

naturali, tra cui viene in rilievo il caso della nascita, nei confronti del quale si è posta l'esigenza di introdurre delle disposizioni normative conformi ai valori etici comuni, e che consentissero di pervenire ad una adeguata disciplina giuridica.

Il fenomeno che ha suscitato un elevato grado di interesse è quello relativo al settore della fecondazione assistita, e delle varie tecniche alcune di esse espressamente vietate nel nostro Paese, come il caso della maternità surrogata.

La fecondazione assistita rappresenta un'opzione per ovviare all'infertilità di coppia, dovuta ad una disfunzione nel sistema riproduttivo femminile e/o maschile che influenza negativamente la capacità riproduttiva e causa infertilità, quindi una condizione che compromette la capacità dell'organismo di adempiere alla funzione basilare della riproduzione. La procreazione medicalmente assistita consiste appunto in un insieme di tecniche mediche e di laboratorio che aiutano questo processo di fecondazione, che possiamo distinguere in fecondazione in vivo, ovvero direttamente nel corpo della donna, come avviene nell'inseminazione intrauterina, che consente di introdurre gli spermatozoi nella cavità uterina per facilitare l'incontro con l'ovulo; e la fecondazione in vitro, in breve FIVET (*fertilizzazione in vitro ed embryo transfer*), ovvero al di fuori del corpo della donna, che prevede la fecondazione dell'ovulo da parte degli spermatozoi all'interno di una provetta.

Questo nuovo istituto ha però fatto emergere delle problematiche, rimettendo in discussione alcuni concetti la cui natura giuridica sembrava ormai consolidata; si fa riferimento alla nozione di genitorialità, ma soprattutto al concetto, alla fisionomia giuridica dell'embrione umano, un'entità che oscilla tra la sfera del diritto e quella della scienza, alla nozione di biodiritto che si viene a configurare e soprattutto al biodiritto penale e la sua struttura così come intesa nel nostro Paese.

In Italia è stata introdotta nel 2004 un'apposita normativa che disciplinasse il modo di accesso alle tecniche di fecondazione assistita, i divieti, le sanzioni.

Si tratta di una normativa che è stata oggetto per più aspetti di critiche, e di successive modifiche. Critiche dovute dall'esigenza di trovare un equilibrio tra i molteplici interessi che vengono in rilievo: da un lato l'interesse della coppia a divenire genitore, dall'altro la tutela dell'embrione ma anche della donna che porterà a termine la gravidanza, e ancora per altri aspetti l'interesse di quella comunità scientifica che mira invece ad una crescita delle conoscenze in materia, volta a favorire sperimentazioni.

Forti anche le critiche al divieto di diagnosi preimpianto, che oscillano tra chi è a favore di tale limite, e chi lo ha considerato come un divieto poco razionale, dovendosi intendere per diagnosi preimpianto una procedura che consiste nell'analisi di alcune cellule di un embrione con l'obiettivo di identificare l'embrione da trasferire, ed evitare il trasferimento di embrioni che potrebbero essere affetti da malattie gravissime, quando presenti in famiglia o nei genitori, o embrioni che non si impianterebbero o verrebbero abortiti o darebbero luogo a nascite di bambini con gravi alterazioni cromosomiche.

Nel nostro percorso tratteremo questi aspetti soprattutto dal punto di vista penale, in vista anche della disciplina disposta dall'art 12 della legge del 2004 n°40 recante "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita".

L'art. 12 co.6 pone una specifica disciplina in ordine al divieto e alla sanzione che verrebbe ad essere inflitta a quei soggetti che non rispettano i limiti da essa fissati: il riferimento è alla condotta di *"chi in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità"* punendola con la grave pena della reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro.

Esamineremo quindi le singole condotte al fine di individuare gli elementi che devono sussistere affinché si configuri la fattispecie rientrante nel divieto posto dall'art. 12, e quindi quando può dirsi che c'è consumazione del reato.

Attenzione particolare sarà rivolta anche alla pratica specificatamente vietata della surrogazione di maternità. L'argomento che spicca è quello relativo al rapporto tra il divieto penale posto dalla legge italiana e i fatti commessi all'estero. Esamineremo dei casi in cui le coppie al fine di aggirare tale divieto si recano in Paesi esteri dove la pratica è invece ammessa: si tratta del fenomeno del c.d. "turismo procreativo".

