



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MESSINA

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE

(CURRICULUM “TUTELA PENALE E GARANZIE DELLA
PERSONA NEL DIRITTO INTERNO,
COMPARATO, EUROPEO ED INTERNAZIONALE: PROFILI
SOSTANZIALI E PROCESSUALI”)

– XXX CICLO –

**IL DIRITTO ALLA FECONDAZIONE ASSISTITA: UNA
PROSPETTIVA COMPARATA**

Tesi di dottorato di:

Dott.ssa Paola SANFILIPPO

Tutor:

Chiar.ma Prof.ssa Lucia RISICATO

Coordinatore del Corso di Dottorato:

Chiar.ma Prof.ssa Maria Piera RIZZO

INDICE

Capitolo I	5
La disciplina della procreazione medicalmente assistita nel contesto italiano	5
1) Lo statuto costituzionale della procreazione. Esiste un diritto alla procreazione artificiale?.....	5
2) Le disposizioni introduttive in materia di pma e i requisiti oggettivi e soggettivi per l'accesso alle tecniche. Riflessioni sul ruolo del principio di laicità dell'ordinamento italiano.....	17
3) L'art. 6 in materia di consenso informato.....	55
Capitolo II	74
Lo statuto punitivo della legge n. 40/2004	74
1.1) Divieti generali e sanzioni: l'art. 12, comma 1 relativo alla fecondazione eterologa e la sentenza costituzionale n. 162/2014. .	77
1.2) Il delitto di commercializzazione di gameti o embrioni e di maternità surrogata (art. 12, comma 6).....	98
2) I divieti di sperimentazione e ricerca sugli embrioni umani (art. 13): il delicato bilanciamento tra interessi confliggenti.....	116

2.1) La sentenza costituzionale n. 229/2015 sul reato di selezione embrionale a scopo eugenetico.	129
2.2) La sentenza costituzionale n. 84/2016 sul divieto di ricerca scientifica sugli embrioni affetti da anomalie.....	137
3) Il divieto di diagnosi preimpianto, il caso <i>Costa e Pavan</i> e le sue ricadute sull’ordinamento italiano.	147
4) I limiti all’applicazione delle tecniche sugli embrioni (art. 14): i divieti di soppressione, crioconservazione e produzione sovranumeraria.....	163
4.1) La sentenza costituzionale n. 151/2009 in tema di limiti all’applicazione delle tecniche sugli embrioni.....	170
Capitolo III	178
Profili comparatistici in materia di fecondazione medicalmente assistita	178
Sez. I: La disciplina tedesca e le applicazioni dell’ <i>Embryonenschutzgesetz</i>	178
1) I requisiti di accesso alle tecniche di fecondazione artificiale.	185
2) Le fattispecie delittuose descritte dall’ <i>ESchG</i>	199

Sez. II - <i>La Ley 14/2006, de 26 mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.</i>	220
1) I requisiti di accesso alle tecniche di fecondazione artificiale e la nozione di pre-embrione.	223
2) Gli illeciti descritti dalla legge spagnola.....	234
Sez. III – I parametri sovranazionali in tema di pma e l’influenza della giurisprudenza della Corte di Strasburgo.....	238
1) “Le relazioni pericolose” tra laicità e biodiritto: alla ricerca di un equilibrio e di possibili correttivi.....	251
<i>Indice bibliografico</i>	260
<i>Indice delle decisioni citate</i>	290

Capitolo I

La disciplina della procreazione medicalmente assistita nel contesto italiano

Sommario:

Il fondamento costituzionale del diritto alla procreazione e le disposizioni introduttive della l. n. 40/2004.

1. Lo statuto costituzionale della procreazione. Esiste un diritto alla procreazione *artificiale*? – 2. Le disposizioni introduttive in materia di pma e i requisiti oggettivi e soggettivi per l'accesso alle tecniche. Riflessioni sul ruolo del principio di laicità nell'ordinamento giuridico italiano. – 3. L'art. 6 in materia di consenso informato.

Il fondamento costituzionale del diritto alla procreazione e le disposizioni introduttive della legge n. 40/2004.

1) Lo statuto costituzionale della procreazione. Esiste un diritto alla procreazione artificiale?

Il continuo progresso medico, scientifico e tecnologico, il riaccesso dibattito in ordine all'opportunità e alla legittimità della modificazione artificiale della vita biologica e alla disponibilità dei fenomeni vitali in generale¹, nonché la mutata coscienza sociale in materia di scelte legate alla riproduzione, ispirano una riflessione sull'interpretazione delle norme fondamentali del nostro ordinamento e sulla loro idoneità a "riscoprire il corpo"² nella sua dimensione virtuale e propriamente giuridica, oltre che semplicemente materiale³.

L'incidenza del progresso scientifico e tecnologico applicato alla medicina rappresenta per l'ordinamento giuridico, infatti - specialmente nel settore della tutela penale della persona - un'occasione particolarmente opportuna ad indurre il legislatore e l'interprete ad una radicale rilettura delle categorie tradizionali del diritto penale, delle sue funzioni, dei suoi stessi paradigmi e condizioni di efficacia e legittimità, nel senso di una sempre maggiore valorizzazione del principio personalistico e del principio di laicità, cui si ispira la Carta costituzionale.

¹ D. PULITANÒ, *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. I, Torino, 2014, p.12.

² J.P. BAUD, *Il caso della mano rubata*, Milano, 2002, p. 50.

³ Così anche A. SANTOSUOSSO, *Persone fisiche e confini biologici, chi determina chi*, in A. D'ALOIA, *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003, p. 146; P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo*, in S. RODOTÀ - P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo* (a cura di S. CANESTRARI - G. FERRANDO - C.M. MAZZONI - S. RODOTÀ - P. ZATTI), Tomo I, Milano, 2011, p. 137 s. Sulla tendenza alla definizione astratta del soggetto e della sua esistenza, tipica della modernità giuridica, riflette invece S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, p. 74.

Sono proprio le modalità di tutela approntate dal diritto penale e la loro intensità a costituire «la cartina di tornasole della effettività, legittimità, democraticità, di ogni ordinamento giuridico»⁴, rappresentando quello della tutela penale della persona uno degli ambiti cui in maniera più evidente si manifesta il carattere effettivamente laico e pluralista di ogni ordinamento giuridico.

Preso atto della posizione centrale assunta dalla persona umana nel nostro ordinamento giuridico in virtù del principio personalistico che informa il nostro sistema costituzionale, è prioritariamente demandata allo strumento del diritto penale, tecnica di salvaguardia di beni giuridici, ed in misura più intensa rispetto agli altri rami del diritto, la funzione di garantire una tutela pregnante della persona, nei molteplici diritti ed interessi che la caratterizzano e coinvolgono.

Rispetto al tema che in questa sede ci occupa, appare dunque utile un'indagine sulla rilevanza del fenomeno della procreazione non solo come fatto materiale e comportamento umano, ma anche come fatto giuridicamente tutelabile per mezzo dello strumento del diritto penale, rilevante all'interno dell'ordinamento quale diritto fondamentale della persona non solo qualora si tratti di procreazione naturale, ma anche quando si intenda realizzare, attraverso una scelta

⁴ A. MANNA, *La tutela penale della persona: quali orizzonti?*, in *Pol.dir*, p. 629.

volontaria e programmata, un processo riproduttivo per mezzo di tecniche di fecondazione artificiale.

Si tratta di un tema di tale complessità, da generare difficoltà in merito all'attribuzione di un'interpretazione univoca al concetto di "diritto alla procreazione": esso ben potrebbe considerarsi sia come interesse alla generazione di una discendenza in senso biologico e naturale sia come un interesse alla discendenza in senso sociale e giuridico, caratteristico di quei soggetti che ricorrono a strumenti quali l'affidamento e l'adozione, la surrogazione di maternità o la procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, in considerazione della mutata coscienza sociale e dello sviluppo di forme di genitorialità e modelli familiari di derivazione non strettamente biologica o genetica.

Se sotto un profilo strettamente naturalistico per *procreazione*⁵ umana s'intende quel processo organico volto alla generazione della vita materiale di un individuo, che si articola nelle tre progressive fasi del concepimento, della gravidanza e della nascita del concepito⁶, tali elementi costitutivi rappresentano, sotto un profilo giuridico, il

⁵ Per un esame etimologico e per la definizione del concetto cfr. A. GORASSINI, *Procreazione (dir.civ.)*, voce in *Enc.dir.*, XXXVI, Milano, 1987, p. 944 ss, dove il fenomeno procreativo è qualificato come fatto materiale e comportamento umano.

⁶ Un'accurata e diffusa analisi tecnica del processo riproduttivo è realizzata da C. FLAMIGNI, *Le tappe dell'evoluzione biologica*, in S. RODOTÀ – P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo* (a cura di S. CANESTRARI – G. FERRANDO – C.M. MAZZONI – S. RODOTÀ – P. ZATTI), Tomo II, Milano, p. 1282 ss.

necessario prodromo per la produzione di significativi effetti all'interno dell'ordinamento⁷.

Nonostante non esista un diritto alla procreazione *tout court* espressamente codificato all'interno della nostra Costituzione, sarebbero comunque individuabili riferimenti e fonti giuridiche idonee a fondare la qualificazione dell'interesse dell'individuo alla procreazione come un autentico diritto fondamentale e costituzionalmente rilevante, come tale dunque tutelabile nel duplice senso positivo e negativo.

A livello costituzionale, è destinato al Titolo II della Carta fondamentale, relativo alla tutela dei "Rapporti etico- sociali", soltanto il riconoscimento dei rapporti che temporalmente succedono la conclusione del processo procreativo, assicurandosi agli artt. 29, 30, 31 Cost. la tutela della famiglia, della maternità, della prole anche se nata fuori del matrimonio.

Si tratta di diritti – quelli indirizzati alla protezione dell'interesse a fondare una famiglia e alla filiazione- che ritroverebbero nell'esercizio dell'opzione di generare dei figli una necessaria

⁷ Si pensi, ad esempio, alla rilevanza del concepimento per l'attribuzione di paternità sul figlio legittimo o per il riconoscimento del figlio naturale o ancora per l'attribuzione della capacità di succedere o di ricevere per donazione; alla rilevanza della nascita come momento a partire dal quale alla persona fisica è riconosciuta dall'ordinamento la capacità giuridica. Sul piano penalistico, invece, la perdita della capacità procreativa costituisce uno degli elementi che integrano la fattispecie di lesione gravissima ai sensi dell'art. 583, comma 2, n. 3). Sul punto, diffusamente, cfr. A. MARTINI, *Profili giuridici della fecondazione medicalmente assistita*, Napoli, 2006, p.10 ss.

condizione per il loro effettivo riconoscimento: il diritto alla generazione della prole rappresenterebbe dunque, seppur non esplicitamente previsto dalla Costituzione, un “diritto-presupposto” per tutte le situazioni tutelate dalla Costituzione e che seguono cronologicamente l’evento riproduttivo⁸.

Ancor prima e senza dover utilizzare argomenti logici a ritroso, per ritrovare un fondamento costituzionale al diritto alla procreazione, risulterebbe addirittura ancor più agevole il richiamo al principio personalistico che informa il modello costituzionale italiano, il quale si caratterizza per la posizione di centralità attribuita alla persona umana e per la tutela assicurata ai diritti inviolabili dell’uomo.

Se fine ultimo dello Stato, infatti, è la tutela dei diritti individuali della persona, tale scopo può dall’ordinamento giuridico essere perseguito solo attraverso la garanzia, riservata ad ogni cittadino, della massima libertà nella realizzazione della propria esistenza in conformità alle proprie aspirazioni e determinazioni, pur nel contestuale rispetto dei diritti altrui.

Si tratta della principale implicazione del principio personalistico, che ispira l’intero ordinamento costituzionale e che

⁸ Cfr. G. FERRANDO, *Quale disciplina per la procreazione artificiale?*, in *Dir.fam.pers.*, 2-1987, p.1143 ss.; A. MARTINI, *Profili giuridici della fecondazione medicalmente assistita*, cit., p.21; S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1992, p. 215 ss.

orienta la *Stufenbau* alla tutela della libertà di autodeterminazione individuale e della libera esplicazione della libertà di ciascun cittadino secondo il proprio sistema di valori⁹.

Ispirandosi le norme fondamentali nel nostro ordinamento alla massima tutela della libertà dell'individuo, sia come singolo sia nel contesto nelle formazioni sociali nelle quali svolge la propria personalità, è infatti di chiara evidenza come la libertà procreativa (così come anche la libertà di *non* procreare) rappresenti estrinsecazione di una delle norme cardine dell'intero ordinamento costituzionale del nostro Paese.

Il riferimento è evidentemente all'art. 2 Cost., "clausola aperta" ma assiologicamente delimitata¹⁰, all'interno della quale rifluiscono tutti i diritti e le libertà non specificamente previste nei centotrentanove articoli della Carta fondamentale, ma derivabili direttamente o indirettamente da questi ultimi e, pertanto, meritevoli di protezione.

Il suo ruolo centrale di matrice e garante di tutte le libertà, consente infatti a tale clausola di esercitare la sua forza espansiva anche a favore di tutti i singoli diritti e libertà non specificatamente

⁹ Così A. MANNA, *La tutela penale della persona: quali orizzonti?*, cit., p. 637.

¹⁰ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1969, II, p. 949.

indicati in disposizioni costituzionali¹¹, tra cui troverebbe ampio spazio anche il diritto del singolo di autodeterminarsi in ordine alla procreazione, quale espressione di autonomia e libertà essenziale della persona¹².

L'interesse alla paternità e alla maternità come uno dei modi di espressione della persona umana, collocabile tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione e inquadrabile tra i diritti inviolabili della persona umana protetti proprio dal parametro costituzionale appena richiamato, trova ampio e chiaro riconoscimento anche nella giurisprudenza costituzionale, già da tempi molto più risalenti rispetto all'entrata in vigore della normativa in materia di fecondazione medicalmente assistita.

¹¹ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 304; A. BARBERA, *Sub art. 2 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, Bologna- Roma, a cura di G. BRANCA, 1975, p. 67 ss.

¹²Sul punto cfr., con diversi accenti, C.M. BIANCA, *Il diritto alla procreazione*, in G. BISCONTINI – L. RUGGERI (a cura di), *La tutela dell'embrione*, Napoli, 2002, p. 100 ss.; F. D. BUSNELLI, *Quali regole per la procreazione assistita*, in *Riv.dir.civ.*, II- 1996, p. 580 ss.; M. CALOGERO, *La procreazione artificiale. Una ricognizione dei problemi*, Milano, 1989, p. 43; A. GORASSINI, *Procreazione*, cit., p. 952; V. LOJACONO, *Padre*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1982, p. 500; G. MILAN, *Aspetti giuridici della procreazione assistita*, Padova, 1997, p. 86 ss.; P. PERLINGIERI, *L'inseminazione artificiale tra principi costituzionali e riforme legislative*, in G. FERRANDO (a cura di), *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Padova, 1989, p. 140 ss.; ID., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 174 ss.; A. MARTINI, *Profili giuridici della fecondazione medicalmente assistita*, cit., p.13 ss.; L. PANELLA, *Diritti umani e procreazione artificiale*, Milano, 1990, *passim*; G. PETRUCCI, *Fecondazione artificiale, famiglia e tutela del nascituro*, Milano, 2002, p. 40 ss.; A. SANDULLI, *Rapporti etico-sociali*, sub art.29 Cost, in *Commentario al diritto italiano di famiglia*, diretto da G. CIAN, G. OPPO, A. TRABUCCHI, Padova, 1992, p. 22; G. SCIANCALEPORE – P. STANZIONE, *Filiazione e procreazione assistita*, Milano, 2001, p. 13.

Sostiene la derivazione costituzionale della libertà procreativa dall'art. 13 Cost., I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Milano, 2000, p. 83. La riconduce, invece, alle fonti costituzionali rappresentate dagli artt. 29 e 32 Cost., F. PASTORE, *Il diritto di procreare*, in V. BALDINI (a cura di), *Diritti della persona e problematiche fondamentali. Dalla bioetica al diritto costituzionale*, Torino, 2004, p. 165. Trova invece un riferimento preminente nell'art. 31 Cost., in tema di protezione della maternità in relazione all'attività lavorativa, F. RIMOLI, *Appunti per uno studio sul diritto alla procreazione*, in *Dir e soc.*, 1994, p.150.

I riferimenti giurisprudenziali in tal senso risalgono agli anni '80, quando la Consulta ha riconosciuto espressamente il diritto alla sessualità come inviolabile e direttamente tutelato dall'art. 2 Cost.¹³.

Più di recente, diverse pronunce dei giudici di merito hanno consacrato un autentico “diritto alla procreazione” in questioni relative alla surrogazione di maternità, sottolineando come l'interesse alla generazione della prole possa essere soddisfatto non esclusivamente per mezzo dell'utilizzo delle naturali capacità procreative degli aspiranti genitori, ma anche attraverso il ricorso alle programmabili tecniche di fecondazione artificiale¹⁴.

Merita adeguata considerazione anche la sentenza costituzionale n. 332 del 24 luglio 2000¹⁵, attraverso la quale la Consulta ha rilevato un'insanabile «limitazione del diritto di procreare, o di diventare genitore» nel requisito dell'assenza di prole per ricoprire ruoli all'interno della Guardia di Finanza, in patente contrasto con l'art. 2 Cost., che tutela l'integrità della sfera personale dell'individuo e la sua libertà di autodeterminarsi nella vita privata.

¹³ Cfr. Corte Cost., 18 dicembre 1987, n. 561, in *Foro It.*, I-1989, 2113 ss.

Nella giurisprudenza di legittimità, cfr. Invece, sul punto, Cass. 11 novembre 1986, n. 6607, in *Nuova giur.civ.comm.*, I- 1987, p. 344 ss.; Cass., 10 maggio 2005, n. 9881, in *Fam.dir.*, 2005, p. 365 ss.

¹⁴ Sul punto v. Trib. Monza, 27 ottobre 1989, in *Foro.it*, I -1989, p. 300 ss.; Trib. Roma, 17 febbraio 2000, in *Foro it.*, I-2000, 972 ss.

¹⁵ V. Corte Cost. 24 luglio 2000, n. 332, in *Giur.it.*, I- 2000, p. 171 ss., dove i giudici costituzionali hanno dichiarato costituzionalmente illegittima la legge n. 64 del 29 gennaio 1942, recante norme in materia di “Modificazioni alle leggi di ordinamento della regia Guardia di Finanza”, all'art. 7, n.3), nella parte in cui prevedeva tra le condizioni necessarie all'arruolamento presso la Guardia di Finanza “l'essere senza prole”.

La procreazione, a giudizio della Corte Costituzionale, è pertanto una scelta che non può essere imposta e non può subire vincoli, neanche indiretti¹⁶.

Se un principio a tutela dell'interesse del singolo alla continuazione di sé emerge, sul piano delle fonti di natura sovraordinata, solo a livello di Costituzione materiale e per merito alle acquisizioni della giurisprudenza costituzionale, non essendo stata cristallizzata una norma costituzionale *ad hoc*, sono tuttavia individuabili, nell'ordinamento giuridico italiano, altri fondamenti positivi idonei a sostenere la portata di un autentico diritto alla procreazione in fonti di rango inferiore a quelle costituzionali.

Un riferimento testuale preciso è quello che risulta dalla legge in materia di interruzione volontaria di gravidanza del 22 maggio 1978, n. 184, la cui disposizione introduttiva, al primo comma, recita «Lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile».

Un'ulteriore coordinata normativa è poi rappresentata dalla legge recante norme in tema di istituzione dei consultori familiari (l. 29 luglio 1975, n. 405), che individua tra gli scopi del servizio di assistenza alla famiglia e alla maternità «la somministrazione dei

¹⁶ A. D'ALOIA- P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, in S. RODOTÀ – P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, cit. Tomo II, Milano, 2011, p. 1343 s.

mezzi necessari per conseguire le finalità liberamente scelte dalla coppia e dal singolo in ordine alla procreazione responsabile nel rispetto delle convinzioni etiche e dell'integrità degli utenti».

La titolarità del diritto di cui si ragiona in capo al singolo non risulterebbe contestabile, alla luce della pluralità di fonti del diritto che lo consacrano.

Accertato *l'an*, dunque, s'impone di seguito una riflessione in merito al *quantum* di libertà di autodeterminazione, che nella vita privata è assicurata al singolo dall'ordinamento italiano.

In altri termini, appurato il riconoscimento della procreazione *tout court* come diritto e libertà fondamentale della persona rilevante secondo Costituzione, residua ancora un'indagine in ordine non soltanto all'estensione e ai limiti di tale riconoscimento, ma anche in ordine all'attribuzione dello stesso crisma di diritto costituzionalmente garantito alla procreazione realizzata non già per mezzo di metodologie naturali, ma piuttosto mediante metodologie di fecondazione artificiale.

Lo sviluppo sempre continuo di nuove tecniche riproduttive, omaggio delle evoluzioni ed acquisizioni nell'applicazione della ricerca bio-medica, hanno infatti ridefinito negli anni il concetto di libertà procreativa, risultando oggi programmabile da parte degli

aspiranti genitori lo stesso processo di riproduzione che in origine era dipendente esclusivamente dalla causalità naturale¹⁷.

Ai fini dell'apprezzamento dell'esistenza di un diritto costituzionalmente garantito alla procreazione artificiale, non sembrano, però, doversi sostenere argomenti sostanzialmente differenti da quelli già sostenuti rispetto alla consacrazione costituzionale del diritto alla procreazione nella sua accezione più ampia, quella di riproduzione naturale¹⁸.

Se la procreazione, infatti, intesa dal punto di vista "ortodosso" e naturale, è da riconoscersi come fatto materiale e giuridico il cui interesse da parte del singolo è protetto da norme di rango costituzionale e subcostituzionale, meriterebbe un medesimo apprezzamento anche la sua *species* della procreazione artificiale, che consente la realizzazione di processi riproduttivi mediante trattamenti sanitari sovrapponibili, quanto agli effetti finali, alle forme di procreazione naturale: si tratterebbe, di fatto, di una «mera diversificazione della tecnica di attuazione della naturale»¹⁹.

¹⁷ «What in the past simply happened, has become a possibility that may be chosen by individuals». Così C. PICIOCCHI, *Bioethics and law: between values and rules*, in *Indiana Journal of global Legal Studies*, 2005, Vol. 12, Iss. 2, Article 6, p. 471. Cfr. Anche S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, cit., p 225: «dove prima erano soltanto caso o necessità ritroviamo possibilità di scelta».

¹⁸ Di contrario avviso, ad esempio, A. TRABUCCHI, *Procreazione artificiale e genetica nella prospettiva del giurista*, in *Riv.dir.civ.*, I- 1986, p. 510, che sostiene con fermezza la mancanza di fondamento di una libertà di procreazione artificiale.

¹⁹ G. FURGIUELE, *La fecondazione artificiale*, in *Quadrimestre*, 1989, p 260.

Alla luce di simili considerazioni, sembra dunque da accogliere la tesi che collega la liceità della fecondazione artificiale non già e non solo al perseguimento di finalità terapeutiche e all'esercizio del diritto alla salute ai sensi dell'art. 32 Cost., ma anche all'esigenza di una protezione da parte dell'ordinamento della fecondazione assistita, espressione della personalità del singolo ai sensi del già citato art. 2 Cost. e della medesima libertà di autodeterminazione in ordine alle scelte di coscienza e vita più intima, rivelandosi la procreazione artificiale differente rispetto a quella naturale solo per lo svolgimento delle sua modalità²⁰.

2) Le disposizioni introduttive in materia di pma e i requisiti oggettivi e soggettivi per l'accesso alle tecniche. Riflessioni sul ruolo del principio di laicità dell'ordinamento italiano.

L'accesso (seppur controllato) ai trattamenti sanitari di fecondazione assistita, concepiti in via teorica per ovviare agli impedimenti alla riproduzione naturale in ragione di problemi di

²⁰ Sul punto è condivisibile la riflessione di A. MARTINI, *Profili giuridici della fecondazione medicalmente assistita*, cit., p. 26 ss., che sostiene inviolabile l'esercizio del diritto alla procreazione mediante un *quomodo* differente da quello naturale: mediante cioè gli strumenti e le forme offerti dalle nuove tecniche riproduttive.

sterilità o infertilità²¹, sono oggi oggetto della legge n. 40 del 19 febbraio 2004, recante norme in materia di procreazione medicalmente assistita, che rappresenta il frutto di un *iter* finalizzato alla regolamentazione organica dei procedimenti di fecondazione artificiale, maturato solo a seguito di un prolungato silenzio del legislatore²², non dedicando la legge penale a tali trattamenti, almeno fino al 2004, una disciplina *ad hoc*²³.

L'innesto della normativa in tema di pma nel nostro ordinamento, come anche nei principali ordinamenti europei, si è reso

²¹ A. VALLINI, *Procreazione medicalmente assistita (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Milano, 2016, p. 697.

²² Prima dell'introduzione della legge sulla pma, infatti, le tecniche di fecondazione assistita erano disciplinate, rispetto ai profili di responsabilità del medico, da fonti di autoregolamentazione, *i.e.* il Codice di deontologia medica. Sul punto cfr. M. BARNI, *Diritti-doveri. Responsabilità del medico dalla bioetica al biodiritto*, Milano, 1999, p. 359 ss.; F.SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1193 ss. Rispetto a taluni specifici profili è invece stata regolata da alcuni atti del Ministero della Salute. A tal proposito, cfr. le due circolari dei Ministri della Sanità Degan e Donat-Cattin del 1985 e del 1987, ma v. anche ord. 5.3.1997 sul divieto di clonazione e di commercializzazione di embrioni e di materiale genetico; ord. 25.7.2001 sul divieto di importazione ed esportazione di embrioni umani e gameti. Le prime fonti legislative risalgono invece al più recente 2001, quando con l. 145 del 28 marzo è stata ratificata la *Convenzione per i diritti dell'uomo e la dignità dell'essere umano riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina*, Oviedo 1997, ed il relativo *Protocollo addizionale sul divieto di clonazione di esseri umani*, Parigi, 1998. Per una ricostruzione introduttiva e storica del processo di approdo alla disciplina legislativa della pma v. E. DOLCINI, *Il punto sulla fecondazione assistita: in particolare il problema della fecondazione assistita "eterologa" rileggendo Carlo Flamigni*, in AA.VV. *Carlo Flamigni. Medicina, impegno civile, bioetica, letteratura*, a cura di M. MORI, Le lettere, Firenze, 2013, p. 129.; G. LOSAPPIO, in *Procreazione assistita*, in F.C. PALAZZO – C.E. PALIERO, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, p. 2051 ss.; D.BARTOLETTI – F. VARENGHI- A.VALLINI, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita (l. 19.2.2004, n. 40)*, in *Leg. pen.*, 2005, p. 1 ss.

²³ Né in sede interpretativa sono state ritenute applicabili nell'ipotesi di offesa all'integrità dell'embrione la fattispecie di cui all'art. 575 c.p., non trattandosi propriamente di un "uomo", o quella di cui all'art. 635 c.p., essendo stato sostenuta la impossibilità di definire l'embrione come "cosa". Riflettono sul punto 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. 635; M. PETRONE, *Aspetti penalistici della nuova genetica*, in *Cass. pen.*, 1986, p. 1668 ss. Prima dell'introduzione della normativa sulla pma, riflettono sul rilievo penale delle tecniche di fecondazione assistita F. MANTOVANI, *Problemi penali delle manipolazioni genetiche*, in *Riv.it.proc.pen.*, 1986, p. 653 ss.; M. PETRONE, *Aspetti penalistici della nuova genetica*, cit., p. 1666 ss.; A. SIGISMONDI, *Inseminazione artificiale (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XXI, 1971, p. 765 ss.

necessario infatti non solo a seguito dell'evoluzione della coscienza giuridica e morale nei singoli contesti nazionali²⁴, ma soprattutto grazie alla produzione di documenti di fonte sovranazionale sul tema²⁵, principalmente responsabili dell'avvio della discussione politica intorno alla fecondazione artificiale anche nei singoli stati d'Europa²⁶.

Le scelte normative nella materia della procreazione, per la loro pregnanza etico- emotiva²⁷, imporrebbero un inevitabile approccio legislativo mite, caratterizzato dal confronto tra i diversi diritti fondamentali e gli interessi del soggetto relativi agli aspetti più intimi della sua persona.

La principale difficoltà nella regolamentazione di ambiti di pregnante caratterizzazione etica, in particolare, consta nel quasi

²⁴ Sostiene la maturazione del processo che ha condotto all'adozione della legge 40 attraverso quattro fasi, articolate per circa cinque decenni, G. LOSAPPIO, in *Procreazione assistita*, cit., p. 2051.

²⁵ Sul punto è significativo, ad esempio, l'impulso ed il contributo del Consiglio d'Europa: cfr., il *Rapporto sull'inseminazione artificiale umana*, n. 4776 del 1981; le raccomandazioni sulla *Ingegneria genetica*, n. 834 del 1982; sull'*Utilizzazione di embrioni e feti umani a fini diagnostici, terapeutici, scientifici, industriali e commerciali*, n. 1046 del 1986; sulla *Ricerca scientifica relativamente agli embrioni e ai feti umani*, n. 1100 del 1989.

²⁶ Sul fenomeno della proliferazione delle normative sul tema della pma nei principali paesi europei intorno alla fine degli anni '80, confrontato con l'inadeguatezza del contesto italiano a stimolare un confronto sulla regolamentazione legislativa delle tecniche di fecondazione assistita cfr. G. LOSAPPIO, *Procreazione assistita*, cit., p. 2052 ss. Si sottolinea, nello specifico, la frattura tra l'ordinamento spagnolo, inglese e tedesco e quello italiano, che sarà anche qui approfondito *infra*, cap. II. Nello stesso senso v. anche S. CANESTRARI, *Verso una disciplina penale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita? Alla ricerca del bene giuridico tra valori ideali e opzioni ideologiche*, in FIORAVANTI (a cura di), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Milano, 2001; Id. *Procreazione assistita e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p.1293 ss.; C.F. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari- problemi – prospettive*, Milano, 1993, p. 97.

²⁷ C.E. PALIERO, *La laicità penale alla sfida del "secolo delle paure"*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 3-2016, p.1178.

impossibile perseguimento di una netta separazione tra diritto e morale²⁸, che è pure una caratteristica fondamentale del pensiero illuminista, recepita poi dal positivismo giuridico quale fondamento del principio di legalità nel moderno stato di diritto²⁹: «non sarebbe immaginabile una bioetica senza l’apporto della riflessione giuridica sulle scelte di politica del diritto, ma alla stessa stregua è inimmaginabile un diritto che affronti gli stessi temi senza tener conto del loro spessore etico³⁰».

Davanti alle tormentate questioni rappresentate da scelte intime di coscienza, infatti, inevitabilmente il mito della separazione netta tra morale e diritto s’incrina, non potendo l’ordinamento mantenersi “avalutativo³¹” o “amorale³²”: lo impone l’esigenza di un diritto autenticamente laico, espressivo non di un’unica concezione etica ma rappresentativo di tutte le possibili prospettive che caratterizzano il nostro contesto plurale ed anche multiculturale³³.

²⁸ Sulle implicazioni etiche della tutela della vita e della persona umana, nello specifico, cfr. R. RIZ, *Bioetica- Fivet- Clonazione. Tutela della persona e della vita*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 455.

²⁹ Per una più ampia disamina delle tesi in tema di distinzione tra diritto e morale, sulla separazione illuministica tra le due entità e sulla laicizzazione illuministica del diritto e della morale come acquisizione fondamentale della moderna civiltà liberale cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma –Bari, 1989, p. 203 ss.

³⁰ A. SANTOSUOSSO - M. BARNI, *Bioetica e diritto*, in *Medicina e diritto*, Milano, 1995.

³¹ S. CANESTRARI, *Bioetica e diritto penale*, cit.. p. 19.

³² M. DONINI, “Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Nota su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’”offense” di Joel Feinberg, in A. CADOPPI (a cura di), *Laicità, Valori E Diritto Penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, Milano, 2010, p. 60 ss.

³³ A. BERNARDI, *Il diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo*, in *Riv.it.dir.pubb.comun.*, 2002, p. 516; A. MORRONE, *Multiculturalismo e Stato costituzionale*, in AA.VV., *Istituzioni e dinamiche del diritto*, a cura di A. VIGNUDELLI, Torino, 2005, *passim*.

Beninteso, la necessità che l'ordinamento, specialmente in materia di diritto penale, non sia eticamente indifferente, ma realizzi dapprima l'individuazione e successivamente un apprezzamento di tutti gli interessi reali in gioco, senza aprioristicamente delegittimarne nessuno³⁴, non si traduce in una netta scelta finale realizzata dal legislatore a favore di un'unica istanza morale o anche religiosa rispetto alle altre³⁵: richiede, piuttosto, che si realizzi un confronto dialogico e una mediazione tra le diverse istanze considerabili al fine dell'identificazione del bene giuridico oggetto di tutela penale, al precipuo scopo di evitare che si puniscano fatti esclusivamente per la loro presunta immoralità³⁶ e di individuare norme che assicurino la coesistenza sociale³⁷.

Si tratta di realizzare, dunque, una scelta di metodo nel processo di normazione, e non una scelta di valore, essendo tratto essenziale

³⁴ S. CANESTRARI, *Bioetica e diritto penale*, cit., p. 19.

³⁵ Riflettono sui rischi della incriminazione di modelli di pensiero e simboli, piuttosto che di beni giuridici S. BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 490 ss.; W. HASSEMER, *Das Symbolische am symbolischen Strafrecht*, in *Festschr. Roxin*, Berlin-New York, 2001, p. 1000 ss.; C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1990, p. 430 ss.

³⁶ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna – Roma, 2007, p. 24; MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, p. 422; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2007, p. 41; A. CADOPPI- P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, p. 149 ss.

³⁷ S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in *Studi in onore di G. Marinucci, I*, Milano, 2006, 139 e ss.;

della laicità la neutralità rispetto ai diversi valori afferenti alle singole concezioni morali e religiose diffuse nella società³⁸.

Se per *laicità*³⁹ s'intende infatti il carattere dell'ordinamento italiano, nonché il principio supremo⁴⁰ della nostra forma di Stato,

³⁸ Cfr. S. CANESTRARI – L. CORNACCHIA – G. DE SIMONE., *Manuale di diritto penale, Parte generale, Laicità*, Bologna, 2008, 225 ss. Sull'impiego della laicità come metodo cfr. C.E. PALIERO, *La laicità penale alla sfida del "secolo delle paure"*, cit., p. 1176.

³⁹ Sulla definizione del principio di laicità cfr., con vari accenti, AA. VV., *Laicità e Stato di diritto*, a cura di A. Ceretti e L. Garlati, Milano, 2007; AA. VV., *Questioni di vita o di morte. Etica pratica, bioetica e filosofia del diritto*, a cura di M. La Torre, M. Lalatta Costerbosa e A. Scerbo, Torino, 2007; AA.VV., *Laicità. Una geografia delle nostre radici*, a cura di G. Boniolo, Torino, 2006; S. BARTOLE, *Stato laico e Costituzione*, in AA. VV., *Laicità e Stato di diritto*, cit., 3 e ss.; S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, I, Milano, 2006, 139 e ss.; G. CASUSCELLI, *Appartenenze/credenze di fede e diritto penale: percorsi di laicità*, in *Laicità e multiculturalismo. Profili penali ed extrapenali*, Torino, 2009, 46; O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Torino, 2009, p 3; E. DOLCINI, *Embrione, pre-embrione, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita (l. 19 febbraio 2004, n. 40)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 440 e ss.; ID., *Legge sulla procreazione assistita e laicità dello Stato: da sempre, un rapporto difficile*, in *Dir.pen.cont.*, 27 novembre 2013; L. EUSEBI, *Laicità e dignità umana nel diritto penale (pena, elementi del reato, biogiuridica)*, in *Scritti per F. Stella*, I, Napoli, 2007, p.163 e ss.; ID., *Laicità e dignità umana nel diritto penale: pena, categorie dogmatiche, biogiuridica*, in L. PICOTTI. (a cura di), *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, Padova, 2013; G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e "post-secolarismo"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 546 e ss.; ID., *Scelte di tutela in materia di fecondazione assistita e democrazia laica*, in *Leg. pen.*, 2005, 339 e ss.; ID., *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in memoria di P. Nuvolone*, I, Milano, 1991, 167 e ss.; ID. *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1391 ss.; J. HABERMAS, *Tra scienza e fede*, Bari, 2006; L. LOMBARDI VALLAURI, *Stato laico, pensiero laico, pensiero dello Stato laico*, in AA.VV., *Laicità e Stato di diritto*, a cura di Ceretti A. –Garlati L., Milano, 2007, p. 55 e ss.; M. B. MAGRO, *Etica laica e tutela della vita umana: riflessioni sul principio di laicità in diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1382 e ss.; F. MANTOVANI, *Problemi della laicità nell'esperienza giuridico-penale*, in *Scritti in memoria di Renato Dell'Andro*, vol. I, Bari, 1994, p. 519 ss.; S. MOCCIA, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli, 1979; V. MORMANDO, *Religione, laicità, tolleranza e diritto penale*, in *Scritti per F. Stella*, I, Napoli, 2007, 259 e ss.; V. POSSENTI, *Le ragioni della laicità*, Soveria Mannelli, 2007, p.25 e ss.; D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 55 e ss.; J. RAWLS, *Liberalismo politico*, Milano, 1994; L. RISICATO, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire". Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008, *passim*; ID., *Laicità e principi costituzionali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, www.statoechiese.it, giugno 2008, p. 5 ss.; M. ROMANO, *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 493 e ss.; ID., *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 477 e ss.; G. E. RUSCONI, *Laicità ed etica pubblica*, in AA. VV., *Laicità e Stato di diritto*, in G. Boniolo (a cura di), *Laicità*, Torino, Einaudi, 2006; P. SIRACUSANO, *I delitti in materia di religione*, Milano, 1983; F. STELLA, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, in AA.VV., *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci ed E. Dolcini, Milano, 1985, p. 310; C. VISCONTI, *La tutela penale della religione nell'età post-secolare e il ruolo della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1029 e ss.

desumibile da norme costituzionali⁴¹ ed avente «funzione di *meta-Grundnorm pre-normativa che orienta e legittima, dall'esterno, il sistema penale e le sue regole*⁴²», essa rappresenta, anche e soprattutto in sede di regolamentazione di materie eticamente sensibili, un sostrato necessario rispetto al quale il legislatore non può prescindere.

Come anche autorevolmente sostenuto, si tratta pertanto di un principio da intendersi non soltanto come “autonomia” rispetto ai valori caratteristici di precise concezioni etiche e religiose presenti nel nostro tessuto sociale -non potendosi pretendere ad esempio l'intervento del legislatore, soprattutto penale, a vietare costumi moralmente inaccettabili-; ma anche come sinonimo di “mondanità”, con tale espressione intendendosi la funzione del diritto penale di realizzazione di finalità preventive, generali o speciali e non di protezione di istanze trascendenti di giustizia assoluta⁴³.

Diversamente, qualora al legislatore sia attribuita facoltà di esercitare un'opzione morale oltre che giuridica, il rischio sarebbe in linea teorica quello di sfociare in forme di normazione caratterizzate

⁴⁰È così definito dalla Corte Costituzionale nella sua nota sentenza 11/4/1989, n. 203, in www.iurcost.org, in cui la Consulta riconosce il fondamento costituzionale del principio di laicità negli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 Cost. Nella sua pronuncia, la Corte precisa che il principio di laicità «implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale».

⁴¹ S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE (a cura di), *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, p.245 ss.

⁴² La definizione è di C.E. PALIERO, *La laicità penale alla sfida del “secolo delle paure”*, cit. 1554.

⁴³ Così S. CANESTRARI, *Bioetica e diritto penale*, cit., p. 6 ss.

da paternalismo penale⁴⁴, cioè dalla tendenza dell'ordinamento a proteggere e controllare il cittadino piuttosto che a tutelarlo nelle sue sfere di libertà⁴⁵.

Se, invece, il significato profondo del carattere pluralista di uno Stato democratico è quello di non imporre ai cittadini una gerarchia assiologica precostituita ed eteronoma, diventa compito precipuo dell'ordinamento consentire a ciascuno di orientare la propria vita secondo il sistema di valori liberamente e consapevolmente scelto, promuovendo l'autorealizzazione individuale⁴⁶.

Nel campo del diritto penale, nello specifico, una scelta di criminalizzazione compatibile e conforme al principio di laicità, che deve informare il nostro sistema giuridico, necessita di un saldo appiglio ai vari principi che regolano la materia penale.

In primo luogo, un riferimento fondamentale è al principio di legalità, che trova riconoscimento costituzionale all'art. 25 Cost. ed in

⁴⁴Sul punto, anche nella materia della fecondazione medicalmente assistita, v. i commenti di G. DI COSIMO, *Quando il legislatore predilige un punto di vista etico/religioso: il caso del divieto di donazione dei gameti*, in *Dir. pen. cont.*, 17 ottobre 2013; E. DOLCINI, *La legge sulla fecondazione assistita, un esempio di "sana laicità"*, in *www.statoechiese.it*, 2009; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. II, Tomo I, pag. 48; A. MANNA, *Il divieto di fecondazione medicalmente assistita di carattere eterologo e il c.d. "paternalismo penale"*, in *Riv.it.proc.pen.*, 2013, p. 1642; M. ROMANO, *Danno a se stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv.it.proc.pen.*, 2008, p. 984; A. SPENA., *Esiste il paternalismo penale? Un contributo al dibattito sui principi di criminalizzazione*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2014, p. 1210 ss.; S. TORDINI CAGLI, *Il paternalismo legislativo*, in *Criminalia*, 2011, p. 326.

⁴⁵ L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2004, p. 68.

⁴⁶ A. MANNA, *La tutela penale della persona: quali orizzonti?*, cit., p. 638.

forza del quale solo i fatti espressamente previsti dalla legge possono essere penalmente sanzionati.

Solo attraverso l'esclusiva attribuzione dello *ius puniendi* al potere legislativo, infatti, è possibile evitare non soltanto le interferenze degli altri poteri dello Stato, ma anche le influenze di natura ideologica, religiosa, culturale nella individuazione dei fatti penalmente rilevanti.

La necessità del rispetto del principio di materialità, inoltre, impone l'attribuzione della responsabilità penale esclusivamente per fatti commessi e previsti dalla legge come illeciti di natura penale: un diritto penale laico, infatti, «non può censurare il foro interno della coscienza, le convinzioni personali, l'atteggiamento eventuale di infedeltà all'ordinamento», non potendo le scelte individuali, anche fondate su convincimenti di natura esclusivamente morale, assumere un rilievo giuridico-penale se non integrano un fatto tipico⁴⁷.

Viene in considerazione, ancora, il principio di offensività, che impone un'attenta selezione degli interessi meritevoli di protezione e individua quale oggetto di tutela penale un bene giuridico, e non un'istanza di natura morale o religiosa⁴⁸.

⁴⁷ S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Milano, 2015, p. 24 ss.

⁴⁸ L. FERRAJOLI, *Stato laico ed etica laica. La laicità del diritto penale*, in *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, a cura di S. CANESTRARI – L. STORTONI, Bologna, 2009, p.132; G. FIANDACA, *Scelte di tutela in materia di fecondazione assistita e democrazia laica*,

Rispetto al tema che qui ci occupa e che attiene alla definizione normativa dell'ambito di tutela della persona sotto il profilo specifico della generazione umana e dell'inizio della vita, l'opzione legislativa, in particolare, sarebbe tenuta a considerare non soltanto il continuo mutamento dei costumi sociali ed etici, ma anche quello progressivo ed instancabile delle nuove conoscenze mediche, tecniche e scientifiche, che si muovono parallelamente alle esigenze dell'individuo e della collettività⁴⁹.

Considerato che quello alla procreazione è un diritto ascrivibile al "grande catalogo delle libertà"⁵⁰ cui si è già accennato, declinabile in quanto tale in senso sia positivo che negativo come interesse a non procreare; considerato anche che entrambi questi interessi coinvolgono la sfera più intima della personalità, il primo ed essenziale intervento del diritto sul tema dovrebbe pertanto consistere nella tutela di ciascun soggetto e del suo interesse ad

cit., p. 342; ID., *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, cit., p. 1390; A. MANNA, *La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione di beni giuridici*, cit., p. 348; F. STELLA, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, in G. MARINUCCI – E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 309 ss.; S. BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, cit., p. 490 ss.; C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, cit., p. 430 ss.

⁴⁹ A. MARTINI, *Profili giuridici della fecondazione medicalmente assistita*, cit., p.13.

⁵⁰ V. D'ADDINO SERRAVALLE P., *Ingegneria genetica e valutazione del giurista*, Napoli, 1989, p. 38.

«autodeterminarsi liberamente in ordine alla verifica della generazione⁵¹», senza interferenze esterne illegittime.

Il contegno nell'*iter* preparatorio di approvazione della normativa sulla pma mantenuto dal legislatore, che ha agito nell'urgenza di circoscrivere con limiti certi l'accesso alle tecniche di fecondazione artificiale e di arginare il rischio di abusi ed arbitri nell'applicazione di tali pratiche, sembra avere invece disatteso i principi cardine cui si è appena accennato, proprio in occasione della regolamentazione della fecondazione assistita, accendendo ed animando all'interno della comunità scientifica ma anche dell'opinione pubblica un dibattito che a lungo si è protratto, sia in epoca precedente che successiva alla definitiva adozione della legge italiana su modi e limiti della pma.

Il tentativo legislativo di realizzare un'equa ponderazione tra interessi distinti per mezzo di un *balancing* tra beni e diritti costituzionali in conflitto⁵², infatti, sembra aver profondamente risentito dei condizionamenti ideologici ed anche confessionali⁵³ che storicamente hanno caratterizzato il nostro contesto culturale, non

⁵¹ E. TRAVERSO, *La tutela costituzionale della persona umana prima della nascita*, Milano, 1977, p. 166.

⁵² La libertà di autodeterminazione in ordine alle scelte riproduttive, la salute della donna, l'integrità dell'embrione, l'intangibilità ed irripetibilità del genoma umano, nonché la libertà della ricerca scientifica. Sul punto cfr. S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., p. 44.

⁵³ È ritenuta una prima spia delle interferenze di natura essenzialmente religiosa, ad esempio, il riferimento al termine teologico "procreazione", preferito dal legislatore del 2004 rispetto a definizioni medico-scientifiche quali "riproduzione" e "fecondazione", che manifesta così non solo un *deficit* di laicità dell'intera normativa, ma anche una dipendenza dall'impostazione teologica, così A. MORI *Fecondazione assistita*, in AA.VV., *Laicità e Stato di diritto*, cit., p. 165; L. RISICATO, *Laicità e principi costituzionali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., p. 9.

potendosi registrare – testo normativo alla mano- una sufficiente equidistanza nel confronto dialogico tra i diversi orientamenti politico-ideologici e culturali⁵⁴.

Sembra piuttosto essersi verificato un inasprimento della contrapposizione tra le due principali⁵⁵ ed antitetiche *Weltanschauungen*, le concezioni morali, religiose, ideologiche e culturali all'interno della società che hanno caratterizzato il dibattito italiano pre-legge 40⁵⁶: si allude per un verso all'orientamento confessionale, ispirato da convincimenti di natura essenzialmente religiosa; per altro verso all'orientamento laico, alimentato invece

⁵⁴ Così come pur auspicato, in riflessioni formulate *de iure condendo*, da S. CANESTRARI, *Verso una disciplina penale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita? Alla ricerca del bene giuridico, tra valori ideali e opzioni ideologiche*, in *Ind. pen.* 2000, p. 1091 ss.; ID., *Procreazione medicalmente assistita e diritto penale*, in *Dir. pen.proc.*, 2000, p. 1294 ss.; SUMMERER K., *Le nuove frontiere della tutela penale della vita prenatale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2003, p. 1243 ss.

In un commento immediatamente successivo all'entrata in vigore della normativa sulla pma, Giovanni Fiandaca registra un palese sbilanciamento della legge a favore della prospettiva etico-religiosa di matrice cattolica. L'A. sostiene che la l. 40/2004, dal punto di vista contenutistico, fallisce nel tentativo di realizzare un equilibrato bilanciamento tra i beni e gli interessi di centrale rilevanza. Cfr. G. FIANDACA, *Scelte di tutela in materia di fecondazione assistita e democrazia laica*, cit., p. 343. Nello steso senso v. anche L. D'AVACK, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: un'occasione mancata per bilanciare valori ed interessi contrapposti in uno stato laico*, in *Dir. fam.*, 2-2004, *passim*.

⁵⁵ Tale distinzione ha valore solo esemplificativo, non esaustivo. Si registrano, infatti, posizioni bioetiche intermedie. Sul punto cfr. G. FORNERO, *Bioetica cattolica e bioetica laica. Con un poscritto*, cit., p. 15 ss.; R. DWORKIN, *Life's dominion: an argument about abortion, euthanasia and individual freedom*, New York, 1993, *passim*.

⁵⁶ Cfr., più diffusamente, S. CANESTRARI, *Bioetica e diritto penale. Materiali per una discussione*, Torino, 2012, p. 29; G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. II, tomo I, *I delitti contro la persona*, Bologna, 2013, p. 48 ss.; G. FIANDACA, *Scelte di tutela in materia di fecondazione assistita e democrazia laica*, in *Leg. pen.*, 2005; ID., *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e post-secolarismo*, in *Riv.it.proc.pen.*, 2007, p. 547 ss.

dalla esigenza di assicurare una democrazia necessariamente plurale all'interno di un ordinamento giuridico contemporaneo⁵⁷.

Se la prima concezione trova origine prevalentemente nella visione tipica della tradizione cristiana, trovando la sua stessa *ratio* ispiratrice nel principio della dignità dell'esistenza intesa come sacralità della vita, la seconda adotta invece un angolo prospettico essenzialmente laico, che trova le sue radici nell'esigenza di rispetto e tutela del singolo e, anche in questo caso, nell'esaltazione della dignità dell'uomo, declinata adesso come capacità di autodeterminarsi in ordine alle scelte più intime della propria esistenza.

Il richiamo in entrambe le tesi al valore della dignità umana lascia trasparire l'ambivalenza semantica di tale nozione, suscettibile di differente interpretazione a seconda della maggiore rilevanza che si intenda attribuire ora alla sua dimensione squisitamente individuale, ora a quella sociale e collettivistica: il rischio è che il contenuto etico-emozionale del concetto si possa piegare ad una manipolazione politica, legislativa, giurisprudenziale che traduce particolari

⁵⁷ Le oscillazioni delle posizioni adottate nel dibattito sono state rappresentate da S. GALLUZZO, *Il "pendolo" delle scelte negli altri ordinamenti*, in *GD 2004* (dossier n. 3), p. 24; G. BALDINI, G. CASSANO, *Persona, biologia e procreazione*, in *Biblioteca del diritto di famiglia*, a cura di M.DOGLIOTTI, Milano, 2002, p. 470 ss.; G. FORNERO, *Bioetica cattolica e bioetica laica*, Milano, 2005, p. 200 ss.

concezioni del bene o del male⁵⁸ e che fonda il concreto rischio di complicare la misura e la tipizzazione di possibili offese a tale valore⁵⁹.

L'assenza, peraltro, di una definizione espressa ed univoca del concetto⁶⁰, scevra da riflessi eticizzanti o da cariche emozionali, espone il valore della dignità al rischio di usi strumentali o promozionali dell'una o dell'altra voce che sull'argomento si affrontano⁶¹.

Un simile scontro ideologico, che si gioca, *inter alia*, sull'ampiezza della tutela (anche penale) della vita umana prenatale di cui si tratterà nel prosieguo, reca con sé fondamentali conseguenze, specie in ordine alla identificazione del segmento temporale a partire dal quale ha inizio la vita umana, che viene ora individuato nel momento del concepimento, ora nel momento dell'avvio del processo

⁵⁸ F. BACCO, *Dalla dignità all'eguale rispetto: libertà di espressione e limiti penalistici*, in *Quad.cost.*, XXXII, 2012, p. 831; S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., p. 33; F. VECA, *La filosofia politica*, Roma- Bari, 2001, p. 41.

⁵⁹ F. PALAZZO, *Tendenze e prospettive nella tutela penale della persona umana*, in Fioravanti (a cura di), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Milano, 2008, p. 410; C.M. ROMEO CASABONA, *Criminal policy and legislative techniques in criminal law on biotechnology*, in *Rev. Intern. Dr. Pen.*, 2011, p. 98.

⁶⁰ Sulla definizione del concetto di dignità cfr., tra gli altri, R. DWORKIN, *Life's dominion: an argument about abortion, euthanasia and individual freedom*, New York, 1993; F. PALAZZO, *Tendenze e prospettive nella tutela penale della persona umana*, cit. p. 422; L. RISICATO, *La Corte Costituzionale supera le esitazioni della CEDU: cade il divieto irragionevole di fecondazione eterologa*, in *Riv.it.proc.pen.*, 2014; A. VALLINI, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di "fecondazione eterologa"*, in *Dir.pen.proc.*, 2014, p. 843; P. ZATTI, *Note sulla semantica della dignità*, in P. ZATTI, *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, 2009, p. 45 ss.

⁶¹ G. RESTA, *La dignità*, in RODOTÀ- TALLACCHINI (a cura di) *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, p. 285 ss.; L. RISICATO, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire". Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008, p.38 ss.

vitale: se i sostenitori dell'orientamento c.d. "interventista"⁶² tendono ad estendere, difatti, la protezione della vita umana attraverso lo strumento penale anche al concepito, chi si ispira ai principi di laicità e pluralismo ideologico è invece indotto a limitare la tutela della vita umana all'embrione⁶³.

Di fronte al variegato panorama caratterizzato da pluralismo ideologico ed etico, la questione del bilanciamento tra i diversi valori e gli interessi in gioco, connessi essenzialmente alle posizioni soggettive di volta in volta tutelabili, non si è risolta nella costituzione di quella che è da Habermas definita "sfera pubblica polifonica"⁶⁴, possibile solo se fondata sul rispetto e sulla salvaguardia giuridica delle differenze all'interno di una comunità pluralistica⁶⁵: sembra essersi piuttosto verificato un brusco arresto del confronto dialogico sul tema, sia da un punto di vista etico-filosofico, sia prettamente giuridico, tradottosi di fatto in un affievolimento di qualsiasi dei pur vari interessi in gioco a favore della preponderante preferenza del legislatore del 2004 delle sole ragioni del nascituro, in violazione del principio della laicità dello Stato, fondamentale nel nostro

⁶² G.BALDINI, G. CASSANO, *op.cit.*, p. 154; C. FORDER, *Procreazione assistita nel quadro dei diritti dell'uomo*, in *Pol. dir.*, 1999, p. 357 ss.

⁶³ Su tali nozioni di rinvia *infra* §§ 3 e 4.

⁶⁴ Così J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale. Appendici. Fede e sapere.*, a cura di L. CEPPA, Torino, 2001, p. 107.

⁶⁵ Cfr. S. CANESTRARI, *Bioetica e diritto penale*, cit., p. 9.

ordinamento⁶⁶: la legge 40, sostanzialmente, è stata definita come «una sorta di *Embryonenschutzgesetz*»⁶⁷.

Dopo l'entrata in vigore della legge n. 40/2004 il dibattito giuridico, bioetico e scientifico sul tema⁶⁸, ha registrato posizioni favorevoli rispetto allo statuto della procreazione così come licenziato dal legislatore⁶⁹, ma anche – e certamente più numerose- reazioni

⁶⁶ Così E. DOLCINI, *La legge sulla procreazione assistita. Quali prospettive dopo il referendum del 12 giugno 2005?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, p. 103 ss.

⁶⁷ La definizione è di E. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, Milano, 2008, p. 41. Per una disamina della disciplina tedesca cfr. *infra* cap. 3. Nello stesso senso cfr. ID., *La procreazione assistita: profili penalistici*, in S. RODOTÀ – P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, op. ult. cit., p. 1584 ss.; R. VILLANI, *La procreazione medicalmente assistita in Italia: profili civilistici*, in S. RODOTÀ – P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, op. ult. cit., p. 1517 ss.

