

Relazione sulla PMA, legge 40 del 2004

CAPITOLO I

La legge sulla procreazione medicalmente assistita

- 1) Premessa _____ pag. 4
- 2) La legge sulla procreazione medicalmente assistita _____ pag. 4
- 3) La principale finalità della procreazione medicalmente assistita _____ pag.5
- 4) Le regole previste dalla legge n. 40 del 2004 _____ pag.13
- 5) Sentenza della Corte Costituzionale _____ pag. 13

- 6) La rilevanza penale della sperimentazione sugli embrioni _____ pag. 13
- 7) La compressione delle scelte terapeutiche _____ pag. 14
- 8) Profili di incompatibilità dell'art. 13 con il principio di tassatività ___ pag. 17
- 8.1) Il concetto di tassatività _____ pag. 18
- 8.2) Il concetto di sperimentazione _____ pag. 19
- 8.3) Il pericolo? _____ pag. 22
- 8.4) Prospettive di riforma _____ pag. 23

CAPITOLO II

La responsabilità del medico ed i reati in materia di procreazione assistita

- 1) Legge penale e procreazione assistita _____ pag. 25
- 2) La diagnosi preimpianto sull'embrione in vitro _____ pag. 26

- 3) **La giurisprudenza più recente per la quale non è vietata la diagnosi preimpianto** _____ pag. 27
- 4) **Il divieto di produrre più di tre embrioni ex art. 14 l. 40/2004 (profili di illegittimità costituzionale)** _____ pag. 28
- 5) **Le sanzioni nella legge n. 40/2004** _____ pag. 29
- 6) **Il ruolo del medico italiano** _____ pag. 31

CAPITOLO III

Procreazione di tipo eterologo

- 1) **La procreazione assistita di tipo “eterologo”** _____ pag. 35
- 2) **Il bene giuridico offeso ed i rapporti con i principi costituzionali** _____ pag.35
- 3) **La risposta della Corte Europea dei diritti dell'uomo** _____ pag. 37

BREVE BIBLIOGRAFIA _____ pag. 38

CAPITOLO I

LA LEGGE SULLA PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA

1) Premessa

La scienza medica ha subito, nel corso degli anni, un sensibile progresso finalizzato al rinvenimento delle soluzioni più efficaci al fine di combattere la sterilità. Ciò, indubbiamente, ha aperto la strada a prospettive del tutto nuove, in particolare, con la fecondazione artificiale o procreazione assistita. Da tutto questo, però, ne sono, inevitabilmente, derivati dei problemi che vanno al di là dell'ambito sanitario e che sollevano degli interrogativi di più ampia portata, tanto di natura etica, che deontologica, che legale.

2) La legge sulla procreazione medicalmente assistita

La medicina ha, certamente, compiuto negli anni un notevole balzo in avanti nella predisposizione di una disciplina volta alla cura della sterilità. Tuttavia, non si può non riconoscere come ad un tale progresso si siano accompagnate anche delle questioni inquietanti. Basti pensare alla selezione della razza od alla clonazione umana. Si tratta, in sostanza di quell'ingegneria genetica che taluni hanno, a buona ragione, identificato come il nuovo pericolo per l'umanità. Rispetto a tutto questo il nostro legislatore ha scelto di mettere mano ad una materia, la Procreazione medicalmente assistita, con una legge apposita: la n. 40 del 2004, recante *“Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”*. La legge si pone come strumento per affrontare il futuro, ma anche per rispondere a quesiti che caratterizzano il diritto penale da tempo. Non si può nascondere, difatti, come cerchi di dare una risposta (sta all'interprete dire se soddisfacente o meno) all'eterno interrogativo relativo ai rapporti tra il diritto e l'etica. In un tale clima, peraltro, non può neanche essere passata sottotraccia la condanna pronunciata dalla Chiesa rispetto a qualsiasi forma di procreazione medicalmente assistita. A tal proposito, è utile richiamare alcune considerazioni del Cardinale Dionigi Tettamanzi per il quale: *“la fecondazione assistita è intrinsecamente illecita, in quanto costituisce una radicale alterazione- una contraddizione- del significato specificamente umano del procreare”*. Tuttavia, è il caso di ricordare come la fecondazione artificiale *in vivo* non sia messa al bando dalla Chiesa, considerato che essa viene praticata in tutti gli ospedali cattolici. Arrivando alla legge, l'art. 1,

comma 1, enuncia la finalità che essa si propone, ovvero “*favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana*”. E’ chiaro come la sterilità abbia dimensioni quantitative crescenti, presentando dei risvolti sia umani che sociali. A tale problema la legge ha tentato di fornire una soluzione proprio attraverso la procreazione medicalmente assistita. Per questo motivo il legislatore ha scelto di riservare l’accesso alla PMA alle coppie sterili od infertili. La legge, inoltre, pone un secondo limite all’accesso alla PMA, stabilendo che essa sia consentita solo nel caso non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità. Perciò la PMA rappresenta, o dovrebbe rappresentare, solo un’ultima chance quando sia accertata l’impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione. Si tratta, a ben vedere, di una soluzione niente affatto scontata, dal momento che non pare assolutamente ovvio il fatto che sia da precludere la strada della PMA anche a coppie che, seppur non sterili, presentino l’effettiva possibilità di trasmettere al nascituro delle gravi patologie che, tramite la scienza medica, sarebbe possibile evitare. E poi non deve trascurarsi il fatto che, talvolta, neanche la medicina è in grado di individuare la causa della sterilità all’interno di una coppia. Da tutto ciò deriva la conclusione, ovviamente opinabile, che la legge in questione abbia un carattere puramente ideologico. E’, quindi, ragionevole che nessuna sanzione sia prevista per chi pratici tecniche di procreazione assistita in violazione dei principi di cui all’articolo 1, comma 2¹, ed all’articolo 4, comma 1². Ad ogni modo, gli articoli di cui sopra rendono chiara la scelta di considerare la PMA come un intervento medico strumentale, sostitutivo e residuale avente finalità terapeutica. Del resto non può essere disconosciuto che le tecniche di procreazione medicalmente assistita non eliminano né curano le cause della patologia ripristinando la funzione tipica; tuttavia rappresentano un possibile rimedio alla sterilità, tutelando, nel contempo, anche il diritto alla salute, da intendersi come lo stato di benessere fisico e psichico della persona.

3) La principale finalità della procreazione medicalmente assistita

In via preliminare è opportuno distinguere la procreazione m. assistita “omologa” da quella “eterologa”. La prima, che prevede l’utilizzo dei gameti della coppia, è tendenzialmente accettata. Qualche interrogativo, o, forse, ben più di qualcuno, lo pone la seconda. Infatti, ci sono dei problemi quando la provenienza di almeno uno dei gameti provenga da fonte esterna alla coppia. Per questo è bene chiarire la questione centrale di tutta la problematica, e cioè se gli interessi da

¹ “*Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita e’ consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità*”.

² “*Il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e’ consentito solo quando sia accertata l’impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed e’ comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico*”.

tutelare siano solo quelli della coppia od anche quelli della collettività. In sostanza è necessario chiedersi se esista un diritto assoluto alla procreazione medicalmente assistita in capo al singolo individuo.

La risposta, a rischio di essere banali, è che la nostra Costituzione non prevede un tale diritto. Anzi, in un'ipotetica gara tra gli interessi sopra, banalmente, raggruppati prevale senza ombra di dubbio il secondo, consistente nell'interesse della collettività di assicurare al nascituro un ambiente di vita ottimale.

4) Le regole previste dalla legge n. 40 del 2004

Il primo articolo indica la finalità della legge: *“1. Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito.*

2. Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità”.

Siamo di fronte ad una delimitazione molto netta, che esclude l'ausilio della disciplina per altre situazioni non espressamente previste, quali ad esempio il caso di una malattia ereditariamente trasmissibile al nascituro da parte della coppia. Ed inoltre, ciò rappresenta un sensibile arretramento della tutela rispetto a quanto previsto da altre leggi dell'Unione Europea.

L'uso di queste tecniche, ha, poi, una natura sussidiaria che è consentita solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico (art. 4).

Ma il criterio direttivo è reso ancor più chiaro dall'art. 5³ il quale prevede il principio della gradualità al fine di evitare il ricorso ad interventi aventi un grado di invasività tecnico e psicologico più gravoso ... ispirandosi al principio della minore invasività.

Perciò sono due le ipotesi previste: la presenza di una causa specifica di infertilità/ sterilità oppure quando la causa non è conoscibile ed in entrambi i casi non sia possibile risolvere altrimenti tale incapacità, essendo necessario effettuare le preventive verifiche mediche, trattandosi di un'extrema ratio.

³ *“Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi”.*

In tal senso la normativa considera principalmente la posizione di colui che è generato, al punto che l'embrione viene considerato un essere umano alla stregua dei già nati e qualificato come soggetto di diritto fin dal suo concepimento (si veda l'art. 1 sopra citato).

Il vivace scontro di posizioni sul punto è testimoniato anche dal fervente dibattito che si è andato sviluppando nel Comitato Nazionale per la Bioetica ove si sono confrontate e continuano a farlo diverse opzioni giuridiche, filosofiche e scientifiche.

In questo clima, il legislatore ha preso una via che è stata criticata da larga parte della dottrina, dato che la normativa si spingerebbe a considerare il concepito come un titolare di diritti, con conseguente implicita abrogazione della regola consegnata al primo articolo del Codice Civile, che subordina l'acquisto della capacità giuridica alla nascita.

Altra parte della dottrina, minoritaria ma altrettanto autorevole, ha apprezzato anche questo aspetto, dal momento che non è consentito enucleare una terza categoria tra soggetti ed oggetti, e quindi non è possibile immaginare un mezzo uomo od un uomo che non sia persona.

Il diritto prioritario del concepito, peraltro, non è tutelato solo in funzione della sua sopravvivenza ma anche nella prospettiva familiare ideale. In questo modo, pertanto, vengono anche superati dei problemi che la giurisprudenza aveva, in passato, risolto attraverso l'uso dei principi sistematici dell'ordinamento.

Si introduce, inoltre, un'altra rilevante limitazione consistente nell'ammissione della tecnologia riproduttiva solo per le coppie per le quali la sterilità è risolvibile con l'utilizzazione dei propri gameti. Ed ancora, la coppia deve avere i requisiti detti sempre in funzione dell'interesse del minore che deve poter nascere e crescere in un ambiente ottimale.

E' evidente, però, come una tale visione della genitorialità, ferma alla continuità genetica, trascuri le potenzialità che le vengono attribuite in molte altre legislazioni.

Per usare le parole di un autorevole personalità, Gentilomo, la genitorialità dipende dalla decisione di dare inizio al processo biologico della riproduzione; e da ciò deriva l'assunzione di quelle responsabilità, giuridiche e sociali, dell'essere genitore. In tal senso si collocano la giurisprudenza e la dottrina dell'ultimo quarto di secolo, che avevano portato ad aperture interpretative del ruolo genitoriale, allontanandolo dalla ferrea osservanza della legge del sangue.

