

## INTRODUZIONE ALLA IV EDIZIONE

A distanza di tre anni una riflessione di bioetica e di biodiritto più aggiornata su diverse problematiche d'inizio vita, che già sono state oggetto di attenzione nelle precedenti edizioni, si è resa necessaria in considerazione della discussione etica più recente e degli interventi legislativi e giurisprudenziali che si sono avuti in questo settore. In specie la L. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita aveva già subito non pochi interventi da parte delle corti minori e della Corte costituzionale, interventi che hanno inciso sulla sua applicazione, apportando dei correttivi finalizzati ad orientare la normativa in chiave costituzionale.

Non manca una indagine di natura comparata, data l'insufficienza dell'analisi della mera dimensione nazionale. Il diritto statuale deve necessariamente confrontarsi con esperienze normative straniere, in specie con quelle continentali e con la Corte Europea dei diritti fondamentali. Pertanto, il titolo di questo volume e la sua impostazione sono rimasti gli stessi, ma il contenuto è di molto cambiato e può risultare un utile strumento di informazioni per coloro che oggi intendono avvalersi di un percorso procreativo attraverso la PMA.

Anche in questa quarta edizione ho cercato di offrire un panorama dialettico, mostrando i punti di vista opposti nel dibattito etico e giuridico odierno. Sottesa tuttavia ad una riflessione pluralista, a un confronto aperto e laico, vi è comunque un'opzione teorica importante: che l'etica si fondi su prescrizioni razionali. E ciò implica anche l'emarginazione di posizioni inaccettabili, depotenziando la tesi della "pari dignità" di tutte le posizioni bioetiche: la 'pari dignità' le idee se la conquistano nel corso del dibattito e in base alle ragioni che ne sono poste alla base, non certo per il semplice fatto che qualcuno le sostenga.

Ho avuto il privilegio in questi ultimi diciassette anni di fare parte del Comitato Nazionale per la Bioetica presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Un Comitato pluralista, composto da illustri Colleghi nei diversi settori del sapere, che ha avuto il compito di formulare pareri e indicare alla società e al mondo politico significati e soluzioni per affrontare i pro-

blemi di natura etica e giuridica che possono emergere con il progredire della scienza.

Nel 2016 mi è stato possibile dare vita presso il Dipartimento di Giurisprudenza di Roma Tre al corso di 'Bioetica e biodiritto'. Un 'nuovo nato' che ha il compito, pienamente riuscito in questi anni di insegnamento, di stimolare gli studenti a riflettere sul delicato intreccio tra etica e diritto e a comprendere come sia complessa la tutela, il bilanciamento dei diritti umani a fronte del rapido sviluppo delle scienze della vita e della cura dell'essere umano.

Roma, 30 settembre 2019

## CAPITOLO PRIMO

# LA NECESSITÀ DELLA LEGGE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'intervento legislativo: come fare di necessità virtù. – 3. La scelta procreativa: modelli etici e giuridici. – 3.1. Il modello libertario. – 3.2. Il modello personalista. – 3.3. Il modello della Chiesa cattolica. – 3.4. Scelte legislative e giurisprudenziali a confronto. – 3.4.1. Il modello giuridico angloamericano. – 3.4.2. Il modello giuridico continentale.

### 1. Premessa

Le tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA), sebbene risalgano alla fine del Settecento<sup>1</sup>, sono state fino alla metà avanzata dello scorso secolo un mezzo procreativo limitato e marginale. Da qui anche la spiegazione del motivo per cui gli Stati, prima di questi ultimi quarant'anni, non abbiano sentito l'esigenza di una specifica disciplina in materia, limitandosi al massimo a disporre in merito a singoli aspetti.

Il ricorso alla PMA è divenuto frequente alla fine degli anni '70 da un lato, a seguito dell'evoluzione delle tecniche che hanno reso possibile il passaggio da una manipolazione superficiale 'conservativa', ad una manipolazione ben più radicale, addirittura 'trasformativa'; dall'altro a causa di un profondo mutamento sociale anche in seno alla famiglia che ha consentito una diversa visione della filiazione, meno legata all'origine naturale. Ne è conseguito che la PMA è stata progressivamente regolamentata in molti paesi nel Continente e fuori del Continente. È soltanto con la L. 40/2004 che l'Italia ha disciplinato attraverso un sistema organico di norme la PMA.

In altra occasione mi sono soffermato sull'opportunità o meno di un in-

---

<sup>1</sup>Notizie di inseminazione si hanno in Inghilterra rispettivamente negli anni 1780 e 1884. I primi studi ed esperimenti in Italia risalgono alla fine del sec. XVIII ad opera del biologo Lazzaro Spallanzani.

tervento dello Stato nell'ambito delle biotecnologie; sui rischi di un'etica pubblica rafforzata dalla legge; sulla possibilità di controllare la scienza rinviando ad altre fonti, ad altri ordinamenti non statuali (regole deontologiche del medico), o infine sulla possibilità che si privilegi la strada giurisprudenziale, facendo affidamento all'operato del giudice nella soluzione di eventuali conflitti<sup>2</sup>.

Questi dilemmi si ripropongono nel campo più ristretto della PMA e anche in questa materia ritengo che un intervento legislativo, con tutte le cautele e problematiche, può essere ritenuto auspicabile a fronte della necessità di salvaguardare principi non certo autodifendibili, di comporre la tensione tra le esigenze della ricerca scientifica e il rispetto dei valori primari che garantiscono la dignità della persona. Proprio in questo campo è difficile credere che le tecniche di fecondazione, che toccano questioni eticamente sensibili e interessi contrapposti, non suscitino particolari difficoltà e che – stante il silenzio della legge – tutte le parti coinvolte siano protette e siano evitati abusi nei confronti degli 'altri'.

È conferma di ciò il fatto che in tutti i paesi dove non si è legiferato, gli effetti della PMA non sono caduti in 'uno spazio libero da diritto'. È spettato alle corti di giustizia risolvere quelle conflittualità date dall'utilizzo delle diverse tecniche, dai diversi interessi e diritti in gioco dei figli da una parte e dei genitori sia genetici che sociali dall'altra, dalle possibilità di tutela assicurate all'embrione, richiamandosi – nell'ambito dei propri rispettivi ordinamenti – a principi costituzionali, norme penali, norme di diritto di famiglia, alla disciplina dei contratti, agli usi e costumi. Il risultato non è stato sempre soddisfacente: il più delle volte è stato difficile offrire agli utenti delle tecniche una linea giurisprudenziale univoca.