⁶⁸ La disciplina della fecondazione medicalmente assistita, sin dall'entrata in vigore della legge n. 40/2004, ha destato l'interesse di parecchi studiosi e giuristi i quali, nel tentativo di esaminare ed interpretare le intenzioni del legislatore, le singole disposizioni e i loro effetti sulla prassi applicativa, hanno accompagnato la vita della normativa, evidenziandone luci ed ombre. Cfr., ad esempio, G. BALDINI, *Legge 40/2004 e diagnosi genetica di preimpianto. Rilievi sull'evoluzione normativo-giurisprudenziale intervenuta*, in AA.VV., *Nascere e morire: quando decido io? Italia ed Europa a confronto*, Firenze, 2011; ID. *Procreazione assistita: esperienze e prospettive applicative della legge 40*, in AA.vv., *Produrre uomini*, a cura di A. Buccelli, Firenze, 2005; S. CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, in *Dir. pen e proc.*, 2004; ID. *Verso una disciplina penale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita? Alla ricerca del bene giuridico tra valori ideali e opzioni ideologiche*, *Ind. pen.*, 2000; C. CASINI, M. CASINI, M.L. DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Commentario*, Torino, 2004; C. CASONATO, *Legge 40 e principio di non contraddizione: una valutazione di impatto normativo*, in *La nuova disciplina della procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, Trento, 2004; E. DOLCINI, *Embrione, pre-embrione, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita (legge 19 febbraio 2004, n.40)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004; ID., *Il punto sulla fecondazione assistita: in particolare il problema della fecondazione eterologa*, in *Corr. merito*, 2013; ID., *La legge n. 40 del 2004: alla prova dei fatti, un efficace strumento di lotta contro la procreazione medicalmente assistita*, in *Corr. merito*, 2007; ID., *Legge sulla procreazione assistita e laicità dello Stato: da sempre, un rapporto difficile*, in *Dir.pen. cont.*, 27 novembre 2013; G. LOSAPPIO, *Procreazione assistita (commento alla l. 9 febbraio 2004, n.40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita)* in AA. VV., *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. PALAZZO, C.E. PALIERO, Padova, 2007; L. RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005; F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n.40*, Milano, 2004; A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi e prassi*, Torino, 2012.

⁶⁹ Sul punto cfr. F. MANTOVANI, *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, in *Leg. pen.*, 2005, p. 326 ss. che definisce la legge 40 come il frutto di una mediazione “faticosa ma equilibrata e conciliatoria”; C. CASINI, M. CASINI, M.L. DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40, op.ult.cit., passim*.

critiche⁷⁰, fondate essenzialmente sull'irragionevole squilibrio determinato dall'attribuzione indiscriminata, e spesso non costituzionalmente legittima, di preferenza della tutela dell'embrione rispetto a tutti gli altri interessi protetti dalla Carta fondamentale, tra cui rientrano, tra gli altri, il fondamentale diritto alla salute della donna e la libertà di ricerca scientifica.

L'indagine sull'autentico senso dell'esistenza di uno statuto propriamente penale della procreazione che si intende qui condurre (e ancor prima sulla compatibilità della legge rispetto al nostro ordinamento democratico-costituzionale), deve passare attraverso una preliminare disamina della struttura della normativa e delle disposizioni introduttive che enunciano le finalità e le condizioni per l'accesso alla procreazione medicalmente assistita, per tale intendendosi, secondo la definizione fornita nelle linee guida adottate dal Ministero della Salute nel 2004, le tecniche che «comportano il trattamento di oociti umani, di spermatozoi o embrioni nell'ambito di

⁷⁰ *Inter alia*, cfr. S. CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni. Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 415 ss.; G.FIANDACA, *Scelte di tutela in materia di procreazione assistita e democrazia laica*, in *Leg. pen.*, 2005, p. 340 ss.; A. MANNA, *La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione di beni giuridici*, in *Leg. pen.*, 2005, p. 343; P. RESCIGNO, *Note in margine alla legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in Aa. Vv. «*La fecondazione assistita, riflessioni di otto grandi giuristi*», Milano, 2005, p. 31, dove la legge sulla pma è definita "disciplina lacunosa e contraddittoria, oltre che dominata dall'ideologia"; S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., p. 9.

All'indomani dell'entrata in vigore della disciplina della pma, le critiche sono anche sfociate nella richiesta di un *referendum* abrogativo della legge, dichiarata però inammissibile dalla Corte Costituzionale, che ha sostenuto tale decisione in ragione della natura costituzionalmente necessaria della normativa e del coinvolgimento di interessi tutelati dalla Carta fondamentale, meritevoli pertanto di un livello minimo di tutela legislativa.

un progetto finalizzato a realizzare una gravidanza» e che ricomprendono i procedimenti di «inseminazione omologa, fecondazione *in vitro* e trasferimento embrionale, trasferimento intratubarico dei gameti, degli zigoti e degli embrioni, crioconservazione dei gameti e degli embrioni»⁷¹, da realizzarsi sotto intervento medico ed aventi funzione di ausilio rispetto alla procreazione umana⁷².

Solo a seguito di tale ricostruzione introduttiva sarà possibile articolare un'analisi del nucleo delle disposizioni di natura formalmente e/o sostanzialmente penale contenute nella legge sulla pma.

La legge n. 40/2004 può considerarsi «*divisa in partes tres*»: *quarum unam* dedicata ai principi generali che regolano la materia e ai requisiti per l'accesso ai trattamenti di pma; *aliam* riferibile all'ambito di tutela del nascituro, corredata di divieti e sanzioni espressamente codificati in ipotesi di violazione delle norme poste a suo presidio,

⁷¹ Così le *Linee Guida in materia di procreazione assistita*, adottate con D.m. 12 luglio 2004, *sub art. 7* della l. 40/2004, e pubblicate nella G.U n. 191 del 16 agosto 2004, p. 11.

⁷² In ordine ai profili tecnici specifici di ciascuna delle tecniche di fecondazione medicalmente assistita, v. *ex multis* C. CASINI, M. CASINI, M.L. DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004*, n. 40, cit. p. 306 ss.; C. FLAMIGNI, *La procreazione assistita*, Bologna, 2002, p. 57 ss.; ID., *Le tappe dell'evoluzione biologica*, cit., p. 1282 ss.; A. MARTINI, *Profili giuridici della fecondazione medicalmente assistita*, cit. p. 46 ss.

tertiam individuabile nel Capo VII, recante disposizioni finali e transitorie⁷³.

La costruzione “embriocentrica” della legge in tema di procreazione medicalmente assistita emerge però già sin dalle prime battute della disciplina, che si sviluppa, nella sua originaria e complessiva formulazione, in diciotto articoli.

È l’art. 1, comma 1 della legge *de qua*, prologo che introduce il contesto in cui l’embrione recita il suo ruolo protagonista, a presentare la finalità della disciplina, rappresentata dall’intento dichiarato di «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana», assicurando i diritti di tutti i soggetti coinvolti nel processo di fecondazione medica, ivi compreso – lo si specifica espressamente- il *concepito*.

In questa disposizione trova consacrazione il principio della soggettività dell’embrione, come titolare di diritti ed interessi⁷⁴ non

⁷³ Distingue invece le tre categorie degli “illeciti di concepimento” (contenuti nel capo dedicato all’accesso alle tecniche), “illeciti a tutela del concepito” (collocati tra le misure a tutela dell’embrione) e “illeciti a tutela di funzioni” (violazioni della disciplina amministrativa del settore) A. VALLINI, *Procreazione medicalmente assistita (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, cit., p. 697.

⁷⁴ In merito alla posizione giuridica dell’embrione, si rinvia a G. ALPA, *Le origini della vita e la posizione giuridica dell’embrione*, in G. ALPA – G. RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Torino, 2006, p. 206 ss.; M. SESTA, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2005.

suscettibili di affievolimento rispetto agli altri soggetti, né di discriminazioni, selezioni, soppressioni⁷⁵.

L'ansia descrittiva e l'analiticità nella normazione⁷⁶, lungi dal ricercare la sufficiente determinatezza, utile ma anche necessaria a sottrarre all'interprete spazi di intervento o manipolazione, secondo voci autorevoli avrebbe sortito il distorsivo effetto di irrigidire la linea di intervento del legislatore⁷⁷, proprio in un ambito – di prevalente caratterizzazione etica – le cui peculiarità dovrebbero piuttosto suggerire l'adozione di “una regolamentazione elastica, leggera, sobria ed aperta”⁷⁸.

L'esigenza di colmare il diffuso *horror vacui* si manifesta anche nella puntuale definizione delle nozioni di “sterilità” ed “infertilità” di cui alla disposizione introduttiva della legge 40: le linee guida vincolanti del Ministero della Salute, adottate in applicazione dell'art. 7 della normativa, concedono l'utilizzo dei due termini come

⁷⁵ A.VALLINI, *Gli ultimi fantasmi della legge '40: incostituzionale il (supposto) reato di selezione preimpianto*, in *Dir. pen. proc.*, 1/2016 p. 65; L.EUSEBI, *Beni penalmente rilevanti e tecniche di procreazione*, in FIORAVANTI (a cura di), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Milano, 2001, p. 49 ss.; ID., *Laicità e dignità umana nel diritto penale (pena, elementi del reato, biogiuridica)*, in *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007, p. 190 ss.

⁷⁶ G. LOSAPPIO, in *Procreazione assistita*, cit., p. 2055; E. DOLCINI, *Embrione, pre-embrione, ootide*, cit., p. 453; F. RE, *Profili penali della procreazione medicalmente assistita*, in *Riv. Pen.*, 4/2008, p. 349; P. RIZZO, *Profili penalistici della Legge n. 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2005, p. 252 ss.

⁷⁷ S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica*, Napoli, 2015, p.48.

⁷⁸ Cfr. sul punto, G.FERRANDO, *Modelli giuridici di controllo delle tecniche di procreazione artificiale*, in *Politica del diritto*, 1991, p. 585 ss.; S. RODOTÀ, *Per un nuovo statuto del corpo umano*, in A. DI MEO – C. MANCINA (a cura di), *Bioetica*, Roma- Bari, 1989, p. 45.

sinonimi, nell'accezione di assenza di concepimento dopo 1/2 anni di rapporti sessuali non protetti⁷⁹, oltre ai casi di patologia riconosciuta, tra cui rientrano, dopo la pubblicazione delle Linee guida aggiornate nel 2008, le ipotesi in cui il potenziale padre sia portatore di HIV, HBV o HCV, infezioni ostative della procreazione per l'elevato rischio di contagio della madre e del concepito.

«Tutto è vietato tranne quello che è esplicitamente consentito dalla legge»⁸⁰ potrebbe essere, dunque, un'efficace parafrasi dell'art. 1, comma 1, nella parte in cui circoscrive e legittima il ricorso e l'accesso alla procreazione medicalmente assistita alle severe condizioni e modalità previste dalla legge, in evidente contrasto con il principio di matrice liberale per cui tutto ciò che non è espressamente vietato deve essere considerato come lecito dall'ordinamento.

La prima delle condizioni è esplicitata dal comma 2 della disposizione introduttiva della normativa: il ricorso alle tecniche di

⁷⁹ Eppure nella stessa Introduzione alle Linee guida si riconosce una precisa distinzione tra i due concetti, anche chiara nella letteratura scientifica: la coppia è da considerare infertile se non è in grado di concepire o procreare dopo un anno o più di rapporti sessuali non protetti; è sterile la coppia in cui uno o entrambi gli aspiranti genitori sono affetti da una condizione fisica permanente che impedisce la procreazione. Sul punto cfr. *Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*, Ministero della Salute, d.m. 21 luglio 2014, ma anche WHO, *The epidemiology of infertility. Report of a WHO scientific group*, Ginevra, 1975, p. 20. In dottrina cfr. E. DOLCINI, *Responsabilità del medico e reati in materia di procreazione assistita*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2009, p.30 ss.; C. FLAMIGNI, *Introduzione. Il biologo parla al giurista*, in E. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, Milano, 2008, p.7;

⁸⁰ A. SANTOSUOSSO, *Per ricorrere al soccorso della tecnologia basta la sola certificazione di sterilità*, in *Guida al diritto, dossier mensile*, 3, 2004, 29 ss.

fecondazione è consentito solo nelle ipotesi in cui altre modalità di rimozione delle cause di sterilità o infertilità non risultino efficaci⁸¹.

Se dunque formalmente e negli intenti la legge n. 40/2004 sarebbe concepita al fine di agevolare e favorire la soluzione dei problemi riproduttivi che impediscono il concepimento, di fatto lo stesso legislatore smentisce se stesso, scoraggiando con la stessa norma il ricorso a tali tecniche: l'accesso alla procreazione medicalmente assistita deve piuttosto essere concepito come *extrema ratio* riproduttiva, come intervento medico "strumentale, sostitutivo e residuale avente finalità terapeutica"⁸², da realizzarsi esclusivamente in ipotesi di comprovata impossibilità di rimuovere le cause di sterilità o infertilità della coppia.

⁸¹ Critica la scelta di limitare il ricorso alla pma alle sole coppie sterili e infertili e non anche a quelle che potrebbero correre il rischio di trasmettere serie patologie al nascituro S. MOCCIA, *Un infelice compromesso: il testo unificato delle proposte di legge in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Critica del diritto*, 1998, p. 252. Simili riflessioni elaborano S. CANESTRARI, *Bioetica e diritto penale. Materiali per una discussione*, Torino, 2012, p. 31; M. DOGLIOTTI- A. FIGONE, *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza*, Milano, 2004, p. 90; G. LOSAPPIO, *Bioetica e diritto penale. Le disposizioni penali del testo unico delle proposte di legge sulle tecniche di procreazione assistita*, cit., p. 653. Quest'ultimo si riferisce nello specifico all'opportunità di ricomprendere tra le finalità della legge anche quella di evitare la trasmissione al nascituro di malattie ereditarie, cancerogene o infettive. *Contra* M. OLIVETTI, *Una disciplina che va nella giusta direzione*, in *Guida al dir.*, 3-2004, p. 51. L'A. valuta positivamente la scelta del legislatore di attribuire alle tecniche di pma una natura esclusivamente sussidiaria.

In giurisprudenza cfr. Cass. pen., sez. I, 10 maggio 2007, n. 20673. In questa pronuncia, la Corte di Cassazione ha confermato la natura terapeutica dei trattamenti di fecondazione medicalmente assistita, ritenendo che la semplice lontananza del coniuge di un detenuto non rappresenti uno stato impeditivo alla procreazione equiparabile alla presenza di problemi riproduttivi derivanti da cause di infertilità e sterilità; Cass. pen., sez. I, 13 marzo 2009, n. 11259, in *Guida al dir.*, 20-2009, p. 90 ss.: la Cassazione ha in questo caso sottolineato l'obbligo di verifica dell'esistenza delle patologie di cui alle Linee guida ministeriali del 2008, in sede di valutazione della richiesta di accesso alle tecniche di fecondazione artificiale avanzata al magistrato di sorveglianza.

⁸² S. CANESTRARI, *Verso una disciplina penale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita? Alla ricerca del bene giuridico, tra valori ideali e opzioni ideologiche*, cit., p. 65 ss.

A supporto di un ricorso esclusivamente sussidiario alle tecniche di pma, il legislatore del 2004 codifica condizioni sia soggettive che oggettive, idonee a sbarrare con requisiti stringenti la strada di accesso ai trattamenti di fecondazione artificiale⁸³.

Per un verso individua e promuove percorsi alternativi alla riproduzione artificiale, quali, ad esempio, il ricorso alle procedure di affidamento e adozione⁸⁴ ai sensi della legge n. 184/1983 e successive modificazioni⁸⁵; per altro verso attribuisce al medico responsabile della struttura autorizzata all'impiego di tecniche di pma la facoltà di non procedere ai trattamenti di fecondazione artificiale, per motivi di esclusivo ordine medico-sanitario⁸⁶, tra cui può certamente anche annoverarsi la mancanza delle patologie richieste per la soggezione alle tecniche.

Anche la lettura combinata dell'art. 1 e dell'art. 4 della legge sulla pma, rubricato "Accesso alle tecniche", è utile a confermare la

⁸³Sul punto si consenta anche il rinvio a P. SANFILIPPO, *Dal 2004 al 2014: lo sgretolamento necessario della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. pen.cont.- riv. Trim.*, 3-4/2014, p. 378 ss.

⁸⁴ Sull'inadeguatezza dell'istituto dell'adozione a rappresentare un'efficace alternativa ai trattamenti di procreazione assistita v. R. VILLANI, *La procreazione assistita*, cit., p. 230; F. NADDEO, *Accesso alle tecniche*, in P. STANZIONE-G. SCIANCALEPORE (a cura di), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004*, Milano, 2004, p.107.

⁸⁵ Questa previsione è contenuta nell'art. 6, comma 1, della legge *de qua*. La scelta legislativa di proporre affidamento e adozione come strumenti sostitutivi e alternativi rispetto al ricorso alla fecondazione artificiale inevitabilmente crea una distorsione della stessa *ratio* degli istituti, concepiti come mezzi funzionali alla tutela del minore, attraverso il suo inserimento in un contesto familiare idoneo a consentirgli un sereno sviluppo: una finalità profondamente diversa da quella proposta nella legge n. 40/2004, che individuerebbe come soggetti da tutelare i membri di una coppia i cui problemi di sterilità e infertilità non consentono di risolvere i loro problemi riproduttivi.

⁸⁶ Art. 6, comma 4 della legge 40/2004.

natura essenzialmente eccezionale attribuita dal legislatore al ricorso alle tecniche di procreazione assistita.

In particolare, il primo comma dell'art. 4 circoscrive l'accesso alle tecniche di pma solo «quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione», ed è comunque circoscritto a casi di sterilità ed infertilità inspiegate documentate da atto medico, ovvero accertate e certificate dal sanitario.

A una prima lettura e considerando la condizione dell'irreversibilità delle cause che non consentono la procreazione naturale, risulterebbero escluse dall'accesso ai trattamenti di fecondazione assistita tutte le coppie di aspiranti genitori non totalmente o inspiegabilmente sterili ma soltanto, ad esempio, ipofertili, nonché tutti i soggetti portatori di malattie genetiche ereditarie ma fertili, dalla legge 40 stessa ritenuti inadatti alla fecondazione *in vitro*, che permetterebbe alla coppia di aspiranti genitori di sottoporsi ad una diagnosi genetica preimpianto al fine di conoscere le condizioni di salute dell'embrione e di procedere, eventualmente, al trasferimento in utero⁸⁷.

⁸⁷ S. CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, cit. p. 417; M. DOSSETTI – M. LUPO – M. MORETTI, *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, Milano, 2010, p. 22; VILLANI A., *La procreazione assistita*, cit. p. 60. In

Si tratta di una disposizione che normativizza la sussidiarietà e l'eccezionalità in senso *oggettivo*⁸⁸ della procreazione medicalmente assistita rispetto a quella naturale, considerata come lecita solo in presenza delle patologie indicate tassativamente dalla normativa stessa e dalle Linee guida ministeriali⁸⁹.

È da evidenziare, tuttavia, che lo stesso accertamento delle cause impeditive della procreazione si rivelerebbe in determinate ipotesi addirittura impossibile, soprattutto nei casi di c.d. infertilità idiopatica, cioè derivante da cause non conosciute: ciò si rileva non soltanto in ragione del *deficit* di tassatività nella definizione dei concetti di sterilità ed infertilità e delle oggettive difficoltà della stessa scienza medica ad individuare alcune particolari cause di sterilità con un sufficiente grado di certezza⁹⁰, ma anche in considerazione del fatto che, rispetto a tali casi inspiegati, il medico non potrà che prendere

giurisprudenza si segnala, invece, Trib. Catania, 3 maggio 2004, in *Fam. e dir.*, 2004, p. 378, con commento di G. FERRANDO e M. DOGLIOTTI.

⁸⁸ Cfr. G. LOSAPPIO, in *Procreazione assistita*, cit., p. 2054. L'A. distingue tra il ricorso sussidiario alle tecniche di pma in senso "oggettivo", quando è subordinato alla inesistenza di alternative terapeutiche efficaci ex art. 1, comma 2 della legge 40, e ricorso sussidiario in senso "soggettivo", che presuppone l'informazione della coppia di aspiranti genitori in ordine alla possibilità di ricorrere alle procedure di affidamento e adozione, ex art. 6, comma 1.

⁸⁹ V. F. CONSORTE, *La disciplina della procreazione medicalmente assistita (l. 19-2-2004)*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da CADOPPI- CANESTRARI- MANNA -PAPA, Parte speciale, Vol. VII, Torino, 2011, p. 625 ss.

⁹⁰ Cfr. M. BARNI, *Diritti-doveri. Responsabilità del medico dalla bioetica al biodiritto*, cit., p. 266; C. FLAMIGNI, *Introduzione. Il biologo parla al giurista*, cit., p.6; E. DOLCINI, *Responsabilità del medico e reati in materia di procreazione assistita*, cit., p.31.

atto delle dichiarazioni della coppia di pazienti che dichiarino persistenti problemi riproduttivi⁹¹.

La documentazione del medico, pertanto, assumerebbe in ipotesi di “sterilità o infertilità inspiegate” un carattere solo presuntivo e non certificativo. Diversamente, nell’ipotesi in cui le cause impeditive della procreazione siano accertabili, la certificazione medica assume carattere “estimativo”⁹².

L’incertezza rispetto all’attività di verifica delle condizioni di accesso alle tecniche di pma ha probabilmente indotto il legislatore del 2004 a non presidiare la disposizione di cui al comma 1 dell’art. 4 con una sanzione da applicarsi in ipotesi di violazione dei principi enunciati negli articoli introduttivi della normativa sulla pma: l’astensione da una scelta punitiva, in quanto ragionevole, è stata da più voci ritenuta apprezzabile⁹³, anche e soprattutto in ragione della

⁹¹ E. DOLCINI, *Embrione, pre-embrione, ootide*, cit., p. 445.

⁹² Così Tar Lazio, III, *quater*, 31 ottobre 2007, 21 gennaio 2008, n. 398, in *Altalex*, 21 aprile 2008. In dottrina cfr. E. DOLCINI, *Embrione, pre-embrione, ootide*, op.ult.cit., p. 445; A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 72. L’A. sottolinea, in particolare, come la mancata ottemperanza all’onere di certificazione medica non produca conseguenze sanzionatorie, né potrebbe configurarsi un’ipotesi di falso ideologico in capo al sanitario che si limiti a prendere atto delle dichiarazioni della coppia di pazienti.

⁹³ Cfr. S. CANESTRARI, *Bioetica e diritto penale*, cit., p. 31; E. DOLCINI, *Embrione, pre-embrione, ootide*, op.ult.cit., p. 445. Dolcini segnala, tuttavia, un’inversione di tendenza rispetto a quanto previsto dai lavori preparatori della legge 40, dove si prevedeva espressamente la pena della reclusione da due a cinque anni nel caso di violazione dei principi enunciati negli artt. 1, comma 2 e 4, comma 1 della legge *de qua*. Nello stesso senso anche il T.U. delle proposte di legge sulle tecniche di procreazione medicalmente assistita, pubblicato in G. BALDINI, *Tecnologie riproduttive e problemi giuridici; riflessioni di diritto civile su alcune delle principali questioni poste dall’affermarsi delle metodiche artificiali di procreazione umana*, Torino, 1999, p. 187 ss.

carenza di tassatività nella definizione delle nozioni di sterilità ed infertilità, di cui si è già discusso.

Dopo aver accertato e documentato, con i modi e le conseguenze appena sottolineate, l'esistenza delle condizioni per l'accesso alle tecniche, la legge 40/2004 impone al medico, all'art 4, comma 2, l'applicazione delle tecniche in ossequio ai principi di gradualità e del consenso informato.

Rispetto al primo dei due, il legislatore si premura di specificarne i contenuti: la gradualità consiste nel rispetto del principio della minore invasività del trattamento medico, tale da scongiurare interventi invasivi e gravosi per i destinatari, sia da un punto di vista psicologico che dal punto di vista tecnico.

Sono le Linee guida ministeriali, tuttavia, a classificare i trattamenti di fecondazione artificiale nei tre distinti livelli di tecniche che seguono, dove si evidenzia però che l'operatore è tenuto a utilizzare in prima istanza le «opzioni più semplici, meno invasive e meno onerose»⁹⁴:

- Tecniche di I livello: inseminazione sopracervicale in ciclo naturale eseguita utilizzando tecniche di preparazione del liquido; induzione dell'ovulazione multipla associata ad

⁹⁴ Il testo integrale delle Linee guida, contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di pma è consultabile su <http://www.salute.gov.it>.

inseminazione sopracervicale eseguita utilizzando tecniche di preparazione del liquido seminate; eventuale crioconservazione dei gameti maschili;

- Tecniche di II livello: FIVET (fecondazione in vitro e trasferimento dell'embrione); ICSI (iniezione intracitoplasmatica dello spermatozoo); prelievo testicolare dei gameti (prelievo percutaneo o biopsia testicolare); eventuale crioconservazione di gameti maschili e femminili ed embrioni (nei limiti delle normative vigenti); trasferimento intratubarico dei gameti maschili e femminili (GIFT), zigoti (ZIFT) o embrioni (TET) per via transvaginale ecoguidata o isteroscopica;
- Tecniche di III livello: prelievo microchirurgico di gameti dal testicolo; prelievo degli ovociti per via laparoscopica; trasferimento intratubarico dei gameti maschili e femminili (GIFT), zigoti (ZIFT) o embrioni (TET) per via laparoscopica.

Nonostante una così tassativa classificazione degli interventi realizzabili, il decreto del Ministero della Salute attribuisce in ultima istanza al solo sanitario l'onere di definire la gradualità delle tecniche «secondo scienza e coscienza», anche considerando l'età della

donna, le problematiche ed i rischi specifici derivabili da ciascuna delle singole tecniche sia per la donna che per il concepito, le cause di infertilità e sterilità diagnosticate alla coppia e, infine, i principi etici degli aspiranti genitori.

In ordine, invece, al secondo requisito necessario per l'accesso alle tecniche, quello relativo all'acquisizione di un circostanziato consenso informato dei pazienti, il legislatore rimanda all'art. 6 della normativa, dedicato interamente al tema⁹⁵.

Se l'art. 4 cui si è fatto finora riferimento descrive con estrema precisione le condizioni c.d. oggettive per il ricorso agli interventi medici di fecondazione artificiale, l'articolo successivo completa invece la disciplina introduttiva della procreazione assistita, enucleando rigidi criteri soggettivi che gli aspiranti genitori sono tenuti soddisfare, per ottenere l'accesso ai trattamenti di fecondazione ed il godimento della loro, pur imprescindibile, libertà di procreare.

L'art. 5⁹⁶ rappresenta probabilmente una delle più pregnanti scelte di principio, nonché il principale limite al ricorso alle tecniche di pma, precisando esso i requisiti soggettivi per il ricorso a interventi

⁹⁵ Cfr. *infra*, in questo paragrafo.

⁹⁶ L'articolo consente il ricorso agli interventi di fecondazione medicalmente assistita esclusivamente alle «coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi».

di procreazione medicalmente assistita e circoscrivendo sensibilmente l'ambito dei soggetti che sono legittimati a richiederli.

I richiedenti l'accesso alle tecniche di procreazione artificiale devono superare un rigido vaglio avente scopo evidentemente selettivo⁹⁷: sottotesto costante nell'intera disposizione appare infatti l'esigenza di assicurare che il nato dalle tecniche di procreazione medicalmente assistita possa crescere e sviluppare la sua personalità in un contesto familiare caratterizzato dalla presenza delle due tradizionali figure genitoriali⁹⁸.

In primo luogo il legislatore prescrive che la richiesta per il ricorso alla fecondazione artificiale sia avanzata da una coppia di maggiorenni di sesso diverso, coniugata o convivente.

Rispetto a ciascuno di questi primi elementi della disposizione *de qua* sembrano opportune brevi riflessioni critiche.

⁹⁷ Si riflette così anche in P. SANFILIPPO, *Dal 2004 al 2014: lo sgretolamento necessario della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 378.

⁹⁸ Cfr., in questo senso, G. BALDINI, *Tecnologie riproduttive e problemi giuridici*, cit., 33 ss; S. GALLUZZO, *Il "pendolo" delle scelte negli altri ordinamenti*, cit., p. 25; L. GRASSO, *La procreazione artificiale: prospettiva giuridica, psico-sociologica e medico-legale. Le tecniche di procreazione assistita secondo il disegno di legge in discussione (S 4048), con particolare riferimento al consenso informato ed all'apertura alle coppie di fatto*, in *Dir.fam.pers.*, 2001, p. 336; G. MILAN, *Consenso del marito all'inseminazione artificiale eterologa della moglie, successivo disconoscimento della paternità e interesse del minore*, in *Dir.fam.pers.*, 1999, p. 960 ss.; L. PALAZZINI, *La legge italiana sulla procreazione assistita: aspetti filosofici-giuridici*, in *Dir.fam.pers.*, 1999, p. 750 ss. Sul punto v. anche M. DOSSETTI – M. LUPO – M. MORETTI, *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 61, in cui, a sostegno dell'esigenza di due figure genitoriali quali titolari dell'obbligo di mantenimento, istruzione ed educazione della prole ai sensi dell'art. 30 Cost., si fa espresso riferimento all'art. 18 della Convenzione sui diritti del fanciullo di New York, 1989, ove si richiama, invero solo genericamente, la responsabilità di "entrambi i genitori" in ordine all'educazione e allo sviluppo del fanciullo. Così anche F. MANTOVANI, *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, cit., p. 326 ss; ID., *La fecondazione tra il «diritto alla prole» e il «diritto ai due genitori»*, in *Ind. pen.*, 1990, p.415 ss.

In ordine al primo segmento della norma, infatti, vale la pena evidenziare come la legge 40, ammettendo alla richiesta di trattamenti di fecondazione artificiale solo “la coppia”, escluda esplicitamente il ricorso alle tecniche di pma da parte del *single*⁹⁹, in difformità rispetto alla maggior parte delle normative europee sul tema, generalmente favorevoli all’accesso alla pma del singolo¹⁰⁰.

Una simile estromissione non può che apparire il frutto di un autentico giudizio di valore da parte dell’ordinamento italiano, formulato ad esclusivo presidio del presunto valore della naturalità della procreazione, e fondato sul riconoscimento della doppia figura genitoriale quale presunto bene costituzionale meritevole di tutela¹⁰¹: non è agevole, difatti, trovare un’alternativa *ratio* giustificatrice, costituzionalmente compatibile, alla disposizione che esclude dall’accesso alla pma il *single* che pur intenda, al pari di una coppia di

⁹⁹ Eppure vi è chi ravviserebbe il diritto all’accesso alla pma della donna *single* nelle Linee guida ministeriali, ove si riconosce che «la donna ha sempre il diritto ad ottenere il trasferimento degli embrioni crioconservati» prima dell’entrata in vigore della legge 40. Così P. VERONESI, *Le “linee guida” in materia di procreazione assistita. Nuovi dubbi di legittimità all’orizzonte*, in *Studium iuris*, 2004, p. 1358

¹⁰⁰ Sul punto cfr. S. GALLUZZO, *Il “pendolo” delle scelte negli altri ordinamenti*, cit., p. 25.

¹⁰¹ *Contra* M. DOGLIOTTI – A. FIGONE, *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza*, cit., p.27; G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999, p. 815; ID., *La procreazione assistita: modelli di disciplina a confronto*, in L. FIORAVANTI (a cura di), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Milano, 2001, p. 98 ss.; A. SANTOSUOSSO, *Per ricorrere al soccorso della tecnologia basta la sola certificazione di sterilità*, in *Le prospettive della famiglia*, in *Guida al dir.*, 2004, p. 31 ss.; P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte Costituzionale*, in *Quest.civ.*, 2004, p. 540 ss.

coniugi o conviventi, risolvere i propri problemi riproduttivi derivanti da sterilità o infertilità non altrimenti risolvibili¹⁰².

La norma *de qua*, sopravvissuta anche ai numerosi interventi giurisprudenziali demolitori della legge 40, rivela dunque sotto il profilo appena evidenziato non solo un contrasto sistematico interno alla normativa stessa, risultando incompatibile con la stessa finalità enunciata dalla legge all'art. 1, ma manifesta anche, più gravemente, un conflitto rispetto ai parametri costituzionali di cui agli artt. 3 e 32 Cost.

L'art. 5 esprime, però, con maggiore intensità la sua tendenza alla salvaguardia di un modello di famiglia tradizionale¹⁰³, quale unico nucleo affettivo in cui possa realizzarsi un rapporto di genitorialità biologica¹⁰⁴, nella parte che impone alla coppia richiedente una relazione di coniugio/convivenza¹⁰⁵.

¹⁰² G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, cit. p. 314.

¹⁰³ Per un esame della evoluzione del concetto di famiglia cfr., M. MORI, *Modelli normativi e libertà della persona. Circa la famiglia e la generazione umana*, in G. BALDINI - M. SODANO (a cura di), *Tecnologie riproduttive e tutela della persona*, Firenze, 2007, p. 61 ss.

¹⁰⁴ A tal proposito, invece, appare maggiormente condivisibile l'opinione di A. SANTOSUOSSO, *Per ricorrere al soccorso della tecnologia basta la sola certificazione di sterilità*, cit., p. 31. L'A. sottolinea, infatti, come «l'aspirazione ad avere due genitori, se può essere ragionevole da un punto di vista psicologico, certamente non ha un fondamento giuridico costituzionale, posto che in nessun punto la Costituzione prevede il diritto ad avere due genitori». Nello stesso senso cfr. S. CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni. Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40*, cit., p. 419; ID. S. CANESTRARI, *Verso una disciplina penale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita?*, cit., p. 1106; G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, cit., p. 333.

¹⁰⁵ V. P. SANFILIPPO, *La riscrittura giurisprudenziale della legge n. 40/2004: un singolare caso di eterogenesi dei fini*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2-2015, p. 869.

Ad una più attenta analisi del dato testuale, la norma si riferisce alle coppie di maggiorenni “coniugate o conviventi”¹⁰⁶: la disgiunzione suggerirebbe la possibilità di un’alternativa tra le due opzioni che, peraltro, risulta confermata dallo stesso tenore letterale presente all’art. 12, comma 2 legge n. 40/2004, di cui si tratterà nel prosieguo.

La possibilità di un’alternativa nello *status* della coppia richiedente sembra mitigare l’incontestabile rigore della norma, congegnata all’evidente fine di assicurare al contesto sociale di riferimento e ai destinatari della normativa una garanzia formale della effettiva esistenza di un nucleo familiare e dell’impegno alla concreta realizzazione del bene del nato in un contesto stabile¹⁰⁷.

La rigida previsione del matrimonio quale elemento differenziale per l’accesso alle tecniche di pma da parte di aspiranti genitori è mitigata, infatti, dalla legittimazione al ricorso alle stesse da parte della coppia solo convivente, che avrebbe il pregio di temperare il rigore del precedente requisito: si riconoscerebbe normativamente alla convivenza un carattere di dimensione di *affectio* potenzialmente

¹⁰⁶ Non mancano, a tal proposito, le critiche di chi lamenta l’omessa disciplina dell’accesso alle tecniche di fecondazione medicalmente assistita per le coppie separate, ma ancora formalmente sposate, tra tutti cfr. G. LOSAPPIO, in *Procreazione assistita*, cit., p. 2060.

¹⁰⁷ Non manca chi, tuttavia, contesta la idoneità del requisito della semplice convivenza ad assicurare al nato dalle tecniche di fecondazione artificiale una stabilità equiparabile a quella derivante dalla crescita in una famiglia in cui i genitori sono legati dal vincolo matrimoniale. Cfr. G. MILAN, *Aspetti giuridici della procreazione assistita*, cit., p. 347 ss.; L. PALAZZINI, *La legge italiana sulla procreazione assistita: aspetti filosofici-giuridici*, cit. p. 756 ss.

stabile e non meno meritevole di considerazione in cui coltivare e realizzare l'interesse del minore durante il suo sviluppo¹⁰⁸.

Rispetto in particolare all'accertamento del requisito della convivenza, inoltre, appare del tutto condivisibile la perplessità di chi sostiene la difficoltà di una simile verifica preliminare all'accesso alle tecniche¹⁰⁹, considerata l'inesistenza di un preciso criterio normativo che stabilisca la durata minima della relazione di una coppia¹¹⁰.

Secondo il legislatore del 2004, pertanto, soltanto la famiglia costituita da una coppia eterosessuale ed unita da una relazione stabile sarebbe in grado di garantire la naturalità dei processi riproduttivi e la realizzazione del miglior interesse del figlio: la sua identità personale si potrebbe strutturare, a inspiegabile giudizio del legislatore, soltanto

¹⁰⁸ Di diverso avviso sono invece C. CASINI, M. CASINI, M.L. DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004, n.40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, op.ult cit., p. 99 ss., i quali definiscono “una pesante frattura nel sistema ordinamentale” l'eventuale rinuncia alla condizione del coniugio a favore della convivenza della coppia richiedente l'intervento di PMA, stante la considerazione del matrimonio stesso come l'istituzione “che presiede al bene della discendenza”.

¹⁰⁹ Cfr., tra gli altri, anche C. CASINI, M. CASINI, M.L. DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004, n.40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita* cit.; F. MANTOVANI, *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, cit., p. 329; F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., p.49; P. STANZIONE, *Introduzione*, in P. Stanzione – G. Sciancalepore (a cura di), *Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40, Milano, 2004*; C. TRIPODINA, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della legge n. 40 del 2004 recante «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita»*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 536; R. VILLANI, *La procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n.40*, Torino, 2004, p.72.

¹¹⁰ Sul punto cfr. P. RESCIGNO, *Una legge annunciata sulla procreazione assistita*, in *Corr.giur.*, 2002, p. 982 ss.

All'argomento appena esposto si è però obiettato che il requisito della convivenza dovrebbe essere interpretato, al fine di assicurare al nascituro di essere allevato da entrambi i genitori, come *stabilità*, e cioè come assenza di elementi che rappresentino turbativa o rendano illegittima la stessa convivenza. Così M. SEGNI, *Conviventi e procreazione assistita*, in *Riv.dir.civ.*, 2007, p. 12. Nello stesso senso cfr. anche M. FACCIOLI, *Procreazione medicalmente assistita* (voce), in *Digesto disc. priv.*, Torino, 2007, p. 1058.

all'interno di un nucleo in cui la discendenza biologica dei suoi componenti sarebbe imprescindibile¹¹¹.

L'art. 5 della legge n. 40/2004 rappresenta una delle norme che maggiormente tradisce la stessa *ratio* dell'intera normativa, anche nella parte in cui preclude, senza alcuna giustificata ragione, l'accesso alla procreazione medicalmente assistita alle coppie *same sex*: la disposizione in esame, difatti, richiede ai fini dell'accesso alle tecniche di pma che i membri della coppia siano di sesso diverso, precludendo così il ricorso alla fecondazione artificiale alle coppie omosessuali in virtù di un ragionamento ispirato alle medesime logiche discriminatorie che impediscono ai single l'accesso alle tecniche¹¹²: si normativizza qui un'inaccettabile disparità di trattamento tra soggetti esclusivamente in virtù del proprio stato civile

¹¹¹ Sul punto cfr. Nello stesso senso argomentano C. CASINI - M. CASINI - M.L. DI PIETRO, La legge 19 febbraio 2004, n. 40. *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 99 ss.; G. ROCCHI, *Il divieto di fecondazione eterologa viola il diritto costituzionale alla salute?*, in *www.rivistaaic.it* n. 2/2012, p. 10 ss.; F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 68. *Contra*, tra gli altri, S. CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 418; L. CANOVA, *Possibili evoluzioni psicopatologiche nei bambini nati con la procreazione artificiale*, in *Dir. fam. pers.*, 2001, p. 669 ss.; E. DOLCINI, *Embrione, preembrione, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 448 ss.; C. FORDER, *La procreazione assistita nel quadro dei diritti dell'uomo*, cit., p. 368; R. LOMBARDI, *Implicazioni psicologiche della riproduzione artificiale eterologa (AID)*, in *Dir. fam. pers.*, 1998, p. 669 ss.; S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., p. 157.

¹¹² Tale preclusione, prima dell'intervento della Corte Costituzionale che ha dichiarato illegittimo il divieto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, era anche rafforzata dalla previsione di cui all'art. 4, comma 3 della legge 40, nonché dall'ancora attuale divieto di surrogazione di maternità ai sensi dell'art. 12 comma 2 della legge *de qua*, presidiato da sanzioni amministrative e penali di straordinaria afflittività. Così anche in P. SANFILIPPO, *Dal 2004 al 2014: lo sgretolamento necessario della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 378. Sul punto cfr. le riflessioni di S. CANESTRARI, *Verso una disciplina penale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita?*, cit., 1100 ss.; A. MANNA, *Sperimentazione medica*, in *Enc. dir. agg.*, IV, Milano, 2000, p. 1129.

o dell'orientamento sessuale, che frustra il diritto alla salute del singolo ed impedisce la soluzione dei propri problemi riproduttivi derivanti da sterilità o infertilità irrisolvibili se non proprio mediante il ricorso alla *pma*.

A completamento dell'esame dell'art. 5, è necessario il riferimento al requisito soggettivo dell'età potenzialmente fertile della coppia di aspiranti genitori, nonché a quello del raggiungimento della maggiore età per l'accesso ai trattamenti.

In merito al primo, sembra che una *ratio* giustificatrice possa individuarsi non soltanto nella finalità di evitare o ridurre i rischi che derivano dall'instaurazione di una gravidanza in età avanzata, ma anche nell'esigenza, avvertita dal legislatore del 2004, di garantire al nascituro genitori in età non eccessivamente avanzata ma piuttosto tale da poter assicurargli una adeguata assistenza nel corso dei primi anni di vita e in fase di crescita¹¹³.

La sinteticità della norma non rende chiaro, inoltre, se l'attitudine alla fertilità, cioè alla fecondazione e al concepimento, debbano essere

¹¹³ G. BALDINI, *Le nuove frontiere del diritto di procreare: jus generandi e fecondazione artificiale tra libertà e limiti*, in BALDINI – CASSANO, *Personae, biotecnologie e procreazione*, Milano, 2002, p. 28; M. BARNI, *Diritti-doveri. Responsabilità del medico dalla bioetica al biodiritto*, cit., p. 262 ss.; F. MANTOVANI, *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, cit., p. 327 ss.; F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 48; VALLINI R., *La procreazione medicalmente assistita in Italia: profili civilistici*, in S. RODOTÀ – P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, cit., p. 1523.

accertate in concreto individualmente¹¹⁴, né fornisce indicazioni in ordine al momento in cui l'età debba ritenersi potenzialmente fertile, esponendo l'interprete a dubbi ermeneutici oltre che a oggettivi rischi di difformità nell'applicazione pratica della disciplina.

Rispetto al requisito della maggiore età per l'ammissibilità ai trattamenti di fecondazione assistita, concepito verosimilmente per consentire alla coppia di aspiranti genitori di acquisire la maturità necessaria a comprendere tutte le informazioni che il medico è tenuto a fornire in sede di acquisizione del consenso informato ed in ogni fase di applicazione delle tecniche, ma anche ad assumere «poteri, doveri, oneri e responsabilità connessi all'acquisizione del nuovo *status*»¹¹⁵, sembra opportuno evidenziare come tale condizione configuri un profilo che manifesta, ancora una volta, un'incoerenza interna e sistematica della legge n. 40/2004 rispetto a se stessa e rispetto a fonti di rango pari o superiore.

Al di là dell'evidente incompatibilità della norma con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., l'esclusione del minore dall'accesso alla fecondazione artificiale risulta, difatti, incoerente anche da un punto di vista sistematico, se si considera che la

¹¹⁴ Cfr. P. STANZIONE, *Introduzione*, in P. Stanzone – G. Sciancalepore (a cura di), *Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40*, cit., p. 34.

¹¹⁵ F. NADDEO, *Accesso alle tecniche*, in P. STANZIONE-G. SCIANCALEPORE (a cura di), *Procreazione assistita*, cit., p. 89.

medesima donna minore di età, cui è impedito l'accesso alle tecniche di fecondazione artificiale ai sensi dell'art. 5 l. 40/2004 sarebbe invece, per altro verso, pienamente legittimata ad interrompere volontariamente una gravidanza già instaurata, ai sensi dell'art. 12, comma 2 della legge n. 194/1978 in materia di aborto.

Inspiegabilmente le due leggi, strumenti legislativi che testimoniano come il raccordo tra il diritto e la tecnica e la scienza medica in costante evoluzione sia potenzialmente in grado di garantire alla donna il pieno esercizio della libertà di autodeterminarsi in merito alle scelte procreative, si muovono di fatto su binari paralleli, ,manifestando un evidente squilibrio di tutela della posizione dell'embrione rispetto a quella concepito. All'embrione infatti è dall'ordinamento italiano accordata una tutela più intensa - e in alcune ipotesi anche integrale¹¹⁶ – in confronto a quella che si assicura al concepito, tale da determinare anche una disparità di trattamento tra le donne che possono (o non possono) accedere alle tecniche di procreazione assistita e quelle che invece intendano interrompere la gravidanza.

¹¹⁶ Sul punto v. *infra* § 4.

3) L'art. 6 in materia di consenso informato.

La disamina delle principali disposizioni contenute nella parte introduttiva della legge in materia di procreazione medicalmente assistita non può trascurare la norma dedicata ai requisiti del consenso informato, consapevole e consapevolmente espresso, che la coppia di pazienti ed aspiranti genitori deve rendere al medico della struttura autorizzata alla realizzazione dei trattamenti medici di fecondazione artificiale.

Essendo, infatti, espressione di un principio ormai accolto generalmente in tutti gli ordinamenti europei, compreso il nostro¹¹⁷, e presupposto di liceità di ogni trattamento medico¹¹⁸, il consenso manifesta la «libertà morale del soggetto e della sua autodeterminazione, nonché della sua libertà fisica intesa come diritto

¹¹⁷ Cfr. G. FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico. Principi, problemi e linee di tendenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, fasc.1-2, 1998, p. 45; A. MANNA, *Trattamento medico chirurgico*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 1280 ss.; G. MARINI, *Il consenso*, in S. RODOTÀ, M.C.TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, p. 361 ss.; NANNINI U.G., *Il consenso al trattamento medico*, Milano, 1989; S. RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua determinazione*, in S. RODOTÀ, M.C.TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, cit., p. 205 ss; C. ROMBOLI, *Limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto "attivo" e "passivo"*, in *Foro. It.*, I-1991, p. 15 ss.

¹¹⁸ La disciplina del consenso informato è attualmente prevista anche dall'art. 5 della Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997, recepita nell'ordinamento italiano con la L. n.145 del 28 marzo 2001. Requisiti fondamentali del consenso sono: la sua personalità, salvo nelle ipotesi di incapacità di intendere e volere del paziente; il suo carattere specifico ed esplicito, nonché reale ed effettivo, escludendosi la validità del consenso presunto; la revocabilità in qualsiasi momento del consenso già validamente prestato; il carattere consapevole e completo, dovendo essere il consenso "informato", vale a dire basato su informazioni dettagliate fornite dal medico, implicanti la piena conoscenza della natura dell'intervento medico e/o chirurgico, della sua portata ed estensione, dei suoi rischi, dei risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative.

al rispetto delle proprie integrità corporee, le quali sono tutte profili della libertà personale proclamata inviolabile dall'art. 13 della Costituzione¹¹⁹».

La disciplina del consenso, a cui è dedicato l'intero art. 6 della legge n. 40/2004, è attualmente integrata dalle Linee guida ministeriali, che espressamente regolano l'attività di sostegno e consulenza rivolta alla coppia, nonché dal regolamento interministeriale n. 336 del 2004, che precisa gli elementi essenziali alla formazione di un consenso informato.

Ai sensi della disposizione *de qua*, è in primo luogo previsto in capo al sanitario - «quasi che il medico debba improvvisarsi filosofo e giurista in questa sua attività¹²⁰» - un onere di informazione in merito ai metodi, alle probabilità di successo dei trattamenti e ai rischi dalle stesse derivanti, ai problemi di natura etica e psicologica dipendenti dalla realizzazione degli stessi, ai costi economici delle procedure, nonché alle conseguenze giuridiche sia per gli aspiranti genitori che per il nascituro.

¹¹⁹ Cass. pen. sez. IV, 11 luglio 2001, n.1572, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2041 ss.

¹²⁰ La riflessione è di A. MARTINI, *Profili giuridici della fecondazione medicalmente assistita*, cit., p. 240.

Tra il momento della manifestazione del consenso e l'avvio delle procedure di fecondazione assistita è previsto poi un periodo non inferiore a sette giorni.

Ai sensi dell'art. 6 della legge 40, le caratteristiche che il consenso informato della coppia richiedente l'accesso alla pma deve soddisfare presentano aspetti che esorbitano dalle normali informazioni fornite in ordine alle modalità dei trattamenti medici e ai rischi connessi in essi¹²¹.

Quanto alle modalità acquisitive del consenso, infatti, la consapevole manifestazione di volontà di accedere ai trattamenti di fecondazione artificiale deve realizzarsi per mezzo della sottoscrizione congiunta dei richiedenti e del sanitario di un apposito modulo che, oltre a documentare il consenso degli interessati ad un determinato tipo di tecnica e a manifestare la volontà di procreazione, si atteggia a vero suggello del contratto tra la struttura autorizzata a realizzare i trattamenti e la coppia di aspiranti genitori.

Il profilo maggiormente problematico nella disciplina del consenso, così come emerge dalla legge 40, è tuttavia rappresentato da quanto previsto all'ultimo capoverso del comma 3 della disposizione *de qua*, a mente del quale la volontà di entrambi i soggetti richiedenti

¹²¹ M. DOSSETTI – M. LUPO – M. MORETTI, *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 58.

l'accesso alle tecniche «può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma fino al momento della fecondazione dell'ovulo¹²²».

Non fa *pendant* con tale prescrizione il quarto comma dello stesso articolo, che attribuisce al medico responsabile della struttura autorizzata alle tecniche non soltanto la possibilità di sospendere i trattamenti qualora manchino i requisiti previsti dalla legge, ma addirittura di non procedere *ab origine* alla realizzazione dei trattamenti nelle ipotesi in cui sussistano non meglio specificate ragioni di ordine medico- sanitario, le cui motivazioni devono essere fornite per iscritto alla coppia.

Considerando l'assetto normativo oggi vigente, dunque, il medico avrebbe facoltà di non portare a termine il ciclo di procreazione medicalmente assistita, in virtù di una determinazione che può intervenire anche *dopo* la fase di fecondazione dell'ovulo e prima di quella dell'impianto degli embrioni.

Alla paziente non è invece consentito manifestare la propria volontà negativa in ordine al trattamento sanitario cui si è sottoposta, anche nella fase post-fecondazione: la tutela dell'aspirante madre

¹²²Sul tema della revoca del consenso cfr. C. CASINI, M.CASINI, M.L. DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 123 ss.; M. DOGLIOTTI – A. FIGONE, *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza*, cit., p. 159; F. NADDEO, *Accesso alle tecniche*, cit., p. 109 ss.; R. VILLANI, *La procreazione medicalmente assistita: profili civilistici*, cit., p. 1525.

sembra pertanto esclusivamente affidata al sanitario che realizza il trattamento medico, unico soggetto legittimato a sospendere l'attività di pma in un momento successivo alla fase di fecondazione dell'ovocita.

Il controsenso è di chiara evidenza: se la prosecuzione del trattamento di fecondazione assistita può essere interrotta dal medico, è irragionevole e illogica la previsione della legge 40 per cui la medesima facoltà non è dal legislatore concessa alla paziente, soggetto titolare del diritto di autodeterminarsi in relazione alle scelte terapeutiche che direttamente lo coinvolgono, nel cui ambito certamente si ricomprende sia il diritto alla revoca del consenso al trattamento medico sia a quello dell'interruzione di una gravidanza già instaurata, a seguito di un'eventuale manifestazione di volontà in tal senso.

Anche in questa occasione sembra che la *ratio* sottesa all'adozione di una simile disposizione determini un inaccettabile squilibrio tra i beni e diritti costituzionali in conflitto, dovuto ad un'asimmetrica ponderazione tra i distinti interessi: posto il problema del bilanciamento tra la tutela della vita dell'embrione e la salute e la libertà di autodeterminazione della donna che si sottopone alla pma, la legge 40 risulta prediligere le ragioni dell'embrione.

La finalità della norma, nel caso di specie, sembra proprio essere quella di garantire la massima estensione della tutela dell’embrione, preoccupandosi il legislatore delle sue sorti nell’ipotesi in cui non si proceda al suo impianto, ed in particolare volendosi scongiurare il pericolo della soppressione o crioconservazione conseguente all’eventuale revoca del consenso ai trattamenti medici dopo della fecondazione.

La disposizione, indirizzata a evitare casi di ripensamento dei soggetti sottoposti ai trattamenti di pma, nasconde infatti con “un velo di ipocrisia”¹²³ un ammonimento a non prendere decisioni affrettate: non soltanto solleva dubbi circa la sua compatibilità costituzionale ma consente anche delle riflessioni critiche in ordine alla sua incoerenza sistematica e alla disarmonia interna, che lasciano motivare, in ragione di diversi livelli di illogicità, argomenti sull’ineffettività della norma *de qua* e sull’opportunità di espungere dall’ordinamento italiano il divieto di revoca del consenso all’impianto in utero degli embrioni creati da parte dei soggetti che si sottopongono a trattamenti medici di pma, a seguito della fecondazione dell’ovocita.

Ritenere, innanzitutto, inefficace la revoca del consenso della donna che si sottopone a pma, manifestata oltre il termine di legge,

¹²³ D. PULITANÒ, *Diritto penale. Parte speciale – Tutela penale della persona*, Torino, 2014, p. 105.

rappresenta una inconfutabile violazione dell'art. 32 Cost., a norma del quale nessuno può essere sottoposto obbligatoriamente ad un trattamento sanitario se non per disposizione di legge la quale, comunque, non può violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.

Non prevedendosi, però, alcuna disposizione che legittimi un trattamento sanitario obbligatorio attraverso l'introduzione di un obbligo giuridico di trasferimento dell'embrione nel momento successivo alla fecondazione dell'ovocita¹²⁴, il trasferimento stesso dell'embrione in utero e la successiva eventuale instaurazione di una gravidanza, in difetto del consenso della persona che validamente dispone del suo diritto all'autodeterminazione in *tutte* le fasi in cui si articola il trattamento medico, si pone in irrimediabile contrasto con i limiti imposti dal rispetto dei diritti della persona espressamente sanciti dalla Carta costituzionale¹²⁵.

Questo ed ulteriori profili di illogicità della norma in materia di consenso, così come ancora oggi prevista dalla legge n. 40/2004, sono

¹²⁴ Dall'art. 6 della legge 40 scaturirebbe un vero e proprio "obbligo di gravidanza", quale condizione di servitù personale inconcepibile negli ordinamenti giuridici moderni secondo M. MANETTI, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Pol. dir.*, 2004, p. 457.

¹²⁵ Né potrebbe legittimamente configurare un trattamento sanitario obbligatorio, atteso che l'eventuale obbligo di trasferimento in utero di un embrione prodotto, potenzialmente anche affetto da patologie genetiche, non rappresenta un intervento caratterizzato dalla sua idoneità a mantenere o migliorare lo stato di salute del paziente, caratteristica che invece costituisce la condizione di ammissibilità di un tale intervento obbligatorio, così come evidenziato da giurisprudenza costituzionale consolidata. Cfr., in questo senso, Corte Cost. n.307/1990 e n.258/1994.

stati oggetto di una invero poco innovativa decisione della Corte costituzionale la quale, con la sentenza n. 84/2016 ha, tra i vari aspetti, affrontato –senza però risolvere - la problematica relativa all'incoerenza normativa determinata dall'esistenza dell'art. 6 della legge sulla pma nell'ordinamento italiano.

L'urgenza di assicurare coerenza non solo sistematica ma anche costituzionale ad una disposizione che provoca un serio *vulnus* ai principi in materia di consenso informato, ha stimolato infatti un recente intervento del Tribunale di Firenze, mosso principalmente dall'esigenza di realizzare una lettura costituzionalmente orientata del divieto di revoca del consenso al trattamento medico, sulla cui portata applicativa hanno inciso i quasi quindici anni di vita della legge 40 e le sue continue manipolazioni ad opera della giurisprudenza costituzionale e sovranazionale.