Ci si chiede se tali soggetti andranno comunque incontro a responsabilità penali per aver aggirato in tal modo il divieto posto dalla normativa italiana.

Dal realizzarsi di questi fenomeni sorge un altro aspetto problematico: l'applicabilità della legge penale italiana ai delitti comuni commessi all'estero dal cittadino, è subordinata anche al requisito della doppia incriminazione, e cioè alla previsione che il fatto sia inteso come reato sia secondo la legge italiana sia secondo la legge dello Stato dove il reato è stato realizzato? La risposta derivante da una lunga discussione appare essere positiva. Quindi le sanzioni previste dalla legge n. 40/2004 non possono essere applicate nel caso in cui la surrogazione di maternità avvenga in uno Stato estero che non pone alcun divieto al ricorso a tale tecnica di procreazione medicalmente assistita, perché manca il requisito implicito nella disciplina di cui all'art. 9 c.p. della doppia incriminazione.

Ciò mette in evidenza come divieto penale alla maternità surrogata non è solo posto dalla legge italiana.

Possiamo infatti dar luogo ad un'analisi comparativa tra le legislazioni che vietano e sanzionano penalmente la pratica della surrogazione di maternità tra cui:

- Italia con la legge 2004/ 40 art. 12 co. 6, da cui partirà la nostra analisi;
- Francia, la cui disciplina è anch'essa caratterizzata da un divieto assoluto;
- Spagna e ancora Germania.

Ma come abbiamo implicitamente evidenziato, esistono anche Paesi che invece statuiscono la legalità della maternità surrogata, con espresso riferimento alla pratica di surrogazione altruistica, cioè si tratta della realizzazione di un accordo che si sostanzia in un dono fatto da parte della

madre surrogata, che non percepisce alcun compenso, fatto salvo il rimborso per le spese sostenute per adempiere l'accordo e che rimangono, generalmente, a carico dei genitori intenzionali, come previsto nel Regno Unito e in Grecia, in cui è invece posto un divieto alla maternità surrogata commerciale.

La diversità di discipline riguardanti tale materia, e quindi di un biodiritto penale nel settore della fecondazione assistita e nello specifico della pratica della maternità surrogata, crea dei difficili problemi di coordinamento in ordine al fenomeno di cui accennato sopra del "turismo procreativo". Tale fenomeno cresce sempre di più e in modo rapido, consentendo sempre più facilmente di eludere i divieti posti dalle normative di quei Paesi che vietano in toto la surrogazione di maternità.

Ma questo è solo uno dei punti critici del fenomeno del turismo riproduttivo: esso infatti favorisce l'evoluzione della forma eticamente e giuridicamente meno accettabile, cioè la forma commerciale, intesa come accordo che prevede un compenso finale a favore della donna surrogata, pratica che può configurare una vera e propria mercificazione del corpo umano.

Si potrebbe forse pensare di dar luogo ad una disciplina uniforme alla maggior parte dei Paesi europei ed internazionali che reputano legittima la «maternità surrogata altruistica».

Il ricorso alla pratica di maternità surrogata all'estero porta a domandarsi se essa possa dar luogo alla realizzazione di altri tipi di reato, derivanti dal successivo riconoscimento in Italia del rapporto di filiazione.

Si tratterebbe del reato di alterazione di stato mediante false dichiarazioni art. 567 co.2 c.p. e del reato di false dichiarazioni o attestazioni a pubblico ufficiale circa qualità personali art. 495 co.2 n. 1 c.p.

Per l'analisi di questo profilo prenderemo spunto da alcune pronunce analoghe del Tribunale di Milano e del Tribunale di Varese, entrambi i casi conclusi con soluzione negativa e quindi con l'assoluzione degli impuntati.

Come dicevo i casi sono analoghi: un uomo e una donna sposati, non potendo portare a termine una gravidanza in modo naturale, decidono di

recarsi all'estero, rispettivamente in Ucraina una coppia, in India l'altra, al fine di ricorrere alle pratiche di procreazione medicalmente assistita vietate in Italia. Successivamente giunte in Italia richiederanno e otterranno il certificato di nascita del bambino e il conseguente riconoscimento di status di genitori.

