acquisto e alienazione di schiavi.

Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo 601, acquista o aliena o cede una persona che si trova in una delle condizioni di cui all'articolo 600 è punito con la reclusione da otto a venti anni.

La pena è aumentata da un terzo alla metà se la persona offesa è minore degli anni diciotto ovvero se i fatti di cui al primo comma sono diretti allo sfruttamento della prostituzione o al fine di sottoporre la persona offesa al prelievo di organi.

<sup>283</sup> In tal senso, si veda Corte cost. 14 giugno 1990, sent. n. 282, in *Giust. pen.*, 1990, I, p. 297. In dottrina, cfr. G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Giuffrè, Milano 1983, p. 214-215; F. PALAZZO, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza – tassatività in materia penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, p. 354; A.M. MAUGERI, *I reati di sospetto*, op. cit., p. 960 ss.; ID., *La responsabilità da comando nello statuto della Corte Penale internazionale*, Giuffrè, Milano 2007, p. 702.

<sup>284</sup> Sul nesso tra tipicità, offensività e determinatezza si veda A.M. MAUGERI, *I reati di sospetto*, op. cit., p. 959; secondo l'A., «Se il fatto tipico deve essere un fatto, concretamente verificabile, offensivo di un bene meritevole di tutela, si comprende, allora, perché si considera l'offensività non come una caratteristica del fatto separata dalla tipicità, oggetto di un autonomo accertamento da parte del giudice, ma intrinseca alla tipicità». Cfr. inoltre G. FIANDACA – E. CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, op. cit., p. 153 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, Torino 2005, p. 238. In senso contrario si veda G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Giuffrè, Milano 1973, p. 130-131, secondo cui non ricondurre – in via interpretativa – il fatto inoffensivo alla fattispecie, significherebbe attribuire «un valore elastico a termini che invece devono essere interpretati, così come sono stati posti dalla legge, secondo il loro significato normale e corrente», violando così il principio di legalità e di certezza del diritto. L'A. risolve la questione dell'inoffensività in concreto mediante il ricorso all'art. 49 c.p. In giurisprudenza, si veda Corte Cost. 11 luglio 2000, n. 263, in <http://dejure.giuffre.it>. La Consulta, di fronte alla questione di illegittimità

costruita «in maniera da ricomprendere una serie di sottofattispecie che siano omogenee in termini di disvalore, e cioè di lesione o messa in pericolo del bene tutelato, in maniera che non esistano incertezze nel determinare l'ambito di applicazione della fattispecie»<sup>285</sup>.

Risulta, in tal senso, irragionevole che il legislatore abbia ricompreso sotto la medesima collocazione sistematica condotte consistenti nell'organizzare, pubblicizzare e realizzare la commercializzazione, trattandosi di tre condotte logicamente e cronologicamente diverse tra loro. L'unico punto che le accomuna è il carattere economico dello scambio che viene attuato o che si tende ad attuare: fuoriescono, quindi, dall'ambito del fatto tipico tutti quei comportamenti di cessione di embrioni o gameti a titolo gratuito. L'organizzazione comprende quelle attività preparatorie, non ancora giunte ad uno stadio esecutivo, che siano dirette alla realizzazione di un commercio di embrioni e gameti. E' lecito chiedersi se nell'ambito concettuale potrebbero essere fatte rientrare anche quelle condotte di coordinamento di un gruppo dedito a condotte di sistematica compravendita: qualora la risposta fosse affermativa, i profili di illiceità del fatto sarebbero riconducibili a quelli di una vera e propria associazione per delinquere, che notoriamente viene punita per il solo fatto che vi siano tre o più persone che si associano per commettere delitti (in questo caso per commerciare embrioni o gameti). Interpretando in questo ultimo senso il concetto *de quo*, non

---

costituzionale sollevata dai giudici rimettenti per violazione dell'art. 25, comma II, della Costituzione da parte dell'art. 120 del codice penale militare di pace – derivante dal fatto che il contenuto semantico della “consegna”, la cui violazione è sanzionata dalla norma predetta, non sarebbe stato determinato dal legislatore –, rigetta la questione invocando il principio di offensività per integrare il significato del concetto tacciato di indeterminatezza: «Una volta accertato che il bene giuridico protetto dall'art. 120 del codice penale militare di pace è la funzionalità e l'efficienza di servizi determinati», spetterà al giudice verificare se l'inadempimento del militare alle prescrizioni oggetto della consegna «sia idoneo a pregiudicare l'integrità del bene protetto». Si veda, inoltre Corte Cost., 21 novembre 2000, n. 519 in <http://dejure.giuffre.it>, in cui la Corte, dinanzi alla censura di incostituzionalità degli artt. 182 (“Attività sediziosa”) e 183 (“Manifestazioni e grida sediziose”) del codice penale militare di pace, per violazione del principio di determinatezza – essendo generico e impreciso il concetto di “sedizioso” – rigetta la questione affermando, sulla base del principio di offensività in concreto, che va qualificata come sediziosa «solo l'attività in concreto idonea a ledere le esigenze di coesione, di efficienza e di funzionalità del servizio militare e dei compiti istituzionali delle Forze armate».

<sup>285</sup> A.M. MAUGERI, *I reati di sospetto*, op. cit., p. 961.

avrebbe alcun senso aver previsto una fattispecie apposita per punire l'attività organizzatoria: il soggetto che organizza un'associazione per delinquere, infatti, viene punito – ai sensi dell'art. 416, comma 1 – con la reclusione da tre a sette anni, a prescindere dal compimento del delitto-scopo. Sarà, dunque razionale interpretare la condotta organizzativa *ex art. 12, comma 6, l. 40/2004* come preparazione delle attività concernenti il commercio di embrioni e gameti, con esclusione di ogni forma di gestione di altre persone dedite all'attività delittuosa specifica.

La pubblicizzazione costituisce una specifica ipotesi di organizzazione: nella misura in cui quest'ultima non si intenda come attività di coordinamento del personale implicato nel fatto illecito, infatti, anche colui che divulghi domande o offerte di embrioni e gameti può considerarsi un organizzatore. Se si giungesse a tale conclusione, apparirebbe immotivata la specifica incriminazione della condotta di “pubblicizzazione”, anche alla luce della parificazione sanzionatoria attuata: l'unica risposta adeguata a tale scelta normativa potrebbe essere rinvenuta nell'esigenza di reprimere comportamenti organizzativi che, a causa degli ampi canali di diffusione sociale caratterizzanti le nuove tecnologie informatiche, risulterebbero particolarmente pericolosi per la società<sup>286</sup>.

Nulla *quaestio* per la condotta di realizzazione: risulta, infatti, l'unica condotta immediatamente offensiva del bene protetto, costituendo il punto di inizio della fase esecutiva. Volendo comunque costruire una specifica definizione della “realizzazione” della commercializzazione, tale da conferirle una precisa area di determinatezza, si potrebbe identificarla in «ogni forma di remunerazione diretta o indiretta, immediata o differita, in denaro o in qualsiasi altra forma, per la cessione» di embrioni e gameti<sup>287</sup>.

---

<sup>286</sup> Si veda, a tal proposito, Ministero della sanità, Ordinanza 5 marzo 1997, “Divieto di commercializzazione di pubblicità di gameti ed embrioni umani”, [www.cecos.it](http://www.cecos.it), in cui si rileva che «considerato che ogni messaggio pubblicitario, in quanto potenzialmente in grado di estendere in modo incontrollato, se non ingannevole, i casi di cessione di gameti o di altro materiale genetico, può determinare seri rischi per l'integrità delle persone e, più in generale, per la salute pubblica».

<sup>287</sup> Si veda tuttavia G. LOSAPPIO, *Procreazione assistita*, in F. PALAZZO – G. PALIERO, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, II ed., CEDAM, Padova 2007, che ravvisa nella “commercializzazione” un certo grado di professionalità ed economicità, rimandando così alla definizione di “imprenditore

Passando a valutare il rispetto del principio di proporzione, le riserve sollevabili sono conseguenza dei precedenti rilievi circa l'indeterminatezza e la carenza di offensività delle condotte incriminate. Con riguardo alla condotta di organizzazione, non si comprende quale sarebbe la ragione per cui essa, che costituisce null'altro che un'attività preparatoria, debba essere punita con lo stesso ammontare sanzionatorio previsto per la condotta di realizzazione: si tratterebbe, invero, di un'ingiustificata discriminazione censurabile per violazione del principio di ragionevolezza<sup>288</sup>. Valutando poi la necessità dell'incriminazione di questa specifica condotta, in una prospettiva di proporzione in senso ampio, si può rilevare che sebbene la dignità umana costituisca un interesse meritevole di tutela giuridica, l'idoneità dell'intervento penale – valutabile in base al modello di intervento incriminatore prescelto<sup>289</sup> – sia dubbia nel caso di specie. L'organizzazione a cui non segua la commercializzazione, infatti, avrebbe ben potuto essere punita come tentativo di commercializzazione, in presenza dei necessari requisiti dell'idoneità e dell'univocità degli atti. D'altronde, qualora essa assuma caratteristiche tali da integrare una gestione di persone dedite ad attività commerciali, si potrebbe pur sempre applicare l'art. 416 c.p. L'incriminazione dell'organizzazione del commercio di embrioni e gameti, pertanto, non presenta profili di

---

commerciale” ex art. 2082 del codice civile. Si veda, in materia, T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, Giuffrè, Milano 1962, p. 147-158: secondo l'A., l'imprenditore commerciale dovrebbe svolgere la sua attività in modo continuativo ed ampio, con una certa organizzazione di persone e di mezzi. Seguendo questo punto di vista, si dovrebbe ritenere che un solo atto di compravendita o una sola offerta di embrioni o di gameti non sarebbe sufficiente ad integrare il fatto tipico.

<sup>288</sup> G. LOSAPPIO, *Procreazione assistita*, op. cit., p. 2062, secondo cui «questa anticipazione dell'intervento penale ad una condotta preparatoria esprime ancora una volta l'incapacità del legislatore di coniugare descrizione analitica, comprensione tipologica del quadro di vita iscritto nella fattispecie e proporzionalità del regime punitivo, proposto che la pena prevista per un'attività preparatoria della commercializzazione non è inferiore a quella prevista per l'attività di commercializzazione vera e propria».