Sulle diverse problematiche suscitate dalla PMA i giudici, se da una parte hanno avuto il merito di assumersi la responsabilità di adattare il 'nuovo', emergente dalla scienza e da esigenze sociali, non altrettanto prontamente recepito a livello legislativo, dall'altra, come vedremo in seguito, analizzando singole fattispecie, non sono stati in grado di fornire orientamenti omogenei e sicuri, realizzando 'certezza di diritto'. E va anche detto che non è mancata la dimensione creativa di alcuni giudici che hanno accreditato il prodotto della propria personale ideologia con esiti eversivi del sistema. Il ritardo della politica e la sua indifferenza o timore verso i temi etici ha agevolato e agevola questa sovrapposizione di compiti tra giudiziario e legislativo.

---

<sup>2</sup>L. D'AVACK, *Verso un antidestino. Biotecnologie e scelte di vita*, 2<sup>a</sup> ed., Torino 2009.

Va considerato che, a fronte delle crescenti possibilità offerte dalla scienza alla procreazione, nei paesi europei, ed anche fuori del Continente, è stata prevalente l'opzione che spettasse al legislatore fare una scelta, sia che intendesse garantire un libero accesso ai metodi che vengono offerti, sia al contrario che intendesse svolgere un ruolo più prudente e impedire di utilizzare alcune procedure le cui applicazioni rischiano di mettere in discussione valori della persona, considerati fondamentali. È stato compito del legislatore nei sistemi di *civil law* interrogarsi sulla titolarità e sulla entità della libertà/responsabilità che è opportuno attribuire ai soggetti che accedono alla PMA omologa o eterologa<sup>3</sup>, sull'entità e sulle modalità di garanzia della tutela dell'embrione, sul significato da dare alla paternità e alla maternità e se queste siano riconducibili solo alla trasmissione dei dati genetici, sui limiti da porre all'eugenismo, su come tutelare gli interessi e i diritti del nato da PMA con donatori/donatrici<sup>4</sup>, come regolamentare i rapporti fra questi ultimi e le famiglie sociali.

A queste ragioni etiche e giuridiche, che evidenziano la rilevanza di un intervento della legge, si sono aggiunti motivi sociali ed economici. Lo Stato è chiamato a tutelare la salute pubblica mediante un controllo sull'uso e la qualità delle tecniche nell'interesse degli utenti. E questo controllo sociale per essere efficace deve esercitarsi non solo al livello di applicazione delle pratiche, ma anche a quello della sicurezza delle strutture mediche nel rispetto della legge interna e delle direttive europee.

## 2. L'intervento legislativo: come fare di necessità virtù

Nell'affrontare il problema generale della regolamentazione giuridica della PMA dobbiamo tenere conto di una serie di difficoltà che si pongono al lavoro del legislatore.

Manca una piena conoscenza della vicenda scientifica e dei sistemi di previsione e valutazione del bilanciamento rischi/benefici nell'applicazione

---

<sup>3</sup>Faremo uso del termine 'eterologa' in quanto sempre presente nelle legislazioni e nella letteratura bioetica e scientifica. Tuttavia si è consapevoli che si tratta di una terminologia impropria, in quanto 'eterologo' in medicina e biologia è detto di organo, tessuto, sostanza organica provenienti da specie animale diversa da quella considerata.

<sup>4</sup>Nel prosieguo del testo, secondo l'uso corrente, si utilizza prevalentemente il termine di 'donatore/trice', sebbene sia noto che la cessione dei gameti non sempre avviene a titolo gratuito, bensì a seguito di compensi a volte espressamente previsti dalle legislazioni, anche sotto forma di indennità.

delle diverse tecniche. Ciò genera equivoci sui modi attraverso i quali il diritto deve disciplinare l'uso di tali tecnologie, nonostante gli incontestabili progressi fatti negli ultimi anni nella chiarificazione concettuale dei problemi a esse connessi. Difficoltà che sembrano provenire anche e innanzitutto dal carattere vago e indeterminato del senso delle parole utilizzate necessariamente come referenti. In particolare le espressioni 'salute' e 'dignità' umana necessitano di essere precisate quando si ricollegano all'enunciato giuridico, avendo significati non sempre unanimi nel linguaggio della scienza e dell'etica. Il modo di intendere la salute o la dignità umana ha rilevanti implicazioni sul modo di regolare la PMA.

Da sempre si discute su cosa debba intendersi per 'salute'. Discussione non priva di importanza, soprattutto se la salute è considerata un diritto fondamentale dei cittadini ed un dovere di proteggerla per chi governa. Già nel 1948 l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) definiva la salute come «uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non solamente l'assenza di malattia o d'infermità» e nel 1984, in occasione della Carta di Ottawa, la politica della salute come «il processo che permette alle persone di aumentare il controllo su di sé e migliorare la propria salute». Una definizione troppo ampia, difficile da realizzare e tutelare. Per quanto accettabile un ripensamento della salute nella compresenza di elementi oggettivi e soggettivi, gli eccessi di soggettivazione e relativizzazione della salute portano ad una visione utopica che implicherebbe il rischio di medicalizzare l'intera società, con risvolti economici insostenibili. Così correnti di pensiero ritengono opportuno collegare la salute alle capacità di 'autogestione' e di 'adattamento' alle nuove sfide sociali, ambientali e psicologiche, promuovendo una medicina sempre più personalizzata che pone l'individuo ancor più al centro del processo di cura. Ma anche il termine di 'adattamento' non è privo di critiche, quando lo si rapporta allo sforzo che la società deve fare per assicurare la salute come un bene pubblico, piuttosto che adattarsi a garantire la sopravvivenza.

Ancora non si può sottovalutare come la 'dignità umana' – più volte richiamata in questi contesti e che ha trovato alla fine della seconda guerra mondiale ampio riconoscimento sia nelle fonti costituzionali sia nelle fonti internazionali e sovra-nazionali<sup>5</sup> – risulti espressione fortemente indeter-

---

<sup>5</sup> Il richiamo alla 'dignità umana' è ricavabile in numerosi articoli della nostra Carta costituzionale, sia direttamente che indirettamente (artt. 2, 3, 13, 15, 24, 32 e 41). Così anche in modo esplicito la Costituzione tedesca (1949). Valore che troviamo nel Preambolo della *Carta delle Nazioni Unite* (1945), nel preambolo e nell'art. 1 della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* (1948). In epoca più recente il principio della dignità è richiamato nel-

minata, abbia dei significati multipli e sia spesso l'oggetto di interpretazioni radicalmente opposte. Un concetto per alcuni ritenuto astratto, ambiguo e inutile e su cui si tende a costruire una bioetica ostruzionista, conservatrice, oscurantista, pensata per imporre valori religiosi in politica o per opposizioni irragionevoli agli strumenti messi a disposizione della scienza. Per altri invece la dignità umana fondata sulla persona, è l'unico riferimento oggettivo che la bioetica può riconoscere sul piano razionale per affermare il rispetto nei confronti di ogni essere umano, senza distinzioni o discriminazioni sulla base di condizioni diverse di esistenza (nascituro o nato, sano o malato, abile o disabile).

