



Emilio Dolcini

(ordinario di Diritto penale nella Facoltà di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Milano)

**Responsabilità del medico e reati in materia di procreazione assistita.
Ambiguità e rigori della legge italiana n. 40 del 2004 ***

SOMMARIO: 1. Attività medico-chirurgica, responsabilità penale per colpa o per dolo - 2. Legge penale e procreazione assistita - 3. Alcuni problemi posti dalla disciplina italiana della pma - 4. La diagnosi preimpianto sull'embrione in vitro: a) l'art. 13 l. 40/2004 e le Linee guida del 2004 - 5. (Segue): b) la giurisprudenza più recente e le Linee guida del 2008: non è vietata la diagnosi preimpianto - 6. (Segue): c) il problema nella legislazione di alcuni Paesi europei - 7. (Segue): d) ricerca del figlio perfetto? - 8. Il divieto di produrre più di tre embrioni ex art. 14 l. 40/2004: una disciplina di dubbia legittimità costituzionale - 9. Limiti numerici alla produzione di embrioni? La risposta delle legislazioni tedesca, spagnola e portoghese - 10. Il divieto di donazione di gameti ex art. 4 l. 40/2004, il diverso orientamento degli altri legislatori europei e il ruolo della dottrina cattolica nella scelta del legislatore italiano - 11. Le sanzioni nella legge n. 40/2004 - 12. Le scelte di politica sanzionatoria dei legislatori tedesco, portoghese e spagnolo - 13. La legge n. 40/2004: 'diritto penale del nemico' all'italiana? - 14. (Segue): O, piuttosto, un esempio di legislazione simbolica? - 15. L'impatto sulla prassi della legge n. 40/2004 - 16. 'Viaggi dei diritti' e ruolo del medico italiano - 17. (Segue): A) Casi in cui può sorgere una responsabilità del medico italiano - 18. (Segue): B) Casi in cui non sorge alcuna responsabilità del medico italiano - 19. Una 'legge di lotta contro' la procreazione assistita.

1 - Attività medico-chirurgica, responsabilità penale per colpa o per dolo

Quando si parla di responsabilità penale del *medico*, il pensiero corre immediatamente a forme di *responsabilità colposa*. Negli studi sulla colpa, il medico fa concorrenza per il ruolo di protagonista al conducente di veicoli e al datore di lavoro¹: nella prassi

* Questo saggio riproduce, con integrazioni e aggiornamenti, parte del terzo capitolo del volume *Fecondazione assistita e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2008. Una versione in lingua portoghese di questo saggio è in corso di pubblicazione negli *Studi in onore di Jorge de Figueiredo Dias*.

¹ Emblematico, in questo senso, P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale, I delitti colposi*, 2003, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Trattato di diritto penale, parte speciale*, vol. III: dopo una sorta di 'parte generale' dell'omicidio colposo e



giurisprudenziale, poi, il ruolo del medico si ridimensiona forse dal punto di vista quantitativo, ma non dal punto di vista della qualità e della rilevanza dei problemi proposti al giudice penale.

Tuttavia, sono sempre più frequenti le incursioni della *responsabilità penale dolosa* nell'area dell'attività medica. L'incontro-scontro tra attività medico-chirurgica e responsabilità per dolo riguarda soprattutto l'alba e il crepuscolo della vita, investendo i temi – come si dice oggi, 'eticamente sensibili' – della *procreazione assistita*, dell'*aborto* e dell'*eutanasia*. E i giuristi discutono soprattutto i profili di politica del diritto di queste tematiche², riproponendo stimolanti rivisitazioni dell'antico problema dei rapporti tra legge penale e etica³.

delle lesioni personali colpose, l'A. analizza separatamente le due figure delittuose nei settori medico-chirurgico, del lavoro e della circolazione stradale (nonché nell'attività sportiva).

² Cfr., fra gli altri, nella letteratura penalistica: S. CANESTRARI, *Commento alla l. 19 febbraio 2004 n. 40*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, p. 416 ss.; ID., *Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, p. 751 ss.; L. 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.; ID., *La vita individuale precoce: soltanto materiale biologico?*, in *LP*, 2005, p. 357 ss.; G. FIANDACA, *Scelte di tutela in materia di fecondazione assistita e democrazia laica*, in *LP*, 2005, p. 339 ss.; M. B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, 2001; A. MANNA, *La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione di beni giuridici*, in *LP*, 2005, p. 345 ss.; F. MANTOVANI, *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, in *LP*, 2005, p. 326 ss.; S. MOCCIA, *Bioetica o 'biodiritto'?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 863 ss.; L. RISICATO, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire". Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, 2008; ID., *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, *ivi*, 2005, p. 674 ss.; M. ROMANO, F. STELLA, *Aborto e legge penale: riflessioni e proposte*, 1975; F. VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, p. 5 ss.

³ Per una lucida analisi del problema, e per una sua persuasiva soluzione, può vedersi J. DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal, Parte Geral, Tomo I, Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*, 2ª ed., 2007, p. 111 ss. Afferma l'illustre A. che "non è funzione del diritto penale né primaria né secondaria tutelare la virtù o la morale". A tale compito il diritto penale non è legittimato, in quanto ordine terreno che – secondo quanto dispone l'art. 21 della Costituzione portoghese – "deve rispettare la libertà di coscienza di ciascuno". D'altra parte, pene e misure di sicurezza non sono strumenti "adeguati a far valere nel corpo sociale le norme della virtù e della moralità"; non il giudice statale, bensì la divinità e la coscienza individuale sono "istanze legittimate a punire il peccato e l'immoralità". Conclude Figueiredo Dias che una concezione del diritto penale come strumento di tutela di valori etico-sociali è "assolutamente inadeguata alla struttura e alle esigenze – anche, o soprattutto alle esigenze etiche – delle società democratiche e pluraliste dei giorni nostri": di società, cioè, secolarizzate e connotate da pluralismo



2 - Legge penale e procreazione assistita

Dei temi ora evocati, tratterò quello della *procreazione medicalmente assistita* (d'ora in avanti, *pma*): una materia disciplinata in Italia con una legge *ad hoc* a partire dal 2004 (l. 19 febbraio 2004 n. 40, "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"), dopo una fase - non breve - in cui era assoggettata soltanto al diritto penale comune, nonché al Codice di deontologia medica⁴; ulteriori regole e limiti erano poi dettati da una circolare emanata nel 1985 dal Ministro della sanità (c.d. circolare Degan), ma tale disciplina riguardava soltanto le strutture pubbliche⁵.

La scelta di disciplinare per legge la *pma* è largamente coerente con il panorama internazionale, ed europeo in particolare⁶. Leggi sulla *pma* sono presenti, ad esempio, in Francia (*Code de la santé publique - Loi n° 2004-800 du 6 août 2004*), in Germania (l. 13 dicembre 1990, *Embryonenschutzgesetz, EschG*), in Svizzera (legge federale 18 giugno 1998, *Legge federale sulla procreazione con assistenza medica, LPMA*)⁷, in Austria (l. 4 giugno 1992, *Fortpflanzungsmedizingesetz, FmedG*), in Spagna (l. 26 maggio 2006 n. 14, sobre *Técnicas de reproducción humana asistida*)⁸ e in Portogallo (l. 26 luglio 2006 n. 32, *Da procriação medicamente assistida*)⁹; mentre in Gran Bretagna una legge del 1990 fornisce il quadro di riferimento per una Autorità indipendente (*l'Autorità per la*

etico-sociale, "nelle quali, in misura maggiore o minore, coesistono - ora in forma pacifica, ora con tensioni - zone di consenso e zone di conflitto".

⁴ Per il testo del Codice di deontologia medica, nella versione del 1998, può vedersi M. DOGLIOTTI, A. FIGONE, *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza, Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40, 2004*, p. 416 ss.

⁵ Anche a proposito dei contenuti della c.d. circolare Degan, cfr. M. BALISTRERI, S. POLLO, *Storia della normativa sulla procreazione assistita in Italia*, in *Bioetica*, 2005, p. 19 ss.

