

CAPITOLO I

DISCIPLINA DELLE CONDIZIONI DI ACCESSO ALLA PMA E INTERVENTO PENALE NELL'ORDINAMENTO FRANCESE, SPAGNOLO E BRITANNICO

SOMMARIO: Premessa. – PARTE I. L'ORDINAMENTO FRANCESE. 1. La normativa sull'assistenza medica alla procreazione nell'ordinamento francese: tecniche di disciplina e di incriminazione. – 2. Le condizioni oggettive di accesso alle tecniche: diritto alla procreazione *tout court* e diritto alla generazione di un figlio sano mediante la diagnosi genetica preimpianto. – 2.1. Le condizioni oggettive di accesso alla PMA come norme precauzionali autonomamente presidiate dalla sanzione penale: limite “esterno” e limite “interno” del rischio consentito. – 3. Le condizioni soggettive di accesso alla PMA e la fattispecie che ne punisce la violazione. – 4. Il divieto di gestazione per altri. – 4.1. Il delitto di istigazione all'abbandono del minore. – 4.2. Il delitto di intermediazione nella gestazione per altri. – 4.3. I delitti di simulazione e dissimulazione di parto. – 4.4. Il turismo procreativo e l'elusione del divieto di gestazione per altri: i contrasti giurisprudenziali e l'impatto delle sentenze CEDU *Mennesson, Labassee e Foulon e Bouvet c. Francia*. – 4.5. (Segue) Gli effetti penali della gestazione per altri conclusa all'estero. – 4.6. Il ricorso alla PMA all'estero da parte dei *singles* e delle coppie *same-sex*. 5. Le prossime riforme in materia. – PARTE II. L'ORDINAMENTO SPAGNOLO. 1. La normativa spagnola sulla procreazione assistita: il ricorso alla sanzione amministrativa e la marginalità della sanzione penale. – 2. Le condizioni oggettive per l'accesso alle tecniche procreative. – 3. Le sparute condizioni soggettive. – 3.1. La disciplina della fecondazione *post mortem*. – 3.2. L'ambito di liceità del ricorso alla PMA da parte di *singles* e coppie *same-sex*. – 4. La nullità dell'accordo di surrogazione di maternità. – 4.1. Gli effetti penali indiretti della maternità surrogata: la simulazione di parto e la consegna illecita del minore a terzi. – 4.2. Le strade lecitamente percorribili per attribuire efficacia al patto di surrogazione: il legame genetico del minore con l'uomo committente e il ricorso all'istituto della *stepchild adoption*. – 4.3. Surrogazione di maternità e produzione dei relativi effetti civili all'estero. – PARTE III. L'ORDINAMENTO BRITANNICO. 1. La disciplina della procreazione assistita nell'ordinamento britannico e l'assenza di limiti oggettivi e soggettivi di accesso alle tecniche. – 2. Le conseguenze penali connesse all'esecuzione degli interventi procreativi in assenza della licenza dell'*Authority*. – 3. La generale liceità della PMA monogenitoriale, omogenitoriale ed eterologa. – 3.1. La prognosi sul futuro benessere del bambino: un metodo neutrale e non

discriminatorio per la selezione degli aspiranti ricorrenti alle tecniche. – 3.2. PMA, *singles* e coppie *same-sex*: le aperture dell'*HFEAct 2008*. – 3.3. La procreazione assistita effettuata dopo la morte del *partner*: liceità e disciplina degli effetti civili. – 3.4. L'illiceità della donazione clandestina di gameti. – 4. La surrogazione di maternità. – 4.1. Le fattispecie incriminatrici dell'intermediazione negli accordi di surrogazione di maternità su base commerciale. – 4.1.1. Il rinvio alle definizioni legislative di “accordo di surrogazione” e di “base commerciale”. – 4.1.2. (*Segue*) La clausola che esclude l'esistenza oggettiva di un'intermediazione su base commerciale effettiva a vantaggio altrui. – 4.2. I delitti di pubblicizzazione della surrogazione di maternità.

Premessa

I viaggi all'estero dei soggetti intenzionati ad accedere a trattamenti di procreazione medicalmente assistita presso Stati la cui legislazione è più permissiva della nostra, risultano particolarmente facilitati nell'ambito dell'Unione europea, in cui il “turismo procreativo” è espressione del principio della libera circolazione delle persone – proclamato all'interno dell'art. 21 del Trattato sul funzionamento dell'UE, per come riformato dal Trattato di Lisbona del 2009 –, e del diritto di accedere a servizi sanitari presso Paesi dell'Unione diversi da quello di appartenenza, regolato dalla Direttiva 2011/24/UE¹.

Il predetto fenomeno comporta indiretti effetti discriminatori nell'esercizio dei diritti riproduttivi da parte di quei soggetti che si trovino nell'impossibilità, fisica od economica, di recarsi e di soggiornare all'estero, nonché di pagare i servizi sanitari *ivi* forniti: solo nei loro confronti i divieti nazionali in materia di PMA costituirebbero un ostacolo invalicabile.

Il turismo procreativo, inoltre, metterebbe in crisi la stessa effettività dello strumento sanzionatorio punitivo, dato che gli illeciti amministrativi, ampiamente presenti nella legge 40, non possono trovare applicazione fuori dal territorio dello Stato².

Il principio di personalità attiva, invece, troverebbe un pur limitato margine di operatività rispetto alle fattispecie che incriminano la

¹ Sul punto, si veda E. DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in S. CANESTRARI-G. FERRANDO-C.M. MAZZONI-S. RODOTÀ-P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, vol. II, t. II di S. RODOTÀ-P. ZATTI (dir.), *Trattato di bio-diritto*, Giuffrè, Milano 2011, p. 1592.

² Sul punto si veda E. DOLCINI, *Ricerca su cellule staminali embrionali importate dall'estero e legge penale italiana*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, p. 458 ss.

realizzazione, l'organizzazione e la pubblicizzazione della surrogazione di maternità, punite con la reclusione da sei mesi a due anni, e quindi con un minimo edittale inferiore ai tre anni richiesti dal primo comma dell'art. 9 c.p.: se commessi all'estero da un cittadino italiano, dunque, i predetti delitti potrebbero essere puniti soltanto su richiesta del Ministro della giustizia o su istanza o querela della persona offesa. È difficile, d'altra parte, che tali condizioni di procedibilità possano verificarsi, sia perché, in tale ambito, la persona offesa sarebbe lo stesso concepito, sia perché l'impronta etica che innerva la *ratio* di tali fattispecie costituirebbe un forte disincentivo, per il Ministro della giustizia, dall'avanzare una richiesta in tal senso³. A questi limiti andrebbe poi ad aggiungersi quello connesso alla condizione implicita della doppia incriminazione del fatto⁴, che finirebbe per precludere a monte la perseguibilità di coloro che si rechino presso Stati esteri privi di fattispecie penali corrispondenti a quelle nazionali, per realizzare il loro desiderio di genitorialità.

Per evitare i suddetti effetti distorsivi sulle condizioni di eguaglianza dei cittadini e sull'effettività della pena, oltre che per tutelare il diritto alla procreazione dell'individuo, sarebbe allora preferibile che il legislatore italiano intervenga non soltanto mitigando od elidendo, ove opportuno, l'intervento del diritto penale in materia – inteso sia in senso stretto, sia in senso ampio, come ricomprensivo delle sanzioni amministrative punitive –, ma anche apprestando una regolamentazione delle tecniche procreative che, ove rese lecite, avrebbero bisogno di una puntuale disciplina degli effetti civili a esse connessi. Quest'ultima esigenza risulta ancora più evidente alla luce delle questioni relative alla trascrivibilità in Italia dell'atto di nascita del bambino nato da una madre surrogata, validamente formato all'estero: ritenere la surrogazione di maternità come un fatto illecito e improduttivo di effetti civili, anche quando sia eseguito presso un Paese che invece non lo proibisca e ne riconosca, anzi, l'efficacia a favore della coppia committente, rischia di pregiudicare l'unicità e la certezza dello stato civile del nascituro.