Si tratta di una pronuncia mediante la quale, invero, la Consulta ha dichiarato inammissibile la duplice questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Firenze sia in tema di irrevocabilità del consenso ai trattamenti di pma in un momento successivo alla fecondazione dell'ovulo sia in tema di divieto di

ricerca e sperimentazione sugli embrioni umani ai sensi dell'art. 13 della legge *de qua*, di cui si tratterà nel prosieguo¹²⁶.

Nel caso di specie¹²⁷, il principio dell'irrevocabilità del consenso a seguito della fecondazione dell'ovulo, che non consente oggi alla donna che si sottoponga ad un ciclo di fecondazione assistita alcun ripensamento rispetto alle fasi più avanzate del trattamento di pma, è stato dal giudice *a quo* considerato come una manifesta violazione del principio che regola il rapporto tra il medico e la paziente, tale da sottrarre alla donna il suo potere di manifestare una volontà negativa in ordine al compimento di atti medici anche solo potenzialmente lesivi della propria integrità psicofisica.

Il profilo di criticità maggiore è rappresentato dall'impossibilità di individuare la vera *ratio* della previsione legale di un termine entro il quale il consenso all'atto medico deve essere manifestato.

¹²⁶ Cfr. *infra*, § 3.

¹²⁷ Nel caso affrontato dal tribunale di Firenze, la ricorrente, all'esito di un ciclo fecondazione artificiale che aveva prodotto dieci embrioni di cui solo uno sano, ma di media qualità, aveva accettato di farsi impiantare l'unico embrione sano prodotto, a seguito di un primo rifiuto al trattamento opposto dalla donna stessa alla struttura autorizzata alle tecniche ma non accolto dal centro medico, il quale evidenziava l'impossibilità di dar corso a tale richiesta proprio in ragione della previsione di cui all'art. 6, comma 3 della L. n. 40. Solo successivamente all'infruttuoso tentativo di fecondazione, tuttavia, la donna aveva poi manifestato l'intenzione di sottoporsi ad un nuovo trattamento di pma, riservandosi di decidere in ordine al destino del materiale genetico prodotto. In concreto, nel caso di recente affrontato dalla Consulta, le strade percorribili in merito al destino degli embrioni prodotti sarebbero state inevitabilmente tre: procedere alla crioconservazione degli embrioni; realizzare il loro successivo trasferimento in utero; destinare gli embrioni a fini di ricerca e sperimentazione. Per una ricostruzione del caso, si consenta il rinvio a P. SANFILIPPO, *L'esitazione della Consulta salva il divieto di ricerca sull'embrione*, in *Dir. pen. proc.*, 9/2016, p. 1200 ss.

Se, difatti, il consenso libero ed informato rappresenta l'indefettibile presupposto per la realizzazione di ciascun intervento medico finalizzato alla cura di uno stato patologico, che deve sussistere prima e durante *ogni* fase dell'intero intervento medico, il trattamento regolato dalla legge sulla pma risulterebbe diversificato rispetto a tutti gli altri tipi di trattamento terapeutico, in quanto non troverebbero applicazione gli ordinari principi validi per qualsiasi intervento medico. In ossequio a tali principi, la volontà ai trattamenti medici, manifestata in maniera libera da parte del paziente deve sussistere in ogni fase del trattamento, può anche essere revocata senza la necessità di fornire giustificazioni del ripensamento¹²⁸.

Sfugge pertanto la ragione per cui la rilevanza del consenso della donna al trattamento di fecondazione medicalmente assistita non solo non sia tutelata ma addirittura esclusa dalla legge 40, proprio nella fase cruciale susseguente alla fecondazione dell'ovulo, rappresentata dal trasferimento in utero degli embrioni prodotti.

E difatti il momento della fecondazione dell'ovulo rappresenta solo un segmento del complesso *iter* di cui si compone un trattamento di pma, a cui segue temporalmente la fase essenziale dell'impianto in utero del materiale genetico prodotto (momento, quest'ultimo, che

¹²⁸ Cfr. A. COSSIRI, *La l. n. 40/2004 ancora di fronte alla Corte: l'inammissibilità delle questioni sui divieti di revoca del consenso e di ricerca sugli embrioni*, in *Giur. cost.*, 2-2016, p. 767.

rappresenta invece ovvia *condicio sine qua non* per il perfezionamento – ma non necessariamente anche per la riuscita - dell'intero ciclo di fecondazione artificiale).

Non è chiara, in altri termini, la funzione della previsione di un *termine ad quem*, a partire dal quale la revoca del consenso del paziente al trattamento medico *ex art. 6, comma 3* della stessa legge debba considerarsi vietata, pur in costanza di attività sanitaria, atteso che la finalità della normativa italiana in materia di pma, dichiarata dallo stesso art. 1 della L. n. 40/2004, è quella di “favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana”.

Le ragioni a sostegno dell'incoerenza sistematica della norma sul consenso rispetto all'intera regolamentazione in materia di procreazione medicalmente assistita si rafforzano poi, se si considera il contrasto generato dalla disposizione *de qua* rispetto al diritto, pur attribuito dallo stesso legislatore del 2004 agli aspiranti genitori, di informazione sullo stato di salute degli embrioni prodotti con le tecniche di pma.

Inevitabilmente finisce per contrastare con le ragioni dell'inefficacia della revoca tardiva del consenso ai trattamenti post-fecondazione anche la disposizione di cui all'art.14, comma 5 della

legge 40, che attribuisce ai soggetti che si sottopongono alle tecniche di pma il diritto ad essere informati, su loro richiesta, in merito allo stato di salute degli embrioni prodotti.

Rappresenta un'autentica incongruenza, infatti, poter informare gli aspiranti genitori della presenza di una potenziale malattia dell'embrione per un verso e non consentire, per altro verso, ai medesimi soggetti di revocare il consenso alla fecondazione.

Considerate tali premesse, appare più rispondente ad esigenze di coerenza sistematica dell'intera normativa poter considerare derivante dal diritto all'informazione sulla salute degli embrioni prodotti la possibilità della coppia di assumere nuove decisioni in merito alla sorte degli embrioni e alla prosecuzione dei trattamenti di pma, tra cui rientra senza dubbio anche la revoca del consenso al trasferimento di un embrione la cui patologia risulti accertata¹²⁹.

La recente decisione della Corte Costituzionale, in controtendenza rispetto a tali riflessioni e non entrando nel merito delle doglianze avanzate, si orienta invece nel senso della inammissibilità della questione innanzi la Corte sollevata dal Tribunale di Firenze, esclusivamente in ragione della sua irrilevanza

¹²⁹ F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita cit.*, p. 95; R. VILLANI, *La procreazione medicalmente assistita: profili civilistici*, cit., p. 1527.

attuale nel giudizio *a quo*¹³⁰, non potendo la sola manifestazione dell'intenzione della ricorrente di volersi sottoporre ad un nuovo trattamento, a giudizio della Consulta, giustificare la consistenza della questione dell'irrevocabilità del consenso nel giudizio principale.

Seppur nel caso concretamente affrontato, quindi, secondo i giudici della Consulta non si sarebbe verificata alcuna violazione degli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost., nei quali anche trova fondamento il principio del consenso informato al trattamento medico e in cui si sintetizzano due diritti fondamentali della persona, quello all'autodeterminazione e quello alla salute¹³¹, permane ancora il sospetto che il divieto di cui all'art. 6, comma 3, ultimo capoverso della L. n. 40/2004, continui a manifestare la propria generale incoerenza sistematica, oltretutto la propria incostituzionalità.

Non resta dunque che riflettere sull'opportunità della sostanziale disapplicazione dell'art. 6, comma 3, ultimo capoverso della L. n.

¹³⁰ Ad avviso della Corte, infatti, la circostanza per cui, nel caso di specie, la ricorrente abbia manifestato la volontà di portare comunque a termine il trattamento di fecondazione assistita, nonostante un primo rifiuto di sottoporsi all'impianto in utero dell'unico embrione prodotto non affetto da patologie, ha annullato l'attualità della questione relativa alla irrevocabilità del consenso nell'ambito del giudizio principale, avendo la donna, col proprio successivo assenso al trasferimento del materiale genetico prodotto durante il ciclo di pma, garantito la volontarietà del trattamento sanitario cui si è sottoposta in tutte le sue fasi.

¹³¹ Corte Cost., 15 dicembre – 23 dicembre 2008, n. 438, in www.giurcost.org.

40/2004, anche nell'ipotesi in cui il consenso al trasferimento degli embrioni in utero non sia accordato¹³².

Sul punto, in particolare, è da evidenziare come l'operatività della norma che sancisce l'irrevocabilità del consenso ad accedere alle tecniche di fecondazione assistita dal momento della fecondazione dell'ovulo, con riferimento alla posizione della donna cui deve essere praticato l'impianto, risenta ormai degli effetti del fisiologico invecchiamento dell'intera disciplina e dell'opera di riscrittura giurisprudenziale della legge in materia di pma, avendo numerose pronunce dei giudici costituzionali progressivamente mutato la stessa fisionomia della normativa, accentuando la disarmonia, invero endemica già al momento della sua entrata in vigore¹³³.

L'introduzione della deroga al divieto di crioconservazione degli embrioni di cui all'art. 14, comma 1 della L. n. 40, realizzata con la sentenza costituzionale n. 151/2009, sopprimendo l'irragionevole limite dei tre embrioni il cui trasferimento doveva originariamente realizzarsi in un unico e contemporaneo impianto, ha di fatto inciso sulla stessa portata applicativa della norma che vieta la revoca del

¹³² Sul punto cfr. V. TIGANO, *De dignitate non disputandum est? La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla pma*, in www.penalecontemporaneo.com, 8 maggio 2016.

¹³³ P. SANFILIPPO, *L'esitazione della Consulta salva il divieto di ricerca sull'embrione*, cit., p. 1200 ss.

consenso al trattamento a partire dalla fecondazione dell'ovocita, avendo stravolto le stesse modalità di realizzazione della pratica.

Il riconoscimento della piena liceità di crioconservazione degli embrioni non immediatamente impiantati, infatti, consente oggi al medico che ravvisi fondati rischi per la salute della donna di non procedere all'impianto del materiale genetico prodotto, sulla scorta di una discrezionale opzione tecnico- scientifica che in concreto consideri non soltanto la possibilità di una perfetta riuscita del trattamento medico, ma anche la piena tutela della salute della donna che si sottopone alla pratica¹³⁴.

Una simile conclusione sarebbe d'altronde direttamente desumibile dalla semplice interpretazione costituzionalmente orientata dell'articolo in materia di consenso all'interno della legge n. 40, oltre che da un'analisi in combinato disposto di ben tre parametri forniti dalla stessa normativa in materia di procreazione assistita, nella veste che ha assunto all'esito dei diversi interventi manipolativi di origine giurisprudenziale.

¹³⁴ E. DOLCINI, *Embrioni nel numero "strettamente necessario": il bisturi della Corte Costituzionale sulla legge 40 del 2004*, in *Riv.it.proc.pen.*, 2009, p. 690; L. EUSEBI, *Problemi aperti circa le condotte incidenti sulla vita umana*, in *Riv.it.med.leg.*, 2012, p. 861 ss; G. FERRANDO, *Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte Costituzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2-2009, p. 350 ss.; M. MANETTI, *La sentenza sulla PMA, o del legislatore che volle farsi medico*, in *www.costituzionalismo.it*, 28 maggio 2009.

L'ineffettività della norma che esclude il rilievo del consenso della donna al trattamento di pma in una fase successiva alla fecondazione si argomenta grazie alla lettura congiunta del comma 1 dell'art. 6 che impone al medico un obbligo informativo rispetto alle tecniche di pma in ogni sua fase di applicazione, in funzione della prestazione del consenso di chi alla pratica si sottopone; dell'art. 14, comma 5, che garantisce informazioni sul numero e sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire, a richiesta dei pazienti; dall'art. 14, comma 3, che consente la crioconservazione degli embrioni non trasferibili per causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione.

Considerati tali riferimenti normativi, che valgono da premessa di base, è logica la conseguenza per cui, anche in un momento successivo alla fecondazione dell'ovocita, l'impianto in utero dell'embrione prodotto possa essere rifiutato dalla donna che si sottopone ad un ciclo di pma, se la prosecuzione della pratica si rivela in concreto idonea a crearle un disagio e a pregiudicare la sua integrità fisio-psichica, la cui tutela è assicurata ai sensi dell'art. 32 Cost.

Sotto un ultimo ma non residuale angolo prospettico, la legge n. 40/2004, riconoscendo l'inefficacia della revoca del consenso alla

pma si pone inoltre, ed ancora una volta, in un rapporto di antinomia con la legge in materia di interruzione di gravidanza.

Il confronto tra le due normative conduce infatti all'irragionevole conclusione per cui la donna, sottoposta ad un impianto in utero di embrioni non desiderati, si troverebbe successivamente a sottoporsi all'ulteriore trattamento medico di interruzione della gravidanza eventualmente instaurata a seguito dell'impianto, in evidente contrasto con il paradigma della protezione graduale della vita *in fieri*, in ossequio al quale la tutela giuridica della vita prenatale deve essere modulata in base allo stato di avanzamento del suo sviluppo¹³⁵.

E difatti la l. 194/1978 all'art. 4 legittima la donna a porre termine alla gravidanza qualora essa possa arrecare serio pericolo alla sua salute fisica o psichica. Non v'è dubbio che un trasferimento forzato dell'embrione e l'imposizione di una gravidanza rappresentino operazioni lesive della salute fisica e psichica della donna, come tali probabili scaturigini della scelta della donna di procedere all'aborto ai sensi della legge n. 194/1978.

Oltre che di incompatibilità costituzionale, dunque, sono ragioni di coerenza sistematica ed armonia interna a motivare l'opportunità di espungere dall'ordinamento italiano il divieto di revoca del consenso

¹³⁵ A. MANNA, *La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione di beni giuridici*, cit., p. 348.

all'impianto in utero degli embrioni creati da parte dei soggetti che si sottopongono a trattamenti medici di pma, a seguito della fecondazione dell'ovocita.

La natura solo simbolica di un simile obbligo e la sua ineffettività sostanziale, oltre che dai profili di incoerenza già evidenziati, si evincono chiaramente anche dalla natura incoercibile dell'obbligo delineato dall'art. 6 e da quanto meglio precisato nelle Linee Guida ministeriali a corredo della normativa sulla pma, dove si prescrive la conservazione *in vitro* dell'embrione fino alla sua estinzione, nell'ipotesi in cui la donna sottoposta alle tecniche di fecondazione artificiale rifiuti il trasferimento in utero degli embrioni affetti da anomalie o patologie gravi e irreversibili¹³⁶.

La riflessione sull'autentico senso della sopravvivenza nel nostro ordinamento di una disposizione come quella di cui all'art. 6, comma 3, della legge n. 40/2004 non può che concludersi, pertanto, sostenendo la "attuale inattualità" della norma sul consenso: l'art. 6, che ha resistito alle numerose tribolazioni giurisprudenziali, vige ancora oggi dopo più di un decennio dalla sua entrata in vigore, ma ha assunto ormai contorni sfumati, essendo stato il suo ambito operativo rimodellato dall'introduzione della deroga al divieto assoluto di

¹³⁶ S. CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni. Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40*, cit., p. 417.

crioconservazione degli embrioni¹³⁷, realizzata dalla stessa Corte costituzionale che con la sua ultima sentenza, invece, non sembra aver voluto riconoscere l'inesistenza di un obbligo giuridico di trasferimento dell'embrione nel momento successivo alla fecondazione dell'ovocita.

¹³⁷ Il riferimento è ancora una volta alla sentenza costituzionale n. 151/2009, che dichiarando costituzionalmente illegittimo l'obbligo di unico e contemporaneo impianto degli embrioni prodotti a seguito di un ciclo di pma, ha di fatto travolto anche la portata preclusiva dell'art. 14, comma 1, che nella sua formulazione originaria prevedeva invece un esplicito divieto di crioconservazione degli embrioni soprannumerari prodotti, ma non contemporaneamente trasferiti in utero. Sul punto, più ampiamente, cfr. *infra* § 4.

Capitolo II

Lo statuto punitivo della legge n. 40/2004

Sommario:

Lo statuto punitivo della procreazione (artt. 12-13-14).

1.1. Divieti generali e sanzioni: la fecondazione eterologa e la sentenza costituzionale n.162/2014. - 1.2. Il delitto di commercializzazione di gameti o embrioni e di maternità surrogata (art. 12, comma 6). – 2. Il divieto di clonazione, sperimentazione e ricerca sugli embrioni umani (art. 13): il delicato bilanciamento tra interessi confliggenti.- 2.1. La sentenza costituzionale n. 229/2015 sul reato di selezione embrionale a scopo eugenetico. - 2.2. La sentenza costituzionale n. 84/2016 sul divieto di ricerca scientifica sugli embrioni affetti da anomalie. – 3. Il divieto di diagnosi preimpianto, il caso *Costa e Pavan* e le sue ricadute sull'ordinamento italiano. – 4. L'art. 14: i divieti di soppressione, crioconservazione e produzione sovrannumeraria di embrioni. – 4.1. La sentenza costituzionale n. 151/2009 in tema di limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni.

Lo statuto punitivo della procreazione.

Condotta una disamina delle principali disposizioni introduttive della legge recante norme in materia di pma in merito alle preliminari condizioni di ammissibilità oggettiva e soggettiva alle tecniche di riproduzione artificiale, utile a rappresentare il sostrato non solo giuridico ma anche ideologico della normativa ancora oggi vigente, sembra opportuno dedicare un'apposita sezione alla parte della legge n. 40/2004 avente ad oggetto il vero e proprio "statuto punitivo" della procreazione.

Immediatamente dopo i capi della legge dedicati ai principi generali che regolano la materia e ai requisiti per l'accesso ai trattamenti di pma, infatti, il legislatore delinea l'ambito di tutela del nascituro, corredato di divieti e sanzioni espressamente codificati in ipotesi di violazione delle norme poste a suo presidio.

Si tratta, in particolare, degli artt. 12, 13, 14 della legge *de qua* che, nella loro formulazione originaria, si caratterizzavano per i loro contenuti asfissianti, risultato di una scelta di politica legislativa netta, sostanzialmente diretta a legittimare esclusivamente forme di procreazione naturale ed a salvaguardare l'embrione e la sua integrità.

La normativa sulla procreazione artificiale licenziata dal legislatore nel 2004 imponeva infatti una prospettiva unilaterale sul tema delicato della fecondazione medicalmente assistita, che si sostanziava nella tutela della dimensione biologica della genitorialità e nella protezione totale dei diritti e della dignità dell’embrione.

Dopo quasi quindici anni dall’entrata in vigore della legge 40, tuttavia, l’impianto della legge è stato profondamente rimodellato dalla giurisprudenza nazionale ed europea, alla quale dev’essere attribuito il merito di aver espunto dall’ordinamento giuridico italiano alcune delle disposizioni più controverse, tra cui sono annoverati il divieto di produzione di embrioni soprannumerari e del loro contemporaneo impianto, il divieto di diagnosi genetica preimpianto ed il divieto di fecondazione eterologa.

Nonostante il percorso di progressiva demolizione dell’apparato repressivo della legge 40 intrapreso dai giudici nazionali e sovranazionali che dal 2004 ad oggi ha condotto alla sostanziale riscrittura delle più controverse disposizioni della normativa in materia di pma nonché al rinnovamento delle sue principali direttrici

politico-legislative¹³⁸, la disciplina italiana sulla procreazione continua ancora a dimostrarsi un'arma contro diritti e libertà fondamentali.

Si rivela però una legge senza futuro, che sopravvive stancamente solo attraverso le sue deboli e meno “punitive” norme superstiti.

1.1) Divieti generali e sanzioni: l'art. 12, comma 1 relativo alla fecondazione eterologa e la sentenza costituzionale n. 162/2014.

La prima norma di riferimento, contenuta nell'art. 12 della legge 40, detta una fitta disciplina contenente divieti e sanzioni conseguenti non solo alla violazione delle modalità di applicazione delle tecniche, così come descritte dalle disposizioni che ne regolano l'accesso, ma anche relative a nuove fattispecie, elaborate dal legislatore al fine di inibire l'adozione di metodi fecondativi diversi da quelli tradizionali, ancora una volta, si ritiene, a presidio della dignità e della irripetibilità dell'essere umano.

¹³⁸ E. LA ROSA, *Il divieto “irragionevole” di fecondazione eterologa e la legittimità dell'intervento punitivo in materie eticamente sensibili*, in *Giur. it.*, n. 12/2014, p. 2287; G. LOSAPPIO, *Procreazione assistita (commento alla l. 9 febbraio 2004, n.40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita)*, cit., p. 2057.

Differenziandosi sanzioni amministrative e sanzioni di natura penale¹³⁹ (detentive, pecuniarie, interdittive), in particolare, all'interno dell'articolata disposizione *de qua* possono agevolmente distinguersi tre differenti livelli dell'intervento punitivo, ciascuno finalizzato al soddisfacimento dell'esigenza di tutela di un diverso oggetto¹⁴⁰, ma tutti accomunati da un unico denominatore condiviso: l'assoluta sproporzione del trattamento sanzionatorio riservato al trasgressore dal legislatore del 2004 e la natura dell'illecito e il grado di offensività della condotta eventualmente posta in essere dal trasgressore.

Il primo livello di tutela (delineato nei commi 1, 2, 4 e 5 dell'art. 12) risulta avere lo scopo di predisporre severe conseguenze giuridiche in capo ai soli garanti delle "regole del gioco procreativo voluto dal legislatore¹⁴¹" - il medico e alla struttura in cui opera -¹⁴², qualora si realizzino trattamenti di fecondazione artificiale

¹³⁹ In ordine ai criteri discretivi tra i due tipi di illecito cfr. le osservazioni di F. LAMBERTUCCI, voce *Depenalizzazione*, in F. PALAZZO, C.E. PALIERO, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2003, p. 673 ss., nonché F. PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, in *Ind. pen.*, 1986, p. 54.

¹⁴⁰ Per tale tripartizione cfr. L. RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, cit., p. 675 ss.

¹⁴¹ Così G. LOSAPPIO, *Procreazione assistita (commento alla l. 9 febbraio 2004, n.40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita)*, cit., p. 2061.

¹⁴² E difatti è esclusa dalla stessa legge 40, all'art. 12, comma 8, la punibilità dell'uomo e della donna a cui siano applicate le tecniche di fecondazione artificiale, verosimilmente allo scopo di esonerare dalle conseguenze dell'intervento punitivo i soggetti "più deboli" del processo di procreazione medicalmente assistita. Non sarebbe esclusa, invece, la punibilità dei donatori dei gameti secondo A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit. 98 s.. Contra G. LOSAPPIO, *Procreazione assistita*, cit. p. 2061; E. DOLCINI, *La procreazione*, cit., p. 1590 s. Destinatari dei divieti sarebbero anche, attraverso lo schema del concorso di persone, i collaboratori del medico e chiunque realizzi abusivamente le tecniche di pma. Sul punto cfr. A. VALLINI, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Leggi penali complementari*, a cura di T. PADOVANI, Milano, 2007, p. 607.

contravvenendo ai requisiti oggettivi e soggettivi di accesso alle tecniche ai sensi degli artt. 4 e 5 della legge; nell'ipotesi in cui non sia stato raccolto il consenso informato ai sensi dell'art. 6¹⁴³; nel caso, infine, in cui il sanitario abbia applicato le tecniche di fecondazione artificiale in strutture diverse da quelle pubbliche o private autorizzate dalle regioni e iscritte al registro al registro nazionale istituito con decreto del Ministero della Salute di cui all'art. 11¹⁴⁴.

Prevedendo la punibilità del solo medico e della struttura in cui opera (autentici “capri espiatori”), il trattamento sanzionatorio assumerebbe dei tratti emergenziali, e manifesterebbe attraverso l'aspra comminatoria edittale sia il carattere sostanzialmente penale della tutela predisposta dalla legge 40, sia la sua finalità simbolica¹⁴⁵.

Il “furore punitivo”¹⁴⁶ quasi esemplare delle sanzioni amministrative pecuniarie comminate per la violazione della normativa, lascia trasparire la stessa *ratio* delle disposizioni appena richiamate, che si ravvisa evidentemente nell'intento del legislatore di introdurre una sanzione di natura simbolica quale deterrente alla

¹⁴³ Nell'ipotesi di mancata raccolta del consenso, la sanzione amministrativa pecuniaria ammonta a una cifra che va da 5.000 a 50.000 euro.

¹⁴⁴ La sanzione amministrativa pecuniaria, in questo caso, va da 100.000 a 300.000 euro.

¹⁴⁵ Così A. MANNA, *La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione di beni giuridici*, cit., p. 352.

¹⁴⁶ Così E. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, cit., p. 57.

realizzazione di condotte su cui ha già espresso un giudizio etico di totale disapprovazione.

La stessa forza dissuasiva espressa dalle misure di natura pecuniaria è peraltro rafforzata da ulteriori conseguenze di natura accessoria: quella della sospensione da uno a tre anni dall'esercizio dell'attività professionale per il medico e quella della sospensione (o di revoca, nel caso di recidiva) dell'autorizzazione concessa alla struttura dove sono eseguite le pratiche vietate.

Si tratta di sanzioni di straordinaria afflittività, tale non soltanto da alimentare dubbi in ordine al carattere propriamente amministrativo di alcune delle conseguenze giuridiche predisposte dalla norma *de qua*, ma da lasciar anche supporre, proprio in ragione dell'entità e della gravità delle sanzioni legislativamente predisposte, che si tratti di sanzioni solo formalmente amministrative ma sostanzialmente penali¹⁴⁷, idonee a configurare pertanto un fenomeno addirittura più ampio e profondo di una c.d. "truffa delle etichette"¹⁴⁸.

¹⁴⁷ S. CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, cit., p.418; E. DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, cit., p.1588; L. RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, cit., p.682 ss.

¹⁴⁸ L'espressione risale, come noto, a E. KOHLRAUSCH, *Sicherungshaft. Eine Besinnung auf den Streitstand*, in *ZStW*, 1924, p.33. In argomento cfr., tra gli altri, S. CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, cit., p. 418; E. DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, cit., p. 1588; A. VALLINI, *Illecito concepimento*, cit., p. 80.

Usando un'immagine che si addice al tema trattato in questo contesto, sembra essersi piuttosto verificata una "fecondazione" all'interno della macro-categoria del diritto punitivo.

Per dirla con Canestrari, «il seme del diritto penale viene introdotto nel corpo del diritto amministrativo», determinando non già un'alterazione dei due rami dell'ordinamento, ma la manifestazione di anomalie tipiche di entrambi gli ambiti nella neonata categoria della responsabilità amministrativa "altamente afflittiva", risultato del processo di commistione¹⁴⁹.

Certamente, però, il più rigido effetto della violazione delle norme in materia di pma è quello descritto dall'art. 12, comma 1 della legge 40, che di fatto inibisce la procedura di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo ai sensi dell'art. 4, comma 3 della normativa nella sua originaria formulazione, punendo in via (solo formalmente) amministrativa il sanitario che utilizzi a fini procreativi gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente, con una sanzione pecuniaria da 300.000 a 600.000 euro, nonché la sanzione accessoria della sospensione dall'esercizio dell'attività professionale.

¹⁴⁹ S. CANESTRARI, *Bioetica e diritto penale*, cit., p. 34.

Si tratta di una norma non *stricto sensu* penale, ma *lato sensu* punitiva, ritenuta pertanto certamente afferente alla *matière pénale* secondo i criteri dettati dalla CEDU¹⁵⁰.

Emerge con chiarezza dalla marcata sproporzione tra gli effetti della condotta censurata ed attribuibile al medico e le conseguenze giuridiche derivanti dalla violazione delle norma in materia di pma, l'avversità manifestata dall'ordinamento rispetto a forme di fecondazione non omologa, cioè quelle che richiedono l'impiego di gameti di soggetti estranei alla coppia che avanzano richiesta di accesso alla procreazione assistita e che determinano un'inevitabile scissione tra filiazione biologica e sociale.

Se l'originaria e straordinaria afflittività della disposizione *de qua* può oggi considerarsi temperata a seguito della dichiarazione di incostituzionalità del suo primo comma nella sentenza costituzionale n. 162/2014, di cui si tratterà nel prosieguo, la riflessione in merito al *deficit* di proporzione tra la determinazione della misura del trattamento sanzionatorio e la condotta posta in essere dal trasgressore, determinata dal legislatore al precipuo fine di scoraggiare pratiche di fecondazione verso le quali sono alimentati pregiudizi di natura essenzialmente etica, rappresenta anche un'occasione per

¹⁵⁰ Così C.E. PALIERO, *La laicità penale alla sfida del "secolo delle paure"*, cit., p. 1176.

proporre rilievi critici circa l'opportunità della scelta operata dal legislatore di presidiare con una sanzione dalla carica così esasperatamente deterrente la norma che vieta la fecondazione eterologa.

E difatti il divieto di fecondazione eterologa rappresenta il più coriaceo tra i divieti originariamente predisposti dalla legge in materia di procreazione medicalmente assistita¹⁵¹, quello maggiormente espressivo della posizione politico-eticizzante assunta dal legislatore del 2004 nel dettare una regolamentazione dei trattamenti di procreazione artificiale sbilanciata a favore del riconoscimento, quale unica forma familiare possibile, del modello di famiglia tradizionale¹⁵², costituita dalla coppia eterosessuale convivente o unita in matrimonio, unica considerata idonea a coltivare adeguatamente e realizzare l'interesse del minore durante il suo sviluppo¹⁵³.

A ben vedere, tuttavia, l'argomento dell'identità familiare e della certezza biologica della genitorialità come «condizione prioritaria per

¹⁵¹ Si riflette così anche in P. SANFILIPPO, *Dal 2004 al 2014: lo sgretolamento necessario della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 387.

¹⁵² S. CANESTRARI, *Verso una disciplina penale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita?*, cit. p. 1102; F. MANTOVANI, *La fecondazione tra il «diritto alla prole» e il «diritto ai due genitori»*, cit., 417 ss.; F. PALAZZO, *Persona (delitti contro la)*, in *Enc.dir.*, XXXIII, 1983, p. 314.

¹⁵³ G. DI COSIMO, *Quando il legislatore predilige un punto di vista etico/religioso: il caso del divieto di donazione di gameti*, in *Dir.pen.cont.*, 17 ottobre 2013, p. 8; S. TORDINI CAGLI, *Il paternalismo legislativo*, cit., p. 326; A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi e prassi*, cit., p. 61.

la strutturazione dell'identità personale¹⁵⁴» del nato non risulta convincente, attesa l'inesistenza di evidenze nel campo delle scienze psicopedagogiche che provino che il sereno sviluppo psicologico dei nati da tecniche di fecondazione assistita di tipo eterologo possa essere in qualche modo compromesso dalla mancata coincidenza tra genitorialità sociale e biologica¹⁵⁵; né è stata ritenuta corretta l'adozione del modello punitivo offerto dal principio di precauzione per evitare *tout court* tali pratiche¹⁵⁶: ciò dimostra come il legame affettivo prescinda da quello biologico e come la corrispondenza tra relazioni familiari e relazioni biologiche rappresentino oggi più un dato esteriore e formale che una reale necessità ai fini della piena realizzazione e formazione della personalità del nato.

Né, ancora, si ritiene che la *ratio* di salvaguardia del rassicurante modello di famiglia formata da due soggetti eterosessuali e fondata su legami di derivazione biologica possa legittimare la previsione legale di afflittive sanzioni a presidio del valore della salvaguardia degli interessi del figlio, considerati i plurimi parametri costituzionali e

¹⁵⁴ Così C. CASINI, M. CASINI, M.L. DI PIETRO., *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 74.

¹⁵⁵ L. RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, cit., p. 680 ss.; C. FLAMIGNI, *A proposito di donazione di gameti*, in www.carloflamigni.it. *Contra*, C. CAFFARRA, *La procreazione artificiale: riflessione etico-politica*, Ferrara, 1999, in www.caffarra.it, ove si ritiene “ingiusto e pericoloso legittimare fecondazioni eterologhe”.

¹⁵⁶ S. CANESTRARI, *Procreazione assistita*, cit., p. 418; F. CONSORTE, *Tutela penale e principio di precauzione*, Torino, 2013, p. 108 ss.

convenzionali a sostegno dell' idoneità di un contesto caratterizzato da comunione di affetti ad assicurare un adeguato sviluppo della personalità individuale del nato¹⁵⁷.

Non esisterebbe alcun “danno sociale”¹⁵⁸ derivante dalla donazione di gameti, il cui disvalore sarebbe, pertanto, rappresentato dal solo utilizzo di materiale genetico di un soggetto terzo rispetto alla coppia¹⁵⁹, elemento di per sé non sufficiente a fondare una *ratio* di un illecito di fecondazione eterologa compatibile con i principali parametri costituzionali posti a tutela della persona umana, così come anche sottolineato dalla Consulta, che sul tema si è recentemente pronunciata¹⁶⁰.

Non tutelando il legislatore per mezzo dell'art. 4, comma 3 e dell'art. 12, comma 1 della legge n. 40/2004 alcun bene giuridico di rilevanza costituzionale¹⁶¹, l'impressione è dunque che__la

¹⁵⁷ A. SPENA, *Reati contro la famiglia*, Milano, 2012, p. 8 ss.; A. VALLINI, *Procreazione medicalmente assistita (diritto penale)*, cit., p. 704. Nella giurisprudenza costituzionale, cfr. Corte Cost. 15 aprile 2010, n. 138; Corte Cost. 11 giugno 2014, n. 170.

¹⁵⁸E. DOLCINI, *Il punto sulla fecondazione assistita: in particolare il problema della fecondazione eterologa*, cit., p. 387.

¹⁵⁹ Critica l'inserimento nel processo riproduttivo del donatore di gameti all'interno di un contesto relazionale ed affettivo già costituito dalla coppia di aspiranti genitori L. EUSEBI, *Lo statuto dell'embrione, il problema eugenetico, i criteri della generazione umana. La legge n. 40/2004 e i quesiti referendari*, in www.laprocreazioneassistita.it.

¹⁶⁰ Ci si riferisce alla sentenza costituzionale 9 aprile 2014, n. 162, approfondita *infra*, in questo paragrafo.

¹⁶¹ In dottrina si è infatti escluso che il divieto di fecondazione eterologa tuteli il diritto alla salute della donna sottoposta alle tecniche di fecondazione artificiale, atteso che i rischi cui la paziente si espone nel caso di fecondazione eterologa non risultano diversi o più gravi di quelli derivanti da trattamenti di fecondazione omologa. Né il divieto di donazione di gameti proteggerebbe il presunto bene della fedeltà coniugale, considerata la riconosciuta incostituzionalità dei delitti di adulterio e concubinato. Attraverso il divieto di cui ci si occupa, infine, non si scongiurerebbero i rischi della creazione di un mercato illecito della fecondazione assistita, attesa la necessaria

predisposizione di un così rigido divieto rappresenti esclusivamente un tentativo ostinato di salvaguardia di istanze di natura morale e di valori di natura essenzialmente confessionale¹⁶² e si manifesti in un pregiudizio non ragionevole nei confronti di modelli genitoriali e familiari nuovi – quale quello omosessuale, monogenitoriale o dalla genitorialità biologica e sociale non coincidente¹⁶³ - ma specchio di una società plurale in costante evoluzione.

Non sembra possibile trovare alcun appiglio costituzionale ma ancor prima logico al divieto predisposto dal legislatore del 2004, se si considera che la realizzazione di pratiche eterologhe, in determinate circostanze, può addirittura rappresentare l'unico strumento a disposizione della coppia infertile per ottenere la soluzione dei propri problemi riproduttivi e l'esercizio del proprio diritto all'autodeterminazione, anche in ordine alle scelte procreative.

gratuità nella cessione del materiale genetico dal donatore di gameti alla coppia che accede alle tecniche di fecondazione artificiale. Eventuali "danni sociali" connessi alla fecondazione eterologa, invece, sono superati dalla previsione del divieto di disconoscimento di paternità, che consente l'assimilazione dei nati da tecniche di pma eterologa ai figli adottivi. In argomento, cfr. L. RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, cit., p. 680 ss.; ID., *La Corte Costituzionale supera le esitazioni della CEDU: cade il divieto irragionevole di fecondazione eterologa*, cit., p.1489; S. CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, cit., p. 418.

¹⁶² G. FIANDACA, *Scelte di tutela in materia di fecondazione assistita e democrazia laica*, cit., p. 344; G. LOSAPPIO, *Procreazione assistita*, cit., p. 2059 ss.; A. MANNA, *La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione di beni giuridici*, cit., p. 352. Sulla necessità che il diritto protegga beni giuridici e non valori di natura etica o religiosa, inoltre, cfr. S. CANESTRARI, *Bioetica e diritto penale. Materiali per una discussione*, cit., p.10; F. STELLA, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, cit. p. 310.

¹⁶³ A. VALLINI, *Procreazione medicalmente assistita (diritto penale)*, cit., p. 704.

Questi ed ulteriori profili problematici¹⁶⁴ legati alla sopravvivenza nell'ordinamento italiano del divieto di fecondazione eterologa sono stati affrontati, e definitivamente risolti, dalla Corte Costituzionale che, con la sentenza 9 aprile 2014 n. 162, dopo aver superato delle prime esitazioni dovute all'oscillante giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, ha dichiarato costituzionalmente illegittima la legge sulla pma relativamente al divieto di donazione di gameti ed alle conseguenti sanzioni amministrative previste in ipotesi di violazione del divieto dall'art. 12, comma 1 della legge *de qua*.

Il *leading case* in materia di fecondazione eterologa è rappresentato, infatti, dalla decisione della Corte di Strasburgo risalente all'1 aprile 2010, quando la Prima Sezione della Corte europea, affrontando il caso *S.H. e altri c. Austria*¹⁶⁵, relativo al divieto di donazione di ovuli e di fecondazione in vitro ai sensi degli artt. 3(1) e 3 (2) della *Fortpflanzungsmedizingesetz* austriaca¹⁶⁶, ha condannato l'Austria per la violazione dell'art. 8 CEDU in combinato disposto con l'art. 14, in ragione della riconosciuta incompatibilità

¹⁶⁴ Già in dottrina peraltro sottolineati da S. CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni. Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40*, cit., p. 418 ss.; E. DOLCINI, *Il divieto di fecondazione assistita "eterologa"...in attesa di giudizio*, in *Dir.pen. proc.*, 2011, p. 353 ss.; A. VALLINI, *Procreazione medicalmente assistita*, cit., 587 ss.

¹⁶⁵ Ric. n. 57813/00.

¹⁶⁶ La legge risulta oggi modificata a seguito dell'entrata in vigore della *Fortpflanzungsmedizinrechts- Änderungsgesetz* del 2015.

della normativa austriaca sia con il principio di non discriminazione sia con il diritto al rispetto della vita privata e familiare, nel cui ambito è riconducibile anche il diritto di formare una famiglia per mezzo del ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, per giurisprudenza costante della stessa Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁶⁷.

Sul medesimo caso, tuttavia, la sentenza della *Grande Chambre*, intervenuta il 3 novembre 2011 a seguito di rinvio, ha sostenuto, interamente modificando l'indirizzo della decisione precedente, non soltanto la compatibilità della legge austriaca rispetto ai parametri convenzionali, ma anche la proporzione dell'interferenza della normativa che vieta la fecondazione eterologa in Austria con l'art. 8 CEDU¹⁶⁸.

Nel contesto italiano, invece, la prima questione di legittimità costituzionale innanzi la Corte è stata sollevata dai Tribunali di Catania, Firenze e Milano, i quali hanno ritenuto non manifestamente

¹⁶⁷ Sul punto cfr. i casi *Evans v. the United Kingdom*, n. 6339/05 e *Dickson v. United Kingdom*, n. 44362/04.

¹⁶⁸ In merito alla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo, ed in particolare riguardo la difficile applicabilità dei principi in essa formulati al caso italiano e agli ordinamenti europei in genere, stante le peculiarità della normativa austriaca sulla pma, cfr. E. DOLCINI, *La fecondazione assistita "eterologa". Una questione aperta*, in F. POGGI (a cura di) *Diritto e bioetica. Le questioni fondamentali*, Roma, 2013, p. 23 ss.; ID., *Il punto sulla fecondazione assistita: in particolare il problema della fecondazione assistita "eterologa" rileggendo Carlo Flamigni*, in AA.VV. *Carlo Flamigni. Medicina, impegno civile, bioetica, letteratura*, a cura di M. MORI, *Le lettere*, Firenze, 2013, p. 126 ss.; ID., *Il divieto di fecondazione assistita "eterologa" ... in attesa di giudizio*, cit., p. 353 ss.; R. BARTOLI, *La totale irrazionalità di un divieto assoluto. Considerazioni a margine del divieto di procreazione assistita eterologa*, in *Riv.it.dir.proc. pen.*, 2011, p. 90.

infondata la incompatibilità del divieto di donazione di gameti di cui alla legge n. 40/2004 con il parametro costituzionale di cui all'art.117, comma 1, che impone al legislatore italiano il rispetto e l'adeguamento ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, tra cui quelli che derivano dall'adesione dell'Italia alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Tale prima questione, però, si è conclusa con l'ordinanza interlocutoria n. 150 del 22 maggio 2012 della Consulta che, decidendo di non entrare nel merito della questione e restituendo gli atti ai giudici *a quibus*, li ha invitati a riesaminare la questione alla luce del *novum* emerso dalla sentenza della *Grande Chambre* del 2011.

Una seconda questione di legittimità costituzionale è stata pertanto successivamente riproposta dagli stessi giudici i quali, in questa occasione, hanno fondato le ragioni della non manifesta infondatezza dell'incompatibilità del divieto di donazione di gameti con i parametri costituzionali unicamente "interni" di cui agli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost., piuttosto che anche con i parametri di cui alla Convenzione europea¹⁶⁹.

¹⁶⁹ Sul punto cfr. A. RUGGERI, *La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al "dialogo" con la Corte Edu (a prima lettura di Corte cost. n. 162 del 2014)*, in *www.forumcostituzionale.it*, 14 giugno 2014, p. 1; F. GIRELLI, *Bastano le garanzie interne per*

La decisione assunta dalla Corte Costituzionale nel 2014 assume una fondamentale rilevanza, dovendosi riconoscerle il merito di aver tentato una più equa ponderazione tra beni e diritti costituzionali in conflitto: con tale pronuncia, infatti, la Consulta ha assunto un ruolo poetico nella ridefinizione della legge in materia di pma, per mezzo della qualificazione del divieto di donazione di gameti come il «risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco», introdotto da un legislatore rivelatosi inadeguato a rispondere alle istanze ed esigenze manifestate dalla società civile in trasformazione¹⁷⁰, in violazione anche del canone di razionalità dell'ordinamento.

E difatti l'*iter* logico-giuridico seguito dalla Corte costituzionale nel dichiarare illegittimi il divieto di eterologa¹⁷¹ e le relative, severissime sanzioni di cui all'art 12, comma 1 della legge sulla pma, si fonda, nella sua prima parte, interamente sulla considerazione del canone di ragionevolezza¹⁷² come criterio che deve sempre informare

dichiarare l'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014, p. 599 ss.

¹⁷⁰ G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale*, in *Consulta online. Studi*, 2014, p.2.

¹⁷¹ Cfr., tra gli altri D'AMICO M. – M. P. COSTANTINI (a cura di), *L'illegittimità costituzionale del divieto della «fecondazione eterologa». Analisi critica e materiali*, Milano, 2014; A. VALLINI, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di «fecondazione eterologa»*, in *Dir.pen.proc.*, 7-2014, p. 825 ss; D'AMICO G., *La Corte Costituzionale e il peccato di Ulisse*, in *Forum Quad. Cost*, 2014.

¹⁷² Sul giudizio di ragionevolezza e di bilanciamento tra valori di rango costituzionale cfr., tra gli altri F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità delle leggi penali*, in *Riv.it.proc.pen.*, 1998, p. 381; S. CANESTRARI - F. FAENZA, *Il principio di ragionevolezza*

l'azione del legislatore, ma che con la legge 40/2004 è invece risultato intollerabilmente violato dalla previsione legale del divieto di ricorrere a trattamenti di fecondazione assistita attraverso l'utilizzo di gameti provenienti da donatori esterni alla coppia di aspiranti genitori; nella seconda parte si sviluppa, invece, in un invito alla misura, cioè alla ricerca di un punto di equilibrio tra i diversi interessi e valori in gioco che valorizzi e tuteli adeguatamente tutti i soggetti coinvolti nel processo di fecondazione medicalmente assistita.

Gli argomenti dei tre tribunali rimettenti risultano apprezzati dalla Consulta e richiamati nella sua decisione: l'illecito di donazione di gameti, secondo la Corte, compromette il diritto della coppia in ordine alla determinazione di mettere al mondo o meno un figlio, che deve invece essere incoercibile perché attiene alla sfera più intima ed intangibile della persona. Impedendo l'utilizzo dell'unico strumento spesso idoneo a risolvere i problemi di fertilità o sterilità il divieto cagiona, pertanto, un'ingiusta disparità di trattamento tra coppie di

nella regolamentazione biogiuridica: la prospettiva del diritto penale, cit., p. 90 ss.; G. INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in *Introduzione al sistema penale*, a cura di Insolera - Mazzacuva - Pavarini - Zanotti, Torino, 2012, p. 401 ss.; J. LUTHER., *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1997, p. 358; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, p. 279 ss.

aspiranti genitori, differenziati solo in relazione al tipo di limiti alla procreazione a cui sarebbero soggetti¹⁷³.

Seguendo le argomentazioni della Corte Costituzionale, infatti, l'incongruenza tra le finalità della legge in materia di procreazione assistita e la predisposizione normativa di un illecito di donazione di gameti risulta evidente: se proprio in forza dell'art. 1 della legge n. 40/2004 una coppia è legittimata a ricorrere alle tecniche di fecondazione assistita al fine di favorire la soluzione dei propri problemi riproduttivi, rendendo dunque concreta la possibilità di diventare genitori e di formare una famiglia, è irragionevole la scelta del legislatore di precludere l'accesso a trattamenti di pma alle coppie in cui anche soltanto uno dei componenti fosse totalmente sterile: paradossalmente per accedere alla pma « sarebbe necessario essere sterili sì, ma non troppo¹⁷⁴ ».

Preso atto di tale profilo di illogicità interno alla legge 40, i giudici costituzionali colgono poi l'occasione per sottolineare come il trattamento di fecondazione eterologa vietato ai sensi dell'art. 4, comma 3 della legge *de qua* e severamente sanzionato ai sensi dell'art. 12, comma 1 non possa rappresentare una fattispecie differenziata e

¹⁷³ Trib. Milano, ord. 29 marzo 2013, con nota di A. VERRI, *Il tribunale di Milano rimette nuovamente alla Corte Costituzionale la questione concernente la legittimità costituzionale della fecondazione eterologa*, in *Dir.pen.cont.*, 15 aprile 2013.

¹⁷⁴ C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in www.confronticostituzionali.eu, 17 giugno 2014.

caratterizzata da un maggior disvalore rispetto all'intervento realizzato servendosi dei soli gameti dei membri della coppia stessa, da quest'ultimo differenziandosi esclusivamente per l'utilizzo di materiale genetico di un donatore, soggetto terzo rispetto alla coppia.

La donazione di gameti, peraltro, stando alle acquisizioni scientifiche più recenti, non comporterebbe rischi per la salute dei donanti e dei donatari maggiori di quelli eventualmente derivanti dalle pratiche di fecondazione omologa, né da quelli insiti in qualsiasi altra attività terapeutica, se eseguita in strutture autorizzate e nell'osservanza dei protocolli elaborati dagli organismi specializzati a ciò deputati¹⁷⁵.

Invero, l'unico *discrimen* tra le due tecniche sarebbe rappresentato dalla considerazione del trattamento di fecondazione eterologa come una *species* rispetto al più ampio *genus* della fecondazione omologa, con la conseguenza della automatica soggezione delle modalità per la sua concreta realizzazione a tutte norme di divieto e sanzione già previste dalla legge n. 40/2004 a tutela dei interessi del nascituro¹⁷⁶, e non della differenziazione degli statuti dei due tipi di pma.

¹⁷⁵ Corte Cost., sent. 162/2014, § 9.

¹⁷⁶ V. TIGANO, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro*, in *Dir.pen.cont.*, 13 giugno 2014.

Già in questi efficaci passaggi della motivazione, la sentenza costituzionale n. 162/2014 depotenzia l'argomento dell'identità familiare e della certezza biologica della genitorialità quale *ratio* del divieto di fecondazione eterologa e condizione necessaria per lo sviluppo e per la realizzazione degli interessi del nato dalle tecniche di fecondazione artificiale: «il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia»¹⁷⁷.

Restituisce, poi, una maggiore coerenza costituzionale alla legge in materia di pma attraverso una riflessione sull'opportunità di un *balancing* più adeguato tra i valori e gli interessi costituzionalmente rilevanti in gioco nel caso concreto e di cui si richiede una proporzionata tutela.

In merito alla problematica della liceità o illiceità della fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo, si affrontano da un lato l'interesse del soggetto nato da tecniche di pma alla crescita e allo sviluppo nel rassicurante contesto di una famiglia tradizionale; dall'altro il controinteresse della coppia sterile o infertile all'autodeterminazione familiare e al diritto alla salute psicofisica,

¹⁷⁷ Così si legge nel § 6, in diritto, della sentenza costituzionale. In dottrina cfr. il commento di L. RISICATO, *La Corte Costituzionale supera le esitazioni della CEDU: cade il divieto irragionevole di fecondazione eterologa*, cit., p. 1496 s.

legato anche alla possibilità di soddisfare la libertà fondamentale “di formare una famiglia con dei figli”.

La già richiamata *ratio* della naturalità della procreazione e della integrale protezione del nato da tecniche di pma posta dal legislatore del 2004 a fondamento del divieto di fecondazione eterologa mal si concilia, ad avviso della Corte Costituzionale, con il controinteresse della coppia alla autodeterminazione in materia procreativa, provocando una irragionevole disparità di trattamento a danno degli aspiranti genitori che, in ragione della gravità dei propri problemi riproduttivi, non possono ricorrere alla fecondazione di tipo omologo ma devono necessariamente servirsi di gameti di un soggetto terzo per il soddisfacimento del proprio interesse (o sono costrette, stante il divieto italiano che rappresenta un *unicum* nel panorama europeo¹⁷⁸, al c.d. “turismo procreativo” verso centri esteri di pma¹⁷⁹).

Il contemperamento delle due opposte esigenze deve invece passare attraverso la ponderazione delle esigenze che si intendono

¹⁷⁸ Per una disamina della disciplina della procreazione medicalmente assistita nei principali paesi europei, in particolare sotto il profilo della donazione di gameti cfr. E. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, cit., p. 52 ss.; C. FLAMIGNI, *La procreazione assistita*, cit., p. 121 ss.; A. GENTILOMO A. – PIGA A. – NIGROTTI S., *La procreazione medicalmente assistita nell'Europa dei quindici. Uno studio comparatistico*, Milano, 2005, p. 67 ss. Per ulteriori profili comparatistici cfr., inoltre, *infra*, cap. 2.

¹⁷⁹ Riflettono su tale fenomeno e sugli effetti della disponibilità economica delle coppie a richiedere trattamenti di fecondazione eterologa all'estero a rappresentare una nuova forma di discriminazione per censo E. DOLCINI, *La procreazione assistita: profili penalistici*, cit., p. 1588; C. FLAMIGNI- BORINI A., *Fecondazione e(s)terologa*, Torino, 2012; L. RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, cit., p. 675 ss.; A. VALLINI, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di “fecondazione eterologa”*, cit., p. 832.

soddisfare nel caso concreto e nel minor sacrificio possibile di un interesse costituzionalmente tutelato rispetto all'altro.

L'intollerabile compressione dell'esigenza delle coppie di aspiranti genitori rispetto all'interesse del nato, così come risulta dall'impianto originario della normativa in materia di procreazione medicalmente assistita, ed in particolare dalla predisposizione legale del divieto di fecondazione di tipo eterologo, è stata ritenuta pertanto dalla Consulta un *vulnus* considerevole per il nostro sistema costituzionale, tale da richiedere l'eliminazione dell'illecito di donazione di gameti dall'ordinamento giuridico.

La declaratoria di incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa e della corrispettiva sanzione non ha però prodotto un vuoto normativo in materia: se, infatti, è sempre demandato al legislatore il compito di introdurre nell'ordinamento nuove disposizioni idonee a colmare eventuali lacune createsi in conseguenza della illegittimità costituzionale dichiarata dalla Consulta, nel caso di specie un tale vuoto non sussiste.

Le norme di divieto e sanzione previste nella normativa sulla pma sono ancora perfettamente applicabili anche per la realizzazione

delle tecniche di fecondazione di tipo eterologo¹⁸⁰, oggi perfettamente lecite nel nostro ordinamento giuridico per merito dell'intervento dei giudici costituzionali.

La sentenza costituzionale n. 162 del 2014 rappresenta solo una delle tappe di cui si compone il percorso di razionalizzazione giurisprudenziale della normativa italiana in materia di fecondazione assistita, ma è certamente uno snodo essenziale dell'opera di *restyling* realizzata dalla magistratura nazionale ed europea allo scopo di restituire coerenza alla legge 40, di fatto rivelatasi, nella sua impostazione originaria, uno strumento giuridico del tutto inadeguato ad agevolare la soluzione dei problemi di sterilità ed infertilità di migliaia di coppie in Italia.

L'esclusiva attitudine della legge n. 40/2004 a rappresentare una risposta ad istanze ideologicamente ed eticamente orientate verso la tutela di valori di natura essenzialmente confessionale ha infatti inevitabilmente dimostrato, in maniera più evidente proprio attraverso la predisposizione del divieto di fecondazione eterologa di cui si è

¹⁸⁰ Risultano applicabili, a seguito della sentenza che dichiara l'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa: l'art. 5 della legge italiana sulla *pma*, che consente l'accesso alle tecniche alle coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile e entrambi viventi; l'art. 6 che disciplina il consenso informato prima e durante ogni fase di applicazione delle tecniche; l'art. 7 che offre base giuridica alle Linee guida che devono essere emanate dal Ministro della Salute per l'esecuzione della normativa, l'art. 8 che riconosce lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime al nato da procreazione assistita tout court; gli artt. 10 e 11 che contengono le indicazioni per la individuazione delle strutture autorizzate a praticare la procreazione medicalmente assistita e di documentazione dei relativi interventi, l'art. 12 in tema di divieti e sanzioni.

trattato e fino alla declaratoria di incostituzionalità dell'illecito, la sua totale incapacità di rispondere efficacemente alle esigenze della realtà sociale in evoluzione.

1.2) Il delitto di commercializzazione di gameti o embrioni e di maternità surrogata (art. 12, comma 6).

Dopo quello che contempla le sanzioni (solo formalmente) amministrative a presidio del divieto di fecondazione eterologa, il legislatore del 2004 dedica un secondo livello di tutela alle norme penali aventi ad oggetto la dignità e l'irripetibilità dell'essere umano.

Tra queste, oltre a quella che vieta la clonazione umana¹⁸¹, è contemplata la fattispecie di cui all'art. 12, comma 6 della legge in materia di pma, che punisce con la pena della reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da seicentomila a un milione di euro «chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o embrioni o la surrogazione di maternità».

1. Le condotte descritte dalla norma, che si riferiscono a due distinti oggetti del medesimo divieto, tra loro eterogenei (da un lato

¹⁸¹ Si tratterà di tale fattispecie *infra*, nel paragrafo successivo.

“gameti ed embrioni”, dall’altro “la maternità surrogata”), impongono una disamina separata dei due illeciti, che si avvia con l’analisi del delitto di commercializzazione di gameti ed embrioni.

Si tratta di una norma che trarrebbe origine ed ispirazione dall’art. 21 della Convenzione di Oviedo, dall’art. 4 della Dichiarazione universale del genoma umano e dalla direttiva europea n. 44/1998¹⁸², ma che si sviluppa ulteriormente attraverso la scelta normativa operata dal legislatore di sanzionare penalmente non soltanto la *commercializzazione*¹⁸³ degli embrioni umani e dei gameti, ma anche le condotte preparatorie rappresentate dalla *organizzazione*¹⁸⁴ e dalla *pubblicizzazione*¹⁸⁵ della commercializzazione in questione.