La legge, invece, ha sentito la necessità di regolare quelle situazioni, sia precedenti alla normativa in esame, che di tutte quelle che si ha motivo di ritenere si verificherebbero ad opera di chi, non condividendo questa disciplina, ricorrerà all'inseminazione eterologa nei Paesi vicini che la consentano.

Le sanzioni previste per i medici appaiono, invece, un forte deterrente a tale pratica.

L'art. 9, comma 3, così dispone: *“In caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi”*.

In tal modo il Parlamento poteva anche disciplinare gli altri casi verificatisi prima della legge e quelli successivi all'entrata in vigore della stessa. A titolo esemplificativo, si può pensare al bambino nato da gravidanza surrogata o post- mortem oppure frutto della clonazione, o comunque a qualsiasi tipo di sperimentazione al di là dei limiti previsti dalla nuova normativa.

Deve, perciò, essere considerata del tutto coerente la disposizione di cui all' art. 8 che prevede: *“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”*.

In linea con tale disposizione deve, quindi, essere valutato quando disposto dall'art. 30 Cost. che sancisce il dovere di mantenere, educare ed istruire i figli.

E sempre secondo il medesimo schema interpretativo non si può trascurare quanto previsto dall'art. 9, commi 1 e 2: *“Qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice.*

La madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata, ai sensi dell'articolo 30, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396”.

Da ciò deriva che nell'ordinamento italiano risulti inibita qualsiasi forma di sostituzione di maternità, sia a titolo gratuito che oneroso.

E quindi, se madre è solo chi partorisce, ogni accordo di maternità sostitutiva è illecito /nullo ai sensi dell'art. 269 c.c. .

Un'altra questione di indubbio interesse è quella relativa al consenso informato, che viene opportunamente disciplinato dall'art. 6: *“1. Per le finalità indicate dal comma 3, prima del ricorso ed in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita il medico informa in maniera dettagliata i soggetti di cui all'articolo 5 sui metodi, sui problemi bioetici e sui possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all'applicazione delle tecniche stesse, sulle probabilità di successo e sui rischi dalle stesse derivanti, nonché sulle relative conseguenze giuridiche per la donna, per l'uomo e per il nascituro. Alla coppia deve essere prospettata la possibilità di ricorrere a procedure di adozione o di affidamento ai*

sensi della legge 4 maggio 1983, n. 184, e successive modificazioni, come alternativa alla procreazione medicalmente assistita. Le informazioni di cui al presente comma e quelle concernenti il grado di invasività delle tecniche nei confronti della donna e dell'uomo devono essere fornite per ciascuna delle tecniche applicate e in modo tale da garantire il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa.

2. Alla coppia devono essere prospettati con chiarezza i costi economici dell'intera procedura qualora si tratti di strutture private autorizzate.

3. La volontà di entrambi i soggetti di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è espressa per iscritto congiuntamente al medico responsabile della struttura, secondo modalità definite con decreto dei Ministri della giustizia e della salute, adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge. Tra la manifestazione della volontà e l'applicazione della tecnica deve intercorrere un termine non inferiore a sette giorni. La volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma fino al momento della fecondazione dell'ovulo.

4. Fatti salvi i requisiti previsti dalla presente legge, il medico responsabile della struttura può decidere di non procedere alla procreazione medicalmente assistita, esclusivamente per motivi di

ordine medico-sanitario. In tale caso deve fornire alla coppia motivazione scritta di tale decisione.

5. Ai richiedenti, al momento di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, devono essere esplicitate con chiarezza e mediante sottoscrizione le conseguenze giuridiche di cui all'articolo 8 e all'articolo 9 della presente legge”.

Si tratta di un'ipotesi in cui il legislatore richiede la forma scritta per il consenso.

E' il caso di evidenziare come, mentre la domanda di ricorso alle tecniche di procreazione assistita debba essere congiunta, la revoca possa essere efficacemente espressa, in un tempo “utile”, da uno dei membri della coppia stessa.

Il tempo “utile” a cui si fa riferimento è quello della fecondazione dell'ovulo.

Una tale scelta è sicuramente comprensibile se solo si pensa al fatto che l'intera normativa è finalizzata alla massima tutela della vita fin dal suo principio. L'embrione è un soggetto titolare di diritti, quale è quello alla vita; ed è per questo motivo che è previsto un tempo di sette giorni, di differimento del trattamento, al fine di consentire un'adeguata riflessione.

Si è anche evidenziato come la donna non possa revocare il consenso, una volta superato il termine, ma possa comunque scegliere di interrompere la gravidanza.

In sostanza, si ha impianto obbligatorio, ma aborto consentito.

Questa, a parere della dottrina dominante e di larga parte della comunità, è una soluzione che pone dei seri dubbi di compatibilità con il diritto costituzionalmente riconosciuto alla salute della madre. Ciononostante, una logica conseguenza è quanto disposto dall'art. 14: “ *1. E' vietata la crioconservazione e la soppressione di embrioni, fermo restando quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194.*

2. Le tecniche di produzione degli embrioni, tenuto conto dell'evoluzione tecnico-scientifica e di quanto previsto dall'articolo 7, comma 3, non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre”.

Tali disposizioni sono state considerate una ingiustificata interferenza della legge nell'attività terapeutica.

A sostegno di ciò, si possono richiamare i limiti costituzionali enunciati dalla Corte Costituzionale in più pronunciamenti, nei quali si afferma: “salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni ... poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo di questa materia è costituita dall'autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre, con il consenso del paziente opera scelte professionali.

Ma si può anche pensare a motivi di natura strettamente professionale dovuti alla più attuale scienza medica, che distingue il numero di embrioni trasferibili con una variabilità legata alla età della donna, tenuto conto dei rischi relativi ad una tale prescrizione normativa per la sua salute, a maggior ragione se solo si pensa al divieto di crioconservazione ed alla prevedibile necessità di più cicli di iperstimolazione ovarica, con il conseguente aumento delle gravidanze plurime a seguito dell'obbligatorio e contemporaneo impianto di tre embrioni.

Tutto ciò, inoltre, determina, dal punto di vista tecnico, un consequenziale abbassamento delle possibilità di riuscita della gravidanza.

Si ricorda che l'unica possibilità di crioconservare lecitamente è prevista dal comma 3 dell'art. 14: “*Qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione è consentita la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile”.*

Un'altra questione che ha scatenato un forte dibattito è quella relativa alla utilizzazione degli embrioni.

Si fa riferimento, nello specifico, a quelli inutilizzati al fine del trattamento previsto o che sono risultati in eccedenza perché conservati nelle varie strutture per i trattamenti antecedenti alla

normativa ora in esame. Quest'ultimo punto, ovviamente, sarà di più rara verifica dopo il 2004, ed andrà ricondotto solo a quelle ipotesi di cui al comma 3 dell'art. 14.

Per quel che riguarda la sperimentazione, invece, la norma di riferimento è l'art. 13 che, al comma 1, prevede: *“E' vietata qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano.”*; mentre al comma 2 inserisce un'eccezione: *“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”*.

Le norme sono, quindi, coerenti nel riconoscere la natura umana/ personale dell'embrione.

Tuttavia, tale disposizione normativa opera una scelta, non comprensibile, di non tener conto dei diversi contributi della ricerca medico/ scientifica, che avrebbero potuto determinare una sorta di bilanciamento degli interessi in gioco.

Si potrebbe, allora, dire che la tutela prioritaria del diritto dell'embrione a svilupparsi e ad avere una naturale evoluzione all'interno dell'utero materno posta alla base delle scelte legislative sia di univoco contenuto ideologico, andando così a risolvere la questione della qualificazione giuridica del nascituro, tanto in ambito scientifico, quanto in merito al momento della formazione dell'embrione.

E' chiaro che dei forti dubbi rimangono nel considerare le logiche valutazioni che possono essere fatte, soprattutto riflettendo sul punto che la ricerca ha subito una progressione significativa grazie all'impiego delle cellule embrionali nella strategia di lotta a malattie trasmissibili per via ereditaria. A ciò si può rispondere facendo riferimento ad una posizione del Comitato Nazionale di Bioetica che nel 2003 così si espresse: *“gli embrioni sono vite umane a pieno titolo, sicché esiste il dovere morale di sempre rispettarli e sempre proteggerli nel loro diritto alla vita, indipendentemente dal fatto che alcuni di essi possano essere qualificati soprannumerari”*.

Deve essere valutato, ora, il sistema sanzionatorio (con l'avvertenza che sarà, successivamente, riconsiderato nel corso della trattazione).

Sono previsti sia illeciti amministrativi che penali.

I principali destinatari sono gli operatori sanitari, per i quali è prevista anche la sospensione dell'esercizio dalla professione sanitaria da uno a tre anni (art. 12, comma 9).

La sanzione prevista nei confronti del “chiunque”, difatti, non è caratterizzata dalla genericità che ci si sarebbe aspettati.

Ecco il testo normativo di riferimento: *“ Art. 12.*

(Divieti generali e sanzioni).

1. *Chiunque a qualsiasi titolo utilizza a fini procreativi gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente, in violazione di quanto previsto dall'articolo 4, comma 3, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 300.000 a 600.000 euro.*
2. *Chiunque a qualsiasi titolo, in violazione dell'articolo 5, applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi o uno dei cui componenti sia minorenne ovvero che siano composte da soggetti dello stesso sesso o non coniugati o non conviventi è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 200.000 a 400.000 euro.*
3. *Per l'accertamento dei requisiti di cui al comma 2 il medico si avvale di una dichiarazione sottoscritta dai soggetti richiedenti. In caso di dichiarazioni mendaci si applica l'articolo 76, commi 1 e 2, del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445.*
4. *Chiunque applica tecniche di procreazione medicalmente assistita senza avere raccolto il consenso secondo le modalità di cui all'articolo 6 è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 50.000 euro.*
5. *Chiunque a qualsiasi titolo applica tecniche di procreazione medicalmente assistita in strutture diverse da quelle di cui all'articolo 10 è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 100.000 a 300.000 euro.*
6. *Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro.*
7. *Chiunque realizza un processo volto ad ottenere un essere umano discendente da un'unica cellula di partenza, eventualmente identico, quanto al patrimonio genetico nucleare, ad un altro essere umano in vita o morto, è punito con la reclusione da dieci a venti anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro. Il medico è punito, altresì, con l'interdizione perpetua dall'esercizio della professione.*
8. *Non sono punibili l'uomo o la donna ai quali sono applicate le tecniche nei casi di cui ai commi 1, 2, 4 e 5.*
9. *E' disposta la sospensione da uno a tre anni dall'esercizio professionale nei confronti dell'esercente una professione sanitaria condannato per uno degli illeciti di cui al presente articolo, salvo quanto previsto dal comma 7.*
10. *L'autorizzazione concessa ai sensi dell'articolo 10 alla struttura al cui interno è eseguita una delle pratiche vietate ai sensi del presente articolo è sospesa per un anno.*

Nell'ipotesi di più violazioni dei divieti di cui al presente articolo o di recidiva l'autorizzazione può essere revocata.”.