³ Secondo D. MICHELETTI, *Delitti commessi all'estero e validità extraterritoriale della legge penale: profili sistematici e questioni interpretative*, in *Ann. Univ. Ferrara. Nuova serie*, vol. XIII, 1999, p. 149, «probabilmente questi reati non verranno quasi mai perseguiti poiché la maggior parte di essi ricade tra le ipotesi per cui è prevista la richiesta del Ministro di grazia e giustizia, e ragioni di opportunità fanno pensare che difficilmente potrà avverarsi una tale condizione».

⁴ Sulla questione della sussumibilità della condizione della doppia incriminazione del fatto nel disposto dell'art. 9 c.p., si veda *infra*, Cap. IV, Parte I, § 7.

L'analisi comparatistica tenderà, allora a soffermarsi su quegli ordinamenti europei che presentano sistemi sanzionatori più garantisti e meno rigorosi, nonché modelli regolatori più flessibili di quelli presenti nella legge n. 40/2004⁵, prendendoli come modello alla luce di futuri e auspicabili interventi di riforma. Tre saranno i sistemi giuridici europei analizzati: quello della Francia, che, pur vietando l'accesso alla PMA ai *singles* e alle coppie *same-sex*, nonché l'intermediazione nella surrogazione di maternità, ha previsto un sistema di fattispecie tassative e poco inclini a una strumentalizzazione del diritto penale in chiave simbolica; quello spagnolo, che ha legittimato l'utilizzo di metodiche procreative persino nei confronti delle donne *singles* e delle coppie *same-sex*, pur continuando a vietare, senza però perseguire penalmente, la gestazione per altri; e, infine, quello britannico, ove un utilizzo contenuto della sanzione penale è stato affiancato da una puntuale disciplina degli effetti civili della PMA, persino nel caso in cui si sia fatto ricorso alla surrogazione di maternità, pratica in sé ammessa e regolamentata.

⁵ Sulla tripartizione dei modelli europei di regolazione del fenomeno procreativo, si veda M.P. COSTANTINI, *La donazione dei gameti nel dibattito giuridico europeo*, in A. BARENGHI (a cura di), *Procreazione assistita e tutela della persona. Atti del convegno di Roma, 30 maggio 2010*, Cedam, Padova 2011, p. 56 ss.

PARTE I

L'ORDINAMENTO FRANCESE

1. *La normativa sull'assistenza medica alla procreazione nell'ordinamento francese: tecniche di disciplina e di incriminazione*

L'art. 2141-1 del Codice di pubblica sanità francese definisce l'*assistance médicale a la procréation* come l'insieme «di quelle pratiche cliniche e biologiche che consentono il concepimento in vitro, la conservazione dei gameti, dei tessuti germinali e degli embrioni, il trasferimento degli embrioni e l'inseminazione artificiale». Il legislatore, come già si evince dalla tecnica definitoria utilizzata nella disposizione, ha inteso intervenire a regolare il fenomeno procreativo nella misura in cui esso venga attuato mediante «*assistance médicale*»: «se la legge regola queste pratiche è a causa dell'intervento dei medici nel processo procreativo»⁶, per cui «non è la procreazione (procreazione medicalmente assistita) a essere disciplinata, ma soltanto l'assistenza medica (assistenza medica alla procreazione)»⁷. I limiti legislativamente posti, dunque, circoscrivono la facoltà di applicare interventi medici finalizzati a consentire la generazione di un figlio, mentre non è messa in discussione la generale configurabilità di un diritto alla procreazione cosciente e responsabile, ricollegabile sia al diritto alla formazione della famiglia, espressamente garantito nel punto 10 del Preambolo della Costituzione del 27 ottobre 1946⁸, sia al diritto alla salute, previsto al successivo punto 11⁹, nel senso che l'accesso alle

⁶ CONSEIL D'ÉTAT, *La révision des lois de bioéthique. Étude adoptée par l'assemblée générale plénière le 9 avril 2009*, La Documentation française, Paris 2009, p. 47.

⁷ CONSEIL D'ÉTAT, *ibidem*.

⁸ 10.: «La Nazione assicura all'individuo e alla famiglia le condizioni necessarie al loro sviluppo». In tal senso, si veda M. TORRELLI, *Le médecin et les droits de l'homme*, Berger-Levrault, Paris 1983, p. 197; J. ROBERT-J. DUFFAR, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Montchrestien, Paris 1988, p. 177.

⁹ 11.: «Essa [La Nazione] garantisce a tutti, soprattutto al bambino, alla madre e ai vecchi lavoratori, la protezione della salute, la sicurezza materiale, il riposo e il tempo libero».

tecniche di PMA, pur non costituendo un rimedio terapeutico alla sterilità, rappresenta un «*méthode de procréation alternative*»¹⁰.

I divieti penalmente sanzionati connessi al fenomeno procreativo – finalizzati, per le predette ragioni, a frenare gli eccessi e gli abusi conseguenti ai progressi delle scienze mediche¹¹ – sono parallelamente inseriti nell'ambito del *Code pénal* (CP) e del precitato *Code de la santé publique* (CSP)¹², secondo la generale tecnica di connessione tra codici “primari” e codici “serventi”, in modo che la formale “duplicazione” di tipizzazione delle fattispecie incriminatrici (la cui sede naturale non può che rinvenirsi nel codice penale) faciliti la loro conoscibilità da parte di coloro che operano nel settore biomedico e che sono dunque tenuti a conoscere lo specifico sistema normativo che lo regola¹³.

¹⁰ I. ARNOUX, *Les droits de l'être humain sur son corps*, Presses universitaires de Bourdeaux, Pessac 2003, p. 425. Secondo S. REGOURD, *Le droits de l'homme devant les manipulations de la vie et de la mort. Problèmes actuels en droit public français*, in *Revue du droit public*, 1981, p. 409, il diritto alla procreazione potrebbe essere configurato anche nella duplice accezione di diritto ad accedere alla vita e di diritto di donare la vita.

¹¹ Cfr. A. PROTHAIS, *Tribulations d'un pénaliste au royaume de l'éthique biomédicale*, in *Juris-Classeur périodique*, 1999, I, n. 3, p. 722.

¹² Soprattutto all'interno di quest'ultimo si trova una dettagliata regolamentazione della materia, soggetta a continue revisioni da parte delle Leggi di bioetica, funzionali ad adeguare la disciplina del settore biomedico ai continui mutamenti della scienza e della morale: alle leggi n. 94-548 del 1° luglio 1994, e n. 94-653 e n. 94-654 del 29 luglio 1994, sono seguite la legge n. 2004-800 del 6 agosto 2004 e la legge n. 2011-814 del 7 luglio 2011 – punto di riferimento del presente studio –, con la quale è stata ratificata la Convenzione sui diritti umani e la biomedicina del Consiglio d'Europa del 1997. Sul punto, si veda M.P. COSTANTINI, *La donazione dei gameti nel dibattito giuridico europeo*, cit., p. 56, in cui viene apprezzata la modalità evolutiva dell'ordinamento francese, a differenza della sedentarietà legislativa di altri Paesi.

