

## ATTUALITÀ

---

**VINCENZO TIGANO**

***Prospettive di riforma dei reati in materia di procreazione medicalmente assistita alla luce delle proposte del Gruppo di ricerca per la riforma dei reati contro la persona\****

Il contributo analizza le criticità della legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita con particolare riferimento all'irragionevole bilanciamento tra gli interessi costituzionali in gioco e allo sproporzionato ricorso allo strumento penale. Attraverso l'analisi delle proposte formulate dal Gruppo di ricerca per la riforma dei delitti contro la vita e l'integrità fisica, si cercherà di dimostrare come sia necessaria una complessiva riforma della normativa penale in materia, da un lato, attraverso la sostituzione del sistema vigente dei divieti assoluti con un modello di regolamentazione flessibile e, dall'altro, attraverso un consistente intervento di riduzione e di modifica delle fattispecie criminose attualmente in vigore, in armonia con le garanzie fondamentali del diritto penale.

*Prospects for reform of crimes in the field of medically assisted reproduction according to proposals of the Research group for reform of crimes against persons*

*The contribution analyzes critical issues of the Italian law on medically assisted procreation with particular reference to unreasonable balance between the constitutional interests at stake and disproportionate use of criminal sanctions. Through the analysis of the proposals formulated by the Research Group for the reform of crimes against life and physical integrity, we will try to demonstrate how an overall reform of the criminal law on this subject is necessary, though, on the one hand, the replacement of the current system of absolute prohibitions with a flexible regulatory model and, on the other hand, a substantial intervention to reduce and modify the current criminal offences, in harmony with the fundamental guarantees of criminal law.*

**SOMMARIO:** 1. Una ragionevole alternativa al sistema punitivo della legge n. 40/2004. - 2. La necessità di una definizione legislativa del concetto di "embrione" ai fini di una delimitazione dell'intervento penale in materia. - 3. Le criticità del delitto di sperimentazione sugli embrioni umani: le soluzioni correttive. - 4. Le ragioni a sostegno dell'introduzione delle fattispecie di lesioni embrionali e di embrionicidio. - 5. Il delitto di realizzazione della surrogazione di maternità: il deficit di determinatezza della fattispecie e le alternative proposte. - 5.1. Il reato di dissociazione della maternità. - 5.2. Il reato di contrattazione per fini procreativi. - 5.3. La collocazione della surrogazione di maternità nello spazio libero dal diritto penale. - 6. Conclusioni.

1. *Una ragionevole alternativa al sistema punitivo della legge n. 40/2004.* La proposta di articolato del Gruppo di ricerca sui reati dolosi contro la vita e l'integrità fisica, coordinato dai professori Roberto Bartoli e Antonio Vallini, vede il suo *incipit* nella prefigurazione di un nuovo complesso di delitti contro

l’embrione umano, il nascituro e la maternità, che porta la firma dello stesso Vallini, ma in cui emerge il dibattito sorto nel gruppo di lavoro intorno a quelli che innegabilmente restano dei temi a forte connotazione ideologica; dibattito sintetizzabile nel confronto tra chi sostiene l’esigenza, eticamente orientata, di una protezione assoluta dell’embrione umano e chi ritiene necessario, più laicamente, bilanciare gli interessi giuridicamente imputabili allo stesso con i diritti e le libertà costituzionali che affiorano come interessi antagonisti.

L’ideale opera di riforma ivi suggerita si colloca a valle dei numerosi interventi “demolitori” e manipolativi che la Corte costituzionale ha finora apportato sulla struttura della legge 19 febbraio 2004, n. 40, «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita», a seguito dei quali la stessa è rimasta monca di alcune importanti previsioni, alcune delle quali di carattere sanzionatorio<sup>1</sup>; e si traduce in una coraggiosa spinta verso la rimozione di alcuni perduranti ostacoli normativi all’esercizio delle libertà in materia, nell’ambito dei quali la tutela del concepito ha sovrastato ogni altro controinteresse in gioco, anche quando dotato di base costituzionale<sup>2</sup>. Sbilanciamento che – anche dopo i numerosi interventi di *restyling* della Consulta con cui è stata riaffermata la priorità della salute materna sulla tutela del concepito<sup>3</sup> – emerge in tutto il suo simbolismo nel caso in cui la tutela dell’embrione prescindere dalle reali *chances* di sopravvivenza dello stesso, a discapito delle esigenze di progresso della ricerca scientifica a fini terapeutici; e che suscita numerose perplessità anche laddove il contrasto riguardi il presunto diritto del nascituro a venire al mondo in un contesto

---

\* Testo rivisto della relazione tenuta a Padova il 28 ottobre 2021 nel corso del Convegno organizzato dall’Associazione italiana dei Professori di diritto penale in collaborazione con DiPLaP sulle proposte del Gruppo di ricerca per la riforma dei reati dolosi e preterintenzionali contro la vita e l’integrità fisica. L’articolato e le relazioni di accompagnamento sono pubblicati in <https://www.aipdp.it/aipdp-documenti/La-riforma-dei-delitti-contro-la-persona/Reati-dolosi-contro-la-vita-e-l-integrit-fisica-coordinatori-del-gruppo-proff-Roberto-Bartoli-e-Antonio-Vallini/>.

<sup>1</sup> Si veda: Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, sull’art. 14, commi 2 e 3; Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, sugli artt. 4, comma 3, 9, commi 1 e 3, e 12, comma 1; Corte cost., 5 giugno 2015, n. 96, sugli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1; Corte cost., 11 novembre 2015, n. 229, sull’art. 13, comma 3, lett. b).

<sup>2</sup> Tra le sentenze di rigetto della Consulta, si segnalano in particolare Corte cost., 13 aprile 2016, n. 84, sugli artt. 6, comma 3, e 13, comma 1; Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, sugli artt. 5 e 12, comma 2.

<sup>3</sup> La Corte costituzionale, quasi cinquanta anni fa, aveva già rilevato che «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell’embrione che persona deve ancora diventare»: Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27.

familiare “tradizionale”, bigenitoriale ed eterogenitoriale, e la contrapposta libertà procreativa degli aspiranti genitori, che trova fondamento negli artt. 2, 3, 31 e 32 della Costituzione.

Le proposte formulate nell’articolato tentano efficacemente di trovare dei rimedi a tali criticità attraverso un’ideale opera di riduzione e razionalizzazione delle fattispecie incriminatrici a tutela dell’embrione, a cui sono state accostate altre figure illecite – alcune delle quali omologhe a quelle attualmente previste dalla legge 40 – poste a protezione dell’identità genetica del nascituro, della titolarità di gameti ed embrioni, e della maternità.

2. *La necessità di una definizione legislativa del concetto di “embrione” ai fini di una delimitazione dell’intervento penale in materia.* La più imponente e persistente criticità della legge 40 riguarda la mancata introduzione di una definizione legislativa del concetto di embrione umano, entità che costituisce sia l’oggetto materiale della maggior parte dei delitti previsti dalla legge sia il centro soggettivo di imputazione del bene giuridico dagli stessi tutelato (la salute, la vita e la dignità dello stesso), e la cui interpretazione, in senso più o meno ampio, non può che influenzare l’individuazione del campo di applicazione delle medesime fattispecie incriminatrici. In tal senso, mentre secondo correnti di stampo prevalentemente cattolico l’embrione sarebbe da intendersi come il prodotto del concepimento fin dall’iniziale momento dell’incontro dei gameti maschili e femminili, così attribuendosi la massima estensione applicativa ai reati posti a sua tutela<sup>4</sup>, secondo correnti più laiche, e tendenti ad assecondare una ragionevole estensione della tutela dei controinteressi connessi a queste pratiche, l’inizio dell’esistenza dell’embrione può essere posticipata a stadi evolutivi successivi (cd. teorie posticipative) – alternativamente individuati nella fusione del corredo cromosomico dei due gameti (momento a partire dal quale

---

<sup>4</sup> Nella dottrina penalistica, si vedano ROMANO, *Legislazione penale e tutela della persona umana (Contributo alla revisione del Titolo XII del Codice penale)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 70; RIZ, *Bioetica - Fivet - Clonazione. Tutela della persona e della vita*, in *Ind. pen.*, 2000, 463; MANTOVANI, *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, in *Leg. pen.*, 2005, 330; EUSEBI, *La vita individuale precoce: soltanto materiale biologico?*, in *Leg. pen.*, 2005, 359.

potrebbe parlarsi di “zigote”)<sup>5</sup>, nella comparsa della cd. “stria primitiva”<sup>6</sup>, nella formazione del sistema nervoso centrale<sup>7</sup> o nell’organogenesi<sup>8</sup> -, in tal modo giungendosi ad escludere che le condotte realizzate sul prodotto del concepimento prima di tali fasi di sviluppo possano essere sussunte nel fatto tipico delle fattispecie poste a tutela dell’embrione. Il problema non è stato finora mai posto dinnanzi agli alti organi giudiziari nazionali, per cui, nel silenzio della legge, la giurisprudenza ha adottato un’interpretazione estensiva del concetto, tendendo implicitamente a considerare l’embrione come il prodotto del concepimento fin dal suo primo istante e inibendo, così, ogni concreto tentativo di ridimensionamento della portata applicativa delle proibizioni della legge 40. È interessante notare come persino l’ordinamento tedesco - contraddistinto da un rigore ideologico che ha avuto riflesso nell’introduzione di norme che, similmente alle nostre, hanno conferito assoluta priorità alla protezione del concepito - presenta una disposizione che traccia il concetto di embrione umano, individuando il momento iniziale del suo venire in essere in una fase successiva a quella del concepimento: l’art. 8 dell’*Embryonenschutzgesetz* definisce

---

<sup>5</sup> Si tratta della cd. teoria della “singamia”, talvolta definita come fusione dei due pronuclei, alla cui stregua l’inizio della vita embrionale può essere identificata nella formazione dello zigote. Tra i principali propugnatori di questa tesi, si veda FLAMIGNI, *Fecondazione assistita e momento del concepimento*, in *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, a cura di Celotto-Zanon, Milano, 2004, 11 ss., che ha recepito l’omologa enunciazione di Adriano Bompiani, ma che tuttavia critica l’accezione del termine “singamia” nel senso da ultimo indicato (fusione dei “pronuclei”). Nella dottrina penalistica, in tale direzione, si vedano DOLCINI, *Embrione, pre-embrione, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 470 ss.; ID., *Fecondazione assistita e diritto penale*, Milano, 2008, 111; nonché RISCATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 679; ID., *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell’esperienza penalistica*, Torino, 2008, 69.

<sup>6</sup> Si tratta, cioè, della formazione dell’asse caudale, da cui poi si originerà la spina dorsale. In tale direzione, FORD, *When did I begin? Conception of the human individual in history, philosophy and sciences*, Cambridge, 1989, 172; MORI, *La tutela del pre-embrione formato “in vitro”*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 1435; ID., *Come, quanto e perché tutelare il pre-embrione formato in vitro*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 395. Nella dottrina penalistica, così MEZZETTI, *Le manipolazioni genetiche dalla deregulation legislativa all’intervento normativo invasivo*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 320.

