

Appunti de iure condendo in tema di procreazione medicalmente assistita – tutela dell’embrione – tutela dell’identità genetica

(Antonio Vallini)

La necessaria dipendenza da più generali opzioni di disciplina-

Non è semplice elaborare norme incriminatrici in tema di procreazione medicalmente assistita (PMA), o a tutela dell’embrione, senza aver prima chiare le opzioni di fondo di quella che potrebbe essere una riforma complessiva in materia – in larga parte extrapenale, dunque estranea alla nostra competenza.

Le scelte penali appaiono necessariamente debitorie di simili opzioni, sul piano prima di tutto della individuazione dei beni giuridici meritevoli di tutela. **Gli spazi di discrezionalità politica a questo riguardo sono notevoli, ed ampio è il range delle opzioni bioetiche e biopolitiche** che potrebbero legittimamente ispirare le scelte del legislatore, come riconosciuto anche dalla Corte europea dei diritti dell’uomo e dalla Corte costituzionale (v. ad es. C. eur. dir. uomo, Gran Camera, 27 agosto 2015, Parrillo c. Italia; C. cost. 13 aprile 2016, n. 84, entrambe in materia di destinazione dell’embrione sovrannumerario alla ricerca scientifica, sia pure da differenti prospettive), e come testimoniato dalla varietà di impostazioni negli ordinamenti comparabili al nostro.

Anche le modalità di disciplina teoricamente a disposizione del legislatore sono varie e differenti, come rivelato, ancora una volta, dall’indagine comparata. Il modello **“proibizionista rigido”** delineato dalla l.40/2004 (*unicum* nel quadro degli ordinamenti al nostro più vicini), interessato più a proibire che a regolamentare, incentrato sulla prevalenza assoluta e non modulabile di certi interessi rispetto ad altri, sembra **difficilmente riproponibile**, avendo presto rivelato un’intrinseca incompatibilità con la Costituzione e con la Carta europea dei diritti dell’uomo, tanto da venire in larga misura smantellato dalle decisioni delle Corti. Al di là di questo paradigma, tuttavia, lo studio degli ordinamenti stranieri offre una modellistica variegata, e un’ampia possibilità di scelta tra discipline interventiste a tendenza impositiva ed invece a tendenza permissiva, tra legislazioni che prediligono bilanciamenti e, dunque, precetti “generali e astratti” ed altre che, invece, “procedimentalizzano” la regolamentazione privilegiando soluzioni caso per caso (sia pure orientate da criteri di massima: si veda in particolare il modello inglese). È di tutta evidenza che il ruolo del diritto penale può mutare significativamente a seconda del paradigma prescelto, estendendosi quanto più la legislazione sarà a tendenza impositiva, e **rispondendo più alla logica della “tutela di beni”, o, invece, della “tutela di funzioni”, quanto più si opti per un sistema di precetti astratti, ovvero per una disciplina incentrata su “procedure” volte a contemperare caso per caso i beni in gioco.**

Diritti e interessi costituzionali implicati –

Rimane ferma, in ogni caso, l’esigenza di salvaguardare alcuni beni fondamentali ormai ampiamente accreditati dalle Corti e dalla riflessione dottrinale, o comunque di non sacrificarne alcuno in termini irragionevoli, ove si debba operare un bilanciamento tra istanze contrapposte (come, in effetti, si deve: si rammenta che una disciplina legale della PMA è stata qualificata come “costituzionalmente necessaria” dalla Corte costituzionale - sent. 45/2005 - anche se non vincolata nei contenuti). Tra gli altri, assumono un significato primario:

1. il **diritto alla salute della donna** (e pure della “coppia”, secondo una – discutibile – presa di posizione di Corte cost. 162/2014), di cui puntualmente si ribadisce la natura di criterio inderogabile di orientamento delle scelte legislative, in ogni sentenza costituzionale che ha avuto ad oggetto la l.40/2004. Al punto da far ritenere che l’art.32 Cost. contribuisca non solo a definire il valore in quest’ambito prevalente, ma anche a profilare un **limite costituzionalmente adeguato all’accesso alla procreazione assistita**, quasi ad attutire la tendenza verso una totale liberalizzazione cui altrimenti condurrebbe un’enfaticizzazione del solo diritto alla procreazione;