5) Sentenza della Corte Costituzionale

La Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, della legge in esame limitatamente alle parole “ad unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre” e dell'art. 14, comma 3, nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come stabilisce tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna.

La Corte ha messo in evidenza come la norma censurata fosse in contrasto con il proprio consolidato orientamento secondo cui in materia di trattamenti sanitari la regola deve essere la autonomia e la responsabilità del medico che, con il consenso della paziente, opera le necessarie scelte professionali e non il legislatore in maniera astratta ed indistinta.

Del resto, cose diverse sono l'organizzazione sanitaria rispetto al trattamento medico. Questo, difatti, si fonda sulle continue scoperte scientifiche e sperimentali, che rappresentano un settore distinto e diverso da quello della politica.

6) La rilevanza penale della sperimentazione sugli embrioni

La tematica della sperimentazione sulle cellule staminali embrionali è stata, senza ombra dubbio, nel corso dell'ultimo quindicennio, il terreno sul quale si sono determinati i conflitti ed i rapporti tra scienza, etica e diritto.

Per comprendere la portata della questione è necessario partire da alcune premesse.

Le cellule staminali embrionali sono quelle cellule che, nei primi giorni a partire dalla fecondazione, mantengono un livello di totipotenza tale da consentire loro di svilupparsi, se opportunamente stimulate, in qualunque tipo di cellula matura dei tessuti e degli organi umani. Potrebbero, quindi, essere usate per riparare i tessuti danneggiati in presenza di malattie degenerative.

La serie di conseguenze applicative che gli interventi di sperimentazione su tali cellule hanno portato su tutti i soggetti diversamente coinvolti da essi, ha, però, fatto sorgere delle importanti domande in merito al possibile bilanciamento che andrebbe condotto tra la libertà della ricerca scientifica e la tutela della vita dell'embrione.

Ora, è vero che il testo della Carta Costituzionale non prevede la necessità di apprestare qualche forma di garanzia all'embrione umano. Ma da ciò non si può desumere che vi sia un'implicita negazione del suo valore giuridico, in considerazione del fatto che la Costituzione costituisce un catalogo aperto di valori.

Perciò, se si volessero trovare dei fondamenti, anche indiretti, della rilevanza costituzionale dell'embrione, si potrebbe volgere l'attenzione alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo (art.2), al principio di uguaglianza (art.3) ed alla salvaguardia della salute (art. 32), fatte salve tutte le possibili valutazioni in merito alla possibilità di tutelare un embrione come una persona.

Del resto, da un punto di vista giuridico, la posizione di persona si collega a quella di capacità giuridica che, secondo l'art.1 c.c., si acquisisce al momento della nascita. All'embrione, perciò, non si potrebbe riconoscere lo stesso status di un "nato". Questi potrebbe godere di diritti attenuati rispetto ad una persona propriamente detta.

Alla necessità di tutelare l'embrione si contrappone l'obiettivo del progresso scientifico, anch'esso costituzionalmente garantito (art. 9).

Ed è chiaro che nell'ambito della ricerca sperimentale la salute umana rileva sotto un duplice profilo: sia come diritto del singolo (anche l'embrione!/?), che come diritto della collettività.

Nonostante la possibilità di fare un bilanciamento tra gli interessi appena esposti, il legislatore ha scelto la via dell'assoluto divieto di sperimentazione (art. 13 legge n.40/2004, di cui ci sarà modo di parlare nuovamente nel prosieguo dello scritto), seppur attraverso una disposizione normativa oggetto di numerose e specifiche critiche, in particolare di legittimità costituzionale (si pensi solo alla contrapposizione tra una tutela anticipata dell'embrione e la libertà di ricerca scientifica).

7) La compressione delle scelte terapeutiche

Una mente razionale potrebbe credere che il Parlamento italiano si sia impegnato o si impegni a fare in modo che attraverso le tecniche di procreazione assistita possano trovare soluzione i problemi di fertilità di una coppia.

Tuttavia un tale pensiero non trova conferma nella realtà, dal momento che la legge, al capo V dedicato ai divieti ed alle sanzioni, fa seguire un capo VI dedicato alle misure a tutela dell'embrione.

In questo modo trova nuovamente espressione la finalità che sottende l'intero testo normativo, ovvero la tutela dell'embrione, da considerarsi prevalente rispetto alla cura della sterilità.

La sola lettura delle norme richiamate evidenzia una disciplina caratterizzata da una pluralità di divieti.

Si dia l'attenzione ad i commi 1- 3 dell'art. 13.

Ecco la norma: “ Art. 13.

(Sperimentazione sugli embrioni umani).

1. *E' 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”.*

Sono previsti una serie di sbarramenti alla ricerca scientifica, tali da limitare, se non evitare, le applicazioni aberranti delle nuove tecnologie.

Ma vi sono anche altri divieti che vanno ad interferire con la cura della sterilità.

Si veda l'art. 14: “ *Limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni*

1. *E' vietata la crioconservazione e la soppressione di embrioni, fermo restando quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194.*

2. *Le tecniche di produzione degli embrioni, tenuto conto dell'evoluzione tecnico-scientifica e di quanto previsto dall'articolo 7, comma 3, non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre.*

3. *Qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione è consentita la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile.*

4. *Ai fini della presente legge sulla procreazione medicalmente assistita è vietata la riduzione embrionaria di gravidanze plurime, salvo nei casi previsti dalla legge 22 maggio 1978, n. 194.*

5. I soggetti di cui all'articolo 5 sono informati sul numero e, su loro richiesta, sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell'utero”.

Si comprende come tutti gli embrioni di volta in volta creati a seguito della fecondazione in vitro debbano essere trasferiti e come tale trasferimento debba essere unico e contemporaneo. Non c'è nessuna possibilità di conservare gli embrioni per un impianto successivo, anche in caso di insuccesso del primo impianto.

Tutti i divieti sono accompagnati da una tutela penale.

Per il delitto di cui all'art. 13: *“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 di cui al presente articolo”.

Per il delitto di cui all'art. 14: *“6. La violazione di uno dei divieti e degli obblighi di cui ai commi precedenti è punita con la reclusione fino a tre anni e con la multa da 50.000 a 150.000 euro.*

7. È disposta la sospensione fino ad un anno dall'esercizio professionale nei confronti dell'esercente una professione sanitaria condannato per uno dei reati di cui al presente articolo.

8. È consentita la crioconservazione dei gameti maschile e femminile, previo consenso informato e scritto.

9. La violazione delle disposizioni di cui al comma 8 è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 50.000 euro”.

La legge presenta anche dei problemi interpretativi su profili tecnico- scientifico della disciplina.

Infatti, si parla di concepito, di gameti, di embrioni, della selezione a scopo eugenetico, di surrogazione di maternità

In sostanza, si tratta di tutta una serie di concetti che il giurista deve apprendere dallo scienziato, o, quantomeno, dal medico.

Del resto, non si può nascondere il fatto che tutti i problemi interpretativi si sono moltiplicati ad opera della nuova legge.

Qui analicità non significa precisione, ma esprime la volontà del legislatore di predeterminare rigidamente le scelte di intervento del medico, al punto da, quasi, cristallizzare lo stato dell'arte sempre in evoluzione.

Per questo il legislatore ha delineato un vero e proprio percorso diagnostico- terapeutico: in quegli aspetti tecnici che, nel diritto penale, la riserva di legge ex art. 25, comma 2, Cost. consente di consegnare a fonti sub- legislative, anche nel caso in cui il principio costituzionale sia inteso nei termini rigorosi della riserva tendenzialmente assoluta.

Siamo di fronte ad una scelta che, però, espone il legislatore a sicure obiezioni di legittimità costituzionale.

Del resto, l'art. 32 Cost., impegnando la Repubblica alla tutela della salute, attribuisce al malato il diritto di essere curato efficacemente, secondo le migliori esperienze scientifiche, fatto salvo il possibile contrasto con altri valori costituzionalmente garantiti.

Perciò il legislatore non potrebbe/ dovrebbe intervenire sul merito di scelte terapeutiche attraverso la discrezionalità politica.

8) Profili di incompatibilità dell'art. 13 con il principio di tassatività

L'analisi dell'art. 13 rende chiaro come il legislatore abbia delineato in modo del tutto approssimativo la questione. Ciò è derivato sia dall'indeterminatezza dell'oggetto materiale, l'embrione, sia dall'assoluta genericità dell'espressione linguistica utilizzata al fine di indicare la condotta incriminata, la sperimentazione. Da qui derivano i dubbi circa la conformità con il principio di tassatività. E' chiaro, difatti, che il principio in parola trovi immediata attuazione per mezzo della tipizzazione dell'illecito penale, dato che la funzione del fatto tipico è quella di circoscrivere determinate forme di aggressione a specifici beni. Gli effetti di un divieto così impreciso, quale è quello in esame, consistono sia nell'intaccare il principio della separazione dei poteri dello Stato, sia nell'aprire degli squarci enormi di indeterminatezza nel reticolo delle incriminazioni, andando a ledere lo statuto democratico di un qualsiasi destinatario di norme penali. Da qui deriva che il legislatore abbia un obbligo di determinare in modo puntuale i fatti penalmente rilevanti, al fine di evitare che si venga a creare uno stato di incertezza nel cittadino, inibendo la sfera di libertà relativa ai comportamenti aventi ad oggetto quel bene. La puntuale determinazione degli elementi costitutivi della fattispecie ha, inoltre, la funzione di garantire il rispetto del principio di colpevolezza, in modo tale da consentire l'incriminazione dell'agente solo per la violazione di quelle fattispecie tassativamente previste.