¹³ Favorevole alla tecnica di duplicazione delle fattispecie del *Code Penal* nel CSP, si veda C. BARBENGER, *Protection du corps humain et/ou protection du corps médical? Réflexion sur les dispositions pénales des lois 94-653 et 94-654 du 29 juillet 1994 relatives à la protection du corps humain*, in *Petites Affiches*, 26 février 1996, n. 25, p. 4. Contro questa peculiare metodica di legiferazione sono state, peraltro, avanzate numerose critiche dalla dottrina, fondate sia sulla presenza di sviste redazionali da parte del legislatore, che spesso ha mancato di rigore «nel suo lavoro di ricopiatura», omettendo di riprodurre in uno dei due codici alcune disposizioni presenti nell'altro, sia sulle difficoltà di comprensione del precetto penale, spesso legate alla tecnica normativa del “rinvio a cascata”: così P. CONTE, *Respect et protection du corps humain (Les infractions en matière d'éthique biomédicale)*, in *Juris-Classeur – Droit Civil*, fasc. 80, n. 3; ID., *L'art de légiférer se perd-il? Réflexions en forme de pamphlet à partir de quelques illustrations de droit pénal*, in AA.VV.,

Le fattispecie in materia procreativa, inserite nel V Libro del Codice penale («*Degli altri crimini e delitti*») e classificate come «*Violazioni in materia di pubblica sanità*», integrano tutte dei delitti dolosi¹⁴ e sono, per la maggior parte, di tipo proprio, poiché per lo più realizzabili dal personale medico abilitato ad effettuare gli interventi di PMA¹⁵. Rispetto ad esse, è comunque configurabile la complicità, se-

Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps, Presses Universitaires de Bordeaux, Bordeaux 2003, p. 310; M. VERON, *Étique biomédicale, empreintes génétiques et sanction pénale. Présentation des lois n. 94-53 et n. 94-654 du 29 juillet 1994*, in *Droit pénal*, 1994, chron 67, p. 1; A. LONGO, *Le droit pénal entre autonomie et ouverture*, in J.P. DUPRAT (dir.) *Jeux de normes dans la recherche biomédicale*, Publications de la Sorbonne, Paris 2002, p. 63, 93.

¹⁴ Il loro formale inquadramento come delitti dipende dalla tipologia di sanzione comminata a livello edittale, consistente nella pena detentiva dell'*emprisonnement* e nella pena pecuniaria della multa, per le quali la legge prevede soltanto un massimo edittale, secondo la linea generale seguita dal Codice penale del 1994. Sulla tripartizione dei reati in crimini, delitti e contravvenzioni, effettuata dal codice penale francese, e sui criteri distintivi fondati sul tipo di sanzione irrogata, si veda S. BELTRANI-D. CARCANO, art. 39, in G. LATTANZI-E. LUPO (a cura di), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina. Il reato*, vol. II, Giuffrè, Milano 2010, p. 4. Secondo G. FORNASARI-A. MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, III ed., Cedam, Padova 2012, p. 16, la mancata previsione di un minimo edittale comporta l'erosione del principio di determinatezza, soprattutto per i reati di grave entità, rispetto ai quali «la distanza tra i limiti edittali di pena è tale da non consentire una effettiva preventività della sanzione che verrà di volta in volta irrogata». In tal modo, oltretutto, si allarga il potere discrezionale del giudice, mettendo in discussione il principio di uguaglianza, «dato che per lo stesso fatto è ben possibile che vengano comminate pene assai diverse».

Si tratta di delitti tipicamente dolosi, non essendo stata prevista dal legislatore la punibilità qualora i fatti vengano compiuti con la deliberata messa in pericolo dell'altrui persona e con la colpa. La norma cardine sul coefficiente psichico dei delitti è l'art. 121-3 CP: secondo J.H. ROBERT, *Droit pénal général*, IV ed., Presses universitaires de France, Paris 1999, p. 308 ss., la regola generale in tema di elemento soggettivo rilevante nei delitti è quella della punibilità per dolo. Una previsione normativa specifica sarebbe necessaria soltanto per la punibilità dei delitti a titolo di «*faute non intentionnelle*», come si evince dalla lettera della succitata norma. Sul punto, la dottrina italiana si è mostrata critica, ritenendo poco chiara la lettera dell'art. 121-3: cfr. M. DONINI, *Il delitto contravvenzionale*, Giuffrè, Milano 1993, p. 133; D. CASTRONUOVO, *Le definizioni legali del reato colposo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 504. L'A. da ultimo citato, tuttavia, successivamente si è assestato sulle posizioni non problematiche della dottrina francese, ritenendo che sia necessaria una previsione normativa espressa per la punibilità dei delitti a titolo di deliberata messa in pericolo dell'altrui persona e di colpa: D. CASTRONUOVO, *Salute e sicurezza sul lavoro. Un breve studio di diritto penale comparato ed europeo*, in L. FOFFANI (a cura di), *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo*, Giuffrè, Milano 2006, p. 214.

¹⁵ Così Sénat, Session ordinaire de 2015-2016, *Rapport d'information fait au*

condo il dettato dell'art. 121-7 CP, di chi collabori materialmente con l'autore degli interventi procreativi vietati, oppure ne faciliti la preparazione o l'esecuzione (si pensi soprattutto al personale paramedico coinvolto); oltre che di chiunque induca il personale medico a compiere gli interventi proibiti attraverso il ricorso alla minaccia, a un ordine, a un abuso di autorità o di potere (ad esempio, nel caso dei soggetti rivestiti di cariche superiori di carattere prettamente dirigenziale), oppure tramite dono o promessa (come potrebbe avvenire da parte dei soggetti beneficiari dell'intervento)¹⁶.

La materia della PMA nel sistema giuridico francese non è contrassegnata da un sistema onnicomprensivo di proibizioni: accanto ai divieti assoluti la cui trasgressione è punita *tout court*, infatti, possiamo scorgere una serie di prescrizioni che si limitano a stabilire le condizioni a cui deve sottostare l'applicazione di quelle metodiche generalmente consentite, e le correlative fattispecie che ne puniscono la violazione¹⁷.

Oltre ai reati diretti a reprimere l'applicazione delle tecniche procreative in contrasto con le prescrizioni contenute nel Codice di sanità pubblica, vengono in rilievo una serie di altre figure illecite esterne al meccanismo del rinvio al codice "secondario", realizzabili da parte di chiunque faciliti gli accordi di gestazione per altri o alteri lo stato civile del nato a seguito di un accordo di maternità surrogata: mentre la prima classe di delitti è stata posta a tutela della salute di chi si sottoponga alla PMA, la seconda categoria di delitti – come può evincersi dalla loro collocazione sistematica all'interno del codice penale – mira a proteggere l'istituto giuridico della famiglia e, in particolare, la certezza dello *status filiationis*.

Nella disciplina penale francese dell'*assistance médicale a la procréation*, quindi, la salute e la famiglia si presentano come beni giuridici "ambigui", in quanto idonei a fungere contemporaneamente da pesi e contrappesi nella predisposizione dei divieti e delle fattispecie

nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur l'assistance médicale à la procréation (AMP) et la gestation pour autrui (GPA), Par M. Yves Détraigne et Mme Catherine Tasca, Sénateurs, n. 409, Annexe au procès-verbal de la séance du 17 février 2016, pp. 19-20.