2. il **diritto alla procreazione**, (inteso più come spazio di libertà costituzionalmente e convenzionalmente salvaguardato, che non come diritto in senso stretto): artt. 2, 3 e 31 Cost. (ad es. Corte. Cost. 162/2014); art.8 CEDU (ampia giurisprudenza)
3. il **valore costituzionale dell’embrione umano *in vitro***, sicuramente non paragonabile a quello di un “bene” oggetto di diritti patrimoniali (CEDU Gran Camera, 27 agosto 2015, Parrillo c. Italia), ed anzi dalla Corte costituzionale ricondotto all’art. 2 Cost. in quanto «entità che ha in sé il principio della vita» umana, senza differenziazioni in ragione del suo stato di salute e di vitalità, della sua effettiva e praticabile destinazione a fini riproduttivi (v. Corte cost. sn. 229 del 2015 e, poi, 13 aprile 2016, n. 84, con una presa di posizione che, discutibilmente, di fatto dissocia il valore dell’embrione da quello, costituzionalmente assai più definito, della “maternità” – art.31 Cost.); valore nondimeno considerato bilanciabile (in linea di principio anche con la libertà di ricerca scientifica – ancora Corte cost.84/2016), e senz’altro recessivo rispetto alla salute della donna (che persona già è, mentre il concepito persona ancora deve diventare: così nelle sentenze in materia di interruzione volontaria di gravidanza, più propriamente riferite al feto in gestazione. In tema di PMA v. in particolare C. cost. 8 maggio 2009, n. 151; n. 96 del 2015).
4. la **libertà di ricerca scientifica**, che guadagna ulteriore significato in ambito biomedico, in quanto correlata anche alla salvaguardia della salute collettiva (artt.9, 32, 33 Cost.). V. Corte cost. sent.84/2016;
5. i **diritti attinenti all’identità genetica e alla integrità del patrimonio genetico**, garantiti da una pluralità di fonti sovranazionali: v. le tre “Dichiarazioni universali” dell’ UNESCO sul genoma umano e i diritti dell’uomo dell’11 novembre 1997, sui dati genetici umani del 16 ottobre 2003, sulla bioetica e i diritti umani del 19 ottobre 2005; l’art. 13 della Convenzione del Consiglio d’Europa per la protezione dei diritti dell’uomo e della dignità dell’essere umano riguardo all’applicazione della biologia e della medicina, Oviedo, 4 aprile 1997, e relativo Protocollo addizionale sul divieto di clonazione (riproduttiva) di esseri umani del 12 gennaio 1998 (la cui ratifica da parte dell’Italia — mai perfezionata — è stata autorizzata con l. 28 marzo 2001, n.145); l’art. 3 comma 2 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea;

(Segue): il problematico valore della dignità

Non di rado si evoca poi un limite alla PMA, e alle manipolazioni dell’embrione umano, costituito dall’esigenza di preservare la *dignità umana*: declinata ora come dignità delle persone coinvolte, fossero pure consenzienti — ad esempio colei che si offre per una maternità surrogata, il partner sterile nell’eterologa - o la dignità del futuro nato, compromessa, ad esempio, da certe relazioni familiari o da certi modi del concepimento; o, ancora, una dignità riferita ad azioni o relazioni — dignità della procreazione, della famiglia — o all’embrione in quanto essere umano, anche se non necessariamente « persona ». In senso contrario, in nome di una dignità intesa sostanzialmente quale sinonimo di piena autodeterminazione, si propone invece una pratica “liberalizzazione” della PMA quasi senza limiti.

Si tratta, invero, di un **valore dal contenuto troppo vago, capace di fungere da avallo retorico ad opzioni bioetiche e biopolitiche persino opposte, e, in molte sue espressioni, di troppo labile ancoraggio costituzionale**, per poter costituire esso solo l’oggetto giuridico di scelte criminose, o per poter comunque consentire limitazioni ad altri diritti invece dal più univoco statuto. Quando intesa come limite all’autodeterminazione individuale, la “dignità” assume poi toni paternalistici e stridenti con il diritto al libero sviluppo della personalità individuale (art.2 Cost.), che la rendono ancor più problematica.

Mantengono invece un sicuro significato la **dignità dell’embrione** ricondotta dalla Corte cost. all’art. 2 Cost. (v. *supra* – nonché C. giust. UE 18 ottobre 2011, causa C-34/10, Oliver Brüstle c. Greenpeace; C. giust. UE, Grande Sez., 18 dicembre 2014, causa C-364/13, International Stem Cell c. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks), il **divieto di mercificazione del corpo umano** (art.3 Carta dei diritti fondamentali

dell'Unione europea), nonché la **dignità (della specie umana?)** quand'essa fornisce una *ratio* a certi espliciti divieti (ad esempio di eugenetica, di clonazione riproduttiva, di alterazione del genoma, di produzione di embrioni al solo fine di sperimentazione) consolidati nelle convenzioni internazionali e negli ordinamenti nazionali: i pochi casi, dunque, in cui disponiamo d'una concretizzazione normativa puntuale della generica nozione di dignità umana, indizio d'una legittimazione culturale diffusa e storicizzata, che rende plausibile anche la predisposizione di una tutela penale.

La "bussola" dell'art. 3 Cost.