⁶ Per un quadro di insieme, cfr. C. CASONATO, T. E. FROSINI (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, 2006, nonché A. GENTILOMO, A. PIGA, S. NIGROTTI, *La procreazione medicalmente assistita nell'Europa dei quindici. Uno studio comparatistico*, 2005. Le leggi straniere alle quali si fa riferimento nel testo di questa Relazione, in assenza di indicazioni diverse, sono riportate, in traduzione italiana, nell'Appendice che corredda A. GENTILOMO, A. PIGA, S. NIGROTTI, *La procreazione medicalmente assistita nell'Europa dei quindici*, cit., p. 231 ss.

⁷ Il testo della legge svizzera può consultarsi in www.admin.ch.

⁸ Per il testo della legge spagnola del 2006, si rinvia a www.noticias.juridicas.com.

⁹ Cfr. www.parlamento.pt.



fertilizzazione umana e la embriologia: HFEA) chiamata a risolvere i problemi che via via si pongono in materia di *pma*.

Quale il significato comune a tutti gli interventi legislativi in materia? Ogni legge sulla *pma* contiene soprattutto *limiti e divieti*, che vengono imposti alle scelte individuali e all'operato di medici e biologi. Il legislatore non accetta che le scelte in materia siano demandate per intero agli attori della *pma*, in particolare al medico, ma rivendica per sé una valutazione bilanciata degli interessi in gioco: *in primis*, da un lato, le aspettative di donne e uomini che chiedono di essere aiutati a divenire genitori, quando vi siano problemi o difficoltà particolari; d'altro lato, le esigenze di tutela del prodotto del concepimento.

3 - Alcuni problemi posti dalla disciplina italiana della *pma*

È questo, in effetti, il primo messaggio che si ricava dall'art. 1 l. 40/2004. La legge riconosce uno spazio alla *pma* quale strumento per "favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana"; fa propria tale finalità, come unica finalità che legittima il ricorso alla *pma* (lo esplicita 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, compreso il concepito".

Su questo sfondo, selezionerò nella legge alcuni tratti particolarmente significativi, soprattutto fermando l'attenzione su aspetti della disciplina italiana che risultano minoritari o del tutto isolati nel panorama europeo: della legge italiana analizzerò cioè alcuni degli aspetti che la rendono diversa dalle altre leggi europee sulla *pma*.

Nel quadro degli illeciti, penali e amministrativi, contemplati dalla legge n. 40 del 2004, le figure di illecito che esaminerò non si segnalano per una particolare gravità, sulla base delle relative pene edittali. Piuttosto, si tratta di alcuni dei punti più controversi della legge, non a caso tutti investiti dal referendum del 2005¹⁰: si tratta di obblighi e di divieti la cui presenza nella legge alimenta in modo preponderante, oggi, il flusso delle coppie italiane verso centri esteri di *pma*.

Da questa trattazione, emergerà - credo - quanto sia ingrato nel nostro Paese il ruolo dello specialista di medicina della riproduzione,

¹⁰ A proposito del referendum del 12-13 giugno 2005, può vedersi M. BALISTRERI, S. POLLO, *Storia della normativa*, cit., p. 25 ss.



nonché, a maggior ragione, il ruolo delle coppie afflitte da problemi di sterilità o di infertilità¹¹.

4 - La diagnosi preimpianto sull'embrione in vitro: a) l'art. 13 l. 40/2004 e le Linee guida del 2004

Un *primo problema* riguarda la diagnosi preimpianto sull'embrione *in vitro*. È in gioco la possibilità di conoscere in anticipo la presenza nell'embrione di alcune gravissime malattie e quindi la possibilità per la donna di rinunciare al trasferimento dell'embrione ovvero accettarlo nella consapevolezza di quella situazione patologica.

Il problema della liceità della diagnosi preimpianto non trova una soluzione chiara e univoca nella legge italiana.

In primo luogo, tuttavia, 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* (*a fortiori*, esclude la possibilità della diagnosi preimpianto sull'embrione) per coppie fertili, ma che presentino un rischio qualificato di trasmissione di malattie gravi e inguaribili¹².

Si osservi semmai, per inciso, 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): ciò, d'altra parte, è coerente con la sostanziale 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 identificate¹³.

In secondo luogo, nei casi in cui ammette la *pma*, la legge dà soltanto indicazioni indirette in merito alla diagnosi preimpianto

¹¹ Sui controversi rapporti tra le nozioni di sterilità e di infertilità, v. le *Linee guida sulla pma*, in E. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, cit. p. 156 s., nelle quali i due termini vengono usati come sinonimi. Non così, invece, nella letteratura scientifica: per tutti, cfr. C. FLAMIGNI, *Il biologo parla al giurista*, in E. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, cit., p. 6 s.

¹² La scelta di escludere il ricorso alla *pma* in situazioni di questo tipo ha suscitato aspre critiche da parte di vasti settori della dottrina: tra i penalisti, v. per tutti S. CANESTRARI, *Commento alla l. 19 febbraio 2004 n. 40*, cit., p. 417.

¹³ Sottolinea che la sterilità idiopatica può soltanto essere autocertificata *Fecondazione assistita e momento del concepimento*, in A. CELOTTO, N. ZANON (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita, Al margine di una legge controversa*, 2004, p. 12.



sull'embrione: secondo l'interpretazione a lungo prevalente, la legge sembrava comunque escludere la possibilità della diagnosi preimpianto. Questa soluzione – che, sottolineo, non è enunciata espressamente – si ricaverebbe tuttavia dalla disposizione che consente *la ricerca clinica e sperimentale su embrioni solo a condizione che si perseguano in via esclusiva finalità di tutela e sviluppo di quel singolo embrione* (art. 13 co. 2). Tale lettura della disposizione ora citata, che inquadra l'indagine genetica preimpianto sull'embrione nel *genus* "ricerca clinica e/o sperimentale su embrioni", sarebbe poi avvalorata 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 stato poi esplicitato nelle "Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita", adottate con d.m. del 21 luglio 2004¹⁴, nelle quali si stabiliva 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".

5 - (Segue): b) La giurisprudenza più recente e le Linee guida del 2008: non è vietata la diagnosi preimpianto

Le ambiguità della legge hanno dato origine a decisioni contrastanti in giurisprudenza¹⁵. È accaduto addirittura che lo stesso giudice, il Tribunale civile di Cagliari, abbia ricavato dalla legge soluzioni opposte: dapprima pronunciandosi per il divieto della diagnosi preimpianto¹⁶, e contemporaneamente sollevando questione di legittimità costituzionale, in relazione all'art. 32 Cost. (della quale, peraltro, la Corte si è liberata con un'ordinanza di manifesta inammissibilità)¹⁷; successivamente accogliendo una nuova richiesta di

¹⁴ Il testo delle *Linee-guida* del 2004 può leggersi, ad esempio, in A. CELOTTO, N. ZANON (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 118 ss.

¹⁵ Per un'ampia analisi critica, v. ora M. D'AMICO, *I diritti contesi*, 2008, p. 48 ss.

¹⁶ Cfr. Trib. Cagliari, ord. 16 luglio 2005, in *Riv. it. med. leg.*, 2006, p. 648 ss., con nota di A. GENTILOMO, A. PIGA, *Il re è nudo (ma non troppo)*, *Brevi note a commento dell'ordinanza 16 luglio 2005*, *Trib. di Cagliari*, p. 657 ss.

¹⁷ Corte cost. ord. 24 ottobre 2006 n. 369, in *Giur. cost.*, 2006, p. 3831 ss., con note di: C. CASINI E M. CASINI, *Un significativo consolidamento della legge n. 40 del 2004*, p. 3837 ss.; A. CELOTTO, *La Corte costituzionale "decide di non decidere" sulla procreazione medicalmente assistita*, p. 3846 ss.; C. TRIPODINA, *Decisioni giurisprudenziali e decisioni politiche nell'interpretazione del diritto alla vita (riflessioni a margine dell'ordinanza della*



diagnosi preimpianto proposta dagli stessi aspiranti genitori: a fondamento della propria decisione il tribunale ha rilevato che il divieto dettato dal legislatore ordinario incontra un limite nel diritto alla salute della donna, dotato di rilievo costituzionale *ex art. 32 Cost.*¹⁸

Al di là dei contrasti giurisprudenziali, del tutto legittimi, va comunque messo l'accento sull'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.

Oggi la situazione parrebbe però mutata.

La sentenza del Tribunale di Cagliari citata da ultimo ha dato il là ad una vera e propria *svolta giurisprudenziale*, le cui tappe sono segnate da un'ordinanza del Tribunale di Firenze e da una sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, che si sono succedute tra il dicembre 2007 e il gennaio 2008.