Anche questa disposizione, così come quelle precedentemente esaminate, ispira riflessioni in ordine alla *ratio* della incriminazione delle condotte in essa descritte, nonché in merito alla compatibilità

¹⁸² Per tali riferimenti normativi sovranazionali v. G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit. p. 54.

¹⁸³ Si tratta dello scambio di gameti ed embrioni con finalità speculative o secondo il criterio di economicità, realizzato professionalmente e con una certa continuità. Per questa definizione e per le successive cfr. G. LOSAPPIO, *Procreazione assistita (commento alla l. 9 febbraio 2004, n.40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita)*, cit., p. 2062.

¹⁸⁴ Si tratterebbe di un’attività, a connotazione aziendale, consistente nel coordinamento di mezzi e scopi per la successiva realizzazione dell’attività di commercializzazione.

¹⁸⁵ Per pubblicizzazione s’intenderebbe l’attività che consiste nella diffusione, ad un pubblico tendenzialmente indiscriminato di destinatari e con qualsiasi mezzo, di messaggi che esplicitamente o indirettamente rendano noto un mercato di gameti e di embrioni, e cioè l’esistenza di una loro domanda o offerta.

della fattispecie descritta dal legislatore del 2004 con i principi che nel nostro ordinamento regolano la materia penale.

Collocata all'interno del contesto sistematico della legge 40, la disposizione *de qua* giocherebbe un ruolo prodromico rispetto alle altre condotte vietate dalla normativa sulla pma: in riferimento alla commercializzazione di gameti, infatti, il divieto avrebbe lo scopo di ostacolare non soltanto la realizzazione di trattamenti di fecondazione assistita di tipo eterologo, ma anche la surrogazione di maternità; rispetto alla commercializzazione di embrioni, invece, il divieto di cui all' art. 12, comma 6 assolverebbe alla funzione di evitare la manipolazione, la selezione e la sperimentazione sugli embrioni al di là degli scopi e dei limiti fissati dallo stesso legislatore del 2004¹⁸⁶.

La *ratio* della norma, ravvisata nell'obiettivo del legislatore di evitare il traffico di gameti ed embrioni all'interno di un mercato incontrollato della procreazione¹⁸⁷, non alimenta particolari riserve, essendo anche di conforto il riconoscimento del divieto di trarre lucro dal corpo umano e dalle sue parti previsto non solo in disposizioni di

¹⁸⁶ Così F. CONSORTE, *op.ult.cit.*, p. 655.

¹⁸⁷ BARTOLETTI D. – F. VARENGHI- A. VALLINI, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita (l. 19.2.2004, n. 40)*, cit., p. 9; A. VALLINI, *Procreazione medicalmente assistita*, cit., p.607.

origine sovranazionale¹⁸⁸ ma anche in gran parte delle regolamentazioni nazionali sul tema degli Stati europei.

Costante *Leitmotiv* dell'intera normativa sulla procreazione medicalmente assistita¹⁸⁹, riecheggia comunque, oltre la finalità di tutela della irripetibilità dell'essere umano, l'esigenza avvertita dal legislatore di scongiurare le pratiche che confliggano in modo assoluto anche con la dignità della procreazione¹⁹⁰.

Se la scelta politico-criminale di incriminare la commercializzazione di gameti ed embrioni, che garantisce così la gratuità dei processi di fecondazione assistita ed esclude che sia realizzata per fini di lucro, non solleva dunque particolari rilievi critici, più discutibile si rivela invece la costruzione dell'illecito di cui all'art. 12, comma 6, sia in relazione alle caratteristiche delle condotte descritte dalla fattispecie tipica, sia in merito al trattamento sanzionatorio predisposto a carico del trasgressore del divieto¹⁹¹.

¹⁸⁸ Il riferimento principale è alla Carta di Nizza, che vieta appunto l'utilizzo del corpo umano o delle sue parti quale fonte di lucro nell'ambito della medicina e della biologia. Cfr., inoltre, la Convenzione di Oviedo del 1997 nonché i Principi sui progressi delle scienze biomediche elaborati dal Consiglio d'Europa nel 1989. Sul punto, più diffusamente, v. E. DOLCINI, *La procreazione assistita: profili penalistici*, cit., p. 1554.

¹⁸⁹ F. CONSORTE, *La disciplina della procreazione medicalmente assistita (l. 19-2-2004)*, cit., p. 655; L. EUSEBI, *Beni penalmente rilevanti e tecniche di procreazione*, cit., p.49 ss.; F. RE, *Profili penali della procreazione medicalmente assistita*, cit., p.355.

¹⁹⁰ L. EUSEBI, *La vita individuale precoce: soltanto materiale biologico?*, in *Leg. pen.*, 2005, p. 359; ID., *Laicità e dignità umana nel diritto penale (pena, elementi del reato, biogiuridica)*, cit., p. 193; FORDER C., *Procreazione assistita nel quadro dei diritti dell'uomo*, cit., p. 369; F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte speciale*, Padova, 1995, p. 100.

¹⁹¹ Le ipotesi delittuose previste dall'art. 12, comma 6 della legge 40 costituirebbero reati plurisoggettivi propri, in cui è punita anche la coppia e non più solo il medico, come invece previsto per la violazione degli altri divieti di cui all'art. 12 dal comma 8 della stessa disposizione.

Sotto il primo profilo la norma peccherebbe di eccessiva indeterminatezza: in difetto di una definizione – per così dire – “autentica”, che descriva con sufficiente determinatezza le caratteristiche di ciascuna condotta tipica, la demarcazione di precisi confini di ognuna di esse si rivela complessa, ed espone la disposizione a plurime interpretazioni.

In particolare, sono state sollevate perplessità in merito alla definizione di “commercializzazione”: non sarebbe chiaro, non essendovi alcuna specificazione in tal senso, se con tale espressione si debba intendere l’atto negoziale in senso tecnico o se piuttosto nel suo ambito possa ricondursi qualunque forma di distribuzione anche a titolo gratuito. Rispetto agli ulteriori elementi della fattispecie, inoltre, è da chiarire se per integrare la condotta occorra un unico atto di cessione a fine di lucro¹⁹² o se sia necessaria un’abituale distribuzione rivolta ad un numero indeterminato di soggetti¹⁹³.

In ordine alla nozione di “organizzazione” della commercializzazione, il legislatore del 2004 non accenna una

Sul punto cfr. L. RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, cit., p. 674.

¹⁹² Ritiene riferibile la formula “commercializzazione” non soltanto ad un’attività professionale, ma anche a singole attività di cessione di gameti ed embrioni a finalità speculative E. DOLCINI, *La procreazione assistita: profili penalistici*, cit., p. 1554.

¹⁹³ Il dato testuale, infatti, evocando esplicitamente la definizione di imprenditore commerciale di cui al codice civile, valorizzerebbe la necessità del requisito della professionalità e di supporto organizzativo anche minimo per l’integrazione della fattispecie secondo G. LOSAPPIO, *Procreazione assistita*, cit., p. 2062.

definizione relativa alle modalità per la sua realizzazione: limitandosi alla semplice qualificazione della condotta come illecita, la disposizione non specifica se l'attività vietata si debba caratterizzare di una connotazione aziendale, consistente nel coordinamento di mezzi e scopi e nella predisposizione di una struttura idonea a rispondere alle esigenze del mercato o sia sufficiente alla sola detenzione dei gameti e degli embrioni.

Un *deficit* di tassatività nella formulazione della fattispecie tipica è riscontrabile anche rispetto alla definizione della “pubblicizzazione” delle condotte vietate: la maggiore perplessità manifestata si riferisce alla manifesta indeterminatezza della norma, che non descrive le caratteristiche dell'attività, residuando dunque dubbi sulla possibilità che la fattispecie tipica sia integrata attraverso la semplice diffusione del messaggio di promozione a una cerchia indeterminata di individui o a un soggetto indeterminato; se sia, poi, necessaria o piuttosto non essenziale un'organizzazione di mezzi e materiali per perseguire lo scopo della condotta vietata dalla legge¹⁹⁴.

Rispetto al problematico profilo attinente al trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 12, comma 6 della legge sulla pma, appare addirittura superfluo evidenziare come le sanzioni comminate

¹⁹⁴ Su tali profili di indeterminatezza della fattispecie, più diffusamente, cfr. F. CONSORTE, *La disciplina della procreazione medicalmente assistita (l. 19-2-2004)*, cit., p. 656 ss.

dal legislatore in ipotesi di commercializzazione di gameti o embrioni si caratterizzino per la straordinaria afflittività, considerato che alle già severe sanzioni principali cui si è già accennato si sommerebbero anche quelle accessorie previste a carico del medico e della struttura autorizzata alla realizzazione delle tecniche di procreazione assistita ai sensi dei commi 9 e 10 dello stesso art. 12¹⁹⁵.

Irragionevole, in particolare, risulta la previsione dei medesimi limiti edittali per tutte le condotte, chiaramente caratterizzate da una diversa capacità offensiva¹⁹⁶: sembra che la peculiare offensività riscontrata dal legislatore e resa uniforme per tutte le tre attività descritte nella fattispecie tipica nonostante l'evidente intrinseca diversificazione possa riscontrarsi nella possibile lesione o messa in pericolo del valore dell'irripetibilità dell'essere umano e della dignità della donna, del nato e del nucleo familiare, che «mal tollera d'essere economicamente sfruttato, o d'essere piegato alle leggi del mercato»¹⁹⁷.

Solo alla luce di una scelta legislativa volta ad apprestare una tutela progressiva ed anticipata a simili beni giuridici potrebbe

¹⁹⁵ Il primo dispone la sospensione da uno a tre anni dall'esercizio della professione a carico dell'esercente una professione sanitaria condannato per uno degli illeciti di cui all'art. 12; il secondo prevede invece la sospensione per un anno dell'autorizzazione (o la revoca, in ipotesi di recidiva o di plurime violazioni dei divieti) per la struttura in cui è eseguita una delle pratiche vietate.

¹⁹⁶ F. CONSORTE, *op.ult.cit.*, p. 656 s.

¹⁹⁷ Così, D. BARTOLETTI – F. VARENGHI- A. VALLINI, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita (l. 19.2.2004, n. 40)*, cit., p. 9

spiegarsi l'arretramento della punibilità alle attività di organizzazione e di pubblicizzazione della commercializzazione di gameti o di embrioni censurate dalla disposizione *de qua*.

La scelta di non graduare il trattamento sanzionatorio in relazione alle eterogenee condotte tipiche descritte, insieme alla conseguente equiparazione tra le attività preparatorie e quella finale di commercializzazione, non appare tuttavia condivisibile.

L'eccessiva anticipazione della soglia della punibilità addirittura allo stadio della sola promozione della commercializzazione di gameti o embrioni, oltre a manifestare un evidente contrasto con il canone di proporzione dell'intervento penale di cui il diritto penale sarebbe "felicitemente prigioniero"¹⁹⁸, determina anche attriti tra la disposizione ed il principio di offensività: l'incriminazione di attività meramente prodromiche rispetto al pericolo astratto dell'impianto in utero di gameti o embrioni oggetto della commercializzazione censurata dall'art. 12, comma 6, lascia infatti ritenere che ci si trovi di fronte a un mero reato di scopo. Il precetto, più che congegnato autenticamente allo scopo di incriminare l'offesa o anche solo la messa in pericolo di un vero e proprio bene giuridico, risulterebbe

¹⁹⁸ L. RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, cit., p. 674.

piuttosto finalizzato alla tutela di un interesse del tutto privo di un pregnante contenuto offensivo.

2. Accanto all'illecito di realizzazione, organizzazione o pubblicizzazione della commercializzazione di gameti o embrioni, il comma 6 della norma che rappresenta il vero nucleo dello statuto punitivo della procreazione medicalmente assistita contempla il divieto di surrogazione di maternità, punito con la medesima pena prevista per il delitto di commercio di gameti ed embrioni di cui si è già trattato.

Con l'espressione "surrogazione di maternità"¹⁹⁹, non meglio qualificata all'interno della stessa legge n.40/2004 che pur la disciplina (*rectius*: la vieta), ci si riferisce secondo la definizione più comune al fenomeno di dissociazione tra gestazione e maternità sociale e giuridica, ed in particolare il processo procreativo frutto di un accordo attraverso il quale una donna si obbliga verso una coppia committente a farsi fecondare, artificialmente o naturalmente, o a ricevere l'impianto di un embrione non suo, con l'impegno a cedere il

¹⁹⁹ Per tale nozione cfr. A. VALLINI, *Procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 611; ID., *Procreazione medicalmente assistita (diritto penale)*, cit., p. 705; R. VILLANI, *La procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n.40*, cit., p. 154; I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, in *Trattato di biodiritto*, cit., p. 1479.; A.B. FARAONI, *La maternità surrogata*, Milano, 2002; L. POLI, *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, in *Riv. Biodir.*, 3-2015, p. 7 ss.

nato ai committenti, rinunciando alla relazione di maternità, dopo aver condotto e portato a termine la gravidanza.

Si distinguerebbero, pertanto, per un verso il fenomeno della la c.d. “locazione d’utero”, che si verifica nell’ipotesi di prestito dell’utero per la gestazione di un embrione ottenuto *in vitro* o in altro soggetto utilizzando il materiale genetico appartenente alla coppia committente; per altro verso il fenomeno della maternità surrogata *stricto sensu*, per tale intendendosi sia la surrogazione d’utero sia quella dell’ovocita di una donna a favore della coppia di committenti²⁰⁰.

Il *punctum dolens* principale in tema di liceità o meno della maternità surrogata è individuabile nel presunto attrito che si determinerebbe, in occasione dell’applicazione di tale procedura procreativa, con il valore della dignità della persona umana²⁰¹.

²⁰⁰ Cfr. V. BARELA, *La regolamentazione delle strutture autorizzate e la disciplina dei divieti e delle sanzioni*, in P. STANZIONE-G. SCIANCALEPORE (a cura di), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004*, Milano, 2004, p. 195; D. BARTOLETTI – F. VARENGHI- A. VALLINI, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita (l. 19.2.2004, n. 40)*, cit., p. 611; S. CANESTRARI, *Bioetica e diritto penale*, cit., p. 37; ID., *Verso una disciplina penale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita? Alla ricerca del bene giuridico, tra valori ideali e opzioni ideologiche*, cit., p. 57 ss.; G. LOSAPPIO, *Procreazione assistita*, cit., p. 2062; G. ROCCHI, *Procreazione assistita: sanzioni e controlli*, in A. BUCCELLI (a cura di), *Produrre uomini. Procreazione assistita: un’indagine multidisciplinare*, Firenze, 2006, p. 280; F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004*, cit., p. 75 ss.; M. SESTA, *sub art. 5*, in *Codice della famiglia*, a cura di M. SESTA, Milano, 2009, p. 313; R. VILLANI, *La procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n.40*, cit., p. 154; P. VIPIANA, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di procreazione medicalmente assistita, prima e dopo la legge n. 40/2004*, in *Fam. e dir.*, 2007, p.87 ss.

²⁰¹ S. CANESTRARI, *Bioetica e diritto penale*, cit., p. 37; C. CAMPIGLIO, *Fecondazione assistita e famiglia nel diritto internazionale*, cit., p.187 ss.; PECORA – VITTORI – CINGOLANI, *Il sistema sanzionatorio della legge 19 febbraio 2004, n. 40, «Norme in materia di procreazione assistita». Aspetti giuridici e medico-legali*, in *Riv.it.med.leg.*, 2006, p. 1084.

Una generalizzata e decisa disapprovazione nei confronti di tale pratica è infatti formulata da chi ritiene che la condotta di una donna che utilizzi il proprio utero alla stregua di un'incubatrice umana sarebbe contraria alla dignità umana in quanto snaturerebbe il ruolo della maternità e della donna, degradata a mero organismo riproduttore, indipendentemente dalla previsione o meno un corrispettivo economico per tale "prestazione", che aggiungerebbe solo maggiore riprovevolezza alla pratica²⁰².

Sarebbe animato invece da un generale favore nei confronti della pratica chi afferma la liceità della surrogazione di maternità qualora liberamente scelta, ispirata da motivazioni solidaristiche, in assenza di sfruttamento economico della donna: in altri termini, essa sarebbe da considerare lecita qualora sia assicurata la gratuità della prestazione²⁰³.

²⁰² In questo senso, tra gli altri, cfr. F. MANTOVANI, *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, cit., p. 337; ID., *Diritto penale, parte speciale*, cit., p. 88; F.D. BUSNELLI, *Quali regole per la procreazione assistita*, cit., p.571; R. RIZ, *Bioetica- Fivet-Clonazione. Tutela della persona e della vita*, cit., p. 455; F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n.40*, cit., p. 77; A. TRABUCCHI, *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, in *Riv.dir.civ.*, 1986, p. 500 ss.

²⁰³ S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., p. 39; CAMPIGLIO C., *Fecondazione assistita e famiglia nel diritto internazionale*, Padova, 2003, p. 193; CAVALIERE, *Né integralismi religiosi né bio-mercificazione. Le biotecnologie nello stato sociale di diritto*, in *Crit. Dir.*, 1998, p. 336; I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, cit.; C. FLAMIGNI, *Lo statuto dell'embrione tra giudizi morali e sviluppo tecnologico*, in FIORAVANTI, *La tutela penale della persona*, cit., p. 107; A. MANNA, *Sperimentazione medica*, cit., p. 1132; S. MOCCIA, *Un infelice compromesso: il testo unificato delle proposte di legge in materia di procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 250 ss.; ROSSI CARLEO L., *Maternità surrogata e status del nato*, in *Familia*, 2-2002, p. 387 ss.

Ulteriore argomento a sostegno della maternità surrogata è poi quello di chi afferma la sua funzione essenziale di *extrema ratio*: assumerebbe un simile ruolo non soltanto in tutte le circostanze in cui, per superare particolari ipotesi di infertilità o sterilità della donna, la surrogazione rappresenti l'unico metodo per la risoluzione dei suoi problemi riproduttivi, ma nei casi in cui si intenda garantire la salvezza dell'embrione già venuto ad esistenza ma non in grado di svilupparsi attraverso una normale gravidanza²⁰⁴.

Rispetto a questo complesso e delicato tema, la legge n. 40/2004 sceglie di attribuire rilevanza penale a *tutte* le forme di realizzazione di surrogazione di maternità, nonché alle prodromiche condotte della sua organizzazione o pubblicizzazione²⁰⁵: integrano, pertanto, le condotte tipiche descritte e vietate dall'art. 12, comma 6 della legge n. 40/2004 sia le ipotesi di locazione d'utero, sia le forme di surrogazione di maternità in senso stretto²⁰⁶.

²⁰⁴ Così L. EUSEBI, *La vita individuale precoce: soltanto materiale biologico?*, in *Leg. pen.*, 2005, p. 367; F. CONSORTE, *La disciplina della procreazione medicalmente assistita (l. 19-2-2004)*, cit., p. 651.

²⁰⁵ Per la definizione di tali nozioni si rinvia *supra*, in questo paragrafo, a quanto già sottolineato in merito alle attività prodromiche rispetto alla commercializzazione di gameti o embrioni. In tema di maternità surrogata, nello specifico, tali condotte sono però più ampiamente definite da A. VALLINI, *Procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 612 s.: per "organizzazione" s'intende la predisposizione di mezzi materiali e individuali destinati al buon esito della pratica di pma, esecutiva di un accordo di maternità per sostituzione; per "pubblicizzazione" si intende invece la promozione ad eventuali soggetti interessati della realizzazione di pratiche di surrogazione.

²⁰⁶ In questo senso cfr. E. DOLCINI, *La procreazione assistita: profili penalistici*, cit., p. 1551; G. LOSAPPIO, *Procreazione assistita*, cit., p. 2062; A. VALLINI, *Procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 611.

L'intervento penale, inoltre, trova in questa fattispecie come suoi destinatari non soltanto il sanitario e la struttura autorizzata alla realizzazione della pratica di surrogazione, ma anche tutti gli altri soggetti coinvolti nel processo procreativo - *id est* anche la madre biologica, quella sociale ed il padre biologico, soggetti la cui punibilità è dal legislatore italiano esclusa nelle ipotesi di violazione di tutti gli altri divieti previsti dall'art. 12.

Il rigore della soluzione adottata nella legge 40 in tema di maternità surrogata sollecita un'indagine in merito all'autentico disvalore ravvisabile nella fattispecie in esame, la cui portata, a rigore, dovrebbe essere tanto ampia da giustificare l'intervento legislativo anche in sede penale.

In dottrina sono stati individuati essenzialmente due diversi oggetti giuridici teoricamente tutelabili dalla disposizione *de qua*, ciascuno dei quali ritenuto di per sé idoneo a costituire la *ratio* di questa particolare incriminazione.

Un primo profilo di disvalore della fattispecie vietata all'art. 12, comma 6 della legge sulla fecondazione artificiale è stato identificato

nel pregiudizio che la surrogazione di maternità cagionerebbe al nato, alla sua dignità e al suo equilibrio psico-fisico²⁰⁷.

Secondo questa tesi, in particolare, il nato sarebbe per un verso degradato a *res* commerciabile ed oggetto di scambio e contrattazione, per altro verso risulterebbe vittima della dissociazione tra genitorialità sociale e biologica e della frattura del legame con la madre portante, che determinerebbe uno sradicamento della sua identità, rendendolo ad un tempo “figlio di troppi genitori” e “figlio di nessuno”²⁰⁸.

Il legislatore, attraverso tale incriminazione, si farebbe pertanto portatore dell’interesse del figlio, rappresentato essenzialmente dalla esistenza di un solo padre e una sola madre²⁰⁹.

Rispetto a tale argomentazione è possibile obiettare come la salute psico-fisica del nato, sotto la prospettiva appena descritta, sarebbe già sufficientemente tutelata dall’art. 5 della legge n. 40/2004, che assicura la presenza della doppia figura genitoriale quale requisito generale per l’accesso a tutte le tecniche di procreazione

²⁰⁷ F.D. BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato: frammenti di un dizionario*, Torino, 2001, p. 59; CASSANI, SESTA, *Procreazione medicalmente assistita, in Codice della famiglia*, a cura di Sesta, II, Milano, 2009, p. 3706; F. MANTOVANI, *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, cit., p. 337; A. CADOPPI - S. CANESTRARI – P. VENEZIANI (a cura di), *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza. Procreazione medicalmente assistita*, Piacenza, 2011, p. 2992.

²⁰⁸ Così F. MANTOVANI, *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, op. ult. cit., p. 337.

²⁰⁹ C. CASINI, CASINI M, DI PIETRO M.L., *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 74. Cfr. anche le considerazioni critiche di S. MOCCIA, *Un infelice compromesso: il testo unificato delle proposte di legge in materia di procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 233

medicalmente assistita, nel cui alveo rientra naturalmente anche la surrogazione di maternità.

Né evidenze psicopedagogiche, riprendendo le medesime riflessioni formulate in merito al soggetto nato da fecondazione eterologa, provano che il nato da surrogazione di maternità sia destinato ad uno sviluppo psico-fisico deteriore rispetto al soggetto generato per mezzo di processi riproduttivi “ortodossi”²¹⁰: anche in questo caso la coincidenza tra genitorialità sociale e biologica è da valutarsi più come un dato esteriore e formale e non come una reale necessità ai fini della piena realizzazione del migliore interesse del nato.

Considerato, peraltro, che il precetto di cui al comma 6 dell’art. 12 della legge 40 impedisce *ab origine* il concepimento, la gravidanza, la nascita per mezzo di una madre portante, è da escludere che la sua *ratio* giustificatrice possa in concreto identificarsi nella tutela dei diritti o della dignità del nascituro, posto che proprio la norma che vieta la condotta di surrogazione e la sua organizzazione e

²¹⁰ S. CANESTRARI, *Verso una disciplina penale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita?*, cit., p. 1110; P. SANFILIPPO, *Dal 2004 al 2014: lo sgretolamento necessario della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 387; P. ZATTI, *La surrogazione di maternità*, in *Questione giustizia*, 1999, p. 827.

pubblicizzazione non legittima la stessa esistenza del soggetto nei cui confronti la tutela sarebbe in astratto predisposta²¹¹.

In secondo luogo la pratica è stata ritenuta offensiva della dignità della donna, ed in particolare della prestatrice d'utero, degradata a «contenitore di un figlio da un punto di vista cromosomico interamente altrui»²¹². Si argomenta, a sostegno di questa tesi, la strumentalizzazione (mercenaria o gratuita) della donna, ma pur sempre egoistica e insensibile rispetto alle implicazioni fisiche e psichiche subite dalla gestante in conseguenza della gravidanza e del parto²¹³.

A ben vedere, tuttavia, una lesione della dignità della donna nel senso appena descritto potrebbe ravvisarsi *esclusivamente* nelle ipotesi di locazione d'utero e non anche in quelle di surrogazione *stricto sensu*: e difatti, in quest'ultima ipotesi di sostituzione d'utero ed insieme anche di materiale genetico, la “donna portante” si trova nella situazione di chi concepisce un figlio proprio.

L'intervento penale sarebbe in quest'ottica giustificabile, dunque, solo attraverso la delimitazione della latitudine applicativa del divieto di cui all'art. 12, comma 6 ai casi di gravidanza su commissione, cioè

²¹¹ Riflette così A. VALLINI, *Procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 613 s.

²¹² Così A. VALLINI, *Procreazione medicalmente assistita*, op.ult.cit., p. 614.

²¹³ F. MANTOVANI, *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, cit., p. 337; F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n.40*, cit., p. 77.

ai fenomeni di locazione dell'utero della donna senza l'utilizzo del suo materiale genetico per la fecondazione.

Non va taciuta, inoltre, l'opinione di chi ritiene che non si verifichi alcuna lesione della dignità della gestante nelle ipotesi in cui spontaneamente decida di sottoporsi alla pratica della surrogazione di maternità *tout court*, potendo la donna liberamente disporre del proprio corpo, qualora sia motivata da motivi di tipo solidaristico e non riceva alcun corrispettivo economico²¹⁴.

Non comportando alcuna lesione permanente dell'integrità fisica né una violazione degli artt. 5 c.c. e 2, 3, 32 Cost., vi è chi ha anche ritenuto che la soggezione alla pratica della surrogazione di maternità possa rappresentare estrinsecazione della libertà di autodeterminazione della donna quale forma di espressione della propria personalità²¹⁵.

Sotto questo angolo prospettico – più “eticamente estremo” e tuttavia maggiormente compatibile non solo con il nostro sistema costituzionale ma anche con plurimi riferimenti normativi vigenti nel nostro ordinamento ed aventi ad oggetto atti di disposizione del

²¹⁴ In questo senso v. S. CANESTRARI, *Verso una disciplina penale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita?*, cit., p. 111; ID., S. CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, cit., p. 420; CAVALIERE, *Né integralismi religiosi né bio-mercificazione. Le biotecniche nello stato sociale di diritto*, cit., p. 336; G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 49; A. MANNA, *Sperimentazione medica*, cit., p. 1132; F. RE, *Profili penali della procreazione medicalmente assistita*, cit., p.356.

²¹⁵ F. CONSORTE, *La disciplina della procreazione medicalmente assistita (l. 19-2-2004)*, cit., p. 652. In giurisprudenza, cfr. Trib. Roma, 17 febbraio 2000, in *Corr.giur.*, 2000, p.490.

proprio corpo²¹⁶ - l'intervento del legislatore penale sarebbe giustificato, in quanto necessario ed opportuno, solo allo scopo di scongiurare uno sfruttamento economico del corpo della madre surrogata.

Una ragionevole e condivisibile *ratio* giustificatrice dell'incriminazione della surrogazione di maternità nelle sue due sole forme della locazione d'utero e della maternità surrogata a pagamento potrebbe dunque ravvisarsi nell'esigenza di evitare la negoziabilità del corpo della donna che acconsenta a sottoporsi a tali pratiche per bisogno di tipo economico.

L'intervento del legislatore penale, che in queste ipotesi si rivelerebbe necessario e proporzionato rispetto ai beni giuridici oggetto di protezione, assolverebbe allo scopo di escludere la corresponsione di un corrispettivo economico come contropartita per la soggezione alla pratica, attraverso la subordinazione della realizzazione di tali tecniche surrogatorie al requisito della gratuità del processo fecondativo²¹⁷.

²¹⁶ Si pensi, ad esempio, alla legge n.458 del 26 giugno 1967 in materia di trapianti di rene tra persone viventi, ma anche alla legge n. 592 del 14 luglio 1967 recante norme in tema di raccolta, conservazione, distribuzione di sangue umano.

²¹⁷ L. RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, cit., p. 674; F. CONSORTE, *La disciplina della procreazione medicalmente assistita (l. 19-2-2004)*, cit., p. 652; G. LOSAPPIO, *Procreazione assistita*, cit., p. 2062; F. RE, *Profili penali della procreazione medicalmente assistita*, in *Riv. Pen.*, 4/2008, p. 356; G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 55.

Solo una disciplina della surrogazione di maternità opportunamente elaborata allo scopo di salvaguardare la madre portante dallo sfruttamento economico del suo corpo – e non anche la scelta legislativa di un divieto *tout court* - appare più compatibile con il principio di offensività e giustificherebbe l'intervento legislativo anche in sede penale, nonostante residuino comunque perplessità sia in ordine alla compatibilità del divieto di surrogazione di maternità con il canone di proporzione, stante la straordinaria afflittività del trattamento sanzionatorio previsto in caso di trasgressione del divieto, sia in merito all'eccessivo arretramento della punibilità alle condotte di organizzazione e pubblicizzazione della maternità surrogata, rispetto al quale valgono considerazioni analoghe a quelle formulate trattando del delitto di commercializzazione di gameti ed embrioni descritto dallo stesso art. 12, comma 6 della legge n. 40/2004²¹⁸.

2) I divieti di sperimentazione e ricerca sugli embrioni umani (art. 13): il delicato bilanciamento tra interessi confliggenti.

L'ultimo livello di tutela predisposto dal legislatore del 2004 è contenuto nel Capo VI della legge n. 40/2004 recante "Misure a tutela

²¹⁸ Cfr. *supra*, in questo paragrafo.

dell'embrione”, che agli artt. 13 e 14 assicura una protezione totalizzante dell'embrione attraverso gli originari divieti di sperimentazione, di clonazione, di produzione - e di successivo congelamento o soppressione - di embrioni umani, una parte dei quali restano ancora oggi vigenti e risultano solo parzialmente rimossi dalle pronunce dei giudici nazionali ed europei finora intervenute dall'entrata in vigore della normativa sulla pma.

La fattispecie delittuosa descritta dall'art. 13, in tensione con la funzione di *extrema ratio* dell'intervento penale, nonché con i canoni di proporzione e di necessità, declina la tutela dell'embrione sviluppando tre distinti illeciti penali di varia intensità, che si sostanziano in attività idonee a ledere o mettere in pericolo la integrità dell'embrione stesso²¹⁹.

Ad essi si aggiunge l'ulteriore divieto di diagnosi preimpianto, invero non esplicitamente codificato dalla legge n. 40/2004 ma desumibile dalla lettura dell'art. 13, che inibisce la realizzazione di tecniche diagnostiche su cellule prelevate dagli embrioni prima del loro trasferimento e impianto in utero²²⁰.

²¹⁹ Sulla ricostruzione dei diversi profili e livelli di irragionevolezza sistematica del divieto di sperimentazione sugli embrioni si consenta il rinvio a P. SANFILIPPO, *Dal 2004 al 2014: lo sgretolamento necessario della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 383 ss.; ID., *L'esitazione della Consulta salva il divieto di ricerca sull'embrione*, in *Dir. pen. proc.*, 9/2016, p. 1203 ss.

²²⁰ Per un'analisi critica del divieto di diagnosi preimpianto v., *infra*, § 3.

Il primo comma dell'art. 13, vietando *tout court* “qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano”, tipizza il delitto di sperimentazione consistente in ogni forma di attività di studio ed accertamento di natura scientifica sull'embrione²²¹: si pone in un rapporto di genere a specie rispetto al divieto contenuto nel successivo comma dello stesso articolo, il cui precetto si sostanzia invece nel divieto di realizzazione di indagini finalizzate alla ricerca clinica e sperimentale.

Se il comma 1 della norma *de qua* prevede, infatti, un generalizzato divieto di sperimentazione su ciascun embrione, il successivo comma specializza la portata sostanziale dell'intera disposizione, introducendo una figura ulteriore di attività – quella di “ricerca clinica e sperimentale” – rispetto alla quale il legislatore si dimostra più indulgente, vincolandone la realizzazione a finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche, sebbene in via del tutto residuale rispetto ad altre prospettabili metodologie alternative.

Il divieto di cui al comma 2, qualificabile quale fattispecie speciale rispetto alla precedente disposizione di carattere generale, attualmente introduce un temperamento al rigore assoluto del divieto

²²¹ A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 252 ss.

di cui al comma 1, ammettendo la ricerca clinica e sperimentale e subordinando la libera attività di ricerca a due rigide condizioni²²².

È in primo luogo necessario che le indagini sugli embrioni umani siano realizzate in funzione del perseguimento di finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate e volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso in vista del suo successivo impianto²²³. La medesima attività, in secondo luogo, risulta ammessa nell'ordinamento solo qualora non siano disponibili metodologie alternative.

Come è stato osservato, il comma 2 dell'art. 13 configurerebbe dunque una causa di giustificazione rispetto alla fattispecie descritta dal comma 1, che invece tipizza il delitto di sperimentazione come forma di strumentalizzazione e manipolazione dell'embrione. Se la fattispecie base si riferisce, pertanto, a qualsiasi attività di accertamento e studio di ipotesi non verificate condotta con un approccio scientifico-sperimentale²²⁴, la fattispecie ulteriore, che racchiude in sé il *genus* della sperimentazione, si caratterizzerebbe per

²²² F. RE, *Profili penali della procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 353; A. CADOPPI - S. CANESTRARI - P. VENEZIANI (a cura di), *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza. Procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 2996; A. MANNA, *La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione di beni giuridici*, cit., p. 351; F. MANTOVANI, *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, cit., p. 330; ID., *Manipolazioni genetiche*, in *Dig. Pen.*, 7-1993, p. 550; ID., *Le possibilità, i rischi e i limiti delle manipolazioni genetiche e delle tecniche biomediche moderne*, in *Riv.it.med.leg.*, 1990, p. 41; ID., *Diritto penale e tecniche biomediche moderne*, in *Ind. pen.*, 1998, p. 13.

²²³ F. GIUNTA, *Sperimentazione clinica*, in *Diritto penale*, a cura di F. Giunta, Milano, 2008, P. 921 ss.

²²⁴ A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, op.ult. cit., p. 252 ss.

un *quid pluris* che la differenzia e specializza, rappresentato dalla realizzazione di indagini finalizzate alla ricerca, la diagnosi e la cura di malattie dell'embrione in vista del suo impianto in utero e della successiva fase di vita intrauterina²²⁵.

L'ultimo comma della norma in tema di sperimentazione sugli embrioni umani, infine, criminalizza ben quattro diverse specie di interventi manipolativi dell'embrione, nello specifico vietando: a) la produzione di embrioni umani a fini di ricerca o di sperimentazione; 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 dello stesso art. 13; 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

²²⁵ Contra C. CASINI, CASINI M., DI PIETRO M. L., *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, cit., p.200 ss.: secondo gli Autori, infatti, esisterebbe una differenza sostanziale tra ricerca e sperimentazione, termini che non potrebbero essere usati come sinonimi. Se la sperimentazione è per lo più distruttiva, implicando necessariamente la modifica del corpo su cui si interviene, la ricerca non può essere invasiva in quanto si sostanzierebbe in un'attività di semplice osservazione e studio.

gamete umano con un gamete di specie diversa e la produzione di ibridi o di chimere.

Si tratterebbe, in sostanza, di una serie di ipotesi considerabili come circostanze aggravanti del divieto di cui al primo comma, sulla cui qualificazione sono stati avanzati dubbi, considerato che la sperimentazione non si configurerebbe come presupposto necessario delle fattispecie di cui al comma 3, mentre si potrebbe affermare il contrario²²⁶.

La disciplina in tema di sperimentazione sugli embrioni umani così predisposta dal legislatore del 2004 si modella sull'esempio fornito dalle fonti di origine sovranazionale, rappresentate dall'art. 18 della Convenzione di Oviedo e dal relativo Protocollo addizionale sul divieto di clonazione di esseri umani, ratificati in Italia con l. n. 145 del 28 marzo 2001²²⁷, che vietano la clonazione di embrioni a fini riproduttivi e la creazione di embrioni per fini di ricerca, disponendo adeguata tutela agli embrioni soprannumerari creati nel contesto della fecondazione medicalmente assistita²²⁸.

²²⁶ Così F. RE, *Profili penali della procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 354; A. CADOPPI - S. CANESTRARI - P. VENEZIANI (a cura di), *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza. Procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 2997.

²²⁷ Sul punto cfr. E. DOLCINI, *La procreazione assistita: profili penalistici*, cit., p. 1561; L. EUSEBI, *La vita individuale precoce: soltanto materiale biologico?*, cit., p. 361; A. GENTILOMO - PIGA A. - NIGROTTI S., *La procreazione medicalmente assistita nell'Europa dei quindici*, cit., p. 534 ss.; G. LOSAPPIO, *Procreazione assistita*, cit., p. 2065.

²²⁸ E. IORIATTI FERRARI, *Tutela della vita prenatale nel contesto della gravidanza*, in S. RODOTÀ - P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, cit., p. 1616 ss.

Se lo scopo delle disposizioni di principio contenute nella Convenzione di Oviedo potrebbe essere agevolmente individuabile nella necessità di evitare aberranti applicazioni delle nuove tecnologie ai fenomeni procreativi, e di segnalare l'esigenza di limiti a tali applicazioni, giustificando così eventuali scelte punitive adottate dagli ordinamenti nazionali, sembra, però, che tale ancoraggio normativo abbia rappresentato nel nostro ordinamento un mero spunto, essendosi spinto il legislatore ben oltre i contenuti delineati in sede internazionale.

Il precetto di cui all'art. 13 appare infatti discutibile sotto tre angoli prospettici: come anche in relazione alle fattispecie delittuose di cui all'art. 12, possono muoversi rilievi critici sia sotto il profilo della tecnica utilizzata per la formulazione delle fattispecie, sia sotto quello che considera la *ratio* giustificatrice sottesa alla predisposizione dei divieti, sia, infine, rispetto allo sproporzionato trattamento sanzionatorio previsto a carico del trasgressore del precetto²²⁹.

Sotto il profilo della sua formulazione, la disciplina del divieto di sperimentazione e ricerca sugli embrioni umani di cui all'art. 13 della

²²⁹ Le perplessità in seno alla dottrina, relative al divieto di sperimentazione, sono enucleabili attraverso le riflessioni di G. LOSAPPPIO, *Procreazione assistita*, cit., p. 2065; A. MANNA, *La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione di beni giuridici*, cit., p. 351 ss.

legge sulla pma si caratterizza in parte per la sua insufficiente tassatività, in parte per l'estrema analiticità.

Rispetto al *deficit* di determinatezza, è stato opportunamente evidenziato come la legge 40, all'art. 13, non fornisca alcuna nozione dei concetti di *embrione* e di *sperimentazione*, costringendo così l'interprete ad affrontare i non pochi problemi interpretativi legati alla necessità di trovare una definizione dei concetti, invero non univoca persino nel campo della biologia²³⁰.

Si aggiungono, poi, alle difficoltà relative alla individuazione di una precisa definizione di tali termini, anche quelle connesse alla ricerca di un adeguato *discrimen* tra la pura ricerca e quella realizzata per finalità terapeutiche e tra ricerca e l'applicazione delle tecniche di pma, in considerazione della "relazione circolare" che sussiste tra scienza e tecnica, tale che l'una si alimenta costantemente dell'altra²³¹.

Sul piano, invece, dell'analiticità nella formulazione della fattispecie, la descrizione circostanziata dei singoli interventi manipolativi sull'embrione e la precisione nella individuazione degli

²³⁰ D. BARTOLETTI – F. VARENGHI- A. VALLINI, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 9; T. E. FROSINI, *Così cala l'ombra dell'illegittimità*, in *Guida dir.*, 3-2004, p. 49; A. MANNA, *La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione di beni giuridici*, cit., p. 351 ss.; P. ZATTI, *Verso un diritto per la bioetica*, in MAZZONI (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, Bologna, 1998, p. 63 ss. Un tentativo di ricostruzione delle nozioni cui si accenna è invece realizzato da A. VALLINI, *Procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 629 ss.

²³¹ G. LOSAPPIO, *Procreazione assistita*, cit., p. 2065; A. GENTILOMO – PIGA A., *La procreazione tra natura e cultura. Alcune osservazioni sulla nuova legge in tema di procreazione medicalmente assistita*, in *Riv. it. med. leg.*, 2004, p. 54.

illeciti di sperimentazione, invece di assolvere – in ossequio al principio di precisione in materia penale²³² - alla loro tipica funzione di garanzia del cittadino rispetto ad eventuali interpretazioni arbitrarie o scelte politiche operate dal giudice, sembrano piuttosto manifestare la volontà del legislatore del 2004 di confinare rigidamente lo spazio di intervento sull’embrione.

Limitando allo stesso tempo non soltanto il diritto del paziente ad essere curato secondo i più evoluti canoni della scienza medica ma anche lo spazio di intervento del medico, l’effetto prodotto dal divieto minuziosamente descritto all’art. 13 si sostanzia, inevitabilmente, in un’incongrua nonché diretta dipendenza dell’opportunità e dell’adeguatezza delle scelte terapeutiche esclusivamente da scelte politiche e discrezionali operate *ex ante* dal legislatore, con buona pace sia delle esigenze terapeutiche che in concreto possono profilarsi, sia delle acquisizioni tecniche e scientifiche in costante progresso²³³.

Dalla disciplina anche dei più specifici aspetti tecnici delle condotte vietate, che pur il sistema delle fonti del diritto penale rimetterebbe alle fonti sublegislative, emergerebbe dunque con

²³² G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, p. 119 ss.

²³³ S. CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, cit. p. 421; MUSIO A., *Misure di tutela dell’embrione*, in P. STANZIONE-G. SCIANCALEPORE (a cura di), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004*, cit. , p. 205 ss. In argomento cfr. anche S. LABRIOLA, *Libertà di scienza e promozione della ricerca*, Padova, 1979, p.46 ss.; R. BIN, *La corte e la scienza*, in *Bio-tecnologie e valori costituzionali* a cura di D’ALOIA, Torino, 2005, p. 17 ss.; G. ROLLA, *La disciplina delle materie “scientificamente controverse”: profili costituzionali*, in *In vita, in vitro, in potenza*, p.68.

chiarezza un atteggiamento di diffidenza del legislatore nei confronti della scienza medica²³⁴.

Tuttavia, negando spazio alle scelte terapeutiche che il medico potrebbe maturare nel caso concreto, la disciplina contenuta nella legge n. 40/2004 si espone a serie obiezioni relative alla sua legittimità costituzionale, essenzialmente fondate su un inadeguato contemperamento tra le esigenze in conflitto, determinato da uno squilibrato *balancing* tra i beni costituzionalmente rilevanti in conflitto, tra i quali si annovera anche quello della ricerca scientifica, che, pur intrinsecamente correlato al principio personalistico e strumentale rispetto al miglioramento della vita e della salute dell'individuo²³⁵, risulta nell'art. 13 della legge 40/2004 recessivo rispetto alla protezione totalizzante dell'embrione accordata dal legislatore.

E difatti, rispetto al bene giuridicamente rilevante che giustificerebbe l'intervento penale in materia, non si può negare che il divieto di sperimentazione e ricerca sugli embrioni risulti ancora oggi fortemente sbilanciato a favore della tutela della salute²³⁶,

²³⁴ Così E. DOLCINI, *Embrione, pre-embrione, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 453.

²³⁵ L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Napoli, 1993, p. 63 ss.

²³⁶ I numerosi profili di incompatibilità costituzionale del divieto di ricerca scientifica sono ampiamente analizzati da A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione*, cit., 272 ss.

dell'integrità e dell'irripetibilità dell'embrione idoneo all'impiego in un ciclo di pma a scapito dei controinteressi di primario rilievo costituzionale rappresentati dalla tutela della salute della donna *ex art.* 32 Cost e dalla libertà di ricerca scientifica *ex artt.* 9 e 33 Cost.

Orientando interamente la normativa in materia di pma alla protezione integrale della dignità della vita dell'embrione²³⁷ ed accordando a tale istanza evidente preferenza rispetto agli ulteriori interessi pur costituzionalmente protetti, il legislatore del 2004 ha realizzato una scelta di campo che mal si concilia con il principio di laicità, il cui tratto essenziale è invece rappresentato proprio dall'equidistanza rispetto ai diversi valori afferenti alle singole concezioni morali e religiose diffuse nella società.

Il giudizio di disapprovazione del legislatore del 2004 rispetto alla realizzazione di attività di sperimentazione e ricerca medica sull'embrione, il cui valore è inspiegabilmente considerato del tutto subalterno rispetto all'esigenza di tutela integrale dell'embrione, traspare infine dalla previsione di un severo apparato sanzionatorio predisposto nell'ipotesi della violazione delle disposizioni elaborate ad esclusiva tutela della dignità e dell'irripetibilità dell'essere umano,

²³⁷ Riflette sulla necessità di un'attenta selezione degli interessi meritevoli di tutela e sui rischi della possibile strumentalizzazione di beni giuridici che abbiano natura eccessivamente vaga ed indeterminata G. FIANDACA, *Scelte di tutela in materia di fecondazione assistita e democrazia laica*, cit., p. 342.

che si caratterizza per la sua natura estremamente afflittiva e simbolica²³⁸, tanto da esser stato giudicato come un esempio concreto di “paternalismo penale”²³⁹, dal carattere “partigianamente ideologico”²⁴⁰.

L’osservanza del canone di proporzione dell’intervento penale, anche in relazione al trattamento sanzionatorio, risulta sostanzialmente abbandonata.

E difatti la trasgressione dei divieti previsti dal primo dell’art. 13 della L. n. 40 è oggi rigorosamente sanzionata con la pena della reclusione da due a sei anni e con la multa da 50.000 a 150.000 euro; alla violazione dei divieti previsti dal comma 3, invece, consegue l’aumento di pena, mentre il bilanciamento tra circostanze eterogenee è normativamente precluso, in deroga al principio generale di cui all’art. 69 c.p. Nei confronti dell’esercente una professione sanitaria condannato per uno degli illeciti previsti dall’art. 13, infine, il legislatore del 2004 dispone la sospensione dall’esercizio della professione.

²³⁸ S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit., p.149; G. LOSAPPIO, *Procreazione assistita*, cit., p. 2065; A. MANNA, *La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione di beni giuridici*, cit., p. 351 ss.

²³⁹ Sul punto cfr. A. MANNA, *Il divieto di fecondazione medicalmente assistita di carattere eterologo e il c.d. “paternalismo penale”*, cit., p. 1642; A. ROMANO, *Danno a se stessi, paternalismo penale e limiti del diritto penale*, cit., p. 984.

²⁴⁰ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, cit., p. 48.

Il quadro appena descritto, inibendo in misura intollerabile l'esercizio del diritto alla salute della donna gestante *ex art. 32 Cost.* e la libertà di ricerca scientifica costituzionalmente prevista agli artt. 9 e 33 Cost., nonché il principio di uguaglianza e di non discriminazione, anche e soprattutto in conseguenza dell'ambigua formulazione linguistica delle norme²⁴¹, non poteva non sollevare insofferenze per la sua illogicità e irragionevolezza²⁴².

L'illecito di sperimentazione sugli embrioni umani è infatti stato oggetto di due distinte pronunce della Consulta, che meritano una trattazione separata: dapprima la Corte Costituzionale si è pronunciata censurando il profilo della irragionevole criminalizzazione della selezione di embrioni a scopo eugenetico ai sensi dell'art. 13, comma 3, lett. b), originariamente previsto anche ove si trattasse di embrioni sovranumerari risultati affetti da malattie genetiche a seguito di selezione finalizzata ad evitarne il trasferimento²⁴³; più recentemente, invece, la Corte ha affrontato il profilo attinente al divieto assoluto disposto dal legislatore del 2004 nei primi tre commi dell'art. 13, in riferimento alla precisa ipotesi in cui l'embrione prodotto in

²⁴¹ Sul punto cfr. L. RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, cit., p. 687 ss., dove si ragiona sulla descrizione della fattispecie e sull'opportunità di incentrarla sul divieto di utilizzo di embrioni umani per scopi diversi da quelli legislativamente previsti.

²⁴² Così si riflette in P. SANFILIPPO, *L'esitazione della Consulta salva il divieto di ricerca sull'embrione*, in *Dir. pen. proc.*, 9/2016, p. 1204 ss.

²⁴³ Corte Cost., sent. n. 229/2015.

soprannumero risulti affetto da anomalie e non possa essere destinato all'impianto in utero o al perseguimento della finalità riconducibile allo scopo procreativo²⁴⁴.

2.1) La sentenza costituzionale n. 229/2015 sul reato di selezione embrionale a scopo eugenetico.

Rispetto al reato di selezione a scopo eugenetico degli embrioni *ex art. 13, comma 3, lett. b) della legge n. 40/2004* non può che evidenziarsi preliminarmente come la norma, nella sua configurazione originaria e fino alla pronuncia della Corte Costituzionale, abbia prodotto il controproducente effetto di snaturare gli stessi intenti dell'intera legge in materia di procreazione assistita, impedendo il perseguimento delle finalità di cui al primo articolo della normativa.

In linea di principio la legge avrebbe dovuto, infatti, soddisfare due fondamentali esigenze²⁴⁵: tutelare la salute della donna che si sottopone alle tecniche di fecondazione assistita e proteggere adeguatamente l'embrione umano frutto dell'applicazione dei trattamenti, attraverso un pur complesso contemperamento tra gli interessi contrapposti.

²⁴⁴ Corte Cost., sent n. 84/2016.

²⁴⁵ S. CANESTRARI, *Bioetica e diritto penale*, cit., p. 38.

Finalità che, come già accennato, sembrano essersi rivelate forse troppo ambiziose, tanto da sollevare insormontabili dubbi sulla coerenza sistematica, interna ed esterna dello statuto punitivo della procreazione, così come licenziato dal legislatore²⁴⁶.

Se lo scopo del ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita era infatti quello di favorire la soluzione di problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o infertilità umana, il perseguimento di un simile risultato, in taluni casi, è però stato inevitabilmente frustrato proprio dall'applicazione dell'art. 13.

Vietando e sanzionando con estremo rigore quasi tutti gli interventi manipolativi dell'embrione, infatti, il precetto per un verso riserva alla donna che intende accedere alle tecniche di pma «un trattamento peggiorativo e punitivo, per la sua tracotanza, rispetto a colei che abbia concepito per vie naturali»²⁴⁷, per altro verso inibisce qualsiasi potenziale progresso delle indagini scientifiche sugli embrioni, anche qualora tale indagini siano utili all'impiego in trattamenti diversi da quelli di fecondazione artificiale.

L'incoerenza interna del divieto predisposto dal legislatore, inoltre, si evidenzia ulteriormente nella sua incompatibilità con la

²⁴⁶ G. FERRANDO, *Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte Costituzionale*, cit., p. 521 ss.

²⁴⁷ A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi e prassi*, cit., p. 240.

norma che vieta la diagnosi genetica preimpianto e con le disposizioni che, in tema di limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni, assicurano alle coppie che intendono sottoporsi ad un trattamento di procreazione medicalmente assistita una scrupolosa informazione circa lo stato di salute degli embrioni che sono stati prodotti e che sono destinati all'impianto in utero²⁴⁸.

L'art. 14, comma 5, da un lato, prevede infatti il diritto dei soggetti di cui all'articolo 5 ad essere informati sul numero e, su loro richiesta, sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire in utero; dall'altro, l'art. 6 della legge n. 40/2004 impone al medico l'onere di fornire una dettagliata informazione alle coppie che accedono alle tecniche di pma in merito ai metodi, agli effetti dell'applicazione dei trattamenti, alle probabilità di successo ed ai rischi dalle stesse derivanti.

Vietare penalmente la selezione di embrioni *tout court*, anche nei casi in cui questa sia esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto in utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili, pertanto, si pone in netta contraddizione con le norme richiamate ed ignora la distinzione, pur elaborata nel contesto della riflessione sia scientifica che filosofica, tra eugenetica *positiva* ed

²⁴⁸ Per simili riflessioni cfr. anche P. SANFILIPPO, *La riscrittura giurisprudenziale della legge n. 40/2004: un singolare caso di eterogenesi dei fini*, cit., p. 858 ss.

eugenetica *negativa*: solo la prima si concreta nell'attività di selezione delle caratteristiche genetiche degli embrioni prodotti che il legislatore, attraverso l'apparato punitivo della legge n. 40/2004 sembra voler scongiurare; la seconda forma di eugenetica, invece avrebbe la mera funzione di realizzare, ancor prima del trasferimento, la diagnosi delle malattie genetiche da cui gli embrioni potrebbero risultare affetti²⁴⁹.

Un rapporto di illogicità evidente è delineabile, inoltre, tra l'illecito di cui all'art. 13, comma 3, lett. b) e la legge n. 194/1978 in materia di interruzione volontaria di gravidanza: irragionevole appare, in particolare, vietare la selezione embrionale destinata ad evitare il trasferimento di embrioni su cui si sia riscontrata la presenza di anomalie o malattie genetiche attraverso un'indagine sull'embrione non ancora trasferito in utero, per riconoscere, in una fase più avanzata di sviluppo, la piena liceità di una diagnosi prenatale sul feto, la cui procedura è evidentemente più invasiva rispetto all'attività selettiva *de qua* e può condurre a interruzioni di gravidanza dolorose per la donna, sotto il profilo sia fisico che psichico.

²⁴⁹ Cfr. J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana, I rischi di una genetica liberale. Appendici. Fede e sapere*, cit., *passim*; G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 58.

Alla luce di queste considerazioni, sembra che la *ratio* di tutela dell'integrità dell'embrione sottesa al divieto provochi un irriducibile squilibrio tra i diversi interessi che vengono coinvolti nel processo di procreazione, realizzando un eccessivo sbilanciamento di tutela a favore dell'embrione, «che persona deve ancora diventare», rispetto agli altri soggetti tutelabili, nonché trascurando l'opportuna valutazione del caso concreto che deve precedere qualsiasi intervento di natura medica.

Su simili ed ulteriori profili di irragionevolezza si fonda la questione di legittimità del divieto di cui ci si occupa sollevata dal Tribunale di Napoli, che ha manifestato il proprio sospetto in ordine all'incompatibilità dell'illecito previsto dalla legge 40 con gli articoli 2, 3 e 32 della Costituzione, nonché al contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 8 CEDU.

Il giudice *a quo*, in particolare, ha rilevato la non manifesta infondatezza della questione nella previsione legislativa delle ipotesi di reato di selezione eugenetica «senza alcuna eccezione», non prevedendosi nella formulazione originaria della norma alcun temperamento nelle ipotesi in cui le condotte vietate siano finalizzate

all'impianto nell'utero della donna dei soli embrioni non affetti da malattie genetiche o portatori sani di malattie genetiche²⁵⁰.

Sanzionando penalmente ed in modo indiscriminato ogni condotta di selezione a scopo eugenetico degli embrioni posta in essere dal sanitario e volta a consentire il trasferimento nell'utero della donna dei soli embrioni sani o portatori sani di malattie genetiche, senza escludere dalla fattispecie di reato così configurata l'ipotesi in cui la condotta dei sanitari sia finalizzata ad evitare l'impianto nell'utero della donna degli embrioni affetti da malattie genetiche, secondo il giudice rimettente il divieto di cui all'art. 13 si pone in irrimediabile contrasto con plurimi parametri costituzionali.

Il reato di selezione embrionale a scopo eugenetico, in primo luogo, si pone in violazione dell'art. 2 Cost. sotto il profilo della tutela del diritto all'autodeterminazione della coppia.