Allo stesso modo, una bussola fondamentale sarà costituita dall'art.3 Cost., essendo ad es. ormai accreditato nella giurisprudenza delle Corti che **il ricorso alla procreazione medicalmente assistita** – specie quando funzionale a superare problemi di salute riproduttiva, dunque a garantire altro diritto fondamentale e a superare un "ostacolo" ad una situazione di uguaglianza sostanziale – **non reca in sé alcun profilo di disvalore** e non può dunque esso solo giustificare, per quanto qui interessa, divieti volti a impedire il raggiungimento di esiti invece liberamente perseguibili mediante procreazione c.d. "naturale" (v. ad es. Corte cost. 162/2014, con cui si è dichiarato incostituzionale il divieto c.d. di "fecondazione eterologa", oppure, tra le molte, C. eur. dir. uomo, sez. II, 28 agosto 2012, Costa e Pavan c. Italia, ricorso n. 54270/10, § 55 ss.). Il pieno riconoscimento del valore costituzionale e convenzionale – se non altro ai sensi dell'art.2, 3, 30, 31 Cost. e 8 CEDU - di comunioni familiari e degli affetti non necessariamente corrispondenti a quella "tradizionale", fondata sul matrimonio e il legame biologico con i figli, **impedisce altresì di fondare "illeciti di concepimento" in ragione del tipo di famiglia e di genitorialità che si andrebbe a realizzare** (C. cost. 15 aprile 2010, n. 138 e C. cost. 11 giugno 2014, n. 170; C. eur. dir. uomo 21 luglio 2015, Oliari e altri c. Italia, ricorsi n. 18766/11 e n.36030/11). Per analoghe ragioni, per la mancanza di univoco supporto empirico e scientifico, e per ostacoli logici (difficilmente può essere inteso a tutela del "figlio" un divieto che impedisce lo stesso concepimento di quel "figlio"...) appare altresì **arduo giustificare eventuali "illeciti di concepimento" (tanto più penalmente sanzionati) supponendo pregiudizi al benessere futuro del nato** derivanti *ipso facto* dall'essere collocato in certe comunità familiari, piuttosto che altre, o addirittura dall'avere o non avere legami biologici con uno o entrambi i genitori (interessante potrebbe essere, casomai, **subordinare l'accesso alla procreazione assistita ad una valutazione volta per volta** della idoneità dei richiedenti a sostenere il ruolo genitoriale, analogamente a quanto accade in tema di adozioni, e a quanto accade nel sistema inglese: ma, ancora una volta, si tratta di scelte che esulano, o comunque precedono, quelle strettamente penalistiche).

Per altro verso, è pur vero che le **scelte circa, in particolare, l'accesso di coppie omosessuali** dovranno giocoforza coordinarsi con quelle più generali in tema di unioni civili omosessuali. Mentre, ancora, **contro una piena "fungibilità" tra procreazione naturale e artificiale** potrà operare, laicamente, un **criterio di contenimento di conseguenze negative sulla salute individuale e pubblica, e sull'economia della salute pubblica**. La procreazione medicalmente assistita è comunque un trattamento sanitario che, come tale, implica quote di rischio per la salute del paziente, la cui applicazione deve dunque trovare una giustificazione clinica positiva (salvo altrimenti fondarne la legittimità entro i soli angusti limiti dell'art.50 c.p.); inoltre, sembra vi sia un più elevato rischio di malattie del feto, del nascituro e della gestante, in caso di concepimento artificiale, che si accresce, specie per la donna, in caso di età avanzata. Il ricorso diffuso e potenzialmente illimitato alle biotecnologie riproduttive da parte di soggetti capaci di procreare, o fisiologicamente incapaci, non motivato da ragioni sanitarie, oltre a esporre più facilmente il medico a responsabilità, comporterebbe un incremento statistico di patologie. Ne deriverebbe anche un impegno di risorse del servizio sanitario, evitabile predisponendo limiti all'accesso che non comprimano irragionevolmente diritti individuali, potendo quei soggetti aver figli (o aver avuto figli) anche senza la procreazione medicalmente assistita. È su argomenti analoghi che la Corte costituzionale ha riconosciuto, in altre occasioni, la ragionevolezza di obblighi legali di "auto-preservazione", sia pure sanzionati in via soltanto amministrativa (C. cost. 16 maggio 1994, n. 180 e C. cost., ordinanza, 18 febbraio 2009, n. 49).

L'art.3, quale fonte di un principio, questa volta, di non discriminazione e ragionevolezza sistematica (ed anche i criteri di stretta necessità e proporzione che soli consentono compressioni alle prerogative di cui all'art.8 CEDU) preme poi affinché **non si creino insensate disarmonie tra la disciplina della procreazione medicalmente assistita e quella sulla interruzione di gravidanza**. Quest'ultima, per come delineata dalla l.194/1978, costituisce in qualche modo un parametro "fisso", in quanto dichiarata dalla Corte costituzionale "a contenuto costituzionalmente vincolato", dunque è ad essa che la regolamentazione sulla pma deve adeguarsi, e non viceversa. Su queste basi è stata dichiarata incostituzionale la l.40/2004 nelle parti in cui "lasciava intendere" sussistente un divieto di **diagnosi preimpianto (PGD)** – o comunque la rendeva inattuabile per tutte quelle coppie che, pur portatrici di gravi malattie ereditarie, tuttavia non avessero da risolvere problemi di infertilità o sterilità – così impedendo di prevenire la gestazione in quei medesimi casi (gravi malattie del feto che possono ripercuotersi sulla salute psico-fisica della madre) in cui la l.194/78 consente, invece, l'interruzione di gravidanza (trattamento invasivo, ben più oneroso e rischioso per la salute psico-fisica della donna, comunque destinato a sopprimere il concepito, e tale da impedire qualsiasi nascita, mentre diagnosi e selezione preimpianto preludono alla nascita di un figlio sano). V. le due citt. sentenze della Corte cost. del 2015; C. eur. dir. uomo, sez. II, 28 agosto 2012, Costa e Pavan c. Italia.