¹⁶ La pena prevista per i complici, ai sensi dell'art. 121-6 CP, sarà la stessa che la fattispecie commina per l'autore del reato.

¹⁷ Cfr. M.C. BYK, *Garanties et sanctions comme moyen de mise en oeuvre des règles éthiques et juridiques dans le domaine des sciences biomédicales. Perspectives en droit français*, in *Déviance et société*, 1989, vol. 13, n. 3, p. 249.

incriminatrici in materia: il diritto alla procreazione mediante assistenza medica, in altre parole, pur costituendo un'estrinsecazione del diritto alla salute e alla vita familiare dell'individuo, non è riconosciuto come libertà assoluta dei cittadini, ma è soggetto a diversi limiti normativi, fondati proprio sulla tutela della salute e della famiglia.

2. *Le condizioni oggettive di accesso alle tecniche: diritto alla procreazione tout court e diritto alla generazione di un figlio sano mediante la diagnosi genetica preimpianto*

L'assistenza medica alla procreazione persegue lo scopo di rimediare all'infertilità di una coppia¹⁸ o di evitare la trasmissione di una malattia particolarmente grave al concepito o a uno dei due *partners*, purché il carattere patologico dell'infertilità sia stato diagnosticato dai medici: così dispone il primo comma dell'art. 2141-2 CSP.

Prediligendo un'interpretazione estensiva fondata sulle scarse indicazioni dei decreti ministeriali emanati in materia, il «*carattere patologico*» menzionato nella norma pare riferibile sia all'infertilità dovuta a malattie dell'apparato riproduttivo che impediscano il concepimento (infertilità *stricto sensu*) o la conclusione della gravidanza (ipofertilità), sia all'infertilità discendente da cause sconosciute, diagnosticata in seguito all'autodichiarazione di ripetuti e infruttosi tentativi di concepimento naturale (infertilità "idiopatica")¹⁹. L'ulteriore fine legale di evitare la trasmissione di una grave malattia al nascituro, dimostra che il diritto alla procreazione è stato ampiamente garantito sia nella sua veste basilare di diritto al concepimento *tout court*, sia nella sua più ampia declinazione di diritto alla generazione di un figlio non affetto da patologie ereditarie: in tale direzione, il legislatore

¹⁸ Si noti che, sebbene l'incapacità di procreare che legittima l'accesso alle tecniche procreative, possa attenersi anche a uno soltanto dei membri della coppia, la norma usa l'espressione collettiva «*infertilité d'un couple*»: secondo I. ARNOUX, *Les droits de l'être humain sur son corps*, cit., p. 466, va sottolineato che «la stérilité se présente souvent comme "une affaire de couple" et que le fonctionnement de la fécondité touche chacun des deux partenaires». Si esprime in tal senso, nell'ambito delle scienze psicologiche, F. CAHEN, *L'enfant impossible*, in *Persp. psych.*, 1978, n. 4, p. 358 ss.

¹⁹ Si veda l'art. 1.2.2. del decreto del Ministero della sanità e dello sport del 12 gennaio 1999, «*relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques en assistance médicale à la procréation*»; nonché l'art. III-2.1. del successivo decreto del 3 agosto 2010.

re ha anche legittimato l'esecuzione della diagnosi genetica preimpianto sugli embrioni sospettati di presentare una patologia genetica ereditata dai genitori, subordinandola a determinate condizioni la cui violazione integra il delitto di cui all'art. 511-21 CP²⁰, a dimostrazione che la DGP non presenta un autonomo disvalore, e che i profili di offensività a essa connessi sono incardinabili esclusivamente intorno all'interesse amministrativo al rispetto delle procedure dettate in funzione dei più basilari criteri di sicurezza sanitaria²¹. Pare non emergere, inoltre, alcuna formale connessione tra la diagnosi preimpianto e il delitto di cui all'art. 214-1 CP, ove si punisce, con la reclusione criminale fino a 30 anni e con la multa fino a 7.500.000 euro, la realizzazione di qualunque «*pratica eugenetica tendente a organizzare la selezione delle persone*»: non soltanto perché la violazione delle condizioni stabilite per la regolare esecuzione della DGP integra già la specifica fattispecie di cui all'art. 511-21, ma soprattutto in ragione del fatto che la formulazione letterale dell'illecito di cui all'art. 214-1 sembra riferirsi a pratiche selettive di massa, oggettivamente connotate da una progettualità a lungo termine. Se si fosse voluto introdurre una fattispecie dotata di più esteso ambito applicativo, in grado di incriminare anche azioni selettive isolate prive di scopi eugenetici protratti nel tempo, si sarebbe dovuto ricorrere a espressioni come “realizzazione” e “selezione degli embrioni o delle persone”, al posto di concetti quali quelli di “organizzazione” e di “selezione delle persone”.

²⁰ Art. 511-21 CP: «*La violazione delle disposizioni di cui agli artt. L. 2131-4 et L. 2131-4-1, relativi alla diagnosi preimpianto, è punita con la reclusione fino a due anni e con la multa fino a 30.000 euro*».

²¹ L'art. 2131-4 CSP condiziona la legittima effettuabilità della diagnosi genetica preimpianto – che al primo comma definisce come «*la diagnosi biologica realizzata su cellule prelevate dall'embrione in vitro*» – alla certificazione sanitaria che la coppia, a causa della propria situazione familiare, «*abbia un'elevata probabilità di dare alla luce un bambino con una malattia genetica di particolare gravità riconosciuta come incurabile al momento della diagnosi*» (secondo comma). L'accertamento della particolare gravità dipende, come stabilito nel terzo comma della disposizione, dalla presenza in capo a uno degli stessi genitori o dei loro diretti ascendenti, di «*una patologia gravemente invalidante, a insorgenza tardiva e in grado di pregiudicare l'aspettativa di vita*», rispetto a cui sia stata individuata l'anomalia genetica responsabile. Il successivo art. 2131-4-1 autorizza eccezionalmente la DGP anche per effettuare ricerche, a scopo terapeutico, su una malattia genetica da cui sia affetto un bambino già dato alla luce dalla coppia, purché tale indagine non pregiudichi l'integrità dell'embrione: in questo caso, occorrerà una speciale autorizzazione dell'Agenzia di biomedicina.

2.1. *Le condizioni oggettive di accesso alla PMA come norme precauzionali autonomamente presidiate dalla sanzione penale: limite “esterno” e limite “interno” del rischio consentito*

Il fisiologico inquadramento della materia nell’ambito dell’esercizio dell’attività medica, spiega non soltanto l’apprestamento di una specifica disciplina legale in grado di assicurare il rispetto delle regole di sicurezza sanitaria, ma anche il ricorso al diritto penale come strumento volto a reprimere l’esecuzione di interventi di PMA per finalità estranee a quelle terapeutiche espressamente contemplate. A tal fine, l’art. 511-24 CP stabilisce che «*Il fatto di procedere a delle attività di assistenza medica alla procreazione per scopi diversi da quelli stabiliti all’art. 2141-2 del Codice di pubblica sanità è punito con la reclusione fino a cinque anni e con la multa fino a 75.000 euro*».