Si tratta di una nozione che può in effetti richiamare differenti letture, dato che molteplici sono le tradizioni culturali, filosofiche e religiose che spiegano perché gli esseri umani abbiano dignità e perché questa in determinate circostanze venga meno. «Si possono – osserva Demetrio Neri – anche intraprendere interessanti esercizi intellettuali tendenti ad individuare un nucleo fondamentale eventualmente presente in tutte le tradizioni, ma avendo ben chiara la consapevolezza del fatto che ogni tentativo di fissare il contenuto della nozione di dignità umana rischia di perdere qualcosa della sua ricchezza, così che il meglio che si possa fare è di mantenere la nozione nella sua intrinseca indeterminazione. Questo può non essere soddisfacente, in specie per chi pretende di possedere l'unica autentica interpretazione della nozione, ma non è da considerare necessariamente un difetto: in primo luogo, perché apre la nozione ad una continua ridefinizione e arricchimento con nuove dimensioni non contemplate nelle concezioni e tradizioni; e, in secondo luogo perché impedisce (o almeno dovrebbe impedire) di usare l'appello al principio del rispetto della dignità umana come una sorta di ascia per troncare ogni ulteriore discussione»<sup>6</sup>.

Sta di fatto che questo concetto (la dignità umana) può divenire l'alibi per la rivendicazione di diritti contrapposti, per ogni genere di pretesa d'inizio vita e fine vita, per ogni sorta di intervento medico indicato utile per il singolo come per la società. In via molto generale si può ricordare che accanto ad una nozione liberale-libertaria che intende la dignità come attribuzione all'individuo – in quanto soggetto libero – di pretese verso lo Stato e verso gli altri

---

la *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea* (2000) e nella *Dichiarazione universale sulla bioetica e diritti umani* (2005) fra i suoi "scopi". La teoria prevalente è che nelle Carte europee e internazionali che ne fanno riferimento la clausola acquisisca il carattere di principio generale di diritto, come *ratio iuris*.

<sup>6</sup>D. NERI, *Etica e brevetti: il caso delle cellule staminali embrionali umane*, in 'Bioetica. Rivista interdisciplinare', 2008, 2, pp. 222 ss.

individui, esiste un'altra interpretazione personalistica che riconosce la dignità nell'essere umano in quanto tale e nella sua relazione con gli altri, mettendo in luce i doveri reciproci all'interno della società umana.

Nell'ambito poi della regolamentazione della PMA è indispensabile al legislatore chiarire alcune nozioni più specifiche, con riferimento al ruolo della genitorialità, in specie della maternità, e allo statuto dell'embrione.

È indubbio che l'uso di tali tecnologie apra una riflessione in merito alla loro incidenza sulle relazioni alla base dei rapporti tra i sessi nelle famiglie e sul modo di intendere la maternità. È profonda nel campo della procrea-tica l'incertezza circa il significato sociale della maternità. Così non sorprende come le risposte dell'etica femminista a queste problematiche siano differenti. Per alcuni movimenti è prevalente l'idea che la trasformazione tecnologica della gestazione sia una soluzione socialmente progressista, che aumenta la libertà umana, emancipa la posizione sociale della donna dal condizionamento, dall'oppressione maschile o più in generale delle istituzioni sociali. Per altri le tecnologie riproduttive portano a risultati diametralmente opposti: rendono possibile lo spossessamento del potere riproduttivo delle donne e lo pongono nelle mani degli uomini, i quali sono liberati dalla dipendenza delle donne per la riproduzione, relegandole a un ruolo di 'dipendenti patriarcali'. Altri ancora più generalmente espongono il timore che la tecnica medica si traduca nella riduzione del corpo della donna o di parte di esso a 'cosa' e nella separazione di questa parte dall'interesse della soggettività. E coloro che abbracciano questa prospettiva vedono negativamente e come un sovvertimento dei valori della 'vera maternità' tutti gli interventi procreativi dove interviene una terza persona, come ad esempio, la maternità surrogata.

Ancora di particolare problematicità è come qualificare il corpo che nasce e lo statuto sia etico che giuridico ad esso riconosciuto o attribuito fin dalle sue prime fasi di sviluppo<sup>7</sup>. Le risposte sono diverse, suscitate da opposti modi di pensare, da indicazioni biologiche non sempre unanimi e da valutazioni morali contrastanti sull'essere soggetto o divenire soggetto dell'embrione.

Per alcuni, l'embrione è di chi lo metterà al mondo per realizzare un desiderio proprio o altrui ed è fondamentalmente mero materiale biologico, un aggregato di cellule privo della soggettività personale<sup>8</sup>. Per altri, trattasi di 'persona' con diritti e prerogative equiparabili a chi è già nato e

---

<sup>7</sup> Sull'embrione e il suo diverso statuto v. *ultra*, cap. II, § 2.

<sup>8</sup> Così l'approccio basato su una visione materialistica e riduzionista della vita umana.



in tal senso è fondato il dovere assoluto e gerarchicamente prioritario del rispetto dell'embrione umano, un rispetto inteso in un duplice senso sia negativo (impedire che venga danneggiato o soppresso), sia positivo (averne riguardo e cura)<sup>9</sup>. Per altri, il suo statuto è graduale, con incrementi progressivi che comportano l'allargamento proporzionale della sua soggettività e della sua identità relazionale fino ad arrivare al momento della nascita che sancisce il definitivo passaggio alla comunità morale umana<sup>10</sup>. Per altri, fin dal suo concepimento è 'cosa vivente', un progetto di vita con una forte tutela del suo diritto a nascere, che presenta un valore d'interesse generale e per alcuni versi giuridico, sebbene non sia ritenuto corretto, scientificamente, culturalmente e giuridicamente, identificare l'embrione con un individuo già nato e riconoscergli analoghi diritti. Per altri, è titolare di una dimensione soggettiva 'tagliata su misura' che gli consente di uscire dalla non soddisfacente alternativa tra persona e cosa e di attestarsi su principi costituzionali che attribuiscono valore alla vita prenatale e la difendono nella misura del possibile.

Abbiamo esposto sinteticamente solo alcune delle molte difficoltà concettuali che incontra il legislatore nel suo percorso normativo. Siamo di fronte ad un panorama complesso e indecidibile poiché nessuno è in grado di avanzare ragioni decisive e certe a favore delle prospettive esposte. E in presenza di opzioni così opposte, di posizioni morali che si confrontano e scontrano e che meritano uguale rispetto, è utopistico ipotizzare un consenso sociale sui valori che s'intendono proteggere.