Il Tribunale di Firenze¹⁹ ha ritenuto legittima la diagnosi preimpianto, in quanto 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 che presiedono alla gerarchia delle fonti e dei limiti apposti dall'ordinamento al potere regolamentare ministeriale (art. 17 l. 400/1988).

Il percorso della giurisprudenza si completa poi, per ora, con una sentenza pronunciata dal Tar Lazio il 21 gennaio 2008²⁰, che ha annullato, in quanto illegittima per eccesso di potere, la previsione delle *Linee guida* citata in precedenza, in base alla quale le indagini sullo stato di salute dell'embrione dovevano essere soltanto "*di tipo osservazionale*". Decisivo, per il giudice amministrativo, il rilievo che le *Linee guida*, a norma dell'art. 7 della l. 40 del 2004, avrebbero dovuto dettare soltanto la disciplina delle procedure e delle tecniche di procreazione assistita, senza alcun intervento sull'oggetto di quest'ultima, che appartiene all'esclusiva competenza del legislatore. Nel merito, la sentenza osserva che "*fermo il generale divieto di sperimentazione su ciascun embrione umano,*

Corte costituzionale n. 369 del 2006), p. 3849 ss.; M. D'AMICO, *Il giudice costituzionale e l'alibi del processo*, p. 3859 ss.

¹⁸ Trib. Cagliari, sent. 22 settembre 2007, in *Giur. cost.*, 2008, p. 579 ss., con nota di I. PELLIZZONE, *Fecondazione assistita e interpretazione conforme. Quando il fine non giustifica i mezzi*, *ivi*, p. 594 ss.

¹⁹ Trib. Firenze, ord. 17 dicembre 2007, in *Giur. cost.*, 2008, p. 591 ss.

²⁰ Tar Lazio, sez. III *quater*, 21 gennaio 2008, n. 398, in *Altalex*, 21.4.2008, in www.altalex.com. Sui problemi sollevati da questa sentenza, può vedersi ora R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *Dalla provetta alla Corte. La nuova legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio*, e-book, 2008.



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, le Linee Guida riducono tale possibilità alla sola osservazione". Di qui, l'illegittimità di tale previsione.

Da ultimo, l'11 aprile 2008 Livia Turco, Ministro della salute del dimissionario Governo Prodi, 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 rilevante novità introdotta in sede di revisione delle Linee guida riguarda proprio la 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 – sia pure con diversi problemi residui²¹ – alle indagini genetiche preimpianto. Questo, almeno, fintanto che un'ulteriore revisione delle *Linee guida*, subito prospettata da alcuni esponenti della nuova maggioranza di centro-destra²², non intervenga a modificare ulteriormente il quadro normativo.

6 - (Segue): c) il problema nella legislazione di alcuni Paesi europei

²¹ Il problema più evidente riguarda la persistente presenza nelle 'nuove' *Linee guida* del divieto di "ogni diagnosi preimpianto a finalità eugenetica". Non è difficile prevedere che sarà questa l'arma brandita dai nostalgici delle *Linee guida* del 2004, i quali assumeranno che abbia finalità eugenetiche un'indagine sullo stato di salute dell'embrione, ogniqualvolta alla scoperta di gravi patologie o malformazioni possa seguire il rifiuto da parte della donna di trasferire l'embrione stesso nell'utero: cioè, sempre. Con la conseguenza che nelle *Linee guida* così interpretate, a dispetto della nuova formulazione e delle indicazioni fornite dalle sentenze che richiamavo poco fa, si continuerebbe a leggere, nella sostanza, un divieto assoluto di ogni diagnosi preimpianto. Ma davvero ha a che fare con l'eugenetica la scelta di una donna di non far sviluppare un embrione nel quale siano presenti patologie gravissime? Nella recente letteratura penalistica, per persuasive prese di posizione sui rapporti tra eugenetica e terapia, cfr. A. MANNA, *La tutela penale della vita* in fieri, cit., p. 348, nonché L. RISICATO, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire"*, cit., p. 68, ove si legge che «non possono qualificarsi eugenetiche – bensì stricto sensu terapeutiche – le pratiche mediche in grado di diagnosticare o prevenire malattie ereditarie: ogni impropria sovrapposizione tra eugenetica e lotta alle malattie genetiche risulta pertanto inaccettabile».

²² Tra le voci che hanno invocato ulteriori interventi sulle *Linee guida*, spiccano quella di Carlo Giovanardi, attuale sottosegretario alla Presidenza del Consiglio con delega alla Famiglia, e quella di Eugenia Roccella, sottosegretario al Lavoro, alla salute e alle politiche sociali. Cfr. M. DE BAC, *Fecondazione, il Governo cambierà le regole*, in *Corriere della Sera*, 16 maggio 2008, p. 20.



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

Ad esempio, su una posizione negativa si colloca la *legge tedesca*, nella quale il divieto di eseguire diagnosi preimpianto sull'embrione discende dal divieto di "usare per fini diversi da quello della sua sopravvivenza un embrione umano creato al di fuori del corpo della donna" (§ 2 co. 1)²³.

Per contro, a favore della diagnosi preimpianto si è espresso il *legislatore portoghese* del 2006: l'art. 1 co. 2 della l. 26 luglio 2006 n. 32 prevede che le tecniche di *pma* possano essere utilizzate, oltre che a beneficio di coppie infertili, anche, tra l'altro, per prevenire il rischio di trasmissione di malattie genetiche, infettive o di altro tipo; l'art. 28 co. 1 indica quale obiettivo della diagnosi genetica preimpianto l'individuazione di embrioni non portatori di anomalie gravi, prima del trasferimento nell'utero della donna; l'art. 29 co. 1 stabilisce che la diagnosi preimpianto è destinata a persone provenienti da famiglie con alterazioni che causano morte precoce o malattie gravi, quando esista un alto rischio di trasmissione ai discendenti.

Del pari, la *legge spagnola* sulla *pma* ammette interventi diagnostici sul preembrione *in vitro*²⁴ finalizzati a individuare malattie ereditarie gravi o alterazioni che potrebbero compromettere la vitalità del preembrione, così da rendere possibile il trasferimento nell'utero dei soli preembrioni non affetti da quelle patologie (art. 12 co. 1 *Ley 14/2006*); per altro verso, la legge vieta espressamente di influire su caratteri ereditari non patologici o di perseguire finalità di selezione degli individui o della razza (artt. 13 co. 2 lett. c)²⁵.

7. (Segue): d) ricerca del figlio perfetto?

Le incertezze che hanno attanagliato il legislatore italiano, sfociando in una disciplina quanto meno ambigua, dalla quale è stato lungamente tratto un divieto di diagnosi preimpianto, sono un chiaro riflesso delle

²³ Cfr. R. ARNOLD, *Questioni giuridiche in merito alla fecondazione artificiale nel diritto tedesco*, in C. CASONATO, T. E. FROSINI (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, cit., p. 16.

²⁴ A proposito della nozione di preembrione nell'ordinamento spagnolo, cfr. *infra*, nt. 39.

²⁵ Con riferimento alla previgente *Ley 35/1988, de 22 de noviembre*, cfr. M. IACOMETTI, *La procreazione medicalmente assistita nell'ordinamento spagnolo*, in C. CASONATO, T. E. FROSINI (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, cit., p. 37 ss., in particolare p. 49 ss.



posizioni della *dottrina cattolica*, per la quale il divieto di quella forma di indagine sull'embrione rappresenta un limite doveroso alla "ricerca del figlio perfetto"²⁶: un'aspirazione contro la quale si è più volte pronunciato, da ultimo, papa Benedetto XVI. Rammento, in proposito, un attacco dell'*Osservatore Romano* - innescato da un grave incidente verificatosi presso un ospedale milanese - alla "cultura della perfezione che impone di escludere tutto ciò che non appare bello, splendente, positivo, accattivante"²⁷.

È facile, però, l'obiezione che si tratta non della ricerca di un figlio perfetto, bensì della ricerca di un *figlio sano*: un obiettivo che nessuna forma di diagnosi preimpianto potrebbe assicurare, ma, in alcuni casi, potrebbe rendere meno remoto.

