

La procreazione medicalmente assistita: profili penali e tutela giuridica dell'embrione

Susanna Agostini ¹, Ilaria Di Pietro ²

¹ Ricercatore universitario confermato; Docente di Medicina Legale nelle Facoltà Mediche dell'Università "Sapienza" di Roma

² Avvocato del Foro di Roma. Dottore di ricerca in Medicina Legale e Scienze Forensi

ABSTRACT

Medically assisted procreation is a challenging result in medical research. Since the first baby born after in vitro fecundation in 1978, technology has greatly grown: but at the same time also legal, moral and ethical questions have arisen. Different European countries have established different rules: here we analyse, in particular, the Law 40/04, which in Italy still regulates the matter, with all its implications and consequences. The topic is really complicated, and in Italy the legislator has decided to write restrictive measures, sometimes presenting lacks and contradictions. More recently guidelines and judgements have tried to fill these legislative gaps.

Keywords: Medically assisted procreation; Embryo; FIVET; ICSI; Law 40/04

Medically assisted procreation: criminal implications and legal protection of the embryo
Pratica Medica & Aspetti Legali 2011; 5(4): 123-130

«Mi è sempre sembrato che ogni concepimento sia immacolato, che in questo dogma riguardante la Madonna si esprima l'idea universale della maternità»

Boris Leonidovič Pasternak, Il dottor Zivago

■ INTRODUZIONE

Sono trascorsi ormai più di trent'anni da quando, nel lontano 25 luglio del 1978, è venuta alla luce Louise Brown, la prima persona al mondo concepita in "provetta" attraverso la metodica della fecondazione *in vitro*. Un evento non solo rivoluzionario ma di portata dirompente tanto da aver tributato nel 2010 il Nobel a Robert Edwards, pioniere della fecondazione artificiale. La vittoria contro la sterilità/infertilità conseguita da Edwards non solo ha sostanzialmente una conquista epocale foriera di speranza ma ha altresì dimostrato che la fecondazione può avvenire fuori dall'organismo umano, por-

tando così l'umanità a muovere i primi passi verso la possibilità di intervenire nei processi che sono all'origine della vita stessa, con inevitabili e non trascurabili ripercussioni in ordine alla consapevolezza dell'uomo di formare se stesso.

Le procedure e le metodiche odierne sono molteplici, sicuramente affinate rispetto a quelle che hanno portato alla nascita di Louise Brown, e i progressi ottenuti dalle sempre più sofisticate tecniche della biogenetica sono quasi, inspiegabilmente, arrivati a essere inimmaginabili. Accanto a una pluralità e peculiarità siffatta si sono al tempo stesso affiancati però, in una copiosa produzione, sia atti normativi sia proposte di legge, più o meno restrittivi, volti a dare un inquadramento certo alla procedura, al suo ricorso e soprattutto a regolamentarla al fine di prevenirne gli abusi o un intollerabile superamento dei limiti.

Giova difatti ricordare, in queste considerazioni preliminari, la non trascurabile incidenza sulle coscienze della procreazione assistita, che inevitabilmente ha comportato e, comporta tutt'ora, l'incontro-scontro tra fattori culturali biologici, morali, etici e giuridici. Il concepimento realizzato

dall'unione naturale dell'uomo e della donna vede infatti affiancarsi accanto a sé: la fecondazione *in vivo*, sia nella metodica dell'inseminazione artificiale dell'ovulo materno, sia nella modalità del GIFT (*Gamete Intra-Fallopian Transfer* – trasferimento intratubarico dei gameti)¹; la fecondazione *in vitro*², e infine la maternità surrogata.

Una molteplicità, quindi, di procedure che insieme al concepimento naturale si attestano come soluzioni idonee, ciascuna nella propria peculiarità, a risolvere il singolo problema specifico relativo al concepimento e più in generale alla realizzazione della speranza di genitorialità, desiderio che rappresenta una delle «pulsioni fondamentali dell'animo umano; i figli sono la proiezione nel futuro dei genitori (anche dal punto di vista biologico), ma anche di un gruppo sociale e, più estensivamente, del genere umano» [1].