Il bene giuridico protetto, come si evince anche dalla collocazione sistematica della norma incriminatrice tra le violazioni in materia di pubblica sanità, è la salute dei ricorrenti, che vanno sottoposti all’assistenza sanitaria alla procreazione soltanto se questa presenti un’obiettivo utilità terapeutica per la loro salute²², trattandosi di un’attività connotata da profili intrinseci di pericolosità, come può generalmente dirsi per qualunque trattamento medico: se la semplice inseminazione artificiale (consistente nella meccanica introduzione dei gameti maschili nell’apparato riproduttivo femminile) rappresenta di regola il trattamento meno invasivo per entrambi i *partners* – tranne nei casi eccezionali in cui gli spermatozoi debbano essere prelevati chirurgicamente dai testicoli o dall’epididimo dell’uomo –, in tutte le ipotesi più complesse di assistenza medica alla procreazione viene invece messa puntualmente a rischio la salute della donna, sottoposta inizialmente a trattamenti farmacologici diretti a indurre l’ovulazione e all’aspirazione degli ovociti artificialmente rilasciati, e successivamente, anche attraverso anestesia, al trasferimento in utero di en-

²² Cfr. J. PENNEAU, *La responsabilité du médecin*, coll. *Connaissance du droit*, 2^a ed., Dalloz, Paris 1996, p. 85; X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, Paris 2002, p. 216, secondo cui l’evoluzione sociale ha portato a un ampliamento dell’attività medica lecita, in quanto l’interesse terapeutico *stricto sensu* inteso come curativo di un’infermità fisica è stato soppiantato da un generale “interesse medico” al benessere psichico. Invece, critico sulla funzione terapeutica dell’assistenza medica alla procreazione, evidentemente a causa di una personale concezione restrittiva del concetto di salute, è C. NEIRINCK, *L’anonymat du don de gamètes*, in P. JOUANNET-R. MIEUSSET (coord.), *Donner et après ... La procréation par don de spermatozoïdes avec ou sans anonymat?*, Springer, Paris 2010, p. 258, secondo cui «*L’assistance médicale à la procréation est un palliatif à la stérilité; elle n’est ni un soin, ni un traitement*».

trambi i gameti necessari alla fecondazione o (nel solo caso della fecondazione *in vitro*) dello stesso embrione previamente formato *in vitro*²³.

Sulla base delle suddette premesse, possiamo asserire che l'art. 2141-2, comma 1, CSP ha ricondotto la PMA nel quadro delle attività a *risque acceptable*, purché finalizzata a uno degli obiettivi terapeutici ivi previsti²⁴, in linea con quanto generalmente stabilito dall'art. R.4127-40 del CSP, secondo cui «*Il medico deve astenersi, nelle indagini e negli interventi che pratica come nelle terapie che prescrive, dal fare correre al paziente un rischio ingiustificato*»²⁵. Specularmente alla definizione delle condizioni oggettive di accesso alle tecniche, la norma pare dunque avere positivamente un dovere cautelare di astensione in capo ai sanitari, in caso di assenza dei presupposti terapeutici: nella misura in cui sia accertato che il diritto alla procreazione possa essere con successo esercitato attraverso le vie naturali, pertanto, il medico dovrebbe rifiutare di prestare la sua assistenza alla procreazione artificiale²⁶, così da non incorrere nella sanzione penale diret-

²³ Sui rischi che l'assistenza medica alla procreazione è in grado di sortire sulla salute femminile, si veda J.F. WOLF, *Espoirs et limites de l'Assistance Médicale à la Procréation: Prendre soin de l'enfant à naître*, Odile Jacob, Paris 2015, sez. 5, che menziona il rischio di iperstimolazione ovarica, di trombo-embolia polmonare (situazioni patologiche legate ai trattamenti ormonali finalizzati a indurre l'ovulazione), di emorragie, di emoperitoneo, di infezioni gravi (patologie riconducibili all'aspirazione meccanica degli ovociti), di ipertensione e di eclampsia (nel caso specifico di gravidanze procurate in età avanzata).

²⁴ Così L. ROEGERS, *Décision en médecine foetale*, John Libbey Eurotext, Paris 2004, p. 149, che tuttavia nota come l'avanzamento delle biotecnologie e il loro adattamento alle tecniche di PMA abbiano cambiato la percezione sociale del rischio consentito, dato che alcuni pretenderebbero di accedere all'assistenza medica alla procreazione anche per scopi non propriamente terapeutici, come quelli connessi all'eugenetica.

²⁵ Il contenuto della disposizione è riportato pedissequamente anche nell'art. 40 del Codice di deontologia medica. Secondo l'Ordre national des medecins – Conseil national de l'ordre, *Commentaires du Code de déontologie médicale*, 11 aprile 2013, p. 14, «*La médecine a évolué: des techniques plus audacieuses, des thérapeutiques plus actives ont augmenté les risques de complications. Plus efficace, la médecine est devenue aussi plus dangereuse. Le médecin doit éviter de faire courir au patient des risques injustifiés (article 40). L'imprudence thérapeutique médicale ou chirurgicale est sanctionnable. Cependant la prise de risque est un facteur de progrès, mais à certaines conditions: que ce risque soit identifié, évalué par le médecin, proportionné à la gravité de la maladie, annoncé avec loyauté au patient, afin que celui-ci donne un consentement éclairé*».

²⁶ La natura sussidiaria della procreazione medicalmente assistita rispetto a quella naturale è sostenuta da G. CORNU, *Droit civil – La famille*, Domat droit pri-

tamente connessa alla violazione della suddetta norma del CSP e in quella conseguente all'eventuale causazione colposa – appunto per la mancata osservanza dell'obbligo di astensione dall'applicazione delle tecniche – di eventi avversi per la salute dei beneficiari.

La summenzionata fattispecie di cui all'art. 511-24 CP finisce, dunque, per punire autonomamente la violazione della suddetta regola precauzionale, così disvelando la sua natura di *delit obstacle*, diretto a prevenire la consumazione di reati di danno (*infractions matérielles*) o di pericolo (*infractions formelles*) per l'integrità fisica o per la vita dei pazienti²⁷, commessi con la violazione colposa o manifestamente deliberata delle regole prudenziali e di sicurezza stabilite dalla legge²⁸: il riferimento, chiaramente, è alle fattispecie di omicidio involontario e di lesioni involontarie di cui agli artt. 221-6 e 222-19 CP, e a quella prevista dall'art. 223-1, che punisce la causazione di un pericolo di morte o di lesioni attraverso la violazione manifestamente deliberata di un obbligo di sicurezza o di prudenza imposto da una legge o da un regolamento. Nell'ipotesi in cui il medico abbia proceduto all'assistenza medica alla procreazione su soggetti privi delle condizioni oggettive di accesso, e abbia cagionato a loro una malattia o la morte o soltanto il pericolo della loro causazione, il delitto di cui all'art. 511-24 CP gli potrà essere imputato in concorso con una delle summenzionate fattispecie, rispetto alle quali l'addebito della colpa o della deliberata messa in pericolo potrà fondarsi, appunto, sull'inosservanza dell'art. 2141-2 CSP, che, imponendo a monte al medico di astenersi dall' eseguire interventi di procreazione assistita su pazienti non affetti da cause di infertilità o da malattie genetiche trasmissibili al nascituro, costituisce la norma precauzionale “cardine” in materia di assistenza medica alla procrea-

vé, Montchrestien 2006, p. 475. Così anche V. LARRIBAU-TERNEYRE-J.J. LEMOULAND, *La révision des lois de bioéthique: Loi N. 2011-814 du 7 juillet 2011*, L'Harmattan, Paris 2011, p. 147: tuttavia, secondo gli AA., la già rilevata possibilità di diagnosticare una condizione di infertilità anche a prescindere dall'individuazione di specifiche patologie dell'apparato riproduttivo (infertilità idiopatica), rende aggirabile il limite normativo, pregiudicando l'effettività della fattispecie (p. 156).