8 - Il divieto di produrre più di tre embrioni ex art. 14 l. 40/2004: una disciplina di dubbia legittimità costituzionale

Un secondo punto cruciale 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 si completano con il *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).

Due risvolti di questa disciplina legislativa.

a) Non potendosi produrre più di tre embrioni, *si possono inseminare tre soli oociti*, con produzione di un numero di ootidi (ossia, oociti fecondati a due pronuclei²⁸) 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 plurime²⁹.

²⁶ Cfr. L. ACCATTOLI, *Appello del Papa: no alla ricerca del figlio perfetto*, in *Corriere della sera*, 25 febbraio 2007, p. 11.

²⁷ Cfr. A. MANGIAROTTI, *L'Osservatore: aborto selettivo, è eugenetica*, in *Corriere della sera*, 28 agosto 2007, p. 6.

²⁸ Per i necessari chiarimenti, può vedersi C. FLAMIGNI, *Il biologo parla al giurista*, cit., p. 8.

²⁹ Cfr. C. FLAMIGNI, *La nuova legge italiana sulle tecniche di pma: le conseguenze possibili*, p. 15, in www.carloflamigni.it.



b) Il primo ciclo può non avere successo: anzi, ciò accade di regola. In tal caso la legge italiana comporta che si debba 'ripartire da capo', con una nuova stimolazione ormonale: mentre in passato, in assenza dei divieti di cui all'art. 14 della legge, si potevano scongelare e trasferire embrioni prodotti nel ciclo precedente.

Ma una disciplina così rigida, che preclude ogni considerazione delle concrete condizioni (di età, di salute, etc.) della donna e impone alla donna di sottoporsi a reiterate stimolazioni ormonali, con i gravi rischi connessi, pone serissimi problemi di compatibilità con diversi principi costituzionali, *in primis* con il diritto costituzionale alla salute di cui all'art. 32 Cost.

E, in effetti, su questo problema, a più riprese sollevato in passato dalla dottrina³⁰, si attende ora una pronuncia della Corte, investita della questione dal Tar del Lazio, con la sentenza pronunciata il 21 gennaio 2008, alla quale si è fatto riferimento in precedenza³¹.

9 - Limiti numerici alla produzione di embrioni? La risposta delle legislazioni tedesca, spagnola e portoghese

A dispetto della apparenze, la disciplina contenuta nell'art. 14 l. 40/2004 non ha equivalenti nelle *leggi europee*.

a) In particolare sono solo apparenti le analogie, a questo proposito, tra la legge italiana e la legge tedesca, che pure stabilisce il divieto di trasferire più di tre embrioni per ciclo (§ 1 co. 1 n. 3) e il divieto di fecondare più oociti di quanti si intendono trasferire nel corso del singolo ciclo di trattamento (§ 1 co. 1 n. 5)³².

Nelle due leggi, alla formula *embrione* si attribuiscono infatti significati assai distanti l'uno dall'altro.

La *legge italiana* non contiene *nessuna definizione di embrione*, a dispetto della plurivocità di quel termine nel linguaggio biologico³³, e della difficoltà di uscire dall'equivoco anche sul piano

³⁰ Cfr., soprattutto, E. DOLCINI, *La legge sulla procreazione assistita: quali prospettive dopo il referendum*, cit., p. 105 ss.

³¹ Cfr. *supra*, 4.2.

³² Cfr. C. FLAMIGNI, *Fecondazioni, Svizzera e Germania fanno così. Un progetto legittimo per correggere la legge sulla fecondazione assistita*, in www.carloflamigni.it.

³³ Nella letteratura penalistica, sui diversi significati che le scienze medica e biologica assegnano al termine 'embrione' può vedersi G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, 2^a ed., 2006, p. 61 s.



dell'interpretazione sistematica³⁴. In ogni caso sembra vincente, nella lettura della legge, la tesi oggi propugnata dalla *Chiesa cattolica* (in passato i suoi orientamenti sono stati diversi³⁵), che colloca l'inizio della vita umana nel momento dell'*attivazione dell'oozita*³⁶: per la dottrina della Chiesa romana, l'embrione è uno di noi, ed esiste un embrione, cioè un uomo³⁷, fin dal primo contatto tra cellula-uovo e spermatozoo.

La *legge tedesca* - una legge che taluno vorrebbe ispirata ad una logica comune a quella che sta alla base della legge italiana - contiene invece una *definizione di embrione*, e la nozione che ne fornisce è decisamente più restrittiva di quella che si è affermata in Italia: per il legislatore tedesco di embrione può infatti parlarsi soltanto dopo la *fusione dei nuclei* (più correttamente il legislatore avrebbe dovuto fare riferimento all'*anfimissi*, cioè alla formazione di un unico patrimonio genetico, diverso da quelli dai quali ha avuto origine³⁸: ma si tratta solo di una imprecisione tecnica, che non mette in discussione la chiara scelta compiuta da quel legislatore).

La legge tedesca assicura dunque al prodotto del concepimento una *tutela meno oltranzista* di quella predisposta dalla legge italiana: o almeno di quella ricavabile dalla legge italiana se in tale sede si interpreta 'embrione' nell'accezione più ampia, comprensiva già dell'oozita attivato.

b) Un limite numerico - fissato in tre unità - relativo sia agli oociti che possono essere fecondati, sia ai preembrioni³⁹ che possono

³⁴ Per una proposta in questo senso, v. peraltro G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., p. 62.

³⁵ Basterà rammentare la tesi, ora tacitamente accantonata, che considera esistente un uomo solo in presenza dell'anima e assume che l'anima venga infusa solo in un corpo già formato. In proposito, con richiami a Tommaso d'Aquino e alla dottrina dell'ilomorfismo, cfr. C. FLAMIGNI, *La procreazione assistita*, 2002, p. 110. Cfr. inoltre G. SARTORI, *Embrione, anima e fede*, in *Corriere della Sera*, 2 gennaio 2006, in www.corriere.it.

³⁶ In questo senso viene interpretato il *Catechismo della Chiesa cattolica*, laddove (al n. 2274) afferma che "l'embrione, poiché fin dal concepimento deve essere trattato come una persona, dovrà essere difeso nella sua integrità, curato e guarito, per quanto è possibile, come ogni altro essere umano". Cfr. www.vatican.va. Non manca peraltro chi sottolinea che "la Chiesa Cattolica non esclude ... a priori che l'embrione sia persona, ma non lo afferma definitivamente": l'embrione - sia o no persona - andrebbe comunque trattato come persona. Cfr. L. VIOLONI, *L'embrione umano e la persona*, in www.unicatt.it.

³⁷ Cfr., ad esempio, una dichiarazione resa da alcuni membri del Comitato Nazionale di Bioetica, intitolata *Per noi l'embrione è già uomo*, che può consultarsi in www.comune.ferrara.it.

³⁸ Cfr. C. FLAMIGNI, *Fecondazione assistita e momento del concepimento*, cit., p. 13 ss.

³⁹ Per la nozione di 'preembrione' nell'ordinamento spagnolo, cfr. art. 1 co. 2 *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Si tratta del



essere trasferiti per ciascun ciclo di trattamento è stato presente in Spagna tra il 2003 e il 2006. Con la riforma del 2006, tuttavia, il limite imposto alla fecondazione degli oociti è stato soppresso; l'art. 3 co. 2 *Ley 14/2006* ribadisce ora il solo divieto di trasferire un numero di preembrioni superiore a tre per ciascun ciclo di trattamento. Si è pertanto reso necessario disciplinare *ex novo*, nell'ambito della legge del 2006, la crioconservazione di gameti e preembrioni (art. 11), per i quali si prevede che possano essere destinati, oltre che all'utilizzo da parte del coniuge, anche alla donazione per fini riproduttivi o alla donazione per fini di ricerca, nonché, ancora, che la loro conservazione possa cessare senza alcuna utilizzazione ulteriore (art. 11 co. 4).

c) La legge portoghese del 2006 (*Lei n. 32/2006, de 26 de Julho*), d'altro canto, affida integralmente al medico la determinazione del numero di oociti da inseminare in ciascun processo di fecondazione *in vitro*: come criteri ai quali ispirare tale scelta, la legge indica la situazione clinica della coppia e l'esigenza generale di prevenire gravidanze multiple (art. 24 co. 2). Quanto al numero degli embrioni, sarà quello "considerato necessario" (da parte del medico) "per la riuscita del trattamento, secondo la buona pratica clinica e i principi del consenso informato" (art. 24 co. 1). Per gli embrioni non trasferiti nel corso del primo ciclo di trattamento si prevede la crioconservazione, con possibilità per la coppia di chiederne il trasferimento nell'utero della donna entro tre anni, decorsi i quali gli embrioni potranno essere donati ad altra coppia che si trovi nelle condizioni indicate dalla legge per l'accesso alla *pma*, ovvero potranno essere destinati alla ricerca (art. 25).