<sup>7</sup> Così GOLDENING, *The brain-life theory: towards a consistent biological definition of humaneness*, in *Journal of medical ethics*, 1985, 11, 198 ss.; nonché SHEA, *Embryonic life and human life*, in *Journal of medical ethics*, 1985, 11, 205 ss.

<sup>8</sup> Si veda DONCEEL, *A liberal catholic’s view*, in *Abortion in a changing world*, vol. I, ed. by R. Hall, New York, 1970, 40.

“embrione” «l’ovulo umano fecondato e vitale fin dal momento della cariogamia», ossia della fusione dei due pronuclei, in un segmento temporale successivo all’attivazione dell’oocita, «ed inoltre ogni cellula totipotente che, in presenza delle condizioni necessarie, sia in grado di dividersi e di svilupparsi per dare origine a un individuo». Non si tratta, peraltro, dell’unico formale intervento di “posticipazione” dello stadio iniziale dell’embrione umano, rinvenibile nell’ambito delle legislazioni europee, riscontrandosi diverse altre definizioni normative che si sono mosse lungo tale direzione in altri ordinamenti vicini al nostro<sup>9</sup>.

Ispirandosi sia a tali slanci del legislatore straniero, sia a consolidate posizioni scientifiche e giuridiche che già da tempo sostengono la necessità di individuare l’inizio dell’esistenza dell’embrione nel momento della formazione di un unico patrimonio genetico in grado di conferirvi individualità e autonomia rispetto a quello genitoriale<sup>10</sup>, l’articolato ha suggerito al legislatore italiano una strada per ovviare alla lacuna della legge, stabilendo che «*Ai fini della legge penale, è embrione umano un organismo ai primi stadi di sviluppo, successivi alla cariogamia, appartenente alla specie umana e dotato della intrinseca capacità,*

---

<sup>9</sup> Per restare nel contesto europeo, si pensi anche alla legge spagnola (*Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, in <http://noticias.juridicas.com>), che all’art. 1, comma 2, stabilisce che per “preembrione” si intende «il gruppo di cellule risultanti dalla divisione progressiva dell’ovocita dal momento della sua fecondazione e fino ai quattordici giorni successivi», per cui è implicito che di “embrione” si possa parlare soltanto a partire dal quindicesimo giorno dalla fecondazione; alla legge svizzera (Legge federale, 18 dicembre 1998, n. 810.11, concernente la procreazione con assistenza medica, in [www.admin.ch](http://www.admin.ch)), che delinea, all’art. 2, lett. h) e i), la differenza concettuale tra ovocita impregnato ed embrione, definendo il primo come «ovocita fecondato prima della fusione dei nuclei», il secondo come il «frutto risultante dopo la fusione dei nuclei e fino alla conclusione dell’organogenesi»; alla legge britannica (*Human Fertilization and Embriology Act 1990*, così come riformata dallo *Human Fertilization and Embriology Act 2008*, in <https://www.legislation.gov.uk>), che riferisce, all’art. 1, comma 1, il concetto di “embrione” all’embrione umano vivo, identificabile nell’ovocita in fase di fecondazione o che sta subendo qualsiasi altro processo in grado di dare origine a un embrione, pur tenendo conto che l’accezione ristretta del concetto è adeguatamente compensata dalla presenza di un sistema di norme e divieti di tipo elastico, in cui la maggior parte delle condotte tipicamente attuabili nel contesto dell’assistenza medica alla procreazione è lecita se autorizzata dalla competente *Authority*. Per una disamina della disciplina penale della procreazione medicalmente assistita nel Regno Unito, si consenta il rinvio a TIGANO, *I limiti dell’intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella PMA*, Torino, 2019, 81 ss.

<sup>10</sup> Si veda *supra*, nota 5.

*indipendente da ulteriori interventi tecnici, di svilupparsi in uomo se destinato alla gestazione»<sup>11</sup>.*

Se la definizione contenuta nell'articolato venisse effettivamente recepita dal legislatore, tutte le norme incriminatrici poste a tutela dell'embrione andrebbero necessariamente interpretate in senso restrittivo, finendo per punire unicamente le condotte realizzate sullo zigote, mentre il prodotto del concepimento nelle fasi anteriori alla fusione del corredo genetico genitoriale potrebbe essere oggetto di azioni non coperte dai divieti e dalle relative sanzioni penali. Si potrebbe così circoscrivere l'ingresso del diritto penale nel campo delle libertà e dei diritti coinvolti dagli interventi di procreazione medicalmente assistita (P.M.A.), secondo il principio di *extrema ratio*<sup>12</sup>, dando modo agli stessi di venire esercitati entro uno spazio di ragionevole bilanciamento con i diritti attribuibili all'embrione.

*3. Le criticità del delitto di sperimentazione sugli embrioni umani: le soluzioni correttive.* La ricerca scientifica sulle cellule staminali embrionali è, tra le libertà costituzionali coinvolte dalle tecniche di fecondazione artificiale, quella che più di ogni altra ha subito limitazioni a causa della mancanza di una definizione legislativa del concetto di "embrione".

La sperimentazione sugli embrioni umani è vietata dal primo comma dell'art. 13, e punita con la reclusione da due a sei anni e con la multa da 50.000 a 150.000 euro (comma 4), oltre che con la sanzione accessoria della sospensione da uno a tre anni dall'esercizio della professione sanitaria (comma 5). Interpretare il termine "embrione" secondo la predetta accezione estensiva

---

<sup>11</sup> Ma si veda l'opinione dissenziente di EUSEBI, *Note a margine delle proposte in tema di procreazione medicalmente assistita - tutela dell'embrione - tutela dell'identità genetica - interruzione di gravidanza*, Relazione di accompagnamento n. 2-bis alla proposta di articolato del Gruppo di ricerca sui reati dolosi contro la vita e l'integrità fisica, 36-37, secondo cui anche una definizione "posticipativa" dell'embrione umano porterebbe con sé il rischio di derive ideologiche: «se, dunque, non si vogliono fare affermazioni sul pieno riconoscimento della realtà umana dalla fecondazione, non se ne devono fare (laicamente) nemmeno in senso opposto».

<sup>12</sup> Sull'*extrema ratio* come criterio guida nell'auspicabile riforma degli illeciti in materia di P.M.A. si veda VALLINI, *Appunti de iure condendo in tema di procreazione medicalmente assistita - tutela dell'embrione - tutela dell'identità genetica*, Relazione di accompagnamento n. 1 alla proposta di articolato del Gruppo di ricerca sui reati dolosi contro la vita e l'integrità fisica, 8.

finirebbe, dunque, per precludere qualunque intervento di ricerca sul prodotto del concepimento, in tal modo conferendo una tutela assoluta alla salute del concepito e al contempo comprimendo del tutto la libertà della ricerca scientifica, che trova fondamento costituzionale negli artt. 9 e 33 e, nei casi in cui sia finalizzata al rinvenimento di cure o terapie basate sull'utilizzo delle cellule staminali embrionali, anche nell'art. 32 della Legge fondamentale. Soprattutto tenendo conto dei possibili benefici sanitari della ricerca, appare estremamente rigorosa, e a tratti irragionevole, la formulazione di una fattispecie in termini talmente ampi e onnicomprensivi, da consentire di includere nel suo oggetto materiale sia il prodotto del concepimento fin dal suo primissimo stadio, in cui la sperimentazione potrebbe avvenire in tempi e con modalità tali da non precludere la rigenerazione delle cellule totipotenti prelevate, e da non comportare così un concreto pericolo per la sopravvivenza del concepito, sia gli embrioni irreversibilmente malati e quindi non più utilizzabili in un percorso procreativo<sup>13</sup>.

Si tratta di una norma incriminatrice rimasta in vigore secondo la sua previsione originaria, nonostante la Corte costituzionale<sup>14</sup> - e in un caso persino la Corte di Strasburgo<sup>15</sup> - sia stata chiamata a pronunciarsi sulla ragionevolezza della scelta legislativa di precludere ogni sperimentazione sugli embrioni «*che non sia finalizzata alla tutela dell'embrione stesso*», e cioè per scopi di ricerca scientifica; censura non accolta<sup>16</sup> in virtù della proclamata preminenza della dignità della vita dell'embrione rispetto a qualunque altro controinteresse<sup>17</sup>, a

<sup>13</sup> Sulla questione si veda TIGANO, *La rilevanza penale della sperimentazione sugli embrioni tra la tutela del diritto alla vita e la libertà della ricerca scientifica*, in *Ind. pen.*, 2011, 150 ss.

<sup>14</sup> Corte cost., 13 aprile 2016, n. 84, cit.

<sup>15</sup> Corte EDU, G.C., 27 agosto 2015, *Parrillo c. Italia*, ric. 46470/11.

<sup>16</sup> V. Corte cost., 13 aprile 2016, n. 84, cit.: «*l'utilizzo e la manipolazione dell'embrione umano, come oggetto di ricerca, implicherebbe la sua distruzione in evidente contrasto con l'idea che esso possa essere considerato come un soggetto che ha fin dall'inizio la dignità di persona*» (§ 11); per cui «*il vulnus alla tutela della dignità dell'embrione (ancorché) malato, quale deriverebbe dalla sua soppressione tamquam res, non trova [...] giustificazione, in termini di contrappeso, nella tutela di altro interesse antagonista*» (§ 8.2.). Invece, Corte EDU, 27 agosto 2015, *Parrillo c. Italia*, cit., non ha preso espressamente posizione sulla titolarità di un diritto alla dignità o alla vita dell'embrione, limitandosi a rilevare che esiste un collegamento tra la protezione dell'embrione e la tutela delle istanze morali, dei diritti e della libertà di «altri» soggetti, e astenendosi da qualunque valutazione «sul fatto che la parola «altri» - menzionata nel paragrafo 2 dell'art. 8 C.E.D.U. - «possa essere estesa agli embrioni umani» (§ 167 ss.).

<sup>17</sup> In tal senso, potrebbe attribuirsi alla dignità della vita dell'embrione la dimensione ontologica di «diritto-

prescindere dalla circostanza che il primo sia ancora destinabile a un progetto di procreazione. Questo aprioristico rifiuto di sindacare le scelte del legislatore e di esercitare il giudizio di ragionevolezza attraverso il bilanciamento tra gli interessi in gioco nel settore della sperimentazione sull'embrione, conferma che, in questo particolare ambito, il ricorso alla sanzione penale sia risultato funzionale ad accogliere le istanze di chi ritiene indiscutibile la preminenza spettante alla tutela degli embrioni *in vitro*, rifiutando pertanto ogni distinzione di valore tra quelli che abbiano effettive *chances* di svilupparsi nel percorso gestazionale e quelli comunque destinati a estinguersi. Scelta la cui razionalità sembra vacillare se si rifletta anche sulla circostanza che le suddette pretese di assolutezza di tutela non sono state supportate né dalla previsione di una pena detentiva di entità tale da consentire di prescindere dalla richiesta del Ministro della giustizia ai fini della perseguibilità del reato in caso di realizzazione all'estero<sup>18</sup>, né dall'introduzione di una connessa fattispecie di importazione di cellule staminali prelevate in uno Stato straniero<sup>19</sup>.