²⁷ Sulla categoria dei *delits obstacle*, si vedano F. DESPORTES-F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, XIII ed., Économica, Paris 2006, n. 461; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, II ed., PUF, Paris 2007, n. 205; X. PIN, *Droit pénal général 2015*, VI ed., Dalloz, Paris 2015, n. 165-166.

²⁸ Sul controverso coefficiente soggettivo della *mise en danger délibérée*, in cui sono unitariamente inquadrabili le nostrane categorie del dolo eventuale e della colpa cosciente, si vedano G. FORNASARI-A. MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, cit., p. 84 ss.; F. PALAZZO-M. PAPA, *Lesioni di diritto penale comparato*, Giapichelli, Torino 2013, p. 143 ss.

zione, segnando il limite “esterno” tra PMA vietata e PMA a rischio consentito.

Qualora l'assistenza medica alla procreazione venga eseguita nel rispetto dei suddetti presupposti terapeutici, e quindi in conformità a quanto previsto dall'art. 2141-2 *CSP*, sarà comunque onere del medico garantire che non venga superato il limite “interno” del rischio consentito²⁹, attraverso l'osservanza delle regole di sicurezza sanitaria appositamente dettate in materia dal decreto del Ministero della salute del 3 agosto 2010³⁰. La violazione colposa o manifestamente deliberata di queste ultime comporterà, qualora venga causato un evento avverso o venga cagionato il pericolo della sua verifica, l'integrazione delle fattispecie di cui agli artt. 221-6, 222-19, o 223-1 *CP*. Ad esempio, nel 2010 la Corte di cassazione penale ha rigettato il ricorso esperito contro una sentenza di condanna pronunciata dalla Corte di appello di Lione per il delitto di cui all'art. 223-1, nei confronti di un medico che aveva sottoposto una donna ricorrente alla PMA a numerosi cicli di stimolazione ovarica in grado di condurre a una sindrome da iperstimolazione potenzialmente invalidante, vio-

²⁹ Per un approfondimento sulla questione del limite “esterno” e “interno” del rischio consentito, nell'ordinamento italiano, si veda *infra*, Cap. II, Parte 2, § 2 ss.

³⁰ Come indicato dall'art. 2141-10, quinto comma, e dall'art. 2141-1, comma 6, *CSP*, l'applicazione delle tecniche mediche procreative consentite dall'ordinamento e il procedimento di stimolazione ovarica, dovranno essere conformi alle regole di sicurezza sanitaria specificamente previste dal Decreto del Ministero della salute del 3 agosto 2010, che ha modificato il Decreto dell'11 aprile 2008 relativo alle regole sulle buone pratiche cliniche e biologiche di assistenza medica alla procreazione. Tra le indicazioni generali spicca l'art. II-2., in cui sono indicati gli esami clinici da effettuare sui componenti della coppia prima di sottoporli alla PMA, nonché i criteri di cui l'*equipe* medica deve tenere conto prima di scegliere la metodica procreativa da applicare, *ivi* compresi l'età dei *partners*, la durata dell'infertilità, gli esiti degli esami clinici effettuati, e la valutazione costi-benefici della tecnica da eseguire; l'art. II-4, in cui sono indicati i test di sicurezza sanitaria da eseguire sia in caso di PMA omologa sia in caso di PMA eterologa. Tra i criteri specificamente volti ad evitare pregiudizi per la salute della donna ricorrente e dell'eventuale donatrice di ovociti, risalta quello contenuto nell'art. III-1.2., secondo cui la stimolazione ovarica deve essere eseguita tenendo conto dell'età della paziente e della risposta del suo fisico ai precedenti tentativi di stimolazione; nell'art. III-2.1., secondo cui la stimolazione ovarica – che va monitorata attraverso indagini ecografiche ed eventualmente ormonali – deve essere eseguita bilanciando l'esigenza di ottenere un numero ragionevole di ovociti maturi con la necessità di limitare il rischio di iperstimolazione ovarica grave nel paziente. Con riferimento al prelievo chirurgico degli spermatozoi, l'art. III-3. prescrive che l'intervento debba essere coadiuvato da controlli biologici sulla reazione del paziente, e che tra un prelievo e l'altro debba passare un periodo di tempo non inferiore a sei mesi.

lando deliberatamente le norme precauzionali contenute nell'allora vigente decreto ministeriale del 12 gennaio 1999³¹.

La ragionevolezza della delineata opzione anticipatoria dell'intervento penale si coglie proprio in virtù della rilevanza fondamentale del bene giuridico in gioco; ma, al contempo, rischia di pagare un pegno di irrazionalità nel sanzionare chi applichi la PMA a beneficio di soggetti che perseguano obiettivi *lato sensu* terapeutici non riconducibili a quelli espressamente previsti dall'art. 2141-2 CSP. Il pensiero va, anzitutto, a coloro che, pur non affetti da una patologica infertilità, siano costretti ad assumere farmaci o a sottoporsi a trattamenti chirurgici ben più invasivi dell'assistenza medica alla procreazione, al fine di superare cause non impeditive della procreazione ma soltanto ostative. E, in secondo luogo, ai *singles* e alle coppie *same-sex*, che sono ovviamente affetti da un'incapacità fisiologica, e non necessariamente patologica, di procreare naturalmente, per via della mancanza di un *partner* di sesso opposto, e nei cui confronti vigono comunque – come vedremo – anche delle preclusioni di carattere marcatamente soggettivo per l'accesso alle tecniche.

3. *Le condizioni soggettive di accesso alla PMA e la fattispecie che ne punisce la violazione*

La compressione delle libertà riproduttive, implicita nel primo comma dell'art. 2141-2 CSP, si rende evidente nel suo secondo comma: «*L'uomo e la donna che fanno parte della coppia devono essere entrambi viventi, in età fertile e devono dare il proprio consenso preventivo al trasferimento dell'embrione o all'inseminazione. Costituiscono cause ostative al trasferimento dell'embrione o all'inseminazione il decesso di uno dei componenti della coppia, il deposito di una richiesta di divorzio o di separazione della coppia o la cessazione della convivenza, così come la revoca per iscritto del consenso dell'uomo o della donna al medico incaricato di eseguire l'assistenza medica alla procreazione*». La norma, che prescrive i requisiti soggettivi che devono presentare gli individui ricorrenti all'assistenza medica alla procreazione, oltre che le relative cause ostative, stabilisce implicitamente il divieto di effettuare interventi procreativi su soggetti con caratteristiche non rispondenti a quanto *ivi* prescritto: *singles* e coppie *same-sex*, nonché coppie *opposite-sex* in età non più fertile, di-

³¹ Cour de cassation, Chambre criminelle, 29 juin 2010, 09-81661.

vorziate, separate, non più conviventi, in cui uno dei *partners* sia deceduto, o che non abbiano prestato il loro consenso al trasferimento dell'embrione o all'inseminazione. L'esecuzione della PMA su soggetti privi dei suddetti requisiti soggettivi è punita – con la reclusione fino a cinque anni e con la multa fino a 75.000 euro – dall'art. 511-24 CP, il cui precetto sanziona l'inosservanza della norma del codice secondario attraverso il meccanismo del "rinvio secco"³²: è, dunque,

³² Proprio con riguardo alla punibilità dell'inosservanza del precetto in esame, possono sorgere delle questioni problematiche, invero sottaciute dalla dottrina francese: la formulazione linguistica dell'art. 511-24 CP, che punisce, come già esaminato, la realizzazione di interventi di assistenza medica alla procreazione «à des fins autres que celles définies à l'article 2141-2 du Code de la santé publique», è in grado di sollevare dei dubbi interpretativi circa la possibilità di ricomprendere nel suo ambito applicativo la violazione dei predetti requisiti soggettivi. L'utilizzo della parola *fins*, infatti, potrebbe far pensare che la norma penale rinvii esclusivamente alla violazione del primo comma dell'art. 2141-2 CSP, che stabilisce gli obiettivi del ricorso alla procreazione medicalmente assistita e non, invece, del secondo comma, che ne definisce le condizioni soggettive.