10 - Il divieto di donazione di gameti ex art. 4 l. 40/2004, il diverso orientamento degli altri legislatori europei e il ruolo della dottrina cattolica nella scelta del legislatore italiano

Quale terzo punto, segnalo che in Italia, 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 altri termini, in Italia 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).

"gruppo di cellule risultante dalla divisione progressiva dell'oocita" dal momento della fecondazione sino al quattordicesimo giorno: di 'embrione' potrà dunque parlarsi solo a partire dal quindicesimo giorno.



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

La scelta di ammettere alla *pma* anche *donne sole* – compiuta da alcuni legislatori europei – implica, ragionevolmente, che si legittimi anche la donazione di gameti.

È quanto accade, ad esempio, in *Spagna*, dove nessun ostacolo viene opposto alla donazione di gameti (sia di spermatozoi, sia di oociti), e si ammette inoltre la donazione di preembrioni, facendone oggetto di una disciplina ampia e analitica (art. 5 l. 26 maggio 2006 n. 14)⁴⁰.

In *Germania* l'*Embryonenschutzgesetz* vieta la donazione di oociti (§ 1 co. 1 n. 1), ma consente che l'oocita venga inseminato con spermatozoi diversi da quelli del marito o del convivente: condizioni generali per l'accesso alla *pma* sono soltanto il consenso dell'uomo che fornisce lo spermatozoo e quello della donna che fornisce l'oocita (§ 4 co. 1 nn. 1 e 2).

D'altra parte, anche nei Paesi nei quali la *pma* è riservata alle *coppie sposate o conviventi* il problema della donazione di gameti viene per lo più risolto in senso affermativo.

In *Francia*, ad esempio, la coppia potrà ricorrere alla donazione di gameti (in assenza di specificazioni da parte del legislatore, potrà trattarsi sia di oociti, sia di spermatozoi) nei casi in cui la fecondazione assistita non potrebbe avere successo altrimenti, nonché nei casi in cui vi sia il rischio di trasmettere una malattia di particolare gravità al bambino o all'altro membro della coppia (art. L2141-7 *Code de la santé publique* - *Loi n° 2004-800 du 6 août 2004*). La legge francese (artt. L2141-4, L2141-5 e L2141-6) prevede espressamente anche la possibilità di una donazione di embrioni, sia pure nel quadro di una serie di particolari cautele (fra l'altro, in questo caso, a norma dell'art. L2141-10, il consenso – per il quale è sempre necessaria la forma scritta – deve essere prestato davanti a un giudice o a un notaio e deve essere seguito da un provvedimento dell'autorità giudiziaria).

Quanto al *Portogallo* – dove pure la fecondazione assistita è riservata a coppie sposate o conviventi (più precisamente, conviventi almeno da due anni) (art. 6 co. 1 l. 26 luglio 2006 n. 32) – già si è detto come la legge preveda la donazione di gameti: a norma dell'art. 10 co. 1, "si può ricorrere alla donazione di oociti, di spermatozoi o di embrioni quando, secondo le conoscenze medico-scientifiche obiettivamente disponibili, non si

⁴⁰ Va semmai sottolineato che nella prassi spagnola trovano spazio, più che la donazione, vere e proprie forme di compravendita di gameti: cfr. C. FLAMIGNI, *Il secondo libro della sterilità*, cit., p. 726.



possa ottenere una gravidanza attraverso tecniche che utilizzino gameti dei beneficiari e assicurino condizioni idonee a garantire la qualità dei gameti”.

Perché il legislatore italiano ha compiuto una scelta tanto eccentrica in materia di donazione di gameti?

Non credo che ci si possa appellare all’interesse ad un equilibrato sviluppo della personalità del concepito: manca qualsiasi verifica empirica di un pericolo qualificato per la personalità di chi venga concepito attraverso una donazione di gameti⁴¹.

Ritengo che la legge italiana rifletta soltanto, ancora una volta, 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*”⁴². D’altro lato, all’interno della Chiesa cattolica, c’è chi – mons. Elio Sgreccia, all’epoca presidente della *Pontificia Accademia per la Vita* – è arrivato a definire la procreazione assistita come una “*tecnica veterinaria di ausilio all’adulterio*”⁴³: muovendo da tale premessa, coerentemente si vedrà nella donazione di gameti uno degli aspetti più esecrabili della procreazione assistita⁴⁴.

11 - Le sanzioni nella legge n. 40/2004

Fermo l’attenzione, quale *quarto e ultimo punto*, sul trattamento sanzionatorio previsto, a presidio dei più disparati divieti, dalla l. 40 del 2004.

La legge fa ampio uso sia di *sanzioni amministrative* (pecuniarie o interdittive), sia di *sanzioni penali* (detentive, pecuniarie, interdittive): il loro tratto comune è una *inusitata severità*⁴⁵.

⁴¹ Cfr. C. FLAMIGNI, *A proposito di donazione di gameti*, in www.carloflamigni.it.

⁴² Così C. CAFFARRA, *La procreazione artificiale: riflessione etico-politica*, Ferrara, 16.9.1999, in www.caffarra.it.

⁴³ Cfr. P. ZANUTTINI, *Sulla procreazione, con questo governo non c’è terreno fertile*, in *Il Venerdì di Repubblica*, 30 giugno 2006, p. 49.

⁴⁴ Su posizioni antitetiche a quelle ora enunciate cfr. invece L. RISICATO, *Dal “diritto di vivere” al “diritto di morire”*, cit., p. 71, per la quale la «*fecondazione eterologa rappresenta ... il simbolo della diversità “meravigliosa e terribile” della procreazione artificiale rispetto alla fecondazione naturale: è la conferma che la paternità biologica e quella giuridico-sociale possono scindersi senza traumi in presenza di un pieno consenso della coppia*».

⁴⁵ Segnala il carattere «*draconiano*» delle pene previste dalla legge n. 40 del 2004 A. MANNA, *La tutela penale della vita in fieri*, cit., p. 351. Per una analoga sottolineatura cfr. da ultimo L. RISICATO, *Dal “diritto di vivere” al “diritto di morire”*, cit., p. 71, la quale auspica che, in sede di riforma della legge n. 40 del 2004, si rimeditino le cornici edittali di pena previste per tutti i reati descritti dalla legge: ciò in quanto il



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 (alla quale, come si è visto, viene spesso ricondotto in via interpretativa anche il prelievo di cellule dall'embrione per finalità diagnostiche) 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).

Un autentico *furore punitivo*.

Chi effettui una *sperimentazione su embrioni* umani (art. 13 co. 1 e 4 l. 40/2004), ad esempio, è punito con un massimo di reclusione (6 anni) superiore a quello (5 anni) previsto per l'*omicidio colposo* (art. 589 co. 1 c.p.) o per la *corruzione propria* (art. 319 c.p.).

La *produzione di embrioni per scopi di ricerca* (art. 13 co. 3 lett. a e co. 4 l. 40/2004) è più grave, agli occhi del nostro legislatore, del *sequestro di persona* (art. 605 c.p.): i due delitti sono puniti con la stessa pena massima (8 anni di reclusione), ma la pena minima è sensibilmente più elevata nel caso della produzione di embrioni a scopo di ricerca (2 anni e 1 giorno contro 6 mesi).

Ancora: chi *clona un essere umano* - ma, a ben vedere, si tratta di un reato a consumazione anticipata: basta realizzare un processo volto ad ottenere un essere umano da un'unica cellula di partenza (art. 12 co. 7 l. 40/2004) - merita, per il legislatore italiano, una pena enormemente superiore rispetto a chi con dolo cagiona un'*inondazione* o una *frana* ovvero la caduta di una *valanga* (art. 426 c.p.), ovvero cagiona un

trattamento sanzionatorio attuale è non di rado «sproporzionato alla natura dell'illecito e al grado di offensività della condotta».



naufragio o la *caduta di un aereo* (art. 428 c.p.): reclusione da 10 a 20 anni contro reclusione da 5 a 12 anni.