■ IL CONCETTO DI ARTIFICIALITÀ

Il naturale e "l'artificiale" sembrano porsi dunque l'uno accanto all'altro, sullo stesso piano, aprendo così a scenari ricchi di interrogativi che concernono non solo la morale e l'etica, ma l'essenza stessa dell'uomo. Poiché, come sostengono alcuni Autori, se da una parte la procreazione assistita esplica la propria benefica funzione nel supportare le difficoltà incontrate nella riproduzione, quale terapia contro la sterilità o l'infertilità – entrando quindi

in gioco solo in un secondo momento – dall'altra però la possibilità, come prima si è ricordato, di incidere profondamente sull'origine stessa della vita umana, comporta «spazi di genitorialità inconcepibili nel passato, in cui non solo la discendenza genetica tra genitori e figli è assolutamente opzionale e, nella sostanza, irrilevante, ma supera la necessità biologica di genitori di generi differenti» [1].

A fronte di quanto sin qui esplicitato, non è forse un caso che, nel nostro ordinamento, si sia poi puntato sulla locuzione di "fecondazione medicalmente assistita" piuttosto che "fecondazione artificiale". Quest'ultimo termine, a differenza del primo (intervento del medico come aiuto in funzione terapeutica), richiama infatti l'artificiosità della procedura e ha connaturato in sé un giudizio negativo, quasi di disvalore rispetto al tradizionale comune sentire. E da qui scaturisce, come in una reazione a cascata, un'altra interessante problematica racchiusa nell'interrogativo che spesso è stato oggetto di un'annosa e non risolta diatriba tra le correnti così distanti della dottrina cattolica e di quella laica. In che misura infatti l'intervento medico nel processo riproduttivo si pone come semplice aiuto terapeutico e non come atto sostitutivo? La procreazione assistita apre dunque scenari che potrebbero discostarsi completamente dalla sfera terapeutica e si attestano come metodo di filiazione alternativo anche in situazioni in cui quello naturale sarebbe non solo precluso, bensì impedito dalla natura stessa, come nel caso delle coppie omosessuali.

■ LA LEGISLAZIONE PRIMA DEL 2004

È proprio in virtù dei tanti interrogativi che i vari Paesi hanno sentito la pressante necessità di regolamentare la materia e lo hanno fatto più o meno restrittivamente, appalesando realtà nel contesto europeo che, pur partecipi di un comune denominatore, sono però diverse e più o meno inclini alle "aperture" proprie di quelle correnti secondo le quali la fecondazione assistita potrebbe concretizzare anche un metodo alternativo alla naturale riproduzione dell'essere umano. Basti pensare alle possibilità registrate nella realtà spagnola. La materia è disciplinata dalla Legge n. 35 del 1988, quale testo fondamentale, modificata poi dalla Legge n. 45 del 2003, ove accanto alla premessa per cui «le tecniche di riproduzione assistita hanno prodotto aspettative e speranze nel trattamento della sterilità quando altri metodi sono poco adeguati o inefficaci», nel secondo paragrafo dell'introduzione

¹ GIFT: il trasferimento dei gameti (ovocita e spermatozoo) dentro le tube, è una tecnica alternativa alla FIVET particolarmente indicata in quei casi in cui la sterilità non è legata a problemi delle tube, nei casi di sterilità idiopatica e nei casi di ipofertilità maschile non grave. Si prelevano gli ovociti della donna e gli spermatozoi dell'uomo e si trasferiscono contemporaneamente nelle tube. In questo modo non si sa quanti ovociti verranno fecondati e quindi quanti pre-embrioni si svilupperanno

² Fecondazione *in vitro*: è una tecnica di Procreazione Medicalmente Assistita di II livello che consiste nell'ottenere la fecondazione dell'ovocita al di fuori del corpo della donna, con conseguente formazione dell'embrione e successivo trasferimento in utero dello stesso. La procedura si articola complessivamente in quattro fasi principali: induzione dell'ovulazione, con farmaci che agiscono a livello ovarico stimolando la produzione di follicoli; prelievo degli ovociti, che viene eseguito 24-36 ore dopo la somministrazione di una dose di gonadotropina corionica, la quale ha lo scopo di indurre la maturazione finale degli ovociti; gli ovociti raccolti mediante il prelievo ovocitario vengono quindi fecondati con il seme del partner. In rapporto al tipo di procedura di laboratorio si può avere la ICSI o la FIVET a seconda che uno spermatozoo del partner venga iniettato direttamente nell'ovocita o oppure che più spermatozoi vengano messi nella provetta dell'ovocita; in ultimo abbiamo il trasferimento dell'embrione in utero

ne alla legge stessa viene prospettata la distinzione di ruoli tra «maternità biologica piena» e «maternità biologica parziale», in cui la madre fornisce o solo il proprio ovocita o solo la gestazione di un embrione che non proviene dal proprio gamete, fino a prevedere la possibilità anche di attuare tecniche di procreazione assistita in tutti quei casi in cui una donna non abbia alcun compagno o nella maternità surrogata.