Tuttavia, sia l'esigenza di non affievolire l'effettività di tutta una serie di divieti che, altrimenti, non sortirebbero alcuna funzione preventiva generale – a prescindere dalle più che legittime remore relative all'opportunità di sanzionare penalmente l'agevolazione, da parte del medico, della costituzione di un modello familiare opposto a quello recepito come tradizionale –, sia la constatazione che quando il legislatore formula una norma codicistica penale per punire la violazione di un preciso comma di un articolo del Codice di pubblica sanità, tende a menzionarlo espressamente e inequivocamente nella stessa norma sanzionatoria, può portare l'interprete a concludere che l'art. 511-24, richiamando in via generale l'art. 2141-2 CSP, abbia voluto punire la violazione delle disposizioni contenute in entrambi i commi. La parola *fins*, contenuta nella norma penale, andrebbe pertanto interpretata estensivamente e con un significato ricomprensivo non solo degli obiettivi di cui al primo comma dell'art. 2141-2, ma anche delle condizioni di cui al suo secondo comma. È indiziante, in tal senso, l'espressione usata nel primo comma della versione ormai abrogata dell'art. 2141-2 CSP, secondo cui «L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple»: il collegamento finalistico tra l'assistenza medica alla procreazione e la domanda di una coppia era messo in luce dal predicato «est destinée», che avrebbe potuto rappresentare la chiave ermeneutica per considerare i requisiti soggettivi di accesso alle tecniche procreative come degli scopi sottesi alla realizzazione di esse e, come tali, a pieno titolo rientranti nei «fins» menzionati dall'art. 511-24 CP. Sebbene la nuova versione dell'art. 2141-2 non contenga più la predetta espressione di carattere funzionalistico – disponendo invece che «L'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple» –, si può ritenere che la coppia, intesa secondo i limiti e le precisazioni di cui al secondo comma della disposizione, e il suo progetto genitoriale, continuino a rappresentare il vero fine ultimo dell'assistenza medica alla procreazione, la cui violazione è pertanto da considerarsi punibile ai sensi dell'art. 511-24 CP.

Un'ulteriore conferma di tale interpretazione si può evincere dall'art. 726-14 CP, applicabile al territorio d'oltre-mare della Mayotte, secondo cui: «L'article

dall'art. 2141-2 CSP che si trae il contenuto del precetto penale.

A tal proposito, possiamo notare che la norma risulta tipizzata in modo più tassativo nella sua seconda parte, ove sono precisate le cau-

*511-24 è così redatto: È punito con la reclusione fino a cinque anni e con la multa fino a 75.000 euro il fatto di procedere ad attività di assistenza medica alla procreazione allorché non soddisfi la domanda di genitorialità della coppia o laddove la coppia beneficiaria non sia composta da un uomo e da una donna entrambi viventi, in età fertile, sposati o capaci di portare la prova di una convivenza di almeno due anni e previamente consenzienti al trasferimento degli embrioni o all'inseminazione artificiale [co. 1]. È punito con la stessa pena il fatto di procedere ad attività di assistenza medica alla procreazione per un obiettivo diverso da quello di rimediare a un'infertilità il cui carattere patologico sia stato medicalmente diagnosticato o di evitare la trasmissione al nascituro di una malattia di particolare gravità [co. 2]». Si tratta di una norma incriminatrice ad applicazione territoriale limitata, ma omologa a quella generalmente applicabile nel territorio francese. La differenza tra le due risiede nella formulazione normativa: mentre il precetto penale generale di cui all'art. 511-24 CP è stato interamente costruito secondo l'ambigua tecnica del rinvio agli scopi delineati nell'art. 2141-2 CSP, di cui punisce la violazione, la corrispondente norma incriminatrice efficace nel solo territorio della Mayotte è stata formulata in modo particolarmente tassativo, evitando ogni riferimento al Codice di sanità pubblica e delineando puntualmente i contorni della condotta incriminata, ossia l'esecuzione delle tecniche in violazione sia delle condizioni oggettive sia delle condizioni soggettive di accesso alle tecniche (che sono le stesse di quelle indicate nell'art. 2141-2 CSP, salva la specificazione che la durata della vita in comune dei due componenti della coppia deve essere di almeno due anni). Insomma, si tratterebbe di due fattispecie incriminatrici diverse nella forma ma identiche nel contenuto, per cui la norma penale applicabile nel territorio della Mayotte potrebbe fungere da valido strumento per interpretare l'infelice espressione «*fins autres que celles définies à l'article L. 2141-2 du code de la santé publique*», contenuta nell'art. 511-24 del codice penale francese, come riferibile all'intero complesso delle condizioni oggettive e soggettive elencate nell'art. 2141-2 CSP.*

La necessità di interpretare l'art. 511-24 CP come norma che sanziona la violazione dell'intero art. 2141-2 CSP risulta ancora più enfaticamente se si pensa che nel secondo comma di quest'ultima disposizione risulta stabilito anche l'obbligo della prestazione del consenso, da parte della coppia ricorrente, al trasferimento dell'embrione o all'inseminazione (le informazioni propedeutiche alla prestazione del consenso sono fornite dal medico ai sensi dell'art. 2141-10 CSP e devono avere ad oggetto «*les risques et les chances de succès, les astringences et les inconvénients du traitement*»: V. WILLELMIN, *Insemination artificielle avec donneur. Etude comparative des droits français, allemand et suisse*, Institut de droit de la santé, Neuchâtel 1996, p. 5). In assenza di una specifica norma diretta a sanzionare l'assistenza medica alla procreazione effettuata senza il consenso della coppia, non è pensabile che possa restare impunita la violazione di questa prescrizione, in cui è inequivocabilmente riscontrabile l'obiettivo di tutelare la libertà di autodeterminazione e la salute dei soggetti ricorrenti alle tecniche: non resta, allora, che concludere che il generico rinvio contenuto nell'art. 511-24 consenta di punire la violazione dell'intero corpo di prescrizioni contenute nell'art. 2141-2 CSP, ivi compreso l'obbligo di raccogliere il consenso dei ricorrenti alle tecniche.