Verso un'apertura alla libertà della ricerca scientifica in questo settore pare muoversi la proposta di riforma, che consente di affrontare la questione della liceizzazione della sperimentazione sotto tre diverse possibili prospettive.

La prima si evince dal testo dell'articolato e si fonda implicitamente sull'abrogazione del delitto di sperimentazione e sull'opportuna valorizzazione di una nuova fattispecie incriminatrice di "lesioni embrionali", attraverso cui punire «*Salvo che il caso costituisca più grave reato, chiunque, al di fuori dei casi disciplinati dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita e sulla interruzione volontaria di gravidanza, danneggia un embrione umano*». Quest'ultima, costruita come reato di evento a forma libera<sup>20</sup>, consentirebbe di punire

---

tiranno". Sul concetto di "tirannia della dignità", si veda NEUMANN, *Die Tyrannei der Würde*, in *ARSP - Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1998, 2, 153 ss.

<sup>18</sup> Cfr. PELISSERO, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale*, in *Dir. pen. cont.*, 2021, 2, 33-34.

<sup>19</sup> Sulla questione si veda DOLCINI, *Ricerca su cellule staminali embrionali importate dall'estero e legge penale italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 450 ss.

<sup>20</sup> Allo stesso modo di quanto poteva affermarsi in relazione al reato di danneggiamento previsto dall'art. 635, comma 1, c.p., prima della riforma apportata dal d.lgs. 19 gennaio 2016, n. 7: così MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, *Delitti contro il patrimonio*<sup>8</sup>, Padova, 2021, 139.



chiunque, in qualsiasi modo, cagioni un danno all'embrione, potendo dunque trovare applicazione anche nel contesto della realizzazione di condotte sperimentali particolarmente invasive sullo stesso. Si giungerebbe, così, a circoscrivere ragionevolmente l'intervento del diritto penale alla repressione dei risultati effettivamente lesivi per l'embrione, senza per questo impedire l'esercizio della libertà costituzionale della ricerca scientifica, qualora attuata mediante metodiche applicative non pregiudizievoli per la sua integrità. Sul piano dogmatico, poi, la scelta di ricorrere a una fattispecie di danno consentirebbe di superare ogni criticità relativa all'anticipazione della tutela penale sottesa al delitto di sperimentazione sull'embrione, formulato come reato di pericolo presunto (posta l'individuazione del bene giuridico protetto nella vita embrionale)<sup>21</sup>, pur in assenza di una legge scientifica in grado di dimostrare, secondo l'*id quod plerumque accidit*, che qualunque atto invasivo condotto sullo stesso possa pregiudicare la sopravvivenza<sup>22</sup>.

La seconda prospettiva presuppone la permanenza dell'attuale fattispecie di sperimentazione sugli embrioni, pur non riprodotta nella proposta di articolato, e si fonda sulla già analizzata definizione "ristretta" di embrione, la cui introduzione potrebbe consentire di sperimentare sul cd. pre-zigote<sup>23</sup>. In tale direzione, proprio in rapporto al contesto degli interventi di sperimentazione, la relazione di accompagnamento n. 1 alla proposta di articolato, anch'essa redatta da Vallini, sottolinea come nel concetto normativo di embrione non andrebbero ricomprese nemmeno quelle entità biologiche prive di una capacità

---

<sup>21</sup> In tal senso, si consenta il rinvio a TIGANO, *La rilevanza penale della sperimentazione sugli embrioni tra la tutela del diritto alla vita e la libertà della ricerca scientifica*, cit., 141 ss. *Contra* VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino, 2012, 254, secondo cui la fattispecie non sarebbe diretta a tutelare l'incolumità o la vita dell'embrione, ma la dignità (dell'embrione o, più probabilmente, del genere umano), offesa da «forme di strumentalizzazione impropria dei processi vitali umani».

<sup>22</sup> Invero, affinché possa dirsi verificato un pericolo per la vita dell'embrione, occorrerebbe tenere conto delle modalità esecutive dell'intervento e dello stadio evolutivo raggiunto dal concepito. Se si volesse mantenere in vita l'attuale delitto di sperimentazione sugli embrioni, sarebbe dunque ragionevole includere il pericolo per la vita embrionale tra gli elementi costitutivi della fattispecie, secondo lo schema del reato di pericolo concreto. Sul punto, si consenta il rinvio a TIGANO, *La rilevanza penale della sperimentazione sugli embrioni tra la tutela del diritto alla vita e la libertà della ricerca scientifica*, cit., 143 ss.

<sup>23</sup> Cfr. VALLINI, *Appunti de iure condendo in tema di procreazione medicalmente assistita - tutela dell'embrione - tutela dell'identità genetica*, Relazione di accompagnamento n. 1, cit., 19.

intrinseca di svilupparsi nel contesto di una gestazione umana, ma necessitanti di ulteriori manipolazioni o sollecitazioni a tal fine, come il partenope o lo pseudo-zigote ottenuto mediante clonazione nucleare, sui quali, quindi, sarebbe pure lecito sperimentare; presa di posizione che trae esplicitamente spunto da quanto stabilito nel 2014 dalla Corte di giustizia UE nell'ambito dell'interpretazione della Direttiva 98/44/CE sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche<sup>24</sup>.

Anche la terza prospettiva non trova esplicita traccia nell'articolato, ma affonda le sue radici nella soluzione prospettata in via generale nella relazione di accompagnamento n. 1 come alternativa al modello rigido del divieto assoluto, presidiato dalla sanzione penale in caso di inosservanza: il sistema di regolazione tramite procedimentalizzazione, attraverso cui subordinare la valutazione di liceità dell'intervento di sperimentazione embrionale al rispetto di una serie di condizioni procedurali previamente stabilite dalla legge e/o al parere positivo di un'autorità amministrativa *ad hoc*<sup>25</sup>, così come rispettivamente previsto nell'ordinamento spagnolo<sup>26</sup> e in quello britannico<sup>27</sup>. Sotto il profilo

---

<sup>24</sup> Corte giust. UE, G.C., 18 dicembre 2014, *International Stem Cell c. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, C-364/13, § 38: «L'articolo 6, paragrafo 2, lettera c), della direttiva 98/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 luglio 1998, sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, deve essere interpretato nel senso che un ovulo umano non fecondato il quale, attraverso la partenogenesi, sia stato indotto a dividersi e a svilupparsi, non costituisce un "embrione umano", ai sensi della suddetta disposizione, qualora, alla luce delle attuali conoscenze della scienza, esso sia privo, in quanto tale, della capacità intrinseca di svilupparsi in essere umano, circostanza che spetta al giudice nazionale verificare». Si veda VALLINI, *Appunti de iure condendo in tema di procreazione medicalmente assistita - tutela dell'embrione - tutela dell'identità genetica*, Relazione di accompagnamento n. 1, cit., 18-19.

<sup>25</sup> Cfr. VALLINI, *Appunti de iure condendo in tema di procreazione medicalmente assistita - tutela dell'embrione - tutela dell'identità genetica*, Relazione di accompagnamento n. 1, cit., 18.

<sup>26</sup> L'art. 15 della *Ley* n. 14/2006 prescrive che la sperimentazione sui preembrioni soprannumerari residuati da tecniche di procreazione assistita è autorizzata a condizione che vi sia il consenso scritto della coppia o della donna ricorrente, che il preembrione sia giunto a uno stadio di sviluppo non superiore a quattordici giorni dalla fecondazione dell'ovocita, che gli interventi di ricerca siano realizzati da *équipes* specializzate presso centri autorizzati, che tali interventi si realizzino sulla base di progetti debitamente presentati e autorizzati dall'autorità sanitaria competente.

<sup>27</sup> L'*HFE Act* del 1990, all'art. 3, prevede che nessuno può utilizzare un embrione se non in presenza di una licenza dell'apposita Autorità amministrativa (*HFE Authority*) e con il consenso dei soggetti da cui esso derivi (Appendice 3), fermo il divieto di autorizzare l'uso di embrioni dopo la comparsa della stria primitiva. Il rilascio della licenza è subordinato alla condizione che la ricerca scientifica in cui utilizzare l'embrione persegua uno degli obiettivi alternativamente indicati nell'Appendice 2, tra cui figura quello di sviluppare trattamenti sanitari per le patologie gravi.

sanzionatorio, si potrebbe garantire il rispetto di tale sistema procedimentale attraverso la previsione di illeciti amministrativi punitivi o penali *stricto sensu*, nei quali la tutela immediata della funzione amministrativa risulti strumentale alla protezione dei beni giuridici “finali” che vengono in gioco in tali contesti situazionali, come l’incolumità e la vita dell’embrione, o anche la libertà individuale dei soggetti da cui il concepito derivi geneticamente, nel caso in cui tra le condizioni da osservare venga prevista anche la ricezione del consenso di costoro<sup>28</sup>.

Infine, nell’articolato vengono previste come fattispecie autonome alcuni dei reati che la legge 40 già contempla come aggravanti del delitto di sperimentazione embrionale<sup>29</sup>: l’illecita generazione di embrioni<sup>30</sup>, l’ectogenesi<sup>31</sup> e l’alterazione genetica<sup>32</sup>. Queste fattispecie, come può evincersi anche dalla loro collocazione sistematica all’interno dell’articolato, sarebbero dirette a tutelare la dignità dell’embrione<sup>33</sup> - rispettivamente concretizzabile nella non

<sup>28</sup> Va rilevato che la libertà individuale dei soggetti da cui i gameti e gli embrioni derivano geneticamente ha ricevuto autonoma considerazione in seno all’articolato, come bene protetto dalle fattispecie contro la titolarità di gameti ed embrioni umani. Si tratta, specificamente, del delitto di traffico e commercio e di quello di uso arbitrario di gameti ed embrioni. Si veda VALLINI, *Appunti de iure condendo in tema di procreazione medicalmente assistita - tutela dell’embrione - tutela dell’identità genetica*, Relazione di accompagnamento n. 1, cit., 16-17, secondo cui «in quest’ambito, invero, entrano in gioco interessi che vanno al di là di quello soltanto alla autodeterminazione in ambito sanitario, ma riguardano proiezioni profonde della personalità».

<sup>29</sup> Il delitto di clonazione riproduttiva, anch’esso previsto nel testo dell’articolato, è invece attualmente formulato nel settimo comma dell’art. 12 della legge 40, rubricato “Divieti generali e sanzioni”.

<sup>30</sup> Con la delineata fattispecie di “Illecita generazione di embrioni”, si mira a punire «*Chiunque genera uno o più embrioni umani per fini diversi dalla gestazione*». La produzione di embrioni a fini di ricerca, sperimentazione o comunque per scopi extraprocreativi è attualmente incriminata dall’art. 13, comma 3, lett. a), della legge 40.