<sup>289</sup> Cfr. A.M. MAUGERI, *Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, Giappichelli, Torino 2010, p. 42, secondo cui l'idoneità della norma penale a contrastare un determinato fenomeno criminoso dipende dalla sua capacità di descrivere un fatto tipico che rappresenti «un'offesa intollerabile, nella forma della lesione o della messa in pericolo, di un bene giuridico ritenuto meritevole di tutela».

offensività tali da legittimare l'idoneità dello specifico intervento del legislatore penale.

Per quanto concerne la pubblicizzazione, se ragionando come sopra si intendesse la condotta come una forma speciale di organizzazione – degna di autonoma menzione a causa delle ampie proiezioni di offensività derivanti dalla diffusibilità di messaggi commerciali via internet – sarebbe censurabile l'opzione legislativa di non aver previsto un trattamento sanzionatorio adeguato per il divulgatore, alla luce del principio di proporzione e di ragionevolezza in senso stretto<sup>290</sup>. Costituendo, infatti, una sorta di specifica istigazione a delinquere, si ravviserebbe una plurioffensività della condotta: essa, infatti, non soltanto sarebbe offensiva della dignità umana, ma metterebbe anche in pericolo l'ordine pubblico.

Un ultimo rilievo va avanzato con riguardo all'oggetto materiale delle condotte incriminate: parrebbe, infatti, irragionevole aver equiparato il disvalore della commercializzazione degli embrioni e dei gameti. Il legislatore, applicando il divieto sia alle attività concernenti i primi sia a quelle aventi ad oggetto i secondi, mostra di voler sanzionare le condotte mercificatrici dell'intero materiale genetico umano di tipo procreativo, a partire dalle stesse cellule sessuali della riproduzione, senza distinzione alcuna. Se è vero, come precedentemente affermato, che il bene della dignità umana verrebbe messo in pericolo dalla strumentalizzazione, anche per scopi economici, di un qualunque essere appartenente al genere umano, sin dal momento della fecondazione e senza distinzioni relative allo specifico grado di evoluzione dello stesso, un discorso a parte dovrebbe valere per le cellule destinate alla riproduzione sessuale. Vero è che esse – costituendo una parte del corpo umano e non essendo qualificabili come mere *res* economicamente valutabili – partecipano a delineare quella inviolabilità dell'essere umano che sta alla base della sua dignità. E', tuttavia, innegabile che l'offesa arrecata alla dignità del genere umano da un'attività di mercificazione di cellule sessuali non è neanche astrattamente paragonabile a quella derivante dal commercio di embrioni: la

---

<sup>290</sup> A.M. MAUGERI, *I reati di sospetto*, op. cit., p. 448, secondo cui l'eguaglianza va garantita «non solo in senso orizzontale, nella scelta dei partecipanti al gruppo al quale applicare la fattispecie, ma anche in senso verticale nella scelta del tipo e dell'intensità del trattamento».

coscienza sociale, infatti, recepisce maggiormente il disvalore di condotte illecite aventi ad oggetto l'embrione piuttosto che il materiale genetico in genere. A ciò si aggiunga che quando l'attività di compravendita concerna un embrione in stadio avanzato di sviluppo, verrebbe pregiudicata anche la dignità dello stesso: in questo caso, quindi, il reato diverrebbe plurioffensivo, offendendo la dignità sia come bene individuale sia come bene collettivo<sup>291</sup>.

Lo stesso discorso fatto per i gameti potrebbe valere astrattamente anche per le cellule staminali: anche la commercializzazione di esse potrebbe offendere la dignità umana, sebbene in modo attenuato rispetto alla compravendita di embrioni. Tuttavia, le cellule staminali non sono prese in considerazione nell'ambito del divieto di cui all'art. 12, comma 6, della legge n. 40/2004 ed effettuare un'interpretazione che applichi il divieto di commercializzazione anche nei loro confronti, potrebbe voler dire violare il divieto di analogia della norma penale, stabilito all'art. 14 Disp. Prel. cod. civ. Il legislatore, infatti, applicando il divieto sia alla commercializzazione di embrioni sia a quella dei gameti, utilizza dei concetti il cui tenore linguistico non è ragionevolmente ampliabile sino a ricomprendere entità biologiche come le cellule staminali. La cellula staminale deriva da un embrione ma non è identificabile con lo stesso<sup>292</sup>. Il concetto di "gamete", d'altra parte, non presenta alcun nesso semantico con il concetto di "cellula staminale embrionale": il primo configura una cellula sessuale dell'essere umano adulto; il secondo una cellula costitutiva di un'entità differente, l'embrione. Estendere l'ambito applicativo della norma anche al commercio di cellule staminali embrionali non potrebbe, quindi, configurare una legittima interpretazione estensiva, poiché questa, a differenza di quella analogica, «mantiene il campo di validità della norma entro

---

<sup>291</sup> Sulla doppia dimensione del bene della dignità umana nell'ambito del delitto di clonazione, si veda C.M. ROMEO CASABONA, *I reati relativi alle manipolazioni genetiche nel codice penale spagnolo del 1995*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1998, p. 217, che però non parla mai espressamente di "dignità", riferendosi, invece, all'interesse, individuale e collettivo, all'intangibilità e all'irripetibilità del patrimonio genetico umano.

<sup>292</sup> Cfr. E. DOLCINI, *Ricerca su cellule staminali embrionali importate dall'estero e legge penale italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2006, secondo cui «cellule staminali embrionali e embrione sono entità ben distinte».

l'area di significanza dei segni linguistici coi quali essa si esprime»<sup>293</sup>.

Esclusa l'applicabilità del disposto dell'art. 12, comma 6, anche alla commercializzazione delle cellule staminali embrionali umane, e in mancanza di una norma incriminatrice *ad hoc*, l'interprete potrà tentare di intraprendere una strada diversa: cercare di ravvisare nell'ambito dei delitti contro il patrimonio una qualche fattispecie che sia idonea a reprimere il fenomeno della compravendita di cellule staminali embrionali. Questa soluzione ermeneutica, tuttavia, prende le mosse da un presupposto suscettibile di dar luogo a dibattiti etici e giuridici: la qualificazione delle cellule staminali come cose mobili.

#### **5. (segue): il delitto di ricettazione.**

Nella dottrina penalistica è stato sostenuto come l'acquisto o anche la ricezione a titolo gratuito di cellule staminali embrionali possa rientrare nel delitto di ricettazione *ex art.* 648 c.p.<sup>294</sup>, ai sensi della cui norma incriminatrice «chi, al fine di procurare a sé o ad altri un profitto, acquista, riceve od occulta denaro o cose provenienti da un qualsiasi delitto, o comunque si intromette nel farle acquistare, ricevere od occultare, è punito con la reclusione da due ad otto anni e con la multa da 516 euro a 10.329 euro». La disposizione prevede una clausola di apertura – «fuori dai casi di concorso nel reato» – in base alla quale colui che, per esempio, acquista delle cellule staminali in seguito a una precedente istigazione a sperimentare sugli embrioni umani, non sarà punibile per ricettazione, ma come concorrente morale nel delitto presupposto di ricettazione.

La validità di tale interpretazione estensiva si basa sulla legittimità della configurazione delle cellule staminali come «cose provenienti da un qualsiasi delitto». Per quanto la dottrina penalistica sia stata solita ampliare il concetto in questione oltre il significato di «cose provenienti da delitti contro il patrimonio»<sup>295</sup>, qualificare le

---

<sup>293</sup> Corte Cass., 3 luglio 1991, in *Foro it.*, 1992, II, p. 146.

<sup>294</sup> Così E. DOLCINI, *Ricerca su cellule staminali embrionali importate dall'estero e legge penale italiana*, op. cit., p. 456.

<sup>295</sup> In questo senso, v. per tutti ANTOLISEI, *Manuale di dir. pen., parte. spec.*, vol. I, XIV ed., 2002, p. 439; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, pt. sp.*, vol. 11, t. 11, 30 ed., 2002, p. 231; MAGRI, in E. DOLCINI – G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. 11, 2 ed., 2006, art. 648, p. 4722 ss.

cellule come dei beni, al fine di punire gli atti di compravendita che le riguardano, tuttavia, significa sostanzialmente intraprendere un circolo vizioso: risulterà contraddittorio, infatti, negare la commercializzabilità delle staminali mediante la loro identificazione in cose suscettibili di costituire oggetto di un diritto di proprietà.

Altra remora riguarda la problematica dell'importazione di cellule staminali embrionali da Paesi esteri nei quali la sperimentazione sugli embrioni sia lecita. In questa ipotesi, il delitto presupposto di cui all'art. 648 c.p., sarebbe stato commesso in un Paese in cui tale condotta non integrerebbe una fattispecie di reato. Dovrà aversi riguardo, allora alle regole di validità spaziale della legge penale italiana. A tal riguardo, l'art. 10 c.p., comma 1, stabilisce le condizioni in presenza delle quali può essere assoggettato alla legge italiana lo straniero che commetta all'estero un delitto (non politico) per il quale la legge italiana preveda la reclusione non inferiore nel minimo ad un anno. Quando si tratti di delitto perseguibile d'ufficio, l'applicabilità della legge penale italiana al delitto commesso all'estero dallo straniero è sottoposta a due condizioni: a) la presenza dell'autore del reato nel territorio dello Stato; b) la richiesta del Ministro della giustizia o, in alternativa, istanza o querela della persona offesa.

Parte della dottrina, inoltre, ha ritenuto che dovesse essere necessaria anche la doppia incriminazione del fatto: il fatto dovrebbe essere cioè previsto come reato sia dalla legge italiana, sia dalla legge dello Stato estero nel quale il soggetto ha agito<sup>296</sup>: si tratterebbe di una conseguenza logica del principio di colpevolezza, in base al quale non si può rispondere di un delitto se non si conosce, o non si è nelle condizioni di conoscere, gli elementi della fattispecie in cui si incentra il suo disvalore<sup>297</sup>. Tale ulteriore requisito, tuttavia,

---

<sup>296</sup> Cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di dir. pen., pt. gen.*, cit., p. 93 ss.; E. DOLCINI, *Ricerca su cellule staminali embrionali importate dall'estero e legge penale italiana*, op. cit., p. 457.