Né questa polemica può essere riduttivamente ricondotta al consueto scontro tra il pensiero religioso e il pensiero laico, con il primo in Italia identificato con l'insegnamento della Chiesa cattolica, dato che, diversamente da quanto è avvenuto in altri Paesi, le altre religioni sono state ignorate nell'ambito di questo dibattito. Inoltre, se ad esempio da una parte il pensiero laico non è tutto schierato contro il riconoscimento di un'ampia tutela all'embrione, dall'altra non è affatto vero che il pensiero cattolico sia omogeneo nel modo di intendere lo statuto del nascituro con riferimento alle modalità tecnologiche di procreazione e alla sperimentazione.

---

<sup>9</sup> Così l'approccio personalista fatto proprio dalla visione cattolica, ma anche da correnti di pensiero laiche che si richiamano alla concezione ontologica di persona riconosciuta in ogni essere umano.

<sup>10</sup> Così con le loro specificità le correnti di pensiero del personalismo relazionale (che identifica la persona con il soggetto in relazione) e del funzionalismo (che identifica la persona con l'esercizio di certe funzioni o la condizione di possibilità del loro esercizio, quali la sensibilità o la razionalità).

Dal momento poi che la storicizzazione e la pluralità caratterizzano la nostra *Weltanschauung*, bisogna ammettere che in ogni situazione concreta i valori si possono esprimere in modi diversi. Il diritto si trova allora nella difficile condizione di conciliare da un lato l'inevitabile mutamento, dovuto alla variabilità storica e alla diversità etica, dall'altro, pena la perdita di qualsiasi credibilità, il rispetto del principio della coerenza delle scelte giuridiche, armonizzando quelle da farsi con quelle già fatte in campi analoghi. Se la scienza procede, a seguito delle sue scoperte, attraverso rotture successive e introducendo innovazioni, il diritto viceversa implica, salvo rivoluzioni politiche e sociali, una relativa continuità. Pertanto, il legislatore deve emanare delle specifiche norme mirate a rielaborare, per quanto di necessità, il sistema della genitorialità e filiazione senza stravolgere le basi stesse di un singolo ordine giuridico, frutto di evoluzioni, costruito storicamente, empiricamente e composto di parti tra le quali è generalmente assicurata una unità di concezione o una coerenza che permette di legarle in un insieme razionale.

Al contempo, consapevoli che la legge non può rispondere alla questione di quando sia identificabile la 'persona umana' nel corso della vita, bisogna evitare che per un'amplificazione o al contrario per una minimizzazione arbitraria e spesso inconsapevole di uno dei valori fondamentali in gioco (tra quello della vita umana e quello della libertà) si finisca per adottare le posizioni più intransigenti e optare per scelte assolute che implicano sacrifici altrettanto assoluti, sfidando la logica della conciliazione e non aiutando ad affrontare le situazioni reali complesse.

Nell'ambito specifico della procreazione artificiale si potrebbe infatti essere indotti a sostenere che tutte le persone hanno un diritto al figlio o che ogni figlio ha diritto di conoscere le sue origini biologiche o ancora che l'embrione è una persona. Postulati che a loro volta richiamano diritti e principi importanti, a volte prioritari: il diritto di libertà, il diritto alla salute, il diritto alla *privacy*, il diritto alla verità genetica, il diritto alla vita del nascituro. Ma le principali giustificazioni che queste posizioni teoriche invocano sono talmente categoriche da non consentire componimenti, attenuazioni, eccezioni.

Il diritto al figlio muove dal considerare la procreazione come momento di straordinaria rilevanza per la dignità, la personalità e la stessa vita dell'individuo, in pratica lo traduce in un diritto fondamentale che lo Stato deve tutelare, supportato da altri diritti altrettanto fondamentali fra i quali la libertà, l'uguaglianza, la *privacy* e la salute (intesa in senso soggettivo). Ma il diritto al figlio implica che ciascuna persona sia autorizzata in qualsiasi circostanza e attraverso qualsiasi modalità di concepimento a procreare un figlio, anche senza padre o senza madre o con figure genitoriali omo-

sessuali, e ciò potrebbe in diversi contesti sociali essere in contrasto con i tradizionali diritti ed interessi del nascituro.

Il diritto incondizionato per il nato di conoscere le proprie origini biologiche/genetiche presuppone che un'azione gli sia in qualsiasi momento concessa per ricercare la paternità o la maternità genetica e ciò senza tenere nel debito conto la posizione dei genitori sociali, la loro relazionalità affettiva con i figli che è l'elemento portante della genitorialità e i possibili rischi ben maggiori dei danni psicologici che possono essere causati da un anonimato sui dati anagrafici del donatore/trice di gameti.

Il riconoscimento di un embrione quale persona, tutelato fin dal momento del suo concepimento, implica, tra le altre conseguenze, che gli embrioni non possono essere artificialmente formati se non con l'obbligo di essere portati a nascita, che debba essere esclusa la formazione deliberata di embrioni soprannumerari, che sia categoricamente vietata la distruzione dell'embrione *in vitro* e a più forte ragione *in utero* e perciò qualsiasi interruzione volontaria della gravidanza, indipendentemente dalla salute e dalle esigenze della madre.

Tutte queste opzioni, e se ne potrebbero indicare altre, sebbene condivise da parti molto motivate e rispettabili dell'opinione pubblica, sacrificano all'unico interesse che vedono degli interessi altrettanto rispettabili che non considerano affatto. Siamo di fronte a una visione unilaterale della realtà che non aiuta a costruire un consenso in una società dove non esiste una posizione unanime sul diritto incondizionato del genitore o dei genitori al figlio né sul diritto assoluto del nato alla verità sulle proprie origini né sulla teoria dell'embrione come persona fin dal momento del concepimento.

Pertanto, a una prospettiva riduttiva di tal genere deve fare posto un esame globale di complessi e continui rapporti relazionali, una valutazione interindividuale dei diritti dei singoli. Invece di arrestarsi a delle posizioni categoriche, il legislatore deve ricercare delle soluzioni che da una parte tengano conto di una serie di fattori (molteplici tecniche, svariate possibilità di applicazione, rapporto rischi-benefici) e dall'altra cerchino un punto di equilibrio, di bilanciamento fra etiche diverse e diritti fondamentali in gioco, spesso contrapposti.

Nel rispondere poi in modo adeguato ai quesiti di fondo che suscita la PMA, il legislatore non dovrebbe sottovalutare che la nuova normativa svolge opera di cultura, così da essere paragonata ad un'arte che, sebbene condizionata dai luoghi e dalle consuetudini, diviene una guida per le diverse ideologie presenti nella nostra società. E queste norme risulteranno efficaci e coerenti se si sarà fatta chiarezza sulle grandi opzioni etiche e sociali e sulle scelte politiche generali.