<sup>31</sup> Con la delineata fattispecie di “Ectogenesi e generazione extramaterna”, si suggerisce di punire «*Chiunque impianta un embrione umano in un corpo animale o in un corpo umano maschile, oppure lo colloca in una macchina, al fine, anche soltanto sperimentale, della gestazione*». Gli interventi di ectogenesi, sia a fini procreativi sia a fini di ricerca, sono *de iure condito* puniti dall’art. 13, comma 3, lett. c), della legge 40, dove tuttavia - a differenza di quanto si rinviene nell’articolato - è assente una definizione legislativa degli stessi.

<sup>32</sup> Con la delineata fattispecie di “Alterazione genetica” embrionale, si propone di punire «*Chiunque, per fini non terapeutici, e con esclusione dei casi di diagnosi e selezione preimpianto disciplinati dalla legge, altera o predetermina il patrimonio genetico di un embrione umano destinato alla gestazione, anche intervenendo sui gameti utilizzati per la generazione dell’embrione stesso*». Gli interventi diretti ad alterare o a predeterminare il patrimonio genetico dell’embrione o del gamete sono attualmente incriminati dall’art. 13, comma 3, lett. b), congiuntamente alla selezione a scopo eugenetico di gameti ed embrioni.

<sup>33</sup> Nonostante nell’inquadramento sistematico dei delitti proposto nell’articolato non venga menzionato il

strumentalizzabilità dello stesso per scopi extraprocreativi, nella sua collocabilità nell'ambito di percorsi gestazionali esclusivamente umani, o nell'intangibilità della sua identità genetica -, da intendersi sia secondo un'autonoma accezione individuale<sup>34</sup> sia secondo una dimensione assiologica strumentale alla tutela della dignità dell'intero genere umano<sup>35</sup>, nell'ambito di interventi sperimentali in grado di sortire effetti diffusi sulla collettività, anche nel lungo termine, rispetto ai quali la contrapposta libertà della ricerca scientifica potrebbe subire una ragionevole compressione.

In un'ottica di bilanciamento della tutela dell'embrione con quella spettante alla salute materna, si è poi prospettata, in alternativa all'inserimento di una clausola di esclusione della tipicità delle ipotesi di diagnosi e di selezione preimpianto disciplinate dalla legge, l'introduzione di una definizione legislativa del concetto stesso di "eugenetica", attraverso cui fugare il rischio di sussumere sotto la prefigurata fattispecie di alterazione genetica - che punirebbe chi altera o predetermina il patrimonio genetico di un embrione destinato alla gestazione

---

bene della dignità, l'embrione appare evidentemente come destinatario finale della tutela apprestata da tali fattispecie: l'illicita generazione di embrioni e l'ectogenesi sono incluse nei delitti contro l'embrione, mentre l'alterazione genetica è inserita tra i delitti contro l'identità genetica del nascituro.

<sup>34</sup> Sulla specifica accezione individuale della dignità intesa come «irripetibilità genetica e morale dell'essere umano», si veda RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, cit., 67-68.

<sup>35</sup> Si veda HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Torino, 2002, 38 ss., 71 ss. secondo cui le strumentalizzazioni dell'embrione umano per scopi a esso estranei potrebbero essere censurate, anche a prescindere dalla questione dell'inizio della vita umana da tutelare, in quanto offensive dell'autocomprensione etica dell'intero genere umano. Sul genere umano come destinatario della tutela da apprestare contro le indebite forme di strumentalizzazione umana realizzate dalle tecniche di bioingegneria, si veda DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 20. In tal senso, ma in modo dubitativo, si veda anche VALLINI, *Appunti de iure condendo in tema di procreazione medicalmente assistita - tutela dell'embrione - tutela dell'identità genetica*, Relazione di accompagnamento n. 1, cit., 6. Si vedano, inoltre, i quattro profili contenutistici della dignità umana in senso collettivo, rilevati da ROMEO CASABONA, *I reati relativi alle manipolazioni genetiche nel codice penale spagnolo del 1995*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 208: «1) l'inalterabilità e l'intangibilità del patrimonio genetico non patologico dell'essere umano, per garantire l'integrità e la diversità della specie umana; 2) l'identità e irripetibilità caratteristica di ciascun essere umano, quale condizione dell'individualità e della condizione di diversità di ciascuno da tutti gli altri; 3) la dotazione genetica doppia, delle linee genetiche maschili e femminili; 4) la sopravvivenza stessa del genere umano». Sulla dignità del genere umano come bene giuridico protetto dalle fattispecie circostanziate del delitto di sperimentazione sugli embrioni, formulate nell'art. 13, comma 3, della legge n. 40/2004, si consenta il rinvio a TIGANO, *Tutela della dignità umana e illecita produzione di embrioni per fini di ricerca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1758 ss.

- la selezione preimpianto finalizzata a prevenire la trasmissione di gravi malattie cromosomiche al nascituro<sup>36</sup>. A questo risultato è già pervenuta la sentenza costituzionale n. 229 del 2015<sup>37</sup>, con cui la Consulta ha dichiarato illegittima la norma incriminatrice della selezione eugenetica di embrioni, nella parte in cui contempla come ipotesi di reato anche la selezione esclusivamente finalizzata ad evitare il trasferimento in utero di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili, pur con un problematico rinvio ai criteri di gravità indicati nell'art. 6, comma 1, lett. b), della legge 22 maggio 1978, n. 194<sup>38</sup>.

4. *Le ragioni a sostegno dell'introduzione delle fattispecie di lesioni embrionali e di embrionicidio.* Si è già rilevato che il gruppo di ricerca ha suggerito l'introduzione di una nuova fattispecie delittuosa di lesioni embrionali, punita anche nella forma colposa, che andrebbe così ad arricchire il novero dei reati a tutela dell'embrione umano, attualmente stabiliti all'interno dell'art. 14 della legge 40. Questi ultimi, a loro volta, hanno subito un drastico ridimensionamento nel corpo dell'articolo, ove è stato sostanzialmente mantenuto il solo delitto di embrionicidio - attualmente incriminato come "soppressione di embrioni" -, mentre non sono state riprodotte le fattispecie di crioconservazione, di produzione di un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario, e di riduzione embrionaria di gravidanze multiple.

L'effetto delle prospettate modifiche - verosimilmente dettate dall'esigenza di non incriminare alcuna delle condotte del sanitario fisiologicamente connesse

---

<sup>36</sup> Cfr. VALLINI, *Appunti de iure condendo in tema di procreazione medicalmente assistita - tutela dell'embrione - tutela dell'identità genetica*, Relazione di accompagnamento n. 1, cit., 18. Ma si veda EUSEBI, *Note a margine delle proposte in tema di procreazione medicalmente assistita - tutela dell'embrione - tutela dell'identità genetica - interruzione di gravidanza*, Relazione di accompagnamento n. 2-bis, cit., 37, che sottolinea la necessità di punire l'alterazione o la predeterminazione genetica degli embrioni selezionati, o più verosimilmente scartati, a seguito della diagnosi e della selezione preimpianto, «posto, fra l'altro, che proprio in quel caso, essendo sottoposti gli embrioni a prelievi cellulari precoci estremamente invasivi, il rischio di manipolazioni del loro stesso genoma, o di quello dei gameti di provenienza, potrebbe essere maggiore».

<sup>37</sup> Corte cost., 11 novembre 2015, n. 229, cit.

<sup>38</sup> Sulla questione si veda VALLINI, *Il curioso (e doloroso) caso delle coppie fertili portatrici di malattie ereditarie, che potevano ricorrere all'aborto, ma non alla diagnosi e selezione preimpianto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1480-1481; TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella PMA*, cit., 148 ss., 213 ss., e, in particolare, sul significato attribuibile al concetto di "eugenetica", 202 ss.

all'esecuzione della F.I.V.E.T.<sup>39</sup> e della diagnosi preimpianto, in modo da garantire la coerenza interna della normativa<sup>40</sup> – non sarebbe quello di privare la vita dell'embrione della necessaria tutela penale: i fatti attualmente incriminati dalla legge 40, infatti, potrebbero ricadere nel campo applicativo dei nuovi delitti di lesioni embrionali o di embrionicidio, se procurino un danno al concepito o la sua morte, ed essere comunque puniti, sempre che non vi siano ragioni terapeutiche – per lo più attinenti alla necessità di impedire un grave danno alla salute materna – che rendano inevitabile il sacrificio dell'integrità dell'embrione. Da questo punto di vista, l'eventuale introduzione delle due suddette fattispecie di evento non cambierebbe più di tanto le conclusioni a cui è già giunta la giurisprudenza costituzionale in relazione ai limiti di punibilità dei fatti oggetto delle attualmente vigenti fattispecie penali<sup>41</sup>, ma gioverebbe più che altro ad orientare i consociati verso una stigmatizzazione dell'esito avverso anziché delle condotte in sé, che andrebbero piuttosto collocate nell'*iter* da seguire nell'assistenza medica alla procreazione per garantire la prioritaria tutela dell'aspirante madre.

Si tenga inoltre conto che la clausola di esclusione della tipicità contenuta in entrambe le due norme incriminatrici delineate, «*al di fuori dei casi disciplinati dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita e sulla interruzione volontaria di gravidanza*», se venisse opportunamente corredata da un'apposita regolamentazione legislativa della diagnosi preimpianto, delle sue successive fasi attuative, e della destinazione degli embrioni non utilizzati nel processo procreativo, potrebbe escludere *a priori* che l'effettuazione di indagini diagnostiche invasive, la crioconservazione degli embrioni malati o soprannumerari, o la sperimentazione sugli stessi possano dar luogo a conseguenze penalmente

<sup>39</sup> L'acronimo F.I.V.E.T. sta a indicare l'espressione *Fecondazione In Vitro ed Embryo Transfer*.

<sup>40</sup> In questo senso, già alla luce dell'intervento della Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, cit., sulle attuali fattispecie incriminatrici previste dall'art. 14, si vedano DOLCINI, *Embrioni nel numero "strettamente necessario": il bisturi della Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 963-964; VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, cit., 226 ss., 287 ss.; ID., *Il curioso (e doloroso) caso delle coppie fertili portatrici di malattie ereditarie, che potevano ricorrere all'aborto, ma non alla diagnosi e selezione preimpianto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1465 ss.

<sup>41</sup> Si vedano, in particolare, Corte cost., 11 novembre 2015, n. 229, cit.; Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, cit.

rilevanti. A questo risultato potrebbe già giungersi con riguardo alla riduzione embrionaria di gravidanze multiple, per la necessità di un raccordo con quanto attualmente consentito dalla legge n. 194/1978 sull'interruzione di gravidanza<sup>12</sup>. Focalizzando l'attenzione sulla fattispecie di lesioni embrionali, si può notare come essa trovi corrispondenza, nel contesto dei reati contro la maternità formulati all'interno dell'articolato, in quella di lesioni fetali cagionate durante la gravidanza, che andrebbe ad arricchire il *corpus* di incriminazioni già previste dalla legge n. 194/1978 e dagli artt. 593-*bis* e 593-*ter* c.p.