<sup>297</sup> « Si veda Corte Cost. 24 marzo 1988, n. 364, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1988, p. 686 ss., in cui la Consulta afferma che il principio di colpevolezza è «indispensabile, appunto anche per garantire al privato la certezza di libere scelte d'azione: per garantirgli, cioè, che sarà chiamato a rispondere penalmente solo per le azioni da lui controllate e mai per comportamenti che solo fortuitamente producano conseguenze penalmente vietate; e, comunque, mai per comportamenti realizzati nella “non colpevole” e, pertanto, inevitabile ignoranza del precetto». Si veda, inoltre, Cass. 17 settembre 2002, in *Foro it.*, 2003, 11, c. 322, in cui si

implicherebbe l'impossibilità di applicazione della fattispecie di ricettazione nelle ipotesi in cui il delitto presupposto di ricettazione sia stato commesso in un Paese in cui ciò sia lecito.

Né, in ultima istanza, si potrebbe richiamare necessariamente la disciplina del mandato d'arresto europeo per punire uno scienziato italiano che sperimenti su embrioni umani in un Paese europeo in cui ciò sia consentito, per poi effettuare ricerche su di esse, poiché tra le trentadue materie previste tassativamente dalla decisione quadro adottata dal Consiglio dell'Unione europea il 13 giugno 2002 ed è entrata in vigore il 7 agosto 2002 (in Italia, la decisione quadro è stata attuata con la L. 22 aprile 2005, n. 69), non figura la sperimentazione sugli embrioni, per cui una cooperazione giudiziaria tra gli Stati in materia sarebbe subordinata alla discrezionalità del Paese in cui il fatto è lecito.

#### ***6. Stato dell'arte e prospettive de lege ferenda***

La problematica della commercializzazione di parti del corpo umano non è stata finora ignorata a livello europeo. Il principio di non commerciabilità delle parti del corpo dell'essere umano figurava già nella Risoluzione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa n. 29 del 1978 ed è stato poi confermato nella dichiarazione finale della terza Conferenza dei Ministri europei della sanità, tenutasi a Parigi il 16 e il 17 novembre 1987. L'art. 21 della Convenzione sui diritti umani e sulla biomedicina, redatta in seno al Consiglio d'Europa e firmata a Oviedo il 4 aprile 1997, prevede che «Il corpo umano e le sue parti non debbono essere, in quanto tali, fonte di profitto». Il secondo comma dell'art. 21 del Protocollo aggiuntivo alla Convenzione di Oviedo, relativo al trapianto di organi e di tessuti di origine umana, firmato a Strasburgo il 4 dicembre 2001, aggiunge che «È vietato compiere attività pubblicitarie sul bisogno o sulla disponibilità di organi o di tessuti, al fine di offrire o di cercare di ottenere un profitto, ovvero vantaggi paragonabili». Il successivo art. 22 prende esplicitamente in considerazione la questione del traffico di cellule, organi e tessuti, vietandone la realizzazione. Entrambi gli strumenti normativi citati

---

afferma che la doppia incriminazione si fonda «sul principio di legalità del diritto penale e sul presupposto della conoscibilità del precetto penale, nonché sul legittimo affidamento in ordine alla liceità penale del fatto, quali premesse inderogabili per la repressione di ogni reato».

prevedono che gli Stati firmatari debbano predisporre sanzioni appropriate in caso di inosservanza delle disposizioni *ivi* contenute.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, d'altronde, all'art. 3 stabilisce «il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro». Il Consiglio d'Europa ha affrontato la problematica del commercio di cellule e organi umani mediante la raccomandazione n. 1611 del 2003 sul traffico d'organi in Europa, con cui l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ha suggerito di elaborare una strategia europea per combattere il traffico di cellule e organi e di elaborare, nell'ambito della redazione della futura Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani – entrata poi in vigore il 1° febbraio 2008 – di includere un protocollo addizionale relativo al traffico di organi e di tessuti umani: proposta che, a tutt'oggi, non ha avuto realizzazione. Risale, invece, al 22 aprile 2008, una risoluzione del Parlamento europeo volta a sollecitare azioni politiche a livello dell'UE in materia di donazione e trapianto d'organi: con essa si sono esortati gli Stati membri a introdurre nelle rispettive legislazioni la responsabilità penale per i soggetti responsabili del traffico di organi umani all'interno o all'esterno dell'UE, trattandosi di una violazione della dignità umana e degli altri diritti fondamentali connessi.

Per quanto riguarda l'ambito internazionale, non sono riscontrabili strumenti normativi vincolanti; comunque, nel 1991 l'Organizzazione Mondiale della sanità (OMS) ha formulato delle linee guida sui trapianti di cellule, tessuti e organi umani, in cui è stato affermato il principio di gratuità della cessione di parti del corpo umane; nel 2004, nell'ambito della cinquantasettesima Assemblea Mondiale della Sanità, l'OMS ha poi formulato una risoluzione (WHA 57.18 sul trapianto di cellule, organi e tessuti umani) con la quale i Paesi membri sono stati incoraggiati a fronteggiare il turismo dei trapianti e il traffico di cellule e organi umani. Sebbene il 13 ottobre 2009 sia stato pubblicato uno studio congiunto del Consiglio d'Europa e delle Nazioni Unite sugli strumenti normativi da adottare per prevenire il traffico di cellule, tessuti e organi umani, allo stato attuale manca ancora uno strumento normativo internazionale che stabilisca degli obblighi di incriminazione del traffico di organi e dei fenomeni criminosi di tipo associativo a esso correlati.

Volgendo lo sguardo alle strategie internazionali di lotta alle associazioni criminali dedite al compimento di reati transnazionali – tra i quali potrebbe astrattamente rientrare anche il commercio di cellule staminali embrionali –, spiccano la Convenzione della Nazioni Unite contro la Criminalità organizzata Transnazionale, adottata dall'Assemblea Generale il 15 novembre 2000. Tale fonte normativa, tuttavia, si mostra insufficiente e inadeguata alla repressione di quelle associazioni criminose il cui scopo è il traffico di cellule staminali embrionali. Essa, infatti, predisponendo un piano di incriminazione dei reati gravi commessi da organizzazioni criminali in una dimensione transnazionale – laddove per “reato grave” si intende quello punito nella singola legislazione interna con una pena non inferiore nel massimo a quattro anni –, tende a non produrre alcun effetto di contrasto sulla pratica del traffico di organi nell’ambito di quei Paesi in cui il fatto non costituisce reato.

Per quanto riguarda le norme invocabili per punire le organizzazioni criminali finalizzate al traffico di cellule staminali embrionali umane, scaturiranno dei notevoli problemi legati alla mancata configurazione come reato di questa peculiare forma di “compravendita”. Infatti, esclusa l’applicabilità dell’art. 416 – incriminando la fattispecie soltanto quelle associazioni, formate da tre o più persone, finalizzate a commettere delitti – si potrà ricorrere soltanto all’art. 416 *bis*, ferma la difficoltà di provare il carattere mafioso di queste nuove forme di criminalità organizzata, e di qualificare i proventi derivanti dal commercio di organi come “vantaggi ingiusti”.

Si valuterà, infine, la possibilità di applicare la Convenzione della Nazioni Unite contro la Criminalità organizzata Transnazionale, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 16 marzo 2006, n. 146, per reprimere la dimensione transnazionale del fenomeno. Pur ipotizzando la futura penalizzazione del commercio di organi, infatti, si rischierebbe di non reprimere adeguatamente – in base ai principi attualmente vigenti in materia di validità della legge penale italiana nello spazio – le condotte di compravendita compiute da organizzazioni criminali operanti nel mercato globale. Sarà necessario, in tal senso, che l’auspicabile incriminazione del commercio di organi sia sostenuta da una sanzione punitiva adeguata: l’art. 4 della predetta legge, infatti, prevede l’applicazione di una circostanza aggravante, consistente nell’aumento della pena da un terzo alla metà, soltanto «Per i reati puniti con la pena della

reclusione *non inferiore nel massimo a quattro anni* nella commissione dei quali abbia dato il suo contributo un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato».

### ***7. Riflessioni sul principio di laicità: i rapporti tra diritto e morale.***

Al fine di poter esprimere un giudizio circa la legittimità dell'incriminazione del fenomeno del commercio di cellule staminali embrionali, occorre dare una visione generale di un principio di diritto, che il legislatore deve rispettare nella regolamentazione normativa delle questioni di bioetica: il principio di laicità.

La nozione di laicità, nell'ordinamento italiano, non è mai stata fatta oggetto di esplicita considerazione da parte del legislatore costituzionale. La rilevanza di tale principio, tuttavia, può essere desunta da un'interpretazione sistematica di alcune norme costituzionali concernenti la libertà dei cittadini di professare la propria fede religiosa, oltre che da numerose pronunce della Corte Costituzionale su tali norme.

A tal proposito, va ricordato che la nostra Costituzione riconosce l'uguaglianza dei cittadini davanti alla legge senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali (art. 3, comma 1), nonché l'uguaglianza e la libertà di tutte le confessioni religiose (art. 8, comma 1); riconosce, inoltre, il diritto di tutti i cittadini di professare liberamente la propria fede religiosa (art. 19), e di manifestare liberamente il proprio pensiero (art. 21, comma 1).

Con riferimento alla necessità – risultante dalle citate norme costituzionali – di garantire in modo paritario la libertà religiosa dei cittadini, qualunque sia il credo a cui aderiscono, la recente sentenza 168/2005 afferma che «le esigenze costituzionali di eguale protezione del sentimento religioso [...] sono riconducibili, da un lato, al principio di eguaglianza davanti alla legge, senza distinzione di religione, sancito dall'art. 3 Cost., dall'altro al principio di laicità o non confessionarietà dello Stato [...] che implica, tra l'altro, equidistanza e imparzialità verso tutte le religioni, secondo quanto disposto dall'art. 8 Cost., ove è appunto sancita l'eguale libertà di tutte le confessioni religiose davanti alla legge»<sup>298</sup>.