D'altra parte quello che fa propendere per l'una o l'altra posizione della *querelle* è il valore che si riconosce al diritto alla procreazione, oltretutto se questo debba o meno essere ritenuto assoluto e, in ossequio all'etimologia latina (*absolutus*: "scioltosi da"), valevole quindi al di là delle singole circostanze in cui versa il titolare del diritto suddetto. L'ordinamento spagnolo è abbastanza chiaro nella sua posizione, allorché all'art. 6 della Legge n. 35 del 1988 specifica «ogni donna potrà essere destinataria o utente delle tecniche regolamentate nella presente Legge, purché abbia consentito alla loro utilizzazione in modo libero, cosciente, espresso e per iscritto. Dovrà avere almeno 18 anni e piena capacità d'agire. [...] Se coniugata, sarà inoltre necessario il consenso del marito [...] tranne nel caso in cui i coniugi fossero separati con sentenza definitiva di divorzio o separazione, o di fatto o per mutuo accordo che consti in maniera facente fede » [2]. È soprattutto su quest'ultimo assunto che occorre fissare l'attenzione ("se coniugata") per poter riflettere sul fatto che la legislazione spagnola garantisce a prescindere l'assolutezza del diritto alla procreazione.

Diversa invece è la realtà del nostro Paese, non solo per il ritardo con cui il legislatore ha messo mano compiutamente alla disciplina della procreazione assistita, ma anche per il quadro della stessa così come risulta confezionato dalla Legge n. 40 del 2004.

Prima però di analizzare nel merito le disposizioni normative in essa contenute al fine di rintracciare una tutela penale dell'embrione, occorre riconoscere alla legge stessa quanto meno il beneficio di aver conferito dignità di oggetto legislativo a una materia così delicata e dai complessi risvolti, eliminando pertanto un'insostenibile situazione ove la disciplina veniva regolamentata solo da provvedimenti amministrativi congiuntamente al Codice di Deontologia Medica.

In ordine ai primi si segnala la Circolare Ministeriale adottata dal Ministro della Sanità Degan nel 1985 in base alla quale nei centri di fecondazione assistita presso strutture pubbliche erano ammesse all'accesso alla procedura solo le coppie unite in matrimonio e per la sola fecondazione omologa; non era possibile, poiché vietata, effettuare la fecondazione eterologa. Naturalmente ciò di converso implicava la possibilità per tutte le coppie, sposate o conviventi *more uxorio* indifferentemente, di potersi rivolgere ai centri privati anche per la fecondazione eterologa.

Successiva (1987) è la Circolare adottata dal Ministro Donat Cattin in tema di «misure di prevenzione della trasmissione di HIV e altri agenti patogeni attraverso seme umano impiegato per la fecondazione artificiale». Circolare poi sostituita da quella del Ministro De Lorenzo del 1992 in tema di «misure di prevenzione della trasmissione di HIV e di altri agenti patogeni nella donazione di liquido seminale impiegato per la fecondazione assistita umana e nella donazione d'organo, di tessuti e di midollo osseo» in cui veniva garantito l'anonimato del donatore.

Da ultimo poi, due Ordinanze del Ministro della Sanità nel 1997, la cui efficacia è stata prorogata più volte, atte a tutelare i gameti e gli embrioni, con il divieto sia di remunerazione nella cessione dei gameti e degli embrioni, sia di tutti gli esperimenti finalizzati alla clonazione umana o animale, con il conseguente obbligo per i centri di procreazione assistita, sia pubblici sia privati, di relazionare al Ministero in ordine all'attività espletata, fornendo altresì i dati e le informazioni relative alla struttura, al personale, al responsabile, con la sanzione, in caso di inosservanza, del divieto di praticare ogni tecnica di procreazione assistita.

Infine, con altre due ordinanze, entrambe del mese di dicembre del 2002 a firma del Ministro della Salute Sirchia, si vietava l'esportazione di embrioni e gameti all'estero.

Si è visto che, accanto ai provvedimenti amministrativi che hanno regolato per lungo tempo solo alcuni aspetti di una siffatta complessa materia, a colmare in parte le lacune, pur in assenza di una vincolatività propria della legge, suppliva l'Ordine professionale dei Medici, impegnando gli iscritti al rispetto di alcune norme. Viene fatto espresso divieto al medico, ex art. 42 del Codice Deontologico, di attuare tecniche di procreazione assistita al di fuori di coppie eterosessuali stabili, ricorrendo a forme di maternità surrogata, in donne in menopausa non precoce e dopo la morte del padre, tutto questo in funzione di una protezione del nascituro e in particolar modo del suo benessere. Viene vietata ogni pratica di selezione di gameti nonché la produzioni di embrioni ai soli fini di ricerca.