Il criterio di extrema ratio

Tutto ciò premesso, nell'orizzonte del nostro progetto appare forse opportuno ragionare in termini molto rigorosi di *extrema ratio*, e conformemente al principio di offensività, e cioè immaginare di **collocare nel codice pochi precetti penali destinati a intervenire ove constino offese, o almeno la messa in pericolo (secondo un giudizio di "causabilità" empiricamente solido), posti a presidio di interessi che appaiano indubbiamente meritevoli di questo tipo di tutela** alla stregua delle indicazioni promananti dalle Convenzioni internazionali, dalla giurisprudenza delle Corti, dalla comparazione e, perché no, dalle riflessioni dottrinali. Questo approccio, per così dire, "minimalista", saldamente ancorato ai principi fondamentali della nostra disciplina, ed incentrato **prevalentemente sulla elaborazione di fattispecie "a tutela di beni"**, pur non conducendo certo ad esiti "a rime obbligate", in qualche modo faciliterebbe la convergenza di sensibilità differenti, indotte a ricercare quel "minimo denominatore" che le accomuna; per altro verso, **non sarebbe di per sé ostativo di una disciplina più generale** che volesse, comunque, assumere una tendenza impositiva, o che magari optasse per la "procedimentalizzazione", giacché simili opzioni potrebbero comunque svilupparsi mediante la **predisposizione di illeciti amministrativi, ove non siano in gioco quelle esigenze basilari di tutela, e/o mediante illeciti a tutela di funzioni** (anche penali, preferibilmente di carattere contravvenzionale), quando si tratti di sanzionare l'elusione delle procedure; illeciti che troverebbero la loro collocazione ideale in una auspicabile "legge speciale" di carattere organico in tema di PMA, in ragione della loro stretta dipendenza dalle opzioni regolatorie prescelte.

Uno degli aspetti positivi della "**procedimentalizzazione**"- e in specie della subordinazione della valutazione di liceità di singole pratiche, di volta in volta, a indicazioni di comitati etico-scientifici, sia pure necessariamente orientate da una gerarchia astratta di valori che dovrebbe essere compito del legislatore delineare, in conformità alla Costituzione e alle Carte internazionali dei diritti – è quello di **garantire l'adeguamento della regolamentazione giuridica alle continue evoluzioni delle conoscenze scientifiche e tecnologiche**. Anche l'incriminazione di comportamenti come la clonazione riproduttiva, l'ectogenesi, l'ibridazione uomo-animale ecc., se attuata mediante la costruzione di fatti tipici rigidi, ancorati allo stato attuale delle conoscenze scientifiche, o orientati da timori per ipotesi puramente fantascientifiche, potrebbe comportare la **criminalizzazione involontaria di future pratiche in realtà dalle positive implicazioni per la salute, o addirittura, paradossalmente, pensate proprio per "eludere" problemi bioetici** ben più seriamente posti da altre pratiche (si pensi, ad es., alla creazione di "fonti di staminali" equiparabili, per i loro benefici potenziali, a quelle ricavabili dall'embrione umano, compiuta attraverso forme *lato sensu* di ibridazione, o alla produzione di chimere, esattamente concepite per evitare ogni impiego di embrioni umani; a ipotesi di "ectogenesi" che in un futuro lontano potessero servire a "supportare" fasi critiche della

gestazione, altrimenti risolvibili soltanto con l'interruzione di gravidanza; a pratiche *lato sensu* di clonazione riproduttiva che potessero un giorno essere attuate, in realtà, per garantire un figlio sano alla coppia senza dover procedere alla selezione preimpianto, ecc.)

Infine, un approccio orientato al paradigma della "**extrema ratio**" **riduce anche il rischio di disallineamenti marcati con la legislazione di paesi limitrofi**, e dunque gli incentivi per il fenomeno del **turismo procreativo** (che determina disuguaglianze di fatto in base al censo – v. anche la Corte cost. in tema di fecondazione assistita - nonché delicati problemi di diritto privato internazionale); questione che, pur non potendo condizionare in modo decisivo le scelte del legislatore italiano (non potendosi immaginare certo una sorta di "obbligo" del legislatore italiano a conformarsi alla legislazione straniera più permissiva), deve comunque essere tenuta nella dovuta considerazione con spirito pragmatico (come pure ha fatto la Corte costituzionale, nella sentenza sul divieto di fecondazione eterologa), incidendo sugli *effetti concreti* delle scelte di incriminazione e, più in generale, di disciplina che si intenderanno compiere.