Anche in tale contesto ha luogo il fenomeno delle coppie migratorie, che cercano di sfuggire al divieto della normativa penale e anche qui ci si chiede se essa vanno in contro, al fine di ottenere il riconoscimento dello status di genitore, dei diversi delitti di cui abbiamo accennato: il reato di alterazione di stato mediante falsa attestazione (art. 567 co. 2 c.p.) o il reato di falsa attestazione o dichiarazione a pubblico ufficiale su qualità personali (art. 495 co. 2 n. 1 c.p.).

È da ritenere ragionevole l'applicazione di tali fattispecie e le conseguenti sanzioni alle coppie che pongono in essere tali condotte?

Questi sono i principali quesiti e aspetti che andremo ad analizzare, individuando i punti critici, orientamenti contrastanti e soluzioni prospettate. Quello del biodiritto penale, e nello specifico, della procreazione medicalmente assistita è un settore in evoluzione, in cui in vista dei valori che vengono in considerazione, quali più in generale la vita, appare necessario prospettare la possibilità di continue evoluzioni che consentano di pervenire ad una disciplina più uniforme possibile, o ancora di più congrua rispetto ai possibili casi che potrebbero delinearsi.

CANESTRARI, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, pag. 55

TRINCHERA, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, pag. 1391

LA RUSSA, CAMPOLONGO, VIOLA, GATTO, SCOPETTI, SATURRO, DI LASCIO, TURILLAZZI, FRATI, *Responsabilita' Civile e Previdenza*, pag. 0683B

CAPITOLO I

LA PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA NEL BIODIRITTO PENALE

SOMMARIO: 1. Un biodiritto penale laico. – 2. La tutela dell’embrione concepito tramite procreazione assistita - 2.1. Misure Di Tutela dell’embrione: art. 13 legge 2004 n° 40. – 3. Il necessario consenso della coppia per l’accesso alle tecniche di procreazione. - 4. Il rapporto tra medico e coppia nelle procedure di procreazione. - 4.1. Decreto n° 265 del 2016: norme sulla manifestazione di volontà per l’accesso alla procreazione assistita.

1. Un biodiritto penale laico.

Con il concetto di biodiritto penale si fa riferimento ad una vasta gamma di temi, che richiedono una certa protezione; il richiamo è posto soprattutto relativamente all’integrità del corpo, al diritto alla salute o ancora alla tutela della vita più in generale, che si pongono in relazione a ciò che può essere definito “vita biologica”¹. Rilevante per noi è l’esame che si può condurre sul settore della procreazione medicalmente assistita, e della maternità surrogata, soprattutto sul versante della tutela che può essere riconosciuta all’embrione in presenza di ulteriori interessi che potrebbero sorgere ed essere confliggenti con tale entità.

Ma come deve essere inteso questo concetto di biodiritto penale?

¹Cfr. D. PULITANÒ, *Biodiritto e diritto penale*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ e P. ZATTI, vol. *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI, Giuffrè, Milano, 2010, 637 ss.

La sua ricostruzione nel nostro Paese poggia su una dicotomia ², una bipartizione tra un orientamento di bioetica cattolica che sembra essere indirizzato verso una dottrina che vede la vita umana connotata da sacralità “*sanctity of life doctrine*”³, e che afferma non soltanto l’invulnerabilità del bene della vita umana, ma anche la sua assoluta indisponibilità; dall’altro lato una concezione di bioetica laica, che si lega alla tesi secondo cui ciascun essere umano è sovrano del proprio essere, difendendo in tal senso il principio della disponibilità della vita umana.

L’interrogativo a cui bisogna fornire una risposta attiene proprio alla scelta del modello che possa essere definito più idoneo in concreto a cogliere le peculiarità del nostro biodiritto penale.

La risposta è stata rintracciata optando per quella concezione di tipo laica che più correttamente si presta ad un efficace contemperamento tra una pluralità di interessi, di forme di protezione e garanzie.

Una volta individuato il modello fondante, possiamo ricostruire quella nozione di laicità del diritto penale che contraddistingue il nostro Stato.