Contrasta, poi, con l'art. 3 Cost., per irragionevolezza e contraddittorietà rispetto al disposto dell'art. 6 della legge in tema di interruzione di gravidanza, 22 maggio 1978, n. 194, che attualmente «consente al sanitario di praticare l'aborto terapeutico – anche oltre il termine di 90 giorni dall'inizio della gravidanza – in presenza di

²⁵⁰ Nel giudizio *a quo*, in particolare, si procedeva per i reati di cui agli artt. 13, comma 3, lett. b) e 14, comma 1, della legge n. 40/2004.

“processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro”».

Si riconosce, inoltre, un *vulnus* cagionato al diritto alla salute della coppia di aspiranti genitori, tutelato sia dall’art. 32 Cost. sia dall’art. 1 medesima legge n. 40 che detta la finalità della normativa sulla pma.

Un contrasto, infine, è registrato dal giudice *a quo* con l’art. 117, comma 1, Cost., in relazione all’art. 8 della CEDU come interpretato nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo nel caso *Costa e Pavan*, dove il diritto di una coppia di aspiranti genitori di generare un figlio non affetto da malattia genetica ha trovato espresso riconoscimento e sede nell’ambito della protezione del diritto al rispetto della vita privata e familiare assicurata dal parametro convenzionale richiamato.

Tutte le censure mosse dal tribunale di Napoli sono state accolte dalla Consulta che, con la sentenza n. 229 del 2015²⁵¹, ha formalmente – e finalmente- dato legittimazione formale ed esteriore all’incompatibilità costituzionale del divieto, dopo il riconoscimento solo implicito formulato già in occasione della sentenza costituzionale n. 95/2016, di cui anche si tratterà nel prosieguo²⁵².

²⁵¹ Con la stessa pronuncia la Corte Costituzionale ha invece dichiarato infondata l’altra questione di legittimità sollevata dal giudice a quo relativa al reato di embrionicidio di cui all’art. 14, commi 1 e 6 della legge sulla pma.

²⁵² V. *infra*, § 3.

Invocando il principio di non contraddizione e rifacendosi interamente alla pronuncia in materia di accesso alla diagnosi genetica preimpianto, in cui la stessa Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della legge sulla pma «nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili », la Consulta ha con la sua pronuncia additiva escluso la rilevanza penale del reato di selezione embrionale a scopo eugenetico, di fatto restituendo coerenza alla normativa che, dalla sua entrata in vigore, non ha realizzato un corretto bilanciamento dei diritti della coppia di aspiranti genitori (ed in particolare del diritto alla salute della donna) rispetto a quelli dell'embrione, aprioristicamente preferiti anche senza considerare le esigenze obiettive meritevoli di protezione nel caso concreto.

Proponendosi come prosecuzione ideale della sentenza costituzionale n. 95/2016, la sentenza n. 229/2015 attribuisce, così, un riconoscimento più chiaro alla acquisita liceità dell'attività di selezione dei soli embrioni non affetti da anomalie o patologie per il loro successivo trasferimento in utero, purché tale selezione non comporti la soppressione del concepito affetto da anomalie genetiche.

Le si riconosce il merito, tra gli altri, di aver restituito una maggiore sintonia tra la legge in materia di procreazione medicalmente assistita e la disciplina in tema di interruzione di gravidanza: in un ordinamento dove vige una regolamentazione dell'aborto come quella di cui alla l.194/78, appare del tutto irragionevole vietare e sanzionare penalmente la realizzazione di attività quali la diagnosi e la selezione preimpianto, utili a prevenire la trasmissione al nascituro di rilevanti malattie capaci di mettere a repentaglio la salute psico-fisica della madre²⁵³.

2.2) La sentenza costituzionale n. 84/2016 sul divieto di ricerca scientifica sugli embrioni affetti da anomalie.

La diversa questione di legittimità costituzionale relativa al divieto di ricerca e sperimentazione sugli embrioni così come generalmente concepito dal legislatore del 2004, è stata solo di recente

²⁵³Così A. VALLINI, *Ancora sulla selezione preimpianto: incostituzionale la fattispecie di selezione embrionale per finalità eugenetiche, ma non quella di embrionicidio*, in *Dir.pen.cont.*, 21 dicembre 2015; ID., *Gli ultimi fantasmi della legge '40: incostituzionale il (supposto) reato di selezione preimpianto*, cit. Per ulteriori commenti successivi alla sentenza della Corte Costituzionale v., L. CHIEFFI, *L'irragionevole obbligo di crioconservazione degli embrioni selezionati e abbandonati in seguito ad indagine genetica preimpianto*, in *Giur. Cost.*, 6 -2015, p. 2111 ss.; C. IAGNEMMA, *Diagnosi genetica preimpianto: problemi aperti in rapporto alla sentenza della Corte costituzionale n. 229/2015*, in *Riv.it.med.leg.*, 1-2016, p. 322 ss.; I. PELLIZZONE, *Dopo la sentenza costituzionale n. 229 del 2015: la rilevanza penale della selezione eugenetica e della soppressione degli embrioni malati*, in *Studium Iuris*, 7-8/2016, p. 826 ss.

sottoposta allo scrutinio della Corte Costituzionale che, a seguito di un rinvio disposto in attesa della pubblicazione della sentenza della *Grande Chambre*²⁵⁴, relativa ad un caso analogo di censura in sede sovranazionale dell'art. 13 della legge n. 40/2004, ha deciso di affrontare la questione relativa al delicato profilo del bilanciamento tra la salvaguardia dell'embrione e l'interesse alla ricerca scientifica finalizzata alla tutela della salute, individuale e collettiva, in particolare dedicandosi all'esame della compatibilità costituzionale del "divieto assoluto" di cui all'art. 13 della legge sulla pma, nella precisa ipotesi in cui l'embrione prodotto in soprannumero risulti affetto da anomalie e non possa essere destinato all'impianto in utero o al perseguimento della finalità riconducibile allo scopo procreativo.

E difatti le principali perplessità suscitate dal divieto di ricerca e sperimentazione di cui all'art. 13 attengono al destino degli embrioni non trasferiti o non trasferibili, in ragione, ad esempio, della revoca del consenso della donna al loro trasferimento in utero, o della loro crioconservazione in epoca antecedente all'entrata in vigore della

²⁵⁴ Si tratta del caso *Parrillo c. Italia*. Nel caso affrontato dalla *Grande Chambre*, la ricorrente ha dedotto l'incompatibilità dell'art. 13 della legge sulla pma con il suo diritto al rispetto della vita privata garantito dall'articolo 8 della CEDU, lamentando anche la violazione della libertà di espressione garantita dall'articolo 10 della Convenzione, di cui la ricerca scientifica era, secondo la sua deduzione, un aspetto fondamentale. Con la sua sentenza del 27 agosto 2015, tuttavia, la Grande Camera ha escluso la violazione del parametro convenzionale richiamato da parte del divieto di ricerca sugli embrioni ex art. 13 della legge n. 40/2004, non trovando il diritto di donare gli embrioni alla ricerca scientifica alcuna copertura nella disposizione convenzionale, che invece offre tutela al diritto al rispetto della vita privata e familiare. In argomento cfr., tra tutti, V.ZAGREBELSKY, *Parrillo c. Italia. Il destino degli embrioni congelati tra Convenzione europea dei diritti umani e Costituzione*, in *Dir. umani e dir. intern.*, 2015, p. 611 ss.

legge, o della loro creazione in soprannumero o per fini illeciti oppure, infine, proprio in ragione delle patologie da cui potrebbero risultare affetti²⁵⁵.

La sorte di tali embrioni non trasferibili, in ossequio all'attuale assetto normativo risultato della legge sulla pma, non può che essere la crioconservazione a scapito dell'attività di ricerca e sperimentazione, che pur sarebbe idonea a funzionalizzare il sacrificio dell'embrione già destinato a sicura estinzione al perseguimento di finalità connesse alla salute collettiva²⁵⁶.

Nella vicenda esaminata nella sentenza costituzionale n. 84/2016, il caso prende le mosse dal ricorso d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* promosso da una coppia di coniugi sottopostisi senza successo a diversi trattamenti di procreazione medicalmente assistita.

Gli aspiranti genitori avevano infatti richiesto la restituzione dei nove embrioni prodotti durante i cicli di pma ma non risultati impiantabili per destinarli ad attività diagnostiche e di ricerca

²⁵⁵ Così F. CONSORTE, *La disciplina della procreazione medicalmente assistita (l. 19-2-2004)*, cit., p. 664.

²⁵⁶ A. CADOPPI - S. CANESTRARI - P. VENEZIANI (a cura di), *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza. Procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 2997; S. CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, cit., p. 422; G. LOSAPPIO, *Bioetica e diritto penale. Le disposizioni penali del testo unico delle proposte di legge sulle tecniche di procreazione assistita*, cit., p. 673; A. MANNA, *La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione di beni giuridici*, cit., p. 351 ss.; F. RE, *Profili penali della procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 354.

scientifiche connesse alla patologia genetica da cui risultavano affetti²⁵⁷ incontrando, però, il rifiuto del centro di riproduzione assistita cui si erano rivolti, giustificato proprio in virtù del divieto di cui all'art. 13 della legge n. 40/2004.

Il Tribunale rimettente, individuando nel divieto censurato una completa negazione delle 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 la comunità medico-scientifica ritiene tra i più promettenti per la cura di numerose e gravi patologie²⁵⁸, ha sostenuto la non manifesta infondatezza della questione di legittimità (fondata sugli artt. 2, 3, 13, 31 e 32 Cost.), che però non è stata condivisa dalla Corte Costituzionale.

Nel dichiarare inammissibile la questione, infatti, con la sentenza del 2016²⁵⁹ la Consulta sembra aver abbandonato il percorso di progressiva demolizione dell'apparato repressivo della legge 40 già coraggiosamente intrapreso dalla giurisprudenza nazionale ed europea che, dal 2004 ad oggi, ha condotto alla sostanziale riscrittura delle più

²⁵⁷ Per un commento della sentenza, si consenta il rinvio a P. SANFILIPPO, *L'esitazione della Consulta salva il divieto di ricerca sull'embrione*, cit.; ID., *La Consulta (non) si pronuncia sul divieto di sperimentazione sugli embrioni umani. Una nuova questione di ragionevolezza*, in

²⁵⁸ L. EUSEBI, *Beni penalmente rilevanti e tecniche di procreazione*, cit., p. 50; S. PENASA, *La questione delle cellule staminali. Il quadro giuridico*, in *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, cit., p. 1108 ss.; F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 107 ss.

²⁵⁹ Nella medesima sentenza la Corte Costituzionale ha affrontato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6 della legge n. 40/2004 in materia di consenso informato, di cui si è già discusso *infra*, sez. I, § 6.

controverse disposizioni della normativa in materia di procreazione medicalmente assistita, nonché al rinnovamento delle sue principali direttrici politico-legislative²⁶⁰.

La questione della “scelta tragica” tra il rispetto del principio della vita dell’embrione affetto da patologia e la tutela dell’interesse alla ricerca scientifica, nuova allo scrutinio della Corte, ha impegnato i giudici costituzionali nel tentativo di formulazione di un giudizio di prevalenza costituzionalmente ragionevole tra i valori fondamentali in conflitto nell’ambito della fattispecie di cui all’art. 13 della legge n. 40/2004, che si è però risolto nella sostanziale conservazione dello *status quo*.

Di fatto, rinunciando ad un qualsiasi suo intervento additivo volto a modificare l’attuale divieto in ragione della elevata discrezionalità della materia riservata in via esclusiva al legislatore, e considerato peraltro il carattere non a rima obbligata di tale eventuale intervento, la Corte Costituzionale ha in questa occasione deciso di non decidere.

Nella sentenza *de qua*, dopo aver riproposto il principio del necessario contemperamento tra la tutela dell’embrione e le altre istanze configurabili nel caso concreto già formulato nelle precedenti

²⁶⁰ E. LA ROSA, *Il divieto “irragionevole” di fecondazione eterologa e la legittimità dell’intervento punitivo in materie eticamente sensibili*, in *Giur. it.*, n. 12-2014, p. 2287.

sentenze costituzionali n. 151/2009 e n. 96/2015, la Consulta perviene a conclusioni sorprendentemente acritiche, affermando che le opposte esigenze di tutela dell’embrione e della libertà di ricerca scientifica sulle cellule embrionali devono sottrarsi al suo sindacato, competendo unicamente al legislatore ogni diversa ponderazione degli interessi confliggenti nel caso di specie.

In una prospettiva maggiormente critica, invece, non sarebbe stata ultronea la realizzazione di un sindacato di ragionevolezza, cui la Consulta ha già in più occasioni fatto ricorso anche per sindacare le scelte di valore che orientano le opzioni di incriminazione compiute dal legislatore penale²⁶¹, proponendosi di fatto come “potere neutro”, meno condizionato dalle forze politiche e sociali preponderanti²⁶².

Il divieto di sperimentazione sugli embrioni umani, infatti, risulta censurabile sia se si realizza una valutazione dell’opportunità e della ragionevolezza della scelta legislativa di criminalizzazione, considerate anche le nuove evidenze fino ad oggi conseguite dalla

²⁶¹ V. TIGANO, *De dignitate non disputandum est? La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla pma*, cit., p. 8; S. CANESTRARI - F. FAENZA, *Il principio di ragionevolezza nella regolamentazione biogiuridica: la prospettiva del diritto penale*, in *Criminalia*, 2008, p. 88 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, cit., p. 223. Dubita del consenso sociale sulla normativa in materia di pma e della sua effettiva idoneità a riflettere “valori e sentimenti della parte preponderante dei cittadini” G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e post-secolarismo*, cit., 561.

²⁶² In argomento v. G. CASUSCELLI, *Appartenenze/credenze di fede e diritto penale: percorsi di laicità*, in *Laicità e multiculturalismo. Profili penali ed extrapenali*, cit., p. 46; G. MARINUCCI, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le “zone franche”*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 4166.

scienza grazie alla ricerca in ambito medico e terapeutico sulle cellule staminali embrionali, sia in considerazione dell'assetto dei valori e dei principi costituzionali vigenti nel nostro ordinamento²⁶³.

La scelta punitiva delle condotte che si concretano nell'attività di sperimentazione sugli embrioni assunta dal legislatore del 2004, in considerazione del presunto carattere recessivo dell'interesse alla ricerca rispetto alla ritenuta prevalenza dei beni della salute, dell'integrità e dell'irripetibilità dell'embrione idoneo all'impiego in un ciclo di pma, si rivela addirittura inaccettabile di fronte ai casi in cui tale opzione legislativa consideri indiscriminatamente prioritaria l'esigenza di tutela dell'embrione soprannumerario affetto da patologie e non impiegabile a fini procreativi rispetto all'interesse allo sviluppo della ricerca scientifica, perseguibile proprio attraverso l'utilizzo delle stesse esistenze *in nuce* che, altrimenti, sarebbero destinate «all'ibernazione indefinita, prive di una possibilità di venire al mondo»²⁶⁴.

Se nella prima ipotesi, difatti, il contemperamento tra le due esigenze ugualmente meritevoli di tutela appare del tutto sproporzionato a favore della protezione dell'embrione, *a fortiori* deve

²⁶³ In argomento, si consenta il rinvio alle riflessioni già formulate in P. SANFILIPPO, *L'esitazione della Consulta salva il divieto di ricerca sull'embrione*, cit., p. 1204 ss.

²⁶⁴ Corte Cost., 22 marzo- 13 aprile 2016, n. 84, in www.giurcost.org, § 10.1, in diritto.

ritenersi irragionevole il bilanciamento che risulta dalla correlazione tra i due interessi di cui si ragiona, quando le condizioni dell'embrione, la cui inevitabile estinzione è già decretata, non offrono prospettive di impiego per fini procreativi nel caso concreto²⁶⁵.

L'argomento del necessario e totalizzante rispetto dovuto alla vita umana *tout court* e quello dell'esistenza di rischi connessi alla potenziale equiparazione tra uccidere l'embrione non impiantabile e lasciarlo morire appaiono in quest'occasione particolarmente retorici²⁶⁶: proprio in considerazione delle prospettive cui in concreto gli embrioni crioconservati e "morituri" affetti da patologie vanno incontro, l'utilizzo degli stessi a scopi di evoluzione scientifica, costituzionalmente rilevanti e pertanto meritevoli di adeguata tutela, manifesterebbe addirittura un rispetto per la vita umana superiore al mero "lasciar perire".

Di fronte all'inevitabile estinzione cui vanno incontro gli embrioni non impiantabili, infatti, il bilanciamento più ragionevolmente prospettabile non sembra poter essere diverso da quello che si traduce nella valutazione della prevalenza dell'interesse all'impiego di tali

²⁶⁵ O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, cit., p. 40 ss; G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e post-secolarismo*, cit., p. 552.

²⁶⁶ P. SANFILIPPO, *L'esitazione della Consulta salva il divieto di ricerca sull'embrione*, cit., p. 1208.

embrioni agli scopi di ricerca bio-medica: la promozione delle tecniche e delle conoscenze scientifiche, oltre a rappresentare un dovere costituzionale ex artt. 9 e 33 Cost., si rivela idonea a contribuire alla implementazione delle stesse istanze tutelate dall'art. 32 Cost., sia dalla prospettiva individuale che da quella collettiva, di fatto incidendo sulle condizioni di esistenza dell'individuo, protagonista "dell'edificio costituzionale"²⁶⁷.

Considerata questa prospettiva, l'assolutezza del divieto di cui all'art. 13 l. 40/2004, che attualmente preclude la possibilità di destinare l'embrione a fini diversi dalla sua propria cura, necessita di un temperamento: è da respingere la tendenza alla gerarchizzazione assiologica predefinita, a favore dell'adozione di una scelta tra valori contrapposti che valorizzi le peculiarità del caso concreto.

L'elevata discrezionalità riservata in via esclusiva al legislatore in materia di fecondazione assistita, infatti, non può dirsi responsabilmente esercitata se si traduce in un'imposizione aprioristica ed indifferenziata di contenuti ideologici, a sicuro danno di valori fondamentali come quello della libertà di ricerca scientifica: il bene giuridico oggetto di legittima tutela penale non può essere un

²⁶⁷ L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, cit., p. 63 ss.

prius predefinito ma piuttosto un *posterius*, cioè un *quid* che riflette i principi che definiscono i limiti della tutela penale²⁶⁸.

Se è vero che ideologia e conoscenza scientifica operano in settori differenti, è anche innegabile che la presa di posizione fondata su giudizi di valore, presupponendo dati empirici, può sempre essere screditata dalle continue acquisizioni derivanti dall'evoluzione tecnico-scientifica. Non vale, però, il contrario²⁶⁹.

Sorprende come, nel caso di specie, la Corte Costituzionale abbia deciso di non valorizzare queste riflessioni e di abdicare al coraggioso ruolo di supplenza assunto per sopperire all'inerzia del legislatore.

La sensazione è che si sia persa un'occasione per perfezionare una normativa che, nonostante sia stata resa maggiormente compatibile sia col sistema costituzionale che con quello sovranazionale dalle numerose pronunce dei giudici nazionali ed europei, risulta sotto il profilo del divieto di sperimentazione e ricerca sull'embrione umano ancora manifestamente illogica.

²⁶⁸ G. FIANDACA, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, cit., p. 1390.

²⁶⁹ A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p.273; P. VINEIS, *Equivoci bioetici*, Torino, 2006, p. 98.

3) Il divieto di diagnosi preimpianto, il caso *Costa e Pavan* e le sue ricadute sull'ordinamento italiano.

All'illecito di sperimentazione e ricerca sugli embrioni *ex art.* 13 della legge sulla pma risulta strettamente connesso uno dei più controversi e caratteristici divieti in materia di procreazione medicalmente assistita: il divieto di diagnosi preimpianto²⁷⁰, con tale espressione intendendosi la tecnica accessoria ad un protocollo di procreazione medicalmente assistita che si sostanzia in un'attività di indagine clinica realizzata su cellule prelevate da un embrione *in vitro*, finalizzata a selezionare per l'impianto soltanto gli embrioni privi di eventuali malattie cromosomiche e genetiche o di anomalie potenzialmente idonee a generare patologie nel nato o, ancor prima, a

²⁷⁰ In argomento cfr. G. BALDINI, *PMA e diagnosi genetica preimpianto (PGD). Profili di illegittimità costituzionale del (presunto) divieto posto dalla legge n. 40 del 2004*, in *Tecnologie riproduttive e tutela della persona. Verso un comune diritto europeo per la bioetica*, a cura di G. Baldini e M. Soldano, Firenze, 2007, p. 149; C. CASSANI, *La diagnosi genetica preimpianto e la sua rilevanza penale*, in *Ind. pen.*, 2009, p. 87 ss.; F. FIORENTINO, *La diagnosi genetica preimpianto: problemi pratici e questioni applicative in campo medico*, in *Tecnologie riproduttive e tutela della persona. Verso un comune diritto europeo per la bioetica*, a cura di G. Baldini e M. Soldano, Firenze, 2007, p. 117.; C. FLAMIGNI, *La procreazione assistita. Fertilità e sterilità tra medicina e considerazioni bioetiche*, Bologna, 2011, p. 86; A. FORABOSCO, *Le diagnosi prenatali e preimpianto*, in *Il governo del corpo. Trattato di biodiritto*, cit., p. 1468 ss.; A. SCHUSTER, *La procreazione selettiva*, in *Il governo del corpo. Trattato di biodiritto*, cit., p. 1413; A. VALLINI, *La diagnosi preimpianto è un diritto*, in *Corr. mer.*, 4-2013, p. 429 ss.; P. VERONESI, *Tra diagnosi genetiche, numero di embrioni e obbligo di impianto*, in R. BIN- G. BRUNELLI – A. GUAZZAROTTI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *Dalla provetta alla Corte. La legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio*, Torino, 2008, p.220.

provocare il rischio di un'interruzione di gravidanza spontanea e precoce²⁷¹.

Nonostante il legislatore del 2004 non abbia formalmente codificato un divieto in tal senso, un ostacolo al riconoscimento della piena liceità della realizzazione di tecniche diagnostiche su cellule prelevate dagli embrioni prima del loro trasferimento e impianto in utero sarebbe riconoscibile attraverso una lettura combinata proprio delle tre fattispecie di cui all'art. 13 in tema di sperimentazione sugli embrioni e di ulteriori riferimenti normativi contenuti all'interno della disciplina sulla pma²⁷².

²⁷¹ Nella letteratura scientifica sul tema le attività diagnostiche realizzate sull'embrione si distinguono in relazione allo stadio del processo riproduttivo in: diagnosi preconcezionale, pratica realizzata sui gameti ancor prima della realizzazione del concepimento allo scopo di accertarne lo stato di "salute"; attività osservazionale non invasiva sull'embrione che precede il trasferimento in utero e mira a valutare lo stato di salute dell'embrione e l'opportunità del successivo impianto; diagnosi preimpianto, che viene realizzata attraverso l'esame di cellule prelevate dall'embrione prima del suo trasferimento in utero; diagnosi prenatale, cioè attività di indagine realizzata dopo il trasferimento ed impianto dell'embrione, che consente di individuare eventuali anomalie del feto nella fase della gravidanza. In argomento cfr. P. BRAUDE, S. PICKERING, F. FLINTER, C. MACKIE OGILVIE, *Preimplantation genetic diagnosis*, in *Nature Review/ Genetics*, 3-2002, p. 940 ss.; A. DE VOS – VAN STEIRTEGHEM, *Aspects of biopsy procedures prior to preimplantation genetic diagnosis*, in *Prenat Diagn*, 2001, 21, p. 767 ss.; G. GAMBINO, *Diagnosi prenatale. Scienza, etica e diritto a confronto*, Napoli, 2003; L. C. KREY, *Quality assessment of human embryos; state of the art and future perspectives*, in Revelli - Tur Kaspá - Gunnar Holte - Massobrio, *Biotechnology of human reproduction*, p.201 ss.; NYGREN - ANDERSEN, *Assisted reproductive technology in Europe*; Y. VERLINSK, *Analysis of the first polar body: preconception genetic diagnosis*, in *Human Reprod*, 1990, 5, p. 828.

²⁷² Cfr. S. CANESTRARI, *Procreazione assistita*, cit., p. 417; G. BALDINI, *Procreazione assistita: esperienze e prospettive applicative della legge 40*, cit., p.328; C. CASINI, M. CASINI, M. L. DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Commentario*, cit., p. 57 ss.; F. CONSORTE, *Il divieto di diagnosi preimpianto e di selezione degli embrioni della prospettiva penalistica, in attesa della pronuncia della Corte Costituzionale*, in *Bioetica*, 2006, p. 470 ss.; E. DOLCINI, *La procreazione assistita: profili penalistici*, cit., p. 1560; G. FERRANDO, *Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte Costituzionale*, cit., p. 520 ss.; P. FRATI - MONTANARO G. VERGALLO– N.M. DI LUCA, *La diagnosi preimpianto tra libertà della coppia e tutela della vita prenatale*, in *Riv.it.med. leg.*, 4-5/2007, p. 963 ss.; A. MANNA, *La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione di beni giuridici*, cit., p. 347; L. RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione*, cit., p. 680 ss.; S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e*

Le disposizioni di cui ai commi 1, 2 e 3, lett. b) rappresenterebbero infatti il principale fondamento normativo del divieto *de quo*, vietando esse, come già evidenziato, la ricerca clinica e sperimentale sull'embrione, qualora non finalizzata all'esclusiva tutela della sua salute o del suo sviluppo, nonché gli interventi di selezione eugenetica sugli stessi.

A sostegno della derivazione implicita del divieto di diagnosi preimpianto dallo statuto della procreazione, inoltre, sono stati riconosciuti anche ulteriori parametri, rappresentati essenzialmente dalle norme che dettano le finalità dei trattamenti di pma: si tratta degli artt. 1 e 4, commi 1 e 2, che ammettono l'accesso alle tecniche di fecondazione assistita solo se finalizzato alla soluzione di problemi riproduttivi e *non* anche di prevenzione delle malattie geneticamente trasmissibili al concepito²⁷³.

La considerazione complessiva delle norme appena richiamate, utile a interpretare il giudizio sfavorevole del legislatore del 2004 nei confronti della realizzazione di tecniche diagnostiche precedenti

non diritto, cit., p. 143 ss.; A. VALLINI, *Procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 655 ss. *Contra* L. EUSEBI, *La vita individuale precoce: soltanto materiale biologico?*, cit., p. 365; G. LOSAPPIO, *Procreazione assistita*, cit., p. 2071; F. MANTOVANI, *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, cit., p. 332; R. VILLANI, *La procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n.40*, cit., p. 199 ss.

²⁷³ S. CANESTRARI, *Bioetica e diritto penale*, cit., p. 55; ID., *Procreazione assistita*, cit., p. 416; E. DOLCINI, *La procreazione assistita: profili penalistici*, cit., p. 1563; ID., *Responsabilità del medico e reati in materia di procreazione assistita*, cit., p. 31 ss.; A. VALLINI, *Procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 656 ss.

all'impianto, fornisce lo spunto per l'individuazione di diversi livelli di irragionevolezza del divieto così come è stato nel complesso – pur non espressamente - delineato.

Un primo livello di illogicità del divieto di diagnosi preimpianto sembra essere frutto di un difetto di impostazione della normativa contenuta nella legge n. 40/2004: emerge un chiaro contrasto tra l'art. 13 della legge *de qua* e il successivo art. 14, il cui comma 5 espressamente prescrive il diritto per cui le coppie che possono accedere alle tecniche di PMA hanno di essere informate «sul numero e, su loro richiesta, sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell'utero», cui fa da *pendant* anche l'art. 6 in materia di consenso, ai sensi del quale, invece, il medico è tenuto a una capillare informazione dei soggetti che accedono alle tecniche in ordine ad ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione artificiale, ai metodi utilizzati, alle probabilità di successo e agli eventuali rischi derivanti dalle stesse.

È evidente l'impossibilità di un coordinamento sistematico tra queste disposizioni cardine della legge sulla pma: un'informazione precisa sulle condizioni di salute degli embrioni prima del loro trasferimento in utero, che sia anche idonea anche ad individuare gli embrioni privi di anomalie genetiche o cromosomiche, infatti, può

spesso essere fornita esclusivamente per mezzo delle medesime tecniche diagnostiche nei cui confronti il legislatore esprime un'inspiegabile ostilità²⁷⁴.

Non si è rivelato utile, al fine di fornire una più razionale giustificazione alle attività diagnostiche preimpianto, il tentativo del Ministero della Salute di restituire coerenza alla normativa sulla pma per mezzo della definizione delle Linee guida del 2004.

Oltre a vietare ogni forma di diagnosi preimpianto a finalità eugenetica, attraverso la delimitazione dell'ambito di liceità dello studio sull'embrione creato *in vitro* ai sensi dell'art. 14, comma 5 alle sole indagini di tipo "osservazionale", le Linee guida legittimavano esclusivamente l'osservazione al microscopio della vitalità e della morfologia dell'embrione, precludendo così ogni possibilità di realizzare qualsiasi tipo di intervento diretto sull'embrione e di riconoscere, dunque, possibili patologie o anomalie, vanificando anche le prospettive di un'efficace diagnosi²⁷⁵.

L'evoluzione giurisprudenziale sul tema, tuttavia, ha consentito il superamento delle indicazioni ministeriali: annullata per eccesso di

²⁷⁴ E. DOLCINI, *Legge sulla procreazione assistita e laicità dello Stato: da sempre un rapporto difficile*, cit.; C. FLAMIGNI, *La procreazione assistita*, cit., p. 25. In argomento si rinvia anche a P. SANFILIPPO, *La riscrittura giurisprudenziale della legge n. 40/2004: un singolare caso di eterogenesi dei fini*, cit., p. 858 ss.

²⁷⁵ E. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, cit., p. 153.

potere dal Tar del Lazio²⁷⁶, la limitazione delle Linee guida del 2004 non è più contemplata in quelle definite successivamente che non circoscrivono più, dunque, la diagnosi relativa alla salute degli embrioni all'indagine di tipo solo osservazionale²⁷⁷.

Un ulteriore profilo di incoerenza sistematica del divieto di diagnosi genetica preimpianto si registra, inoltre, in occasione del suo confronto con la disciplina in materia di interruzione volontaria di gravidanza.

Emergerebbe, infatti, uno squilibrio nella considerazione delle differenti posizioni assunte nell'ordinamento italiano dall'embrione e dal feto, in ragione del fatto che al primo è stata inspiegabilmente assicurata una tutela più intensa ai sensi della legge n. 40/2004 rispetto al secondo, la cui tutela è invece affidata alla legge n. 194/1978.

Si ravvisa, in particolare, una difficoltà (*rectius*: l'impossibilità) di coordinamento tra le due normative, dovuta, anche in questa occasione così come nel caso delle fattispecie già esaminate, ad una sperequazione sostanziale tra le posizioni e gli interessi dei soggetti coinvolti e in concreto tutelabili.

²⁷⁶ TAR Lazio, sez. III *quater*, 21 gennaio 2008, n. 398.

²⁷⁷ In argomento cfr. A. CARIOLA – S. PAPANDREA, *Riflessioni minime su una legge controversa: l'obbligo di impianto nella disciplina sulla fecondazione assistita*, in www.laprocreazioneassistita.it.

L'intento del legislatore di vietare l'accertamento dell'eventuale presenza di anomalie o malattie genetiche attraverso un'indagine sull'embrione non ancora trasferito in utero mal si concilia, infatti, con il riconoscimento della piena liceità di una diagnosi prenatale sul feto, attesa l'indiscutibile maggiore invasività di quest'ultima procedura rispetto alle tecniche diagnostiche e genetiche preimpianto, potendo essa condurre a interruzioni di gravidanza dolorose per la donna, sotto il profilo sia fisico che psichico.

Considerato l'assetto normativo originario della legge 40, il controsenso in cui ci si imbatte alla lettura delle due discipline, entrambe predisposte, almeno negli intenti, allo scopo di garantire la maggiore estensione possibile del diritto della donna di autodeterminarsi in relazione alle decisioni in merito ad una sua eventuale maternità, è il seguente: la presenza di una malattia genetica non può essere accertata su un embrione non ancora trasferito in utero, ma può essere invece verificata su un feto, con la conseguenza di indurre la donna a scegliere di interrompere una gravidanza che, con ogni probabilità, non avrebbe desiderato se avesse conosciuto i potenziali pregiudizi per il nascituro.

La completa e aprioristica assimilazione assicurata dalla legge n. 40/2004 al concepito rispetto a tutti gli altri soggetti coinvolti nel

processo procreativo, e l'indifferenza rispetto non solo alla valutazione del caso concreto che deve precedere qualsiasi intervento di natura medica ma anche al bilanciamento degli eventuali rischi o benefici derivanti da indagini più o meno gravose, determina una manifesta disparità di trattamento tra la donna che accede alle tecniche di pma e richiede indagini diagnostiche preimpianto ormai ritenute affidabili alla luce del progresso scientifico al fine di accertare la presenza di malattie ereditarie nell'embrione, e la donna che ai sensi della legge n.194/1978, invece, richiede a gravidanza già instaurata un'indagine prenatale sul feto, per mezzo di tecniche che risultano decisamente più invasive sia per la donna stessa che per il nascituro.

L'incostituzionalità del divieto di diagnosi preimpianto, in ragione della violazione del principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 Cost., è di immediata evidenza: se è ragionevole la scelta di differenziare gli statuti punitivi dell'embrione e del feto in considerazione dei diversi interessi coinvolti, non lo è quella di accordare una tutela più marcata al primo rispetto al secondo, che si trova ad uno stadio di sviluppo più avanzato.

Ancora una volta l'ostinato tentativo di perseguimento della *ratio* di salvaguardia incondizionata della dignità e dell'integrità dell'embrione inesorabilmente si traduce, oltre che nella violazione

delle norme fondamentali del nostro ordinamento giuridico, anche in quella del principio di gradualità e minore invasività della pratica di fecondazione artificiale *ex art.4, comma 2* nella legge sulla procreazione medicalmente assistita.

Rispetto al tema della diagnosi genetica preimpianto, tuttavia, l'ennesimo intervento supplente della giurisprudenza costituzionale e sovranazionale si è rivelato determinante al fine di restituire coerenza ed unitarietà al sistema.

Il percorso giurisprudenziale che ha in un primo momento condotto alla sostanziale disapplicazione del divieto di attività diagnostiche preimpianto desumibile dal dettato complessivo della legge sulla pma, e che si è infine concluso con la declaratoria di illegittimità costituzionale del divieto nella sentenza costituzionale n. 96/2015, si è avviato in sede sovranazionale a seguito del ricorso promosso innanzi la Corte europea dei diritti dell'uomo dai coniugi Costa e Pavan²⁷⁸.

I due cittadini italiani, portatori sani di fibrosi cistica, hanno adito la Corte Europea dei diritti dell'uomo denunciando l'irrimediabile contrasto della legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita con gli artt. 8 e 14 CEDU ed in particolare dell'art. 4, comma 1 della

²⁷⁸ Si tratta del ricorso n. 54270/10, consultabile su www.echr.coe.int.

legge n. 40/2004, essendo stati essi esclusi dall'accesso alla diagnosi genetica preimpianto, e *in toto* dalle tecniche di *pma*, in quanto non sterili né infertili, ma perché “colpevoli” di essere portatori della grave malattia genetica²⁷⁹.

Le Linee guida emanate dal Ministero della Salute nel 2008, relative alle procedure ed alle tecniche di procreazione medicalmente assistita estendevano, infatti, l'ambito di accesso alle tecniche, oltre che ai soggetti sterili o infertili di cui all'art. 4, comma 1 della legge n. 40/2004, anche alla coppia in cui l'uomo fosse affetto da HIV, HBV o HCV per l'elevato rischio di infezione per la madre e per il feto, non fornendo però alcun dettaglio in merito ai soggetti fertili, ma portatori di gravi anomalie genetiche trasmissibili²⁸⁰.

Per tali soggetti, prima dell'ulteriore intervento demolitorio realizzato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 96/2015, era dunque preclusa la possibilità di richiedere indagini genetiche preimpianto allo scopo di individuare e selezionare i soli embrioni sani al fine del successivo trasferimento in utero, così da scongiurare la trasmissione della patologia al nascituro.

²⁷⁹ Per la ricostruzione del caso si consenta il rinvio a P. SANFILIPPO, *Dal 2004 al 2014: lo sgretolamento necessario della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 386 ss.; ID., *La riscrittura giurisprudenziale della legge n. 40/2004: un singolare caso di eterogenesi dei fini*, cit., p. 859 ss.

²⁸⁰ È da sottolineare, tuttavia, che le Linee guida ministeriali emanate nel 2015 prescrivono ancora che le indagini relative allo stato di salute degli embrioni debbano essere finalizzate alla salute e allo sviluppo dell'embrione. Anche nel testo aggiornato, dunque, sembrano non essere state accolte le sollecitazioni fornite dalla giurisprudenza in tema di diagnosi preimpianto.

Nel ricorso avanzato dai coniugi italiani, inoltre, si sono evidenziate le conseguenze giuridiche del divieto di attività di indagini diagnostiche precedenti all'impianto così come predisposto dall'ordinamento italiano che, in maniera del tutto sproporzionata ed ingiustificata, espone la coppia al rischio di ripetere la traumatica esperienza dell'aborto terapeutico, in caso di trasmissione della patologia al feto attraverso una gravidanza naturale²⁸¹.

La sentenza della Corte di Strasburgo, pronunciata il 28 agosto 2012²⁸², ha condannato l'Italia al risarcimento del danno morale cagionato ai coniugi, non soltanto qualificando la discriminazione subita dai ricorrenti italiani come irragionevole, ma anche riconoscendo il diritto della coppia a sottoporsi alle indagini genetiche e alla selezione preimpianto al fine di concepire un figlio sano. A giudizio della Corte «il sistema legislativo italiano manca di coerenza. Da un lato, esso vieta l'impianto limitato ai soli embrioni non affetti

²⁸¹ F. ANGELINI, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Dig. disc. pubbl.*, Aggiornamento, VI, Utet, Torino, 2015, p. 360 ss.

²⁸² Per riflessioni a margine della pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo cfr., A. VERRI, *Corte EDU e legge 40/2004: contrario all'art. 8 Cedu il divieto, per una coppia fertile portatrice sana di fibrosi cistica, di accedere alla diagnosi pre-impianto degli embrioni (ma il Governo fa ricorso alla Grande Chambre)*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it; C. NARDOCCI, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di Costa e Pavan c. Italia*, in *Rivista AIC*, 1- 2013, p. 10; G. REPETTO, "Non di sola CEDU.... La fecondazione assistita e il diritto alla salute in Italia e in Europa", in *Dir. pubbl.*, 2013, p. 163; P. VENTURI, *Sulla legittimità della legge n. 40/2004 sulla procreazione assistita in relazione alla Cedu*, in *Giur. it.*, 10- 2012.

dalla malattia di cui i ricorrenti sono portatori sani; dall'altro, autorizza i ricorrenti ad abortire un feto affetto da quella stessa patologia²⁸³».

Il portato della fondamentale sentenza dei giudici europei costituisce per i giudici italiani un autentico *input* per l'avvio dell'opera di definitiva demolizione del divieto di realizzazione di indagini diagnostiche e genetiche su cellule embrionali così come emerge nella legge n. 40/2004.

Dopo la pronuncia della Corte di Strasburgo, infatti, è in un primo momento il Tribunale di Roma con una sua ordinanza²⁸⁴ ad aggiungere un nuovo tassello all'intricato *puzzle* della vicenda relativa al divieto di diagnosi preimpianto.

In ossequio a quanto statuito dai giudici europei, e senza previamente sollevare la questione pregiudiziale di costituzionalità, il giudice romano ha ordinato infatti l'adozione di provvedimenti ritenuti opportuni in relazione ai ricorsi proposti *ex art. 700 c.p.c.* da due coppie di coniugi, ed in particolare la realizzazione d'urgenza delle indagini diagnostiche e di selezione preimpianto degli embrioni che la struttura ASL resistente, in prima battuta, aveva rifiutato, stante il divieto ai sensi della legge n. 40/2004.

²⁸³ Corte eur, dir. uomo, sez. II, 28 agosto 2012, *Costa e Pavan c. Italia*, consultabile su www.echr.coe.int.

²⁸⁴ Trib. Roma, ordinanza 23 settembre 2013, in magistraturademocratica.it.

Essendo, però, la regola desumibile dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sufficientemente precisa ed incondizionata, tanto da sostituirsi senza ambiguità a quella interna riconosciuta contraria alla CEDU, il giudice italiano è riuscito a disapplicare *tout court* l'art. 4, comma 1 della legge n. 40/2004, per palese contrasto con la Convenzione ed in attuazione delle decisioni della Corte di Strasburgo, giungendo così alla sostanziale caducazione dell'intollerabile ostacolo all'accesso alle tecniche per i soggetti portatori di patologie genetiche, fino ad allora irragionevolmente negato, di fatto sostituendosi al legislatore²⁸⁵.

Ai fini della formale rimozione del divieto, tuttavia, si è rivelato decisivo solo l'intervento della Corte Costituzionale, in ragione dell'impossibilità dei giudici di merito di fornire, oltre alla sostanziale disapplicazione del divieto, anche un'interpretazione in senso ampliativo della platea dei destinatari delle norme oggetto di censura.

L'accesso alle tecniche di *pma*, stando al tenore letterale della legge, anche dopo la pronuncia di Strasburgo rimaneva infatti riservato solo alle coppie di aspiranti genitori afflitte esclusivamente da «sterilità o infertilità», essendo escluso ogni riferimento, pur

²⁸⁵ Cfr. sul punto A. VALLINI, *Ardita la rotta o incerta la geografia? La disapplicazione della legge 40/2004 "in esecuzione" di un giudicato della Corte EDU in tema di diagnosi preimpianto*, in *Dir. pen. cont.*, 18 febbraio 2013.

opportuno, ai soggetti portatori di malattie genetiche ereditarie idonee a trasmettere malformazioni al nascituro.

Con la sentenza costituzionale n. 96/2015, che ha dichiarato l'illegittimità della normativa nazionale sulla pma nella parte in cui non consente «il ricorso alle tecniche di procreazione assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b) » della legge in materia di aborto, la legge n. 40/2004 ha riacquisito coerenza rispetto al sistema.

I giudici della Consulta, ritenuta ammissibile la questione sollevata dal giudice *a quo* articolata sulla lamentata violazione della legge in materia di fecondazione assistita degli articoli 2, 3, 32 e 117 Cost., hanno evidenziato il *vulnus* in concreto arrecato dalla normativa sulla pma ai parametri costituzionali posti a tutela del principio di uguaglianza e di non discriminazione nonché del diritto alla salute della donna, che ha di fatto assorbito tutti gli altri motivi di censura.

Nel suo *iter* logico- argomentativo la Corte Costituzionale, ripercorrendo le orme già segnate dalle precedenti pronunce, tra le quali la sentenza costituzionale n. 162/2014 in tema di fecondazione eterologa, ha realizzato un nuovo giudizio di ragionevolezza e di bilanciamento tra i valori che nel caso in esame vengono in rilievo,

perseguendo l'obiettivo di assicurare non soltanto la necessaria coerenza sistematica ma anche la proporzione di cui le disposizioni legislative del 2004 in tema di accesso alle tecniche di *pma* indiscutibilmente difettavano.

In merito al profilo della « palese antinomia normativa » generata dal confronto tra la legge n. 40/2004 e la legge n.194/1978, discipline identiche nella *ratio* ma eccentriche negli effetti, i giudici della Consulta hanno sottolineato, in particolare, l'inopportunità della sopravvivenza delle disposizioni della legge n. 40/2004, ove indiscriminatamente vietano «di fare acquisire “prima” alla donna una informazione che le permetterebbe di assumere “dopo” una decisione ben più pregiudizievole per la sua salute²⁸⁶», attraverso le traumatiche modalità dell'aborto terapeutico.

In relazione all'abbandono del criterio di proporzionalità nella scelta legislativa di criminalizzare le attività di indagine genetica sugli embrioni prima del loro trasferimento, invece, la Consulta, attraverso la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'ostacolo all'accesso alle tecniche per i soggetti portatori di patologie genetiche, ha definitivamente rimosso dall'ordinamento l'intollerabile squilibrio tra la tutela accordata al nascituro e quella destinata alla donna fertile e

²⁸⁶ Corte Cost., sentenza n. 96/2015, § 9, su www.giurcost.org.

portatrice, insieme al *partner*, di gravi malattie genetiche ereditarie, finalmente assicurando il diritto degli aspiranti genitori alla previa individuazione di embrioni cui non risulti trasmessa la patologia genetica comportante il pericolo di rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro.

Ridefiniti gli angusti spazi delimitati dal legislatore del 2004, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 96/2015, ha di fatto compensato l'inidoneità dei contenuti della disciplina italiana della fecondazione assistita a rispondere all'esigenza delle coppie di aspiranti genitori a risolvere i propri problemi riproduttivi, anche quando si tratti di soggetti affetti da patologie genetiche trasmissibili, privi, prima dell'intervento dei giudici costituzionali, di adeguata tutela.

Espunto dall'ordinamento giuridico italiano il divieto di diagnosi genetica preimpianto, le norme che regolano l'accesso e la realizzazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita risultano oggi profondamente riformate nella loro portata applicativa, avendo riacquisito una maggiore coerenza non soltanto interna e sistematica ma anche costituzionale.

4) I limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni (art. 14): i divieti di soppressione, crioconservazione e produzione sovranumeraria.

Nell'ambito delle "Misure a tutela dell'embrione" di cui al Capo VI della legge n. 40/2004 si collocano i "Limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni" *ex* art. 14 il quale, nella sua versione originaria, prevedeva una serie di divieti, tutti presidiati da sanzione penale. Non tutti, però, sono sopravvissuti agli interventi giurisprudenziali nazionali e sovranazionali.

Le fattispecie di cui alla norma *de qua*, in particolare, si distinguevano in tre distinte tipologie di illecito, che si concretavano in condotte sia dannose, sia soltanto pericolose per la vita dell'embrione²⁸⁷: soppressione e crioconservazione degli embrioni, salvo quanto previsto dalla legge n. 194/1978 (comma 1); produzione di un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre (comma 2); riduzione embrionaria di gravidanze plurime (comma 4).

In ipotesi di contravvenzione ai divieti predisposti dal legislatore, le pene previste dal comma 6 sono quelle della reclusione fino a tre anni e della multa da 50.000 a 150.000 euro, a cui si aggiunge la

²⁸⁷ E. DOLCINI, *La procreazione assistita: profili penalistici*, cit., p. 1541.

sospensione fino ad un anno dall'esercizio della professione da applicarsi nei confronti dell'esercente una professione sanitaria condannato per uno dei reati.

Complessivamente considerato, l'art. 14 integra e completa lo statuto punitivo della disciplina in materia di fecondazione assistita, rappresentando espressione di un livello di tutela legislativa orientato ad assicurare più la protezione totalizzante dell'embrione che la concreta riuscita delle tecniche di fecondazione assistita e l'adeguata protezione anche delle condizioni di salute della donna che ad esse si sottopone²⁸⁸.

Se, infatti, il livello di tutela garantito dalle disposizioni di cui all'art. 12 della legge n. 40/2004 assolve al solo fine di definire i requisiti di accesso alle tecniche di fecondazione artificiale, per mezzo della predisposizione di sanzioni –penali e amministrative – di straordinaria afflittività, quello disegnato dalla norma in materia di limiti all'applicazione delle tecniche sull'embrione sembra invece prefiggersi il diverso obiettivo di contenimento e controllo – mediante divieti e sanzioni di natura penale - delle modalità di realizzazione

²⁸⁸G. RAZZANO, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: incostituzionale o "costituzionalmente necessaria"?*, in www.laprocreazioneassistita.it, p.13; A. VALLINI, *Procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 651.

delle tecniche di pma, al precipuo scopo di tutela degli embrioni prodotti mediante la fecondazione *in vitro*.

Anche rispetto alle figure delittuose descritte dall'articolo *de quo*, così come nelle ipotesi già commentate e relative agli articoli precedenti della legge in materia di pma, il contemperamento tra i diritti e le libertà in rilievo nell'ambito della vicenda procreativa sembra essersi risolto nella preferenza degli interessi dell'embrione rispetto a quelli della donna che si sottopone alle tecniche di fecondazione²⁸⁹: più che un approccio legislativo orientato al bilanciamento, in dottrina è stato rilevato, nella disciplina dell'art. 14, «un approccio conflittuale tra la soggettività giuridica del concepito e quella della donna che in alcuni passaggi rasenta l'incostituzionalità»²⁹⁰.

1. Le fattispecie di soppressione e crioconservazione degli embrioni, concepite al fine di vietare condotte pericolose per l'embrione²⁹¹, delineano forme di incriminazione del tutto nuove²⁹².

²⁸⁹ K. SUMMERER, *Le nuove frontiere della tutela penale della vita prenatale*, cit., 1246.

²⁹⁰ G. LOSAPPIO, *Procreazione assistita*, cit., p. 2067.

²⁹¹ F. MANTOVANI, *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, cit., p. 329; F. CONSORTE, *La disciplina della procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 673; A. CADOPPI - S. CANESTRARI - P. VENEZIANI (a cura di), *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza. Procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 3003.

²⁹² Si darebbe applicazione alla disciplina in materia di aborto nell'ipotesi di soppressione di embrioni già trasferiti nel corpo della donna; diversamente troverebbe applicazione l'art. 575 c.p. in ipotesi di soppressione del feto durante il parto. Cfr. A. VALLINI, *Procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 645.

La prima si concreta nella realizzazione della condotta di congelamento e successivo mantenimento in azoto liquido dell'embrione prodotto, allo scopo di prolungarne la vitalità.

La seconda si sostanzia invece nel c.d. embrionicidio, e cioè nell'interruzione di un processo vitale riferibile degli embrioni *in vitro*, anche se crioconservati: mancando il requisito della gravidanza, la realizzazione di tale condotta libera e causalmente orientata sfugge all'applicazione della normativa in tema di interruzione volontaria di gravidanza. Non potendo essere l'embrione qualificato come "uomo" o "res", peraltro, non trovano applicazione in tale ipotesi le norme in materia di omicidio o di danneggiamento²⁹³.

È da evidenziare come un apparente temperamento al divieto nella sua versione originaria fosse individuabile nello stesso 14 della legge n.40/2004, al suo terzo comma.

Un'eccezione al divieto era consentita, infatti, nelle ipotesi in cui il trasferimento dell'embrione in utero non risultasse possibile per "grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di

²⁹³ C. CASINI, CASINI M, DI PIETRO M.L., *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 232; M. PETRONE, *Aspetti penalistici della nuova genetica*, cit., p. 1670.

salute della donna”, espressione rispetto alla cui esatta definizione sarebbero connessi notevoli problemi interpretativi²⁹⁴.

Se apparentemente tale autorizzazione alla crioconservazione ammessa dal comma 3 dell’art. 14 poteva considerarsi una deroga al reato di crioconservazione, concepita in un’ottica di bilanciamento tra gli interessi dell’embrione e quelli dell’aspirante madre, in concreto si rivelava un ulteriore strumento coerente con la *ratio* dell’incriminazione, rappresentata dall’intento del legislatore di scongiurare qualsiasi forma di manipolazione e strumentalizzazione dell’embrione prima del suo trasferimento: la prescrizione legislativa del trasferimento degli embrioni prodotti «da realizzarsi non appena possibile», indipendentemente da qualsiasi valutazione di rischi per la salute della donna o dall’accertamento dell’esistenza di eventuali anomalie dell’embrione stesso, ne rappresenta un chiaro segno e dimostra l’indifferenza del legislatore verso la considerazione delle caratteristiche contingenti.

2. Il divieto descritto dal comma 2 dell’art. 14 inibiva invece la pratica di sovrapproduzione di embrioni durante la realizzazione di tecniche di fecondazione medicalmente assistita, cui si ricorre in ipotesi di fallimento dei primi tentativi di trasferimento al fine di

²⁹⁴ In argomento cfr., ampiamente, G. LOSAPPIO, *Procreazione assistita*, cit., p. 2067 ss.; A. VALLINI, *Procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 648 ss.

evitare un nuovo prelievo di ovociti dalla donna attraverso un ulteriore procedimento di stimolazione ovarica.

Così come concepito originariamente dal legislatore, il divieto delineava due precisi limiti, uno elastico e uno rigido. Per un verso la produzione di embrioni risultata limitata al numero di embrioni strettamente necessario per un unico e contemporaneo impianto, considerato il caso concreto; per altro verso si individuava nel numero di tre la misura fissa di embrioni da produrre per il successivo trasferimento in utero ²⁹⁵.

Un rigore così metodico nell'individuazione di specifici confini per le modalità di realizzazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, tuttavia, non risulta sostenuto da una altrettanto ponderata *ratio*: in questa fattispecie, così come nelle altre tipologie di illecito, riecheggia l'esigenza del legislatore di garantire la dignità e la integrità dell'embrione da ogni forma di strumentalizzazione o manipolazione, anche a costo del sacrificio dei controinteressi dell'aspirante madre, pur costituzionalmente garantiti.

Eppure non può sfuggire l'effetto peggiorativo, nella pratica, dell'astratta previsione di un limite legislativo alla creazione e al trasferimento degli embrioni: se il successo delle tecniche di

²⁹⁵ A. VALLINI, *Procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 650.

procreazione medicalmente assistita dipende sia dalla qualità e dalle caratteristiche degli embrioni prodotti, sia dalle condizioni di salute delle donne che si sottopongono alle procedure, la predisposizione *ex ante* di confini all'applicazione delle tecniche, in totale assenza di valutazione della vicenda procreativa nel caso concreto, finisce non solo per aggravare le procedure di pma ma anche per determinare un'inaccettabile sperequazione dei diritti della donna rispetto a quelli dell'embrione²⁹⁶.

Quanto minori, invero, saranno le probabilità di attecchimento embrionale, tanto maggiore sarà il rischio per la donna di esporsi alla reiterazione di cicli di fecondazione assistita. Nel caso di successo dell'impianto contemporaneo di tutti i tre embrioni prodotti, invece, l'effetto potrà essere quello dell'instaurazione di gravidanze multiple, scientificamente considerate più a rischio per potenziali complicazioni e pregiudizi sia a danno della salute della gestante che di quella dei nascituri²⁹⁷.

La sensazione costante è, dunque, che le tecniche di procreazione medicalmente assistita siano state, anche in materia di limiti alla loro applicazione, valutate con uno sfavore del tutto pregiudiziale dal

²⁹⁶ L. RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, cit., p. 688.

²⁹⁷ S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., p. 54; P. SANFILIPPO, *Dal 2004 al 2014: lo sgretolamento necessario della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 381.

legislatore, tanto da essere state assoggettate ad una disciplina penalizzante ed essenzialmente simbolica.

A quasi quindici anni dall'entrata in vigore della legge n. 40/2004, tuttavia, i mortificanti limiti applicativi alle tecniche di fecondazione fissati all'art. 14 risultano in parte sradicati ed in parte profondamente modificati grazie agli interventi correttivi realizzati dalla giurisprudenza costituzionale, per merito dei quali le più intollerabili prescrizioni della disposizione *de qua* sono state espunte dall'ordinamento giuridico, risultando così ridimensionata anche l'intera normativa non soltanto nei suoi presupposti procedurali ma anche e soprattutto ideologici.

4.1) La sentenza costituzionale n. 151/2009 in tema di limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni.

La prima pronuncia intervenuta in materia di limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni è la sentenza costituzionale n. 151/2009²⁹⁸, che ha storicamente dato avvio al lungo

²⁹⁸ Per commenti successivi alla pronuncia costituzionale cfr. S. AGOSTA, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte Cost., sent. n. 151/2009)*, in *Forum Quad. cost.*, 2009; D. CHINNI, *La procreazione medicalmente assistita tra "detto" e "non detto". Brevi riflessioni sul processo costituzionale alla legge n. 40/2004*, in *Giur.it.*, 2010, p.289 ss.; G. DI GENIO, *Il primato della scienza sul diritto (ma non su i diritti) nella fecondazione assistita*, in *Forum quad. cost.*, 2009; G.

percorso di riscrittura giurisprudenziale della legge sulla procreazione medicalmente assistita, rimuovendo le asfissianti soglie predisposte all'art. 14 dal legislatore del 2004 e restituendo ragionevolezza alla norma, attraverso il riconoscimento del valore imprescindibile della salute della donna che aspira a diventare madre sottoponendosi alle tecniche di fecondazione assistita.