8.1) Il concetto di tassatività

Tutte le norme che sanzionano i delitti contro la vita dell'embrione sono in contrasto con il principio di tassatività. Infatti, seppure richiamano la nozione di embrione come elemento normativo, non è possibile rinvenire alcuna disposizione che contenga una specificazione del concetto (a differenza di quanto previsto nella legislazione di altri stati europei). In più non va trascurato il fatto che né nel settore scientifico né in quello giuridico esistano delle univoche prese di posizione circa l'esatto significato da attribuire al concetto sopra esposto. Perciò taluni autori hanno affermato che si potrebbe parlare di embrione dal momento della fecondazione dell'ovulo da parte dello spermatozoo; altri hanno adottato le tesi *posticipative* rispetto alla fecondazione in senso stretto (la linea di discrimen tra il mero prodotto biologico del concepimento e l'embrione potrebbe essere rinvenuto nella fase della singamia, in cui il corredo cromosomico di ciascuno dei gameti si assembla in un unico ed autonomo patrimonio genetico); secondo un'altra posizione, il punto di inizio dell'embrione come essere umano andrebbe spostato in avanti, individuandolo nella stria primitiva, nella formazione del sistema nervoso centrale o nell'organogenesi. Va detto, comunque, che la componente eticamente orientata si è opposta alla nozione di pre- embrione, affermando che tale termine sarebbe null'altro che un espediente linguistico al fine di aggirare i limiti di cui alla legge 40 del 2004. Infatti, accogliendo una nozione restrittiva di embrione si avrebbe un inevitabile restringimento dell'ambito di applicazione della normativa, le cui disposizioni non si applicherebbero alla fase pre- embrionale. Sarebbe stato possibile, invece, emanare una norma che avesse il compito di definire in modo certo le due fasi (pre- embrionale ed embrionale). Un tale risultato sarebbe stato particolarmente apprezzabile in ambito medico, ove il tecnicismo è imperante, ed anche in ambito giuridico. Si capisce come l'embrione non sia un elemento normativo della fattispecie, non avendo un referente normativo, né un elemento descrittivo, non essendo suscettibile di concettualizzazione. Vi è, quindi, quasi il dubbio che dietro questo vuoto normativo vi sia la volontà di considerare il concetto di embrione come un elemento normativo di tipo extra-giuridico, che rimanderebbe ai valori etico sociali storicamente dominanti. In questo modo il legislatore avrebbe evitato pericolose prese di posizione sul punto, facendo scivolare sul giudice l'arduo compito di dare una limitazione giuridico- applicativa della questione. Tuttavia, benché non sia possibile chiedere alle norme integrative di tipo sociale la certezza delle disposizioni giuridiche integrative degli elementi normativi di fattispecie, è necessario non superare il criterio fisiologico di imprecisione. Proprio perché, in questo modo, l'elasticità di un criterio rischia di non essere null'altro che una sorta di indeterminatezza. Detto questo, è il caso di evidenziare come nel caso dell'embrione vi siano dei forti contrasti tra laicisti ed eticisti, che si può riscontrare sia sul piano generale dell'opinione pubblica, sia su quello qualificato della scienza e del diritto. Ciò dimostra

l'attuale inesistenza di una univoca riconoscibilità sociale del concetto di embrione. Sul piano ermeneutico sarebbe possibile, allora, interpretare in senso restrittivo la nozione di embrione, al fine di preservare la validità teleologica dell'intero patrimonio normativo, tenendo conto di tutti gli interessi in gioco. Cosa che, peraltro, la stessa legge 40 del 2004 dichiara, all'art. 1, di voler garantire. Un'interpretazione restrittiva di tale concetto, secondo la dottrina penalistica maggioritaria, consisterebbe nell'accogliere la teoria della singamia, individuando l'inizio dell'esistenza dell'embrione nel momento in cui il nascituro acquista un corredo cromosomico indipendente da quello dei genitori. Tale opzione interpretativa consentirebbe una lettura costituzionalmente orientata della norma, permettendo di delimitare il campo di applicazione del divieto penale di sperimentazione ed affermando la legittimità dei trattamenti medici relativi a cellule che si trovino in stadi evolutivi ancora proteiformi, in modo tale da garantire la libertà di ricerca. Ovviamente, il singolo giudice potrà scegliere un'opzione diversa; per questo motivo sarebbe opportuno un intervento del legislatore.

8.2) Il concetto di sperimentazione

Il divieto di cui all'art. 13 dipende non solo dall'area concettuale della nozione di embrione, ma anche dal significato da attribuire al termine sperimentazione. Proprio per tale ragione, è evidente che il legislatore avrebbe dovuto delineare con grande precisione il concetto di sperimentazione, soprattutto considerando che in esso trova espressione l'offesa all'interesse protetto dalla fattispecie. La sola possibilità di evitare l'illegittimità della fattispecie va ricercata nel tentativo di interpretare il termine indeterminato attraverso un attento riferimento al canone della necessaria lesività. In questo modo sarebbe possibile attribuire agli elementi costitutivi della fattispecie un significato preciso, che esprima la loro carica di offensività verso il bene giuridico protetto. Ricollegando le esigenze di tassatività al principio di offensività, inoltre, si promuoverebbe un miglior bilanciamento in termini di ragionevolezza. Questo si verificherebbe in considerazione del fatto che, attribuendo al concetto indeterminato un contenuto offensivo certo, in relazione al quale ricondurre tutti i comportamenti omogenei dal punto di vista del disvalore, sarà applicabile ad essi un trattamento sanzionatorio proporzionato alla lesione. Non si deve neanche dimenticare che la determinatezza della fattispecie permette di sindacare mediante il criterio della ragionevolezza sia le eventuali discriminazioni sanzionatorie tra fattispecie omogenee sotto il profilo del disvalore, sia l'eguaglianza di trattamento tra fattispecie differenti sotto il profilo del disvalore. Per poter raggiungere un tale risultato a livello interpretativo è, però, necessario individuare il bene giuridico di riferimento. Chiaramente la norma è volta a salvaguardare la vita dell'embrione dai possibili

pregiudizi derivanti dagli interventi di sperimentazione. Lo si può comprendere leggendo il comma 2 dell'art. 13: *“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”*.

La disposizione fa comprendere come la formulazione del divieto di sperimentazione sia stata dettata dalla necessità di apprestare un presidio nei confronti di quelle attività sperimentali aventi ad oggetto l'embrione, consistenti nella manipolazione e nell'alterazione della sua struttura, risultando pregiudizievoli per la sua sopravvivenza. A questo punto sarebbe possibile una deroga al divieto solo nell'ipotesi in cui la sperimentazione fosse volta a salvaguardare la salute dello stesso embrione, e non quella di chi potrebbe avere degli effetti favorevoli da tale progresso scientifico. Si deve anche comprendere come non sarebbe possibile ritenere che il delitto di cui all'art. 13 sia volto a tutelare l'identità genetica dell'embrione, in considerazione della mancanza di una previsione normativa specifica. Dunque, pur ammessi i dubbi che caratterizzano una tale materia, si può dire che il delitto in parola scelga di incriminare quelle attività di ricerca scientifica sugli embrioni che, consistendo nell'effettuazione di interventi invasivi sugli stessi, ne mettono in pericolo la vita. Se, invece, si scegliesse un'interpretazione più ampia del concetto di sperimentazione, la conseguenza sarebbe quella di vietare ogni tipo di esperimento scientifico avente ad oggetto gli embrioni, con la inevitabile violazione del principio di offensività. Quindi, anche l'estrapolazione di cellule staminali dall'embrione deve essere valutata come un'attività sperimentale, che, in quanto tale, sarebbe in violazione della norma in esame. Perciò, è il caso di affrontare la questione della legittimità costituzionale di quell'attività sotto il profilo critico della costruzione della fattispecie come delitto di pericolo presunto. Si rammenta che un delitto di pericolo presunto sanziona una certa condotta in quanto ritenuta generalmente pericolosa per il bene giuridico tutelato. Numerose sono le opinioni favorevoli in seno alla dottrina su tale tipo di struttura rispetto a quella del delitto a pericolo concreto, dal momento che sarebbe più compatibile con il principio di determinatezza, limitando il potere creativo del giudice. Tuttavia, una fattispecie di pericolo presunto potrebbe essere in contrasto con il principio di offensività, nel caso il legislatore scegliesse di incriminare un certo comportamento, sulla base della sua presunta idoneità a mettere in pericolo il bene giuridico, irragionevole a causa della possibilità che un pericolo ex ante ed in concreto non sussista. Nel caso che abbiamo in esame c'è un divieto di sperimentazione legato all'assunto che essa potrebbe sortire effetti distruttivi sull'embrione. Ma una tale regola di esperienza è viziata, proprio alla luce del fatto che vi è una carenza di precisione assoluta nelle espressioni linguistiche scelte dal legislatore. Per chiarezza, ai due concetti di embrione e di sperimentazione possono corrispondere una pluralità di fasi e di attività, con delle diverse conseguenze lesive per il bene giuridico. Si capisce, allora, come

non sia sufficiente ricorrere ad una regola di esperienza generale; essendo, invece, necessario operare una valutazione di offensività della condotta mediante una fondazione empirica plausibile e scientificamente fondata a sostegno della relazione di pericolosità dedotta dalla fattispecie incriminatrice. Da qui deriva, come, peraltro, affermato in più pronunce della Corte Costituzionale, che non si può costruire un giudizio nomologico scientificamente fondato quando i termini del giudizio siano indefiniti. Allora, l'art. 13 potrebbe essere oggetto di un giudizio di costituzionalità per violazione del principio di ragionevolezza, sia perché la regola adottata non è in grado di garantire l'offensività del comportamento incriminato, sia perché la sperimentazione consiste in un'attività che costituisce estrinsecazione di un diritto costituzionalmente garantito, la libertà di ricerca scientifica. Va, dunque, evidenziato come nessuna compressione di libertà fondamentali possa essere costruita secondo schemi presuntivi, nemmeno in nome della tutela di altri beni di pari rango. Il rigore della norma potrebbe essere ridimensionato anche attraverso una sentenza manipolativa, che consenta di ritenere legittima l'incriminazione della condotta di sperimentazione nel caso venga eseguita in modo pericoloso per la vita dell'embrione (in termini di pericolo concreto).

Un tale modello di fattispecie garantisce un'anticipazione della tutela del bene giuridico rispetto a quella offerta dai delitti di danno, in cui la responsabilità penale dell'agente viene fatta dipendere dal verificarsi della lesione. Un tale arretramento della soglia del penalmente rilevante, moderato rispetto a quello insito nei delitti di pericolo presunto, presenta l'indubbio vantaggio di essere perfettamente compatibile con il principio di offensività. In questo modo sarebbe garantita la tutela dell'embrione, ma non sarebbe violata l'aspettativa legata alla libertà di ricerca.

8.3) Il pericolo?