---

<sup>298</sup> Corte Costituzionale, sentenza n. 168/2005, in *Giur. Cost.*, 2005, p. 1383.

La tutela del sentimento religioso, d'altra parte, si intreccia con la tutela della libertà di coscienza del singolo, in base alla quale uno Stato democratico e liberale non deve condizionare dall'esterno l'esercizio di una libertà costituzionale, come quella religiosa, inerente all'intima coscienza di una persona. In tal senso, ciascuno deve essere lasciato libero sia di professare un certo credo religioso, qualunque esso sia, sia di scegliere la diversa strada dell'ateismo: la Corte Costituzionale, con la sentenza 149/1995, infatti, rintraccia nella Costituzione «oltre al riconoscimento di una libertà nella religione, anche il riconoscimento di una libertà dalla religione»<sup>299</sup>.

La rilevanza del concetto di laicità nel nostro sistema giuridico, d'altronde, era stata riconosciuta già con la sentenza n. 203 del 1989, in cui la Corte Costituzionale ha attribuito alla laicità dello Stato valore di «principio supremo dell'ordinamento costituzionale italiano»<sup>300</sup>.

La Corte, in particolare, avvicinandosi alle tendenze del post-secolarismo, rifiuta una concezione del fenomeno religioso come elemento strettamente correlato alla sfera privata dell'individuo, e propugna l'assunzione del fenomeno religioso nella sfera pubblica.

Secondo quanto affermato nella citata sentenza, infatti, il principio di laicità «implica non indifferenza dello Stato dinnanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale»; infatti «l'attitudine laica dello Stato-comunità [...] risponde non a postulati ideologizzati ed astratti di estraneità, ostilità o confessione dello Stato persona, o dei suoi gruppi dirigenti, rispetto alla religione o ad un particolare credo, ma si pone al servizio di concrete istanze della coscienza civile e religiosa dei cittadini»<sup>301</sup>.

Il giudice delle leggi, dunque, adotta una prospettiva di laicità in senso positivo, secondo cui sarebbe ammissibile che l'ordinamento normativo, anziché mantenere un atteggiamento indifferente rispetto al fenomeno religioso, intervenga a sostegno delle attività relative al culto, in quanto esse costituiscono interesse dei cittadini suscettibile di essere tutelato giuridicamente.

---

<sup>299</sup> P. SPIRITO, *Il giuramento assertorio davanti alla Corte costituzionale* (nota alla sent. n. 149/1995), in *Giur. Cost.*, 1995, p. 1252.

<sup>300</sup> Corte Costituzionale, sentenza n. 203/89, in *Giur. Cost.*, 1989, p. 890 ss.

<sup>301</sup> *Ibidem.*

Il Codice penale contempla la normativa concernente il fenomeno religioso nel Libro II, al Titolo IV, intitolato «Dei delitti contro il sentimento religioso e contro la pietà dei defunti».

Riguardo a questa scelta legislativa, si sono mosse opinioni contrastanti. Secondo qualche studioso<sup>302</sup>, sarebbe razionale che uno Stato davvero laico si astenga dall'intervenire per criminalizzare comportamenti lesivi della libertà di religione, riconducendo «il fenomeno religioso nell'alveo del diritto comune»<sup>303</sup>. Di diverso avviso è chi ritiene che «la tutela integrale della personalità umana nella totalità delle sue potenzialità espressive necessita [...] anche di una garanzia di protezione della libertà religiosa»<sup>304</sup>. Nel tentativo di dare una soluzione al problema della legittimità dell'uso dello strumento penale per tutelare il sentimento religioso, va tenuto conto che «l'importanza di un valore, direttamente o indirettamente garantito dalla Costituzione, non può trasformare la funzione del “bene giuridico”, da limite del potere punitivo del legislatore, in fonte esclusiva di un suo obbligo costituzionale di tutelarlo con lo strumento della pena, a meno di rinunciare al carattere di rimedio estremo, efficace, più utile che dannoso»<sup>305</sup>.

Al di fuori dell'esigenza di un ordinamento giuridico equidistante nei confronti delle diverse fedi religiose, che punisca quei comportamenti lesivi della libertà di professare un credo, qualunque essa sia, il principio di laicità viene in rilievo anche laddove le concezioni etiche o religiose, lungi dall'essere autoreferenziali, intervengano nel dibattito relativo all'individuazione dei beni meritevoli di tutela: si tratta della questione riguardante la legittimità della criminalizzazione di comportamenti offensivi di concezioni meramente etiche. A riguardo, occorre, anzitutto, oltrepassare «posizioni di pregiudiziale

---

<sup>302</sup> F. RIMOLI, *Tutela del sentimento religioso, principio di uguaglianza e laicità dello Stato*, in *Giur. cost.*, 1997, p. 3347.

<sup>303</sup> *Ibidem*.

<sup>304</sup> A. ROMANO, *In riferimento alla tutela penale del sentimento religioso in una società pluralista*, in *Dir. e soc.*, 2002, p. 446; cfr. anche F. MANTOVANI, *Problemi della laicità nell'esperienza giuridico-penale*, in AA.VV., *Ripensare la laicità. Il problema della laicità nell'esperienza giuridica contemporanea*; Giappichelli, Torino, 1993, p. 83 ss.

<sup>305</sup> G. MARINUCCI, *Problemi della riforma del diritto penale in Italia*, a cura di G. MARINUCCI-E. DOLCINI, 1985, Milano, Giuffrè, p. 367.

laicismo e scientismo»<sup>306</sup>, cercando di conciliare il punto di vista di laici e credenti. Ciò è realizzabile soltanto nella misura in cui i contenuti delle concezioni religiose contengano elementi razionali, suscettibili, per questa ragione, di essere trasposti sul piano della laicità. Un ordinamento democratico di stampo liberale – quale è quello italiano – , infatti, afferma l'esistenza del pluralismo ideologico e comporta la necessità di creare vie di comunicazione tra ragione e fede, e, nell'ambito di quest'ultima, tra le diverse credenze religiose, in modo da riconoscere «alle convinzioni religiose uno *status* epistemico che non è irrazionale in modo assoluto»<sup>307</sup>. Si tratta di una concezione non rigida di laicità, definita in dottrina come «teoria della laicità in senso debole»<sup>308</sup>, basata sull'asserzione che «autonomia dei sistemi normativi penali non significa e non può significare isolamento del fenomeno giuridico dal contesto di valori in cui e per cui il diritto è posto»<sup>309</sup>, cioè dal contesto sociale. Il rispetto del principio di laicità, dunque, comporta che il legislatore possa attribuire rilevanza giuridica a un interesse di stampo etico soltanto se esso sia stato recepito dalla «coscienza giuridica complessiva»<sup>310</sup>.

Volendo soffermarci sulla definizione dei rapporti tra diritto penale ed etica, la laicità, da una parte, rimanda alla neutralità ideologica dell'ordinamento giuridico; dall'altra parte, costituisce «limite assoluto al potere punitivo statale»<sup>311</sup>.

Così, sotto un profilo speculativo, il concetto stesso di “laicità” riveste il diritto penale di “neutralità”<sup>312</sup> rispetto alla religione e alla morale: «la costruzione giuridico-penale statale è una costruzione

---

<sup>306</sup> G. FIANDACA, *Scelte di tutela in materia di fecondazione assistita e democrazia laica*, cit., p. 341.

<sup>307</sup> J. HABERMAS, *I fondamenti morali prepolitici dello Stato liberale*, trad. it., in *Humanitas*, 2004, p. 249.

<sup>308</sup> V. PACILLO, *Neo-confessionismo e regressione*, in *www.olir.it*, gennaio 2005.

<sup>309</sup> F. STELLA, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, in AA.VV., *Diritto penale in trasformazione*, cit., p. 316.

<sup>310</sup> E. DOLCINI, *Embrione, pre-embrione, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, p. 463.

<sup>311</sup> C.E. PALIERO, *Il principio di effettività in diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 447.

<sup>312</sup> Cfr. M.B. MAGRO, *Etica laica e tutela della vita umana: riflessioni sul principio di laicità del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1383; nonché D. SIRACUSANO, *I delitti in materia di religione*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 87.

temporale, retta da principi suoi propri, autonoma rispetto a qualsiasi fede, religiosa e non, quindi anche rispetto alla fede cristiana»<sup>313</sup>.

Il processo di laicizzazione dell'ordinamento giuridico, in tal senso, riflette il cd. modello "separatista" dei rapporti tra diritto e morale<sup>314</sup> che, rifacendosi al positivismo giuridico, realizza una separazione concettuale tra i due concetti, in modo da definire i contorni di un diritto penale sostanzialmente secolarizzato, scevro da condizionamenti etici<sup>315</sup>. Da questo punto di vista, la laicità implica che al di fuori dell'ambito della lesione di beni giuridicamente rilevanti, occorra rimettere le situazioni di conflitto alla coscienza del singolo e alle sue scelte responsabili, essendo il diritto «incapace di esprimere soluzioni unitarie che non si traducano in un'opzione prevalente rispetto alle altre in gioco»<sup>316</sup>, in un regime di reale pluralismo etico.

Sotto un profilo prammatico, il processo di secolarizzazione del diritto penale ha reso possibile il perseguimento di una politica criminale finalizzata al raggiungimento di un ideale di giustizia «non più concepita come valore in sé trascendente ed assoluto, ma sottoposta ad analisi e ricostruzione come istituzione umana, storicamente determinata e orientata a concrete funzioni»<sup>317</sup>. In tal senso, in dottrina vi è stato chi ha individuato nella laicità l'«espressione di una fondazione utilitaristica del sistema e della sanzione penale, legata all'obiettivo della lotta alla criminalità e della sua prevenzione»<sup>318</sup>. La funzione precipua del diritto penale laico, cioè, sarebbe quella di garantire una sicura individuazione dei beni giuridici la cui lesione sia giuridicamente rilevante, in modo da assicurare la prevenzione della criminalità<sup>319</sup>. La pena, in tal senso,

---

<sup>313</sup> F. STELLA, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, cit., p. 310.