Quel che è problematico "incriminare" in materia di procreazione medicalmente assistita

Poste simili premesse, appare **arduo immaginare**:

1. **Incriminzioni a salvaguardia dei limiti soggettivi di accesso** alla procreazione medicalmente assistita (ad es.: divieto per i single, divieto per gli omosessuali, divieto di fecondazione *post mortem* ecc.). Si tratta infatti di limitazioni all'accesso a un trattamento sanitario (quando riguardino soggetti sterili o infertili), che ostacolano il diritto alla procreazione e creano in alcuni casi almeno potenziali disparità di trattamento rispetto a soggetti non affetti da problemi di salute riproduttiva. Sebbene in una certa misura questi limiti possono avere una qual certa giustificazione "di scopo", il fatto che non siano posti a diretta salvaguardia di valori dal sicuro significato costituzionale, ed anzi siano in "odore di incostituzionalità", li rende inidonei a plasmare il precetto di una norma incriminatrice di carattere sanzionatorio.
2. **Incriminzioni a salvaguardia di limiti oggettivi e vincoli procedurali alla realizzazione di un protocollo di procreazione medicalmente assistita, funzionali a tutelare la salute dei soggetti interessati** (ad es.: criterio di gradualità, scelta della tecnica più opportuna, limiti di età, limiti alla stimolazione ovarica ecc.). Pur non mancando modelli comparatistici a supporto di questa possibilità (Francia, Spagna, Gran Bretagna), non si comprende perché, in quest'ambito, dovrebbe risultare penalmente sanzionata, di per sé, la violazione di *leges artis* che in ogni altro settore medico valgono tutt'al più come regole cautelari capaci di integrare il "fatto" di delitti colposi di evento (lesioni, omicidio), quando l'evento si verifichi. Piuttosto, la "specificazione" di tali regole mediante apposite linee guida – come attualmente accade per espresso disposto dell'art.7 l.40/2004 – dovrebbe coordinarsi con l'eventuale previsione di una disciplina speciale delle lesioni e dell'omicidio colposo per imperizia medica nonostante il rispetto, appunto, di linee guida e buone prassi (su esempio dell'attuale 590 sexies c.p.).

Sempre per le ragioni suindicate, e in osservanza di quanto già stabilito dalla Corte costituzionale, **non si potrebbe inoltre criminalizzare** (né vietare *tout court*) **la fecondazione assistita c.d. "eterologa"**.

Applicazioni di PMA eventualmente meritevoli di repressione penale

Anche per conformarsi ai citati *inputs* sovranazionali, **plausibile appare invece una incriminazione della clonazione riproduttiva** (v. tuttavia *supra*). Le incertezze circa il bene che una simile pratica andrebbe più precisamente ad offendere (la dignità, o addirittura l'integrità, della specie umana? Il valore dell'identità genetica individuale, intesa come singolarità? La salute della donna e del figlio?), rende tuttavia difficile stabilire come detta incriminazione dovrebbe strutturarsi: se essa, cioè, dovrebbe incentrarsi su atti

orientati alla nascita di un solo individuo “clonato” (come già nel progetto Pagliaro o nella l.40/2004, che prevede, nell’art.12, una fattispecie dalla struttura piuttosto confusa), ovvero a una clonazione seriale, come in alcuni ordinamenti stranieri (ipotesi realmente fantascientifica, sia quanto a praticabilità, sia quanto ad effettivo impatto sullo statuto biologico generale della specie umana); e quanto, in ogni caso, potrebbe “anticiparsi” la tutela, rispetto a quale evento e a quale offesa (nel progetto Pagliaro, ad es., si prevedeva un’autonoma fattispecie dedicata già alla sola “sperimentazione” di processi di clonazione riproduttiva). In ogni caso, la fattispecie dovrebbe essere descritta con molta attenzione, per potersi adattare ad eventuali future forme di clonazione, e per distinguersi da un eventuale divieto in tema di clonazione terapeutica (che comunque risponderebbe a tutt’altre logiche). Il livello di pena non dovrebbe farsi troppo trascinare verso l’alto da esigenze di rassicurazione simbolica che molto premono in quest’ambito, ma dovrebbe commisurarsi anche al grado di anticipazione, appunto, della tutela.

Come già nel progetto Pagliaro, da valutare una **incriminazione di pratiche come la ectogenesi, e la gestazione in corpo maschile, o animale, di un embrione umano, o in un corpo umano di un embrione non umano.**

(Segue): in particolare, la surrogazione di maternità

Plausibile, altresì – sebbene da molti criticata - una incriminazione della surrogazione di maternità (nonché, eventualmente, della sua “organizzazione” e “pubblicizzazione”). La Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, pur affermando il prevalere dell’interesse del figlio a mantenere legami familiari ormai instaurati, una volta che una surrogazione di maternità sia stata portata a termine, ha nondimeno chiarito che rientra nella piena discrezionalità dello Stato prevedere illeciti orientati a prevenire simili forme di procreazione. Ancora una volta, tuttavia, una tale fattispecie non potrebbe essere costruita senza aver prima adeguatamente “focalizzato” il tipo di disvalore che si ritiene meritevole di contrasto penale e, con ciò, le tipologie di “surrogazione” che si intendono criminalizzare. **Soprattutto si impongono attente distinzioni sistematiche, ad evitare improprie interferenze con altre tipologie di delitti, ad es. in materia di adozioni, o di alterazione di stato.** Il rischio da evitare è che la medesima tipologia di gestazione per conto altrui venga qualificata solo alla stregua di questi ultimi delitti, se realizzata per vie naturali, ed invece guadagni una qualifica cumulativa anche *sub specie* di delitto di surrogazione, sol perché attuata mediante procreazione medicalmente assistita: come si è evidenziato, la natura artificiale del processo riproduttivo non può, di per sé, giustificare simili disparità di trattamento.