Va, a tal proposito, messo in luce come il reato di lesioni embrionali sia stato modellato attraverso una terminologia accostabile a quella a cui il legislatore penale ha tradizionalmente fatto ricorso nel contesto dei reati contro il patrimonio – come emerge dall'uso dell'espressione «danneggia» per individuare la condotta incriminata –, a dimostrazione dell'intenzione di attribuire all'embrione una connotazione assiologica non pienamente assimilabile a quella spettante alla persona umana. Di contro, il reato di lesioni fetali è stato formulato in modo simile a quello di lesioni personali di cui all'art. 582 c.p., incentrandosi il disvalore della fattispecie nella causazione di una «malattia» del feto, a riprova della natura umana già riconoscibile al concepito negli stadi più avanzati di sviluppo, raggiungibili durante la gestazione.

Quanto al delineato reato di embrionicidio, con cui si mira a punire «*chiunque, al di fuori dei casi disciplinati dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita e sulla interruzione volontaria di gravidanza, cagiona l'estinzione di un embrione umano*», e che sostituirebbe quello di soppressione di embrioni, previsto dall'art. 14, comma 1, della legge 40, è evidente che ci si trova non di fronte a una mera modifica nominalistica, ma al cospetto di una figura illecita costruita con una tecnica di normazione del tutto differente da quella attuale, con importanti risvolti sul piano dell'individuazione del fatto tipico e del coefficiente psicologico. Difatti, il concetto di “soppressione” presenta un significato pregnante, in grado di segnarne la differenza con la clausola generale

---

<sup>12</sup> Con riferimento al necessario coordinamento tra l'attuale fattispecie prevista dall'art. 14, comma 4, della legge n. 40/2004 e la disciplina contenuta nella legge n. 194/1978, esplicitamente richiamata dalla norma incriminatrice, si vedano i rilievi di VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, cit., 246-247.

attraverso cui è incriminato l'omicidio o si auspica di incriminare l'embrionicidio: riflette una valenza comportamentale selettiva tale da essere riferibile esclusivamente a delle condotte attive<sup>43</sup>; rimanda, inoltre, a «un'azione finalisticamente orientata alla distruzione dell'embrione»<sup>44</sup>, o comunque consapevolmente diretta alla realizzazione di tale risultato, potendo pertanto consentire l'incriminazione delle sole azioni sorrette dal dolo intenzionale o da quello diretto. La prefigurata fattispecie di embrionicidio, invece, è evidentemente costruita come reato causalmente orientato, per cui anche un'eventuale omissione non impeditiva dell'evento morte dell'embrione, da parte del sanitario garante, potrebbe essere ivi sussumibile. Quanto all'elemento soggettivo, non si intravedono ostacoli testuali alla punibilità della causazione dell'evento avverso pure quando sorretta dal dolo eventuale; andrebbe anzi salutata con favore la previsione di una fattispecie di embrionicidio colposo.

Un ultimo appunto va fatto sull'utilizzo del termine "estinzione", funzionale a descrivere l'evento materiale in luogo della più tradizionale espressione "morte". Si tratta, probabilmente, di una scelta in linea con la già rilevata intenzione di delineare un discrimine concettuale e valoriale tra la persona in atto e l'embrione: quasi come dire che, anche se quest'ultimo è titolare del diritto alla vita - come dimostra la fattispecie in esame, che mirerebbe alla sua protezione -, esso non possiede lo stesso statuto ontologico spettante alla prima.

5. *Il delitto di realizzazione della surrogazione di maternità: il deficit di determinatezza della fattispecie e le alternative proposte.* Nell'ambito degli "illeciti di concepimento"<sup>45</sup>, la pratica sulla cui necessità di incriminazione è probabilmente emerso il più ampio dibattito nel gruppo di ricerca, è la surrogazione di maternità, fenomeno di carattere sociale, medico e privatistico, che viene in

---

<sup>43</sup> VALLINI, *Procreazione assistita*, in *Leggi penali complementari*, a cura di Padovani, Milano, 2007, 646; LOSAPPIO, *Procreazione assistita*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di Palazzo-Paliero, Padova, 2007, 2071.

<sup>44</sup> LOSAPPIO, *ibid.*

<sup>45</sup> L'espressione è presa a prestito da VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, cit., 63, con cui l'A. definisce delle figure illecite prive di un tangibile bene giuridico, ma eticamente fondate su «valutazioni negative riguardanti il tipo di famiglia che mediante il concepimento si finirebbe col realizzare».



essere laddove due *partners* (o un singolo) reclutino una donna affinché quella si sottoponga a un intervento di P.M.A., porti avanti la gravidanza e, dopo il parto, affidi a loro il minore, così da consentire l'assunzione di un rapporto di genitorialità sociale. Nell'articolato non è stata invece riprodotta la fattispecie che attualmente punisce - con sanzioni amministrative dal carattere marcatamente afflittivo - l'applicazione delle tecniche procreative su soggetti privi dei requisiti soggettivi indicati nell'art. 5 della legge 40<sup>16</sup>, sulla base sia della difficoltà di individuare un bene giuridico meritevole di tutela nel futuro benessere del minore, declinato come interesse dello stesso a essere inserito in un contesto familiare "tradizionale"<sup>17</sup>, sia dell'ostacolo che l'art. 3 Cost. opporrebbe alla

<sup>16</sup> Secondo l'art. 5 della legge n. 40/2004, «Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi». La congiunta clausola sanzionatoria formulata nell'art. 12, comma 2, stabilisce che «Chiunque a qualsiasi titolo, in violazione dell'articolo 5, applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi o uno dei cui componenti sia minorenni ovvero che siano composte da soggetti dello stesso sesso o non coniugati o non conviventi è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 200.000 a 400.000 euro». Alla sanzione pecuniaria si aggiunge poi la sanzione interdittiva della sospensione da uno a tre anni dall'esercizio della professione sanitaria per il condannato (comma 9) e quella della sospensione per un anno dell'autorizzazione alla struttura al cui interno è stata compiuta la pratica illecita (comma 10). Sull'afflittività di tale bagaglio sanzionatorio, si vedano CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni (Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40)*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 418; E. DOLCINI, *Embrione, pre-embrione, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita*, cit., 449; FIANDACA, *Scelte di tutela in materia di fecondazione assistita e democrazia laica*, in *Leg. pen.*, 2005, 344; MANNA, *La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione di beni giuridici*, in *Leg. pen.*, 2005, 357.

<sup>17</sup> Tale interesse è stato valorizzato, invece, da MANTOVANI, *La fecondazione assistita tra il «diritto alla prole» e il «diritto ai due genitori»*, in *Ind. pen.*, 1990, 417 ss., che, a tal proposito, invoca il diritto del minore «ad essere inserito in una famiglia normale»; ID., *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, cit., 326; CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, cit., 419, che, pur ritenendo non sussistente un diritto del minore alla coincidenza tra genitori genetici e genitori sociali, afferma invece che il diritto del minore alla doppia figura genitoriale sia costituzionalmente riconducibile agli artt. 2, 30 e 31, oltre che "solidamente ancorato" alle scienze psicopedagogiche. In opposizione a questa linea di pensiero, e in particolare sulla difficoltà di individuare un bene giuridico incardinato in capo a un centro di imputazione soggettiva (il nascituro) inesistente al momento del compimento dell'azione vietata, si vedano le riflessioni di FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999, 334 ss.; LALLI, *Libertà procreativa*, Napoli, 2004, 20 ss.; NADDEO, *Accesso alle tecniche*, in *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004*, n. 40, a cura di Stanzone-Sciancalepore, Milano, 2004, 64; MORI, *Manuale di bioetica. Verso una civiltà biomedica secolarizzata*, Firenze, 2010, 232 ss.; BARTOLI, *La totale irrazionalità di un divieto assoluto. Considerazioni a margine del divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 99 ss.; VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, cit., 50 ss. Sulla mancanza di consolidate massime di esperienza in grado di avvalorare le tesi che fanno derivare effetti negativi sulla salute

previsione di «divieti volti a impedire il raggiungimento di esiti invece liberamente perseguibili mediante procreazione c.d. “naturale”»<sup>48</sup>.

La principale criticità della normativa penale vigente attiene alla mancanza di una definizione normativa dell’espressione “surrogazione di maternità”, la cui realizzazione, organizzazione o pubblicizzazione è oggetto di incriminazione ex art. 12, comma 6. Si tratta di un concetto la cui complessità si coglie se si pensa alla molteplicità delle fasi in cui il fenomeno si articola: il suo momento iniziale è segnato da un accordo tra le parti coinvolte; vi sarà poi la sottoposizione della donna reclutata a un intervento di P.M.A. nell’interesse esclusivo dei committenti; infine, in seguito alla gestazione e al parto, si avrà la consegna del minore a questi ultimi, con carattere di definitività. È quindi chiara la difficoltà di superare l’omissione del legislatore in via interpretativa.

A fronte di una lacuna evidentemente espressiva di uno stringente contrasto con il principio di necessaria determinatezza della fattispecie penale<sup>49</sup>, su cui la

---

psicofisica del nascituro dal suo inserimento in un contesto familiare “atipico”, si vedano MOCCIA, *Un infelice compromesso: il Testo Unificato delle proposte di legge in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Critica del diritto*, 1998, 4, 250-251, con specifico riferimento alla ricorrente *single*; ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, vol. I, t. I, *Famiglia e matrimonio*<sup>2</sup>, a cura di Ferrando-Fortino-Ruscello, Milano, 2011, 53; VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, cit., 63; TIGANO, *I limiti dell’intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella PMA*, cit., 280 ss.; ID., *Resta il limite di accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie same-sex al femminile: la sentenza costituzionale n. 221/2019*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 641 ss., anche per un opportuno rinvio agli studi psicopedagogici in materia. Tali critiche sono state recepite da VALLINI, *Appunti de iure condendo in tema di procreazione medicalmente assistita - tutela dell’embrione - tutela dell’identità genetica*, Relazione di accompagnamento n. 1, cit., 6, 9.

<sup>48</sup> VALLINI, *Appunti de iure condendo in tema di procreazione medicalmente assistita - tutela dell’embrione - tutela dell’identità genetica*, Relazione di accompagnamento n. 1, cit., 6. Tuttavia, secondo MANTOVANI, *Problemi penali delle manipolazioni genetiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 679, certi fenomeni, pur tollerati dall’ordinamento se attuati direttamente dal soggetto interessato, possono essere proibiti se agevolati dall’intervento di un terzo, come il medico. Sul punto, si vedano le riflessioni critiche dello stesso VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, cit., 38 ss.