La mancanza di una legge però ha sicuramente aperto scenari abbastanza particolari, e la giurisprudenza di quegli anni ne è una chiara testimonianza: basti pensare a un'ordinanza del Tribunale di Palermo del 1999, con cui veniva autorizzata una donna, dopo e nonostante la morte del marito, a sottoporsi all'inseminazione artificiale utilizzando gli embrioni crioconservati del defunto che erano stati congelati durante i tentativi di fecondazione [2]. E ancora, la sentenza del Tribunale di Rimini del 1995 ove, privilegiando nel rapporto di filiazione il *favor veritatis* piuttosto che il *favor legitimatis*, è stato riconosciuto colpevole del reato di alterazione di stato, ex art. 567 c.p., un soggetto che aveva denunciato come legittimo il figlio nato

invece da una fecondazione eterologa [2]. Per non considerare poi, tutti quei casi in cui è stata avviata e successivamente accolta, nonostante l'iniziale consenso alla procedura di procreazione assistita da parte dell'uomo, un'azione di disconoscimento di paternità di un figlio procreato da fecondazione eterologa; tanto che nel 1999 la Corte Costituzionale con la sentenza n. 2315 «ha stabilito l'irrevocabilità del consenso prestato dal marito all'inseminazione artificiale e conseguentemente l'impossibilità di promuovere un'azione di disconoscimento di paternità da parte del coniuge il quale, attraverso il consenso alla procedura inseminativa, aveva assunto il ruolo di padre biologico» [2]. In un siffatto generale «disorientamento» in materia, costellato da situazioni particolari o, come si è visto, addirittura paradossali, interviene il legislatore, ponendo ordine in una materia non solo delicata ma caratterizzata altresì da pregnant risvolti in chiave etica, morale, oltre che giuridica, e che arrivano quasi a stigmatizzare la società stessa.

■ LA LEGGE 40/04

Come preannunciato, la legge in Italia giunge solo nel 2004, molto più tardi in confronto agli altri Paesi europei e con notevoli restrizioni rispetto alle discipline previste negli altri stati.

La Legge 40/04 «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita» ha per oggetto quei procedimenti che comportano il trattamento di gameti, embrioni volti all'instaurazione di una gravidanza e ha quale finalità non solo quella di regolamentare così la procreazione medicalmente assistita, ma anche di tutelare lo stesso concepito. Non sembrano esserci, invero, margini di dubbio sul fatto che per Procreazione Medicalmente Assistita (PMA) si intendano solo quegli atti medici e interventi terapeutici finalizzati a «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dall'infertilità umana [...] qualora non vi siano altri metodi efficaci per rimuovere le cause di sterilità o di infertilità», lasciando quindi escluso l'accesso alla suddetta procedura nei casi di scelta alternativa alla riproduzione naturale. Quel che più rileva, però, come prima sottolineato, è l'attenta protezione del prodotto del concepimento, che si respira altresì leggendo l'art. 1 della legge, ove si assicura la tutela dei «diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito», considerato un vero e proprio «soggetto». La tutela si realizza compiutamente, in ossequio allo spirito della legge, sotto un duplice aspetto, in via diretta e di riflesso, mediante la rigidità con cui è stato regolamentato l'accesso alla procreazione medicalmente assistita. Vi sono infatti

sia dei requisiti oggettivi sia soggettivi specificamente indicati dalla legge.

In ordine ai primi, dal combinato disposto dell'art. 1 e 4 si evince chiaramente che è possibile l'accesso alla procreazione medicalmente assistita solo quando questa sia finalizzata al superamento dei problemi riproduttivi inerenti alla sterilità e infertilità della coppia che derivi o da causa inspiegata o causa certa, comunque adeguatamente documentata medicalmente. Le linee guida del 2004, modificate successivamente nel 2008 [3], atte a rendere attuativa la suddetta legge, specificano il significato di sterilità/infertilità quale mancato concepimento dopo un periodo non interrotto di 12-24 mesi di rapporti non protetti, le cui cause, conosciute o meno devono comunque emergere dalla documentazione medica richiesta ai fini dell'ammissione alla procreazione assistita. Per quanto concerne invece i requisiti soggettivi, occorre sottolineare come anche per questi vi sia stato, nella scelta, un bilanciamento tra la tutela del diritto alla procreazione e la salvaguardia dei diritti del concepito: difatti possono accedere alle suddette tecniche solo le coppie maggiorenni e di sesso diverso, sposate o conviventi, che versino comunque in età fertile e che siano entrambi viventi.