Ancora, una valida regolamentazione non può dimenticare che le questioni e le opinioni dei legislatori si formano differentemente secondo il luogo in cui le norme debbono operare. Le difficoltà sopra menzionate allora si accrescono per la diversità culturale dei diritti nazionali. Per superarle occorre, per ragioni pratiche e teoriche, elaborare un diritto interno il più possibile in armonia con le convenzioni, le direttive europee, il diritto internazionale privato. Tuttavia, i paesi hanno convincimenti differenti, identità religiose, radici storiche e culturali diverse e questo rende difficile il sogno di unificazione del diritto, che ha avuto successo in altri settori, in specie in quello economico-commerciale<sup>11</sup>.

Va infine considerato con attenzione che le norme di diritto consuetudinario europeo hanno contribuito alla crisi del diritto statale, laddove si è affermata la capacità dei trattati comunitari di modificare il sistema costituzionale delle fonti e si è legittimato il potere-dovere dei giudici nazionali e degli organi della Pubblica Amministrazione di disapplicare, cioè considerare inefficaci, le norme interne contrastanti con il diritto comunitario. In questo quadro, dove la produzione legislativa diventa sovrabbondante, continuamente modificata con carente organicità, i giudici acquisiscono spazi sconcertanti di discrezionalità, quando non di vera e propria 'creatività'. Sembra che i giudici, sebbene in un sistema di *civil law*, si trovino oggi ad affrontare problemi analoghi a quelli di un giudice di *common law*, ma senza i limiti di quel sistema e senza un adeguato retroterra culturale che caratterizza quell'esperienza giuridica. La più evidente conseguenza è la fragilità del principio della 'certezza del diritto', elemento fondante dell'ordinamento, anche nelle società regolate da un diritto che si caratterizza come un'entità dinamica, che il richiamo alle Carte costituzionali non è sufficiente a garantire.

---

<sup>11</sup>Un progetto del Consiglio d'Europa del 1979 sulla PMA aveva proposto un modello d'intervento legislativo europeo che tuttavia non fu adottato. Nel 1985 la Comunità europea ha avanzato un'altra proposta mirata a elaborare un codice dell'inseminazione artificiale che tenesse in specifico conto la tutela del nato. Nel 1986 e nel 1987 si sono avute due Raccomandazioni dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa che indicano le regole da rispettare nell'utilizzo di embrioni e feti umani a fini diagnostici, terapeutici, scientifici e commerciali. In seguito i lavori su questi problemi hanno ripreso e portato ad alcune convenzioni, raccomandazioni, risoluzioni internazionali, i cui principi possono rappresentare un punto di riferimento tendenzialmente vincolante per le legislazioni europee. Fra questi in specie la *Convenzione per la protezione dei diritti dell'essere umano nei confronti delle applicazioni della biologia e della medicina. Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina* (1997) del Comitato direttivo di bioetica del Consiglio d'Europa.

### 3. La scelta procreativa: modelli etici e giuridici

#### 3.1. *Il modello libertario*

A fronte dei quesiti che pongono le biotecnologie riproduttive e delle soluzioni proposte in chiave etica e sociale, ritengo di poter indicare in via generale (seppure con le ovvie difficoltà di una semplificazione e schematizzazione di un fenomeno complesso) il formarsi di tre principali modelli culturali: l'approccio che privilegia la libertà individuale e l'autodeterminazione; quello personalista incentrato sulla responsabilità e sui diritti fondamentali e quello che trova origine dall'insegnamento della Chiesa cattolica.

Il primo modello pone l'accento sul diritto alla *privacy*, sulla piena legittimità di modelli familiari alternativi a quello tradizionale, sul principio utilitaristico del 'diritto al raggiungimento della felicità' e sulla richiesta di un atteggiamento tendenzialmente 'neutrale' dello Stato. Questa concezione configura la scelta procreativa come una decisione fortemente individuale rivendicata come diritto fondamentale dell'uomo di generare 'quando', 'come' e 'con chi', anche con mezzi artificiali e sulla base del desiderio riproduttivo a prescindere da condizioni effettive di sterilità/infertilità e a prescindere dalla considerazione del nascituro, ritenuto non ancora soggetto di interessi/diritti.

Chiara è la logica *pro choice*. E in questa prospettiva, ispirata al non-cognitivismo etico o etica senza verità, si ritiene che lo Stato debba essere neutrale, prospettando soluzioni normative che non esprimano alcun giudizio di valore sulle singole scelte (favorendo alcune o delegittimando altre), ma si limitino a garantire esteriormente e proceduralmente la consapevole decisione individuale o di coppia, quel che è privatamente voluto e soggettivamente reputato conveniente, la volontà programmatica, gli atti di autonomia negoziale a contenuto economico.

Queste correnti culturali si sono formate soprattutto nel mondo anglo-americano fin dai primi anni '80. Il biogiurista John Robertson dichiara che negare la scelta procreativa equivale a negare un'esperienza riproduttiva totalizzante alle persone senza il loro consenso, rifiutando a loro il rispetto e la dignità al livello fondamentale<sup>12</sup>. La filosofa Mary Warnock, che curò in Gran Bretagna il primo documento ufficiale sulla fecondazione artificiale (*Warnock Report*, 1984), ritiene che non esista un diritto ad avere dei figli, esiste tuttavia un diritto a tentare comunque di farli: un diritto che dovrebbe

---

<sup>12</sup>J.A. ROBERTSON, *Children of Choice. Freedom and the New Reproductive Technologies*, Princeton 1994, p. 220.

essere riconosciuto a chiunque intenda realizzarlo e che lo Stato non deve ostacolare<sup>13</sup>. È sempre attraverso questo modello etico, giuridico e culturale che, come teorizzato dalla giurista israeliana Carmel Shalev, si rende possibile ipotizzare nuovi rapporti parentali sorti in seguito alla diffusione delle tecniche di inseminazione artificiale, grazie all'elaborazione di uno schema contrattuale dove è richiamata la piena capacità dell'individuo, senza distinzione di sesso, di determinare in modo autonomo tutte le scelte inerenti la paternità e maternità. Ne consegue che la famiglia giuridica si evolve dallo *status* (filiazione biologica naturale) al *contratto* (filiazione volontaristica) e che qualsiasi normativa che restringa la possibilità di ricorrere alle tecnologie riproduttive, superando i limiti generali della disciplina dei contratti, debba essere considerata come violazione di un principio fondamentale protetto<sup>14</sup>.

In sintesi queste teorie sono favorevoli ad ogni liberalizzazione nell'accesso alle tecniche e pongono sullo stesso piano il concepimento naturale e le tecnologie riproduttive (nella fattispecie omologa o con donatori/donatrici di gameti), ritenendo che l'individuo debba essere libero di scegliere ciò che vuole anche in ambito riproduttivo.