Solitamente, due si ritengono essere gli elementi minimi necessari per poter configurare una surrogazione di maternità: la distinzione tra colei che sostiene la gravidanza e colei che ambisce ad ottenere il figlio; la dimensione negoziale della vicenda, per cui la gestante si è previamente impegnata a consegnare il bambino, una volta nato, alla aspirante madre sociale. Anche questi elementi essenziali, nondimeno, possono non essere qualificanti e distintivi. La dissociazione tra madre sociale e madre partoriente è tipica anche dell’adozione, e dunque il previo accordo tra le due donne (e l’aspirante padre), e la vicenda che ne costituisce attuazione, potrebbero altresì essere inquadrati *sub specie* di elusione delle regole in materia di adozione. Per altro verso, la “vendita” di un figlio interamente altrui molto assomiglia ad una “riduzione in schiavitù”, giacché in tal modo si esercitano su di una persona poteri tipici del diritto di proprietà.

L’individuazione di un minimo comun denominatore, che possa costituire la struttura essenziale di una fattispecie criminosa, è inoltre complicata dalla circostanza che la portata qualitativa dei fatti muta significativamente in ragione del parametro valoriale prescelto. Se si ritiene che un elemento di disvalore sia costituito dalla “commercializzazione” di vicende e relazioni genitoriali, o comunque di un bambino, e/o del corpo di una donna (perché quella commercializzazione offende la “dignità” dei protagonisti, offrendo altresì l’occasione per lo sfruttamento di chi vive in situazioni di marginalità), ebbene, questo tipo di disvalore è assente nella surrogazione a titolo gratuito (mentre, per altro verso, come si è già

osservato, può connotare fattispecie criminose di tutt'altro genere). Se si valuta negativamente la dissociazione "genetica" tra genitori sociali/affettivi e figli, e/o il livello di "artificialità" della tecnica utilizzata, tali requisiti sono tanto meno accentuati, quanto più i committenti abbiano partecipato alla vicenda procreativa con propri gameti, e quanto meno il protocollo di procreazione assistita possa ritenersi "complesso" (in realtà, però, né quella dissociazione, né quella artificialità, possono di per sé comportare un disvalore penalmente significativo: v. *supra*).

Se, ancora, quel che si ritiene disdicevole è l'acquisizione di relazioni familiari tra bambini e genitori omosessuali o single, solo le pratiche orientate a tale risultato meritano stigmatizzazione. Vi è, infine, chi intende una simile fattispecie come in contrasto con la regolamentazione degli *status* familiari – tanto da supporre che la surrogazione di maternità, più che essere criminalizzata, dovrebbe essere dichiarata "nulla" in quanto negozio giuridico, mentre l'eventuale attribuzione al nato di una madre differente dalla gestante dovrebbe rilevare né più né meno che come reato di alterazione di stato.

Solo quando gli ovuli siano della richiedente si può parlare in senso stretto di una "dissociazione di maternità" (questa potendosi considerare in sé riprovevole, in quanto irriducibile giuridicamente in modi del tutto compatibili con l'art. 31 Cost.), ottenendosi in definitiva un figlio che geneticamente si pone in relazione alla richiedente stessa, la quale avanza pure pretese affettive, ma che si è sviluppato nel corpo di altra donna, e con essa condivide dunque una relazione biologica e sociale: da notare che questo tipo di disvalore – che apparirebbe effettivamente peculiare e distintivo, non riscontrandosi in altre fattispecie criminose idealmente limitrofe - appare integrato anche ove l'impianto di un embrione nel corpo di una donna che non lo ha generato sia attuato (per errore, per dolo) senza la consapevolezza e/o contro la volontà dei generanti, ovvero della gestante, al di fuori di una vicenda negoziale (si veda il caso c.d. dell'"ospedale Pertini").

Le vicende della surrogazione sono, inoltre, per loro natura complesse e destinate a svilupparsi nel tempo, talora in diversi luoghi, e con l'apporto di una pluralità di soggetti in vari ruoli: la norma incriminatrice (a differenza di quella attualmente vigente) dovrebbe dunque chiaramente indicare quali siano le condotte tipiche, e chi i soggetti attivi. Vi può essere una prima fase negoziale tra richiedenti e prestatrice di utero, magari supportata da mediatori ed organizzatori; quindi il momento del concepimento, variamente attuato, in cui possono intervenire medici, donatori di gameti o comunque soggetti terzi (solo questa fase, e quella immediatamente successiva, caratterizzerà le ipotesi di surrogazione contro la volontà e senza la consapevolezza dei soggetti coinvolti). Vi è poi la gravidanza (che facilmente, per la sua estensione nel tempo, può essere esposta ad episodi problematici che di nuovo imporranno sinergie tra più soggetti), quindi il parto, e dopo ancora la consegna materiale del figlio e il trasferimento giuridico, legittimo o simulato, dello status di genitore (tutte fasi, anche queste ultime, in cui facilmente i diretti protagonisti chiederanno l'aiuto di terzi).