Questi i dettami della legge che però, a seguito dell'emanazione delle linee guida, prima nel 2004 poi nel 2008 [3], hanno subito delle deroghe o si sono prestati a specifiche interpretazioni per la loro applicabilità nei singoli casi concreti non previsti della generalità e astrattezza propria della suddetta norma. Sicuramente però, se da una parte l'intervento delle linee guida ha reso fattiva l'applicazione della Legge n. 40/04, dall'altra, l'aver previsto disposizioni, seppur per colmarne le lacune, che non coincidono con i precetti della legge stessa ha creato non pochi problemi interpretativi concernenti finanche la legittimità delle stesse, in virtù del fatto che un provvedimento amministrativo non può derogare una legge. Al contrario, le questioni che avrebbero necessitato di una maggiore specificazione sono rimaste invece sottaciute, basti pensare al fatto che in ordine alla convivenza della coppia non è stato indicato alcun elemento da cui si desumesse la necessità o meno di una stabilità della stessa, quando invece per quanto concerne l'adozione si richiede la convivenza stabile di almeno tre anni. Ma v'è di più: la legge non specifica inoltre, quando e in quali termini debba parlarsi di età «potenzialmente» fertile, o – ancor più importante – se i due componenti della coppia debbano essere viventi all'inizio della procedura o se tale condizione debba permanere anche fino alla fine della stessa; nel primo caso infatti potrebbe configurarsi una chiara situazione di fecondazione *post mortem*³. Al tempo stesso

³ La Giurisprudenza ha poi affermato che i soggetti devono essere viventi all'inizio della procedura

però, sono state previste delle deroghe concedendo l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita anche a soggetti affetti da HIV e epatite C e B. Si è cercato quindi di offrire una soluzione alle cosiddette coppie discordanti, conciliando così il desiderio riproduttivo da un lato e dall'altro la necessità di preservare dalla trasmissione del virus sia il partner sano sia il nascituro, attraverso varie metodiche quali per esempio lo *sperm wash*, in grado di ridurre significativamente la presenza del virus.

Le linee guida hanno inoltre previsto deroghe per quanto concerne i presupposti oggettivi e, difatti, nel silenzio della legge, quelle del 2004 prevedono la possibilità del ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita anche alle coppie che non possono definirsi scientificamente sterili o infertili: è sufficiente anche semplicemente uno stato di ipofertilità.

Seppur lasciando aperti molti interrogativi, dovuti alle zone d'ombra di una legge le cui disposizioni non arrivano compiutamente a disciplinare ogni singolo aspetto della materia, tanto da trovarne tutele frastagliate, è possibile però scorgere, da una lettura combinata della legge stessa e delle successive linee guida, quello che ne è il *leitmotiv*: la tutela dell'embrione.

A tal riguardo ne è testimonianza l'abolizione di una procedura, prima della suddetta legge consentita e spesso praticata, concernente una "sorta" di selezione di embrioni; ovvero sia il ricorso alle tecniche di fecondazione assistita da parte di soggetti affetti da malattie genetiche, i quali, per la preoccupazione di trasmetterle ai propri figli, vi si sottoponevano al fine di creare *in vitro* gli embrioni per poi farli analizzare e all'esito della diagnosi genetica preimpianto (PGD – *Preimplantation Genetic Diagnosis*) decidere o meno se proseguire nella procedura. Ora tutto questo è vietato dalla Legge 40/04 anche perché il legislatore ha avuto timore per la sorte di tutti quegli embrioni che avrebbero manifestato l'incidenza della malattia genetica. In realtà però, implicitamente, si apre una chiara contraddizione: «Evidente disparità di trattamento tra chi è sterile (che può accedere alla PMA e, ex art. 14 comma 5°, l. 40/04, ha anche diritto, su richiesta, a essere informato sullo stato di salute degli embrioni prodotti) e chi non lo è (che alla PMA non può nemmeno accedere)» [4]. Come si è visto già altre volte, però, ove il diritto vigente è carente, vi supplisce il diritto vivente e in fatti nel 2010 il Tribunale di Salerno «ha [...] esplicitamente consentito il ricorso alla PMA ai portatori di malattie genetiche non sterili, sul presupposto della necessità di tutelare il loro (come di chiunque altro) diritto di autodeterminazione nelle scelte procreative» [4].