La decisione della Corte Costituzionale ha ad oggetto, in particolare, i commi 2 e 3 della disposizione *de qua* e risulta ispirarsi a logiche di bilanciamento degli interessi e di ragionevolezza che, in sede di elaborazione della normativa sulla pma, sembrano invece essere state sottovalutate dal legislatore del 2004.

Dichiarando costituzionalmente illegittimo il comma 2, limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre», la Consulta, in primo luogo, ha soppresso il limite massimo dei tre embrioni da impiantare contemporaneamente, in ragione del pregiudizio cagionabile alla donna e alla sua salute in applicazione del limite previsto dal precetto, che si pone in evidente contrasto con gli artt. 3 e 32 Cost.

RAZZANO, *L'essere umano allo stato embrionale e i contrappesi alla sua tutela. In margine alla sentenza della Corte costituzionale n. 151/2009 e all'ordinanza del Tribunale di Bologna del 29 giugno 2009*, in *Giur. it.*, 2-2010, p. 282 ss; L.TRUCCO, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere*, in *Giur.it.*, 2- 2010, p.281 ss.

Censurando, poi, il comma 3 dell'art. 14 nella parte in cui non contempla la valutazione delle condizioni di salute della donna in occasione del trasferimento degli embrioni, la Corte formalmente riconosce all'aspirante madre un ruolo protagonista nel processo che conduce alla decisione sull'effettivo trasferimento in utero degli embrioni prodotti.

Seguendo l'*iter* argomentativo dei giudici, la previsione del rigido limite di massimo tre embrioni da trasferire in un unico impianto, predisposto al fine di scongiurare il pericolo di manipolazione degli embrioni e di un eventuale sacrificio di quelli soprannumerari²⁹⁹, mal si concilia con il principio di gradualità e minore invasività della pratica di fecondazione assistita già formulato dalla stessa legge 40/2004 all'art. 4, comma 2, in quanto costringe chi subisce il trattamento terapeutico ad un intervento potenzialmente sproporzionato rispetto agli eventuali risultati attesi.

La disposizione dichiarata illegittima non realizza, dunque, un corretto bilanciamento dei diritti della donna rispetto a quelli dell'embrione. Trascura, infatti, dati ed evidenze scientifiche che dimostrano come un trattamento di procreazione medicalmente assistita possa rivelarsi efficace non soltanto se le caratteristiche e le

²⁹⁹ O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, cit., p. 38.

condizioni degli embrioni sono idonee ai fini del trasferimento in utero, ma se lo sono anche quelle dell'aspirante madre³⁰⁰.

In una diversa prospettiva, finalizzata al perseguimento di risultati efficaci nei trattamenti di procreazione assistita, dev'essere secondo la Corte invece attribuito un ruolo maggiormente attivo e responsabile al sanitario il quale è tenuto alla valutazione in merito al numero necessario di embrioni da trasferire in utero al fine di garantire la riuscita dell'intervento fecondativo, attraverso la predisposizione di un piano terapeutico personalizzato per ogni coppia in base alle condizioni di salute di ciascuno dei suoi membri, considerate in concreto³⁰¹.

Sotto un tale angolo visuale, la rimozione dell'obbligo normativo di esecuzione di un unico e contemporaneo trasferimento di non più di tre embrioni prodotti, produce non soltanto l'effetto di restituire dignità al ruolo del medico, ma anche quello di attribuirgli un autentico ruolo di garante del rispetto di entrambi i principi di rango costituzionale che si sono riconosciuti come violati dall'art. 14 della legge sulla pma nella sua originaria formulazione.

³⁰⁰ S. CANESTRARI - F. FAENZA, *Il principio di ragionevolezza nella regolamentazione biogiuridica: la prospettiva del diritto penale*, cit., p. 88 ss.; A. MANNA, *La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione di beni giuridici*, cit., p. 345 ss.; L. RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, cit., p. 688.

³⁰¹ Cfr. G. FERRANDO, *Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte Costituzionale*, cit., p. 350.

La differenziazione delle posizioni di ciascuna coppia sulla base di valutazioni effettuate *ad hoc*, assicura nuovamente il pieno rispetto del principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.* e del principio di ragionevolezza, che ne rappresenta un'estrinsecazione. La tutela effettiva della salute fisica e psichica della donna, nel cui rispetto deve essere effettuato ogni intervento terapeutico, inoltre, riduce il rischio di sproporzioni aprioristiche dettate da scelte di politica legislativa adottate ad esclusiva e totale salvaguardia dell'embrione, restituendo all'art. 32 Cost. il suo naturale respiro³⁰².

La tutela dell'embrione - precisa la Corte Costituzionale nella sua pronuncia - «non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione³⁰³».

Preso atto della necessità di un ridimensionamento delle condizioni e dei presupposti per l'applicazione delle tecniche di fecondazione assistita e dell'ambito di tutela finora assicurata all'embrione, nella sentenza n. 151/2009 suggerisce una gerarchia tra i valori coinvolti nel complesso processo della fecondazione assistita, allo scopo di ricollocare la salute della donna al centro di ogni possibile decisione

³⁰² P. SANFILIPPO, *Dal 2004 al 2014: lo sgretolamento necessario della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 381.

³⁰³ Corte Cost. 1 aprile 2009 - 8 maggio 2009, n. 151, in www.giurcost.org.

sul trasferimento di embrioni e di assicurare che qualsiasi intervento terapeutico sia realizzato nel rispetto della salute sia fisica che psichica dell'aspirante madre, la cui tutela non può essere equiparata a quella di un'esistenza ancora *in fieri*.

La Corte, rifacendosi integralmente al portato della fondamentale e ancora attuale sentenza costituzionale n. 27 del 1975, sottolinea che «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione, che persona deve ancora diventare³⁰⁴».

La rilevanza della sentenza costituzionale di cui ci si è fin qui occupati non deve essere riconosciuta esclusivamente in ragione del contributo pur fondamentale fornito dalla decisione della Consulta alla ridefinizione dei limiti all'applicazione delle tecniche di pma sugli embrioni ai sensi dell'art. 14, commi 2 e 3 della legge n. 40/2004 e dei suoi presupposti ideologici *tout court*, ma anche in ragione del depotenziamento sostanziale prodotto sul divieto di crioconservazione degli embrioni non contemporaneamente impiantati ai sensi del comma 1 della medesima disposizione.

La soppressione del divieto di produzione di embrioni soprannumerari e del loro unico e contemporaneo trasferimento in

³⁰⁴ Corte Cost. 18 febbraio 1975, n.27, in *Giur. cost.*, 1975, 117 ss.

utero ha avuto infatti anche l'effetto di caducare implicitamente nella sua portata preclusiva l'art. 14, comma 1 della legge sulla pma, potendosi oggi assumere, proprio a seguito della sentenza della Consulta del 2009, la liceità della crioconservazione degli embrioni allorché il medico, in prospettiva di tutela della salute della donna e in funzione dell'esito positivo del trattamento terapeutico, ritenga di non impiantarli³⁰⁵.

La censura costituzionale dell'irragionevole limite dei tre embrioni da trasferire in un unico e contemporaneo impianto e la conseguente deroga al divieto di crioconservazione di quegli embrioni che non siano stati trasferiti hanno, dunque, stravolto le originarie modalità di realizzazione del processo di fecondazione artificiale.

Facendo venire meno la portata propositiva ed ideologica di una delle disposizioni fulcro dell'intera normativa sulla procreazione medicalmente assistita, il primo intervento demolitorio della Corte Costituzionale in materia di fecondazione medicalmente assistita ha fornito un importante *input* per la prosecuzione dell'opera di ridefinizione della disciplina italiana della fecondazione assistita, che si è sviluppata, dopo la sentenza costituzionale n. 151/2009, in

³⁰⁵ Sul punto cfr., tra gli altri E. DOLCINI, *Embrioni nel numero "strettamente necessario": il bisturi della Corte Costituzionale sulla legge n. 40 del 2004*, cit., p. 960; L. EUSEBI, *Problemi aperti circa le condotte incidenti sulla vita umana*, cit., p. 860 ss.; M. MANETTI, *La sentenza sulla pma, o del legislatore che volle farsi medico*, cit.

ulteriori censure della normativa, sotto diversi ed ulteriori profili incompatibile non solo con la nostra Carta fondamentale ma anche con i principi consolidati nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo.

Capitolo III

Profili comparatistici in materia di fecondazione medicalmente assistita

Sommario:

Sez. I: La disciplina tedesca e le applicazioni dell'*Embryonenschutzgesetz*.

- 1) I requisiti di accesso alle tecniche di fecondazione artificiale.
- 2) Le fattispecie delittuose descritte dall'*ESchG*.

Sez. II: La *Ley 14/2006, de 26 mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*.

- 1) I requisiti di accesso alle tecniche di fecondazione artificiale e la nozione di pre-embrione.
- 2) Gli illeciti descritti dalla legge spagnola.

Sez. III: I parametri sovranazionali in tema di pma e l'influenza della giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

- 1) “Le relazioni pericolose” tra laicità e biodiritto: alla ricerca di un equilibrio e di possibili correttivi.

Sez. I: La disciplina tedesca e le applicazioni dell'*Embryonenschutzgesetz*.

L'esempio tedesco è generalmente assimilato a quello italiano quale modello legislativo che ha adottato una regolamentazione delle tecniche di pma e uno statuto penale dell'embrione fondati su scelte politico-criminali connesse alla valorizzazione del valore della dignità umana³⁰⁶.

Se tale valore giuridico di riferimento, però, nel nostro ordinamento è stato oggetto di usi strumentali o promozionali delle antitetiche concezioni morali, religiose e culturali all'interno della società che hanno animato il dibattito italiano prima dell'adozione della legge n. 40/2004, anche in ragione dell'assenza di una definizione espressa ed univoca del concetto³⁰⁷, il medesimo valore sembra invece aver rappresentato, nell'ordinamento tedesco, un autentico *trait d'union* tra le differenti posizioni politiche, rappresentando di fatto un elemento di composizione (e non già di esasperazione) delle diversità.

Cristallizzata come diritto fondamentale anche nella disposizione introduttiva della Legge fondamentale della Repubblica Federale Tedesca³⁰⁸, la dignità umana e la sua tutela hanno rappresentato infatti, nell'*iter* che ha condotto

³⁰⁶ In argomento cfr. V. PARFENCHYK – A. FLOS, *Human dignity in a comparative perspective: embryo protection regims in Italy and Germany*, in *Law, Innovation and Technology*, 2017, p. 3.

³⁰⁷ Sul punto v. *supra*, Cap. I, § 1.

³⁰⁸ L'art. 1, §1 del *Grundgesetz* così recita: «La dignità dell'uomo è intangibile. E' dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla».

all'approvazione della normativa a protezione dell'embrione, una delle più pregnanti *rationes* giustificatrici della repressione penale di condotte di manipolazione dell'embrione, prevalente rispetto ad altri interessi fondamentali pur costituzionalizzati, in virtù di una sostanziale equiparazione della nozione di "embrione" a quella di "essere umano", tale da renderlo entità meritevole di protezione proprio in ossequio all'art. 1 della Legge Fondamentale³⁰⁹.

L'attribuzione del valore della dignità umana anche a ciò che rappresenta il solo risultato del processo di fusione dei nuclei, anche prima del suo annidamento e in una fase antecedente alla sua esistenza storica come individuo, così come previsto dal § 8 ESchG, infatti, rappresenta un chiaro sintomo del riconoscimento di tale valore cardine dell'ordinamento tedesco anche all'embrione già nelle fasi iniziali del processo della sua formazione.

Rispetto a tale forma di esistenza *in fieri*, in particolare, emerge immediatamente dal modello tedesco sia un'esigenza di tutela della dignità ai sensi della disposizione introduttiva della Legge Fondamentale, sia un "dovere oggettivo di protezione" (*objective Schutzpflicht*) a carico dello Stato ex art. 2 del *Grundgesetz*, che

³⁰⁹ Il tema è approfondito *infra*, in questo paragrafo.

riconosce non solo il diritto alla vita, ma anche l'inviolabilità della persona già formata³¹⁰ da parte di qualsiasi soggetto.

Nonostante l'apparente affinità in termini di sostrato ideologico di partenza, tuttavia, la normativa tedesca in tema di protezione dell'embrione e quella italiana in materia di procreazione medicalmente assistita si distinguono sotto diversi angoli prospettici ora temporali, ora relativi alle condizioni di accesso alle tecniche di pma, ora relativi alle scelte di criminalizzazione delle condotte di fecondazione artificiale.

L'indagine, in primo luogo, non può trascurare la differenza in termini di *tempo*: ci si riferisce non soltanto alla collocazione delle due discipline in un diverso contesto storico-politico di riferimento, ma anche alla diversa resistenza e tenuta delle norme adottate dai due diversi Stati alle applicazioni pratiche e all'evoluzione culturale e scientifica.

Se, come già evidenziato, la legge n. 40/ 2004 è stata quasi totalmente stravolta nei suoi connotati originari ad opera della giurisprudenza nazionale e sovranazionale, la disciplina tedesca sembra invece aver mantenuto le sue caratteristiche peculiari senza subire macroscopiche modifiche nel suo impianto di base, se non in

³¹⁰ S. APA, *Bioetica: diritti fondamentali e dignità umana. Profili giurisprudenziali e legislativi in prospettiva comparata*, Vicalvi, 2015, p. 104.

ragione del necessario aggiornamento dovuto alla regolamentazione delle nuove tecnologie applicabili agli interventi di fecondazione artificiale negli anni affermatesi grazie al progresso della scienza.

Il riferimento, in particolare, è alla regolamentazione non soltanto dell'utilizzo delle cellule staminali embrionali a fini di ricerca, ma anche al riconoscimento della liceità della diagnosi genetica preimpianto al fine di evitare la trasmissione di gravi patologie genetiche, entrambe oggetto di dibattito politico in Germania nonché di modifiche all'impianto originario dell'*ESchG*, di cui anche si tratterà.

Il dibattito politico intorno alla tutela legislativa dell'embrione, nello specifico, non si è rivelato particolarmente animato, conducendo in soli sei anni all'adozione di un testo normativo ampiamente condiviso dalla maggior parte delle forze politiche coinvolte, a differenza di quanto accaduto nel nostro ordinamento: sono proprio il valore costituzionale della dignità umana e il consenso accordato all'applicazione dello stesso anche alle forme di vita *in fieri* come l'embrione ad aver assunto un ruolo fondamentale nella snella adozione di una regolamentazione sul tema della pma nell'ordinamento tedesco³¹¹.

³¹¹ V. PARFENCHYK – A. FLOS, *Human dignity in a comparative perspective*, cit., p. 21.

Rispetto al tema delle fonti che regolano l'applicazione delle tecniche di fecondazione artificiale in Germania, tuttavia, è da sottolineare come vengano in considerazione una pluralità di normative, non esistendo una disciplina organica della materia, la cui regolamentazione nei suoi diversi aspetti è invece affidata a corpi di norme specifici.

Le due principali fonti, in particolare, sono rappresentate dalle *Direttive della Commissione federale dei medici e delle Casse di malattia sui provvedimenti medici in materia di fecondazione artificiale*, adottate il 14 agosto del 1990 e, per altro verso, dalla normativa in tema di protezione dell'embrione umano, c.d. *Embryonenschutzgesetz (ESchG)*³¹², adottata il 13 dicembre 1990³¹³ ed entrata in vigore l'1 gennaio 1991.

Se le due discipline appena richiamate contengono una regolamentazione dei principali aspetti della fecondazione artificiale, ad esse si affiancano anche la normativa settoriale

³¹² L'adozione del testo nel 1990 è stata preceduta dai lavori della "Commissione Benda", istituita *ad hoc* dal governo tedesco nel 1984 al fine di studiare gli aspetti etici della procreazione medicalmente assistita. Dai lavori della commissione interdisciplinare è emerso un generale sfavore nei confronti di attività di manipolazione dell'embrione, attraverso la censura di interventi di selezione e ingegneria genetica, surrogazione di maternità e produzione di embrioni a fini scientifici. Sul punto, cfr. Bundesminister für Forschung und Technologie, Benda Kommission, *In-vitro-Fertilisation, Genomanalyse und Gentherapie: Bericht der gemeinsamen Arbeitsgruppe des Bundesministers für Forschung und Technologie und des Bundesministers der Justiz*, München, 1985.

³¹³ Cfr. in argomento R. ARNOLD, *Questioni giuridiche in merito alla fecondazione artificiale nel diritto tedesco*, in C. CASONATO e T.E. FROSINI (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, 2006, p. 5 ss.

relativa all'impiego delle cellule staminali embrionali³¹⁴, le disposizioni contenute nel Codice di Previdenza sociale in relazione ai requisiti per l'accesso al sussidio statale in caso di ricorso alla fecondazione assistita³¹⁵, nonché le Linee guida per la realizzazione della procreazione assistita del 17 febbraio 2006, elaborate dal Consiglio scientifico dell'Ordine nazionale dei medici, aventi carattere vincolante per tutti gli appartenenti alla categoria dei sanitari.

Rappresenta un'imprescindibile base normativa in tema di procreazione medicalmente assistita, chiaramente, anche la Legge Fondamentale della Repubblica Federale Tedesca (*Grundgesetz*), nella parte in cui assicura non solo, come già accennato, la tutela della dignità umana, ma anche il diritto alla vita, all'incolumità fisica e allo sviluppo della personalità del singolo³¹⁶.

I preliminari presupposti oggettivi di applicazione delle tecniche di fecondazione artificiale sono desumibili dalle Direttive, il cui precipuo scopo non è quello di disciplinare la pma, ma piuttosto quello di fornire delle linee guida in ordine alla copertura

³¹⁴ *Gesetz zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen (StZG)*, introdotta il 28 giugno 2002.

³¹⁵ *Sozialgesetzbuch (SGB V)*, §27 a, rubricato "*Gesetzliche Krankenversicherung*".

³¹⁶ Il riferimento è ai §§ 1 e 2 del *Grundgesetz*.

finanziaria delle spese sanitarie a coloro i quali sono coperti da assicurazione³¹⁷.

Ha invece proprio lo scopo di limitare la realizzazione di pratiche di fecondazione *in vitro* e assicurare, conseguentemente, la tutela dell'art. 1 della Legge Fondamentale, l'*ESchG*, che contempla un'ampia gamma di illeciti di natura penale, sanzionati alternativamente con la pena detentiva (*Freiheitstrafe*) o con la pena pecuniaria (*Geldstrafe*), indipendentemente dalla gravità delle ipotesi di reato³¹⁸.

Da una lettura combinata dei due testi, integrata dalle discipline specifiche appena richiamate, è dunque possibile anche nel contesto tedesco distinguere una regolamentazione dei requisiti di accesso alle tecniche di fecondazione artificiale dal vero e proprio statuto penale dell'embrione, con specificità rispetto alla disciplina italiana, di seguito evidenziate.

1) I requisiti di accesso alle tecniche di fecondazione artificiale.

³¹⁷ A. GENTILOMO – A. PIGA – S. NIGROTTI, “*La procreazione medicalmente assistita nell'Europa dei quindici. Uno studio comparatistico*”, Milano, 2005, p. 18.

³¹⁸ Sul punto cfr. E. DOLCINI, *La procreazione assistita: profili penalistici*, cit., p. 1588, dove si evidenzia come per tutte le fattispecie contemplate dalla normativa «la pena minima è pari al minimo generale previsto dal codice penale tedesco previsto per la pena pecuniaria [...]. Quanto ai massimi di pena, in nessun caso la legge tedesca si spinge oltre i cinque anni di pena detentiva»

Il primo evidente profilo di differenziazione tra le due discipline è rappresentato da una chiara definizione della nozione di “embrione” elaborata nel contesto tedesco e invece assente nel nostro, utile a sciogliere i numerosi nodi interpretativi e connessa alla necessità di individuare un significato univoco del concetto, non pacifico nel campo della biologia e fonte delle difficoltà applicative già evidenziate per l’interprete italiano.

Il paragrafo 8 dell’*ESchG* definisce l’embrione come “*la cellula uovo fecondata e capace di svilupparsi già dal momento della fusione dei nuclei, ma anche qualsiasi cellula totipotente prelevata da un embrione che sia capace di essere divisa e di svilupparsi in un individuo, in presenza delle opportune condizioni*”³¹⁹.

È evidente dalla lettura della disposizione come lo *status* giuridico che emerge dalla regolamentazione disegnata nell’*ESchG* si avvicini particolarmente a quello riservato dall’ordinamento alla *persona*, riconoscendosi a livello normativo, anche solo implicitamente, la soggettività dell’embrione e, conseguentemente, anche la titolarità dei diritti fondamentali destinati dalla Legge Fondamentale all’individuo già formato.

³¹⁹ La definizione di embrione fornita dal legislatore tedesco esclude, pertanto, qualsiasi riferimento alla nozione di ootide, che resterebbe privo di tutela e destinato nella prassi al solo congelamento.

Sebbene, infatti, nella normativa in vigore in Germania non sia formalmente riconosciuto all'embrione lo *status* di persona, sembra comunque emergere una *ratio* di protezione dello stesso il più possibile estesa, potendosi desumere, di fatto, un generale atteggiamento di rifiuto dell'ordinamento tedesco nei confronti della considerazione dell'embrione quale mera *res*.

Un simile riconoscimento ha trovato una più esplicita e profonda affermazione da parte delle sentenze dei giudici costituzionali sul tema, i quali si sono in diverse occasioni pronunciati assicurando la tutela costituzionale (della vita e della dignità) dell'embrione anche prima del suo annidamento, proprio in ragione dell'eventuale capacità di sviluppo autonomo di un'esistenza *in fieri* già a partire dal momento della fusione dei nuclei.

Secondo i giudici tedeschi, infatti, la tutela della persona e della sua vita, così come costituzionalmente prevista, non può considerarsi completa se non comprende anche gli stadi iniziali della sua formazione.

A giudizio del *Bundesverfassungsgericht*, «tra le singole parti della vita non può farsi alcuna differenza. Ognuno, nel senso dell'art. 2 alinea 2 GG è "ogni vivente"; in altre parole: ogni individuo umano

che possiede la vita; “ognuno” è pertanto anche l’essere umano non ancora nato»³²⁰.

Sotto il profilo del riconoscimento del diritto alla vita dell’embrione alle stesse condizioni dell’essere umano già formato, la richiamata sentenza del Tribunale costituzionale tedesco in tema di interruzione di gravidanza, già nel 1975, ha accolto invece l’idea dell’incomprimibile necessità di tutela della vita prenatale e della sua dignità, non bilanciabile rispetto a qualsiasi altro valore in conflitto, compreso quello all’autodeterminazione e allo sviluppo della personalità della gestante.

Riecheggiano, qui, i temi affrontati dalla Corte Costituzionale italiana che, con una sentenza coeva, sul medesimo profilo, è giunta a conclusioni esattamente uguali e contrarie.

Se i giudici della Consulta³²¹, infatti, hanno formulato un giudizio di prevalenza dell’individuo già formato rispetto a quello in fase di formazione, non accogliendo il principio di «equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell’embrione, che persona deve ancora diventare³²²», i giudici tedeschi, invece, nella formulazione del

³²⁰ *BVerfGE*, 25 febbraio 1975, in *Juristenzeitung (JZ)*, 1975, p. 205 ss.

³²¹ Sul punto cfr. *supra*, Cap. II, § 4.1.

³²² Corte Cost. 18 febbraio 1975, n.27, cit., 117 ss.

medesimo giudizio di bilanciamento tra posizioni concorrenti tutelate dalla Legge Fondamentale, adottano una soluzione opposta, del tutto sbilanciata a favore delle istanze di protezione del concepito, accordando la precedenza alla tutela del nascituro il quale, nell'ipotesi di interruzione di gravidanza, sarebbe altrimenti annientato³²³.

Sotto il parallelo profilo del riconoscimento del diritto alla dignità dell'embrione al pari della persona, cui si è pur fatto cenno, la giurisprudenza costituzionale tedesca risulta altrettanto estrema.

L'equiparazione della nozione di "embrione" a quella di "essere umano" è formalizzata nella pronuncia del 28 maggio 1993³²⁴, nella quale il Tribunale costituzionale tedesco ha accordato il riferimento al valore costituzionale della dignità umana anche alle forme di vita *in fieri* come l'embrione, in considerazione non soltanto del possesso di una sua propria identità genetica, ma anche della sua capacità di evoluzione progressiva come essere umano già a partire dal momento della fusione dei nuclei, dal quale si assume la capacità di un suo sviluppo autonomo come individuo³²⁵.

³²³ In argomento cfr. *L'aborto nelle sentenze delle Corti Costituzionali. USA, Austria, Francia e Repubblica Federale Tedesca*, Milano, 1976, pp. 179 ss.; H. REIS, *Das Lebensrecht des ungeborenen Kindes als Verfassungsproblem*, Tubingen, 1984.

³²⁴ *BVerfGE*, 28 maggio 1993, in *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 1993, p.1751 ss.

³²⁵ Sul punto cfr. anche C. STARCK, *Verfassungsrechtliche Grenzen der Biowissenschaft und Fortpflanzungsmedizin*, in *Juristenzeitung*, 2002, p. 1065 ss.

E difatti, al di là della esplicita nozione di embrione, la disposizione di cui al §8 *ESchG* precisa al secondo comma il perimetro della stessa definizione proposta, introducendo un'automatica presunzione di idoneità allo sviluppo della cellula uovo fecondata qualora siano decorse ventiquattro ore dalla fusione nucleare, prevedendo un'eccezione esclusivamente nell'ipotesi in cui sia accertato che, prima del decorso di tale termine, la cellula non sia in grado di svilupparsi in uno stadio ulteriore.

L'individuazione di un ambito applicativo particolarmente preciso all'interno della normativa in tema di protezione dell'embrione e, più in generale, della regolamentazione delle pratiche di fecondazione artificiale, rappresenta un pregio nella disciplina tedesca che, già a livello di codificazione ancor prima che di applicazione pratica, delinea un confine di estensione della disciplina maggiormente marcato rispetto alla normativa italiana.

Alla medesima *ratio* di determinatezza si ispirano poi, verosimilmente, le disposizioni contenute nelle *Richtlinien* della Commissione federale dei medici e delle Casse di malattia sui provvedimenti medici in materia di fecondazione artificiale, dove si stabiliscono direttive in ordine alle condizioni oggettive e soggettive

di accesso ai trattamenti di pma, non dissimili rispetto a quelle dettate dal legislatore italiano con la legge n. 40/2004.

Così come nel nostro contesto nazionale, infatti, anche nell'ordinamento tedesco l'accesso alle tecniche di fecondazione assistita risponde ad una logica di *extrema ratio* riproduttiva e assolve ad esigenze di residualità: il ricorso alle tecniche è consentito solo nelle ipotesi in cui altre modalità di concepimento non risultino praticabili, non si rivelino efficaci o non manifestino alcuna ragionevole prospettiva di successo³²⁶.

La sussidiarietà delle pratiche di fecondazione artificiale rispetto alle altre modalità fecondative emerge anche da ulteriori previsioni contenute nelle Linee guida, tra cui quella in ossequio alla quale i trattamenti di pma possono essere eseguiti solo a condizione che esista una ragionevole probabilità che le pratiche scelte siano idonee all'instaurazione di una gravidanza³²⁷.

La tendenza alla descrizione puntuale e casistica dell'ambito applicativo nella regolamentazione della pma non lascia ampi spazi ad eventuali estensioni di carattere interpretativo: sono le stesse *Richtlinien*, difatti, ad individuare tassativamente le ipotesi in cui tale

³²⁶ Cfr. § 1 delle Condizioni di accesso alle pratiche, *Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen über ärztliche Maßnahmen zur künstlichen Befruchtung*, nella versione del 14 agosto 1990, modificata il 16 marzo 2017. Il testo integrale è consultabile su www.g-ba.de/informationen/richtlinien/1/.

³²⁷ Cfr. § 8, *Richtlinien*, cit.

ragionevole probabilità di successo non si ravvisi, essendo con estrema analiticità distinte tutte le ipotesi in cui, a seguito della reiterazione di determinati trattamenti, si presuma improbabile il verificarsi di una gravidanza³²⁸.

Ad ulteriore corollario si pone, infine, la specifica dell'esclusione dall'applicazione delle linee guida di tutte le pratiche che esorbitano dalla mera inseminazione artificiale, come quelle di crioconservazione dell'ovulo fecondato o degli embrioni non ancora impiantati³²⁹.

Viene fatta salva, in ogni caso, la possibilità di ripetizione delle procedure a seguito di una precedente gravidanza andata a buon fine.

Al di là del carattere di sussidiarietà delle tecniche di fecondazione artificiale rispetto alle canoniche modalità di concepimento, le linee guida tedesche prevedono un ulteriore e doppio limite all'accesso: non solo circoscrivono da un punto di vista oggettivo la applicabilità delle tecniche di fecondazione a quelle esclusivamente di tipo *omologo*³³⁰, realizzate dunque mediante

³²⁸ Cfr. § 8, *Richtlinien*, cit., dove la improbabilità di successo della fecondazione artificiale è assunta nei casi di reiterazione con esito sfavorevole dell'inseminazione in un ciclo spontaneo fino a otto volte, di fecondazione a seguito di stimolazione ormonale fino a tre volte, di fecondazione *in vitro* (IVF) fino a tre volte, di trasferimento intratubarico dei gameti intratubarico (GIFT) fino a due volte, di iniezione intracitoplasmatica di sperma (ICSI) fino a tre volte.

³²⁹ §4 *Richtlinien*.

³³⁰ Nonostante non sia prevista normativamente alcuna sanzione nelle ipotesi di loro realizzazione, nella disposizione che ammette la sola fecondazione artificiale omologa è desunta l'illiceità delle tecniche di fecondazione di tipo eterologo.

l'utilizzo dei gameti provenienti dalla coppia di pazienti³³¹, ma limitano anche da un punto di vista soggettivo la realizzazione delle pratiche, ammettendo ai trattamenti solo le *coppie coniugate*³³².

Ne consegue l'esclusione dall'accesso alle tecniche di pma di quelle coppie di pazienti che abbiano volontariamente scelto la sterilizzazione, all'infuori dei casi eccezionali per cui è richiesta apposita approvazione³³³.

Nessun riferimento esplicito, invece, emerge dalle Linee guida rispetto ai casi di sterilità e/o infertilità, quali stati patologici che impediscono la riproduzione naturale e che, nel nostro ordinamento, legittimano invece in via prioritaria il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita³³⁴.

Nel contesto tedesco, infatti, non si individua una disposizione analoga all'art. 1, comma 1 della legge n. 40/2004, che presenta

³³¹ Un'ulteriore specificazione della condizione è ravvisabile nell'art. 1, comma 1 della stessa normativa per la protezione dell'embrione del 1990, dove è sancito un generale divieto di ovodonazione, e cioè la fecondazione e il successivo impianto di un ovocita proveniente da una donna diversa da quella che compone la coppia di aspiranti genitori.

³³² Per riflessioni critiche in merito al requisito del coniugio quale elemento differenziale per il ricorso alle tecniche di fecondazione artificiale e alle conseguenze discriminatorie di una simile scelta legislativa sulla platea di potenziali soggetti richiedenti l'accesso alle tecniche cfr. *supra*, Cap. I, § 2. Si evidenzia in questa sede, invece, che nel caso si tratti di coppia non coniugata ma convivente, l'accesso alle tecniche di fecondazione artificiale è subordinato in Germania ad una previa consulenza di un'apposita commissione istituita dall'Ordine dei medici, nonostante l'assenza di riferimenti normativi precisi come quelli che caratterizzano la legge n. 40/2004, dove si riconosce normativamente a tale forma di *affectio* il carattere di idoneità nella realizzazione dell'interesse del minore durante il suo sviluppo.

³³³ §2, *Richtlinien*, cit.

³³⁴ Al § 6 figura, invece, l'infezione da virus HIV riconosciuta quale situazione patologica che consente l'accesso ai trattamenti di fecondazione artificiale, così come anche previsto dalle Linee guida del Ministero della Salute italiano, cui ci si è riferiti *supra*, Cap. I, §2.

proprio come finalità della normativa italiana quella «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana».

Una diversa enunciazione delle finalità della regolamentazione delle tecniche di fecondazione artificiale in Germania è tuttavia ravvisabile nelle Linee guida ove, nonostante l'assenza di specifiche connessioni a stati di infertilità o sterilità impeditivi della procreazione naturale, la fecondazione medicalmente assistita è descritta come uno strumento finalizzato a realizzare il desiderio di una coppia di avere figli attraverso determinati trattamenti medici.

L'ammissibilità della fecondazione *in vitro* come espressione di un diritto liberamente esercitabile ma in via esclusivamente sussidiaria, comunque, è desumibile dalla necessaria e previa realizzazione di tutte le possibili pratiche terapeutiche e diagnostiche.

Anche solo in via implicita, dunque, la finalità terapeutica di soluzione dei problemi riproduttivi (derivanti *non solo* da sterilità o infertilità) emerge anche nella disciplina tedesca.

Tra gli ulteriori requisiti necessari alla realizzazione di trattamenti di fecondazione assistita da parte di coppie di pazienti, le Linee guida della Commissione federale dei medici contemplano il

consenso informato, le cui caratteristiche non si discostano in misura sostanziale da quelle delineate dall'art. 6 della legge n. 40/2004.

Anche la disciplina tedesca sul tema, infatti, subordina l'applicazione dei metodi fecondativi artificiali alla condizione di un'adeguata informazione dei coniugi che intendono accedere alle tecniche da parte di un medico specializzato, al quale non è consentito realizzare gli interventi indipendentemente da una manifestazione di adesione agli interventi sanitari da parte dei pazienti³³⁵.

In particolare è richiesto dalle disposizioni della Commissione federale che la coppia di aspiranti genitori riceva dal medico un'adeguata e documentata informazione in merito agli aspetti propriamente medici dei trattamenti di pma, a quelli di natura psicologica e sociale, a quelli concernenti i rischi per la salute e le probabilità di successo degli interventi.

Nell'articolata declinazione dei vari aspetti del consenso, come anche nel contesto italiano, secondo la disciplina tedesca deve peraltro contemplarsi la dettagliata informazione in ordine alla possibile scelta di strumenti sostitutivi e alternativi rispetto al ricorso alla fecondazione artificiale, tra cui è menzionata solo a titolo esemplificativo l'adozione.

³³⁵ § 7 *Richtlinien*, cit.

Una disposizione di rilievo, tra quelle relative alle condizioni *soggettive* di coloro che intendano sottoporsi ai trattamenti di fecondazione artificiale, è rappresentata inoltre dalla norma che fissa dei precisi limiti di età.

Le linee guida tedesche, a differenza di quelle italiane in materia, non si limitano ad individuare esclusivamente un'età anagrafica a decorrere dalla quale la donna può chiedere di essere sottoposta ai trattamenti di pma, ma si spingono addirittura fino alla fissazione di un'età *ad quem*, raggiunta la quale ogni diritto di sottoporsi alle pratiche è ritenuta dall'ordinamento ormai decaduto.

Se la legge n. 40/2004 impone il requisito della maggiore età della coppia di aspiranti genitori per la soggezione ai trattamenti, portando con sé gli effetti della già evidenziata incompatibilità costituzionale ed anche sistematica in rapporto alla normativa in tema di aborto³³⁶, le *Richtlinien* si dimostrano addirittura più severe, attribuendo il diritto al ricorso ai servizi per l'inseminazione artificiale esclusivamente alla donna che abbia compiuto il venticinquesimo anno di età.

Rispetto, invece, all'individuazione di un termine entro il quale esercitare il diritto alla procreazione medicalmente assistita,

³³⁶ Cfr. *supra*, Cap. I, §2.

l'ordinamento tedesco cessa di accordare un simile diritto ai soggetti di sesso femminile che abbiano raggiunto i quarant'anni di età e ai soggetti di sesso maschile che abbiano compiuto i cinquanta anni di età.

Una così netta scelta normativa, comparata con l'opzione adottata nel contesto italiano, produce l'ambivalente effetto di smorzare, per un verso, l'impressione di eccessiva indeterminatezza fornita dalla formulazione legislativa adottata dal legislatore italiano del 2004 ma induce, per altro verso, alla riflessione in merito all'estrema determinatezza della descrizione della disciplina tedesca.

Se, infatti, il vago riferimento alla "età potenzialmente fertile della coppia di aspiranti genitori" di cui alla legge 40 espone l'interprete a consistenti dubbi ermeneutici oltre che a oggettivi rischi di difformità nell'applicazione pratica della disciplina, non fornendo il legislatore italiano alcuna indicazione in ordine al momento in cui l'età si debba ritenere potenzialmente fertile né se l'attitudine alla fertilità, cioè alla fecondazione e al concepimento, debba essere accertata in concreto individualmente, la lettera delle Linee guida vigenti in Germania finisce invece per estromettere *in toto* sia l'interprete dal suo ruolo di adattamento della fattispecie astratta al caso concreto sia il sanitario dall'adozione di scelte in linea con i

canoni della scienza medica che di fatto che si rivelino meglio adattabili alla complessiva situazione clinica dei pazienti.

Seppur in entrambe le discipline resterebbe pur sempre individuabile una medesima e chiara *ratio* legislativa, cioè quella di evitare o ridurre i rischi che derivano dall'instaurazione di una gravidanza in età avanzata e di garantire al nascituro genitori di età non eccessivamente avanzata, le differenti tecniche di formulazione delle disposizioni rispondenti a una simile intenzione legislativa rendono, pertanto, le due normative nazionali antitetiche negli effetti.

La precisione chirurgica nella fissazione dei limiti di quaranta e cinquanta anni di età rispettivamente per la donna e per l'uomo ai fini dell'accesso alle pratiche di pma di cui al §9.1 delle *Richtlinien*, in particolare, si espone alle critiche di chi ritenga non soltanto necessaria ma soprattutto più equilibrata una valutazione in concreto dei possibili rischi per la salute della coppia di pazienti in relazione alla loro soggezione alle tecniche di fecondazione assistita, indipendente dal mero superamento di una età anagrafica determinata in astratto.

L'impressione, dunque, è che la previsione astratta di un preciso limite di età, non suscettibile di deroghe se non in casi eccezionali e autorizzati, finisca per restringere oltre ogni ragionevole misura l'area

di intervento del medico, negandogli spazio nell'assunzione di scelte terapeutiche che dovrebbe invece maturare nel caso concreto.

L'analisi delle disposizioni contenute nelle Linee guida della Commissione federale dei medici e delle Casse di malattia sui provvedimenti medici in materia di fecondazione artificiale, che descrivono i requisiti di accesso alle tecniche di pma, si completa infine con il riferimento alle disposizioni a carattere oggettivo, che attengono rispettivamente a una descrizione analitica delle metodiche utilizzabili per i trattamenti medici, e le indicazioni mediche da rispettare per l'esecuzione di tali interventi.

2) Le fattispecie delittuose descritte dall'*ESchG*.

Condotta una disamina delle principali disposizioni delle Linee guida tedesche relative alle preliminari condizioni di ammissibilità oggettiva e soggettiva all'accesso alle tecniche di riproduzione artificiale, invero non del tutto dissimili rispetto a quelle predisposte dal legislatore italiano se non per specifici profili, sembra opportuna un'analisi comparata del vero statuto punitivo della procreazione medicalmente assistita, codificato nell'*Embryonenschutzgesetz* (*ESchG*) del 1990 e nelle successive modificazioni.

Tra le fattispecie delittuose espressamente introdotte dal *Bundestag* attraverso la normativa a tutela dell'embrione figurano divieti connessi non solo alla violazione delle modalità applicative relative alle tecniche, ma anche divieti volti a manifestare una scelta di politica legislativa netta, sostanzialmente diretta, in analogia con la disciplina in vigore in Italia, a legittimare esclusivamente forme di procreazione naturale ed a salvaguardare l'embrione e la sua integrità, inibendo così l'adozione di metodi fecondativi diversi da quelli tradizionali e presidiando il valore primario della dignità e della irripetibilità dell'essere umano.

1. Il primo illecito descritto dall'*ESchG* è rappresentato da un generale divieto di “uso improprio delle tecniche di procreazione”, ramificato poi nella previsione di sanzioni destinate a qualunque soggetto ponga in essere un'ampia serie di condotte, tutte analiticamente descritte mediante una elencazione casistica ed eterogenea, caratteristica della normazione tedesca sul tema.

Se dalla disposizione introduttiva della disciplina del 1990 è possibile individuare una definizione di “uso improprio” delle tecniche di pma, e cioè la realizzazione della fecondazione artificiale (o il suo tentativo) per scopi diversi dall'instaurazione della

gravidanza della donna da cui proviene la cellula uovo³³⁷, gli illeciti tipizzati dall'art.1 della legge possono essere tripartiti in macro-categorie, rappresentate dal divieto di fecondazione artificiale di tipo eterologo, dal divieto di surrogazione di maternità e dal divieto di produzione e impianto di embrioni soprannumerari.

L'art. 1, comma 1, n.1) della disciplina *de qua* tipizza in primo luogo il divieto di fecondazione di tipo eterologo, sanzionando con la reclusione fino a tre anni o con una multa la donazione di gameti³³⁸, e nello specifico l'ovodonazione, cioè il trasferimento in una donna di un ovocita non fecondato proveniente da un'altra donna, nessuna esigenza di intervento penale profilandosi, secondo il legislatore tedesco, in relazione all'eventuale fecondazione con seme diverso da quello dell'uomo, del quale è invece richiesto il solo consenso ai fini dell'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita³³⁹.

Allo stesso trattamento sanzionatorio soggiace, poi, chi realizza pratiche *lato sensu* surrogatorie³⁴⁰: ci si riferisce non soltanto al fenomeno della la c.d. "locazione d'utero", che si verifica nell'ipotesi

³³⁷ Cfr. art.1, comma 1, n. 2) e art. 2 dell' *ESchG*.

³³⁸ Un'eccezione a favore delle coppie sposate sarebbe prevista in straordinarie ipotesi su richiesta e previa autorizzazione delle Casse di malattia ai sensi delle Linee guida sui provvedimenti medici in materia di fecondazione assistita. Sul punto cfr. A. GENTILOMO – A. PIGA – S. NIGROTTI, *La procreazione medicalmente assistita nell'Europa dei quindici*, cit., p. 77.

³³⁹ Cfr. E. DOLCINI, *La procreazione assistita: profili penalistici*, cit., p. 1558; R. ARNOLD, *Questioni giuridiche in merito alla fecondazione artificiale nel diritto tedesco*, cit., p. 5 ss.

³⁴⁰ R. KELLER, H. L. GÜNTHER, P. KAISER, *Embryonenschutzgesetz. Juristischer Kommentar mit medizinisch. Naturwissenschaftlichen Grundlagen*, 2014.

di prestito dell'utero per la gestazione di un embrione già ottenuto dalla donna appartenente alla coppia utilizzando proprio il materiale genetico dei coniugi aspiranti genitori, ma anche all'ipotesi di surrogazione d'utero e dell'ovocita da parte di una madre portante a favore della coppia di pazienti³⁴¹.

Come nel contesto normativo italiano, anche nell'ambito della disciplina tedesca la *ratio* dei due divieti generali sembra fondarsi essenzialmente sull'argomento dell'identità familiare e della coincidenza tra genitorialità sociale e biologica: il legislatore tedesco, attraverso tali incriminazioni, si farebbe pertanto portatore dell'interesse del nato, rappresentato essenzialmente dalla esistenza di un solo padre e una sola madre, diversamente risultando il nato una vittima della dissociazione e della frattura del legame con la madre portante.

La conferma di tale assunto è sintetizzabile nelle osservazioni del governo tedesco in merito al caso *S.H. e altri c. Italia* oggetto della nota sentenza della Corte di Strasburgo, dove si è affermato che “*in termini giuridici, storici e culturali, l'inequivocabilità della maternità ha rappresentato un valore fondamentale e sociale di*

³⁴¹ Le fattispecie sono descritte dall'art. 1, comma 1, nn. 6) e 7) della disciplina tedesca.

base e, solo per questo motivo, è stato ritenuto indispensabile dal legislatore tedesco”.

Per tali ragioni, la maternità condivisa è stata considerata “*una seria minaccia per il benessere del bambino, e ha giustificato i divieti esistenti ai sensi della Legge sulla protezione dell'embrione*”

³⁴².

Se la disciplina italiana e quella tedesca appaiono, dunque, accomunabili per la criminalizzazione di tutte le diverse condotte di surrogazione senza distinzione tra locazione e surrogazione in senso stretto in ragione della medesima *ratio* ispiratrice del divieto, un *discrimen* tra le due posizioni nazionali in tema di surrogazione di maternità sembra invece ravvisabile nel differente regime di punibilità previsto dalle normative.

A differenza della legge n.40/2004, il cui art. 12, comma 6 punisce non soltanto il sanitario e la struttura autorizzata alla realizzazione della pratica di surrogazione ma anche tutti gli altri soggetti coinvolti nel processo procreativo - compresa la madre biologica e quella sociale - infatti, la disposizione introduttiva

³⁴² §§ 53 e 55, Corte e. dir. uomo, 1 aprile 2010, n. 57813, *S.H. e altri c. Austria*, in *Guida al diritto* 2011, 46.

dell'*ESchG* espressamente esclude la punibilità sia della madre surrogata che di quella sociale³⁴³.

L'articolo 1 della normativa in materia di protezione dell'embrione in Germania disciplina, infine, un altro dei più problematici cardini della procreazione medicalmente assistita, rappresentato dal divieto di fecondazione e impianto di embrioni soprannumerari.

Analogamente a quanto previsto dalla disciplina italiana in vigore con la legge n. 40/2004, la normativa tedesca del 1990 vieta la fecondazione di più di tre ovociti nell'ambito dello stesso ciclo di trattamenti, nonché il trasferimento per l'impianto di un numero superiore a tre embrioni nell'utero della donna³⁴⁴.

Così come congegnato dal legislatore, anche il divieto di cui all'art. 1, comma 1 dell' *ESchG* delinea un limite rigido ed uno elastico, così come già rilevato in sede di analisi del divieto di produzione embrionaria soprannumeraria originariamente esistente nel contesto normativo italiano³⁴⁵.

³⁴³ Così prevede anche il § 14 b dell'*Adoptionsvermittlungsgesetz (AdVermiG)*, cioè la legge sulla mediazione nelle adozioni, dove si esclude esplicitamente la responsabilità della madre portante e di quella committente in relazione alla realizzazione delle attività di mediazione volte a procurare madri surrogate.

³⁴⁴ Cfr. i nn. 3 e 4 dell'art. 1, comma 1 dell'*ESchG*.

³⁴⁵ Cfr., *supra*, cap. II, §4.

Il limite rigido sarebbe rappresentato dalla misura massima e fissa di tre ovociti da fecondare e di embrioni da produrre in un unico ciclo di trattamenti (nn. 3 e 4 della disposizione *de qua*); quello elastico, invece, sarebbe ravvisabile nella previsione di cui al n. 5 della stessa norma, che limita la fecondazione degli ovociti al numero sufficiente ad un unico ciclo di trattamenti, verosimilmente da valutare considerando il caso concreto.

Anche nelle fattispecie appena descritte, e sanzionate con la stessa pena prevista per le altre tipologie di illecito dello stesso art. 1, l'esigenza del legislatore parrebbe in astratto quella di assicurare la dignità e la integrità dell'embrione da ogni forma di strumentalizzazione o manipolazione, anche a costo del sacrificio dei controinteressi dell'aspirante madre.

Eppure in concreto non può essere sottovalutato, come anche evidenziato in relazione al contesto italiano, l'effetto potenzialmente pregiudizievole, per la salute della donna che si sottopone ai trattamenti di pma, dell'astratta previsione di un limite legislativo alla creazione e al trasferimento degli embrioni.

La predisposizione *ex ante* di confini all'applicazione delle tecniche, in totale assenza di valutazione della vicenda procreativa nel caso concreto, infatti, inevitabilmente aggrava le procedure di

fecondazione assistita, determinando anche un eccessivo squilibrio nella tutela dei diritti della donna rispetto a quelli dell’embrione³⁴⁶.

Come anche è stato osservato, tuttavia, l’apparente analogia delle normative italiana e tedesca in tema di divieto di embrioni soprannumerari sarebbe in realtà insussistente, a causa della precisa definizione delle fasi di fecondazione e di produzione dell’embrione presente nella legge tedesca.

E difatti, nonostante la rigida previsione del numero massimo di tre ovociti da fecondare e di tre embrioni trasferibili per ciascun ciclo di fecondazione artificiale, tale rigore sembrerebbe mitigato dalla considerazione dell’embrione, ai sensi dell’art. 8 della disciplina vigente in Germania, quale risultato del solo processo di cariogamia, cioè di fusione dei nuclei.

Il rigido limite fissato dall’ordinamento tedesco, dunque, cede di fronte alla possibilità di fecondazione (e di conseguente crioconservazione³⁴⁷) di ovociti in soprannumero, a condizione che il

³⁴⁶ L. RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, cit., p. 688; S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., p. 54; P. SANFILIPPO, *Dal 2004 al 2014: lo sgretolamento necessario della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 381.

³⁴⁷ La crioconservazione degli embrioni e degli ovociti in soprannumero non è esplicitamente vietata dall’ *Embryonenschutzgesetz*. Tuttavia si desume dagli artt. 1 e 2 della legge la sua possibilità di procedere alla conservazione solo in casi eccezionali, attesa l’esigenza espressa dalla normativa di realizzare interventi di fecondazione artificiale solo al fine di instaurare una gravidanza e non anche allo scopo di creare degli embrioni “di riserva”, da conservare per successivi impianti.

loro sviluppo si arresti a una fase anteriore a quella della cariogamia³⁴⁸.

2. Strettamente connesso al divieto di produzione di embrioni in soprannumero e alla sua *ratio* di tutela della dignità e dell'integrità dell'embrione da ogni forma di strumentalizzazione o manipolazione è l'illecito di "utilizzo improprio degli embrioni umani" codificato all'art. 2 dell' *Embryonenschutzgesetz*, dal quale è desumibile anche un generale divieto di ricerca sugli embrioni.

Punendo con la reclusione fino a tre anni o con una sanzione pecuniaria qualsiasi utilizzo, manipolazione e acquisizione di embrioni umani prodotti in laboratorio o estratti dalla donna prima del definitivo impianto in utero per scopi che non siano diretti ad assicurarne la sopravvivenza o l'instaurazione di una gravidanza, la fattispecie costituisce un altro dei pilastri caratteristici e controversi su cui si fonda la legge sulla protezione dell'embrione, in perfetta sintonia con gli scopi delle norme introdotte anche dal legislatore italiano del 2004.

Come nel contesto italiano, tuttavia, anche nell'ordinamento tedesco la criticabile assolutezza del divieto di sperimentazione e

³⁴⁸ E. DOLCINI, *La procreazione assistita: profili penalistici*, cit., p. 1541 ss.

ricerca sull'embrione ³⁴⁹ ha nel corso del tempo, dopo l'entrata in vigore della normativa in tema di protezione dell'embrione, lasciato spazio ad aperture legislative e giurisprudenziali importanti, dovute essenzialmente allo sviluppo di nuove tecnologie applicabili agli interventi di fecondazione artificiale affermatesi grazie al progresso della scienza³⁵⁰.

Il riferimento in particolare è, per un verso, all'affermazione delle tecniche di indagine clinica su cellule prelevate dagli embrioni e finalizzate alla realizzazione della diagnosi preimpianto e, dunque, alla selezione per il successivo impianto dei soli embrioni privi di eventuali patologie cromosomiche e genetiche o di anomalie, allo scopo di evitare gravi patologie nel nato o a scongiurare il rischio di interruzioni di gravidanza precoci per la donna; per altro verso ci si riferisce, poi, all'attività di ricerca sulle cellule staminali embrionali, oggetto di intenso dibattito in ordine non solo alla sua liceità, ma anche alla sua eventuale compatibilità con il valore fondamentale della dignità delle forme di vita *in fieri*, espresso dalla stessa Legge fondamentale tedesca.

³⁴⁹ Per riflessioni critiche in merito al divieto di sperimentazione e ricerca sull'embrione e sugli sviluppi normativi e giurisprudenziali italiani cfr. *supra* Cap. II, §§ 2 e segg.

³⁵⁰ In argomento cfr., tra gli altri, G. BEZERRA SALES, *Überzählige Embryonen in der Reproduktionsmedizin, Baden-Baden, 2014, p. 218 ss.*

Rispetto al primo profilo, seppur l'*ESchG* non preveda espressamente un divieto di diagnosi genetica preimpianto, l'illiceità della realizzazione di tecniche diagnostiche su cellule prelevate dagli embrioni prima del loro trasferimento e impianto in utero è immediatamente riconoscibile proprio nella lettera dell'art. 2 della legge.

La protezione totalizzante dell'embrione tipica della disciplina tedesca, però, è stata in parte oggetto di un'attenta rielaborazione da parte dei giudici in Germania i quali, proprio interpretando la disposizione chiave dell'intera normativa del 1990, sono riusciti, a vent'anni dall'introduzione della disciplina in tema di fecondazione artificiale nell'ordinamento, ad escludere il fondamento stesso dell'incriminazione della diagnosi genetica preimpianto.

La Corte Federale di Giustizia tedesca, con la sua pronuncia del luglio 2010³⁵¹, ha difatti escluso che la realizzazione di diagnosi preimpianto su cellule embrionali pluripotenti per accertare prima dell'impianto la presenza di gravi patologie genetiche si ponga in violazione della disciplina e delle finalità dell' *ESchG*, rifacendosi alla distinzione prevista dallo stesso art. 8 della legge sulla protezione dell'embrione, che prevede una diversificazione proprio tra cellule

³⁵¹ BGH, 6 luglio 2010, 5 StR 386/09, in *openJur* 2010, 11976.

totipotenti e cellule pluripotenti³⁵²: secondo il *Bundesgerichtshof*, dunque, la diagnosi preimpianto effettuata sulle cellule embrionali pluripotenti non configurerebbe una fattispecie sanzionabile penalmente.

In accordo con l'arresto giurisprudenziale e immediatamente dopo la pronuncia del *Bundesgerichtshof*, il legislatore tedesco ha pertanto realizzato nel 2011 una sostanziale modifica alla legge sulla protezione dell'embrione del 1990, introducendo nell'ordinamento, con l'art. 3a *ESchG*, una disciplina *ad hoc* in tema di diagnosi preimpianto (c.d. *Präimplantationsdiagnostikgesetz*³⁵³), che di fatto assicura la liceità di tale diagnosi preimplantatoria, seppur a determinate condizioni³⁵⁴.

Pur mantenendo un generale divieto e punendo con la reclusione fino a un anno o con la multa chi realizza la pratica sulle cellule di un embrione prima del suo trasferimento intrauterino, l'art. 3a *ESchG* ammette, al comma 2, la diagnosi preimpianto esclusivamente a favore delle coppie che siano geneticamente predisposte a particolari patologie genetiche, al fine di effettuare un'indagine volta ad accertare

³⁵² Solo le prime, infatti, sono in grado di svilupparsi in individuo; le seconde, invece possono solo moltiplicarsi e di specializzarsi in diversi tipi di cellule.

³⁵³ *Gesetz zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik (Präimplantationsdiagnostikgesetz – PräimpG)* del 21 novembre 2011, il cui testo è consultabile su <http://www.bundesgerichtshof.de/>.

³⁵⁴ In argomento, ampiamente *Diagnosi genetica preimpianto in Germania - adottato il regolamento attuativo*, in *biodiritto.org*.

l'esistenza di gravi malattie nell'embrione, tali da poter condurre alla morte del feto o a gravi problemi di salute per il nascituro o la donna in gravidanza.

Rispetto alle modalità di realizzazione dell'indagine la disposizione prevede, in particolare, che essa possa essere effettuata solo da medici adeguatamente qualificati e presso centri autorizzati, previa acquisizione del consenso scritto della paziente che intende sottoporsi alla pratica, adeguatamente informata anche in merito alle possibili conseguenze mediche, psicologiche e sociali della diagnosi richiesta.