Innanzitutto è necessario evidenziare un primo rilevante aspetto, e cioè quello della posizione di autonomia di ciò che viene definito come “l’edificio giuridico-penale” rispetto alle tendenze morali e religiose diffuse nella società. Questa considerazione discende dalla sussistenza di principi propri al diritto penale, intendendo la laicità come aconfessionalità o ancora come autonomia. Questo principio di laicità è stato elevato a principio supremo dell’ordinamento, caratterizzando in senso pluralistico il nostro Stato per una convivenza di più fedi, culture e tradizioni ⁴, esprimendo dei principi tipici di un diritto penale liberale. Le linee guida nel nostro

²Cfr. G. FORNERO, *Bioetica cattolica e bioetica laica*. Con un poscritto 2009, Mondadori, Milano, 2009, 16

³Il termine sanctity è utilizzato di frequente nella letteratura di lingua inglese: cfr. H. Kuhse, *The Sanctity-of-Life Doctrine in Medicine*, Clarendon, Oxford, 1987, 5 ss.; D.J. Baker, J. Horder (edited by), *The Sanctity of Life and the Criminal Law. The legacy of Glanville Williams*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

⁴Corte cost. n. 508/2000, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale del reato di cui all’art. 402 c.p., «Vilipendio della religione dello Stato», in *Giur. cost.*, 2000, 3965 ss., con note di Olivetti, Randazzo e Cavana. In precedenza, tra le tante, a partire dalla sent. n. 203/1989, cfr. Corte cost.n. 259/1990; Corte cost. n. 13/1991; Corte cost. n. 195/1993; Corte cost. n. 149/1995; Corte cost. n. 329/1997.

ordinamento sono rintracciabili in due fondamentali principi della nostra Costituzione: uguaglianza e libertà.

Il principio di uguaglianza viene consacrato all'art. 3 della Costituzione e si pone come limite invalicabile alle possibili discriminazioni dei cittadini o privilegi ingiustificati, esso infatti prevede che tutti i cittadini hanno pari dignità davanti alla legge, senza alcuna distinzione di condizioni personali e sociali.

Il carattere di laicità del diritto penale discende anche dalla funzione svolta dal medesimo, si tratta della funzione rieducativa della pena in base a quel principio teleologico sancito all'art. 27 comma 3 della Costituzione per il quale le pene dovranno essere orientate ad un senso di umanità. Ma vengono in gioco anche altri principi:

- Principio di legalità art. 25 Cost. che circoscrive la responsabilità penale;
- Principio di personalità della responsabilità penale art.27 comma 1: la responsabilità penale è personale;
- Principio di materialità: si può rispondere in sede penale solo per la commissione di fatti identici a quelli previsti dalla legge come reato;
- Principio di offensività: esso dispone che in assenza di un bene giuridico oggetto di tutela non possa scattare una sanzione penale.

In relazione a tutti questi principi si potrebbe desumere, essendo comunque necessaria la sussistenza di un valore giuridico per il quale sorga un'esigenza di protezione, e non venendo in rilievo invece la presenza di istanze di tipo religioso ⁵, che il divieto assoluto originariamente posto alle tecniche eterologhe di procreazione medicalmente assistita sancita dalla legge del 2004 n°40 non poteva essere condiviso in quanto la procreazione si collega al concetto di naturalità ⁶. La Corte Costituzionale ha infatti, con la sentenza n.162/2014 dichiarato l'illegittimità costituzionale:

-dell'art.4 comma 3 della legge n°40/2004 relativo al divieto di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo nel caso in

⁵Cfr. F. STELLA, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1985, 309 ss

⁶Cfr. S. CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, 417 s.

cui la coppia sia affetta da patologie da cui siano derivate sterilità o infertilità assolute e irreversibili;

-dell'art. 9 comma 1 e 3 nelle parti relative a tale divieto;

-dell'art.12 comma 1 che qualificava come illecito amministrativo il ricorso alla donazione di gameti.

La legge dovrebbe essere ispirata alla libertà e volontarietà dell'atto di divenire genitori formando famiglia, libertà sicuramente soggetta a dei limiti, limiti che a sua volta non possono essere tradotti come divieto assoluto.