In definitiva, **un buon punto di partenza per una riflessione *de iure condendo* potrebbe essere il progetto Pagliaro**, ove si considerava come surrogazione di maternità penalmente rilevante il caso molto specifico, e non pienamente riconducibile ad altre tipologie criminose (e realizzabile solo per vie artificiali), della "contrattazione per fini procreativi, consistente nel fatto di impegnarsi a porre a disposizione il proprio corpo al fine della gestazione di un embrione umano per conto di altra persona" (prevedendo una attenuante in caso di gratuità); mentre ogni differente ipotesi, in quanto sostanzialmente riconducibile ad una elusione delle regole generali in materia di adozione, e di attribuzione degli status genitoriali, veniva ricondotta ad una generale fattispecie di "affidamento illegittimo", consistente "nell'affidare a terza persona o nel ricevere in affidamento un minore al di fuori dei casi previsti dalla legge".

(Segue): fattispecie a salvaguardia della "titolarità" e della corretta circolazione del materiale biologico

Ancora, potrebbero rilevare penalmente, come già oggi, **condotte di circolazione o traffico illecito di gameti ed embrioni**; condotte, vale a dire, elusive di funzioni amministrative volte a “governare” la raccolta, lo stoccaggio e l’allocazione del materiale biologico essenziale per condurre una PMA, in termini più adeguati rispetto ad esigenze igienico sanitarie e alla salvaguardia di altri beni di rilievo costituzionale (i gameti in quanto “proiezione” del diritto alla procreazione, o alla non-procreazione, di coloro da cui essi provengono; l’embrione, anche in quanto concretizzazione di scelte dei generanti attinenti alla propria vita privata e familiare e alla libertà di procreare o non procreare, salvaguardata dall’art.8 CEDU – v. ad es. le sentenze della Corte di Strasburgo sui casi Evans e Parrillo) .

Infine, una “lacuna” nel sistema attuale delle incriminazioni, come evidenziato da alcuni casi eclatanti, di diverso tenore (ad es. il già citato caso dello “scambio colposo di embrioni” nell’ospedale Pertini, o della presunta “rapina di ovuli” nella vicenda Antinori), riguarda la **salvaguardia del consenso dei soggetti interessati**, e della titolarità dei soggetti interessati sul materiale biologico “sensibile” che viene utilizzato nei processi procreativi. In quest’ambito, invero, entrano in gioco interessi che vanno al di là di quello soltanto alla autodeterminazione in ambito sanitario, ma riguardano proiezioni profonde della personalità (v.giurisprudenza CEDU) . Nel progetto Pagliaro si prevedeva, ad es., un reato di **fecondazione artificiale non consensuale**, “consistente nell’effettuare una inseminazione artificiale o un impianto di embrione in una donna senza il suo consenso” (ipotesi che potrebbe anche inserirsi, come appunto nel progetto Pagliaro, in un capo dedicato alla tutela della gestazione o della maternità, insieme ai reati di aborto non consensuale); ma si dovrebbe altresì prevedere il caso di **utilizzo arbitrario – doloso o colposo - di gameti o embrioni altrui, o di “sottrazione” di gameti** mediante violenza, minaccia o inganno

Fattispecie da coordinare con eventuale disciplina della “adozione di embrioni sovrannumerari” (che forse meglio dovrebbe essere declinata come ipotesi di **“donazione di embrioni”**, cioè coperta dal consenso dei generanti – fattispecie a sua volta da coordinare con quella, invece in certa misura illecita, della surrogazione di maternità); così come con una disciplina tanto della “donazione”, quanto dell’“abbandono” di gameti ed embrioni.

Fattispecie criminose a tutela dell’embrione

Da prevedere il **reato di embrionicidio** – eventualmente anche colposo (si pensi all’incidente all’ospedale di Roma con conseguente “scongelo” e morte di numerosi embrioni). Bisognerebbe altresì valutare se convenga altresì introdurre una fattispecie di **lesioni all’embrione** (anche colpose?). Tutte queste figure criminose andrebbero coordinate con le fattispecie in materia di interruzione di gravidanza, anche per quanto concerne i livelli sanzionatori (che dovranno essere inferiori).

Quanto alla **produzione di embrioni sovrannumerari** rispetto alle esigenze di una PMA, la questione che si pone è che la misura di tale “sovrannumero” è data necessariamente dalle esigenze del singolo caso concreto, e non può essere stabilita in via generale ed astratta: il legislatore, insomma, non può farsi medico (v. Corte cost., sent. 151/2009). Di conseguenza, un eventuale precetto penale – come già oggi, e come si prospettava forse nel progetto Pagliaro – verrebbe a costruirsi interamente sulla violazione di cangianti criteri medico-sanitari.

La PMA finalizzata non tanto a risolvere problemi di sterilità, bensì a consentire **diagnosi e selezione preimpianto**, così da prevenire la trasmissione di malattie ereditarie nel futuro nato, in una disciplina ideale *de iure condendo* potrebbe essere subordinata alla circostanza che detta malattia rientri in un elenco periodicamente aggiornato (tramite d.m.?). L’attuazione del trattamento al di fuori dei casi consentiti potrebbe, forse, meritare rilevanza penale.