Da quanto sin qui argomentato appare chiara in materia l'alternante tutela da una parte del diritto alla procreazione e all'autodeterminazione dell'in-

dividuo in tal senso, dall'altra la salvaguardia del futuro essere umano.

La tutela dell'embrione che si rintraccia nella Legge 40/04 salvaguarda l'individualità genetica in virtù di quell'unicità che connota ogni singolo essere umano, e in tal senso sono apprestati presidi atti a impedire quelle lesioni al genoma che rilevino quali intollerabili aggressioni alla stessa essenza e dignità dell'uomo.

Prima di procedere nell'analisi delle singole fattispecie di reato previste della Legge 40/04 è necessario però soffermarsi sulla definizione di embrione, stante la necessità, in ossequio ai principi fondamentali del diritto penale, *ex multis* quello di tipicità, di avere elementi certi per una corretta valutazione della configurabilità o meno del reato. Tale assunto, però, apre interessanti e non facili problemi interpretativi, visto che il legislatore non ne ha dato alcuna definizione, e considerato altresì che la letteratura scientifica offre più accezioni: «Oocita umano a partire dal momento, dell'attivazione (del primo contatto, cioè, con il gamete maschile), della penetrazione dello spermatozoo, della fusione dei genomi (si allude dunque allo zigote: l'ootide non sarebbe ancora un embrione), dell'avvio della divisione cellulare, dell'annidamento nell'utero, della comparsa di caratteri antropomorfi, dell'acquisizione della capacità di una vita autonoma» [4].

La definizione adottata dal legislatore e recepita dalla legge non è chiara poiché se da una parte l'art. 1 della stessa, richiamando i diritti del concepito, sembrerebbe lasciar intendere che la scelta sia ricaduta su un'accezione ampia, dall'altra però una maggiore attenzione alla salute della donna, onde evitare gravidanze plurime o successive stimolazioni ormonali in caso di insuccesso, ha spinto anche l'interprete a privilegiarne una restrittiva, volta a escludere da tale definizione tutte quelle fasi che precedono la fusione dei due nuclei [5].

Al di là delle definizioni, anch'esse strettamente collegate alle connaturate tesi dottrinarie che investono la materia, la tutela penale dell'embrione si realizza mediante le specifiche previsioni che sono contenute nella Legge 40/04, ove soprattutto ponendo mente all'art. 14 della stessa legge si evince quali siano, parafrasandone la rubrica, i limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni. In particolar modo sono vietate: la soppressione degli embrioni, la loro crioconservazione, la riduzione embrionaria di gravidanze plurime e la produzione di un numero di embrioni prima fissato a tre, ora – dopo l'intervento della Corte Costituzionale (sentenza n. 151 del 08.05.2009) che ne ha dichiarato l'incostituzionalità – pari a quanti siano strettamente necessari nella realtà di ogni singolo caso. I divieti suddetti, puniti con la reclusione fino a tre anni e con la multa da 50.000 a 150.000 euro, però non sono assoluti ma presentano delle eccezioni, basti pensare al comma 3 dell'art. 14

Legge 40/04 che recita: «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». Quest'ultimo assunto offre un chiaro esempio di come il legislatore abbia cercato di realizzare, non sempre con successo, un contemperamento tra la tutela dell'embrione e quella della salute della donna. Attestandosi sullo stesso tenore, inoltre, la sentenza della Corte Costituzionale, prima citata, ha corretto anche un altro aspetto dell'art. 14 della legge, ovvero, nell'aver previsto la produzione di un numero di embrioni necessario al singolo caso concreto, il cui superamento integra una fattispecie penalmente rilevante, la Consulta ha abolito l'obbligo di procedere a unico e contemporaneo impianto, con la conseguente crioconservazione degli embrioni non trasferiti. Ebbene, come si è visto, gli iniziali restrittivi divieti in realtà hanno subito delle correzioni attraverso anche la previsione di deroghe.

In merito ad altre delicate questioni, le stesse che in altri Paesi hanno invece trovato una disciplina diversa, il nostro legislatore non ha previsto alcun margine per deroghe, attestandosi su posizioni fortemente restrittive. In ordine alla maternità surrogata, viene a configurarsi come reato la condotta, poiché colui che «in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza [...] 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» (Art. 14 comma 6 della Legge 19 febbraio 2004 n. 40). La *ratio* della norma risiede nella tutela del bene giuridico «individuabile nell'unitarietà della figura materna, che, agli occhi del legislatore, non tollera scissioni tra maternità gestazionale, maternità biologica e maternità sociale» [6], un bene ritenuto così degno di tutela tanto da precludere la maternità alla donna che non possa portare a termine la gravidanza.