12 - Le scelte di politica sanzionatoria dei legislatori tedesco, portoghese e spagnolo

a) Di nuovo, un cenno alla *legge tedesca* sulla *pma*: una legge che, ribadisco, non di rado viene richiamata a conforto delle scelte compiute dal legislatore italiano del 2004.

Le molteplici ipotesi di reato contemplate in quella legge sono tutte punite - anche le ipotesi più gravi - alternativamente con pena detentiva (*Freiheitstrafe*) o con pena pecuniaria (*Geldstrafe*).

Per tutti i reati in materia di *pma* la *pena minima* è pari al minimo generale previsto nel codice penale tedesco per la pena pecuniaria, vale a dire *cinque tassi giornalieri* (da determinarsi, in ragione delle condizioni economiche del soggetto, fra 1 e 5.000 euro) (§ 40 co. 1 e co. 2 *StGB*): con la conseguenza che la pena minima spazia, a seconda della capacità economica del colpevole, tra 5 e 25.000 euro⁴⁶.

Quanto ai *massimi di pena*, in nessun caso la legge tedesca si spinge oltre i *cinque anni di pena detentiva*; ove il giudice opti per la pena detentiva, ha sempre la possibilità di applicarla entro il limite minimo generale previsto per quella pena (§ 38 co. 2 *StGB*), vale a dire nella misura di un mese.

Infine, l'unica sanzione pecuniaria amministrativa (*Geldbusse*) prevista nella *ESchG* - si tratta della sanzione contemplata nel § 12 della legge - per effetto della modifica apportata dal § 12 *Gesetz zur Umstellung von Gesetzen und andere Vorschriften auf den Gebiet des Gesundheitswesens auf Euro (Achtes Euro-Einführungsgesetz) vom 23. Oktober 2001* può raggiungere al massimo i 2.500 euro.

b) Se poi fermiamo l'attenzione sulla *legislazione portoghese*, emerge immediatamente come anche quel legislatore abbia scelto e dosato le sanzioni secondo una logica ben diversa da quella che ha

⁴⁶ Quanto alla prassi (in relazione a tutti i reati puniti con pena pecuniaria), va sottolineato che nella stragrande maggioranza dei casi i giudici tedeschi determinano il numero dei tassi di pena tra 16 e 90 (nel 2003 le condanne a pene comprese tra 91 e 180 tassi rappresentavano soltanto il 5% del totale, mentre le condanne a un numero di tassi compreso tra 181 e 360 erano pari allo 0,4%) e fissano l'ammontare di ciascun tasso tra 5 e 51 euro. Cfr. M. MIEDICO, *La pena pecuniaria, Disciplina, prassi e prospettive di riforma*, in corso di pubblicazione, cap. IV, II, Grafici 1 e 2. È del tutto plausibile supporre, quindi, che la linea mite adottata nell'*ESchG* nella comminatoria delle pene pecuniarie trovi piena conferma anche nella prassi giurisprudenziale.



ispirato il legislatore italiano. L'unico aspetto comune – peraltro del tutto estrinseco – riguarda la presenza nella legge portoghese del 2006, come nella legge italiana del 2004, di pene detentive, di sanzioni pecuniarie sia penali sia amministrative, nonché di sanzioni interdittive accessorie, comminate per illeciti penali e per illeciti amministrativi.

I livelli sanzionatori portoghesi sono però enormemente inferiori a quelli italiani. Il massimo di pena detentiva è rappresentato dagli otto anni previsti – come massimo – per chi applichi un trattamento di *pma* a persone di età inferiore a 18 anni (art. 35 l. 26 luglio 2006 n. 32) ovvero per chi raccolga materiale genetico senza il consenso della donna o dell'uomo o utilizzi materiale genetico così ottenuto in trattamenti di *pma* (art. 42 l. 32/2006). Quanto alla clonazione riproduttiva, è punita con la pena detentiva da uno a cinque anni (art. 36). A proposito delle pene pecuniarie, per gli illeciti penali l'ammontare spazia da 10 tassi giornalieri (*dias-de-multa*, secondo la formula del codice penale portoghese), minimo generale previsto nel codice penale (art. 47 co. 1 cod. pen.), fino a 240 tassi (artt. 37, 39 e 43 l. 32/2006), un limite inferiore rispetto al massimo generale, fissato dal codice penale portoghese a quota 360: e un tasso giornaliero vale, a norma dell'art. 47 co. 2 co. pen., da 1 a 498,80 euro. Quanto poi alla pena pecuniaria amministrativa (*coima*), è prevista in un ammontare compreso tra 10.000 e 50.000 euro e solo nei confronti delle persone giuridiche può raggiungere quota 500.000 euro (art. 44 l. 32/2006).

c) A proposito della *legge spagnola* sulla *pma*, basterà infine sottolineare come essa contempli soltanto pene pecuniarie e pene interdittive (art. 26 l. 26 maggio 2006 n. 14): mai pene detentive.

13 - La legge n. 40/2004: 'diritto penale del nemico' all'italiana?

Destinatario delle feroci sanzioni previste dalla legge italiana è il *medico* (nonché, accanto al medico, eventualmente, il biologo) che pratica il trattamento.

Le sanzioni non si indirizzano 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 punibilità⁴⁷: è il caso della fecondazione eterologa, della utilizzazione di

⁴⁷ A proposito di questa causa di non punibilità, v. 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 s., il quale sottolinea come essa realizzi un duplice obiettivo: libera i protagonisti più deboli e più sensibili della *pma* dal carico di sofferenze che comporterebbe l'intervento del diritto punitivo e promuove il



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 ora richiamate, potrà invece configurarsi per i pazienti una responsabilità a titolo di *concorso* (nel reato o nell'illecito amministrativo)⁴⁸: tale il caso, ad esempio, di chi - con successo - solleciti 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*), 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 soggetti⁴⁹: non cittadini, non persone, non uomini, bensì *nemici*, per i quali la pena può operare soltanto quale strumento di *neutralizzazione*.

medico al ruolo di garante delle regole del gioco procreativo voluto dal legislatore. Ritiene che la causa di non punibilità contribuisca a porre il medico (e la struttura) nella posizione di «*capri espiatori di un trattamento punitivo dai tratti emergenziali*» A. MANNA, *La tutela penale della vita* in fieri, cit., p. 352. In generale, sulla categoria delle 'cause personali di esclusione della punibilità' (o 'cause personali di non punibilità'), e sul relativo fondamento politico-criminale, cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., p. 313 ss.

⁴⁸ In generale, sulla disciplina del concorso nell'illecito amministrativo, che l'art. 5 l. 24 novembre 1981 n. 689 modella su quella del concorso di persone nel reato *ex artt.* 110 ss. c.p., 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.; S. VINCIGUERRA, *La riforma del sistema punitivo nella L. 24 novembre 1981, n. 689*, 1983, p. 73 s.; G. COLLA, G. MANZO, *Le sanzioni amministrative*, 2001, p. 301 ss.

⁴⁹ In lingua italiana, può vedersi 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. Nella letteratura italiana, cfr., tra gli altri, R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, 2008; M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in *Scritti per Federico Stella*, 2007, I, p. 79 ss.; M. DONINI, M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, 2007; L. FERRAIOLI, *Il "diritto penale del nemico" e la dissoluzione del diritto penale*, in *Questione giustizia*, 2006, p. 797 ss.; G. LOSAPPIO, *Diritto penale del nemico, diritto penale dell'amico, nemici del diritto penale*, in *Indice pen.*, 2007, p. 51 ss.; F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc.*



Il terreno di elezione del “diritto penale del nemico” è quello del contrasto al terrorismo (nonché, semmai, quello del contrasto alla criminalità organizzata comune). Non mancano però, da parte di chi propugna (o registra) quell’approccio, incursioni in altri settori della legislazione penale.

Ebbene, a scorrere la legge n. 40 del 2004 parrebbe 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*: almeno nel senso che per quel medico si prevede un trattamento sanzionatorio totalmente equilibrato nell’ordinamento, che calpesta una serie di principi costituzionali – *in primis*, il principio della rieducazione –, fino a prospettare al condannato, per alcune figure di illecito, una sorta di *morte civile*.

