

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.

evidenzia in modo più netto come il concetto di dignità che viene in gioco nel diritto penale, è quella di persone in senso concreto, e cioè “soggetti della dignità”. Questo principio assume significato proprio, quello cioè del rispetto come riconoscimento (reciproco) dell'altro, dovuto ad ogni essere umano¹¹. Seguendo questo orientamento non potrebbe essere condiviso il ripudio generalizzato per le pratiche di maternità surrogata che si giustifica in vista di un contrasto con la dignità della persona umana, nel caso specifico della madre gestante. “Il legislatore penale dovrebbe intervenire nell'ipotesi in cui sia previsto un corrispettivo economico¹²e non sanzionare invece la maternità surrogata a titolo gratuito, liberamente scelta e motivata da ragioni solidaristiche”. Il principio del «rispetto reciproco dell'altro come essere umano» consente di consolidare alcune acquisizioni del biodiritto penale, e si è rivelato decisivo ai fini dell'elaborazione di una teoria generale del biodiritto penale, elencando principi che sono stati finalmente recepiti dal nostro legislatore nelle «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento l. n° 219 del 2017.

2. La tutela dell'embrione concepito tramite procreazione assistita.

¹¹Cfr. O. HOFFE, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1999; trad. it. *Globalizzazione e diritto penale*, Torino, Comunità, 2001; A.E. GALEOTTI, *La politica del rispetto*, cit., 52: «un principio morale che richiede il riconoscimento degli altri come pari in virtù della comune umanità»; S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., 35 s.

¹²Il Comitato Nazionale per la Bioetica nella mozione del 18 marzo 2016 ritiene che tale ipotesi di commercializzazione e di sfruttamento, sotto forma di pagamento, esplicita o surrettizia, sia in netto contrasto con i principi bioetici fondamentali, dalla Convenzione di Oviedo (art. 21) e dalla Carta Europea dei Diritti Fondamentali (art. 3).

In materia di procreazione medicalmente assistita, considerata nel suo contesto di riferimento e cioè la materia del biodiritto, è stato rimesso in discussione un punto cruciale: la natura giuridica riconoscibile all'embrione. In realtà è apparso innegabile il riconoscimento all'embrione di una dignità umana, e quindi una tutela da parte dello stesso ordinamento, risultando confermata la sua stessa soggettività giuridica, rintracciabile sul versante Nazionale nell'art. 2 della Costituzione, il quale riconduce l'embrione nell'ambito della tutela che dallo stesso viene assicurata alla dignità umana. Infatti l'art. 2 della nostra Costituzione, così come interpretato dal giudice delle leggi, si pone come disposizione fondante la tutela riconosciuta all'individuo umano, compreso l'embrione nei suoi tratti caratterizzanti (prima fra tutte l'accoglienza nel grembo della madre per il suo normale sviluppo)¹³.

Sul versante del diritto dell'Unione Europea, il fondamento della tutela riconosciuta all'embrione come entità considerata appartenente alla sfera del genere umano, con il conseguente riferimento all'inviolabilità della dignità umana, viene individuato all'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, ovvero Carta di Nizza¹⁴. Dal punto di vista delle fonti nazionali di rango primario, la procreazione medicalmente assistita nell'ordinamento giuridico italiano, è disciplinata dalla legge n° 40 del 19 febbraio 2004. Si tratta di una legge che ha fatto sorgere una serie di dubbi circa i limiti che possono essere posti nell'adozione di questa nuova tecnica medico-scientifica.

L'art. 1 ha infatti disposto che il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita debba avvenire secondo condizioni e modalità previste dalla legge, tali da assicurare i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito. All'entrata in vigore di tale legge, l'impostazione del testo normativo sembrava orientato ad un assetto tipicamente restrittivo, in

¹³Art. 2 Cost: "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale".

¹⁴In Italia nota anche come Carta di Nizza, solennemente proclamata una prima volta il 7 dicembre 2000 a Nizza e una seconda volta, in una versione adattata, il 12 dicembre 2007 a Strasburgo da Parlamento, Consiglio e Commissione.

quanto ricondurre la figura dell'embrione umano nell'ambito della soggettività non giustifica del tutto una piena equiparazione alla persona umana, potendo quindi in caso di contrapposizione tra diritti fondamentali degli altri soggetti coinvolti in tale processo medico, quali il diritto alla vita, alla salute, e tutela dell'embrione a progredire nello sviluppo fino alla nascita, rintracciarsi una sorta di ridimensionamento della protezione dell'embrione in vista di una piena garanzia dei valori fondamentali menzionati¹⁵.

A seguito della pronuncia di incostituzionalità di una serie di disposizioni restrittive della legge del 2004, la Corte Costituzionale ha fornito una serie di chiarimenti, primo fra tutti correggendo il rapporto tra diritto e scienza, prevedendo la responsabilità del medico in relazione alla decisione sul numero di embrioni da produrre per ogni ciclo di fecondazione assistita e sul numero di embrioni da impiantare, pervenendo con una pronuncia del 2015 ad una parziale abolizione del divieto di crioconservazione, cioè una tecnica utilizzata per favorire la conservazione degli embrioni mediante l'azione di basse temperature. Con la sentenza n.162 del 2014 la Corte cost. ha sancito l'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa previsto dalla legge 2004, affermandone la liceità.