<sup>314</sup> Sul punto vedi M.B. MAGRO, *Etica laica e tutela della vita umana: riflessioni sul principio di laicità del diritto penale*, cit., p. 400 ss.

<sup>315</sup> Sul punto, vedi N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1984, p. 103.

<sup>316</sup> A. SESSA, *Dalla bioetica al biodiritto: irrazionalità e simbolismo negli esiti di una legislazione emergenziale in materia di procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 894, nt. 20.

<sup>317</sup> D. PULITANO, *Politica criminale*, in *Diritto penale in trasformazione*, cit., p. 7.

<sup>318</sup> M.B. MAGRO, *Etica laica e tutela della vita umana: riflessioni sul principio di laicità del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1395.

<sup>319</sup> In tal senso F. STELLA, *Il problema della prevenzione della criminalità*, in AA.VV., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di M. ROMANO – F. STELLA, Bologna, 1980, p. 13.

deve essere avvertita, sia dal reo sia dalla generalità dei consociati, come giusta<sup>320</sup>: solo in tal modo essa potrà essere funzionale alla riaffermazione della rilevanza giuridica del bene che abbia subito un'aggressione. Si ritiene, a tal proposito, che «nell'infliggere la pena non si tratti di esprimere un giudizio morale, ma esclusivamente un giudizio sociale di disvalore»<sup>321</sup>, alla luce di una concezione del diritto penale «senza distinzioni di religione»<sup>322</sup>. Il rispetto del principio di laicità, del resto, impone al legislatore di astenersi dall'utilizzare strumenti penalistici finalizzati a tutelare «qualsiasi concezione che si schieri dietro etichette o schemi precostituiti»<sup>323</sup>: una responsabilità penale che si identifichi con la “colpa morale”, infatti, violerebbe il principio di colpevolezza intesa come responsabilità soggettiva per i fatti commessi<sup>324</sup>.

Alla luce di quanto detto, risulta dubbia la necessità dell'intervento del legislatore penale in una materia, quale è quella del commercio di cellule staminali in cui i profili di offensività si intrecciano tra dannosità sociale e istanze puramente etiche.

---

<sup>320</sup> Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, IV, 2001, Zanichelli, Bologna, p. 666.

<sup>321</sup> E. BAUMANN, *Insegnamenti di una riforma penale*, in AA.VV., *Metodologia e problemi fondamentali della riforma del codice penale*, a cura di A.M. STILE, 1981, Jovene, Napoli, p. 15.

<sup>322</sup> A. SESSA, *Dalla bioetica al biodiritto: irrazionalità e simbolismo negli esiti di una legislazione emergenziale in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Ind. Pen.*, 2004, p. 892. Così anche N. COLAIANNI, *Libertà costituzionali e diritto penale «di religione»*, in *Pol. Dir.*, 1996, p. 162; F. RIMOLI, voce *Laicità (dir. cost.)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XVIII, 1995, p. 4. Contra S. MANGIAMELI, *La laicità dello Stato tra neutralizzazione del fattore religioso e «pluralismo confessionale culturale»*, in *Diritto e società*, 1997, pp. 40 ss.

<sup>323</sup> S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2006, p. 157.

<sup>324</sup> Cfr. D. PULITANO', *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, p. 67 ss.

## Bibliografia

- ALEXY, R., *Collisione e bilanciamento quale problema di base della dogmatica dei diritti fondamentale*, in AA. VV., *La ragionevolezza nel diritto*, a cura di M. LA TORRE – A. SPADARO, Giappichelli, Torino 2002;
- AMATO, S., *Biogiurisprudenza. Dal mercato genetico al self-service normativo*, Giappichelli, Torino 2006;
- ANDORNO, R., *The paradoxical notion of human dignity*, in *Riv. it. fil. del dir.* 2001;
- ANGIONI, F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, Milano 1983;
- ANGIONI, F., *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Giuffrè, Milano 1984;
- ANTOLISEI, F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano 2003;
- ASCARELLI, T., *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, Giuffrè, Milano 1962;
- BALDINI, G., *Libertà procreativa e fecondazione artificiale. Riflessioni a margine delle prime applicazioni giurisprudenziali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli – Roma 2006;
- BALDINI, G., *Tecnologie riproduttive e problemi giuridici*, UTET, Torino 1999;
- BARATTA, A., *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?* in AA. VV., *La bilancia e la misura: giustizia, sicurezza, riforme*, a cura di S. ANASTASI – M. PALMA, FrancoAngeli, Milano 2001;
- BARTOLETTI, D. – MARENGHI, F. – VALLINI, A., *Testi sotto obiettivo – Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Legisl. Pen.* 2005;
- BARTOLOMEI, F., *La dignità umana come concetto e valore costituzionale. Saggio*, Giappichelli, Torino 1987;
- BAUMANN, E., *Insegnamenti di una riforma penale*, in AA.VV., *Metodologia e problemi fondamentali della riforma del codice penale*, a cura di A.M. STILE, 1981, Jovene, Napoli;
- BECCHI, P., *Il principio dignità umana*, Morcelliana, Brescia 2009;

- BERNARDI, A., *Modelli penali e società multiculturale*, Giappichelli, Torino 2006;
- BETTIOL, R., *Considerazioni in tema di delitti di attentato*, in *Ind. Pen.* 1975;
- BEYLEVELD, D. – PATTINSON, S., *Embryo research in the UK: is harmonisation in the EU needed or possible?*, in M. FRIELE, *Embryo experimentation in Europe: biomedical legal and philosophical aspects*, Bad Neuenahr-Ahrweiler; Europäische Akademie, 2001;
- BIGNOTTI, S., *Dignità umana: un a priori?*, introduzione a E.W. BÖCKENFÖRDE, *Dignità umana e bioetica*, Morcelliana, Brescia 2010;
- BIN, R., *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano 1988, p. 291 ss.;
- BIN, R., *Bilanciamento degli interessi e teoria della Costituzione*, in AA.VV., *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, a cura di V. ANGIOLINI, Giappichelli, Torino 1992;
- BOBBIO, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Ed. di Comunità, Milano 1965;
- BÖCKENFÖRDE, E.W., *Dignità umana e bioetica*, Morcelliana, Brescia 2010;
- BOMPIANI, A., *Fecondazione assistita e statuto ontologico dell'embrione. I primi sette giorni*, in AA.VV., *Fecondazione assistita: una proposta di legge da discutere*, a cura di F.D. BUSNELLI – A.R. GENAZZANI – E. RIPEPE, CIC ed. int., Roma 1997;
- BONCINELLI, E., *Dallo zigote all'embrione*, in AA. VV., *La legge 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita: quali prospettive?*, a cura di E. D'ORAZIO – M. MORI, in *Notizie di Politeia* 2005;
- BRICOLA, F., *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Giuffrè, Milano 1965;
- BRICOLA, F., voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XIX, UTET, Torino 1973;
- BROWNSFORD, R., *Ri-conessione interpretativa, rivoluzione produttiva e Stato di diritto*, in *Ars interpretandi* 2005;
- BUCCELLI, C., *La tutela dell'embrione nella legge 40/2004 ( e correlato D.M. 21 luglio 2004)*, in *Riv. It. Med. Leg.* 2006;
- CANESTRARI, S. – FAENZA, *Il principio di ragionevolezza nella regolamentazione biogiuridica: la prospettiva del diritto penale*, in *Criminalia* 2008;

- CANESTRARI, S., *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2006, p. 157.
- CANESTRARI, S., *Procreazione assistita: limiti e sanzioni (Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40)*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, p. 417;
- CARDONE, A., *Cellule staminali: un limite ingiusto sui blastomeri*, in *Guida al dir.*, 2004, n. 40;
- CARUSO, G., *Al vaglio della Corte Costituzionale l'obbligo di impiantare solo tre embrioni*, in *Guida al dir.*, 2008, fasc. 6;
- CASABURI, G., *Ancora sulla legge 40/2004: divieto di crioconservazione degli ovociti fecondati (Tribunale di Roma, Sez. I, 23 febbraio 2005, Il commento)*, in *Il Corr. del Merito* 2005, p. 536;
- CASONATO, C., *Introduzione al biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Trento, Trento 2006;
- CASSANI, C., *La diagnosi genetica reimpianto e la sua rilevanza penale*, in *Ind. Pen.*, 2009; in *Guida al dir.*, 2008, fasc. 6;
- CATTANEO, M.A., *Dignità umana e pena nella filosofia di Kant*, Milano 1981;
- CATTANEO, M.A., *Dignità umana, pace perpetua, critica della politica nel pensiero di Kant*, in AA.VV., *Kant e la filosofia del diritto*, a cura di M.A. Cattaneo, Napoli 2005;
- CATTANEO, M.A., *Giusnaturalismo e dignità umana*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2006;
- CERRI, A., *L'eguaglianza della giurisprudenza nella Corte Costituzionale. Esame analitico e ipotesi ricostruttive*, Giuffrè, Milano 1976;
- CICERONE, M.T., *De officiis*, Zanichelli, Bologna 1991;
- COLAIANNI, N., *Libertà costituzionali e diritto penale «di religione»*, in *Pol. Dir.* 1996;
- Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, *¿Qué hacer con los embriones sobrantes? II Informe*, aprile 2000, p. 21, in [www.cnb.uam.es](http://www.cnb.uam.es)
- Comitato Nazionale per la Bioetica, *Identità e statuto dell'embrione umano*, 22 giugno 1996, in [www.portaledibioetica.com](http://www.portaledibioetica.com);
- Comitato nazionale per la bioetica, *Parere del comitato nazionale per la bioetica sul destino degli embrioni derivanti da pma e non più impiantabili*, 26 ottobre 2007, in [www.governo.it/bioetica](http://www.governo.it/bioetica)
- Comitato nazionale per la bioetica, *Parere sul destino degli embrioni derivanti da pma e non più impiantabili*, cit., p. 8. Sui contrasti sorti