Si prescrive espressamente, inoltre, che la diagnosi genetica preimpianto possa essere effettuata solo a seguito di un giudizio in merito alla sussistenza dei presupposti previsti dalla legge da parte di un comitato etico a composizione interdisciplinare.

Per la concreta attuazione del *Präimplantationsdiagnostikgesetz*, infine, la nuova disposizione introdotta dal legislatore tedesco ha previsto l'adozione di un apposito regolamento attuativo, attraverso il quale sono nel dettaglio definite tutte le procedure per la realizzazione della pratica, il rilascio delle autorizzazioni ai centri specializzati, la loro durata e la qualifica dei medici abilitati a lavorarvi, nonché la

composizione e il funzionamento delle *Ethikkommissionen* e la gestione della documentazione.

Si tratta del c.d. *Verordnung zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik* che, consentendo già a partire dall'1 febbraio 2014 il concreto accesso alle coppie di aspiranti genitori portatrici di malattie genetiche trasmissibili alle tecniche diagnostiche su cellule prelevate dagli embrioni prima del loro trasferimento e impianto in utero, rappresenta un'eccezione alle restrittive norme tedesche che segna il definitivo superamento, entro precisi limiti, del controverso divieto originariamente previsto nella legge a protezione dell'embrione del 1990.

La riluttanza del legislatore tedesco verso il riconoscimento della liceità di qualsiasi forma di ricerca e sperimentazione sull'embrione, di cui l'*ESchG* tende con rigore a garantire l'integrità, è manifestata anche da una generale avversione nei confronti della ricerca sulle cellule staminali embrionali, analogamente a quanto accaduto nel contesto italiano: rispetto al divieto vigente in Germania, dunque, possono estendersi le considerazioni già espresse rispetto alla legge n. 40/2004 in ordine alla ragionevolezza della scelta legislativa di criminalizzazione della ricerca sulle cellule staminali embrionali, anche in considerazione delle oggettive evidenze fino ad oggi

conseguite dalla scienza grazie alla ricerca in ambito medico e terapeutico, che dimostrano come lo sviluppo e impiego di tale particolare forma di ricerca sia da ritenere incoraggiante per la cura di numerose e gravi patologie³⁵⁵.

Nonostante la legge sulla protezione dell'embrione non vieti espressamente la ricerca su cellule staminali embrionali, la preclusione, come già rilevato rispetto alla diagnosi genetica preimpianto, sarebbe derivabile dalla disposizione che vieta *tout court* qualsiasi forma "impropria" di utilizzo dell'embrione e delle sue parti.

Il dibattito intorno alla liceità di tale forma di ricerca in Germania, tuttavia, si è acceso a pochi anni dall'entrata in vigore della legge del 1990 in ragione del graduale progresso della scienza, che non ha frenato l'attività dei ricercatori tedeschi, i quali hanno avviato le proprie ricerche su cellule staminali embrionali di derivazione estera, allo scopo di non contravvenire al divieto di manipolazione dell'embrione previsto dal loro ordinamento di provenienza.

Sulla ragionevolezza dell'illecito di cui all'art. 2 dell'*ESchG* e sulle implicazioni etiche del divieto, che nella pratica ha consentito un inevitabile tradimento dei fini della stessa legge sulla protezione

³⁵⁵ L. EUSEBI, *Beni penalmente rilevanti e tecniche di procreazione*, cit., p. 50; S. PENASA, *La questione delle cellule staminali. Il quadro giuridico*, in *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, cit., p. 1108 ss.; F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 107 ss.

dell'embrione attraverso l'espedito dell'utilizzo di materiale "d'importazione" da parte degli studiosi che non si sono arresi di fronte all'ostacolo legislativo, si è interrogata a lungo la società tedesca anche nelle sedi istituzionali.

La tematica, infatti, è stata oggetto dello studio di due commissioni istituite *ad hoc*, proprio allo scopo di indagare sulle problematiche non solo etiche ma anche legali connesse alla ricerca sulle cellule staminali embrionali³⁵⁶.

Il risultato dei lavori, al di là della presa d'atto dell'impossibilità di comporre il contrasto tra parallele ed inconciliabili posizioni etiche, si è infine tradotto nell'adozione di un testo legislativo del 28 giugno 2002³⁵⁷ il quale, mantenendo sostanzialmente inalterato il divieto previsto dall'*ESchG*³⁵⁸, consente la ricerca scientifica unicamente su cellule embrionali estratte in base alla normativa del paese di origine e importate prima dell'1 gennaio 2002, rendendo peraltro necessaria una specifica autorizzazione del Ministero della salute

³⁵⁶ Si tratta della Commissione *Recht und Ethik der modernen Medizin* e della Commissione nazionale di bioetica, cd. *Deutscher Ethikrat*.

³⁵⁷ *Gesetz zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen (Stammzellgesetz) StZG*, 28 giugno 2002, *B.G.B.I* 2002 I, p. 2277.

³⁵⁸ Sui profili di incostituzionalità della legge tedesca sulle cellule staminali cfr. H. G. DEDERER, *Verfassungskonkretisierung im Verfassungsneuland: das Stammzellgesetz*, in *Juristenzeitung*, 2003, p. 986 ss.

rispetto all'importazione e all'utilizzo eccezionale delle cellule staminali embrionali per scopi di ricerca³⁵⁹.

Nella sua successiva modificazione del 2008, il *Bundestag* ha poi esteso tale limite temporale, ammettendo la ricerca scientifica su cellule embrionali estratte prima del maggio 2007.

Nonostante l'adozione dello *StZG* sia stata ottenuta con un ampio consenso, non può non evidenziarsi l'ambiguità della regolamentazione tedesca sulla ricerca scientifica sulle staminali, giacché sanziona penalmente l'utilizzo dell'embrione proveniente dai confini nazionali e delle sue cellule staminali, ma allo stesso tempo consente l'utilizzo di quelli stranieri per gli stessi fini di ricerca che nel territorio nazionale risultano preclusi.

In difformità con gli stessi scopi di rispetto e di protezione della dignità umana e del diritto alla vita nonché di tutela della libertà di ricerca scientifica consacrati nell'art. 1 dello stesso *StZG*, dunque, le modifiche all'impianto originario dell'*ESchG* in materia di staminali hanno di fatto comportato un autentico irrigidimento della già severa disciplina nazionale.

3. Sostanzialmente assimilabili alla disciplina italiana in materia di procreazione medicalmente assistita, infine, sono gli illeciti descritti

³⁵⁹ Cfr. la *Rassegna dell'attività legislativa e istituzionale di paesi stranieri predisposta dalla Camera dei deputati*, in *Legislazione straniera*, n. 1/2008, p. 33 ss.

dall'*Embryonenschutzgesetz* in tema di alterazione genetica, clonazione e creazione di ibridi e chimere³⁶⁰.

La disciplina del 1990, in particolare, esprime l'avversione già manifestata dal legislatore tedesco per ogni forma di manipolazione dell'embrione e delle sue parti, estendendosi al divieto assoluto di modifica delle informazioni genetiche dell'embrione o di cellule umane a qualsiasi scopo, sia esso terapeutico o riproduttivo e prevedendo, nell'ipotesi di violazione, un trattamento sanzionatorio uniforme rappresentato dalla reclusione fino a cinque anni o da una multa ai danni del trasgressore.

Se un profilo di differenziazione tra la disciplina italiana e quella tedesca sul tema può essere ravvisato, esso è certamente costituito dal maggiore rigore nei confronti di qualsiasi tipo di alterazione del patrimonio genetico umano espresso dalla normativa tedesca rispetto a quella in vigore in Italia: l'atteggiamento di rifiuto dell'ordinamento tedesco si è reso palese nella scelta della Germania di non firmare la Convenzione di Oviedo e il relativo Protocollo addizionale che pur prevedono il divieto di clonazione di esseri umani, la clonazione di embrioni a fini riproduttivi e la creazione di embrioni per fini di ricerca, nella convinzione che i termini degli accordi di rango

³⁶⁰ Le fattispecie sono descritte, rispettivamente, dai §§ 5, 6 e 7 della legge tedesca del 1990.

sovranaZIONALE rappresentino un passo indietro rispetto alla legislazione interna e non garantiscano di scongiurare i pericoli dell'eugenetica e della sperimentazione indiscriminata che sono stati affrontati nel recente passato³⁶¹.

4. L'analisi delle scelte normative tedesche rispetto alla disciplina delle pratiche di fecondazione artificiale ha messo in evidenza una generale analogia dell'*ESchG* e delle sue "leggi satellite" rispetto al modello italiano, considerato che l'adozione di una specifica regolamentazione delle tecniche di pma e dello statuto penale dell'embrione è emerso fondarsi, in entrambe le esperienze, su scelte politico-criminali connesse alla valorizzazione del valore della dignità umana.

Accanto alla costante corrispondenza ravvisabile nelle singole disposizioni, però, la comparazione ha consentito anche l'individuazione di elementi differenziali tra le normative, giustificabili naturalmente in ragione delle specificità di natura storica, etica e sociale dei due distinti ordinamenti giuridici.

Al di là di quelle già evidenziate nell'esame dei presupposti per l'accesso alle tecniche e delle fattispecie delittuose della legge tedesca

³⁶¹ Così A. GITTI, *La Corte Europea dei diritti dell'uomo e la Convenzione sulla biomedicina*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1998, p. 722; A. GENTILOMO – A. PIGA – S. NIGROTTI, "La procreazione medicalmente assistita nell'Europa dei quindici. Uno studio comparatistico", p. 129.

a tutela dell'embrione, una fondamentale differenziazione tra la legge n. 40/2004 e l'*ESchG* è riconoscibile nel trattamento sanzionatorio riservato ai trasgressori dei divieti prescritti nelle due discipline.

Se, come già sottolineato³⁶², il regime sanzionatorio della legge 40 si caratterizza per il suo furore punitivo, l'esemplarità e l'estrema afflittività delle sanzioni comminate nelle ipotesi di violazione della normativa, l'apparato di sanzioni costruito dalla legge tedesca intorno allo statuto penale disegnato dal legislatore a tutela della dignità e dell'irripetibilità dell'essere umano si rivela certamente più proporzionato rispetto alla natura degli illeciti descritti dall' *ESchG*.

E difatti il giudizio di disapprovazione del legislatore tedesco rispetto alla realizzazione di attività di fecondazione artificiale e di sperimentazione che non soddisfino l'esigenza di tutela integrale dell'embrione, si traduce in uno statuto punitivo che prevede sanzioni la cui entità non sembra mai sconfinare i limiti della ragionevolezza: si registra, infatti, una generale omogeneità nelle conseguenze giuridiche predisposte per tutte le differenti ipotesi di reato, anche quelle di particolare gravità, prevedendo l'*ESchG* alternativamente la

³⁶² Cfr. *supra*, Cap. II, §1.1.

pena pecuniaria o quella detentiva, la cui misura non supera mai i cinque anni³⁶³.

Oltre che per l'uniformità nel trattamento sanzionatorio, inoltre, la normativa tedesca a tutela dell'embrione si caratterizza per l'esclusione della punibilità di coloro che sono assoggettati alle tecniche di fecondazione artificiale in relazione a ciascuna ipotesi di reato.

A differenza di quanto codificato dal legislatore italiano del 2004, infatti, nell'ambito della disciplina tedesca sono espressamente esclusi dal novero dei destinatari delle sanzioni non soltanto l'uomo e la donna che si sottopongono ai trattamenti di pma e i cui gameti sono utilizzati per la fecondazione artificiale, ma anche la madre portante qualora sia integrata la fattispecie di surrogazione di maternità.

Si tratta di un tratto caratteristico di rilievo nella comparazione con il modello italiano, se si considera che nella formulazione originaria della legge 40 operava una causa di non punibilità per gli aspiranti genitori che accedevano alle tecniche di fecondazione

³⁶³ Nello specifico, la legge distingue tre distinti limiti massimi di pena detentiva. La pena non è superiore ad un anno nelle ipotesi di selezione del sesso e di abusiva realizzazione di tecniche di fecondazione da parte di un soggetto non abilitato all'esercizio della professione; una pena detentiva non superiore ai tre anni è comminata invece nelle ipotesi di uso improprio delle tecniche di fecondazione assistita e di embrioni umani, nonché nei casi di realizzazione di tecniche fecondative senza il consenso dei pazienti o di fecondazione *post-mortem*. Le conseguenze di maggiore gravità sono infine individuabili per il trasgressore dei divieti di alterazione del patrimonio genetico, di clonazione e di creazione di ibridi e chimere, il quale è punito con una pena detentiva comunque non superiore nel massimo a cinque anni.

assistita esclusivamente per l'illecito di fecondazione eterologa e per la violazione delle disposizioni normative in tema di requisiti per l'accesso ai trattamenti e di consenso, configurandosi, invece, una responsabilità a titolo di concorso per tutte le altre figure di reato³⁶⁴.

La sensazione rispetto al profilo peculiare della punibilità, dunque, è che la disciplina posta a tutela dell'embrione in Germania e la regolamentazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita siano state costruite intorno agli scopi di tutela dell'integrità dell'embrione ma dimostrino, al contempo, una maggiore attenzione nei confronti dei soggetti deboli coinvolti nell'intero processo procreativo, non concretandosi l'intervento penale in un apparato normativo di carattere eccessivamente penalizzante o essenzialmente simbolico³⁶⁵.

Sez. II - La Ley 14/2006, de 26 mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Fa da contraltare rispetto al rigore delle discipline italiana e tedesca in tema di fecondazione medicalmente assistita la legislazione vigente in Spagna, scelta tra le discipline in materia di pma adottate

³⁶⁴ Produzione di embrioni in sovrannumero, soppressione di embrioni e surrogazione di maternità. In argomento cfr. E. DOLCINI, *La procreazione assistita: profili penalistici*, cit., p. 1590 ss.

³⁶⁵ W. HASSEMER, *Das Symbolische am symbolischen Strafrecht*, cit., p. 1000 ss.

nei paesi europei quale esempio rappresentativo di un'esperienza più elastica e permissiva in relazione non soltanto ai requisiti per l'accesso alle tecniche di pma, ma anche alla stessa realizzazione della maggior parte dei trattamenti di fecondazione artificiale³⁶⁶.

Rispetto a quest'ultimo modello normativo analizzato, infatti, si registra un intervento del legislatore attraverso lo strumento del diritto penale in misura decisamente meno invasiva rispetto alle esperienze legislative che fin qui sono state esaminate.

L'introduzione nell'ordinamento giuridico spagnolo di una disciplina organica delle tecniche di riproduzione medicalmente assistita, ancor prima dell'entrata in vigore della legge 14/2006, che ne rappresenta l'ultima formulazione, si deve alle leggi n. 35 e 42 del 1988, rispettivamente recanti norme in materia di tecniche di riproduzione assistita e di donazione ed utilizzazione di embrioni e feti umani, delle loro cellule, tessuti e organi³⁶⁷.

³⁶⁶ Le discipline in materia di fecondazione assistita vigenti nel contesto europeo possono essere classificate in diverse tipologie che variano da modelli permissivi (è il caso della Spagna e del Regno Unito) a modelli più restrittivi (si pensi all'esperienza italiana, tedesca e francese). Rispetto all'influenza del formante legislativo sulla disciplina dei vari aspetti del processo di fecondazione artificiale, inoltre, si distinguono generalmente paesi in cui il testo normativo tende a regolare ogni aspetto possibile – come accade nel contesto spagnolo – da quelli in cui la stessa legge rinvia alle decisioni di volta in volta adottate da autorità indipendenti (come avviene nel Regno Unito), da quelli, infine, in cui l'esistenza di un testo normativo pur specifico e dettagliato non preclude al diritto di fonte giurisprudenziale di godere di un fondamentale ruolo nella regolamentazione delle tecniche. Così C. CASONATO, *Legge 40 e principio di non contraddizione: una valutazione di impatto normativo*, in C. CASONATO, E. CAMASSA (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, cit., p. 13 ss.

³⁶⁷ Per dare concreta attuazione ai due testi normativi è stato dapprima creato un Registro nazionale di donatori di gameti e pre-embrioni a fini di procreazione umana (Regio decreto n. 412/1996) e successivamente sono stati individuati specificamente i presupposti tecnici e

Precursore rispetto agli omologhi nel contesto europeo, il legislatore spagnolo ha sin dalla fine degli anni '80 assicurato la piena liceità delle tecniche di fecondazione assistita di tipo eterologo mediante donazione di gameti maschili e femminili e di preembrioni, nonché della c.d. fecondazione *post mortem*, come diretta conseguenza del diritto di accesso ai trattamenti di pma previsto per legge non esclusivamente a favore di donne coniugate o conviventi con un partner di fatto, ma anche a favore di donne *single*.

La finalità della normativa, inoltre, è rappresentata, già da queste prime forme di regolamentazione, da scopi connessi al riconoscimento legislativo della tutela del diritto alla procreazione e alla formazione di una propria famiglia attraverso la scelta libera di un modello adeguato alle esigenze del singolo, piuttosto che legata alla necessità di risolvere problemi di sterilità o infertilità di chi si sottoponga alle tecniche o anche alla sola ed integrale tutela dell'embrione.

Nonostante l'intervento di successive riforme legislative in materia³⁶⁸, non sono mai state adottate modifiche volte a limitare il

funzionali per l'autorizzazione e l'omologazione delle strutture sanitarie incaricate della realizzazione dei trattamenti di fecondazione assistita (Regio decreto n. 413/1996). L'anno successivo si è infine creata la Commissione nazionale sulla riproduzione medicalmente assistita (regio decreto n. 415/1997).

³⁶⁸ La disciplina del 1988 è stata oggetto di modifiche con la legge n. 45/2003, che ha previsto un limite al numero di embrioni da creare per il successivo trasferimento e impianto ed ha ridotto il numero di embrioni soprannumerari. Con il successivo regio decreto n. 120/2003, invece, sono stati fissati i requisiti per la realizzazione di pratiche di fecondazione di ovociti o di tessuto ovarico precedentemente crioconservati.

ricorso alla fecondazione eterologa, che nell'esperienza spagnola risulta del tutto accettata.

Una revisione della normativa sulla pma si è infine ottenuta con la legge attualmente in vigore, n. 14/2006 del 26 maggio, a sua volta integrata dalla legge n. 3/2007 del 15 marzo che, abrogando e sostituendo la legge. n. 42/1988, reca norme in materia di ricerca biomedica e consente la clonazione di tipo terapeutico, nonché dalla legge n. 26/2011 dell'1 agosto che, al fine di assicurare un adeguamento normativo alla Convenzione internazionale sui diritti delle persone con disabilità, ha novellato le norme concernenti le informazioni da fornire alle persone disabili coinvolte affinché queste siano accessibili e comprensibili.

1) I requisiti di accesso alle tecniche di fecondazione artificiale e la nozione di pre-embrione.

1. Rispetto alla natura e alle finalità delle tecniche di fecondazione medicalmente assistita, la legge spagnola del 2006 sembra riservare ai trattamenti di pma un carattere essenzialmente non sussidiario,

Nel 2004 il regio decreto n. 1720/2004, poi, ha tentato di limitare la portata della riforma precedente attraverso la individuazione di specifiche forme di patologie che potessero consentire il superamento dei limiti stabiliti per la fecondazione di ovociti nei processi di fecondazione artificiale. Infine il regio decreto n. 2132/2004 ha disciplinato i requisiti e le procedure per richiedere lo sviluppo di progetti di ricerca con cellule staminali ottenute da preembrioni in soprannumero.

essendo essi considerati, a una prima lettura della normativa in esame, come una delle modalità di concepimento possibili al di là di quella naturale.

Una simile qualificazione si fonderebbe, in particolare, sull'assenza all'interno del testo della legge di riferimenti all'infertilità e/o alla sterilità quali stati patologici che rappresentino il presupposto per l'accesso alle tecniche di fecondazione assistita.

A ben vedere, infatti, tra gli obiettivi della legge proposti dalla disposizione introduttiva alla normativa, figura principalmente quello della disciplina della applicazione delle tecniche di riproduzione assistita tra quelle “scientificamente accreditate e specificamente indicate”: non si tratterebbe, dunque, della regolamentazione di trattamenti medici di natura sussidiaria volti a supplire all'incapacità o impossibilità riproduttiva di una coppia di aspiranti genitori, come invece chiaramente emerge dagli scopi e le finalità individuate dal legislatore italiano del 2004, ma piuttosto della disciplina di tecniche di riproduzione del tutto alternative rispetto a quelle naturali.

In relazione ai requisiti soggettivi per l'accesso alle tecniche di fecondazione eterologa, la normativa del 2006 prevede una disciplina non particolarmente innovativa rispetto alla precedente del 1988: ai sensi dell'art. 6 della legge *de qua*, difatti, possono ricorrere ai

trattamenti di procreazione assistita tutte le donne di età superiore ai diciotto anni e pienamente capaci di agire, indipendentemente dall'orientamento sessuale e dallo stato civile.

Solo nell'ipotesi in cui la donna che intenda accedere alle tecniche sia coniugata la disposizione richiede evidentemente anche il consenso del marito per la soggezione ai trattamenti.

Con riferimento ai requisiti del consenso ai fini dell'accesso alle tecniche, invece, la legislazione spagnola non differisce in misura sostanziale rispetto alle altre discipline europee: il legislatore subordina la liceità del ricorso ai trattamenti di pma da parte della donna e degli altri *usuarios de las técnicas* alla prestazione, da parte di tali soggetti, di un consenso scritto, che deve essersi formato secondo gli ordinari criteri e cioè in modo libero, consapevole e informato.

Proprio in tema di informazione, la *Ley 14/2006* si dimostra particolarmente dettagliata, disegnando una disciplina sostanzialmente omogenea rispetto alle normative cui si è già fatto riferimento.

Anche le disposizioni spagnole sul tema, infatti, subordinano l'applicazione dei metodi fecondativi artificiali alla condizione di un'adeguata informazione della donna che intende accedere alle tecniche in merito, in primo luogo, ai possibili rischi per la stessa

durante il trattamento e la successiva gravidanza, derivabili anche dall'età della paziente inadeguata alla soggezione ai trattamenti.

Tra le informazioni da fornire in funzione della successiva raccolta del consenso in un apposito formulario completato da chi si sottopone alle tecniche e agli eventuali donatori, però, i responsabili delle *équipe* mediche incaricate dell'applicazione delle tecniche di pma sono tenuti anche ad includere, oltre alle indicazioni relative agli aspetti propriamente medici dei trattamenti di pma, anche quelle relative agli aspetti di natura psicologica, sociale ed economica, e a quelli concernenti i rischi per la salute e le probabilità di successo degli interventi.

In analogia con la disciplina italiana, inoltre, il legislatore spagnolo ammette la revoca del consenso all'impianto in utero degli embrioni da parte della donna che si sottopone a trattamenti medici di pma, da manifestarsi, comunque, in un momento anteriore rispetto a quello del trasferimento embrionario.

2. Un importante elemento di novità della *ley* 14/2006 rispetto alla nostra disciplina nazionale è invece costituito dalla definizione del concetto di *pre-embrione*, oggetto di regolamentazione distinta rispetto a quella destinata all'embrione, in ragione della necessità di

evitare eterogenee interpretazioni del concetto di embrione, qualora inteso in senso eccessivamente esteso³⁶⁹.

Ai fini della legge spagnola sulla riproduzione medicalmente assistita per pre-embrione s'intende, infatti, l'embrione *in vitro* costituito dal gruppo di cellule risultanti dalla progressiva divisione dell'ovocita dal momento della fecondazione e fino ai quattordici giorni successivi³⁷⁰.

L'esigenza di una definizione tecnica e specifica dei diversi stadi di formazione e sviluppo della vita *in fieri* all'interno della normativa sulla pma sembra essersi imposta, nell'ordinamento giuridico spagnolo, a seguito della scelta del legislatore di differenziare lo *status* giuridico dell'embrione già formato rispetto a quello che si trovi ad un grado di sviluppo precedente e, conseguentemente, di differenziarne anche lo statuto punitivo³⁷¹.

La distinzione realizzata dal legislatore, difatti, si rivela di fondamentale rilevanza nel contesto della normativa in esame, poiché riconosce diversi livelli di tutela dell'embrione, la cui protezione

³⁶⁹ Sul punto cfr. E. DOLCINI, *Embrione, pre-embrione, ootide*, cit., p.465 ss.

³⁷⁰ Art. 1, comma 2 della legge *de qua*.

³⁷¹ In dottrina si è riflettuto sull'utilità della differenziazione dello statuto delle diverse forme di vita *in fieri* anche nell'ambito della legislazione italiana sulla pma. Attraverso un'interpretazione restrittiva della nozione di embrione nella stessa legge n. 40/2004, tale da escludere l'applicazione dei divieti imposti dall'art. 14 della legge alla produzione, crioconservazione, impianto e soppressione di pre-embriani, infatti, la legittimità costituzionale di buona parte della normativa sarebbe salvaguardata. Cfr. L. RISICATO., *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, cit., p. 687 ss., E. DOLCINI, *Embrione, pre-embrione, ootide*, cit., p.465 ss.

risulterebbe sostanzialmente affievolita solo nella fase antecedente rispetto all'impianto³⁷².

Tale *summa divisio*, in definitiva, si dimostra estremamente utile ai fini del riconoscimento della liceità della maggior parte dei trattamenti di fecondazione medicalmente assistita realizzati proprio mediante l'utilizzo di pre-embrioni, in netta contrapposizione con quanto originariamente codificato dal legislatore italiano con la legge n. 40/2004.

La *Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida*, in particolare, ammette sia la crioconservazione dei gameti che dei pre-embrioni soprannumerari, preoccupandosi anche di definire il destino di tale materiale genetico, costituito dal suo possibile utilizzo successivo da parte della donna che si sottopone ai trattamenti di pma o da parte del coniuge, ovvero dalla donazione a fini riproduttivi o di ricerca³⁷³.

³⁷² M. IACOMETTI, *La procreazione medicalmente assistita nell'ordinamento spagnolo*, in *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, a cura di C. CASONATO, T. E. FROSINI, Torino, 2006, pp. 63 ss.

³⁷³ In merito, lo stesso Tribunale costituzionale spagnolo ha avuto l'occasione di evidenziare già rispetto alla normativa precedente a quella attualmente vigente, con la sentenza n. 116/1999, che la messa a disposizione dei gameti e dei pre-embrioni crioconservati ai fini della loro successiva utilizzazione a seguito di donazione non viola il diritto alla vita né alla dignità umana, giacché la gratuità del trasferimento esclude la patrimonializzazione o la reificazione del frutto del concepimento. Cfr. STC 119/99, 28 giugno.

Nessun limite rigido è legislativamente fissato per la produzione dei pre-embrioni³⁷⁴, mentre sarebbe individuabile un limite elastico rappresentato da un numero di pre-embrioni prodotti sufficiente ad assicurare il successo del processo riproduttivo, da valutarsi comunque nel caso concreto³⁷⁵.

È riconosciuta piena liceità anche alle tecniche diagnostiche preimpianto sull'embrione nei suoi primi quattordici giorni di sviluppo, da realizzarsi al fine di individuare eventuali malattie ereditarie gravi o altre alterazioni che possano compromettere la vitalità dei pre-embrioni e selezionare quelli da non sottoporre a successivo impianto.

Anche l'ultimo dei tre aspetti più controversi della legge n. 40/2004, che ha condotto a più tentativi di riscrittura giurisprudenziale della normativa in ragione della sua riconosciuta illegittimità costituzionale, trova invece una disciplina permissiva nella normativa spagnola: il riferimento è alla ricerca e alla sperimentazione sugli embrioni.

La *ley* 14/2006, infatti, autorizza sia l'attività di ricerca che quella sperimentale in presenza di precisi requisiti cristallizzati

³⁷⁴ Un limite numerico di tre ovociti da fecondare e di preembrioni trasferibili per ciascun ciclo di trattamento è stato previsto dalla normativa spagnola nel 2003 e fino all'entrata in vigore della riforma del 2006, dove il limite rigido è stato rimosso.

³⁷⁵ Art. 26, comma 2, lett. b), n. 9 della legge *de qua*.

nell'art. 15, che ricorrono come *Leitmotiv* quali presupposti per il riconoscimento della legittimità anche di altri trattamenti di fecondazione medicalmente assistita.

Il legislatore richiede, in primo luogo, la realizzazione delle attività scientifiche di ricerca solo sul pre-embrione, così come definito dall'art. 1, comma 2 della legge *de qua*.

Emerge dalla legge, poi, la necessità del consenso scritto della coppia o della donna *single*, da cui deve risultare anche la rinuncia a ogni diritto di disposizione e ogni altro diritto di natura economica sui risultati ottenuti dalla ricerca realizzata sui pre-embrioni.

In ogni caso, infine, l'indagine scientifica relativa allo sviluppo e l'applicazione di tecniche di riproduzione assistita dev'essere condotta in centri autorizzati sulla base di progetti approvati dalle autorità sanitarie competenti, previo ottenimento di un parere favorevole della Commissione nazionale sulla Riproduzione umana assistita.

Emerge con chiarezza dalle disposizioni spagnole favorevoli alle attività di ricerca scientifica, in definitiva, che la legge sulla riproduzione medicalmente assistita del 2006 risulta non solo orientata a garantire il diritto all'autodeterminazione della donna e alla sua salute, ma tiene anche in considerazione gli interessi di natura scientifica e tecnica, poiché la sua *ratio* sembra ravvisabile non solo e

non necessariamente nell'esigenza di disciplinare trattamenti sanitari idonei alla cura di problemi di sterilità e infertilità, ma anche quello di utilizzare il frutto di queste tecniche a fini di ricerca, seppur entro limiti precisati nel dettaglio.

3. Un profilo di distinzione particolarmente netto individuabile nella comparazione della normativa spagnola con quella vigente nel nostro ordinamento attiene al tema della fecondazione assistita di tipo eterologo.

Tale pratica, considerata illecita nel nostro ordinamento fino all'intervento della sentenza costituzionale n. 162/2014 la quale, superando le esitazioni dovute all'oscillante giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, ha dichiarato costituzionalmente illegittima la legge proprio in relazione al divieto di donazione di gameti ed alle conseguenti sanzioni amministrative previste in ipotesi di violazione del divieto di cui all'art. 12, comma 1 della legge del 2004³⁷⁶, è invece del tutto consentita nell'ordinamento spagnolo già dalla fine degli anni '80, avendo assicurato il legislatore la piena liceità delle tecniche fecondazione eterologa, a determinate condizioni, già nella prima versione della normativa.

³⁷⁶ Sul punto cfr. *supra* Cap. II, §1.1

E così non poteva non essere, considerata la possibilità di accesso alle tecniche di riproduzione assistita anche alla donna *single*: a differenza della legge n. 40/2004, dove l'originario divieto di fecondazione eterologa ha rappresentato per ben dieci anni espressione della posizione politico-eticizzante assunta dal legislatore del 2004 nel dettare una regolamentazione dei trattamenti di prima sbilanciata a favore del riconoscimento del modello di famiglia tradizionale quale unica forma familiare possibile, nella disciplina spagnola non si esprime alcun giudizio di natura etica volto a formulare una preferenza tra modelli genitoriali.

Sembra ravvisabile, piuttosto, una generale *ratio* di tutela onnicomprensiva del diritto alla creazione di una famiglia senza differenziazioni discriminatorie, proprio attraverso il riconoscimento della perfetta equivalenza giuridica tra tutti i soggetti che ricorrono alle tecniche di fecondazione artificiale, indipendentemente dal sesso, dallo stato civile o dall'orientamento sessuale.

La donazione di gameti maschili e femminili e di preembrioni, anche dopo la riforma del 2006, è oggetto di una disciplina *ad hoc* che regola nel dettaglio i presupposti per la liceità dell'utilizzo di gameti di soggetti estranei alla coppia nell'ambito dei trattamenti di fecondazione artificiale.

La donazione dei gameti e dei preembrioni dev'essere infatti consensuale, anonima e soprattutto gratuita, costituendo invece l'eventuale offerta di un corrispettivo per la cessione di tale materiale genetico un illecito grave ai sensi dell'art. 26 della *ley* 14/2006.

Allo scopo di evitare qualsiasi finalità lucrativa o commerciale nello scambio, il legislatore spagnolo si premura anche di qualificare la donazione di gameti e preembrioni come un contratto di carattere gratuito, formale e di fiducia esclusivamente tra il donatore³⁷⁷ ed il centro autorizzato, con cui il primo instaura un rapporto esclusivo, non essendo consentito alcun contatto con i soggetti beneficiari della donazione che si sottopongono alle tecniche di pma.

L'esperienza legislativa spagnola, elastica e permissiva in merito sia ai requisiti per l'accesso alle tecniche di pma sia alla realizzazione della maggior parte dei trattamenti di fecondazione artificiale tra cui l'eterologa, ha l'indiscutibile pregio di evidenziare *a contrario* come la previsione di divieti e sanzioni anche di carattere penale a protezione di istanze di carattere essenzialmente morale -come si è registrato nel modello italiano prima della riscrittura giurisprudenziale della legge n. 40/2004 - si riveli del tutto controproducente nel

³⁷⁷ Possono essere donatori gli uomini la cui età va dai 18 ai 50 e le donne dai 18 ai 35 anni, cfr. M. DE TILLA – L. MILINTERNI – U. VERONESI, *Fecondazione eterologa*, Milano, 2015.

percorso di pieno riconoscimento di diritti e libertà della persona costituzionalmente garantiti.

Si dimostra peraltro inutile anche nella prevenzione di un eventuale mercato illecito della fecondazione assistita: l'esempio spagnolo in materia di fecondazione eterologa, infatti, prova che gli effetti illeciti, dannosi o pericolosi della realizzazione delle tecniche di pma non possono essere scongiurati solo mediante la delimitazione incondizionata dei margini operativi della fecondazione assistita di tipo eterologo³⁷⁸, ma viceversa attraverso la ragionevole previsione della necessaria gratuità nella cessione del materiale genetico dal donatore di gameti alla coppia che intende accedere alle tecniche di fecondazione artificiale, associata a una disciplina attenta dei requisiti per l'accesso alle tecniche e del consenso dei soggetti che ricorrono alle stesse.

2) Gli illeciti descritti dalla legge spagnola.

Rispetto ai divieti in materia di procreazione medicalmente assistita, per i quali il legislatore spagnolo ha ritenuto opportuna la predisposizione di apposite sanzioni amministrative, va segnalata una

³⁷⁸ L. RISICATO., *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, cit., p. 687 ss.

graduazione degli illeciti in base alla loro gravità: l'art. 26 della *ley* 14/2006 classifica infatti le infrazioni derivanti dall'applicazione delle tecniche di fecondazione artificiale come lievi, gravi o molto gravi.

Se in ordine agli illeciti c.d. lievi il legislatore spagnolo fornisce una definizione a carattere residuale, limitandosi a individuare come tali le violazioni di qualsiasi obbligo o di un divieto ai sensi della normativa, a condizione che tali infrazioni non siano già espressamente qualificate come illeciti gravi o molto gravi, in merito a queste ultime due categorie di illeciti l'art. 26 contiene un'elencazione casistica piuttosto analitica, oltre che eterogenea.

Tra le infrazioni gravi la disposizione individua in primo luogo la violazione delle disposizioni in materia di consenso, compresa anche l'omissione di informazioni o dati a favore dei pazienti e l'inosservanza dell'obbligo di riservatezza dei dati dei soggetti donatori di gameti e preembrioni.

Configurano poi infrazioni della stessa categoria le condotte connesse allo sfruttamento economico di gameti e preembrioni: il riferimento è sia alla corresponsione di un corrispettivo economico o di un indennizzo per la donazione di gameti e preembrioni, cui è sottesa la condivisibile scelta legislativa volta a garantire la gratuità dei processi di fecondazione assistita e ad escludere che sia realizzata

per fini di lucro, sia alla condotta stessa di pubblicizzazione o promozione della donazione di gameti dietro offerta di compensi o benefici di natura economica.

Ad una *ratio* di protezione della salute della donna e del suo diritto di autodeterminarsi in ordine alle scelte di natura medica, invece, sembra connessa la qualificazione come infrazione grave della produzione di preembrioni in un numero eccedente quello ritenuto necessario ad ogni ciclo riproduttivo, secondo i criteri clinici che garantiscono, entro limiti ragionevoli, il successo del processo riproduttivo in ciascun caso da considerare in concreto.

Tra le *infracciones muy graves* la legge spagnola del 2006 contempla invece tutte le condotte connesse all'attività di ricerca sui preembrioni poste in essere in violazione della normativa, nonché gli illeciti generalmente sanzionati dalla maggior parte delle normative in tema di pma e vietati anche dalle disposizioni sovranazionali in materia per scongiurare derive eugenetiche, integrati dalle condotte di manipolazione genetica per scopi non terapeutici o non autorizzati, dalla creazione di ibridi e dalla scelta del sesso.

La soluzione sanzionatoria adottata dal modello spagnolo, del tutto in linea con la tendenza permissiva dell'intera normativa, si manifesta scervra da riflessi eticizzanti o dalla formulazione di giudizi

di natura morale da parte del legislatore nel dettare una regolamentazione dei trattamenti di fecondazione artificiale soprattutto in ragione del carattere espressamente amministrativo e non penale delle sanzioni comminate per le trasgressioni delle disposizioni contenute nella legge 14/2006.

Se il legislatore italiano con la disciplina del 2004, come già evidenziato, ha fatto ipotizzare una truffa delle etichette, codificando sanzioni di straordinaria afflittività e solo formalmente amministrative ma sostanzialmente penali, non può lo stesso rilevarsi rispetto alle scelte sanzionatorie del legislatore spagnolo che, specularmente alla previsione di illeciti di gradata intensità, ha contemplato sanzioni giuridiche calibrate alla gravità delle infrazioni.

Nelle ipotesi di trasgressione delle disposizioni contenute nella legge spagnola sulla pma, infatti, l'apparato sanzionatorio contempla esclusivamente pene interdittive e pecuniarie, la cui misura non supera i 1.000 euro se la violazione è lieve, i 10.000 euro se è grave e un milione di euro se molto grave³⁷⁹.

Lo stesso importo della sanzione inflitta, comunque, tende a mantenere una certa proporzione: deve infatti essere graduato in proporzione rispetto ai rischi provocati alla salute della donna che si

³⁷⁹ Cfr. art. 27 della legge *de qua*.

sottopone alle tecniche o ai preembrioni, all'importo della eventuale beneficio ottenuto dalla condotta trasgressiva, nonché al grado di intenzionalità della condotta stessa.

Sez. III – I parametri sovranazionali in tema di pma e l'influenza della giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

L'indagine relativa al regime giuridico che regola i trattamenti di fecondazione artificiale non può trascurare una breve riflessione in merito al rapporto tra l'ordinamento e le fonti di diritto europeo e gli ordinamenti degli Stati membri, in un'ottica di accertamento della consistenza della tutela multilivello dei diritti fondamentali della persona non soltanto nell'ambito nazionale, ma anche in quello sovranazionale.

La riflessione, in particolare, attiene agli effetti delle disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle pronunce della Corte di Strasburgo sulla tutela dei diritti fondamentali già protetti a livello nazionale seppur, come si è visto, con differenti sensibilità in ragione dei distinti contesti storico-politici di riferimento.

Com'è noto, infatti, il sistema integrato di tutela dei diritti si basa anche sul dettato della CEDU che, attraverso un catalogo di libertà

analogo a quello contenuto in buona parte delle carte costituzionali adottate dagli ordinamenti di tutta Europa, tenta una sintesi tra l'universalità dei diritti fondamentali e i particolarismi degli ordinamenti nazionali³⁸⁰.

Fondamentale, altresì, risulta il costante apporto delle pronunce della Corte Europea dei diritti dell'uomo e delle interpretazioni che i giudici europei forniscono delle disposizioni della Convenzione stessa: la tutela assicurata dalla CEDU, infatti, è stata nel tempo notevolmente ampliata attraverso la giurisprudenza della Corte di Strasburgo la quale, attraverso la sua funzione d'interpretazione anche evolutiva, è riuscita ad estendere la portata stessa delle relative disposizioni della Convenzione europea.

La tematica della riproduzione medicalmente assistita, nello specifico, costituisce un terreno particolarmente idoneo alla verifica della reale attitudine dei singoli ordinamenti nazionali all'autonomia nella normazione di aspetti dell'esistenza eticamente sensibili: l'interrogativo, infatti, è se la dimensione di autoreferenzialità dei singoli ordinamenti nazionali possa o meno lasciare spazio all'affermazione di disposizioni ed interpretazioni di rango

³⁸⁰ A. DI STASI, *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno*, Vicenza, 2016, p. 8 ss.;

sovranaazionale che consentano un'armonizzazione della tutela di tutti i cittadini europei in materia di fecondazione artificiale³⁸¹.

Nell'ambito della stessa giurisprudenza della Corte Europea si registrano orientamenti oscillanti e talvolta contraddittori sul tema: per un verso, si assiste al riconoscimento del diritto di una coppia alla riproduzione artificiale tra quelli che rientrano nella sfera di applicazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare; per altro verso, i giudici di Strasburgo hanno in più occasioni sottolineato che, nonostante la protezione di tale diritto anche a livello sovranazionale, non vi è comunque alcun obbligo per gli Stati di adottare una normativa *ad hoc* ovvero di consentire la procreazione assistita in tutti i suoi aspetti, in virtù della discrezionalità legislativa che deve essere assicurata a ciascun orientamento nazionale a tutela della propria sovranità.

Sembra, infatti, che il più grande limite al riconoscimento di una prassi uniforme a livello europeo in materia di diritto all'accesso alla procreazione assistita sia costituito, in particolare, dall'esistenza di un margine di apprezzamento nell'implementazione degli *standard* della CEDU: esso è necessariamente lasciato ai singoli Stati non solo

³⁸¹ S. GAMBINO, *Diritti Fondamentali e Unione Europea. Una prospettiva Costituzional-Comparatistica*, Milano, 2009, p. 233 e ss; V. BALDINI, *Il trattato di Lisbona e il rispetto dell'identità costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, Saggi, fasc n. 2010.

rispetto alla valutazione dell'*an* dell'adozione di norme interne regolatrici della materia della riproduzione artificiale, ma anche nella scelta del tipo (o dei tipi) di tecniche la cui realizzazione sia da considerare lecita in ciascun ordinamento in base alle sue peculiari caratteristiche di base³⁸².

Nella giurisprudenza della stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, il diritto di formare una famiglia e di diventare genitori in senso genetico proprio per mezzo del ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è generalmente ricondotto nell'ambito del diritto al rispetto della vita privata e familiare ai sensi dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo³⁸³ il quale, assicurando il diritto alla singola persona, ammette il legittimo intervento dell'autorità pubblica esclusivamente in presenza di interessi collettivi nazionali concorrenti.

Concepito allo scopo di tutelare l'individuo da intromissioni arbitrarie dei pubblici poteri, infatti, il parametro convenzionale

³⁸² Sul tema della c.d. "dottrina del margine di apprezzamento" cfr., tra gli altri, R.ST.J. MACDONALD, *The margin of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1992, p. 95 ss.; P. TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007, p. 150.

³⁸³ Il parametro convenzionale espressamente prevede che «Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. Non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto se non in quanto tale ingerenza sia prevista dalla legge e in quanto costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui».

impone agli Stati contraenti un generale divieto di ingerenza, salvo specifiche espresse deroghe giustificate da esigenze imperative a carattere generale.

All'obbligo di carattere negativo degli Stati si affiancano poi obblighi positivi, che si concretano nell'adozione di misure idonee ad assicurare l'effettività del diritto cristallizzato nell'art. 8 della Convenzione.

Il confine tra obblighi positivi e negativi posti a carico degli Stati contraenti ai sensi dell'art. 8, tuttavia, non è tuttora oggetto di una definizione precisa, essendo attribuito allo Stato stesso un discreto margine di discrezionalità tale da consentirgli di realizzare un bilanciamento ragionevole tra i concorrenti interessi generali e quelli dei singoli, il cui rispetto è stato però oggetto di verifica in alcune rilevanti pronunce dalla Corte di Strasburgo.

Rispetto all'interesse dell'individuo a sottoporsi a trattamenti di procreazione assistita, nello specifico, in più occasioni la Corte europea dei diritti dell'uomo ha valutato la ragionevolezza del contemperamento tra esigenze contrapposte così come realizzato dagli ordinamenti nazionali di volta in volta coinvolti.

Le prime due fondamentali pronunce sul tema risalgono al 2007³⁸⁴, anno in cui i giudici europei hanno per la prima volta elaborato il principio per cui il diritto di decidere di diventare genitori in senso genetico può essere ricompreso, seppur non codificato espressamente, nel novero dei diritti previsti all'art. 8 CEDU, ed in particolare nell'ambito del diritto al rispetto della vita privata e familiare³⁸⁵.

Nella prima pronuncia i giudici di Strasburgo hanno giudicato illegittimo, in quanto incompatibile con il parametro convenzionale *de quo*, il divieto dell'ordinamento britannico di ricorrere alle tecniche di fecondazione medicalmente assistita opposto a un detenuto condannato all'ergastolo e alla sua compagna, giustificato dal pericolo di presunti effetti negativi dello stato di detenzione del genitore sul benessere del nato e sui suoi interessi³⁸⁶.

Nel caso *Dickson c. Regno Unito*, infatti, la Corte europea ha avuto occasione di registrare uno squilibrio nella preferenza dell'interesse pubblico all'afflittività della pena rispetto a quello dei

³⁸⁴Per una ricostruzione delle vicende giurisprudenziali cfr. S. BARTOLE - P. DE SENA - V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 323.

³⁸⁵Attraverso la disposizione di cui all'art. 8 CEDU trovano tutela quattro sfere di autonomia personale: oltre alla vita privata e familiare, anche il domicilio e la corrispondenza. Sul punto cfr. Z. ZENCOVICH, *art. 8, Diritto al rispetto della vita privata e familiare*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 307 ss.

³⁸⁶Corte e. dir. uomo, 4 dicembre 2007, Grande Chambre, *Dickson v. United Kingdom*, ric. n. 44362/04, § 78, CEDU 2007- V.

singoli soggetti aspiranti genitori alla creazione di una famiglia, sottolineando l'inadeguatezza del bilanciamento operato in sede nazionale tra i due controinteressi che venivano in rilievo nel caso concreto.

A conclusioni uguali e contrarie la Corte è invece in seguito giunta nel caso *Evans*³⁸⁷, dove la compatibilità della normativa britannica in tema di revoca del consenso con il parametro della Convenzione che tutela il diritto al rispetto della vita privata e familiare è stata ritenuta sussistente, in ragione dell'assenza di una soluzione di compromesso tra gli Stati europei circa una definizione scientifica e legale di "inizio della vita"³⁸⁸.

L'ondivaga evoluzione giurisprudenziale europea in materia di diritto alla fecondazione artificiale ha incontrato un fondamentale arresto nel giudizio *S.H. e altri c. Austria*³⁸⁹, in occasione del quale la Corte di Strasburgo ha raccolto i principi affermati nelle sue precedenti pronunce, rafforzando le conclusioni già elaborate e così sintetizzabili: l'interesse individuale delle coppie di aspiranti genitori

³⁸⁷ Corte e. dir. uomo, 10 aprile 2007, Grande Chambre, *Evans v. the United Kingdom*, ric. n. 6339/05, § 71, CEDU, 2007-I.

³⁸⁸ Nella vicenda *Evans*, il diritto alla generazione in senso genetico è stato ritenuto recessivo rispetto al diritto di uno dei componenti della coppia di aspiranti genitori di revocare il consenso all'impianto di un embrione fecondato *in vitro*.

³⁸⁹ Il giudizio è stato promosso da sue coppie di cittadini austriaci, che lamentavano l'incompatibilità delle normativa nazionale in materia di fecondazione artificiale con le disposizioni della CEDU, dovuta al divieto di accesso ai trattamenti di fecondazione eterologa *in vitro* e di donazione di ovuli. Per una sintesi della vicenda cfr., tra gli altri, DI STASI A., *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritto dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno*, cit., p. 706.

a generare un figlio mediante tecniche di fecondazione artificiale è certamente riconosciuto e tutelato dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo *ma* l'eventuale intervento statale è del tutto legittimo qualora sia proporzionato e necessario al perseguimento di esigenze di carattere generale, in questo caso non ponendosi alcuna questione di incompatibilità con le disposizioni dell'art. 8 CEDU.

Spetta dunque ancora alla Corte europea dei diritti dell'uomo - ribadiscono i giudici europei - verificare la correttezza del contemperamento realizzato dall'ordinamento nazionale tra i diritti e gli interessi rilevanti in concreto nell'ambito del giudizio di compatibilità tra la normativa sulla pma adottata dal singolo Stato e le norme della Convenzione europea.

La peculiarità del caso *S.H. e altri c. Austria*, che ha affrontato il tema del divieto di fecondazione eterologa previsto nella legislazione nazionale austriaca, è rappresentata però da un'inversione di rotta delle argomentazioni della stessa Corte di Strasburgo rispetto ai suoi precedenti approdi in relazione alla medesima vicenda: se con la pronuncia del 2010, infatti, la Prima Sezione ha censurato il divieto austriaco in ragione dell'assunta scelta discriminatoria del legislatore di proibire solo alcuni trattamenti di fecondazione eterologa (quelli *in*

vitro), ritenendo del tutto leciti altri (quelli *in vivo*), con la successiva decisione del 2011 la Grande Camera ha ridimensionato il suo precedente slancio, mantenendo un approccio di *self restraint*.

Pur restando fedele al principio già elaborato della riconducibilità del diritto alla riproduzione artificiale nell'ambito applicativo dell'art. 8 CEDU, infatti, la Corte ha in questa occasione riconosciuto la piena compatibilità della normativa nazionale austriaca rispetto al parametro convenzionale richiamato, proprio valorizzando il margine di discrezionalità che dev'essere riservato agli Stati nelle scelte normative che coinvolgono questioni di natura essenzialmente morale e sociale, in mancanza di un'armonizzazione a livello europeo in materia di procreazione medicalmente assistita.

Nel caso di specie, dunque, i giudici europei hanno ritenuto legittima la scelta legislativa austriaca di vietare la fecondazione di tipo eterologo *in vitro* e la donazione di ovuli, affermando che il divieto di fecondazione eterologa sancito dalla legislazione vigente in Austria rappresenta un'interferenza dell'autorità interna del tutto proporzionata e necessaria al soddisfacimento di interessi di natura generale - anche a scapito di quelli individuali - compatibile con l'art. 8 CEDU e negando, pertanto, la violazione, da parte della stessa

disciplina di quell'ordinamento giuridico, del diritto al rispetto della vita privata e familiare riconosciuta dalla Convenzione europea.

L'eco prodotta dalla decisione della Corte di Strasburgo rispetto alla vicenda austriaca ha generato effetti rilevanti anche nel nostro ordinamento rispetto a ben due casi che hanno visto come ricorrenti innanzi i giudici europei dei cittadini italiani.

Il riferimento è, in primo luogo, al noto caso *Costa e Pavan c. Italia*³⁹⁰, in cui è stata affrontata la vicenda relativa a due aspiranti genitori non sterili ma portatori sani della mucoviscidosi i quali, esclusi dalla legge n. 40/2004 dall'accesso alla diagnosi preimpianto al fine di poter selezionare un embrione non affetto da tale patologia, hanno adito la Corte Europea dei diritti dell'Uomo nel 2010, lamentando proprio la violazione dei parametri convenzionali rappresentati dagli artt. 8 e 14 della CEDU da parte della normativa italiana³⁹¹.

La pronuncia della Corte di Strasburgo, che ha condannato lo Stato italiano al risarcimento del danno morale cagionato alla coppia, è di fondamentale importanza non solo per i risvolti relativi all'evoluzione ed alla modifica sostanziale della legge italiana, di cui

³⁹⁰ Corte e. dir. uomo, sez. II, 28 agosto 2012, n. 54270, *Costa e Pavan c. Italia*, cit.

³⁹¹ In argomento si consenta il rinvio a P. SANFILIPPO, *Dal 2004 al 2014: lo sgretolamento necessario della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 386.

si è già trattato³⁹², ma anche per il consolidamento del diritto a concepire un figlio attraverso trattamenti di fecondazione artificiale nell'ambito applicativo dell'art. 8 CEDU.

La sentenza *de qua*, tuttavia, giunge a sua volta a conclusioni diverse rispetto alla pronuncia relativa al caso austriaco cui si è già accennato: in questa occasione, infatti, i giudici europei tornano a registrare nuovamente l'incompatibilità di una normativa nazionale con le disposizioni sovranazionali, a causa di un'ingerenza statale ritenuta del tutto squilibrata a scapito dei diritti dei soggetti direttamente danneggiati dalle scelte del legislatore.

Al contrario, nessuna incompatibilità tra la normativa italiana in materia di procreazione medicalmente assistita e l'art. 8 CEDU è evidenziata rispetto alla vicenda su cui si è fondata la recente sentenza della Grande Camera del 27 agosto 2015, relativa al caso *Parrillo c. Italia*³⁹³, in cui la ricorrente ha dedotto l'incompatibilità dell'art. 13 della legge sulla pma con il suo diritto al rispetto della vita privata garantito dall'articolo 8 della CEDU, lamentando anche la violazione della libertà di espressione garantita dall'articolo 10 della

³⁹² Cfr. *supra*, cap. II, §3.

³⁹³ Corte e. dir. uomo, sez. Grande Chambre, 27 agosto 2015, n. 46470, *Parrillo c. Italia*, in *Ragiusan*, 2016, 385-386, 13.

Convenzione, di cui la ricerca scientifica era, secondo la sua deduzione, un aspetto fondamentale.

Sebbene per la prima volta, nell'ambito di questo giudizio, i giudici di Strasburgo si siano impegnati nella valutazione di un potenziale riconoscimento dell'estensione dell'ambito di applicazione dell'art. 8 CEDU anche al diritto a donare i propri embrioni creati *in vitro* per destinarli alla ricerca scientifica, in questa occasione la Grande Camera ha comunque escluso la violazione del parametro CEDU da parte del divieto di ricerca sugli embrioni ex art. 13 della legge n. 40/2004, ancora una volta richiamando l'ampia discrezionalità di cui gli Stati parte della Convenzione godono nella scelta della regolamentazione della ricerca scientifica sugli embrioni umani, sulla quale non esiste ancora un *consensus* fra gli Stati europei.

Non trovando il diritto di donare gli embrioni alla ricerca scientifica alcuna espressa copertura nella disposizione convenzionale, che invece offre tutela al diritto al rispetto della vita privata e familiare, dunque, secondo i giudici di Strasburgo gli Stati parte della Convenzione godono ancora di un ampio margine d'apprezzamento nella decisione su come regolare la ricerca scientifica³⁹⁴.

³⁹⁴ In argomento cfr., tra tutti, V. ZAGREBELSKY, *Parrillo c. Italia. Il destino degli embrioni congelati tra Convenzione europea dei diritti umani e Costituzione*, cit., p. 611 ss.

La sintetica rassegna delle principali pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo in merito al tema della riproduzione artificiale, che è stato affrontato dai giudici nei suoi molteplici aspetti, inevitabilmente suggerisce una risposta negativa al quesito relativo alla possibilità che l'autoreferenzialità dei singoli ordinamenti nazionali possa lasciare spazio all'affermazione di interpretazioni sovranazionali armonizzanti, nella prospettiva di una tutela uniforme del diritto alla riproduzione medicalmente assistita a tutti i cittadini europei.

Proprio i dati e la casistica giurisprudenziale in materia, come si è appena visto, non consentono, allo stato attuale, di immaginare una piena armonizzazione a livello europeo in materia di procreazione medicalmente assistita: l'impressione è che, come anche segnalato dalla Corte di Strasburgo nelle sue pronunce, l'impedimento maggiormente dirimente sia rappresentato proprio dalla perdurante assenza di una *communis opinio* sul tema della fecondazione artificiale, dovuto alle differenti sensibilità su temi etici dei diversi ordinamenti nazionali in Europa.

Dall'analisi comparata delle principali legislazioni in Europa sulla fecondazione artificiale, infatti, emerge come la mancanza di un denominatore comune nei sistemi giuridici degli Stati europei in

relazione alla regolamentazione dei trattamenti di pma necessariamente finisca per ampliare l'estensione del margine di apprezzamento del quale beneficiano gli stessi Stati, imponendo dunque alla Corte europea dei diritti dell'uomo un atteggiamento il più possibile prudente e rispettoso delle singole scelte legislative nazionali.