La necessità di bilanciare gli interessi in campo va accompagnata all'esigenza di affermare che gli unici embrioni su cui si potrebbe intervenire sono quelli abbandonati, rifiutati o affetti da patologie che ne renderebbero impossibile la sopravvivenza intrauterina. Oltre a questo è sempre indispensabile tenere presente che gli embrioni in stato di abbandono non possono essere, allo stato attuale della legislazione, che destinati alla crioconservazione a tempo indeterminato. Infatti, non c'è nell'ordinamento italiano una sola disposizione che menzioni la possibilità di procedere all'adozione degli stessi da parte di terzi, né tantomeno una norma che ne decreti la soppressione, passato un determinato arco temporale. Questa rappresenta un indubbio punto di distinzione, o, secondo taluni, di contrasto, rispetto agli altri ordinamenti europei. Per tali ragioni, a chi scrive pare necessario interrogarsi sull'opportunità che la Corte Costituzionale intervenga per ridefinire in senso offensivo

l'art. 13, comma 1, della legge in esame, passibile di essere considerato un tipico esempio di legge “estrema”, alla luce della sua rigidità nei confronti della ricerca scientifica e della sua indifferenza nei confronti del destino degli embrioni. Si potrebbe, allora, pensare che il fatto di introdurre il pericolo tra gli elementi costitutivi della fattispecie non avrebbe la capacità di rendere lecito il prelievo di cellule staminali embrionali, a causa delle sue elevate potenzialità distruttive. Infatti, anche scegliendo di costruire la fattispecie come un delitto di pericolo concreto, sembrerebbe che l'estrazione di cellule staminali embrionali andrebbe ricompresa tra quelle tipologie sperimentative censurabili, dal momento che si tratterebbe, pur sempre, di una tecnica rischiosa per la vita dell'embrione. Ovviamente questa è un'obiezione alla quale si potrebbe ribattere che, benché i procedimenti per generare linee cellulari siano stati caratterizzati da modalità tali da determinare la morte dell'embrione, andrebbe, comunque, considerata la possibilità di procedere all'estrazione attraverso delle modalità tali da non creare una situazione di pericolo per l'embrione. Ora è chiaro che solo introducendo, in via interpretativa, il pericolo concreto tra gli elementi costitutivi della fattispecie, si potrebbe dare il via ad una sperimentazione sugli embrioni, che sia in grado di consentire di salvaguardare la libertà di ricerca scientifica e la vita degli embrioni. Quindi, diventerebbe compito del giudice verificare che non sia messa in pericolo la vita dell'embrione tramite le sperimentazioni scientifiche. Per consentire tutto questo, proprio la scienza è/ sarebbe chiamata a fornire delle indicazioni certe o tendenzialmente certe.

8.4) Prospettive di riforma

La dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 13, nella parte in cui non specifica che la sperimentazione deve essere vietata solo se pericolosa per l'embrione, potrebbe essere oggetto di riserve. Non sarebbe, facilmente, accettabile lasciare ai giudici il compito di accertare la concreta pericolosità della condotta in un settore eticamente orientato. La soluzione preferibile, dunque, sarebbe quella di rinunciare ad un intervento della Corte Costituzionale che scelga di legittimare la sperimentazione, entro dati confini, sugli embrioni, attendendo, invece, una pronuncia del legislatore. Sarebbe, ad esempio, possibile pensare di dare una regolamentazione alla donazione ed all'utilizzazione delle cellule embrionali morte, e, a tal fine, di dare una definizione normativa del concetto di morte embrionale, tale da ricomprendere gli embrioni per i quali si sia arrestato il processo di suddivisione cellulare, seppur in presenza di singoli blastomeri ancora vitali. Una tale ipotesi è stata oggetto di valutazioni in seno al Comitato Nazionale di Bioetica nel 2007. Si pensi anche alla legge n. 91 del 1999 che disciplina il prelievo di organi e di tessuti da soggetto di cui sia

stata accertata la morte ai sensi della legge n. 578, e regola le attività di prelievo e di trapianto di tessuti e di espianto e di trapianto di organi. La norma recepisce il concetto di morte cerebrale, secondo cui “la morte si identifica con la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo”. Da ciò ne consegue che va riconosciuta la liceità del trapianto di organi da soggetto ancora “vivo” (il cuore pulsa), a patto che vi sia stata la morte encefalica. Se, perciò, fosse possibile stabilire che l'embrione cessa di esistere con la *morte organismica* (cessazione irreversibile del suo sviluppo cellulare), e se si giungesse ad una disciplina legale dell'utilizzazione delle cellule embrionali che si trovino in tali condizioni, sarebbero salvaguardati sia il diritto alla vita degli embrioni sia la libertà di ricerca scientifica. Ciononostante, è ancora difficile pensare ad un concetto normativo di *morte organismica* in un contesto normativo che rinunci a determinare non solo il momento della morte, ma anche la soglia cronologica iniziale della vita dell'embrione, a causa dei contrasti ideologici riscontrabili sul terreno politico e scientifico. Un discorso diverso è quello che coinvolge gli embrioni soprannumerari in condizioni di abbandono. Infatti, si deve evidenziare che nell'ambito di applicazione del delitto in esame rientra, oltre alla sperimentazione compiuta sugli embrioni *morti*, anche la sperimentazione su quelli rifiutati. La sperimentazione su quelli non impiantabili e, dunque, crioconservati, nonché quella sugli embrioni prodotti in soprannumero prima della legge 40/2004. Per questi è prevista una tutela formalistica della vita, dal momento che le Linee Guida della legge dispongono che, nel caso il trasferimento dell'embrione non sia possibile, la coltura in vitro dello stesso deve essere mantenuta fino alla sua estinzione. Sui limiti, inoltre, del divieto assoluto previsto dalla disposizione in oggetto, si era già espressa parte della dottrina, secondo cui rendere lecita la sperimentazione sugli embrioni soprannumerari/ non impiantabili avrebbe potuto essere una scelta volta al bilanciamento degli interessi in campo, dato che la valorizzazione del principio di protezione della salute come interesse della collettività (art. 32 della Costituzione) determinerebbe solo il sacrificio di embrioni privi di una chance di sviluppo. Allora, sarebbe possibile pensare di creare un modello di legittimazione flessibile fondato sulla costituzione di un comitato, costituito da scienziati e giuristi, che abbia il compito di valutare ed autorizzare i progetti di sperimentazione sugli embrioni soprannumerari, per la cui effettuazione sarebbe necessario il consenso della coppia di provenienza. Sarebbe, quindi, utile stabilire un termine di tempo massimo per la crioconservazione degli embrioni, scaduto il quale i genitori biologici andrebbero sentiti per decidere se procedere all'impianto o se destinarli alla ricerca. Sarebbe anche possibile pensare a delle scriminanti procedurali, che consistono in procedimenti amministrativi indirizzati all'accertamento dei presupposti di sicurezza di un certo fatto, in modo tale da qualificarlo, in assenza di quei requisiti di legittimità, tipico (perché lecito ma soggetto a limiti amministrativi da seguire) od anti-giuridico (perché illecito ma autorizzabile in via amministrativa). Ricorrere a tali scriminanti potrebbe risultare un modo per legittimare la sperimentazione sugli embrioni

sopranumerari. La scelta, invece, del legislatore di incriminare ogni tipo di sperimentazione sugli embrioni rappresenta una sorta di diritto penale punitivo eticizzante ed incapace di affrontare le questioni in gioco. Questi, difatti, non ha tanto assegnato una tutela forte agli embrioni, quanto predisposto una disciplina puramente simbolica e finalizzata ad inibire pratiche biotecnologiche ancora biasimate dalle correnti politiche, giuridiche e scientifiche a stampo etico, perché manipolative della natura. Del resto è facile capire come l'esigenza di tutelare l'embrione avrebbe richiesto una normativa flessibile in grado di stabilire le sorti degli embrioni in stato di abbandono. Il legislatore ha invece optato per una soluzione statica se non di arretramento sostanziale, in considerazione del fatto che si è preferito la crioconservazione a tempo indeterminato piuttosto che prospettare una possibilità di vita fuori della coppia biologica di riferimento. Il bene giuridico della vita dell'embrione, quindi, sarebbe subordinato a quello della tutela dell'ambiente familiare naturale, sulla base di punti di vista etici oggetto di vivo contrasto. In particolare, si pensi al caso di un embrione "orfano", che sarà destinato a morire. Si può dire, allora, che il legislatore non ha mirato a tutelare la vita dell'embrione, ma a colpire la libertà di ricerca scientifica, sanzionando la sperimentazione in modo più feroce rispetto alla soppressione degli embrioni. E', perciò, del tutto irragionevole punire una fattispecie a pericolo presunto (la sperimentazione), più duramente di una fattispecie di danno (la soppressione), posta a tutela del medesimo bene giuridico. Allora, non si potrebbe concludere se non nel senso che il legislatore ha fatto ricorso alla sanzione penale solo per poter infliggere un castigo a quegli scienziati indifferenti ai valori dell'etica e della religione.

Saremmo di fronte ad un diritto penale dell'autore più che del fatto.

CAPITOLO II

La responsabilità del medico ed i reati in materia di procreazione assistita.

1) Legge penale e procreazione assistita

La procreazione medicalmente assistita è disciplinata in Italia con la legge 19 febbraio 2004 n. 40, “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”, dopo un periodo in cui era assoggettata soltanto al diritto penale comune, nonché al Codice di deontologia medica.

Esistono anche delle altre regole e dei limiti previsti da una circolare del 1985 del Ministro della sanità (c.d. circolare Degan), ma relativamente alle sole strutture pubbliche.

L'aver disciplinato per legge la pma è coerente con le scelte fatte a livello europeo.

Leggi sulla pma sono presenti in Francia (Code de la santé publique – Loi n° 2004-800 du 6 août 2004), in Germania (l. 13 dicembre 1990, EschG), in Svizzera (legge federale 18 giugno 1998, LPMA), in Austria (l. 4 giugno 1992 FmedG), in Spagna (l. 26 maggio 2006 n. 14, sobre Técnicas de reproducción humana asistida) e in Portogallo (l. 26 luglio 2006 n. 32, Da procriação medicamente assistida); invece, in Gran Bretagna una legge del 1990 fornisce il quadro di riferimento per una Autorità indipendente (l’Autorità per la fecondazione umana e la embriologia: HFEA) chiamata a fornire una soluzione alle questioni che vengano in rilievo.

Va riconosciuto come ogni legge sulla pma contiene soprattutto limiti e divieti, imposti alle scelte individuali e all’operato di medici e biologi.

Il legislatore ha voluto che le scelte in materia siano lasciate integralmente agli attori della pma, soprattutto al medico, ma rivendica per sé una valutazione bilanciata degli interessi in gioco: le aspettative di donne e uomini che chiedono di essere aiutati a divenire genitori; le esigenze di tutela del concepito.

In effetti, la legge riconosce uno spazio alla pma quale strumento per “favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana”(l’art. 1 co. 2); si riserva di definire le condizioni e le modalità di accesso ai trattamenti, assicurando “i diritti di tutti i soggetti coinvolti.

Inoltre, occorre evidenziare come nel quadro degli illeciti, penali e amministrativi, previsti nella legge in esame, le figure di illecito non presentano una particolare gravità, sulla base delle relative

pene edittali. Piuttosto, si tratta di obblighi e di divieti la cui presenza nella legge alimenta in modo significativo il flusso delle coppie italiane verso centri esteri di pma.

Si potrà vedere quanto sia ingrato il ruolo dello specialista di medicina della riproduzione, nonché il ruolo delle coppie afflitte da problemi di sterilità o di infertilità.

2) La diagnosi preimpianto sull'embrione in vitro

Una prima questione è relativa alla diagnosi preimpianto sull'embrione in vitro.