<sup>49</sup> In tal senso, DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da Rodotà-Zatti, vol. II, t. II, *Il governo del corpo*, a cura di Canestrari-Ferrando-Mazzoni-Rodotà-Zatti, Milano, 2011, 1551; VALLINI, *La schiava di Abramo, il giudizio di Salomone e una clinica di Kiev: contorni sociali, penali e geografici della gestazione per altri*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 902; ID., *Surrogazione di normatività. L’impianto dello sterile delitto di “gestazione per altri” in argomentazioni privatistiche*, in *Criminalia*, 2019, 233 ss.; TRINCHERA, *Limiti spaziali all’applicazione della legge penale*

Corte costituzionale non è stata finora mai chiamata a pronunciarsi, gli studiosi si sono interrogati in ordine all'individuazione dell'elemento materiale e del momento consumativo del delitto di realizzazione della surrogazione di maternità. Nonostante qualche voce autorevole si fosse pronunciata a favore della punibilità della semplice conclusione dell'accordo<sup>50</sup>, la dottrina dominante ha ritenuto che la fattispecie incrimini il medico che applichi le tecniche a una donna diversa da colei che intenda assumere lo *status* di madre del minore<sup>51</sup>, degradandola a mero organismo riproduttore<sup>52</sup> e dando vita – nel caso in cui si tratti di surrogazione “totale” – a un potenziale contrasto giuridico

---

*italiana e maternità surrogata all'estero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1395; PELISSERO, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale*, cit., 32.

<sup>50</sup> Così CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, cit., 420, che parla di «divieto assoluto di stipulare accordi di maternità surrogata presidiato in sede penale», per cui «l'intervento penale si dirige verso tutti i soggetti coinvolti nelle diverse pratiche surrogatorie (madre sociale, madre uterina, padre biologico), mentre si sarebbe potuto colpire esclusivamente le attività di intermediazione volte a rendere possibile o a favorire l'accordo surrogatorio»; C. CASINI-M. CASINI-DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40, "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita". Commentario*, Torino, 2004, 169. In questo senso, si era già mosso il progetto Pagliaro, in *Per un nuovo codice penale. Schema di disegno di legge delega al Governo*, a cura di Pisani, Padova, 1993, 73, che prevedeva l'incriminazione della «contrattazione per fini procreativi, consistente nel fatto di impegnarsi a porre a disposizione il proprio corpo al fine della gestazione di un embrione umano per conto di altra persona».

<sup>51</sup> Così, anche sulla base di quanto (non) previsto dall'art. 12, comma 8, DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, cit., 1553; ID., *Surrogazione di maternità all'estero: alterazione di stato ex art. 567 comma 2 c.p.?* *Riflessioni a margine di un volume di Flamigni e Mori*, in *Notizie di Politèia*, 2014, 115, 81-82; VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, cit., 145; ID., *La schiava di Abramo, il giudizio di Salomone e una clinica di Kiev: contorni sociali, penali e geografici della gestazione per altri*, cit., 906. In tale direzione pare collocarsi anche PULITANÒ, *Surrogazione di maternità all'estero. Problemi penalistici*, in *Cass. pen.*, 2017, 1366: «Tutti i divieti di cui all'art. 12 sono rivolti in via diretta agli operatori».

<sup>52</sup> In tal senso, alcuni autorevoli Autori rilevano che il bene giuridico protetto sia la dignità della gestante, a prescindere dalla circostanza che il suo apporto biologico sia stato oggetto di mercimonio o sia stato reso gratuitamente: cfr. MANTOVANI, *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, cit., 337, che individua il bene protetto anche nella dignità del nato e nel suo interesse alla corretta costituzione dello *status filiationis*; EUSEBI, *La vita individuale precoce: soltanto materiale biologico?*, cit., 367. Invece, ritengono che l'offesa alla dignità della gestante possa concretizzarsi qualora la sottoposizione della stessa alle tecniche sia avvenuta a causa dell'uso di mezzi coercitivi o dietro promessa o dazione di una somma di denaro o di altra utilità, MOCCIA, *Un infelice compromesso: il Testo Unificato delle proposte di legge in materia di procreazione medicalmente assistita*, cit., 253; MANNA, *Sperimentazione medica*, in *Enc. dir. - Agg.*, vol. IV, Milano, 2000, 1132; FERRAJOLI, *Diritti fondamentali e bioetica. La questione dell'embrione*, in *Trattato di biodiritto*, cit., vol. I, *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di Rodotà-Tallachini, Milano, 2010, 251; CANESTRARI, *Biodiritto (diritto penale)*, in *Enc. dir. - Annali*, vol. VIII, Milano, 2015, 110; PULITANÒ, *Surrogazione di maternità all'estero. Problemi penalistici*, cit., 1372.

sull'individuazione della donna a cui spetti lo *status* materno<sup>53</sup>; in questo senso, si tratterebbe di un reato proprio del sanitario, rispetto a cui i committenti e la donna reclutata potrebbero assumere la veste di concorrenti eventuali<sup>54</sup>.

Tuttavia, l'esigenza di cogliere l'intero disvalore del fenomeno, che trova compiutezza soltanto con la fase attuativa in cui la committente subentra alla partorientente nel ruolo di madre sociale del minore<sup>55</sup>, ha talora indotto a spostare in avanti il momento perfezionativo della fattispecie e a rinvenirlo nella consegna del minore ai committenti<sup>56</sup>. Seguendo questo diverso orientamento, il bene giuridico protetto potrebbe concretizzarsi nello stato civile del minore, messo in pericolo dall'incidenza dell'esecuzione di tali accordi illeciti sulla regolare formalizzazione giuridica dei rapporti familiari<sup>57</sup>.

<sup>53</sup> In questo senso, si veda VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, cit., 153, secondo cui la fattispecie è finalizzata a «prevenire l'instaurarsi di una situazione non pienamente giuridicizzabile e per intima vocazione esposta al rischio di contenziosi non riducibili in termini costituzionalmente compatibili». Conf. ID., *La schiava di Abramo, il giudizio di Salomone e una clinica di Kiev: contorni sociali, penali e geografici della gestazione per altri*, cit., 904; ID., *Surrogazione di normatività. L'impianto dello sterile delitto di "gestazione per altri" in argomentazioni privatistiche*, cit., 242 ss.

<sup>54</sup> Non potrebbe individuarsi, invece, un concorso necessario dei committenti e della donna reclutata, seguendo l'opinione di chi ritiene che il fatto possa avvenire anche all'insaputa delle parti direttamente coinvolte nella successiva assunzione di genitorialità, in tal senso la fattispecie atteggiandosi come repressiva di «ogni caso di "dissociazione" tra originaria appartenenza dell'embrione e gravidanza, anche contro o a prescindere dalla piena consapevolezza delle persone coinvolte»: VALLINI, *La schiava di Abramo, il giudizio di Salomone e una clinica di Kiev: contorni sociali, penali e geografici della gestazione per altri*, cit., 906.

<sup>55</sup> Così SPENA, *Una storia semplice? Surrogazioni, alterazioni, falsificazioni*, in *Riv. med. leg.*, 2015, 1543 ss., che ha parlato di "doppia sostituzione materna". Conf. TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella PMA*, cit., 366 ss.; PELISSERO, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale*, cit., 33, secondo cui «La realizzazione include non solo l'intervento medico assistito, ma la complessa procedura che si completa con la consegna del neonato ai committenti».

<sup>56</sup> Si vedano ROCCHI, *Procreazione assistita: sanzioni e controlli*, in *Produrre uomini. Procreazione assistita: un'indagine multidisciplinare*, a cura di Buccelli, Firenze, 2006, 280; SPENA, *Una storia semplice? Surrogazioni, alterazioni, falsificazioni*, cit., 1548-1549; TRINCHERA, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, cit., 1402-1403; TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella PMA*, cit., 374 ss.; ID., *Il delitto di surrogazione di maternità come limite di ordine pubblico al riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di status filiationis*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 1061-1062.

<sup>57</sup> Così TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella PMA*, cit., 368 ss.; ID., *Il delitto di surrogazione di maternità come limite di ordine pubblico al riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di status*

È soprattutto su queste problematiche che si è focalizzata l'attenzione del gruppo di ricerca, proponendo addirittura tre soluzioni alternative nell'articolato.

5.1. *Il reato di dissociazione della maternità.* La prima soluzione proposta adotta la formulazione tipica delle disposizioni a più norme e riconduce il fenomeno sia agli illeciti di concepimento (fattispecie previste dal primo e dal sesto comma) sia ai reati-contratto (fattispecie di cui al terzo e al quarto comma).

Nel primo comma si prevede la punibilità di chiunque «*produce un embrione con gameti di una donna che ha commissionato ad altra donna la gestazione, in virtù di un precedente accordo stando al quale la donna committente assumerà il ruolo di madre del nascituro*». Si tratta di una fattispecie cardinale poiché, oltre a delineare la relativa condotta incriminata, introduce anche una definizione del fenomeno oggetto di incriminazione – a cui fanno rinvio i successivi commi –, così tentando di rimediare alle lacune della legge 40. Secondo questa prima proposta, la surrogazione di maternità consiste nella dissociazione della maternità biologica e sociale attuata dal sanitario e fondata su un precedente patto stipulato tra due donne, con cui una si sia impegnata a sottoporsi all'impianto dell'embrione creato con gli ovociti dell'altra per poi consegnare a quest'ultima il bambino dopo il parto.

Allo stesso modo di quanto può dirsi per la norma incriminatrice configurata nel primo comma, anche quella descritta nel sesto comma – ove si punisce chi «*trasferisce nell'utero della donna che si è impegnata alla gestazione l'embrione prodotto nei modi e in virtù dell'accordo di cui al primo comma*» –, pur in assenza di una testuale menzione, considera implicitamente come soggetto attivo il medico, l'ostetrica o comunque l'esercente la professione sanitaria competente a creare l'embrione. Si tratta, quindi, di due ipotesi di reato proprio che, sul piano della colpevolezza, esigerebbero la piena consapevolezza del previo accordo tra le donne da parte del sanitario, che ne diventerebbe volontario esecutore materiale.

---

filiationis, cit., 1063 ss.

Va sottolineato come la proposta circoscriva il fenomeno illecito al solo caso in cui l'intervento di P.M.A. abbia ad oggetto un embrione prodotto con l'ovocita della donna committente la gravidanza, di modo che colei che aspiri a diventare madre sociale del minore ne sia anche la madre genetica (surrogazione "totale"). Se si prescindesse dalla derivazione genetica dell'embrione dalla committente e si intendesse sussumere nella fattispecie anche le ipotesi in cui il concepimento sia avvenuto con l'utilizzo degli ovociti della stessa gestante su commissione (surrogazione "parziale"), si finirebbe per attribuire autonomo disvalore - essenzialmente ricollegabile all'artificialità del metodo procreativo - a un fenomeno assimilabile a quello della dissociazione naturale della maternità, che si realizza qualora una donna decida di restare incinta in via naturale, o comunque di portare avanti una gravidanza naturalmente avviata, al solo scopo di cedere successivamente il nato a un'altra; pratica, quest'ultima, di per sé lecita, salvo l'intervento penale nella successiva fase dell'illegittimo affidamento definitivo del minore. Tuttavia, non potrebbe ritenersi ragionevole punire un certo fatto solo perché realizzato in via artificiale, tranne che l'applicazione della tecnica cagioni un'offesa non egualmente verificabile naturalmente<sup>58</sup>. Si spiega, dunque, la ragione per cui si è ritenuta meritevole di incriminazione la surrogazione "totale" di maternità, e non quella "parziale": la sola forma di dissociazione di maternità realizzabile unicamente attraverso l'esecuzione delle metodiche di P.M.A. può rinvenirsi nella gestazione su commissione di una donna che abbia fornito i propri ovociti per il concepimento, in cui affiora l'interesse - verosimilmente istituzionale - a evitare un «conflitto potenziale, irriducibile in termini costituzionalmente adeguati, tra due maternità entrambe biologiche, relazionali ed affettive»<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> Motiva così la necessità di punire la sola surrogazione di maternità "totale", VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, cit., 154; ID., *La schiava di Abramo, il giudizio di Salomone e una clinica di Kiev: contorni sociali, penali e geografici della gestazione per altri*, cit., 903; ID., *Surrogazione di normatività. L'impianto dello sterile delitto di "gestazione per altri" in argomentazioni privatistiche*, cit., 244 ss.