Situazione diversa si profila invece per la fecondazione eterologa, ove, seppur l'art. 12 Legge 40/04 ne faccia espresso divieto, la sua inosservanza non concretizza una fattispecie penalmente rilevante: viene difatti punita con una sanzione amministrativa pecuniaria che va da 300.000 a 600.000 euro. Pene severe sono invece previste per la realizzazione, organizzazione o pubblicizzazione del commercio di gameti o di embrioni: la pena anche qui è uguale a quella prevista per la maternità surrogata, reclusione da tre mesi a due anni e multa da 300.000 a un milione di euro.

Altresì importante è poi la disposizione contenuta nel settimo comma dell'art. 12 della legge ove si prevede che «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».

Infine, in questa rassegna dei reati in materia di procreazione medicalmente assistita, preme evidenziare le disposizioni inerenti alla sperimentazione sugli embrioni contenute nell'art. 13, ove, in conformità allo spirito della legge per cui «la ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano è consentita a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche a essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative» vieta «qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano». In questo caso però il legislatore è stato attento, in quanto ha poi specificato ulteriormente, all'interno della suddetta norma, quelle che sono le singole condotte vietate, integranti conseguentemente fattispecie di reato e quindi:

- «la produzione di embrioni umani a fini di ricerca o di sperimentazione o comunque a fini diversi da quello previsto dalla presente legge;
- 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, a eccezione degli interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche, di cui al comma 2 del presente articolo;
- interventi di clonazione mediante trasferimento di nucleo o di scissione precoce dell'embrione o di ectogenesi sia a fini procreativi sia di ricerca;
- la fecondazione di un gamete umano con un gamete di specie diversa e la produzione di ibridi o di chimere».

La violazione del primo comma è punita con la reclusione da due a sei anni e con la multa da 50.000 a 150.000 euro, mentre l'inosservanza dei divieti poc'anzi ricordati importa un aumento di pena e le circostanze attenuanti concorrenti non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti; inoltre è disposta altresì la sospensione dall'esercizio della professione per il sanitario che è condannato per uno degli illeciti appena descritti.

L'aver analizzato quelle che sono le principali fattispecie di reato nell'ambito della procreazione medicalmente assistita, mette in evidenza l'intento del legislatore di garantire il diritto fondamentale dell'individuo alla sua autodeterminazione in ordine alle scelte procreative, ponendo in primo piano

non solo la salute della donna ma anche la tutela dell'embrione, realizzando così fattivamente una salvaguardia che ponga a riparo da qualsiasi forma di pregiudizio e nocimento quella che è più in generale l'identità genetica stessa «che quale bene giuridico, dunque trascende la sua natura di bene individuale per attestarsi, nella sua traiettoria di tutela, in un ambito marcatamente collettivistico, laddove l'intangibilità del patrimonio genetico di fronte ad interventi artificiali rappresenta, come stabilito dal Consiglio d'Europa, un diritto dell'uomo» [7].

■ CONCLUSIONI

La Legge 40/04 è il chiaro esempio di come il legislatore abbia tentato di districarsi in una materia non semplice, datane l'implicazione scientifica delicata e, al tempo stesso, costellata da tante non trascurabili sfaccettature, che poliedricamente hanno in loro il riflesso della molteplicità di opinioni che non solo si sono registrate in dottrina, ma che anche ognuno di noi ha in merito. Si è cercato infatti di mitigare, *rectius* coniugare, anche se in modo imperfetto, le contrastanti esigenze di tutela che si stagliano su quei due opposti fronti che però sono accumulati da quell'imprescindibile fondamentale dignità riconosciuta dal nostro ordinamento ai due diritti che, per essere veramente tali, non possono essere privi di adeguati strumenti di tutela. Ovviamente, come in tutte le altre questioni bioetiche, anche quella odierna apre a mille interpretazioni dovute a diverse e antitetiche chiavi di lettura; d'altra parte non può prescindere, imponendolo la completezza dell'analisi, dall'inevitabile scontro tra le questioni morali e quelle giuridiche. Le prime si muovono sulle due categorie di "bene" e di "male", interrogandosi se quel determinato fatto, evento, o quella determinata azione sia o meno conforme al suddetto schema. Il diritto invece, a differenza della morale, si muove rispondendo all'esigenza di disciplinare se quel determinato fatto, evento, o quella specifica azione sia lecita o illecita, in ossequio a principi di giustizia, attraverso il contemperamento tra il bene del singolo e gli interessi della collettività tutta. Un siffatto bilanciamento a cui ogni legislatore è chiamato, o almeno dovrebbe esserlo, avviene però indipendentemente da quella scelta morale che poi nella singola situazione concreta ogni consociato assumerebbe. D'altronde, gli strumenti che l'ordinamento appresta sono finalizzati a tal fine: garantire libertà che altrimenti verrebbero violate e, con esse la dignità stessa dell'individuo, disciplinandole però affinché non ledano altre libertà e altri diritti, realizzando per quanto possibile un armonico equilibrio. Compi-