Si tratta della possibilità di conoscere in anticipo la presenza nell'embrione di alcune gravissime malattie e quindi della possibilità per la donna di rinunciare al trasferimento dell'embrione ovvero accettarlo nella consapevolezza di quella situazione patologica.

Il problema della liceità di un tale tipo di diagnosi non è risolto nella legge.

Ciononostante, va rilevato che la legge, limitando l'accesso alla pma alle coppie sterili o infertili (art. 4 co. 1), esclude la possibilità della stessa fecondazione in vitro (quindi, esclude la possibilità della diagnosi preimpianto sull'embrione) per coppie fertili, ma che abbiano un rischio qualificato di trasmissione di malattie gravi e inguaribili.

Si consideri che non è prevista alcuna sanzione per il medico che pratici la pma a favore di coppie non sterili (v. art. 12 co. 2, che commina una sanzione pecuniaria amministrativa per chi applichi tecniche di pma in assenza di altri requisiti dettati dalla legge: quando cioè i componenti della coppia non siano entrambi viventi, o uno di loro sia minorenne, o la coppia sia formata da soggetti dello stesso sesso o non coniugati o non conviventi).

Tutto questo è coerente con l'impossibilità di un serio accertamento della sterilità di coppia, almeno per le ipotesi in cui si tratti di sterilità idiopatica, cioè derivante da cause non identificate.

Nei casi in cui ammette la pma, la legge non fornisce indicazioni dirette in merito alla diagnosi preimpianto sull'embrione.

Per la dottrina dominante, la legge escludeva la possibilità della diagnosi preimpianto.

Si tratta di una soluzione, non esplicitata, che si ricaverebbe, tuttavia, dalla disposizione che consente la ricerca clinica e sperimentale su embrioni, solo a patto che si perseguano in via esclusiva finalità di tutela e sviluppo di quel singolo embrione (art. 13 co. 2).

Tale interpretazione, che inquadra l'indagine genetica preimpianto sull'embrione nel genus "ricerca clinica e/o sperimentale su embrioni", sarebbe poi confermata dal divieto di sperimentazione su embrioni (ex art. 13 co. 1), nonché dal divieto (assoluto) di selezionare embrioni a scopo eugenetico (art. 13 co. 3 lett. b).

Il divieto della diagnosi preimpianto era anche previsto nelle "Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita", adottate con d.m. del 21

luglio 2004, nelle quali si affermava che “ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati in vitro, ai sensi dell'articolo 14, comma 5, dovesse essere di tipo osservazionale”.

3) La giurisprudenza più recente per la quale non è vietata la diagnosi preimpianto

Forti contrasti si sono presentati in giurisprudenza, in un primo momento pronunciandosi per il divieto della diagnosi preimpianto, e contemporaneamente sollevando questione di legittimità costituzionale, in relazione all'art. 32 Cost.; in un secondo accogliendo una nuova richiesta di diagnosi preimpianto.

Al di là di tali contrasti va evidenziato l'orientamento che si è affermato nella prassi medica: secondo quanto disposto dalle Linee guida del 2004, almeno fino ad un recente passato in Italia non si effettuavano diagnosi preimpianto sull'embrione.

La situazione, attualmente, parrebbe mutata.

Il Tribunale di Firenze ha ritenuto legittima la diagnosi preimpianto, dal momento che il relativo divieto sarebbe stato introdotto soltanto dalle Linee guida, in violazione sia del principio di legalità del reato e della pena, sia delle regole della gerarchia delle fonti e dei limiti apposti dall'ordinamento al potere regolamentare ministeriale (art. 17 l. 400/1988).

In sostanza, si può dire che, fermo il generale divieto di sperimentazione su ciascun embrione umano, la legge n. 40 del 2004 consente la ricerca e la sperimentazione e gli interventi necessari per finalità terapeutiche e diagnostiche se volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione, mentre le Linee Guida riducono tale possibilità alla sola osservazione”.

Da ciò si deduce la potenziale illegittimità di tale previsione.

Si ricordi, peraltro, che l'11 aprile 2008 il Ministro della salute ha aggiornato le Linee guida sulla procreazione medicalmente assistita, che risalivano al luglio 2004; il decreto ministeriale è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del 30 aprile 2008.

La più importante novità introdotta è relativa alla diagnosi preimpianto sull'embrione: eliminata la disposizione in base alla quale ogni indagine sull'embrione doveva essere di tipo osservazionale, si apre ora la strada alle indagini genetiche preimpianto.

Nelle legislazioni europee coesistono soluzioni opposte a proposito della diagnosi preimpianto.

Ad esempio, su una posizione negativa si colloca la legge tedesca.

Per contro, a favore della diagnosi preimpianto si è espresso il legislatore portoghese del 2006.

Le incertezze che hanno caratterizzato il legislatore italiano, determinando una disciplina ambigua, dalla quale è stato tratto un divieto di diagnosi preimpianto, sono un chiaro riflesso delle posizioni della dottrina cattolica, per la quale il divieto di quella forma di indagine sull'embrione è un limite doveroso alla “ricerca del figlio perfetto”.

Questa è un'aspirazione contro la quale si è più volte pronunciato papa Benedetto XVI.

Facilmente, tuttavia, si può obiettare che si tratta non della ricerca di un figlio perfetto, ma della ricerca di un figlio sano.

Questa è una cosa che nessuna forma di diagnosi preimpianto potrebbe assicurare, ma, in alcuni casi, potrebbe rendere meno remoto.

4) Il divieto di produrre più di tre embrioni ex art. 14 l. 40/2004 (profili di illegittimità costituzionale)

Un secondo importante aspetto della legge riguarda il divieto di produrre per ogni ciclo di pma un numero di embrioni superiore a tre, nonché l'obbligo di trasferire contemporaneamente tutti gli embrioni prodotti (art. 14 co. 2) (a meno che vi si opponga una causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna, non prevedibile al momento della fecondazione).

Queste disposizioni sono completate dal divieto di crioconservazione di embrioni (temporaneamente derogabile solo nei casi di cui all'art. 14 co. 3), e, ancora, con il divieto di soppressione di embrioni (art. 14 co. 1).

Sono due le conseguenze di questa disciplina legislativa: non essendo possibile produrre più di tre embrioni, si possono inseminare tre soli oociti, con produzione di un numero di ootidi (id est, oociti fecondati a due pronuclei) da zero a tre (per donne di quarant'anni o più, ciò significa che le probabilità di successo dei trattamenti di pma risultano molto basse; per donne giovani, in una fascia di età al di sotto o intorno ai trent'anni, si profila invece un alto rischio di gravidanze plurime); il primo ciclo può non avere successo e in tal caso la legge italiana comporta che si debba 'ripartire da capo', con una nuova stimolazione ormonale (si comprende come una disciplina così rigida ponga serissimi problemi di compatibilità con diversi principi costituzionali, in primis con il diritto costituzionale alla salute di cui all'art. 32 Cost).

La disciplina contenuta nell'art. 14 l. 40/2004 non ha equivalenti nelle leggi europee.

La legge italiana, difatti, non contiene nessuna definizione di embrione, contrariamente alla molteplicità di significati di quel termine nel linguaggio biologico, e della difficoltà di uscire dall'equivoco anche sul piano dell'interpretazione sistematica.

Perciò, sembra da scegliersi, nella lettura della legge, la tesi della Chiesa cattolica, che colloca l'inizio della vita umana nel momento dell'attivazione dell'oocita.

Per la dottrina della Chiesa, l'embrione vive, ed esiste un embrione, cioè un uomo, fin dal primo contatto tra cellula-uovo e spermatozoo.

In Italia, inoltre, a norma dell'art. 4 co. 3, "è vietato il ricorso a tecniche di procreazione assistita di tipo eterologo".

I gameti utilizzabili ai fini della pma debbono dunque essere forniti dal coniuge o dal convivente.

In sostanza, è vietata qualsiasi forma di donazione di gameti (una cessione a titolo oneroso integrerebbe d'altra parte il reato di cui all'art. 12 co. 6 l. n. 40/2004).

Nulla di simile, quanto alla donazione di gameti, si ha nel panorama europeo.

La scelta di ammettere alla pma anche donne sole, compiuta da alcuni legislatori europei, implica, seguendo un ragionamento razionale (tautologia rafforzativa), che si legittimi anche la donazione di gameti.

Il legislatore italiano ha compiuto una scelta tanto eccentrica in materia di donazione di gameti sulla base di giudizi di valore radicati nella dottrina cattolica, per la quale, spettando al concepito un vero e proprio diritto all'educazione, sarebbe "ingiusto e pericoloso legittimare fecondazioni eterologhe".

5) Le sanzioni nella legge n. 40/2004

La legge fa uso sia di sanzioni amministrative (pecuniarie o interdittive), sia di sanzioni penali (detentive, pecuniarie, interdittive): il loro tratto comune è una inusitata severità.

Si faccia ancora qualche esempio dei livelli sanzionatori caratteristici della legge n. 40 del 2004.

L'utilizzo di gameti estranei alla coppia richiedente è punito con una sanzione pecuniaria amministrativa da 300.000 a 600.000 euro (art. 12 co. 1).

La commercializzazione di gameti o di embrioni e la surrogazione di maternità sono punite (in aggiunta alla reclusione da 3 mesi a 2 anni) con la multa da 600.000 a 1 milione di euro (art. 12 co. 6).

Chi viola l'obbligo di trasferire contemporaneamente tutti gli embrioni prodotti, o congela embrioni, ovvero li sopprime, è punito con la reclusione fino a 3 anni (nonché con la multa da 50.000 a 150.000 euro).

La sperimentazione su embrioni è punita con la reclusione da 2 a 6 anni (oltre che con la multa da 50.000 a 150.000 euro) (art. 13 co. 1 e co. 4): in un crescendo di severità che culmina nella pena – reclusione da 10 a 20 anni – prevista per chi realizza interventi di clonazione (art. 12 co.

7).

Le sanzioni interdittive possono assumere i connotati dell'interdizione perpetua dall'esercizio della professione sanitaria (art. 12 co. 7) o quelli della revoca dell'autorizzazione per la struttura a realizzare interventi di pma (art. 12 co. 10).

Siamo al cospetto di quello che, taluni, hanno definito un autentico furore punitivo.

Il destinatario delle feroci sanzioni previste dalla legge italiana è il medico (nonché il biologo) che pratica il trattamento.

Le sanzioni non si rivolgono invece, almeno in via principale, ai pazienti, per i quali, anzi, in relazione ad una vasta gamma di illeciti, la legge (art. 12 co. 8) prevede una causa personale di esclusione della punibilità.

E' il caso emblematico della fecondazione eterologa, della utilizzazione di gameti di un soggetto deceduto, della pma praticata a minorenni, o a coppie di persone dello stesso sesso, ovvero non coniugate né conviventi, ovvero della pma praticata senza che sia stato raccolto il consenso degli interessati nelle forme di legge, o, ancora, della pma praticata in strutture non autorizzate.