1) “Le relazioni pericolose” tra laicità e biodiritto: alla ricerca di un equilibrio e di possibili correttivi.

L'attuale assenza in Europa di un *consensus* sul tema della fecondazione artificiale registrata a seguito dell'analisi della casistica giurisprudenziale sul tema, non consentendo una piena armonizzazione a livello europeo della regolamentazione dei trattamenti di fecondazione artificiale in ragione delle differenti sensibilità su temi etici dei diversi ordinamenti nazionali in Europa, non può che suggerire una conclusiva riconsiderazione delle relazioni tra il principio di laicità e il biodiritto all'interno di ciascuno degli ordinamenti nazionali in questa sede considerati, allo scopo di individuare non soltanto eventuali carenze ma anche possibili “correttivi” alle singole legislazioni nazionali, tali da assicurare la

piena compatibilità della normazione interna in materie eticamente sensibili al principio cardine di ogni ordinamento giuridico che si definisca laico.

Come già osservato, infatti, il continuo progresso scientifico e le applicazioni tecnologiche alla medicina nei trattamenti delle forme di vita *in limine* rappresentano per ogni ordinamento giuridico cruciali tematiche che impongono una costante rilettura delle categorie tradizionali del diritto, delle sue funzioni, dei suoi stessi paradigmi, specie nell'ambito settore della tutela penale della persona: le modalità di tutela approntate dal biodiritto penale, difatti, sono state autorevolmente definite come «la cartina di tornasole della effettività, legittimità, democraticità, di ogni ordinamento giuridico»³⁹⁵, rappresentando quello della tutela penale della persona uno degli ambiti in cui in maniera più evidente si manifesta il carattere effettivamente laico e pluralista di ogni ordinamento giuridico³⁹⁶.

Se è pur vero che di fronte alle tormentate questioni rappresentate da scelte intime di coscienza il mito della separazione netta tra etica e diritto s'incrina, non potendo l'ordinamento mantenersi “avalutativo”³⁹⁷, o “amorale”³⁹⁸, è tuttavia anche necessario

³⁹⁵ A. MANNA, *La tutela penale della persona: quali orizzonti?*, cit., p. 629.

³⁹⁶ In argomento cfr. *supra*, cap. I, § I.

³⁹⁷ S. CANESTRARI, *Bioetica e diritto penale*, cit., p. 19.

che un diritto autenticamente laico esprima e rappresenti non una sola concezione etica ma *tutte* le possibili prospettive che caratterizzano il contesto sociale, plurale e multiculturale³⁹⁹ nel cui ambito si prefigge di introdurre una regolamentazione.

L'obiettivo auspicato, pertanto, non sembra già quello di realizzare un'opzione (*rectius*: un giudizio di valore), ma piuttosto, come già evidenziato, di adottare un metodo nel processo di produzione normativa che assicuri la neutralità rispetto ai diversi valori afferenti alle singole concezioni morali e religiose diffuse nella società⁴⁰⁰.

Alla luce dell'analisi delle legislazioni nazionali italiana, tedesca e spagnola in tema di fecondazione medicalmente assistita fin qui condotta, l'impressione è che il perseguimento di un simile obiettivo di neutralità tra le eterogenee e contrapposte istanze sia stato perseguito solo in parte.

A ben vedere sembra individuabile, all'interno delle tre normative esaminate, una diretta proporzionalità tra il grado di elasticità assunto dal legislatore nell'assicurare la liceità dell'accesso

³⁹⁸ M. DONINI, "Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Nota su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feiberg, cit., p. 60 ss.

³⁹⁹ A. BERNARDI, *Il diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo*, cit., p. 516; A. MORRONE, *Multiculturalismo e Stato costituzionale*, cit., *passim*.

⁴⁰⁰ Cfr. S. CANESTRARI – L. CORNACCHIA – G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale, Parte generale, Laicità*, cit., p.225 ss.; C.E. PALIERO, *La laicità penale alla sfida del "secolo delle paure"*, cit., p. 1176.

alle diverse tecniche di riproduzione artificiale e il mantenimento di un equilibrio laico sui temi di biodiritto nell'ordinamento giuridico in questione: quanto più la normativa nazionale si rivela permissiva in materia, tanto più il rapporto tra biodiritto e liceità sembra caratterizzarsi per un maggior equilibrio.

E difatti, sembra che una sufficiente equidistanza nel confronto dialogico tra i diversi orientamenti politico-ideologici e culturali radicati nel contesto sociale di riferimento possa registrarsi soltanto all'interno dell'ordinamento giuridico spagnolo.

Ad una simile conclusione si perviene in considerazione della onnicomprensiva *ratio* di tutela del diritto alla creazione di una famiglia senza differenziazioni discriminatorie sottesa alla *Ley 14/2006*, che assicura la perfetta equivalenza giuridica tra tutti i soggetti che ricorrono alle tecniche di fecondazione artificiale, indipendentemente dal sesso, dallo stato civile e dall'orientamento sessuale.

È peraltro la stessa soluzione sanzionatoria adottata dal modello spagnolo, scevra, come si è visto, da riflessi eticizzanti o dalla formulazione di giudizi di natura morale da parte del legislatore nel dettare una regolamentazione dei trattamenti di fecondazione artificiale, a lasciar sostenere ulteriormente tale considerazione.

Flessibile non soltanto in relazione ai requisiti per l'accesso alle tecniche di riproduzione artificiale ma anche alla stessa realizzazione della maggior parte dei trattamenti di fecondazione medicalmente assistita tra cui l'eterologa, dunque, l'esperienza legislativa spagnola costituisce un chiaro esempio della "sfera pubblica polifonica"⁴⁰¹ di cui parla Habermas, che è ritenuta possibile solo se fondata sul rispetto e sulla salvaguardia giuridica delle differenze all'interno di una comunità pluralistica.

Sembrano ancora pericolose, al contrario, le relazioni tra laicità e biodiritto nell'ordinamento giuridico italiano e tedesco.

La previsione di rigidi divieti e sanzioni (anche codificati utilizzando lo strumento del diritto penale per mezzo della criminalizzazione di determinati trattamenti di fecondazione assistita) a protezione di istanze unilaterali di essenzialmente carattere morale, come si è registrato nel modello italiano prima della riscrittura giurisprudenziale della legge n. 40/2004 e nella disciplina tedesca elaborata ad esclusiva tutela dell'embrione, rappresenta solo l'ultima e più evidente spia delle interferenze di natura essenzialmente etica nella normazione dei trattamenti di fecondazione assistita,

⁴⁰¹ Così J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale. Appendici. Fede e sapere.*, cit., p. 107.

manifestandosi così chiari *deficit* di laicità all'interno delle legislazioni italiana e tedesca sul tema della riproduzione artificiale⁴⁰².

Se per un verso, infatti, nel contesto italiano è stato registrato un palese sbilanciamento della legge n. 40/20004 a favore della prospettiva etico-religiosa di matrice cattolica, al punto da far sostenere l'idea del fallimento del tentativo di realizzare un equilibrato bilanciamento tra i beni e gli interessi di centrale rilevanza⁴⁰³, per altro verso la stessa concezione affermatasi nel contesto tedesco dell'incomprimibile necessità di tutela della vita prenatale e della sua dignità, non bilanciabile a confronto con qualsiasi altro valore in conflitto, compreso quello all'autodeterminazione e allo sviluppo della personalità della gestante, evidenzia una netta scelta di campo dei legislatori che mal si concilia con l'idea di una democrazia laica, il cui tratto essenziale è invece proprio rappresentato dall'equidistanza rispetto ai diversi valori afferenti alle singole concezioni morali e religiose diffuse nella società.

Dall'adozione, nei due ordinamenti giuridici di cui ci si è occupati, di scelte politico-criminali connesse alla valorizzazione del

⁴⁰² A. MORI, *Fecondazione assistita*, in AA.VV., *Laicità e Stato di diritto*, cit., p. 165; L. RISICATO., *Laicità e principi costituzionali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., p. 9

⁴⁰³ Così G. FIANDACA, *Scelte di tutela in materia di fecondazione assistita e democrazia laica*, cit., p. 343; ID., *Laicità, danno criminale e modelli di democrazia*, in *Laicità e multiculturalismo. Profili penali ed extrapenali*, a cura di L. Riscato, E. La Rosa, Torino, 2009, p. 32 ss.; ID., *Diritto penale, tipi di morale e tipi di democrazia*, in AA. VV., *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, a cura di Fiandaca, Francolini, Torino, 2008.

plurivoco – e spesso anche equivoco – valore della dignità umana e di soluzioni legislative del tutto sbilanciate a favore delle istanze di protezione del solo nascituro, emergono evidenti carenze in termini di laicità, le cui radici affondano invece nell’esigenza di rispetto e tutela del singolo da declinarsi principalmente come capacità di autodeterminarsi in ordine alle scelte più intime della propria esistenza e non soltanto nella mera esaltazione della dignità *tout court*, suscettibile di caricarsi anche di pericolosi riflessi eticizzanti o emozionali.

Di fronte alla questione del bilanciamento tra i diversi valori ed interessi in gioco, affrontata dal legislatore italiano e da quello tedesco e risolta infine nel senso di un sostanziale affievolimento di qualsiasi dei pur vari interessi in gioco a favore della preponderante preferenza delle sole ragioni del nascituro in evidente violazione del fondamentale principio della laicità dello Stato, sembra che, anche in ragione della già rilevata assenza di un’armonizzazione europea sul tema, il percorso di riscrittura giurisprudenziale delle legislazioni nazionali in materia di procreazione medicalmente assistita si riveli oggi il “correttivo” più idoneo e più efficacemente utilizzabile allo scopo di restituire un equilibrio nei rapporti tra laicità e biodiritto negli ordinamenti giuridici che vengono qui in considerazione.

Come si è visto, infatti, nell'esperienza dei due ordinamenti l'intervento dei giudici nazionali e sovranazionali a seguito dell'entrata in vigore delle due normative in materia di riproduzione artificiale si è rivelato cruciale per la correzione dei diversi profili di irragionevolezza delle normative interne e per il ristabilimento di un equilibrio tra le diverse concezioni ed istanze che soprattutto in tema di biodiritto vengono in considerazione.

È proprio alla giurisprudenza nazionale ed europea, difatti, che deve attribuirsi il merito di aver rimodellato gli impianti originari delle normative in materia di pma, proprio per mezzo della rimozione dagli ordinamenti di riferimento delle disposizioni più controverse e della progressiva e conseguente demolizione, così, anche l'apparato repressivo sia della legge n. 40/2004 che dell'*ESchG*.

La fondamentale funzione supplente assunta dalla giurisprudenza costituzionale e sovranazionale, pertanto, ha finora perseguito lo scopo non soltanto di assicurare un rinnovamento delle principali direttrici politico-legislative della disciplina della pma in considerazione dell'evoluzione della scienza e della tecnica e delle loro applicazioni alla medicina, ma ha anche ottenuto il fine di restituire ad essa coerenza ed unitarietà rispetto ai sistemi giuridici in Italia e in Germania.

L'impressione è che un simile ruolo si avverta ancora come necessario e debba continuare ancora ad essere ricoperto dai giudici per mezzo dei loro opportuni interventi manipolativi, soprattutto per alcune delle più problematiche disposizioni superstiti delle due normative nazionali: l'obiettivo continua ad essere quello del ristabilimento di un sistema democratico il più possibile attento ad una considerazione bilanciata di tutti i diritti e di tutte le istanze presenti in concreto e, dunque, anche più autenticamente laico.

Indice bibliografico

AA. VV., *Laicità e Stato di diritto*, a cura di A. Ceretti e L. Garlati, Milano, 2007;

AA. VV., *Questioni di vita o di morte. Etica pratica, bioetica e filosofia del diritto*, a cura di M. La Torre, M. Lalatta Costerbosa e A. Scerbo, Torino, 2007;

AA.VV., *Laicità. Una geografia delle nostre radici*, a cura di G. Boniolo, Torino, 2006;

AA. VV., *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, a cura di Picotti L., Padova, 2013.

AA. VV., *Dalla provetta alla Corte. La legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio*, in Bin R.– Brunelli G. – Guazzarotti A.– Pugiotta A. – Veronesi P.(a cura di), Torino, 2008;

AA. VV., *Laicità e multiculturalismo. Profili penali ed extrapenali*, a cura di L. Risicato, E. La Rosa, Torino, 2009.

AA. VV., *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentali e anglo-americane a confronto*, a cura di Fiandaca, Francolini, Torino, 2008;

AGOSTA S., *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte cost., sent. n. 151/2009)*, in *Forum Quad. cost*, 2009;

ALPA G., *Le origini della vita e la posizione giuridica dell'embrione*, in Alpa G.- Resta G., *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco R., Torino, 2006, p. 207 ss.;

ANGELINI F., *Procreazione medicalmente assistita*, in *Dig. disc. pubbl.*, Aggiornamento, VI, Utet, Torino, 2015;

APA S., *Bioetica: diritti fondamentali e dignità umana. Profili giurisprudenziali e legislativi in prospettiva comparata*, Vicalvi, 2015;

ARNOLD R., *Questioni giuridiche in merito alla fecondazione artificiale nel diritto tedesco*, in C. Casonato e T.E. Frosini (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, 2006;

BACCO F., *Dalla dignità all'eguale rispetto: libertà di espressione e limiti penalistici*, in *Quad.cost.*, XXXII, 2012, p. 823 ss.;

BALDINI G., CASSANO G., *Persona, biologia e procreazione*, in *Biblioteca del diritto di famiglia*, a cura di M. Dogliotti, Milano, 2002;

BALDINI G., *Legge 40/2004 e diagnosi genetica di preimpianto. Rilievi sull'evoluzione normativo-giurisprudenziale intervenuta*, in AA.VV., *Nascere e morire: quando decido io? Italia ed Europa a confronto*, Firenze, 2011, p. 99 ss.;

BALDINI G., *Le nuove frontiere del diritto di procreare: jus generandi e fecondazione artificiale tra libertà e limiti*, in Baldini – Cassano, *Persone, biotecnologie e procreazione*, Milano, 2002;

BALDINI G., *Procreazione assistita: esperienze e prospettive applicative della legge 40*, in AA.vv., *Produrre uomini*, a cura di A. Buccelli, Firenze, 2005;

BALDINI G., *Tecnologie riproduttive e problemi giuridici; riflessioni di diritto civile su alcune delle principali questioni poste dall'affermarsi delle metodiche artificiali di procreazione umana*, Torino, 1999;

BALDINI G., *PMA e diagnosi genetica preimpianto (PGD). Profili di illegittimità costituzionale del (presunto) divieto posto*

dalla legge n. 40 del 2004, in *Tecnologie riproduttive e tutela della persona. Verso un comune diritto europeo per la bioetica*, a cura di G. Baldini e M. Soldano, Firenze, 2007;

BALDINI V., *Il trattato di Lisbona e il rispetto dell'identità costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, Saggi, fasc. n. 2, 2010;

BARBERA A., *Sub art. 2 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, Bologna- Roma, a cura di Branca G., 1975;

BARELA V., *La regolamentazione delle strutture autorizzate e la disciplina dei divieti e delle sanzioni*, in Stanzone P.- Sciancalepore G. (a cura di), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004*, Milano, 2004;

BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984;

BARNI M., *Diritti-doveri. Responsabilità del medico dalla bioetica al biodiritto*, Milano, 1999;

BARTOLE S., *Stato laico e Costituzione*, in AA. VV., *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione. Scritti per Giovanni Grottanelli de'Santi*, Milano, 2007;

BARTOLE S.- P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012;

BARTOLETTI D. – F. VARENGHI- A. VALLINI, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita (l. 19.2.2004, n. 40)*, in *Leg. pen.*, 2005;

BARTOLI R., *La totale irrazionalità di un divieto assoluto. Considerazioni a margine del divieto di procreazione assistita eterologa*, in *Riv.it.dir.proc. pen.*, 2011;

BAUD J.P., *Il caso della mano rubata*, Milano, 2002;

BERNARDI A., *Il diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo*, in *Riv.it.dir.pubb.comun.*, 2002;

BEZERRA SALES G., *Überzählige Embryonen in der Reproduktionsmedizin*, Baden- Baden, 2014;

BIANCA C.M., *Il diritto alla procreazione*, in Biscontini G. – Ruggeri L. (a cura di), *La tutela dell’embrione*, Napoli, 2002;

BIN R., *La corte e la scienza*, in *Bio-tecnologie e valori costituzionali* a cura di D’Aloia, Torino, 2005;

BONINI S., *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *Ind. pen.*, 2003;

BRAUDE P., PICKERING S., FLINTER F., C. MACKIE OGILVIE, *Preimplantation genetic diagnosis*, in *Nature Review/ Genetics*, 3-2002;

Bundesminister für Forschung und Technologie, Benda Kommission, *In-vitro-Fertilisation, Genomanalyse und Gentherapie: Bericht der gemeinsamen Arbeitsgruppe des Bundesministers für Forschung und Technologie und des Bundesministers der Justiz*, München, 1985;

BUSNELLI F.D., *Quali regole per la procreazione assistita*, in *Riv.dir.civ.*, II- 1996, p. 580 ss.

BUSNELLI F.D., *Bioetica e diritto privato: frammenti di un dizionario*, Torino, 2001;

CADOPPI A. - CANESTRARI S. – VENEZIANI P. (a cura di), *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza. Procreazione medicalmente assistita*, Piacenza, 2011;

CAFFARRA C., *La procreazione artificiale: riflessione etico-politica*, Ferrara, 1999;

CALOGERO M., *La procreazione artificiale. Una ricognizione dei problemi*, Milano, 1989;

CAMPIGLIO C., *Fecondazione assistita e famiglia nel diritto internazionale*, Padova, 2003;

CANESTRARI S., *Bioetica e diritto penale. Materiali per una discussione*, Torino, 2012;

CANESTRARI S., *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in *Studi in onore di G. Marinucci, I*, Milano, 2006;

CANESTRARI S., *Principi di biodiritto penale*, Milano, 2015;

CANESTRARI S., *Procreazione assistita: limiti e sanzioni. Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40*, in *Dir. pen. proc.*, 2004;

CANESTRARI S., *Procreazione medicalmente assistita e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2000;

CANESTRARI S., *Verso una disciplina penale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita? Alla ricerca del bene giuridico, tra valori ideali e opzioni ideologiche*, in FIORAVANTI (a cura di), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Milano, 2001;

CANESTRARI S. - F. FAENZA, *Il principio di ragionevolezza nella regolamentazione biogiuridica: la prospettiva del diritto penale*, in *Criminalia*, 2008;

CANOVA L., *Possibili evoluzioni psicopatologiche nei bambini nati con la procreazione artificiale*, in *Dir. fam. pers.*, 2001;

CARIOLA A.- PAPANDEA S., *Riflessioni minime su una legge controversa: l'obbligo di impianto nella disciplina sulla fecondazione assistita*, in www.laprocreazioneassistita.it.

CASINI C., CASINI M, DI PIETRO M.L., *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Commentario*, Torino, 2004;

CASONATO C., *Legge 40 e principio di non contraddizione: una valutazione di impatto normativo*, in *La nuova disciplina della procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, Trento, 2005;

CASONATO C., *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in www.confronticostituzionali.eu, 17 giugno 2014;

CASONATO C., *Legge 40 e principio di non contraddizione: una valutazione di impatto normativo*, in C. CASONATO, E. CAMASSA (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*;

CASSANI C., *La diagnosi genetica preimpianto e la sua rilevanza penale*, in *Ind. pen.*, 2009;

CASSANI, SESTA, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Codice della famiglia*, a cura di Sesta, II, Milano, 2009

CASUSCELLI G., *Appartenenze/credenze di fede e diritto penale: percorsi di laicità*, in *Laicità e multiculturalismo. Profili penali ed extrapenali*, Torino, 2009;

CAVALIERE A., *Né integralismi religiosi né bio-mercificazione. Le biotecniche nello stato sociale di diritto*, in *Crit. Dir.*, 1998;

CHIEFFI L., *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Napoli, 1993;

CHIEFFI L., *L'irragionevole obbligo di crioconservazione degli embrioni selezionati e abbandonati in seguito ad indagine genetica preimpianto*, in *Giur. Cost.*, 6 -2015;

CHINNI D., *La procreazione medicalmente assistita tra “detto” e “non detto”. Brevi riflessioni sul processo costituzionale alla legge n. 40/2004*, in *Giur.it.*, 2010;

CONSORTE F., *La disciplina della procreazione medicalmente assistita (l. 19-2-2004)*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da Cadoppi- Canestrari- Manna –Papa, Parte speciale, Vol. VII, Torino, 2011;

CONSORTE F., *Tutela penale e principio di precauzione*, Torino, 2013;

CONSORTE F., *Il divieto di diagnosi preimpianto e di selezione degli embrioni della prospettiva penalistica, in attesa della pronuncia della Corte Costituzionale*, in *Bioetica*, 2006;

CORNACCHIA L., *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2004;

CORTI I. , *La maternità per sostituzione*, Milano, 2000;

Convenzione per i diritti dell'uomo e la dignità dell'essere umano riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina, Oviedo 1997;

COSSIRI A., *La l. n. 40/2004 ancora di fronte alla Corte: l'inammissibilità delle questioni sui divieti di revoca del consenso e di ricerca sugli embrioni*, in *Giur.cost.*, 2-2016;

D'ADDINO SERRAVALLE P., *Ingegneria genetica e valutazione del giurista*, Napoli, 1989;

D'ALOIA A.- TORRETTA P., *La procreazione come diritto della persona*, in S. Rodotà – P. Zatti (diretto da), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*;

D'AMICO G., *La Corte Costituzionale e il peccato di Ulisse*, in *Forum Quad. Cost.*, 2014;

D'AMICO M. - COSTANTINI M.P. (a cura di), *L'illegittimità costituzionale del divieto della «fecondazione eterologa». Analisi critica e materiali*, Milano, 2014;

D'AVACK L., *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: un'occasione mancata per bilanciare valori ed interessi contrapposti in uno stato laico*, in *Dir. fam.*, 2-2004;

DE VOS A. – VAN STEIRTEGHEM, *Aspects of biopsy procedures prior to preimplantation genetic diagnosis*, in *Prenat Diagn*, 2001;

DE TILLA M. – L. MILINTERNI – U. VERONESI, *Fecondazione eterologa*, Milano, 2015;

DEDERER H.G., *Verfassungskonkretisierung im Verfassungsneuland: das Stammzellgesetz*, in *Juristenzeitung*, 2003;

DI COSIMO G., *Quando il legislatore predilige un punto di vista etico/religioso: il caso del divieto di donazione dei gameti*, in *Dir. pen. cont.*, 17 ottobre 2013;

DI GENIO G., *Il primato della scienza sul diritto (ma non su i diritti) nella fecondazione assistita*, in *Forum quad. cost.*, 2009;

DI GIOVINE O., *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Torino, 2009;

DI STASI A., *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritto dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno*, Vicenza, 2016;

Diagnosi genetica preimpianto in Germania - adottato il regolamento attuativo, in *biodiritto.org*;

DOGLIOTTI M. – FIGONE A., *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza*, Milano, 2004;

DOLCINI E., *Embrione, pre-embrione, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita (legge 19 febbraio 2004, n.40)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004;

DOLCINI E., *Embrioni nel numero "strettamente necessario": il bisturi della Corte Costituzionale sulla legge 40 del 2004*, in *Riv.it.proc.pen.*, 2009,

DOLCINI E., *Fecondazione assistita e diritto penale*, Milano, 2008;

DOLCINI E., *Il punto sulla fecondazione assistita: in particolare il problema della fecondazione eterologa*, in *Corr. merito*, 2013;

DOLCINI E., *Legge sulla procreazione assistita e laicità dello Stato: da sempre, un rapporto difficile*, in *Dir.pen.cont.*, 27 novembre 2013;

DOLCINI E., *La legge n. 40 del 2004: alla prova dei fatti, un efficace strumento di lotta contro la procreazione medicalmente assistita*, in *Corr. merito*, 2007;

DOLCINI E., *La procreazione assistita: profili penalistici*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, tomo II, in AA.VV., *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, Giuffrè, 2011;

DOLCINI E., *La legge sulla fecondazione assistita, un esempio di "sana laicità"*, in www.statoechiese.it, 2009;

DOLCINI E., *La legge sulla procreazione assistita. Quali prospettive dopo il referendum del 12 giugno 2005?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006;

DOLCINI E., *Responsabilità del medico e reati in materia di procreazione assistita*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2009;

DOLCINI E., *Il divieto di fecondazione assistita "eterologa" ...in attesa di giudizio*, in *Dir.pen. proc.*, 2011;

DOLCINI E., *Il punto sulla fecondazione assistita: in particolare il problema della fecondazione assistita "eterologa" rileggendo Carlo Flamigni*, in AA.VV. *Carlo Flamigni. Medicina, impegno*

civile, bioetica, letteratura, a cura di Mori M., *Le lettere*, Firenze, 2013;

DOLCINI E., *La fecondazione assistita “eterologa”*. Una questione aperta, in Poggi F. (a cura di) *Diritto e bioetica. Le questioni fondamentali*, Roma, 2013;

DONINI M., “Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Nota su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’”offense” di Joel Feiberg, in CADOPPI A. (a cura di), *Laicità, Valori E Diritto Penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In Ricordo Di Joel Feinberg*, Milano, 2010;.

DOSSETTI M. – LUPO M. – MORETTI M., *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, Milano, 2010;

DWORKIN R., *Life’s dominion: an argument about abortion, euthanasia and individual freedom*, New York, 1993;

EUSEBI L., *Beni penalmente rilevanti e tecniche di procreazione*, in Fioravanti (a cura di), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Milano, 2008;

EUSEBI L., *Problemi aperti circa le condotte incidenti sulla vita umana*, in *Riv.it.med.leg.*, 2012;

EUSEBI L., *Laicità e dignità umana nel diritto penale(pena, elementi del reato, biogiuridica)*, in *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007;.

EUSEBI L., *Lo statuto dell’embrione, il problema eugenetico, i criteri della generazione umana . La legge n. 40/2004 e i quesiti referendari*, in www.laprocreazioneassistita.it;

EUSEBI L., *La vita individuale precoce: soltanto materiale biologico?*, in *Leg. pen.*, 2005;

EUSEBI L., *Laicità e dignità umana nel diritto penale: pena, categorie dogmatiche, biogiuridica*, in PICOTTI L. (a cura di), *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, Padova, 2013;

FACCIOLI M., *Procreazione medicalmente assistita (voce)*, in *Digesto disc. priv.*, Torino, 2007;

FARAONI A.B., *La maternità surrogata*, Milano, 2002;

FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma –Bari, 1989;

FERRAJOLI L., *Stato laico ed etica laica. La laicità del diritto penale*, in *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, a cura di Canestrari S. – Stortoni L., Bologna, 2009;

FERRANDO G., *Modelli giuridici di controllo delle tecniche di procreazione artificiale*, in *Politica del diritto*, 1991;

FERRANDO G., *Quale disciplina per la procreazione artificiale?*, in *Dir.fam.pers.*, 2-1987;

FERRANDO G., *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico. Principi, problemi e linee di tendenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, fasc.1-2, 1998;

FERRANDO G., *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999;

FERRANDO G., *La procreazione assistita: modelli di disciplina a confronto*, in Fioravanti L. (a cura di), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Milano, 2001;

FERRANDO G., *Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte Costituzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2-2009;

FIANDACA G.- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. II, tomo I, *I delitti contro la persona*, Bologna, 2013;

FIANDACA G., *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e post-secolarismo*, in *Riv.it.proc.pen.*, 2007;

FIANDACA G., *Scelte di tutela in materia di fecondazione assistita e democrazia laica*, in *Leg. pen.*, 2005;

FIANDACA G., *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in memoria di P. Nuvolone*, I, Milano, 1991;

FIANDACA G., *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011;

FIANDACA G., *Laicità, danno criminale e modelli di democrazia*, in *Laicità e multiculturalismo. Profili penali ed extrapenali*, a cura di L. Risicato, E. La Rosa, Torino, 2009;

FIANDACA G., *Diritto penale, tipi di morale e tipi di democrazia*, in AA. VV., *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, a cura di Fiandaca, Francolini, Torino, 2008;

FIANDACA G., *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, Padova, 1984

FIORENTINO F., *La diagnosi genetica preimpianto: problemi pratici e questioni applicative in campo medico*, in *Tecnologie riproduttive e tutela della persona. Verso un comune diritto europeo per la bioetica*, a cura di G. Baldini e M. Soldano, Firenze, 2007;

FLAMIGNI C., *Introduzione. Il biologo parla al giurista*, in E. Dolcini, *Fecondazione assistita e diritto penale*, Milano, 2008;

FLAMIGNI C., *Le tappe dell'evoluzione biologica*, in in S. Rodotà – P. Zatti (diretto da), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo* (a cura di S. CANESTRARI – G. Ferrando – C.M. Mazzoni – S. Rodotà – P. Zatti), Tomo II, Milano;

FLAMIGNI C., *La procreazione assistita*, Bologna, 2002;

FLAMIGNI C., *A proposito di donazione di gameti*, in www.carloflamigni.it;

FLAMIGNI C., *La procreazione assistita. Fertilità e sterilità tra medicina e considerazioni bioetiche*, Bologna, 2011;

FLAMIGNI C.- BORINI A., *Fecondazione e(s)terologa*, Torino, 2012;

FORABOSCO A., *Le diagnosi prenatali e preimpianto*, in *Il governo del corpo. Trattato di biodiritto*;

FORDER C., *Procreazione assistita nel quadro dei diritti dell'uomo*, in *Pol. dir.*, 1999;

FORNERO G., *Bioetica cattolica e bioetica laica*, Milano, 2005;

FRATI P. - MONTANARO VERGALLO G.– DI LUCA N. M., *La diagnosi preimpianto tra libertà della coppia e tutela della vita prenatale*, in *Riv.it.med. leg.*, 4-5/2007;

FROSINI T.E., *Così cala l'ombra dell'illegittimità*, in *Guida diritto*, 2004;

FURGIUELE G., *La fecondazione artificiale*, in *Quadrimestre*, 1989;

GALLUZZO S., *Il “pendolo” delle scelte negli altri ordinamenti*, in *Guida al Diritto*, dossier n. 3, 2004;

GAMBINO G., *Diagnosi prenatale. Scienza, etica e diritto a confronto*, Napoli, 2003

GAMBINO S., *Diritti Fondamentali e Unione Europea. Una prospettiva Costituzional-Comparatistica*, Milano, 2009;

GENTILOMO A. – PIGA A. –NIGROTTI S., *La procreazione medicalmente assistita nell'Europa dei quindici. Uno studio comparatistico*, Milano, 2005;

GENTILOMO A. – PIGA A., *La procreazione tra natura e cultura. Alcune osservazioni sulla nuova legge in tema di procreazione medicalmente assistita*, in *Riv.it.med.leg.*, 2004;

Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, Ministero della Salute, d.m. 21 luglio 2014;

GIRELLI F., *Bastano le garanzie interne per dichiarare l'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014;

GIUNTA F., *Sperimentazione clinica*, in *Diritto penale*, a cura di F. Giunta, Milano, 2008;

GITTI A., *La Corte Europea dei diritti dell'uomo e la Convenzione sulla biomedicina*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1998;

GORASSINI A., *Procreazione (dir.civ.)*, voce in *Enc.dir.*, XXXVI, Milano, 1987;

GRASSO L., *La procreazione artificiale: prospettiva giuridica, psico-sociologica e medico-legale. Le tecniche di procreazione assistita secondo il disegno di legge in discussione (S 4048), con particolare riferimento al consenso informato ed all'apertura alle coppie di fatto*, in *Dir.fam.pers.*, 2001;

HABERMAS J., *Il futuro della natura umana, I rischi di una genetica liberale. Appendici. Fede e sapere*, a cura di Ceppa L., Torino, 2001;

HABERMAS J., *Tra scienza e fede*, Bari, 2006;

HASSEMER W., *Das Symbolische am symbolischen Strafrecht*, in *Festschr. Roxin*, Berlin-New York, 2001;

IACOMETTI M., *La procreazione medicalmente assistita nell'ordinamento spagnolo*, in *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, a cura di C. Casonato, T. E. Frosini, Torino, 2006;

IAGNEMMA C., *Diagnosi genetica preimpianto: problemi aperti in rapporto alla sentenza della Corte costituzionale n. 229/2015*, in *Riv.it.med.leg.*, 1-2016;

INSOLERA G., *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in *Introduzione al sistema penale*, a cura di Insolera - Mazzacuva - Pavarini - Zanotti, Torino, 2012;

IORIATTI FERRARI E., *Tutela della vita prenatale nel contesto della gravidanza*, in S. RODOTÀ – P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo* (a cura di S. Canestrari – G. Ferrando – C.M. Mazzoni – S. Rodotà – P. Zatti), Tomo II, Milano, 2011;

KELLER R., H. L. GÜNTHER, P. KAISER, *Embryonenschutzgesetz. Juristischer Kommentar mit medizinisch. Naturwissenschaftlichen Grundlagen*, 2014;

KOHLRAUSCH E., *Sicherungshaft. Eine Besinnung auf den Streitstand*, in *ZStW*, 1924;

KREY L.C., *Quality assessment of human embryos; state of the art and future perspectives*, in Revelli - Tur Kaspas - Gunnar Holte - Massobrio, *Biotechnology of human reproduction*, 2002;

LA ROSA E., *Il divieto “irragionevole” di fecondazione eterologa e la legittimità dell’intervento punitivo in materie eticamente sensibili*, in *Giur. it.*, n. 12/2014;

LABRIOLA S., *Libertà di scienza e promozione della ricerca*, Padova, 1979;

LAMBERTUCCI F., voce *Depenalizzazione*, in F. Palazzo, C.E. Paliero, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2003;

LOJACONO V., *Padre*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1982;

LOMBARDI R., *Implicazioni psicologiche della riproduzione artificiale eterologa (AID)*, in *Dir. fam. pers.*, 1998;

LOMBARDI VALLAURI L., *Stato laico, pensiero laico, pensiero dello Stato laico*, in AA.VV., *Laicità e Stato di diritto*, a cura di Ceretti A. –Garlati L., Milano, 2007;

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 (commento alla l. 9 febbraio 2004, n.40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita)* in AA. VV., *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. Palazzo, C.E. Paliero, Padova, 2007;

LUTHER J., *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1997;

MACDONALD R.ST.J., *The margin of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1992;

MAGRO M.B., *Etica laica e tutela della vita umana: riflessioni sul principio di laicità in diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994;

MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005,

MANETTI M., *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Pol. dir.* , 2004;

MANETTI M., *La sentenza sulla PMA, o del legislatore che volle farsi medico*, in *www.costituzionalismo.it*, 1-2009;

MANNA A., *La tutela penale della persona: quali orizzonti?*, in *Pol.dir.*, 4- 2006;

MANNA A., *La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione di beni giuridici*, in *Leg. pen.*, 2005;

MANNA A., *Il divieto di fecondazione medicalmente assistita di carattere eterologo e il c.d. “paternalismo penale”*, in *Riv.it.proc.pen.*, 2013;

MANNA A., *Trattamento medico chirurgico*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992;

MANNA A., *Sperimentazione medica*, in *Enc. dir. agg.*, IV, Milano, 2000;

MANTOVANI F., *Diritto penale, parte speciale*, Padova, 1995;

MANTOVANI F., *Problemi penali delle manipolazioni genetiche*, in *Riv.it.proc.pen.*, 1986;

MANTOVANI F., *La fecondazione tra il «diritto alla prole» e il «diritto ai due genitori»*, in *Ind. pen.*, 1990;

MANTOVANI F., *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, in *Leg. pen.*, 2005;

MANTOVANI F., *Problemi della laicità nell'esperienza giuridico-penale*, in *Scritti in memoria di Renato Dell'Andro*, vol. I, Bari, 1994;

MANTOVANI F., *Manipolazioni genetiche*, in *Dig. Pen.*, 7-1993;

MANTOVANI F., *Le possibilità, i rischi e i limiti delle manipolazioni genetiche e delle tecniche biomediche moderne*, in *Riv.it.med.leg.*, 1990;

MANTOVANI F., *Diritto penale e tecniche biomediche moderne*, in *Ind. pen.*, 1998;

MARINI G., *Il consenso*, in S. Rodotà, Tallacchini M.C. (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010;

MARINUCCI G., *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le "zone franche"*, in *Giur. cost.*, 2006;

MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, Milano, 2001;

MARTINI A., *Profili giuridici della fecondazione medicalmente assistita*, Napoli, 2006;

MILAN G., *Aspetti giuridici della procreazione assistita*, Padova, 1997;

MILAN G., *Consenso del marito all'inseminazione artificiale eterologa della moglie, successivo disconoscimento della paternità e interesse del minore*, in *Dir.fam.pers.*, 1999;

S. MOCCIA, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli, 1979;

MOCCIA S., *Un infelice compromesso: il testo unificato delle proposte di legge in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Critica del diritto*, 1998;

MORI A., *Fecondazione assistita*, in AA.VV., *Laicità e Stato di diritto*, a cura di A. Ceretti e L. Garlati, Milano, 2007;

MORI M., *Modelli normative libertà della persona. Circa la famiglia e la generazione umana*, in G. Baldini - M. Sodano (a cura di), *Tecnologie riproduttive e tutela della persona*, Firenze, 2007;

MORRONE A., *Multiculturalismo e Stato costituzionale*, in AA.VV., *Istituzioni e dinamiche del diritto*, a cura di Vignudelli A., Torino, 2005;

MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1969;

MORMANDO V., *Religione, laicità, tolleranza e diritto penale*, in *Scritti per F. Stella*, I, Napoli, 2007;

MUSIO A., *Misure di tutela dell'embrione*, in Stanzone P.-Sciancalepore G. (a cura di), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004*;

NANNINI U.G., *Il consenso al trattamento medico*, Milano, 1989;

NADDEO F., *Accesso alle tecniche*, in Stanzone P.-Sciancalepore G. (a cura di), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004*, Milano, 2004;

NARDOCCI C., *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di Costa e Pavan c. Italia*, in *Rivista AIC*, 1- 2013;

NYGREN - ANDERSEN, *Assisted reproductive technology in Europe*, 1999;

OLIVETTI M., *Una disciplina che va nella giusta direzione*, in Guida al dir., 3-2004;

PALAZZINI L., *La legge italiana sulla procreazione assistita: aspetti filosofici-giuridici*, in *Dir.fam.pers.*, 1999;

PALAZZO C.F., *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari- problemi – prospettive*, Milano, 1993;

PALAZZO F., *Tendenze e prospettive nella tutela penale della persona umana*, in Fioravanti (a cura di), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Milano, 2008;

PALAZZO F., *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, in *Ind. pen.*, 1986;

PALAZZO F., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità delle leggi penali*, in *Riv.it.proc.pen.*, 1998;

PALIERO C.E., *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1990;

PALIERO C.E., *La laicità penale alla sfida del “secolo delle paure”*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 3-2016;

PANELLA L., *Diritti umani e procreazione artificiale*, Milano, 1990;

PARFENCHYK V. – FLOS A., *Human dignity in a comparative perspective: embryo protection regims in Italy and Germany*, in *Law, Innovation and Technology*, 2017;

PASTORE F., *Il diritto di procreare*, in Baldini V. (a cura di), *Diritti della persona e problematiche fondamentali. Dalla bioetica al diritto costituzionale*, Torino, 2004;

PECORA – VITTORI – CINGOLANI, *Il sistema sanzionatorio della legge 19 febbraio 2004, n. 40, «Norme in materia di procreazione assistita»*. Aspetti giuridici e medico-legali, in *Riv.it.med.leg.*, 2006;

PELLIZZONE I., *Dopo la sentenza costituzionale n. 229 del 2015: la rilevanza penale della selezione eugenetica e della soppressione degli embrioni malati*, in *Studium Iuris*, 7-8/2016;

PENASA S., *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica*, Napoli, 2015;

PENASA S., *La questione delle cellule staminali. Il quadro giuridico*, in *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, (a cura di S. Canestrari – G. Ferrando – C.M. Mazzoni – S. Rodotà – P. Zatti), Tomo I, Milano, 2011;

PERLINGIERI P., *L'inseminazione artificiale tra principi costituzionali e riforme legislative*, in Ferrando G. (a cura di), *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Padova, 1989;

PERLINGIERI P., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972;

PETRONE M., *Aspetti penalistici della nuova genetica*, in *Cass. pen.*, 1986;

PETRUCCI G., *Fecondazione artificiale, famiglia e tutela del nascituro*, Milano, 2002;

PICIOCCHI C., *Bioethics and law: between values and rules*, in *Indiana Journal of global Legal Studies*, 2005;

POSSENTI V., *Le ragioni della laicità*, Soveria Mannelli, 2007;

Protocollo addizionale sul divieto di clonazione di esseri umani, Parigi, 1998;

PULITANÒ D.,, *Diritto penale. Parte speciale, Vol.I*, Torino, 2014;

PULITANÒ D., *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006;

PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte speciale –Tutela penale della persona*, Torino, 2014;

RAWLS J., *Liberalismo politico*, Milano, 1994;

RAZZANO G., *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: incostituzionale o “costituzionalmente necessaria”?*, in www.laprocreazioneassistita.it;

RAZZANO G., *L'essere umano allo stato embrionale e i contrappesi alla sua tutela. In margine alla sentenza della Corte costituzionale n. 151/2009 e all'ordinanza del Tribunale di Bologna del 29 giugno 2009*, in *Giur. it.*, 2-2010;

RE F., *Profili penali della procreazione medicalmente assistita*, in *Riv. Pen.*, 4/2008;

REIS H., *Das Lebensrecht des ungeborenen Kindes als Verfassungsproblem*, Tübingen, 1984;

REPETTO G., *“Non di sola CEDU.... La fecondazione assistita e il diritto alla salute in Italia e in Europa*, in *Dir. pubbl.*, 2013;

RESCIGNO P., *Una legge annunciata sulla procreazione assistita*, in *Corr.giur.*, 2002;

RESCIGNO P., *Note in margine alla legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in AA. VV. «*La fecondazione assistita, riflessioni di otto grandi giuristi*», Milano, 2005;

Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen über ärztliche Maßnahmen zur künstlichen Befruchtung;

RIMOLI F., *Appunti per uno studio sul diritto alla procreazione*, in *Dir e soc.*, 1994;

RISICATO L., *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005;

RISICATO L., *Dal “diritto di vivere” al “diritto di morire”.* *Riflessioni sul ruolo della laicità nell’esperienza penalistica*, Torino, 2008;

RISICATO L., *Laicità e principi costituzionali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, www.statoechiese.it, giugno 2008;

RISICATO L., *La Corte Costituzionale supera le esitazioni della CEDU: cade il divieto irragionevole di fecondazione eterologa*, in *Riv.it.proc.pen.*, 2014;

RIZ R., *Bioetica- Fivet- Clonazione. Tutela della persona e della vita*, in *Ind. pen*, 2000;

RIZZO P., *Profili penalistici della Legge n. 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2005;

ROCCHI G., *Procreazione assistita: sanzioni e controlli*, in Buccelli A.(a cura di), *Produrre uomini. Procreazione assistita: un’indagine multidisciplinare*, Firenze, 2006;

ROCCHI G., *Il divieto di fecondazione eterologa viola il diritto costituzionale alla salute?*, in www.rivistaaic.it n. 2/2012;

RODOTÀ S. – P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, 2012;

RODOTÀ S., *Per un nuovo statuto del corpo umano*, in A. Di Meo – C. Mancina (a cura di), *Bioetica*, Roma- Bari, 1989;

RODOTÀ S., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006;

RODOTÀ S., *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1992;

RODOTÀ S., *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua determinazione*, in , in S. Rodotà, Tallacchini M.C. (a cura di)), *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010;

ROLLA G., *La disciplina delle materie “scientificamente controverse”*: profili costituzionali, in in D. Carusi - S. Castiglione, *In vita, in vitro, in potenza: lo sguardo del diritto sull'embrione*, Torino, 2011;

ROMANO M., *Danno a se stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv.it.proc.pen.*, 2008;

ROMANO M., *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007;

ROMANO M., *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981;

ROMBOLI C., *Limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto “attivo” e “passivo”*, in *Foro. It.*, I-1991;

ROMEO CASABONA C.M., *Criminal policy and legislative techniques in criminal law on biotechnology*, in *Rev. Intern. Dr. Pen.*, 2011;

ROSSI CARLEO L., *Maternità surrogata e status del nato*, in *Familia*, 2-2002;

RUGGERI A., *La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al “dialogo” con la Corte Edu (a prima lettura di Corte cost. n. 162 del 2014)*, in www.forumcostituzionale.it, 14 giugno 2014;

RUSCONI G. E., *Laicità ed etica pubblica*, in AA. VV., *Laicità e Stato di diritto*, in G. Boniolo (a cura di), *Laicità*, Torino, 2006;

SANDULLI A., *Rapporti etico-sociali, sub art.29 Cost.*, in *Commentario al diritto italiano di famiglia*, diretto da Cian G., Oppo G., Trabucchi A., Padova, 1992;

SANFILIPPO P., *Dal 2004 al 2014: lo sgretolamento necessario della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. pen.cont.- riv. Trim.*, 3-4/2014;

SANFILIPPO P., *La riscrittura giurisprudenziale della legge n. 40/2004: un singolare caso di eterogenesi dei fini*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2-2015;

SANFILIPPO P., *L'esitazione della Consulta salva il divieto di ricerca sull'embrione*, in *Dir. pen. proc.*, 9/2016;

SANFILIPPO P., *La Consulta (non) si pronuncia sul divieto di sperimentazione sugli embrioni umani. Una nuova questione di ragionevolezza*, in *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, a cura di S. Agosta, G. D'Amico, L. D'Andrea, Messina, 2017;

SANTOSUOSSO A., *Per ricorrere al soccorso della tecnologia basta la sola certificazione di sterilità*, in *Guida al diritto, dossier mensile*, 3, 2004;

SANTOSUOSSO F., *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n.40*, Milano, 2004;

SANTOSUOSSO A., *Persone fisiche e confini biologici, chi determina chi*, in A. D'Aloia, *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003;

SANTOSUOSSO A. , *Per ricorrere al soccorso della tecnologia basta la sola certificazione di sterilità*, in *le prospettive della famiglia*, in *Guida al dir.*, 2004;

SANTOSUOSSO A. - BARNI M., *Bioetica e diritto*, in *Medicina e diritto*, Milano, 1995;

SCHUSTER A., *La procreazione selettiva*, in *Il governo del corpo. Trattato di biodiritto*;

SCIANCELEPORE G. – STANZIONE P., *Filiazione e procreazione assistita*, Milano, 2001;

SEGNI M., *Conviventi e procreazione assistita*, in *Riv.dir.civ.*, 2007;

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;

SESTA M., sub art. 5, in *Codice della famiglia*, a cura di Sesta M. , Milano, 2009;

SGUBBI F., *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 2001;

SIGISMONDI A., *Inseminazione artificiale (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XXI, 1971;

SORRENTI G., *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale*, in *Consulta online. Studi*, 2014;

SPENA A., *Esiste il paternalismo penale? Un contributo al dibattito sui principi di criminalizzazione*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2014;

SPENA A., *Reati contro la famiglia*, Milano, 2012;

STANZIONE P., *Introduzione*, in P. Stanzione – G. Sciancalepore (a cura di), *Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40*, Milano, 2004;

STANZIONE P. . – SCIANCELEPORE G. (a cura di), *Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40*, Milano, 2004;

STARCK C., *Verfassungsrechtliche Grenzen der Biowissenschaft und Fortpflanzungsmedizin*, in *Juristenzeitung*, 2002;

STELLA F., *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, in AA.VV., *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci ed E. Dolcini, Milano, 1985;

SIRACUSANO P., *I delitti in materia di religione*, Milano, 1983;

SESTA M., *Procreazione medicalmente assistita*, in *Enc. giur.* Treccani, Roma, 2005;

SUMMERER K., *Le nuove frontiere della tutela penale della vita prenatale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2003;

TANZARELLA P., *Il margine di apprezzamento*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007;

TIGANO V., *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro*, in *Dir.pen.cont.*, 13 giugno 2014;

TIGANO V., *De dignitate non disputandum est? La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla pma*, in *www.penalecontemporaneo.com*, 8 maggio 2016;

TORDINI CAGLI S., *Il paternalismo legislativo*, in *Criminalia*, 2011;

TRABUCCHI A., *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, in *Riv.dir.civ.*, 1986;

TRAVERSO E., *La tutela costituzionale della persona umana prima della nascita*, Milano, 1977;

TRIPODINA C., *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della legge n. 40 del 2004 recante «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita»*, in *Dir. pubbl.*, 2004;

TRUCCO L., *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere*, in *Giur.it.*, 2- 2010;

VALLINI A., *Ancora sulla selezione preimpianto: incostituzionale la fattispecie di selezione embrionale per finalità eugenetiche, ma non quella di embrionicidio*, in *Dir.pen.cont.*, 21 dicembre 2015;

VALLINI A., *Gli ultimi fantasmi della legge '40: incostituzionale il (supposto) reato di selezione preimpianto*, in *Dir. pen. proc.*, 1/2016;

VALLINI A., *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi e prassi*, Torino, 2012;

VALLINI A., *Procreazione medicalmente assistita (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Milano, 2016;

VALLINI A., *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di "fecondazione eterologa"*, in *Dir.pen.proc.*, 2014;

VALLINI A., *Procreazione medicalmente assistita*, in *Leggi penali complementari*, a cura di PADOVANI T., Milano, 2007;

VALLINI A., *La diagnosi preimpianto è un diritto*, in *Corr. mer.*, 4-2013;

VALLINI A., *Ardita la rotta o incerta la geografia? La disapplicazione della legge 40/2004 "in esecuzione" di un giudicato della Corte EDU in tema di diagnosi preimpianto*, in *Dir. pen. cont.*, 18 febbraio 2013;

VECA F., *La filosofia politica*, Roma- Bari, 2001;

VENTURI P., *Sulla legittimità della legge n. 40/2004 sulla procreazione assistita in relazione alla Cedu*, in *Giur. it.*, 10- 2012;

VERLINSK Y., *Analysis of the first polar body: preconception genetic diagnosis*, in *Human Reprod*, 1990;

VERONESI P., *Uno statuto costituzionale del corpo*, in S. Rodotà – P. Zatti (diretto da), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo* (a cura di S. Canestrari – G. Ferrando – C.M. Mazzoni – S. Rodotà – P. Zatti), Tomo I, Milano, 2011;

VERONESI P., *Le “linee guida” in materia di procreazione assistita. Nuovi dubbi di legittimità all’orizzonte*, in *Studium iuris*, 2004;

VERONESI P., *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte Costituzionale*, in *Quest.civ.*, 2004;

VERONESI P., *Tra diagnosi genetiche, numero di embrioni e obbligo di impianto*, in Bin R.– Brunelli G. – Guazzarotti A.– Pugiotta A. – Veronesi P.(a cura di), *Dalla provetta alla Corte. La legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio*, Torino, 2008;

VERRI A., *Corte EDU e legge 40/2004: contrario all’art. 8 Cedu il divieto, per una coppia fertile portatrice sana di fibrosi cistica, di accedere alla diagnosi pre-impianto degli embrioni (ma il Governo fa ricorso alla Grande Chambre)*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it;

VILLANNI R., *La procreazione medicalmente assistita in Italia: profili civilistici*, in S. Rodotà – P. Zatti (diretto da), *Trattato di biodiritto*,;

VILLANI R., *La procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n.40*, Torino, 2004;

VINEIS P., *Equivoci bioetici*, Torino, 2006;

VIPIANA P., *Orientamenti giurisprudenziali in tema di procreazione medicalmente assistita, prima e dopo la legge n. 40/2004*, in *Fam. e dir.*, 2007;

VISCONTI C., *La tutela penale della religione nell'età post-secolare e il ruolo della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005;

WORLD HEALTH ORGANIZATION , *The epidemiology of infertility. Report of a WHO scientific group*, Ginevra, 1975;

ZAGREBELSKY V., Parrillo c.Italia. *Il destino degli embrioni congelati tra Convenzione europea dei diritti umani e Costituzione*, in *Dir. umani e dir. intern.*, 2015;

ZATTI P., *Note sulla semantica della dignità*, in Zatti P., *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, 2009;

ZATTI P., *La surrogazione di maternità*, in *Questione giustizia*, 1999;

ZATTI P., *Verso un diritto per la bioetica*, in Mazzoni (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, Bologna, 1998;

ZENCOVICH Z., *art. 8, Diritto al rispetto della vita privata e familiare*, in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001.

Indice delle decisioni citate

Giurisprudenza costituzionale

Corte Cost., 18 dicembre 1987, n. 561, in *Foro It.*, I-1989, 2113 ss.

Corte Cost. 11 aprile 1989, n. 203, in *giurcost.org*

Corte Cost. 22 giugno 1990, n. 307, in *giurcost.org*

Corte Cost. 23 giugno 1994, n. 258, in *giurcost.org*

Corte Cost. 24 luglio 2000, n. 332, in *Giur.it.*, I- 2000, p. 171 ss

Corte Cost., 15 dicembre – 23 dicembre 2008, n. 438, in *giurcost.org*

Corte Cost. 8 maggio 2009, n. 151, in *giurcost.org*

Coste Cost. 15 aprile 2010, n. 138, in *giurcost.org*

corte Cost. 9 aprile 2014, n. 162, in *giurcost.org*

Corte Cost. 11 giugno 2014, n. 170, in *giurcost.org*

Corte Cost., 11 novembre 2015, n. 229/2015. in *giurcost.org*

Corte Cost. 5 giugno 2015, n. 96, in *giurcost.org*

Corte Cost. 13 aprile 2016, n. 84, in *giurcost.org*

Giurisprudenza di legittimità

Cass. 11 novembre 1986, n. 6607, in *Nuova giur.civ.comm.*, I-1987, p. 344 ss.

Cass., 10 maggio 2005, n. 9881, in *Fam.dir*, 2005, p. 365 ss.

Cass. pen., sez. I, 10 maggio 2007, n. 20673, in *Cass. pen.* 2008, 3, 1179.

Cass. pen., sez. I, 13 marzo 2009, n. 11259, in *Guida al dir.*, 20-2009, p. 90 ss.

Cass. pen. sez. IV, 11 luglio 2001, n.1572, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2041

Giurisprudenza di merito

Trib. Monza, 27 ottobre 1989, in *Foro.it*, I-1989, p. 300 ss.;

Trib. Roma, 17 febbraio 2000, in *Corr. giur.*, 2000, p.490

Trib. Roma, 17 febbraio 2000, in *Foro it.*, I-2000, 972 ss.

Trib. Catania, 3 maggio 2004, in *Fam. e dir.*, 2004, p. 378

Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

Corte e. dir. uomo, 1 aprile 2010, n. 57813, *S.H. e altri c. Austria*, , in *Guida al diritto* 2011, 46.

Corte e. dir. uomo, sez. Grande Chambre, 27 agosto 2015, n. 46470, *Parrillo c. Italia*, in *Ragiusan*, 2016, 385-386, 13.

Corte e. dir. uomo, sez. II, 28 agosto 2012, n. 54270, *Costa e Pavan c. Italia*, in *Guida al diritto* 2012, 37.

Corte e. dir. uomo, 4 dicembre 2007, Grande Chambre, *Dickson v. United Kingdom*, ric.n. 44362/04, § 78, CEDU 2007- V.

Corte e. dir. uomo , 10 aprile 2007, Grande Chambre, *Evans v. the United Kingdom*, ric. n. 6339/05, § 71, CEDU, 2007-I.

Giurisprudenza della Corte Costituzionale tedesca

BVerfGE, 25 febbraio 1975, in *Juristenzeitung (JZ)*, 1975, p. 205 ss.

BVerfGE, 28 maggio 1993, in *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 1993, p.1751 ss.

Giurisprudenza della Corte di Cassazione federale tedesca

BGH, 6 luglio 2010, 5 StR 386/09, in *openJur* , 2010, 11976

Giurisprudenza del Tribunale costituzionale spagnolo

Trib. Const., STC 119, 28 giugno 1999.