to non sempre semplice e – scorrendo tra le pagine della Legge 40/04 e delle stesse linee guida – si comprende come non sia stato affatto facile armonizzare il desiderio di genitorialità quale diritto a una completa autodeterminazione in ordine alle scelte riproduttive e la tutela dell'embrione quale principio stesso della vita. È vero che l'ordinamento riconosce come "persona" solo l'individuo nato vivo anche se non vitale, ma v'è quasi la sensazione che, nel caso della disciplina della procreazione medicalmente assistita, il legislatore abbia recepito una definizione di embrione, cara alle dottrine cattoliche, ove anch'esso è persona e lo è nel momento stesso dell'attivazione dell'ovocita. Ciò è dimostrato dalla preoccupazione e dalle premure in ordine alla sorte degli embrioni non impiantati, andando anche oltre le attenzioni della natura stessa che spesso non permette, in un fisiologico processo riproduttivo, che alcuni embrioni si impiantino. E ancora, anche il divieto della fecondazione eterologa, così come quello della maternità surrogata, sono chiaro esempio di questa protezione accordata dall'ordinamento, volta a evitare che il nascituro abbia un'identità genetica differente rispetto al proprio genitore o addirittura che vi sia la gestazione e la conseguente instaurazione per nove mesi di un rapporto che poi verrà bruscamente interrotto. Ovviamente, si sono tralasciati tutti quei divieti integranti reati che ben comprensibilmente appalesano una tutela dell'embrione *tout court* quale la clonazione e la sperimentazione. Ciò che invece in queste riflessioni conclusive lascia aperti alcuni interrogativi riguarda, in un'ottica di coerenza dell'ordinamento, l'impossibilità di usufruire della diagnosi preimpianto, sopprimendo una scelta che invece nelle gravidanze naturali viene accordata e disciplinata dalla Legge 194 del 1978. Così come apre una vera e propria zona grigia la discrezionalità implicitamente riconosciuta dalla Corte Costituzionale al medico nella decisione del numero di embrioni necessari da impiantare per poter portare a termine la procedura, che sembrerebbe quasi contrastare con l'intero imperfetto impianto delineato dal legislatore, volto a una tutela sia dell'embrione sia della libertà di autodeterminarsi in ordine alle scelte riproduttive. D'altronde, però, a differenza della morale che riguarda la scelta che ognuno di noi nel proprio intimo prenderebbe, una legge per quanto imperfetta, deve garantire la libertà stessa di scegliere.

■ DISCLOSURE

Le Autrici dichiarano di non avere conflitti di interesse di natura finanziaria in merito ai temi trattati nel presente articolo.

■ BIBLIOGRAFIA

1. Gentilomo A, Piga A, Nigrotti S. La procreazione medicalmente assistita nell'Europa dei quindici. Milano: Giuffrè Editore, 2005
2. Tropea PF. La responsabilità professionale del ginecologo nell'attuale orientamento giurisprudenziale. Roma: CIC Edizioni Internazionali, 2002
3. Ministero della Salute. Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita. 2004, con modifiche del 2008. Gazzetta ufficiale 30 aprile 2008. Disponibile all'indirizzo <http://www.salute.gov.it/dettaglio/phPrimoPianoNew.jsp?id=163> (ultimo accesso ottobre 2011)
4. Canestrari S, Ferrando G, Mazzoni CM, Rodotà S, Zatti P. Il Governo del Corpo, Trattato di Biodiritto, Tomo II. Milano: Giuffrè Editore, 2011
5. Dolcini E. Fecondazione assistita e diritto penale. Milano: Giuffrè Editore, 2008
6. Flamigni C. La procreazione assistita. Bologna: Il Mulino, 2002
7. Mezzetti E. La tutela penale dell'incolumità individuale in una prospettiva di riforma. I Delitti di percosse e di lesioni (a cura di Ramacci F). Torino: Giappichelli, 1998

CORRESPONDING AUTHOR

Prof.ssa Susanna Agostini
susanna.agostini@uniroma1.it