In relazione alle figure di illecito, penale o amministrativo, diverse da quelle appena citate, si potrà invece configurare per i pazienti una responsabilità a titolo di concorso (nel reato o nell'illecito amministrativo).

Si pensi a chi solleciti, con successo, il medico a realizzare una surrogazione di maternità (art. 12 co. 6) ovvero un processo di clonazione (art. 12 co. 7), posto che tali ipotesi delittuose non sono interessate dalla causa personale di non punibilità di cui all'art. 12 co. 8.

Alcuni anni fa Günther Jakobs ha proposto la formula "diritto penale del nemico" (Feindstrafrecht), proprio per alludere a sottosistemi penali, presenti in molti ordinamenti contemporanei, che si caratterizzano per la negazione di fondamentali diritti di garanzia ad alcune categorie di soggetti: che non erano cittadini, non erano persone, non erano uomini, bensì nemici, per i quali la pena può operare solo come strumento di neutralizzazione.

L'ambito di riferimento del "diritto penale del nemico" è quello del contrasto alla criminalità organizzata comune.

Non mancano, tuttavia, incursioni in altri settori della legislazione penale.

Semberebbe, allora, che in Italia il 'nemico' abbia assunto i connotati del medico che vada oltre questo o quel limite imposto dalla legge ai trattamenti di pma; nel senso che per quel medico si prevede un trattamento sanzionatorio totalmente squilibrato nell'ordinamento, in contrasto con una serie di principi costituzionali, quali, il principio della rieducazione, fino a prospettare al condannato, per alcune figure di illecito, una sorta di morte civile.

Tuttavia, è quasi assente nei repertori di giurisprudenza penale, essendo, forse, viva soltanto sulla carta. Potrebbe trattarsi di uno dei molti esempi di legislazione penale simbolica: cioè di una legge che a priori cerchi non già di influire sui fenomeni sociali, bensì esclusivamente di trasmettere messaggi morali.

Per una conclusione di questo tipo, non è sufficiente rilevare l'assenza di pronunce giurisprudenziali che irroghino le sanzioni previste dalla legge.

Non si può escludere che l'assenza di condanne sia in parte riconducibile a un generalizzato adeguamento ai precetti contenuti nella legge.

Rimane da chiedersi se la legge n. 40 del 2004 sia un manifesto ideologico o, invece, abbia ottenuto un generale rispetto da parte dei suoi destinatari.

Si può rispondere solo facendo una verifica degli effetti prodotti dalla legge n. 40 del 2004.

Se si trattasse di una legge simbolica, nulla dovrebbe essere cambiato nella prassi; se qualcosa è cambiato, ed i cambiamenti riguardano aspetti della pma direttamente o indirettamente investiti dalla disciplina legislativa, significa che la legge è stata osservata, senza bisogno dell'intervento del giudice penale.

Bisogna fare anche ulteriori considerazioni che portano ad affermare: un significativo, perdurante calo delle gravidanze ottenute attraverso la pma rispetto alla fase antecedente alla legge; l'attestarsi degli esiti negativi di tali gravidanze (prevalentemente, aborti spontanei) a livelli tuttora più alti (24,7%); un costante incremento delle gravidanze multiple (trigemine o quadrigemine).

Si consideri, inoltre, la continua crescita del numero delle coppie italiane che ogni anno si rivolgono a centri clinici esteri.

E' un quadro tutt'altro che confortante, benché non manchino valutazioni diverse, come quelle di un autorevole ginecologo, il prof. Massimo Moscarini, il quale, in un'intervista a un quotidiano, ha plaudito alla legge n. 40 del 2004, affermando che “la sua applicazione ha portato a risultati inaspettati, riuscendo a coniugare l'esigenza delle coppie di avere a disposizione tecniche sicure ed avanzate con il rispetto dell'embrione”.

Se, però, i risultati citati sono superiori alle aspettative, c'è da chiedersi quali risultati si attendesse dalla legge il professore.

6) Il ruolo del medico italiano

E' utile, adesso, parlare dei c.d. viaggi dei diritti: cioè di quel fenomeno che vede le coppie italiane afflitte da problemi di sterilità o esposte a particolari rischi di trasmissione di gravi malattie rivolgersi a centri esteri di pma. Le coppie italiane che si recano all'estero per sottoporsi a trattamenti di procreazione assistita, vanno in cerca di forme di trattamento vietate in Italia, quali: donazione di gameti, produzione di embrioni in soprannumero con eventuale crioconservazione, surrogazione di maternità, nonché diagnosi preimpianto sull'embrione.

E in tale fenomeno ‘migratorio’ non di rado ha un ruolo anche un medico italiano.

Occorre, quindi, considerare i casi in cui può sorgere una responsabilità del medico italiano.

Si può prospettare una responsabilità penale del medico italiano nell'ipotesi in cui sia il medico italiano a consigliare ai propri pazienti di rivolgersi a un centro estero per trattamenti vietati dalla legge n. 40 del 2004.

In tal caso potrà profilarsi, ex art. 110 c.p., un concorso morale del medico italiano in un reato che ha come autore il medico che opera nel centro estero.

La legge penale italiana sarà senz'altro applicabile, dovendosi considerare quel reato commesso in Italia, in quanto una parte della fattispecie concorsuale si è realizzata nel territorio dello Stato italiano.

Naturalmente, a norma dell'art. 115 c.p., la responsabilità del medico italiano sorgerà solo a condizione che i pazienti, accogliendo il suo consiglio, si siano effettivamente rivolti a quel centro estero e che qui abbiano ricevuto il trattamento vietato, sotto minaccia di pena, dalla legge italiana. Sono diverse le ipotesi riconducibili alla previsione dell'art. 12 co. 6 legge n. 40/2004, che vieta di pubblicizzare la commercializzazione di gameti o di embrioni ovvero la surrogazione di maternità. Considerando la questione dell'eventuale responsabilità penale del medico italiano che consigli ai propri pazienti di recarsi presso un centro estero, si è sostenuto che "l'indicazione di recarsi all'estero anche quando tale indicazione non viene seguita da accettazione del consiglio, integra comunque il reato de quo".

Il consiglio fornito a singoli pazienti, nel corso di colloqui individuali, a parere di chi scrive, non è in grado di integrare una condotta di "pubblicizzazione".

"Pubblicizzare" è infatti sinonimo di "divulgare", formula che è presente in più di una disposizione penale e che, secondo la costante interpretazione fornita dalla giurisprudenza e dalla dottrina, esclude la comunicazione riservata a un numero determinato di persone.

Inoltre, l'oggetto del divieto di pubblicizzazione dettato dall'art. 12 co. 6 è limitato.

E' relativo solo alla cessione a pagamento di gameti o di embrioni e la surrogazione di maternità, non coinvolgendo in nessun modo altre forme di trattamento di pma che pure siano vietate dalla legge italiana.

Potrà anche accadere che il medico italiano, dopo aver concordato con i pazienti, presso il proprio studio professionale in Italia, un trattamento di pma vietato dalla legge italiana, pratici in prima persona quel trattamento presso un centro estero.

Anche in questo caso sarà applicabile la legge italiana, trattandosi di reato commesso nel territorio dello Stato.

Il reato è commesso in concorso dal medico e dai pazienti, e ciò anche nel caso in cui, per espressa disposizione della legge italiana sulla pma, i pazienti non siano punibili.

Se, quindi, si può accreditare alla legge n. 40 del 2004 un'ampia e generalizzata osservanza presso i centri italiani di pma, alcune violazioni della legge da parte di medici italiani potrebbero invece annidarsi, in definitiva, nei contributi da loro forniti al c.d. turismo procreativo.

E' necessario analizzare le ipotesi in cui non sorge alcuna responsabilità del medico italiano.

In alcuni Stati dell'Europa orientale si eseguono fecondazioni in vitro con donazione di oociti addirittura senza bisogno che la coppia si rechi sul posto, procedendo ad un invio per posta del seme. Succede, anche, che l'embrione ottenuto nel laboratorio di questi Stati arrivi in Italia con analoghe modalità e qui venga trasferito nell'utero della donna.

Dunque, il medico italiano che in Italia effettui il trasferimento dell'embrione, o degli embrioni, prodotti all'estero e successivamente importati non dovrebbe incorrere in alcuna responsabilità, penale o amministrativa.

Infatti, non commette l'illecito amministrativo di cui all'art. 12 co. 1 l. 40/2004.

La condotta descritta in tale disposizione – l'utilizzo a fini procreativi di gameti di soggetti estranei alla coppia – è stata realizzata (e si è esaurita) all'estero, ad opera di medici e biologi stranieri.

Né esiste nel nostro ordinamento una disposizione che faccia divieto di trasferire nell'utero della donna un embrione ottenuto con gameti forniti da soggetti estranei alla coppia. Invece, se il medico italiano sopprimesse l'embrione (o, magari, lo crioconservasse) commetterebbe il delitto di cui all'art. 14 co. 1 e co. 6 l. 40/2004. Né può porsi un problema di ricettazione ex art. 648 c.p..

E' chiaro che l'embrione prodotto all'estero e ricevuto dal medico italiano non è cosa proveniente da delitto (piuttosto, proviene da illecito amministrativo).

Non c'è nessuna responsabilità penale anche per il medico italiano che, operando presso un centro estero di pma, pratichi un trattamento vietato in Italia, ma lecito secondo la legislazione del Paese ospitante, allorché destinataria del trattamento sia una coppia con la quale il medico italiano non abbia avuto precedenti contatti.

Infatti, anche nell'ipotesi in cui la legge italiana configuri quel fatto come delitto e preveda una pena detentiva (come nel caso della crioconservazione di embrioni, punita ex art. 14 co. 1 e co. 6 con la reclusione fino a 3 anni e con la multa da 50.000 a 150.000 euro), il medico non sarà punibile secondo la legge italiana.

Trattandosi di delitto commesso all'estero, difatti, l'applicabilità della legge italiana è subordinata, accanto ai requisiti espressamente contemplati nell'art. 9 c.p. (presenza del soggetto nel territorio dello Stato; se la pena prevista è inferiore nel minimo a tre anni di reclusione, richiesta del Ministro della giustizia, oppure istanza o querela della persona offesa), all'ulteriore requisito (tacito) della doppia incriminazione.

Come si legge nei Lavori preparatori del codice penale, per l'applicabilità della legge penale italiana al delitto commesso all'estero occorre che il fatto costituisca reato anche secondo la legge del luogo in cui fu commesso.

Nell'insieme, la legge n. 40 del 2004 ha inciso in maniera determinante sulla prassi della pma.

Non si tratta di una legge simbolica, bensì di una legge cattiva perché contro la vita.

Quindi, legge cattiva, ma non cattiva legge.