14 - O, piuttosto, un esempio di legislazione simbolica?

A dispetto di tali e tante minacce di pena, la legge n. 40 del 2004 latita tuttavia nei repertori di giurisprudenza penale. Questo fenomeno potrebbe far sorgere il dubbio che la legge italiana sulla *pma* viva soltanto sulla carta. Potrebbe trattarsi di uno dei molti esempi di legislazione penale simbolica: in altri termini, secondo la classica definizione di Peter Noll⁵⁰, di una legge che *a priori* miri non già ad influire sui fenomeni sociali, bensì esclusivamente a trasmettere messaggi morali.

Per approdare a tale conclusione, non basta però rilevare l’assenza di pronunce giurisprudenziali che irroghino le sanzioni previste dalla legge. Non si può escludere, infatti, che l’assenza di condanne sia in parte – magari in larga parte –, o addirittura in tutto, riconducibile a un generalizzato adeguamento ai precetti contenuti nella legge: è possibile che nessuno venga condannato per la perentoria ragione che nessuno viola i divieti, o che comunque questo accade in ipotesi quantitativamente trascurabili.

Rimane aperto, dunque, il quesito se la legge n. 40 del 2004 sia un mero manifesto ideologico o, viceversa, abbia sin qui ottenuto un generale rispetto da parte dei suoi destinatari, poco importa, in questa

pen., 2007, p. 470 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.

⁵⁰ Cfr. P. NOLL, *Gesetzgebungslehre*, 1973, p. 157 ss.



prospettiva, se persuasi della razionalità di quei precetti o se atterriti dalle sanzioni draconiane previste dalla legge.

La risposta passa necessariamente attraverso una verifica degli effetti prodotti dalla legge n. 40 del 2004 in questi primi anni di applicazione: se si trattasse di una legge simbolica, nulla dovrebbe essere mutato nella prassi; se qualcosa, o molto, è mutato nella prassi, e i mutamenti riguardano aspetti della *pma* direttamente o indirettamente investiti dalla disciplina legislativa, ciò significa che la legge è stata largamente osservata, senza bisogno dell'intervento del giudice penale.

15 - L'impatto sulla prassi della legge n. 40/2004

Un significativo quadro degli effetti prodotti dalla legge sulla prassi della *pma* può essere ricavato, da ultimo, dalla *Relazione del Ministro della salute* presentata al Parlamento il 30 aprile 2008⁵¹, che contiene dati aggiornati al 2006.

Dalla Relazione emergono: a) un significativo, perdurante calo delle *gravidanze* ottenute attraverso la *pma* rispetto alla fase antecedente alla legge (dal 2003 al 2005 le gravidanze per prelievo di oociti erano passate dal 24,8% al 21,2%: questa stessa percentuale è stata riscontrata nel 2006); b) l'attestarsi degli *esiti negativi* di tali gravidanze (prevalentemente, aborti spontanei) a livelli tuttora più alti (24,7%) rispetto al 2003 (23,4%); c) un costante incremento delle *gravidanze multiple* (trigemine o quadrigemine), salite nel 2006 al 3,5%, mentre nel resto dell'Europa rappresentano da tempo una quota inferiore all'1% e sono in progressiva diminuzione. Si aggiunga la continua crescita del numero delle *coppie italiane* che ogni anno si rivolgono a *centri clinici esteri*, quadruplicato tra il 2004 e il 2006.

Un quadro, dunque, tutt'altro che confortante. Anche se non mancano 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*"⁵². Risultati 'inaspettati', se ben intendo, nel senso di 'superiori alle aspettative': ma se i risultati che ho abbozzato sono

⁵¹ *Relazione del Ministro della salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita (legge 19 febbraio 2004, n. 40, articolo 15), anno 2007, anno di pubblicazione 2008, www.ministerosalute.it.*

⁵² Cfr. I. NAVA, *Una via italiana alla provetta. Intervista a Massimo Moscarini, Avvenire*, 12 giugno 2008.



superiori alle aspettative, mi domando quali risultati si attendesse dalla legge il prof. Moscarini.

16 - 'Viaggi dei diritti' e ruolo del medico italiano

Prima di concludere, ritorno sul tema dei c.d. *viaggi dei diritti*: su quel fenomeno, cioè, – come si è detto, in fortissima espansione – 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 – con tutta evidenza – di *forme di trattamento vietate in Italia*: donazione di gameti⁵³, produzione di embrioni in soprannumero con eventuale crioconservazione, surrogazione di maternità, nonché, almeno fino ieri, diagnosi preimpianto sull'embrione. E in tale fenomeno 'migratorio' non di rado ha un ruolo, di varia natura, anche un medico italiano.

17- - (Segue): A) Casi in cui può sorgere una responsabilità del medico italiano

a) Una responsabilità penale del medico italiano può prospettarsi, in primo luogo, 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 morale⁵⁴ del medico italiano in un reato che ha come autore il medico che opera nel centro estero: la legge penale italiana sarà

⁵³ Quanto alla donazione di gameti, non mi sentirei di escludere la possibilità di qualche violazione del divieto nel nostro Paese. Questa eventualità, d'altra parte, è stata presente allo stesso legislatore italiano, allorché, nell'art. 9 l. 40/2004, ha disciplinato alcuni tra i problemi che potrebbero porsi nel caso in cui taluno, in violazione della stessa legge, faccia ricorso alla fecondazione eterologa. Cfr. S. PATTI, *La fecondazione eterologa e l'evoluzione dell'ordinamento giuridico italiano tra giudice e legislatore*, in AA. VV., *La fecondazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi*, 2005, p. 121 ss., in particolare p. 132 s.

⁵⁴ Su questa forma di concorso di persone nel reato, nella quale il concorrente atipico esercita un'influenza causale sul fatto tipico realizzato da altri facendo nascere in quest'ultimo il proposito di commettere il reato ovvero rafforzando un proposito preesistente, cfr. per tutti G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., p. 359 s.



senz'altro applicabile⁵⁵, dovendosi considerare quel reato commesso in Italia, in quanto una parte della fattispecie concorsuale si è realizzata nel territorio dello Stato italiano⁵⁶.

È appena il caso di sottolineare che, a norma dell'art. 115 c.p., la responsabilità del medico italiano sorgerà soltanto a condizione che i pazienti, accogliendo il suo consiglio, si siano effettivamente rivolti a quel centro estero e qui abbiano ricevuto il trattamento vietato, sotto minaccia di pena, dalla legge italiana.

Ben diverse dalle ipotesi di concorso morale ora delineate sono le ipotesi riconducibili alla previsione dell'art. 12 co. 6 legge n. 40/2004, che vieta, tra l'altro, di pubblicizzare la commercializzazione di gameti o di embrioni ovvero la surrogazione di maternità. Vagliando il problema dell'eventuale responsabilità penale del medico italiano che consigli ai propri pazienti di recarsi presso un centro estero, si è affermato che *"l'indicazione di recarsi all'estero (che potrebbe essere intesa come pubblicizzazione di un centro clinico straniero), anche quando tale indicazione non viene seguita da accettazione del consiglio, integra comunque il reato de quo"*⁵⁷. A mio avviso, il consiglio fornito a singoli pazienti, nel corso di colloqui individuali, non è idoneo a integrare una condotta di 'pubblicizzazione': 'pubblicizzare' è infatti sinonimo di 'divulgare', formula che è presente in più di una disposizione penale (ad esempio, negli artt. 501 e 656 c.p.) e che, secondo la costante interpretazione fornita dalla giurisprudenza e dalla dottrina, esclude la comunicazione riservata a un numero determinato di persone⁵⁸. D'altro canto, l'oggetto

⁵⁵ Conf. G. BONGIORNO, *Interrogativi sugli illeciti puniti dalla legge n. 40 del 2004*, in A. CELOTTO, N. ZANON (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 81 ss., in particolare p. 82.

⁵⁶ In questo senso, pur sottolineandosi l'assenza nel codice penale di una disciplina espressa del *locus commissi delicti* per i casi in cui l'azione tipica venga realizzata in territorio estero e in Italia venga posta in essere una condotta di partecipazione, cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., p. 90. Nel codice penale è presente soltanto la disposizione dell'art. 6 co. 2, in base alla quale *"il reato si considera commesso nel territorio dello Stato, quando l'azione o l'omissione, che lo costituisce, è ivi avvenuta in tutto o in parte, ovvero si è ivi verificato l'evento che è la conseguenza dell'azione od omissione"*.