Da escludere un reato di crioconservazione (oggi invece contemplato nell'art.14 l.40/2004): appare invero insensato punire una condotta che è volta a tenere in vita l'embrione, e che è essenziale poter realizzare a supporto, o a seguito, di pratiche di PMA del tutto lecite: tanto che oggi viene ampiamente praticata (e legittimata da fonti subordinate), quasi la Corte costituzionale avesse dichiarato l'illegittimità di quel reato con la sent.151/2009, cosa che, a stretto rigore, non è accaduta. Il senso dell'incriminazione è legato, attualmente, o a una supposta esigenza di "intangibilità" dell'embrione umano rispetto a sue destinazioni naturali (esigenza tuttavia che di per sé non delinea un interesse meritevole di tutela penale), o al "timore" che l'embrione crioconservato possa essere utilizzato per pratiche illecite (ma in tal caso bisognerà punire l'attuazione, o il tentativo di attuazione, di tali pratiche, non essendovi buone ragioni per una tutela così anticipata alla stregua di un "reato ostacolo")

Quanto alle condotte di **sperimentazione sull'embrione umano**, converrebbe prevedere come reato la **produzione di embrioni per fini distinti dalla procreazione**, ed i casi stigmatizzati dalle Convenzioni internazionali, e in particolare quelli consistenti in **forme clinicamente ingiustificate di alterazione/selezione del patrimonio genetico**, che potrebbero incidere sulla integrità fisica e originalità genetica del futuro nato (v. anche *supra*). La "giustificazione" della singola pratica (si pensi ad es. a quella, oggi solo sperimentale, del c.d. "*gene editing*" a fini terapeutici) potrebbe discendere da una valutazione di un apposito comitato etico-scientifico, in conformità a una disciplina "proceduralizzata". Un eventuale **divieto di "eugenetica"** dovrebbe accompagnarsi con una attenta definizione di tale concetto, ad evitare sovrapposizioni con attività mediche che non possono essere criminalizzate, come la diagnosi e selezione preimpianto allo scopo di prevenire la trasmissione di gravi malattie al nascituro.

Nel vigore dell'attuale, indiscriminato divieto di cui all'art.13 l.40/2004, si lamenta come sproporzionata lesione della libertà di ricerca scientifica e dell'interesse alla salute l'impossibilità di praticare sperimentazioni sulle c.d. "staminali embrionali" (se non quelle provenienti dall'estero), nemmeno utilizzando embrioni congelati sovrannumerari, non più impiantabili e destinati a sicura estinzione, o "pseudozigoti". Sul punto il dibattito è aperto e probabilmente irriducibile, tra chi sostiene un'idea di dignità dell'embrione "assoluta", che implica una sua intangibilità in ogni caso per fini differenti dalla procreazione, e chi invece asserisce che la destinazione alla ricerca scientifica sia "più degna" della sicura estinzione, mentre rispetto ad altre tecniche di indagine neppure si ritiene configurabile un'entità dotata del valore costituzionale di un embrione umano.

Forse la soluzione di compromesso più valida potrebbe essere esattamente quella di **introdurre finalmente una definizione di embrione umano** (attualmente mancante) conforme alla pronuncia della Corte UE nel caso "International Stem Cell". In tale decisione si è ritenuto priva della "dignità" dell'embrione umano quell'entità biologica che non abbia una **inherent capacity** di svilupparsi in un individuo nel contesto di una gestazione, a prescindere da ulteriori artificiali manipolazioni e stimolazioni. Tale criterio appare plausibile anche in un'ottica costituzionalmente orientata, giacché correla la "dignità dell'embrione" non solo alla presenza di "dna" umano – attributo di per sé non dotato di valore costituzionale - bensì alla dignità dell'uomo che quell'entità biologica potrebbe effettivamente diventare, nonché al valore costituzionale della maternità; e tale criterio è stato utilizzato, dalla Corte UE, per individuare una "fonte di staminali" possibile oggetto di pratiche biotecnologiche brevettabili, dunque a maggior ragione esso potrebbe valere per selezionare forme di "pseudozigoti" destinati alla ricerca scientifica e biotecnologica in ambito sanitario, attività ben più meritevole, negli orizzonti della Costituzione, di quella correlata a interessi di valenza puramente economica. Con questo criterio si renderebbe possibile la sperimentazione su entità producibili proprio per ovviare ai problemi bioetici connessi all'uso di embrioni umani, le quali "simulano" i primi processi di sviluppo embrionale, ma non derivano da fecondazione di gameti e non sono destinate né destinabili ad un realistico progetto procreativo, come, ad es., il partenote, o lo pseudozigote ottenuto mediante clonazione nucleare, ecc.

La definizione dovrebbe altresì precisare il momento del processo di fecondazione a partire dal quale l'ovulo penetrato dallo spermatozoo può qualificarsi come "embrione". In una prospettiva quasi di carattere precauzionale, la legge vigente – secondo l'interpretazione prevalente, e più plausibile – non distingue tra fasi antecedenti e successive alla carigamia (fusione dei nuclei dei gameti – momento in cui realmente si viene a determinare un corredo genetico "originale" e distinto da quello dei generanti). Questa scelta andrebbe quantomeno ridiscussa, tenendo ad es. conto come un'opzione differente venga compiuta, ad esempio, in un ordinamento che pure iper-valorizza l'embrione, come quello tedesco.

Antonio Vallini