Il legislatore si è posto come obiettivo la lotta contro tecniche innaturali di ricerca della gravidanza.

Si tratta di una tesi da tempo presente nella bioetica cattolica.

Nella sostanza, la legge n. 40/2004 non vuole “favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana”; è, invece, una legge per la tutela dell’embrione ed anche una legge di lotta contro la procreazione assistita.

CAPITOLO III

La procreazione assistita di tipo “eterologo”

1) La procreazione assistita di tipo “eterologo”

La legge dedica alla fecondazione eterologa uno spazio rilevante. In primo luogo pone all'art. 4, comma 3, un divieto assoluto per tale forma di fecondazione; in secondo luogo prevede una forte sanzione (si veda sopra) per chi utilizzi gameti esterni rispetto alla coppia (art. 12). Si comprende, quindi, come la fecondazione assistita eterologa sia disciplinata attraverso la previsione di un divieto assoluto, sanzionato con pesantissime sanzioni amministrative per tutti gli operatori sanitari. Si tratta di sanzioni talmente “pesanti” da aver fatto pensare a parte della dottrina che si fosse di fronte ad una sorta di frode delle etichette, finalizzata all'applicazione di un trattamento sanzionatorio rigidissimo, in assenza delle garanzie previste dall'ordinamento penale. Il divieto in esame è relativo tanto alla donazione di spermatozoi, quanto a quella di oociti, senza che sia fatta alcuna distinzione tra fecondazione in vivo ed in vitro. Il legislatore, prevedendo un assoluto divieto alla donazione di gameti, ha creato un solco rispetto alla legislazione degli altri paesi europei. E', inoltre, bene avere presente che chi, in Italia, pratici un trattamento di pma con gameti esterni rispetto alla coppia commette l'illecito amministrativo di cui all'art. 12, comma 1, mentre chi pratici un trattamento ad una donna single risponde della meno grave figura di illecito di cui al comma 2, che prevede una sanzione pecuniaria da 200.000 a 400.000 euro. Si capisce, allora, come per il legislatore la fecondazione eterologa ad una coppia convivente sia più grave rispetto ad una single.

2) Il bene giuridico offeso ed i rapporti con i principi costituzionali

Il legislatore è stato spinto da giudizi di valore, che trovavano e trovano origine nel pensiero cattolico dominante. Si tenga presente come autorevoli esponenti della Chiesa Romana abbiano definito la procreazione assistita come una tecnica veterinaria di ausilio all'adulterio. Perciò, non si può non vedere come la donazione di gameti sia uno degli aspetti maggiormente meritevoli di biasimo di tutta la metodica. In seno alla dottrina penalistica, peraltro, non sono mancate posizioni di chi assimili la fecondazione eterologa all'adulterio. Tanto è vero che, in passato, c'era chi sosteneva che il reato di adulterio (art. 559 c.p.) potesse trovare applicazione anche in tali circostanze. E se, tuttavia, l'opinione prevalente era per la posizione contraria, è chiara, qui, la forte

influenza del mondo cattolico. Alla base del divieto di fecondazione eterologa, quindi, si colloca il pensiero per il quale ciascuno dei membri della coppia abbia diritto a diventare genitore solo tramite la compartecipazione alla procedura. Perciò solo la coppia potrebbe rivolgersi alla medicina per risolvere un problema di tale tipo. Da qui si capisce come, ovviamente, sia tale insieme l'oggetto di tutela della legge. E', tuttavia, altrettanto evidente come la previsione di un tale divieto rappresenti un ingiustificato, forse ingiustificabile, inserimento del legislatore nelle dinamiche relazionali di una coppia. Tutto questo, peraltro, non può trovare giustificazione alcuna, se solo si pensa al fatto che lo Stato dovrebbe essere caratterizzato dalla laicità. Si tenga presente come la Corte Costituzionale si sia lungamente espressa circa la natura fondamentale del requisito della laicità, classificandolo come uno dei principi supremi dell'ordinamento italiano.

La Costituzione è un ottimo strumento per comprendere la questione. L'art. 3 garantisce l'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge senza distinzioni di sorta; l'art. 21 attribuisce a tutti il diritto di manifestare il proprio pensiero; l'art. 19 stabilisce la libertà di religione; gli art. 2 e 13 garantiscono la libertà e l'autonomia delle scelte personali. Quindi, la laicità non si configura solo come equidistanza ed imparzialità dello Stato rispetto alle scelte individuali, né solo come baluardo a tutela della libertà personale. La laicità è la volontà di uno Stato di astenersi da qualsiasi premessa religiosa. Con ciò si vuole dire che le sanzioni, anche quelle che, formalmente, non sono penali, non dovrebbero essere strumenti per imporre dei valori morali. Si tratta, come è evidente, di corollari del principio di offensività, art. 25 Cost., per il quale nessuno può essere punito se non per la commissione di un fatto offensivo di un bene giuridico, che non può essere un'istanza etico/religiosa. Anche il principio di eguaglianza, art. 3 Cost., pare essere leso dalla previsione normativa. Infatti, l'assoluto divieto di fecondazione eterologa determina, come conseguenza, che non possano essere risolti i problemi di sterilità di una coppia, nella quale l'uomo non produca spermatozoi o la donna non possa produrre oociti. Tali coppie risultano/ risulterebbero oggetto di una discriminazione, secondo taluni, ingiustificabile, da parte di una legge che non consente di avvalersi delle diverse soluzioni che la ricerca medica è in grado di offrire, e solo per motivazioni religiose. Pertanto, si comprende come le coppie italiane debbano rivolgersi ai c.d. Viaggi della speranza (si veda sopra), nella maggior parte dei Paesi europei. E non si trascuri il fatto che una tale condizione determina un'ingiusta, ma inevitabile, discriminazione legata alle potenzialità economiche dei soggetti coinvolti. Del resto, i trattamenti di tale tipo sono molto costosi e ciò comporta una inevitabile differenziazione sulle possibilità che ciascuna coppia abbia di rivolgersi ai centri medici dell'Europa ricca, rispetto a quelli dell'Europa povera. Si pensi solo agli interventi odontoiatrici od estetici ricercati nell'Europa orientale.

3) La risposta della Corte Europea dei diritti dell'uomo

La Corte EDU, già nel 2010 (Corte EDU, Sez. I, 1 aprile 2010), ha pronunciato una condanna nei confronti dell'Austria in tema di fecondazione assistita eterologa, enunciando i principi in grado di mettere in crisi i divieti previsti in tale materia anche in altri paesi europei. La Corte di Strasburgo ha criticato la legge austriaca soprattutto sul piano della coerenza interna, evidenziando come debba essere ritenuto un principio fondamentale quello per il quale è sancito un assoluto divieto di discriminazione ed il diritto al rispetto della vita personale e familiare. Inoltre, la Corte ha voluto mettere in evidenza come la donazione di spermatozoi o di oociti determinano delle relazioni di parentela atipiche, che poco hanno a differenziarsi rispetto a quelle scaturenti da una adozione. Queste sono delle argomentazioni che possono valere, come è evidente, per ogni ordinamento che preveda un divieto assoluto di donazione di gameti, mettendo, così, in crisi tutte le legislazioni nazionali che prevedono un divieto di fecondazione eterologa. Sempre in questo senso deve essere letta un'ulteriore e recente pronuncia della Corte Europea dei diritti dell'uomo. Il 27 giugno, la Corte EDU di Strasburgo ha accolto il ricorso di una coppia italiana contro la legge 40 del 2004 sulla fecondazione assistita. I ricorrenti, entrambi affetti da fibrosi cistica, malattia genetica trasmissibile nel 25% dei casi, volevano ricorrere alla fecondazione in vitro per poter fare uno screening embrionale. Tale opzione non era, però, consentita dalla legge, che la riservava solo alle coppie sterili od a quelle in cui il partner maschile abbia una malattia sessualmente trasmissibile. La coppia, pertanto, si è rivolta alla Corte, sostenendo che la legge violasse il diritto alla vita privata e familiare ed anche quello a non essere discriminati rispetto ad altre coppie, come previsto dagli art. 8 e 14 della Costituzione italiana. La Corte, allora, ha accolto il ricorso facendo proprie le motivazioni dello stesso ed evidenziando come in almeno 15 Stati europei sia ammessa una ampia libertà nel ricorrere alla fecondazione in vitro e, conseguentemente, allo screening embrionale.

BREVE BIBLIOGRAFIA

ACCATTOLI, *Appello del Papa: no alla ricerca del figlio perfetto*, in *Corriere della sera*, 25 febbraio 2007, p. 11;

S. CANESTRARI, *Commento alla l. 19 febbraio 2004 n. 40*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, p. 416 ss.;

CASONATO, T. E. FROSINI (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, 2006;

DE BAC, *Fecondazione, il Governo cambierà le regole*, in *Corriere della Sera*, 16 maggio 2008, p. 20.;

DOGLIOTTI, A. FIGONE, *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza, Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, 2004, p. 416 ss.;

E. DOLCINI, in E. DOLCINI, A. GIARDA, F. MUCCIARELLI, C.E. PALIERO, E. RIVA CRUGNOLA, *Commentario delle "Modifiche al sistema penale"*, 1982, sub art. 5, p. 37 ss.;

EUSEBI, *La legge sull'aborto: problemi e prospettive (Le questioni aperte in materia costituzionale e l'evoluzione legislativa possibile, con un'analisi dei criteri etici di intervento sulle c.d. norme imperfette)*, in *Iustitia*, 1996, p. 239 ss.;

FERRAIOLI, *"diritto penale del nemico" e la dissoluzione del diritto penale*, in *Questione giustizia*, 2006, p. 797 ss.;

G. FIANDACA, *Scelte di tutela in materia di fecondazione assistita e democrazia laica*, in *LP*, 2005, p. 339 ss.;

FLAMIGNI, *Fecondazioni, Svizzera e Germania fanno così. Un progetto legittimo per correggere la legge sulla fecondazione assistita*, in www.carloflamigni.it;

FLAMIGNI, *La nuova legge italiana sulle tecniche di pma: le conseguenze possibili*, p. 15, in www.carloflamigni.it;

G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni della giuridicità*, in A. GAMBERINI, R. ORLANDI (a cura), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, 2007, p. 126 ss.;

G. LOSAPPIO, in F. PALAZZO, C.E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve delle leggi penali complementari*, 2^a ed., 2007, *Procreazione assistita*, Nota introduttiva, p. 2061 ss.;

F. MANTOVANI, *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, in *LP*, 2005, p. 326 ss.;

G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, 2^a ed., 2006, p. 61 s.;

S. MOCCIA, *Bioetica o 'biodiritto'?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 863 ss.;

F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Questione giustizia*, 2006, p. 666 ss.;

F. VIGANÒ, *Diritto penale del nemico e diritti fondamentali*, in A. BERNARDI, B. PASTORE, A. PUGIOTTO (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, 2008, p. 107 ss.