- all'interno del C.N.B. sulla questione, si veda L. D'AVACK, *Comitato di bioetica al lavoro tra scienza, diritto e morale*, in *Il Messaggero*, 30 ottobre 2007, p. 24.
- Comitato Nazionale per la Bioetica, *Parere sulle tecniche di procreazione assistita*, punto 2, 17 giugno 1994, in [www.governo.it/bioetica](http://www.governo.it/bioetica);
- Comitato Nazionale per la Bioetica, *Protezione dell'embrione e del feto umani: parere del C.N.B. sul progetto di protocollo del Comitato di bioetica del consiglio d'Europa*, 31 marzo 2000, in [www.governo.it/bioetica](http://www.governo.it/bioetica);
- Commissione europea, *Rapporto sulla ricerca sulle cellule staminali di embrioni umani*, Bruxelles, 3 aprile 2003, in <http://ec.europa.eu/research>;
- CONSORTE, F., *Il divieto di diagnosi preimpianto e di selezione degli embrioni nella prospettiva penalistica, in attesa della pronuncia della Corte Costituzionale*, in *Bioetica* 2006;
- COPELLO, P.L., *Clonación no reproductiva y protección jurídica del embrión: respuestas desde el ordenamiento punitivo*, in *Rev. Pen.* 2004;
- CORBETTA, S., *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1997;
- COSTERBOSA, M.L., *Clonazione umana*, in AA.VV., *Questioni di vita o morte. Etica pratica, bioetica e filosofia del diritto*, a cura di M. LA TORRE – M.L. COSTERBOSA – A. SCERBO, Giappichelli, Torino 2007;
- COTTA, S., *Diritto persona mondo umano*, Giappichelli, Torino 1989;
- D'AGOSTINO, F., *Diritto e giustizia*, San Paolo, Milano 2000;
- DARWIN, C., *The origin of species*, London: Oxford University Press 1963;
- DE FRANCESCO, G., *Commento al D.l 26/4/1993 n. 122 conv. con modif. dalla l. 25/6/1993 n. 205 – Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica, religiosa*, in *Leg. pen.* 1994;
- DE VERO, G., *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Giuffrè, Milano 1983;
- DE VERO, G., *Corso di diritto penale*, I, Giappichelli, Torino 2004;
- DI GIOVINE, O., *Il sindacato di ragionevolezza della Corte Costituzionale in un caso facile. A proposito della sentenza n. 394 del 2006, sui "falsi elettorali"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2007;
- DI GIOVINE, O., *Sul cd. principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale in materia penale. «A proposito del rifiuto totale di prestare il servizio militare»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1995, p. 178;

- DI GIOVINE, O., *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Giappichelli, Torino 2009;
- DI PIETRO, M.L. – SGRECCIA, E., *Procreazione assistita e fecondazione artificiale tra scienza, bioetica e diritto*, Ed. La Scuola, Brescia 1999;
- DOLCINI, E., *Embrioni nel numero “strettamente necessario”: il bisturi della Corte Costituzionale sulla legge n. 40 del 2004*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2009;
- DOLCINI, E., *Fecondazione assistita e diritto penale*, Giuffrè, Milano 2008;
- DOLCINI, E., *Razionalità nella commisurazione della pena: un obiettivo ancora attuale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1990;
- DOLCINI, E., *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza. Qualche indicazione per l’interprete in attesa di un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2000;
- DOLCINI, E., *Ricerca su cellule staminali embrionali importate dall’estero e legge penale italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2006;
- DOLCINI, E., *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in AA.VV., *Diritto Penale in trasformazione*, a cura di G. MARINUCCI – E. DOLCINI, Giuffrè, Milano 1985;
- DONCEEL, J.F., *A liberal catholic’s view*, in AA. VV., *Abortion in a changing world*, a cura di R.E. HALL, Columbia Univ. Press, New York 1970, vol. I;
- DONINI, M., *“Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“offense” di Joel Feinberg*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2008;
- DONINI, M., *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una “nuova” dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2009;
- DONINI, M., *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno “spazio libero dal diritto”*, in *Cass. Pen.* 2007;
- DONINI, M., *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, in *Scritti per Federico Stella*, 2007, I;
- DONINI, M., *Il principio di colpevolezza*, in AA. VV., *Introduzione al sistema penale*, a cura di G. INSOLERA – N. MAZZACUVA – M. PAVARINI – M. ZANOTTI, Giappichelli, Torino 2006;
- DONINI, M., *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano 2004;

- DONINI, M., voce *Teoria del reato*, in *Dig. delle disc. Pen.*, UTET, Torino 1998;
- DÜRIG, G., in T. MAUNZ – G. DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, 1984, art. 1, comma 1;
- DWORKIN, R., *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico*, Feltrinelli, Milano 2006;
- EUSEBI, L., *La tavola rotonda - Fecondazione assistita e tecniche riproduttive: quali i valori in campo – e quali le prospettive – dietro la scelta di regolare "per legge" il processo procreativo? - La vita individuale precoce: soltanto materiale biologico?*, in *Leg. Pen.* 2005;
- FANELLI, G., *Brevi considerazioni in merito al concetto di malattia nel reato di lesioni personali. Derelizione di un ago: quid juris?*, in *Riv. pen.* 2006;
- FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992;
- FIANDACA, G. – MUSCO, E., *Diritto Penale. Parte generale*, VI ed., Zanichelli, Bologna 2010;
- FIANDACA, G. – MUSCO, E., *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Jovene, Napoli 2003;
- FIANDACA, G., *La tavola rotonda - Fecondazione assistita e tecniche riproduttive: quali i valori in campo – e quali le prospettive – dietro la scelta di regolare "per legge" il processo procreativo? – Scelte di tutela in materia di fecondazione assistita e democrazia laica*, in *Leg. Pen.* 2005;
- FIANDACA, G., *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e post-secolarismo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 2007;
- FIANDACA, G., *La tipizzazione del pericolo*, in *Dei delitti e delle pene* 1984,;
- FIANDACA, G., voce *Fatto nel diritto penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, V, UTET, Torino 1991;
- FIorentino, F. – KULIEV, A., *Diagnosi preimpianto + Tipizzazione HLA: il caso del piccolo Luca*, in *Darwin* 2005, n. 4., p. 88;
- FLAMIGNI, C., *Fecondazione assistita e momento del concepimento*, in AA. VV., *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, a cura di A. CELOTTO – N. ZANON, FrancoAngeli, Milano 2004;
- FLAMIGNI, C., *Fecondazioni, Svizzera e Germani fanno così. Un progetto legittimo per correggere la legge sulla fecondazione assistita*, in [www.carloflamigni.com](http://www.carloflamigni.com);

- FLAMIGNI, C., *Il libro della procreazione*, Mondadori, Milano 2003, p. 485;
- FORD, N., *Quando ho cominciato ad esistere*, in AA. VV., *Quale statuto per l'embrione umano – Problemi e prospettive. Convegno Internazionale, Milano gennaio 1991*, a cura di M. MORI, Politeia, Milano 1992;
- FORD, N., *When did I begin? Conception of the human individual in history, philosophy and sciences*, Cambridge University Press, Cambridge 1989;
- FRIEDRICH, C.F., *Die Philosophie des Rechts in Historischer Perspektive*, Berlin-Göttingen-heidelberg 1955;
- FROSINI, T.E., *Così cala l'ombra dell'illegittimità*, in *Guida al Dir.* 2004;
- GALLO E. – MUSCO, E., *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Patron, Bologna 1984;
- GALLO, E., *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, Giuffrè, Milano 1966; GALLO, E., voce *Attentato*, in *Noviss. Dig. It.*, UTET, Torino 1980;
- GALLO, M., voce *Dolo*, in *Enc. del dir.*, XIII; Giuffrè, Milano 1964, p. 781; ID, *I reati di pericolo*, in *Il Foro Penale* 1969;
- GARCÍA GONZALES, J., *Límites penales a los ultimo avances de la ingeniería genética aplicada al ser humano*, Edersa, Madrid 2001;
- GAVRILOV, S. – PROSSER, R.W. – KHALID, I – MACDONALD, J. – SAUER, M.V. – LANDRY, D.W. – PAPAIOANNOU, V.E., *Non-viable human embryos as a source of viable cells for embryonic stem cell derivation*, in *Reproductive BioMedicine Online* 2009, vol. 18, issue 2; MOCCIA, *Bioetica o biodiritto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1990;
- GIUNTA, F., *Principio e dogmatica della colpevolezza nel diritto penale d'oggi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2002, p. 123;
- GOLDENING, J.M., *The brein-life theory: towards a consistent biological definition of humanness*, in *Journal of medical Ethics* 1985;
- GOMEZ SANCHEZ, Y., *El derecho a la reproduccion humana*, Marcial Pons, Ediciones juridicas, Madrid 1994;
- GOOSSENS, V. – RYCKE, M.D. – DE VOS, A. – STAESSEN, C. – MICHIELS – VERPOEST, W. – VAN STEIRTEGHEM, A. – BERTRAND, C. – LIEBAERS, I – DEVROEY, P. – SERMON, K., *Diagnostic efficiency, embryonic development and clinical outcome after the biopsy of one or two blastomeres for preimplantation genetic diagnosis*, in *Human Reproduction* 2007, vol. 23, issue 3;
- GRASSO, G., *Il reato omissivo improprio*, Giuffrè, Milano 1983;