<sup>59</sup> VALLINI, *Appunti de iure condendo in tema di procreazione medicalmente assistita - tutela dell'embrione - tutela dell'identità genetica*, Relazione di accompagnamento n. 1, cit., 15. Così già ID., *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, cit., 153; ID., *La schiava di Abramo, il giudizio di Salomone e una clinica di Kiev: contorni sociali, penali e geografici della gestazione per altri*, cit., 904; ID., *Surrogazione di normatività. L'impianto dello sterile delitto di*

Si segnala, poi, la previsione di due ipotesi di reato-contratto, nell'ambito delle quali l'accordo tra le due donne, da mero presupposto delle fattispecie incriminatrici poste a carico dei sanitari precedenti, assurge ad autonoma ipotesi delittuosa. Viene così prevista la responsabilità penale sia della donna che abbia commissionato la gravidanza (terzo comma) sia della donna che abbia accettato di sottoporvisi (quarto comma), purché l'embrione sia stato già prodotto e, a tal fine, sia stato utilizzato un ovocita donato dalla donna committente<sup>60</sup>; con l'ulteriore previsione di un'aggravante a carico della prima e di una causa di non punibilità a favore della seconda - sostanzialmente riconducibile al piano delle scusanti legalmente riconosciute - laddove l'accordo sia stato stipulato approfittando delle condizioni di vulnerabilità di quest'ultima (quinto comma). Colui che abbia commissionato la gestazione insieme alla compagna, o per conto di essa, potrebbe rispondere come concorrente eventuale nel reato proprio formalmente incardinato sulla figura della donna committente.

È doveroso segnalare che la proposta non ha contemplato alcuna fattispecie che punisca l'uomo che commissioni la gravidanza per conto proprio, in quanto *single* o in coppia con un altro uomo<sup>61</sup>. Il senso di questa omissione può cogliersi prestando opportunamente attenzione sia al titolo attribuito al delitto nell'articolato, alternativamente definito come "surrogazione di maternità" o, più propriamente, come "dissociazione di maternità", sia alla definizione contenuta nel primo comma, ove il fenomeno delittuoso viene declinato come inizio dell'esecuzione di un patto intercorrente tra le due donne coinvolte nella sostituzione materna. È coerente, quindi, ritenere che quando sia un uomo ad accordarsi con una donna affinché essa si sottoponga alle tecniche procreative nel suo interesse e gli consegni il bambino dopo il parto, non si realizzi alcuna forma di dissociazione della maternità, anche alla luce del bene giuridico che

---

*"gestazione per altri" in argomentazioni privatistiche*, cit., 242 ss.

<sup>60</sup> È specificato nello stesso articolato, alle note 21 e 22.

<sup>61</sup> VALLINI, *Appunti de iure condendo in tema di procreazione medicalmente assistita - tutela dell'embrione - tutela dell'identità genetica*, Relazione di accompagnamento n. 1, cit., 15, segnala opportunamente come, in questa ipotesi, non si verificherebbe una disparità di trattamento a favore dell'uomo *single*, o in coppia con un altro uomo, che abbia fornito i suoi spermatozoi per la fecondazione, «per il semplice fatto che egli è effettivamente padre del bambino che verrà, e tale esito non muta in ragione del fatto che quell'uomo sia parte di una coppia etero- o omosessuale (o sia single)».

si intende proteggere, ossia l'interesse a impedire l'insorgere di conflitti morali e giuridici tra due donne, dato che l'unica ad essere coinvolta nell'atto procreativo rimarrebbe la madre biologica, mentre risulterebbe assente un'aspirante madre sociale<sup>62</sup>.

Bisogna chiedersi, conclusivamente, se questa configurazione del reato non rischi di confliggere con il principio di offensività: se non si realizzi il trasferimento nell'utero materno, se il trasferimento avvenga ma l'embrione non si impianti, o se la gravidanza non abbia successo, le condotte rimarrebbero punibili pur non potendosi più prospettare alcun conflitto di maternità<sup>63</sup>. Sarebbe quindi forse preferibile optare per un avanzamento della soglia di incriminazione, così da coprire condotte più prossime all'esecuzione finale del patto – se non addirittura la stessa consegna del minore alla committente<sup>64</sup> –, o per subordinare la punibilità delle condotte alla condizione che si verifichi la nascita del bambino.

*5.2. Il reato di contrattazione per fini procreativi.* La seconda proposta incentra il disvalore delle fattispecie nell'accordo tra il committente e la gestante, avente ad oggetto la «“commercializzazione” di vicende e relazioni genitoriali»<sup>65</sup>.

La formulazione di quello che è definito nell'articolato come reato di “contrattazione per fini procreativi”, riflette la struttura della disposizione a più norme,

<sup>62</sup> Si consenta il rinvio a TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella PMA*, cit., 394.

<sup>63</sup> Così SPENA, *Una storia semplice? Surrogazioni, alterazioni, falsificazioni*, cit., 1546; TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella PMA*, cit., 364; ID., *Il delitto di surrogazione di maternità come limite di ordine pubblico al riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di status filiationis*, cit., 1061.

<sup>64</sup> In tal senso, SPENA, *Una storia semplice? Surrogazioni, alterazioni, falsificazioni*, cit., 1543 ss.; TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella PMA*, cit., 366 ss.; ID., *Il delitto di surrogazione di maternità come limite di ordine pubblico al riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di status filiationis*, cit., 1061. Su questa linea, ma meno esplicitamente, cfr. AMBROSETTI, *Le norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia*, cit., vol. IV, *Diritto penale della famiglia*, a cura di Riondato, Milano, 2011, 917, secondo cui, con l'espressione “surrogazione di maternità”, «si fa riferimento all'obbligazione di una donna di portare a termine una gravidanza e di consegnare il neonato alla coppia “committente”».

<sup>65</sup> VALLINI, *Appunti di iure condendo in tema di procreazione medicalmente assistita - tutela dell'embrione - tutela dell'identità genetica*, Relazione di accompagnamento n. 1, cit., 11. Si veda *supra*, nota 52, per gli opportuni riferimenti bibliografici.



così come rilevato per la previsione oggetto della prima proposta; ma punisce condotte negoziali differenti, ossia la dazione o la promessa di denaro o altra utilità, da parte del committente (secondo comma), e la correlativa ricezione o accettazione, da parte della donna reclutata (primo comma), affinché quest'ultima conduca a termine una gestazione a favore del primo, a cui si impegna a consegnare il nato per consentirgli di assumerne il ruolo di genitore. Conseguentemente il bene giuridico protetto potrebbe essere identificato nella dignità della donna oggetto di mercificazione<sup>66</sup>, venendo accantonato ogni riferimento alla dissociazione di maternità. Tanto che, in questa seconda proposta, il relativo reato-contratto non è realizzabile esclusivamente da una donna committente, potendone essere autore anche l'uomo, *single* o in coppia *same-sex*, che corrisponda un compenso alla donna estranea per condurre a termine la gestazione nel suo interesse.

Prendendo di mira un fenomeno di ampia portata, trascendente il ristretto ambito della gestazione mediante ricorso alle tecniche procreative, la seconda proposta mira a punire qualunque forma di accordo oneroso finalizzato a strumentalizzare il corpo della gestante, e dunque anche nel contesto del concepimento in via naturale.

L'unico espresso riferimento alla P.M.A. si ha nella fattispecie di cui al quinto comma, ove si punisce il medico che trasferisce l'embrione «*prodotto nei modi e in virtù dell'accordo*» a titolo oneroso precedentemente intervenuto tra il soggetto richiedente e la madre surrogata. Qualche difficoltà probatoria potrebbe, tuttavia, riscontrarsi nella dimostrazione del dolo del sanitario, perché in questa seconda proposta non è richiesto che l'ovocita appartenga all'eventuale donna committente; per cui, in caso di surrogazione "parziale" (laddove, cioè, la designata gestante abbia anche fornito il proprio ovocita per la fecondazione), il medico potrebbe dichiararsi ignaro dell'esistenza di un accordo alla base del ricorso alle metodiche procreative, asserendo di essersi rappresentato l'esecuzione di un normale trattamento di P.M.A. omologa a favore dei soggetti

---

<sup>66</sup> Seguendo questa impostazione, la norma potrebbe rappresentare un esempio di paternalismo diretto e indiretto. Su tale distinzione, si veda, tra gli altri, CAVALIERE, *Introduzione ad uno studio sul paternalismo in diritto penale*, in *Arch. pen.*, 2017, 3, 2 ss.

richiedenti<sup>67</sup>. Ma anche laddove si riesca a dimostrare la rappresentazione dell'esistenza di un soggetto committente la gravidanza (come più frequentemente potrebbe accadere nel caso della surrogazione "totale"), il sanitario potrebbe andare esente da pena se non si riesca ad accertare che esso fosse pure a conoscenza della previa corresponsione di un mercimonio a favore della gestante. Il carico probatorio necessario per l'accertamento della colpevolezza del medico rischia, insomma, di ridurre il tasso di effettività della fattispecie incriminatrice specificamente configurata a suo carico.

Qualche perplessità sorge, infine, rivolgendo l'attenzione all'offensività delle condotte negoziali realizzate nel contesto della procreazione naturale, risultando arduo individuare una violazione della dignità della donna nel fatto in sé di retribuirla affinché porti volontariamente a termine una gravidanza, naturalmente e spontaneamente iniziata, nell'interesse altrui (ferma la necessità di punire la successiva condotta di illecito affidamento). Un'offesa alla sua dignità potrebbe riscontrarsi, invece, nel caso in cui la stessa versi in condizioni di bisogno economico tali da costringerla ad aderire all'accordo, portando avanti la gestazione in vista di una futura e sofferta separazione dal bambino o, alternativamente, rinunciando a ricorrere all'interruzione volontaria di gravidanza; ipotesi che, nell'articolato, potrebbe integrare la circostanza aggravante che il terzo comma stabilisce per chi abbia effettuato la promessa o la dazione «approfittando delle condizioni di vulnerabilità della donna che si è impegnata alla gestazione» (con contestuale previsione di una causa di non punibilità a favore di quest'ultima).