In questo modello libertario non si esclude il limite all'autonomia dato dalla necessità che le scelte non danneggino gli 'interessi tangibili di altri'. Ma in realtà per questa linea di pensiero si fa fatica ad individuare casi in cui i danni temuti, come conseguenza dell'uso delle nuove tecnologie, siano tanto rilevanti da giustificare interventi legali restrittivi. E di fatti: «Di volta in volta – scrive Robertson – le tremende minacce di danni risultano essere niente altro che paure infondate o speculative o sono un riflesso di posizioni fortemente contestate sullo status del feto o dell'embrione, sulla maternità legata alla gestazione, e sulla natura delle posizioni familiari che solitamente sono insufficienti a giustificare l'interferenza con la procreazione»<sup>15</sup>. Warnock sostiene che la procreazione sia una questione di giustizia, di qualcosa che si presume sia dovuto a se stessi o ad altri, senza che possano interferire concetti troppo totalizzanti, quali natura, famiglia, vita umana, che comunque non possono costituire la base per un giudizio morale e tanto meno per una imposizione o un divieto legislativo<sup>16</sup>.

In specie, la corrente bioetica e biogiuridica dell'utilitarismo, seppure muove da basi filosofiche diverse dalla concezione libertaria, approda a ta-

---

<sup>13</sup> M. WARNOCK, *Fare bambini. Esiste un diritto ad avere figli?*, trad. it., Torino 2004.

<sup>14</sup> C. SHALEV, *Nascere per contratto*, trad. it., Milano 1992, pp. 15 ss.

<sup>15</sup> ROBERTSON, *Children of Choice*, cit., p. 221.

<sup>16</sup> WARNOCK, *Fare bambini*, cit.

lune implicazioni analoghe. Essa ritiene che l'accesso alle tecniche riproduttive debba essere rimesso a una valutazione, nella tradizione del *common law* affidata al giudice, volta alla composizione del conflitto degli interessi in gioco attraverso il prevalente criterio del raffronto costi-benefici. E per quanto concerne i due interessi primari nella procreazione artificiale, quello dei genitori ad avere una discendenza e quello del nato a venire al mondo in una famiglia più o meno tradizionale, l'eventuale contrasto va risolto ponendo l'attenzione sul 'valore felicità': un valore che appare più facilmente attribuibile 'a chi già vive' che non 'a chi deve ancora nascere'. Ne consegue il diritto di accedere alla procreazione artificiale sempre e comunque come diritto fondamentale.

### 3.2. *Il modello personalista*

Il secondo modello muove da una visione *personalista*, intendendo con ciò, pur nella diversità di orientamenti, la concezione etica e giuridica che si iscrive in una cultura solidaristica che pone al centro valori superiori che giochino il ruolo di 'terzo', invisibile ma presente, il solo che possa rendere possibile una soluzione bilanciata del conflitto binario degli interessi antagonisti. In tale prospettiva dignità e libertà della persona sono funzionali alla realizzazione di beni costituzionalmente tutelati quali l'integrità, indisponibilità e non commerciabilità del corpo umano, la centralità della famiglia, il primato dell'essere umano nella sua identità sul solo interesse della scienza. Tale modello, che mitiga l'autonomia intesa come indiscussa autodeterminazione riconoscendo la rilevanza della libertà nella responsabilità, trova riscontro nelle Costituzioni e nelle Carte internazionali quali la *Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina* (1997), la *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea* (2000) e la *Dichiarazione universale sulla bioetica e i diritti umani* (2005).

Questi valori di riferimento inducono, in modo più o meno ampio, il legislatore a usare prudenza e limiti nei confronti del progresso della scienza in materia di procreazione, qualora le sue conseguenze possano incidere negativamente sui valori fondamentali della persona. Ma esso consente anche di selezionare e di condizionare l'accoglimento delle nuove tecnologie, giustificando soluzioni in cui la composizione dei conflitti di interessi avvenga attraverso la tecnica del bilanciamento dei valori costituzionali in gioco.

Pertanto, per ciò che concerne la PMA, questa tecnica è in genere regolata non sul presupposto di una dogmatica del diritto alla scelta riproduttiva e del diritto al figlio, bensì come mezzo per favorire la soluzione dei

problemi derivanti dalla sterilità o dall'infertilità o dal pericolo di trasmissione di malattie gravi al nascituro. Ciò determina il configurarsi del fenomeno a pari condizioni non in termini di metodo alternativo rispetto a quello naturale, ma come intervento medico strumentale alla realizzazione della tutela della salute, quale diritto in genere costituzionalmente protetto.

Nell'ambito di queste correnti di pensiero, dove viene posta molta attenzione ai diritti fondamentali, sorgono poi altre specifiche problematiche. Soprattutto si discute, con minori certezze di quanto avviene per le correnti libertarie, sulla non necessità di conservare il modello della famiglia naturale o, almeno in via più riduttiva, di un contesto familiare, sia pure in parte volontaristico per quanto concerne il rapporto biologico genitori-figli, ma con ruoli familiari (padre/madre) in grado di assicurare un corretto sviluppo psico-fisico dei figli nati attraverso queste tecniche di procreazione.

Centrale, come già in precedenza ricordato, è altresì la qualificazione soggettiva del corpo che nasce e lo statuto ad esso riconosciuto fin dalle sue prime fasi di sviluppo.

In sintesi domina, dunque, una prospettiva ricostruttiva incentrata sull'opera di bilanciamento di tutti gli interessi dei soggetti coinvolti. Non si prefigura tanto una nuova libertà quanto l'ampliamento della tutela delle libertà individuali, intese come diritto anche sociale alla personalità che dovrebbe trovare riconoscimento, ma che non potrebbe essere preteso da tutti, incontrando limiti nel diritto di altri soggetti, in specie del 'nuovo individuo' che nasce.

Nell'attuare questa mediazione tra gli interessi di procreare dei genitori ed altri diritti implicati nella vicenda e altrettanto rilevanti, di sovente costituzionalmente garantiti (in specie gli interessi riferibili al nato che dovrà essere tutelato nella sua dimensione psichica e morale), si riscontra nel riconoscimento giuridico una maggiore o minore apertura nei confronti dell'accesso alla PMA e delle modalità tecniche di cui è possibile avvalersi<sup>17</sup>.