- GRASSO, G., *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1986
- GRASSO, G., *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*; Giuffrè, Milano 1989;
- HABERMAS, J., *I fondamenti morali prepolitici dello Stato liberale*, trad. it., in *Humanitas* 2004; PACILLO, V., *Neo-confessionismo e regressione*, in [www.olir.it](http://www.olir.it);
- HABERMAS, J., *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, trad. di L. Ceppa, Einaudi, Torino 2002;
- HALLIDAY, S., *A comparative approach to the regulation of human embryonic stem cell research in Europe*, in *Medical law review* 2004;
- HARDY, K. – MARTIN, K.L. – LEESE, H.J. – WINSTON, R.M.L. – HANDYSIDE, A.H., *Human preimplantation development in vitro is not adversely affected by biopsy at the 8-cell stage*, in *Human Reproduction* 1990, vol. 5, n. 6;
- HARRIS, J., *Wonderwoman e Superman. Manipolazione genetica e futuro dell'uomo*, Baldini & Castaldi, Milano 1997;
- HASSEMER, W., *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi* 2005;
- HASSEMER, W., *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt am Main, 1980, p. 132;
- HENGELHARDT, H.T., *The foundations of Bioethics*, Oxford University Press, New York 1996;
- HERITIER, P., *Dono scambio dignità*, dattiloscritto in corso di pubblicazione;
- HIGUERA GUIMERA, J.F., *El derecho penal y la genetica*, Madrid 1995;
- HOLDEN, C., *Stem cells. Scientists create human stem cell line from "dead" embryos*, in *Science* 2006; vol. 313, no. 5795;
- IACOMETTI, M., *La procreazione medicalmente assistita nell'ordinamento spagnolo*, in AA. VV., *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, a cura di C. CASONATO – T.E. FROSINI, Giappichelli, Torino 2006;
- INSOLERA, G., in B. GUAZZALOCA – G. INSOLERA – P. SFRAPPINI – A. TASSI, *Controllo di ragionevolezza e sistema penale*, in *Dei delitti e delle pene* 1998;
- JONAS, H., *Sull'orlo dell'abisso. Conversazioni sul rapporto tra uomo e natura*, trad. it., Einaudi, Torino 2000;

- JONAS, H., *Technik, Medizin und Ethic. Praxis des Prinzips Verantwortung*, 1985, trad. it. a cura di P. BECCHI, *Tecnica, medicina ed etica: Prassi del principio responsabilità*, Einaudi, Torino 1997;
- KANT, I., *Fondazione della metafisica dei costumi*, Rusconi, Milano 1982;
- KAUFMANN, M., *Diritti umani*, Guida Editore, Napoli 2009;
- LACADENA CALERO, J.R., *Embriones humanos y cultivos de tejidos: reflexiones científicas, ética y jurídicas*, in *Rev. de der. y gen. hum.* 2000;
- LANDRY, D.W. – ZUCKER, H.A., *Embryonic death and the creation of human embryonic stem cells*, in *Journal of Clinical Investigation* 2004, vol. 114;
- LANZA, R. – ROSENTHAL, N., *La sfida delle staminali. Che cosa sono le staminali embrionali?*, in [www.lesionispinali.org](http://www.lesionispinali.org)
- LANZAROTE MARTÍNEZ, P., *La investigación y experimentación con embriones humanos: aspectos éticos y jurídicos*, in *Cuad. De Bioética* 2006;
- LANZI, A., *Considerazioni sull'eventualità di un sindacato di ragionevolezza sulle scelte politico-criminali*, in *Ind. Pen.* 2003, p. 898.
- LEONE, G., *Reato abituale, continuato e permanente*, Jovene, Napoli 1937;
- LICCI, G., *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale*, Giuffrè, Milano 1989;
- LOSAPPIO, G., *Bioetica e diritto penale. Le disposizioni penali del testo unico delle proposte di legge sulle tecniche di procreazione assistita*, in *Ind. Pen.* 1999;
- LOSAPPIO, G., *Procreazione assistita*, in F. PALAZZO – G. PALIERO, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, II ed., CEDAM, Padova 2007;
- LÖWITH, K., *Da Hegel a Nietzsche. La frattura rivoluzionaria nel pensiero del secolo XIX*, Einaudi, Torino 1974;
- LUHMANN, N., *I diritti fondamentali come istituzione*, trad. a cura di G. Palombelli – L. Pannarale, Dedalo, Bari 200;
- MAESTRI, E., *Giudizi di esistenza. Deliberare sulla vita umana nella riflessione bioetica contemporanea*, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli 2009;
- MAGRI, P., in E. DOLCINI – G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. 11, II ed., 2006, art. 648;

- MAGRO, M.B., *Etica laica e tutela della vita umana: riflessioni sul principio di laicità del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994;
- MANES, V., *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1997;
- MANES, V., *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, Torino 2005;
- MANETTI, M., *Le sentenze sulla pma, o del legislatore che volle farsi medico*, 28.05.2009, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it)
- MANGIAMELI, S., *La laicità dello Stato tra neutralizzazione del fattore religioso e «pluralismo confessionale culturale»*, in *Diritto e società* 1997;
- MANNA, A., *La tavola rotonda - Fecondazione assistita e tecniche riproduttive: quali i valori in campo – e quali le prospettive – dietro la scelta di regolare "per legge" il processo procreativo? - La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione di beni giuridici*, in *Leg. pen.* 2005;
- MANNA, A., voce *Sperimentazione medica*, in *Enc. del dir.*, Giuffrè, Milano 2000;
- MANNA, A., *La regola dell'oltre il ragionevole dubbio nel pericolo astratto come pericolo reale*, in *Cass. Pen.* 2005;
- MANTOVANI, F., *Diritto Penale. Parte Speciale I. Delitti contro la persona*, Seconda Edizione, CEDAM, Padova 2005;
- MANTOVANI, F., *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007;
- MANTOVANI, F., *La fecondazione assistita tra il "diritto alla prole" e il "diritto ai due genitori"*, in *Ind. Pen.* 1990;
- MANTOVANI, F., *La tavola rotonda - Fecondazione assistita e tecniche riproduttive: quali i valori in campo – e quali le prospettive – dietro la scelta di regolare "per legge" il processo procreativo? - Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, in *Leg. pen.* 2005;
- MANTOVANI, F., *Problemi della laicità nell'esperienza giuridico-penale*, in AA.VV., *Ripensare la laicità. Il problema della laicità nell'esperienza giuridica contemporanea*; Giappichelli, Torino, 1993;
- MANTOVANI, F., *Problemi penali delle manipolazioni genetiche*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1986;

- MARINI, G., *Le circostanze del reato*, Giuffrè, Milano 1965, p. 67; nonché M. GALLO, *Sulla distinzione tra figura autonoma di reato e figura circostanziata*, in *Riv. it. dir. pen.* 1949;
- MARINUCCI, G. – DOLCINI, E., *Corso di diritto penale*, 1, III ed. Giuffrè, Milano 2001, p. 128 ss.
- MARINUCCI, G. – DOLCINI, E., *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1994;
- MARINUCCI, G., *Fatto e scriminanti*, in AA.VV., *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. MARINUCCI – E. DOLCINI, Giuffrè, Milano 1985;
- MARINUCCI, G., *Fatto e scriminanti. Note dogmatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1983;
- MARINUCCI, G., *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Giuffrè, Milano 1971;
- MARINUCCI, G., *Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1996;
- MARINUCCI, G., *Problemi della riforma del diritto penale in Italia*, in AA.VV., *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. MARINUCCI – E. DOLCINI, Giuffrè, Milano 1985;
- MARINUCCI, G., voce *Consuetudine (dir. pen.)*, in *Enc. del dir.*, IX, Giuffrè, Milano 1961;
- MAUGERI, A.M., *I reati di sospetto dopo la pronuncia della Corte Costituzionale n. 370 del 1996: alcuni spunti di riflessione sul principio di ragionevolezza, di proporzione e di tassatività*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999;
- MAUGERI, A.M., *La responsabilità da comando nello statuto della Corte Penale internazionale*, Giuffrè, Milano 2007;
- MAUGERI, A.M., *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Giuffrè, Milano 2001;
- MAUGERI, A.M., *Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, Giappichelli, Torino 2010;
- MAZZACUVA, N., *Modello costituzionale di reato. Le «definizioni» del reato e la struttura dell'illecito penale*, Giappichelli, Torino 2006;
- MELCHIONDA, A., *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, CEDAM, Padova 2000;
- MEZZETTI, F., *Le manipolazioni genetiche dalla deregulation legislativa all'intervento normativo invasivo*, in *Dir. pen. e proc.* 2000, p. 320;

- MICHELETTI, D., *Una sentenza di «incostituzionalità sopravvenuta» per «inadeguatezza» della tutela in materia di reati di sospetto*, in *Giur. cost.* 1996;
- MOCCIA, S., *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflessi illiberali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1995;
- MORI, M., *Come, quanto e perché tutelare il pre-embrione formato in vitro*, in *Dir. Pen. e Proc.* 1997;
- MORI, M., *Il feto ha diritto alla vita? Un'analisi filosofica dei vari argomenti in materia con particolare riguardo a quello della potenzialità*, in AA.VV., *Il meritevole di tutela*, a cura di L. LOMBARDI VALLAURI, Giuffrè, Milano 1990;
- MORI, M., *La tutela del pre-embrione formato "in vitro"*, in *Dir. Pen. e Proc.* 1995;
- MORRONE, A., *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano 2001;
- MUSCO, E., *Consenso e legislazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1993;
- NAVA, I., *Fecondazione assistita, c'è una legge da ripristinare. L'intervista*, 15 maggio 2008, in [www.avvenireonline.it/vita](http://www.avvenireonline.it/vita);
- NEPPI MODONA, G., *Il reato impossibile*, Giuffrè, Milano 1973;
- NUTKIEWICZ, M., *S. Pufendorf: obligation as the basis of the State*, in *Journal of the History of Philosophy* 1983;
- NUVOLONE, P., *Il sistema del diritto penale*, CEDAM, Padova 1982;
- PADOVANI, T., *La tipicità inafferrabile*, in AA. VV., *Il delitto politico*, 1984;
- PAGLIARO, M., *Aspetti giuridici della prevenzione*, in *Ind. Pen.* 1976, p. 5 ss.; M. ROMANO, *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, in AA.VV., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di M. ROMANO – F. STELLA, Il Mulino, Bologna 1980;
- PAGLIARO, M., *Concorso di norme*, in *Enc. del dir.*, VIII, Giuffrè, Milano 1961;
- PALADIN, L., *Corte Costituzionale e principio generale d'eguaglianza*, in *Giur. cost.* 1984;
- PALADIN, L., *Esiste un «principio di ragionevolezza» nella giurisprudenza della costituzionale?*, in AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Giuffrè, Milano 1994;
- PALAZZANI, L., *Il concetto di persona tra bioetica e diritto*, Giappichelli, Torino 1996;