⁵⁷ Così G. BONGIORNO, *Interrogativi sugli illeciti puniti dalla legge n. 40 del 2004*, cit., p. 82.

⁵⁸ Con riferimento all'art. 12 co. 6 legge n. 40/2004, sottolinea che "pubblicizzazione" è sinonimo di "divulgazione" G. LOSAPPIO, *Procreazione assistita*, cit., *Nota introduttiva*, p. 2062: divulgare la commercializzazione di gameti significa infatti, secondo la definizione dell'A., *divulgare con ogni mezzo un messaggio che esplicitamente o allusivamente comunichi l'esistenza di una domanda o di una offerta di gameti o di embrioni*. Sul concetto di pubblicizzazione in relazione all'art. 501 c.p., nello stesso senso v. per tutti C. BACCAREDDA BOY, in E. DOLCINI, G.



del divieto di pubblicizzazione dettato dall'art. 12 co. 6 è assai circoscritto: riguarda soltanto la 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.

b) Potrà poi 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* (è presente nell'esperienza odierna la figura del ginecologo 'lavoratore frontaliero'). 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 punibili⁵⁹.

Se, dunque, in prima approssimazione, mi sembra che possa accreditarsi 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: consigliando o variamente assistendo i propri pazienti all'estero, il medico italiano talora concorre in reati o in illeciti amministrativi, che tuttavia non risulta siano sin qui affiorati in giurisprudenza.

18 - (Segue): B) Casi in cui non sorge alcuna responsabilità del medico italiano

a) Ho appreso che in Romania si eseguono fecondazioni *in vitro* con donazione di oociti addirittura senza bisogno che la coppia si rechi sul posto: il seme viene inviato per posta! Accade anche, talora, che l'embrione ottenuto nel laboratorio romeno arrivi in Italia (o altrove) con analoghe modalità e qui venga trasferito nell'utero della donna (con quali rischi, mi sembra inutile sottolineare).

Ora, il *medico italiano* che nel nostro Paese effettui il *trasferimento dell'embrione, o degli embrioni, prodotti all'estero* e successivamente importati in Italia non incorre, a mio avviso, in alcuna responsabilità, penale o amministrativa.

MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, 2^a ed., 2006, vol. II, *sub* art. 501, p. 3561.

⁵⁹ Che anche soggetti non punibili possano assumere il ruolo di concorrenti nel reato emerge in modo inequivoco dall'art. 112 co. 4 c.p., a norma del quale alcune circostanze aggravanti "si applicano anche se taluno dei partecipi al fatto... non è punibile".



In primo luogo, 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: per contro, 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.*⁶⁰: con tutta evidenza, l'embrione prodotto all'estero e ricevuto dal medico italiano non è cosa proveniente da delitto (semmai, proviene da illecito amministrativo).

b) Nessuna responsabilità penale, da ultimo, anche per il medico italiano che, operando presso un *centro estero di pma*, pratici un trattamento vietato in Italia, ma lecito secondo la legislazione del Paese ospitante, allorché destinataria del trattamento sia una *coppia* (italiana o straniera) *con la quale il medico italiano non abbia avuto precedenti contatti*: in particolare, una coppia che non sia stata indirizzata presso quel centro dallo stesso medico italiano.

Anche nell'ipotesi in cui la legge italiana configuri quel fatto come delitto e preveda una pena detentiva – è il caso, ad esempio, 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 italiana⁶¹. Trattandosi di delitto commesso all'estero, l'applicabilità della legge italiana è infatti 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 incriminazione⁶²: come si legge nei *Lavori preparatori del codice penale*⁶³, per l'applicabilità della

⁶⁰ A norma dell'art. 648 c.p., commette ricettazione chi "*fuori dei casi di concorso nel reato, ... al fine di procurare a sé o ad altri un profitto, ... riceve ... cose provenienti da un qualsiasi delitto*". Per una accurata disamina dei problemi interpretativi sollevati dalla formula "*cose provenienti da ... delitto*", v. nella più recente letteratura P. MAGRI, *I delitti contro il patrimonio mediante frode*, tomo II, 2007, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. VII, 2, p. 312 ss.

⁶¹ *Contra*, G. BONGIORNO, *Interrogativi sugli illeciti puniti dalla legge n. 40 del 2004*, cit., p. 82.

⁶² Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., p. 93 s.

⁶³ Cfr. *Lav. prep. Cod. pen. e Cod. proc. pen.*, vol. V., pt. I, 1929, p. 36.



legge penale italiana al delitto commesso all'estero "occorre che il fatto costituisca reato anche secondo la legge del luogo in cui fu commesso".

19 - Una 'legge di lotta contro' la procreazione assistita

Nell'insieme, la legge n. 40 del 2004 ha inciso profondamente sulla prassi della *pma*: le rilevazioni empiriche segnalano la presenza di tutti i guasti - nessuno escluso - che erano stati previsti dagli esperti durante i lavori preparatori della legge⁶⁴.

Non legge simbolica, bensì, alla prova dei fatti, legge cattiva: una legge contro la vita. Per effetto di quella legge, nascono meno bambini: e nascono meno bambini, fundamentalmente, perché la legge italiana ricalca un codice etico-religioso ostile alla *pma*.

Parlerei di legge cattiva, ma non, paradossalmente, di una cattiva legge: ritengo infatti che il legislatore del 2004 si sia posto come obiettivo - sia pure inconfessato - la lotta contro tecniche innaturali di ricerca della gravidanza.

Un autorevole penalista italiano, con implicito riferimento a questa legge, ha parlato di una finalità di tutela della 'dignità della procreazione', assumendo che la procreazione "debba consistere, per corrispondere alla dignità umana, in un atto relazionale degli individui generanti"⁶⁵.

Si tratta di una tesi da tempo presente nella bioetica cattolica. Ad esempio, il cardinal Caffarra scrive che requisito indispensabile per assicurare la dignità della procreazione, ovvero perché "l'attività che pone le condizioni necessarie e sufficienti del concepimento ... sia buona", è "un rapporto etero-sessuale fra un uomo e una donna"⁶⁶ - che il cardinal Caffarra vorrebbe inoltre uniti in matrimonio -.

Ma se affermazioni di questo tenore interpretano correttamente le istanze del legislatore italiano del 2004, non si tratta del

⁶⁴ Cfr. C. FLAMIGNI, A. BORINI, C. COTICCHIO, *Il parere della comunità scientifica internazionale sulla legge italiana sulla pma*, 2005, www.carloflamigni.it.

⁶⁵ Così L. EUSEBI, *Laicità e dignità umana nel diritto penale (pena, elementi del reato, biodiritto)*, in *Scritti per Federico Stella*, 2007, vol. I, p. 163 ss., in particolare p. 192 s. A proposito del concetto di dignità umana, quale «valore a forte connotazione etico-emozionale, ma al tempo stesso dal contenuto generico e indefinito: come tale potenzialmente disponibile ... a fungere da deus ex machina per la giustificazione di ogni incriminazione, rispetto alla quale non si sia in grado di individuare quale oggetto di tutela un bene giuridico più specifico», cfr. G. FIANDACA, *Scelte di tutela in materia di fecondazione assistita e democrazia laica*, cit., p. 343.

⁶⁶ C. CAFFARRA, *La dignità della procreazione umana*, Ferrara, 24 marzo 1999, in www.caffarra.it.



riconoscimento che la legge n. 40 si proponeva di ridurre al minimo il ricorso alla *pma*, in quanto questa tecnica attenterebbe alla dignità della procreazione?

Nella sostanza, la legge n. 40/2004 *non* ha la finalità di “*favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana*”, come proclamato solennemente nel suo esordio. È invece in via esclusiva una ‘*legge per la tutela dell’embrione*’ (un *Embryonenschutzgesetz*): come si è visto, è tale, a dispetto delle rubriche delle due leggi, in forma ancora più netta della legge tedesca.

Ma non si tratta solo di questo: la legge italiana è anche una ‘*legge di lotta contro*’ (*ein Gesetz zur Bekämpfung*, si direbbe in Germania) *la procreazione assistita*.