se ostative alla realizzazione dell'assistenza medica alla procreazione, non mostrandosi invece particolarmente chiara su quelli che dovrebbero essere gli speculari requisiti positivi per ricorrervi, indicati approssimativamente nella sua prima parte. In particolare, il diritto a ricorrere alla PMA per le coppie sposate e per quelle conviventi non è stato esplicitato nell'iniziale catalogo dei requisiti soggettivi, ove il legislatore si è limitato a fare un generico riferimento alla «*couple*», ma si evince soltanto dall'inclusione, tra le cause ostative, del «*dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou cessation de la communauté de vie*». Inoltre, mentre rispetto alla rottura dello stato di coniugio, è apprezzabile la precisione del legislatore nell'aver menzionato anche la semplice istanza di divorzio o di separazione come impedimento legale all'inizio o alla prosecuzione dei trattamenti, il generico riferimento alla cessazione della comunanza di vita non dà alcuna indicazione circa la durata minima del periodo di convivenza necessario per accedere legalmente alla PMA³³. Si tratta di una lacuna resa ancora più evidente dalla circostanza che, prima della riforma del 2011, la stessa norma indicava invece che «*L'uomo e la donna che formano la coppia [...] devono essere sposati o in grado di dimostrare una vita comune di almeno due anni*»: abrogata questa parte della disposizione, per accedere all'assistenza medica alla procreazione risulta sufficiente un'autocertificazione della coppia sull'attualità dello stato di convivenza, senza bisogno di fare alcun riferimento alla sua durata³⁴. La vaghezza della prescrizione, da una parte, inficia la tassatività della norma incriminatrice *per relationem* prevista all'art. 511-24 CP, dall'altra – consentendo facili aggiramenti del divieto attraverso la certificazione di fatti non rispondenti al vero –, pare destituirsi di effettività³⁵: risulta davvero ardua, infatti, la prova giudiziale dell'assenza della convivenza tra i soggetti facenti parte della coppia richiedente e, al contempo, non pare ragionevole dover preventivamente addossare ai medici, che sono i veri destinatari dei precetti penali in esame, le complessità e le lungaggini legate all'oneri di indagare sulla vita privata dei richiedenti.

³³ Sénat, Session ordinaire de 2015-2016, *Rapport d'information*, n. 409, cit., p. 17.

³⁴ Lo rileva anche V. DUCHESNE, *Repenser l'alliance matrimoniale avec l'assistance médicale à la procréation en situation migratoire*, in *Parenté et techniques de reproduction assistée*, 21, 2014, p. 136.

³⁵ Sulla facile praticabilità di questa forma di inganno, si veda E. CAMUZET, *La convention de gestation pour autrui: Une illégalité française injustifiée*, Thèse doctorale, Université du Droit et de la Santé de Lille 2, Lille, 2006, in <http://edocto.rale74.univ-lille2.fr>, p. 45-46.

Privo di determinatezza appare anche il divieto di applicare la PMA su coppie in età non più fertile, poiché il legislatore ha omesso di specificare il limite anagrafico dei beneficiari delle tecniche, con l'evidente rischio che sia il giudice a ritagliare discrezionalmente l'ambito applicativo della fattispecie nella parte in cui punisce l'esecuzione delle tecniche in violazione del relativo requisito. Solo recentemente l'Agenzia di biomedicina, in un parere emesso dal suo Consiglio di orientamento, ha generalmente fissato a 43 anni per le donne e a 60 anni per gli uomini la soglia massima della naturale fertilità³⁶, condizionando anche una pronuncia della Corte amministrativa di appello di Versailles, con cui è stato negato a due uomini di età superiore di avere accesso ai trattamenti procreativi con le rispettive *partners*³⁷. Ad oggi non sono state mai emesse pronunce di condanna contro medici accusati di avere eseguito le tecniche procreative su soggetti in età non più fertile, in violazione dell'art. 511-24 *CP*, ma è chiaro che il rispetto del principio di legalità debba impedire a un giudice penale di considerare vincolante il parere emesso da un organo amministrativo, non esplicitamente né implicitamente richiamato dalla disposizione del codice di pubblica sanità e non in grado di integrare formalmente il precetto penale.

Risulta, invece, conforme al principio di tassatività la scelta legislativa di esprimere chiaramente la regola per cui il venir meno dei requisiti soggettivi in un qualunque momento dell'*iter* esecutivo della PMA osti alla prosecuzione dei trattamenti («*Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons [...]»*), così evitando di fare sorgere un'eventuale *impasse* qualora la rottura del rapporto coniugale o di convivenza o il decesso del *partner* avvengano nella fase intermedia tra la formazione dell'embrione *in vitro* e il suo trasferimento in utero: vi è quindi un divieto assoluto di procedere alla PMA *post mortem* o successivamente al divorzio o alla cessazione della comunanza di vita dei due *partners*.

Il catalogo dei requisiti soggettivi contenuto nell'art. 2141-2 *CSP* è chiaramente finalizzato ad assicurare al nascituro l'inserimento all'interno di un modello familiare tradizionale, di carattere bigenitoriale ed eterogenitoriale, ove la donna – a differenza di altri ordinamenti, come quello spagnolo e britannico, che la contemplan

³⁶ Agence de la biomédecine, *Avis du conseil d'orientation du 8 juin 2017 – Réflexions sur l'âge de procréer en assistance médicale à la procréation (AMP)*.

³⁷ Cour administrative d'appel de Versailles, 5 mars 2018, n. 17VE00824 et 17VE00826.

destinatario unico delle tecniche, a prescindere dal suo stato civile – è considerata legittima beneficiaria dell'assistenza medica alla procreazione soltanto in quanto attualmente parte di una coppia *opposite-sex* coniugata o convivente: non a caso, prima dell'introduzione della disciplina legale della PMA in Francia, in alcuni ambienti religiosi si era sollevato il timore di «uno scivolamento della società verso forme sospette di matriarcato, attribuenti alla donna il ruolo di madre che non accetta di essere sposata»³⁸. Da questo punto di vista, l'apertura della legislazione in materia anche ai conviventi, ha almeno costituito un'importante presa di coscienza di come, nella società moderna, il matrimonio non possa più rappresentare l'unica veste giuridicamente riconosciuta alle coppie, né l'unica formazione sociale in cui debba essere garantito il diritto alla procreazione, nella sua specifica accezione di diritto a formare una famiglia: del resto, gli stessi istituti civilistici della separazione e del divorzio – giustappunto menzionati tra le cause ostative del cominciamento o della prosecuzione dei trattamenti procreativi – provano che il vincolo di matrimonio contratto dai *partners* non è di per sé intangibile e non è quindi in grado di garantire al minore la continuità del nucleo familiare originario, pur non privandolo della possibilità di confluire, naturalmente e giuridicamente, entro nuovi modelli familiari “scissi” e talora “allargati”, originati da ciascuno dei genitori autonomamente o con nuovi rispettivi *partners*. Tuttavia, non può non constatarsi che la disposizione del Codice di sanità pubblica non risulta al passo con i tempi, non avendo recepito la progressiva accettazione, da parte della società, prima, e dello stesso legislatore, poi, di modelli familiari a carattere monogenitoriale od omogenitoriale: «Les conjugalités et parentalités contemporaines, avec le concubinage, le pacs, les recompositions familiales, l'adoption, le recours à de nouvelles techniques procréatives, les unions de personnes de même sexe et l'homoparentalité, questionnent les définitions que la société se donne de la parentalité, de la famille, de la filiation, et finalement de sa propre continuité. Malgré cette pluralisation des configurations familiales, le droit actuel de

³⁸ Michel Viot, pastore evangelista, intervista pubblicata su *Le Monde*, 22 novembre 1978. Viceversa c'era chi, come l'allora ministro della giustizia Robert BADINGER (*Les droits de l'homme face au progrès de la médecine, de la biologie et de la biochimie*, in *Le Débat*, 36, 1985, p. 4 ss.), affermava che la donna «peut décider seule de porter un enfant et de lui donner la vie sans qu'aucun homme, serait-il le compagnon d'un soir, soit nécessaire à la procréation». Per uno studio sociologico sul declino della famiglia tradizionale e della figura paterna, si veda P. GUTTON, *La chambre des amants: la mère, la père, l'enfant*, Odile Jacob, Paris 2011, p. 190 ss.