### ***3.3. Il modello della Chiesa cattolica***

Nell'ambito dello sviluppo delle nuove biotecnologie in merito alla vita che nasce sono coinvolti valori fondamentali per la Chiesa cattolica, strettamente connessi con la difesa e la promozione dell'uomo, quali il diritto inviolabile alla vita dal momento del concepimento e i diritti della famiglia

---

<sup>17</sup> Sulle nuove possibilità di interventi finalizzati all'enhancement potenziamento della salute e della vita dell'uomo e della stessa umanità v. L. PALAZZANI, *Il potenziamento umano. Tecnoscienza, etica e diritto*, Torino 2015.



nella sua struttura naturale. Questi valori sono elementi costitutivi della società secondo la prospettiva cattolica. Una riflessione attenta e continua viene allora proposta dalla dottrina della Chiesa che si chiede se nella situazione attuale la scienza metta a rischio la protezione riconosciuta e dovuta a tali valori<sup>18</sup>.

Questa riflessione porta a un giudizio prevalentemente negativo. Le nuove avventure biologiche, ed in specie quelle genetiche, nel contesto di una cultura favorevole alla c.d. 'medicina dei desideri', dove prevale la qualità della vita sulla sacralità della vita, sono ritenute problematiche non solo dal punto di vista della fede ma anche della ragione naturale. Complessivamente il giudizio nei confronti delle biotecnologie è sempre condizionato dal timore che le tecniche moderne superino i limiti naturali e non rispettino la persona umana nella sua totalità. La Chiesa rifiuta che la polarità umana del corpo e dello spirito sia trasformata in dualità, in modo da autorizzare la separazione tra l'ordine spirituale e l'ordine corporale. L'*Istruzione* lo evidenzia in questi termini: «È soltanto nella linea della sua vera natura che la persona umana può realizzarsi come 'totalità unificata': ora questa natura è nello stesso tempo corporale e spirituale. In forza della sua unione sostanziale con una anima spirituale, il corpo umano non può essere considerato solo come un complesso di tessuti, organi e funzioni, né può essere valutato alla stessa stregua del corpo degli animali, ma è parte costitutiva della persona che attraverso di esso si manifesta e si esprime»<sup>19</sup>. Ancora in termini analoghi il Pontefice Giovanni Paolo II nel 1980: «La verità è che lo sviluppo tecnologico, che è caratteristica del nostro tempo, soffre di una ambivalenza di fondo: da una parte, permette all'uomo di prendere in mano il proprio destino; dall'altra, lo espone alla tentazione di andare oltre i limiti di un ragionevole dominio della natura, mettendo in pericolo la sopravvivenza e l'integrità della persona umana»<sup>20</sup>.

I divieti invocati dai documenti ecclesiali nascono pertanto non soltanto in nome di una propria convinzione religiosa, ma anche in nome di un pensiero filosofico che la Chiesa richiama insistentemente: esiste in natura un

---

<sup>18</sup> Fra i documenti della Chiesa cattolica più rilevanti su questi interventi biotecnologici, in specie quelli sulla genetica cfr. CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Istruzione Dignitas Personae su alcune questioni di bioetica* (2008); *Donum Vitae, il rispetto della vita umana nascente e dignità della procreazione* (1987) e l'Enciclica *Evangelium Vitae* (1995).

<sup>19</sup> *Donum Vitae*, cit., § 3 e ancora *Dignitas personae*, cit., §§ 1 e ss.

<sup>20</sup> GIOVANNI PAOLO II, *Discorso del 27 ottobre 1980 ai partecipanti all'81° Congresso della Società Italiana di Medicina Interna e all'82° Congresso della Società Italiana di Chirurgia generale*.

ordine ed un limite assoluto ed immutabile che non può essere messo a repentaglio e violato. A questo proposito il filosofo cattolico Robert Spaemann, pensando alla crisi della modernità, ha osservato: «Allorché l'uomo vuole essere soltanto soggetto e dimentica il suo simbiotico legame con la natura, ricade prigioniero di un primitivo destino ... Per sopravvivere e per vivere bene è necessario che gli uomini agiscano in maniera corretta non solo gli uni nei riguardi degli altri ma anche nei riguardi della propria natura e della natura esterna»<sup>21</sup>. Si tratta dell'equilibrio fra il *bios* e l'*ethos* del soggetto con la conseguenza di subordinare l'imperativo tecnico, scientifico o medico all'imperativo etico.

Muovendo da questi presupposti etici e sociali per la Chiesa Cattolica l'inseminazione artificiale omologa all'interno del matrimonio è ritenuta ammissibile solo nel caso in cui il mezzo tecnico non sia sostitutivo dell'atto coniugale, ma si configuri come una facilitazione e un aiuto affinché esso raggiunga il suo scopo naturale (la c.d. inseminazione artificiale intracorporea o in *vivo*, detta anche 'impropria'). Anche la GIFT (che prevede il prelievo di entrambi i gameti e il trasferimento simultaneo e separato nelle tube, ove avviene la fecondazione) è eticamente ammessa in quanto il concepimento avviene nel luogo naturale<sup>22</sup>.

Di contro, è condannata la fecondazione omologa *in vitro* perché non solo attua la dissociazione dei gesti naturali che sono destinati alla procreazione umana nell'atto coniugale ma, con buone probabilità, implica la perdita o spreco, oltre alla possibile manipolazione, crioconservazione e distruzione degli embrioni umani, ritenuti soggetti aventi dignità intrinseca. Assoluta, infine, la condanna delle tecniche di fecondazione eterologa. Le ragioni riguardano l'unità del matrimonio, la dignità degli sposi, la vocazione propria dei genitori ed il diritto del figlio alla propria identità biologica.

Da tutto ciò consegue, soprattutto dopo gli anni '70, una forte attenzione da parte del Magistero della Chiesa per i profili giuridici che coinvolgono i problemi dell'inizio vita. Vicende per le quali il Magistero, invocando la propria etica cattolica, domanda che l'utilizzazione delle tecniche attuali siano inquadrata in una normativa che assicuri la protezione del diritto alla vita, l'integrità fisica dell'embrione umano, il divieto delle manipolazioni genetiche, dell'eugenetica. In merito ha osservato il vescovo Rino Fisichella: «Nel momento in cui nella società si pongono problemi nuovi, ed emergono situazioni prima sconosciute perché la scienza fa passi da gigan-

---

<sup>21</sup> R. SPAEMANN, *Per la critica dell'utopia politica*, trad. it., Milano 1994, p. 20.

<sup>22</sup> Cfr. CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Istruzione*, cit.

te, è evidente che lo Stato sia chiamato ad assumersi la responsabilità di dare una risposta ... Ora bisogna comprendere che non si tratta di legiferare di economia, ma di affrontare un tema che tocca il mistero stesso della vita, un mistero che sfugge allo scienziato, al politico e anche al teologo ... Credo che ci debba essere il più grande consenso. E che mai come in questo caso sia necessario il riferimento fondamentale alla legge naturale, frutto della ragione che riflette»<sup>23</sup>.