Discorso apparentemente diverso, con riferimento al distinto piano della procreazione assistita, potrebbe farsi circa la corresponsione di denaro finalizzata a indurre la donna estranea a ricorrere alle tecniche nell'interesse di altri, dato che in questo caso il pagamento condizionerebbe la sottoposizione della stessa a un intervento medico a cui altrimenti non sarebbe andata incontro, venendosi così a esprimere la sua strumentalizzazione per fini che le sono estranei.

---

<sup>67</sup> Per quanto riguarda il requisito del coniugio o della convivenza, che, in base all'art. 5, deve sussistere in capo alla coppia ricorrente, il medico che applichi le tecniche ha attualmente il diritto di avvalersi di una dichiarazione sottoscritta dai richiedenti (art. 12, comma 3, della legge 40).

Tuttavia, anche in questa ipotesi, emergono seri interrogativi sulla concepibilità di un'offesa alla dignità della gestante, che emergerebbe nello specifico caso in cui vi sia stato approfittamento di una condizione di bisogno economico della stessa, tale da condizionarne inesorabilmente il processo decisionale<sup>68</sup>, ma che sarebbe più discutibile nell'ipotesi in cui tale bisogno non vi sia e l'accettazione del denaro non costituisca, quindi, manifestazione di una distorsione della volontà, necessaria a determinare un pregiudizio al bene della personalità individuale<sup>69</sup>.

5.3. *La collocazione della surrogazione di maternità nello spazio libero dal diritto penale.* La terza proposta si ricollega alla prima e si interroga sulla necessità di incriminare il fenomeno in esame qualora venga riconosciuto il medesimo disvalore alla surrogazione “totale” (in cui soltanto può rinvenirsi una dissociazione artificiale della maternità) e a quella “parziale”. Se l'eventuale dissociazione tra maternità genetica e maternità biologica venga considerata irrilevante ai fini del giudizio normativo di rilevanza penale della pratica - così come, d'altronde, sembra affermare la legge vigente, che punisce la surrogazione di maternità «in qualsiasi forma» -, il divieto finirebbe per coprire generalmente il reclutamento di una donna affinché si sottoponga a un intervento di P.M.A. e, successivamente al parto, consegni il minore allo stesso reclutante. Tale percorso argomentativo, tuttavia, comporterebbe il duplice rischio di pregiudicare ogni sforzo di rinvenimento di un'omogenea dimensione offensiva delle

---

<sup>68</sup> Così TIGANO, *Il delitto di surrogazione di maternità come limite di ordine pubblico al riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di status filiationis*, cit., 1053 ss.

<sup>69</sup> Sul conflitto tra la libertà di autodeterminazione individuale (dignità in senso soggettivo) e la dignità etero-imposta dal contesto sociale (dignità in senso oggettivo), nello specifico contesto dei reati in materia di prostituzione, si vedano CADOPPI, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili. Osservazioni a margine di Corte App. Bari, Sez. III, ord. 6 febbraio 2018, Tarantini e altri*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 2, 181 ss.; ID., *Il “bicchiere mezzo pieno”. Un tentativo di lettura costruttiva delle sentenze della Corte costituzionale in tema di favoreggiamento della prostituzione*, in *Arch. pen.*, 2020, 3, 4 ss.; PARISI, *Il bene della dignità umana in soccorso della legge Merlin? Sulla sentenza 141/2019 della Corte costituzionale in materia di favoreggiamento e reclutamento della prostituzione*, in [www.laegislazionepenale.eu](http://www.laegislazionepenale.eu), 21 novembre 2019, 38. Per una proiezione della questione sul piano della surrogazione di maternità, si veda VALLINI, *Appunti de iure condendo in tema di procreazione medicalmente assistita - tutela dell'embrione - tutela dell'identità genetica*, Relazione di accompagnamento n. 1, cit., 5.

condotte da incriminare e di lasciare irrisolta la questione circa la ragionevolezza dell'incriminazione della surrogazione "parziale" a fronte dell'irrelevanza penale della gestazione su commissione nel caso in cui il concepimento sia avvenuto attraverso le vie naturali.

La soluzione suggerita nella relazione di accompagnamento n. 1 per superare i predetti profili critici è quella di non prevedere alcuna fattispecie che incrimini la surrogazione di maternità, a prescindere che la si intenda come stipulazione dell'accordo tra le parti coinvolte o come conseguente applicazione della tecnica procreativa sulla donna appositamente reclutata, e conseguentemente di attrarre il fenomeno nello spazio libero dal diritto penale.

Al contempo, tuttavia, si è messa in luce la necessità di garantire la repressione della fase successiva, relativa alla consegna del minore ai soggetti committenti la gravidanza e all'eventuale alterazione del suo *status filiationis*, esito attualmente non scontato alla luce sia dei perduranti dubbi sull'ambito applicativo del delitto di cui all'art. 12, comma 6, della legge 40, sia dell'inidoneità delle fattispecie incriminatrici che il nostro ordinamento contempla a tutela della famiglia.

In particolare, il delitto di illecito affidamento del minore in violazione delle norme sull'adozione, ex art. 71 della legge 4 maggio 1983, n. 184, non potrebbe consentire di punire l'affidatario che non abbia corrisposto un qualche compenso alla gestante per la cessione del minore (quinto comma) e, a monte, presenta una clausola di illiceità speciale - «in violazione delle norme di legge in materia di adozione» (primo comma) - che finirebbe per escludere l'operatività della fattispecie qualora il minore venga affidato al suo legittimo padre biologico e alla sua compagna, entrambi committenti la gestazione<sup>70</sup>.

Quanto al delitto di alterazione di stato civile mediante falsità, di cui all'art. 567, comma 2, c.p., la specifica nota modale richiesta dalla fattispecie non potrebbe dirsi integrata qualora la partoriente, anziché mentire all'ufficiale di stato civile sulle circostanze del concepimento, si limiti ad ometterle, così esercitando illegittimamente il diritto a non essere nominata nell'atto di nascita previsto

---

<sup>70</sup> Sul punto, si consenta il rinvio a TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella PMA*, cit., 372-373.

dall'art. 30, comma 1, del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (esercizio invero proibito dall'art. 9, comma 2, della legge 40, alla madre del nato a seguito di P.M.A.)<sup>71</sup>.

È su una riforma generale di queste due ultime fattispecie, che la terza proposta punta. Una riforma che dovrebbe rimodularle, epurandole da quegli elementi specifici - l'espresso riferimento alla violazione della legge sulle adozioni, per la prima, la condotta di falsità, per la seconda - che attualmente impedirebbero di applicarle allo scopo di incriminare le condotte attuative degli accordi di maternità surrogata<sup>72</sup>.

È vero, tuttavia, che, qualora il legislatore decidesse di introdurre norme specificamente volte a regolare lo stato civile del nato in seguito al ricorso a una pratica di gestazione nell'interesse altrui, ed eventualmente attributive dello *status* genitoriale al committente o ai committenti, a certe condizioni - sulla scorta di quanto già accade nell'ordinamento britannico con i *parental orders*<sup>73</sup> -, verrebbe meno la stessa necessità di tutelare lo stato civile del minore partorito da una madre surrogata attraverso una riforma delle suddette norme incriminatrici a tutela della famiglia.

6. *Conclusioni.* In conclusione, può rilevarsi che la proposta di articolato si è mossa nella direzione di un equo contemperamento tra la tutela del concepito e la salvaguardia dei controinteressi affioranti nell'ambito delle questioni di inizio vita, anche attraverso la prospettazione di diverse soluzioni per il superamento delle criticità delle vigenti disposizioni penali in materia, con particolare riguardo ai deficit di determinatezza e di ragionevolezza che le stesse presentano: in questo senso si motiva il razionale ricorso alle definizioni legislative e

---

<sup>71</sup> Si rinvia, volendo, a TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella PMA*, cit., 359, 372.

<sup>72</sup> Si veda VALLINI, *Appunti de iure condendo in tema di procreazione medicalmente assistita - tutela dell'embrione - tutela dell'identità genetica*, Relazione di accompagnamento n. 1, cit., 16. In particolare si veda la prefigurata fattispecie di «Affidamento illegittimo», con cui verrebbe punito «chiunque affida ad altri, o riceve in affidamento, o comunque riceve con l'intenzione di assumere il ruolo di genitore, un minore al di fuori dei casi previsti dalla legge».

<sup>73</sup> Si consenta il rinvio a TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella PMA*, cit., 98, spec. nota 199.

a una formulazione estremamente precisa delle fattispecie incriminatrici, oltre che la sostituzione di molti dei reati di condotta attualmente in vigore con reati di evento, attraverso cui reprimere il risultato dannoso senza per questo paralizzare l'esercizio delle libertà costituzionali che si estrinsecano attraverso i comportamenti oggi vietati.

In una prospettiva forse ancora più liberale – peraltro più volte segnalata nella principale relazione di accompagnamento all'articolato – è anche auspicabile che una riforma delle fattispecie in materia possa avvenire congiuntamente all'introduzione di un complesso di norme amministrative mediante cui regolare le procedure per l'accesso alle tecniche e per l'utilizzo dei gameti e degli embrioni. In questa direzione, l'utilizzo del modello normativo dei divieti rigidi e inderogabili e il correlativo ricorso alla sanzione penale come strumento direttamente finalizzato al presidio di beni giuridici, potrebbero essere razionalmente ridimensionati e parzialmente sostituiti da un sistema di regolamentazione flessibile, più adatto a conformarsi all'evoluzione delle tecniche e alla considerazione delle peculiarità del caso concreto, ove il rimedio punitivo risponda alla logica della tutela di funzioni, così garantendo il bilanciamento degli interessi in gioco<sup>74</sup>.

È infine improcrastinabile – come indirettamente risulta dalla più recenti pronunce della Corte costituzionale<sup>75</sup> – la previsione di opportuni precetti civilistici attraverso cui addivenire a una disciplina dello stato civile del nascituro, che sia idonea a garantire al meglio i suoi interessi giuridici, anche quando il suo concepimento sia stato originato dal ricorso a metodiche vietate, così come d'altronde è già accaduto con le norme sull'attribuzione della paternità al ricorrente

---

<sup>74</sup> Cfr. VALLINI, *Appunti de iure condendo in tema di procreazione medicalmente assistita - tutela dell'embrione - tutela dell'identità genetica*, Relazione di accompagnamento n. 1, cit., 3-4, 8.

<sup>75</sup> In questa direzione, si veda il monito al legislatore formulato nelle pronunce di inammissibilità della Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33 (sullo stato civile dei nati all'estero in seguito al ricorso alla surrogazione di maternità), e della Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32 (sull'attribuzione dello *status* materno anche alla compagna della donna ricorrente all'estero a un intervento di P.M.A. eterologa). Più di recente, si veda Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, con cui è stato dichiarato incostituzionale l'art. 55 della l. n. 184/1983, nella parte in cui, mediante rinvio all'art. 300, comma 2, c.c., stabilisce che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante.

ARCHIVIO PENALE 2022, n. 3

geneticamente estraneo al minore, che la legge 40 ha dettato ancor prima della dichiarazione di incostituzionalità del divieto della fecondazione eterologa.