Venuto meno tale divieto, la Consulta ha affermato che al nato da fecondazione eterologa sono garantiti rapporti certi con i futuri genitori grazie alla stessa disciplina sancita dalla legge 2004 n°40 art.8⁷, in base al quale verrà riconosciuto ai nati per il tramite di queste tecniche, lo stato di figli legittimi della coppia che ha prestato il consenso ai sensi dell'art. 6 comma 3.

Da sottolineare che la fecondazione eterologa viene disciplinata già in molti suoi aspetti dalla legge 2004 n°40 prevedendo dei requisiti oggettivi e soggettivi per l'accesso, e anche divieti penali di surrogazione di maternità.

Inoltre la Corte Costituzionale osserva come il divieto assoluto di fare ricorso alle tecniche di fecondazione eterologa si porrebbe in netto contrasto con il principio di uguaglianza e soprattutto di ragionevolezza.

Ora, posto che un'ulteriore caratteristica del diritto penale, è quella della *extrema ratio*, da cui discende la regola secondo cui il ricorso alla sanzione penale è da escludersi ogni qual volta ci troviamo dinanzi ad un bene giuridico che pur essendo ritenuto meritevole di tutela, possa essere ugualmente protetto con una misura parimenti idonea ma diversa da quella penale, bisogna interrogarsi sulla posizione dell'embrione.

All'embrione è stata riconosciuta la natura umana, con la conseguente affermazione della sua qualità di bene giuridico meritevole di tutela; è

⁷art.8 Legge 19 febbraio 2004, n. 40"Norme in materia di procreazione medicalmente assistita "pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 45 del 24 febbraio 2004 recita "I nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'articolo 6.

opportuno allora domandarsi se lo strumento di controllo più efficace per le situazioni che sono in grado di confliggere con la sua salvaguardia rispetto ad altri interessi, quali ad esempio la salute dell'aspirante madre, sia quello penale.

Potrebbe discenderne il timore che l'incriminazione di ogni forma di offesa all'integrità dell'embrione dia luogo a fenomeni criminogeni; proprio in vista di questa preoccupazione, si conferma ancora una volta che il diritto penale deve assumere carattere di laicità e agire nel rispetto dei principi Costituzionali che abbiamo menzionato.

L'interpretazione giuridica corretta è dunque quella laica che consente di pervenire ad un metodo di ricerca razionale, di contemperare i vari interessi in gioco e favorire ciò che definiamo pluralismo⁸.

Perciò in caso di conflitto tra più valori, il diritto deve seguire la via equitativa, laddove l'intervento di tipo autoritario interverrà solo nel caso in cui la lesione si manifesti come irreparabile.

Questo assetto è analogamente rintracciabile nelle questioni di diritto penale bioetico, in cui si impone necessariamente un dialogo tra i vari interessi, punti di vista, prediligendo un confronto tra i vari aspetti problematici.

Quindi anche nel campo del biodiritto penale la sanzione penale deve essere utilizzata a condizione che essa non pregiudichi l'equilibrio che si richiede tra libertà e uguaglianza. Da questo orientamento hanno preso spunto alcune teorie normative della giustizia, elaborando il concetto dell'«eguale rispetto» volta ad esprimere un equilibrio relazionale fra singole individualità. Nel contesto del *biodiritto penale* l'idea dell'eguale rispetto, opta per un'opera di bilanciamento tra le esigenze di tutela di *persone concrete* e non “di dimensioni ideali di concezioni etiche”⁹. Il principio dell'eguale rispetto, come specificazione della dignità umana¹⁰ fonda una base concettuale più adatta a orientare scelte di politica criminale, poiché

⁸Cfr. D. PULITANÒ, *Problema penale e problemi della laicità*, in S. CANESTRARI, L. STORTONI, *Valori e secolarizzazione*, cit., 2009, 204. Sull'atteggiamento di ascolto («di attenzione») teorizzato da Habermas, cfr. le riflessioni di G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale*, cit., 546 ss. e 549.

⁹Cfr. S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., 35.

¹⁰L'espressione è di F. Bacco, *Dalla dignità all'eguale rispetto*, cit., 834.