- PALAZZO, F., *Elementi quantitativi indeterminati e loro ruolo nella struttura della fattispecie (a proposito della frode fiscale)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1989, p. 1199;
- PALAZZO, F., *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1992;
- PALAZZO, F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, CEDAM, Padova 1979;
- PALAZZO, F., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. It. Dir. e proc. Pen.* 1998;
- PALAZZO, F., *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza – tassatività in materia penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1991;
- PALIERO, C.E., *Consenso e legislazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1992;
- PALIERO, C.E., *Consenso e legislazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1992;
- PALIERO, C.E., *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990;
- PALIERO, C.E., *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed “effetti penali” dei media)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2006;
- PALLADINI, F., *Samuel Pufendorf discepolo di Hobbes. Per una reinterpretazione del giusnaturalismo moderno*, Il Mulino, Bologna 1990;
- PANAGIA, S., *Del metodo e della crisi del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1997;
- PANNAIN, M., voce *Lesioni e percosse (diritto penale comune)*, in *Novissimo Digesto*, vol. IX, UTET, Torino 1957;
- PARODI GIUSINO, M., *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Giuffrè, Milano 1990;
- PAVARINI, M., *Lo scopo della pena*, in AA. VV., *Introduzione al sistema penale*, a cura di G. INSOLERA – N. MAZZACUVA – M. PAVARINI – M. ZANOTTI, Giappichelli, Torino 2006;
- PENASA, S., *Alla ricerca dell’anello mancante: il deposito dello strumento di ratifica della Convenzione di Oviedo*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2007;
- PENASA, S., *La fragil rigidez de la ley italiana de reproduccìon asistida contra la rigida flexibilidad del modelo español: contenido vs. procedimiento*, in *Rev. de Bioetica e Der.* 2010, n. 19;

- PENASA, S., *La procreazione medicalmente assistita: due modelli a confronto*, in AA. VV., *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, a cura di E. CAMASSA – C. CASONATO, Collana Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Trento, 2005, p. 128;
- PICOTTI, L., *Il dolo specifico. Un'indagine sugli elementi finalistici della fattispecie penale*, Giuffrè, Milano 1993;
- PICOTTI, L., *La discriminazione razziale e la politica: riflessioni su una recente sentenza del tribunale di Verona*, in *Dir. imm. e cittadinanza* 2005;
- PIEVANI, T., *La bioetica confessionale nel centro-sinistra*, in *Micro/Mega*, n. 2, 2007;
- PUFENDORF, S., *De iure naturae et gentium libri octo*, v. II, Clarendon Press – H. Milford, London: Oxford 1934;
- PULITANÒ, D., *Diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 2006;
- PULITANÒ, D., *Diritto Penale*, III ed., Giappichelli, Torino 2009, p. 229.
- PULITANÒ, D., *Doveri del medico, dignità del morire, diritto penale*, in *Riv. It. med. Leg.* 2007;
- PULITANÒ, D., *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2006;
- PULITANÒ, D., *Politica criminale*, in AA.VV., *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. MARINUCCI – E. DOLCINI, Giuffrè, Milano 1985;
- RAUTI, A., *Sui principi di progressività, proporzionalità e ragionevolezza*, in AA. VV., *La ragionevolezza nel diritto*, a cura di M. LA TORRE – A. SPADARO, Giappichelli, Torino 2002;
- Relazione della Commissione di studio sull'utilizzo di cellule staminali per finalità terapeutiche, Roma, 28 dicembre 2000, in [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu);
- Report of the Committee of Inquiree into Human Fertilization and Embriology (Warnock Report), London, 18 luglio 1984, in *Journ. of advanced nursing* 1984;
- RIMOLI, F., *Tutela del sentimento religioso, principio di uguaglianza e laicità dello Stato*, in *Giur. cost.* 1997;
- RIMOLI, F., voce *Laicità (dir. cost.)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XVIII, 1995;
- RISICATO, L., *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Giappichelli, Torino 2008;

- RISICATO, L., *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Giuffrè, Milano 2004;
- RISICATO, L., *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Giappichelli, Torino 2007;
- RISICATO, L., *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2005;
- RIZ, R., *Bioetica – Fivet – Clonazione. Tutela della persona e della vita*, in *Ind. Pen.* 2000;
- ROMANO, A., *In riferimento alla tutela penale del sentimento religioso in una società pluralista*, in *Dir. e soc.*, 2002;
- ROMANO, M., *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 2007
- ROMANO, M., *Commentario sistematico del codice penale*, sub art. 64, vol. I, III ed., Giuffrè, Milano 2004;
- ROMANO, M., *Commentario sistematico del codice penale*, sub pre-art. 39, Giuffrè, Milano 2004;
- ROMANO, M., *Legislazione penale e tutela della persona umana (Contributo alla revisione del Titolo XII del Codice penale)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1989;
- ROMEO CASABONA, C., *La investigaciòn y la terapia con cèlulas madre embrionarias: hacia un marco juridico europeo*, in *La Ley* 2002, n. 5467;
- ROMEO CASABONA, C.M., *Genetica y derecho penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genetica*, in *Derecho y salud* 1996, vol. 4, n. 1;
- ROMEO CASABONA, C.M., *I reati relativi alle manipolazioni genetiche nel codice penale spagnolo del 1995*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1998;
- ROMEO CASABONA, C.M., *La clonaciòn humana: presupuestos para una intervenciòn juridico-penal*, in AA. VV., *Genètica y Derecho Penal*, a cura di C.M. ROMEO CASABONA, Comares, Bilbao-Granada 2002;
- ROSSANO, C., *«Ragionevolezza e fattispecie di eguaglianza»*, in AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Giuffrè, Milano 1994;
- ROSSETTI, M., *Controllo di ragionevolezza ed oggettività giuridica nei reati di insubordinazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1980;
- RUGGERI, A., *Note introduttive allo studio della motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale (ordini tematici e profili problematici)*, in AA. VV., *La motivazione delle decisioni della*

- Corte Costituzionale*: atti del seminario di Messina, 7-8 maggio 1993, a cura di A. RUGGERI, Giappichelli, Torino 1994;
- SCHEFOLD, D., *Aspetti di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, in AA. VV., *Il principio di ragionevolezza, nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Giuffrè, Milano 1994;
- SESSA, A., *Dalla bioetica al biodiritto: irrazionalità e simbolismo negli esiti di una legislazione emergenziale in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Ind. Pen.* 2004;
- SHEA, M.C., *Embryonic life and Human Life*, in *Journal of medical Ethics* 1985, p. 205.
- SINGER, P., *Etica pratica*, Liguori, Napoli 1989;
- SIRACUSANO, D., *I delitti in materia di religione*, Milano, Giuffrè, 1983;
- SPIRITO, P., *Il giuramento assertorio davanti alla Corte costituzionale* (nota alla sent. n. 149/1995), in *Giur. Cost.* 1995;
- STELLA, F., *Giustizia e modernità*, Giuffrè, Milano 2003, p. 523 ss.
- STELLA, F., *Il problema della prevenzione della criminalità*, in AA.VV., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di M. ROMANO – F. STELLA, Bologna 1980;
- STELLA, F., *La teoria del bene giuridico ed i cd. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1973;
- STELLA, F., *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, in AA.VV., *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. MARINUCCI – E. DOLCINI, Giuffrè, Milano 1985;
- STOECKER, R., *Dalla morte cerebrale alla dignità umana. Per il superamento filosofico-morale del dibattito sulla morte cerebrale e il problema dei trapianti*, in AA. VV., *Questioni mortali. L'attuale dibattito sulla morte cerebrale e il problema dei trapianti*, a cura di R. Barcaro – P. Becchi, Napoli 2004;
- STRELCHENKO, N. – VERLINSKY, O. – KUKHARENKO, V. – VERLINSKY, Y. *Morula-derived human embryonic stem cells*, in *Reproductive Biomedicine Online* 2004, vol. 9, issue 6;
- TRUJILLO, I., *La rilevanza dell'embrione umano nell'esperienza giuridica e filosofica*, in *Ann. Sem. giur.* 2006;
- URRUELA MORA, A., *La clonación humana ante la reforma penal y administrativa en España*, in *Rev. pen.* 2008;
- VALENTI, A., *Principi di materialità e offensività* in AA. VV., *Introduzione al sistema penale*, a cura di G. INSOLERA – N. MAZZACUVA – M. PAVARINI – M. ZANOTTI, Giappichelli, Torino 2006;

- VERLINSKY, Y. – KULIEV, A., *Current status of preimplantation diagnosis for single gene disorders*, in *Reproductive Biomedicine Online* 2003, vol. 7, issue 2;
- VERLINSKY, Y. – STRELCHENKO, N. – KUKHARENKO, V. – RECHITSKY, S. – VERLINSKY, O. – GALAT, V. – KULIEV, A., *Human embryonic stem cell lines with genetic disorders*, in *Reproductive Biomedicine Online* 2005, vol. 10, issue 1;
- VERLINSKY, Y. – STRELCHENKO, N. – KUKHARENKO, V. – SCHKUMATOV, A. – RECHITSKY, S. – VERLINSKY, O. – KULIEV, A., *Preimplantation genetic disorders as a source of human embryonic stem cell lines*, in *Reproductive Biomedicine Online* 2008, vol. 16, suppl. 3;
- VISCONTI, C., *Il reato di propaganda razzista tra dignità umana e libertà di espressione*, in *Ius17@unibo.it* 2009;
- WELIN, S., *Reproductive ectogenesis: the third era of human reproduction and some moral consequences*, in *Science and Engineering Ethics* 2004;
- ZAGREBELSKY, G., *Su tre aspetti della ragionevolezza*, in AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Giuffrè, Milano 1994;
- ZOONIL, Y., *Das Gebot der Verhältnismäßigkeit in der grundrechtlichen Argumentation*, Frankfurt am Main 1998;
- ZUCCALÀ, G., *Delle circostanze del reato. Nota introduttiva*, in A. CRESPI – F. STELLA – G. ZUCCALÀ, *Commentario breve al Codice Penale*, II ed., CEDAM, Padova 1992;
- ZUCCALÀ, G., *Profili del delitto di attentato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1979;