La fecondazione eterologa è una delle diverse forme di procreazione medicalmente assistita. Si ricorre a questa tecnica quando uno dei due genitori è sterile e per arrivare ad una gravidanza, occorre usare un gamete, un ovulo o uno spermatozoo, di una terza persona, cioè il donatore.

È stata chiarita la legittimità della diagnosi preimpianto se richiesta dagli stessi soggetti che hanno ottenuto accesso a tali tecniche di procreazione, al fine di verificare possibili malattie dell'embrione destinato all'impianto in utero. Si tratta di assicurare la soddisfazione di un diritto riconosciuto dall'art. 14 comma 5 della legge 2004, cioè il diritto dei futuri genitori ad una adeguata informazione circa lo stato di salute dell'embrione. È stata

¹⁵V. con riferimento alla cedevolezza della tutela del concepito nel conflitto con i diritti fondamentali della donna, la sentenza della Corte cost. n. 27 del 1975

inoltre sancita la possibilità di pervenire alle pratiche di procreazione assistita anche per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili.

2.1 Misure di tutela dell’embrione: art. 13 legge 2004 n° 40.

Problema che invece è rimasto legato ad una concezione restrittiva¹⁶, investe il destino di quegli embrioni abbandonati o soprannumerari mantenuti in stato di crioconservazione fino all’estinzione naturale dell’embrione conseguente al passare del tempo, questione sorta soprattutto in relazione all’aumento imponente degli embrioni soprannumerari verificatasi in Italia a seguito della pronuncia della Corte Costituzionale che ha esteso la platea di coppie che potranno fare ricorso alle tecniche di fecondazione assistita, ponendosi l’ulteriore problema di rintracciare una possibilità diversa dalla crioconservazione degli embrioni rimasti inutilizzati, soluzione che mantenga una certa conformità ai valori Costituzionali, quale ad esempio la possibilità di donare gli embrioni in soprannumero a coppie terze disposte ad accoglierli. La questione investe i rapporti tra embrioni e collettività interessata al progresso scientifico. Secondo la Corte Costituzionale, un eventuale uso dell’embrione ai fini di ricerca scientifica con la conseguente sua distruzione, si porrebbe in netto contrasto con il riconoscimento della dignità di persona che viene attribuito fin dal principio all’embrione. L’art. 13 apre il CAPO VI rubricato “Misure Di Tutela dell’embrione”, esso si

¹⁶In sedici Paesi europei la materia riguardante l’eventuale l’utilizzo di embrioni umani a fini di ricerca scientifica non è disciplinata. Essi sono l’Armenia, l’Austria, la Bosnia-Erzegovina, la Georgia, l’Irlanda, il Liechtenstein, la Lituania, il Lussemburgo, Monaco, la Polonia, la Repubblica di Moldavia, la Romania, la Russia, San Marino, la Turchia e l’Ucraina. Negli Stati che hanno emanato apposite leggi in materia, (Belgio, Svezia e Regno Unito) è consentita la ricerca scientifica sugli embrioni umani, anche quando da questa derivi la soppressione dell’embrione, e consentono espressamente altresì la creazione di embrioni al fine di destinarli alla ricerca scientifica. In alcuni Stati l’Italia è, invece, vietata sia la creazione di embrioni da destinare alla ricerca scientifica sia ogni sperimentazione sugli embrioni non utilizzati nell’ambito della procedura di fecondazione assistita (punita con severe sanzioni penali). Nei Paesi in cui è consentita la ricerca scientifica sugli embrioni soprannumerari sono previste una serie di cautele e i limiti posti a tale attività.

occupa di fornire una disciplina che tuteli gli embrioni in vista di possibili esperimenti scientifici, ponendo divieti, e sanzioni nel caso di inadempimenti o comunque di violazioni eventualmente poste in essere¹⁷. Viene quindi vietata in modo assoluto qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano.

La ratio di tale norma viene individuata nel rispetto del principio della vita, in quanto la ricerca effettuata in capo all'embrione potrebbe condurre alla sua distruzione, violando quel diritto alla sopravvivenza che gli viene riconosciuto in vista della sua connotazione di entità dotata di dignità umana.

L'art. 13 sancisce quindi al comma 1 un generale divieto, considerando illecita qualsiasi sperimentazione su embrioni umani, prevedendo al comma 2 la possibilità di effettuare delle ricerche cliniche e sperimentali subordinate però alla condizione che ciò avvenga per finalità terapeutiche e alla stessa tutela della salute dell'embrione. Si tratta di una disposizione che si è posta al centro del mirino di una serie di critiche derivanti da un'assenza totale di bilanciamento tra più interessi che potrebbero venire in gioco,

¹⁷art. 13 legge n°40 del 2004 “1. È vietata qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano.

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

3. Sono, comunque, vietati:

a) la produzione di embrioni umani a fini di ricerca o di sperimentazione o comunque a fini diversi da quello previsto dalla presente legge;

b) ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti ovvero interventi che, attraverso tecniche di selezione, di manipolazione o comunque tramite procedimenti artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione o del gamete ovvero a predeterminarne caratteristiche genetiche, ad eccezione degli interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche, di cui al comma 2 del presente articolo;

c) interventi di clonazione mediante trasferimento di nucleo o di scissione precoce dell'embrione o di ectogenesi sia a fini procreativi sia di ricerca;

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

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

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