La Chiesa, dunque, si schiera a favore di una precisa scelta per l'intervento del legislatore, in opposizione a quelle correnti di pensiero del *laissez faire*. Anche a fronte del rischio di una legge imperfetta che può comunque essere intesa come male minore. «Noi non possiamo intervenire sulla liceità o meno del Parlamento di decidere una legge. Guarderemo i contenuti, che siano a difesa della vita e della debolezza delle persone, delle famiglie che portano il peso più grande. E interverremo per verificare se questa legge ha in sé il rispetto pieno della dignità della persona»<sup>24</sup>.

Quanto detto aiuta a capire come all'interno di uno dei documenti più rilevanti della Chiesa, l'*Istruzione*, si ritrovino non solo contenuti etico-religiosi, ma elementi di carattere giuridico in relazione ai vari aspetti della PMA e della genetica, che si traducono in indirizzi di politica legislativa non sempre usuali nei documenti dottrinali. Ogni discorso morale trova riscontro in un complesso di doveri e diritti che sono propri di un ragionare giuridico e dove vengono richiamati alcuni principi e situazioni ritenuti fondamentali e non negoziabili.

D'altronde nella stessa direzione si sono mossi gli Stati europei e le organizzazioni internazionali, ricercando attraverso i comitati etici linee guida morali per poi formulare normative e raccomandazioni nella convinzione che lo sviluppo delle tecnologie dovesse essere retto da valori e principi etici capaci di orientare l'agire dell'uomo. Valori che sono contemplati da parte del legislatore in forma sostanzialmente analoga alla prospettiva escatologica propria della tradizione culturale cattolica.

La differenza fra la Chiesa e gli Stati nell'attenzione posta a questi problemi è che mentre il patrimonio di nozioni e di principi di cui si avvale la prima è tale da formulare, senza incertezze, risposte agli interrogativi che suscitano le biotecnologie basate sulla complementarietà fede/ragione, i secondi, qualora nel legiferare abbiano basato le loro scelte sulla 'responsabilità procreativa' e sui 'diritti fondamentali', debbono misurarsi con quel

---

<sup>23</sup> Intervista rilasciata sul 'Corriere della Sera', 30 agosto 2008.

<sup>24</sup> *Ivi*.

bilanciamento di interessi finalizzato a contemperare anche valori etici non uniformi né unanimemente condivisi. In altre parole, per lo Stato laico gestire tale emergenza etica appare più difficile di quanto lo sia per la Chiesa in una realtà sociale che, come più volte detto, si presenta frammentata e divisa tanto a cultura quanto a scale di valori. Questo spiega anche perché sui singoli temi, quali ad esempio le scelte procreative, non mancano divergenze profonde fra l'insegnamento cattolico e le legislazioni e i documenti europei. Non esiste attualmente alcuna legislazione, anche al di fuori del Continente, che abbia adottato una posizione così restrittiva. Di contro, una convergenza piena si registra nel settore della c.d. 'genetica estrema' dove sia l'insegnamento ufficiale del Magistero che le scelte statuali europee concordano su di una serie di divieti assoluti circa la clonazione riproduttiva, la fecondazione tra gameti umani e animali, la fissione gemellare e la partogenesi, l'intervento sul patrimonio cromosomico per fini non terapeutici.

### **3.4. Scelte legislative e giurisprudenziali a confronto**

#### *3.4.1. Il modello giuridico angloamericano*

I modelli sopra descritti si sono posti all'attenzione della cultura giuridica nel momento in cui si è ritenuto necessario fornire una risposta legislativa alle scelte offerte dalla scienza nel campo della procreativa. L'approccio che privilegia in molteplici situazioni il diritto individuale è per grandi linee rintracciabile nelle esperienze giuridiche del Regno Unito, dell'Australia e degli Stati Uniti d'America mentre quello dei diritti fondamentali e del loro bilanciamento è più consono all'esperienza di molteplici Stati continentali.

Va, tuttavia, rilevato che in nessun caso i paradigmi che caratterizzano il modello libertario sono stati interamente recepiti nelle soluzioni normative e negli interventi giurisprudenziali propri del mondo giuridico anglosassone. Appare troppo riduttivo ritrovare in entrambe queste vicende una assoluta coerenza di percorsi che si differenziano interamente dalle scelte giuridiche continentali, di modo che si renda appropriata l'esclamazione «L'Europe n'est pas l'Amérique», pronunciata da Marie Thèrese Meulders-Klein, allora presidente dell'*Associazione internazionale del diritto di famiglia*, all'indomani del notissimo caso *Baby M.* (1987)<sup>25</sup>. È invece op-

---

<sup>25</sup> *Stern vs. Whitehead*, Superior Court of New Jersey (1987), decisione, nota come il

portuno distinguere l'impostazione teorica e filosofica dei movimenti libertari ed utilitaristici dalle scelte giuridiche operate dalle corti e dal legislatore (statale e federale).

Fra i diversi Stati d'America non è stato raggiunto su molteplici temi (fecondazione artificiale, contratto di maternità, tutela dell'embrione, ricerca attraverso le cellule staminali embrionali, ingegneria genetica, brevettazione, ecc.) un indirizzo unitario di politica del diritto. Quasi ovunque si scontrano progetti di legge di segno contrario, normative differenti da Stato a Stato, paralizzando così il raggiungimento di una legislazione uniforme e assegnando ai singoli giudici il potere di indicare una propria soluzione giuridica, con propri valori metagiuridici di riferimento. Tanto più che in genere le corti ai fini della regolamentazione delle biotecnologie e delle relazioni familiari che ne sono coinvolte non hanno a che fare con molti principi fondamentali di ordine pubblico, cosa che rende più facile il continuo evolversi del diritto giurisprudenziale di *common law* anche verso un mutare delle esigenze sociali e dell'evolversi della scienza.

Certamente possiamo prendere atto di come nei Paesi di *common law* il valore dell'autonomia del privato, rispetto al pubblico, sia un dato acquisito, certamente in modo maggiore di quanto avvenga sul Continente. Così, accanto al riconoscimento dei 'diritti riproduttivi negativi'<sup>26</sup>, presenti anche nelle legislazioni europee, si ravvisa, soprattutto nella giurisprudenza americana, una frequente tendenza al riconoscimento dei 'diritti riproduttivi positivi'<sup>27</sup>. Riconoscimento quest'ultimo che, sul presupposto che la procreazione è una importante opportunità di vita, si traduce nella possibilità per il cittadino di fare ricorso alle tecniche di riproduzione artificiale quali modalità procreative alternative, a prescindere dalle esigenze terapeutiche<sup>28</sup>.

---

caso *Baby M.*, che ha affrontato il problema della surroga materna e delle sue conseguenze nei confronti del nato a seguito del conflitto insorto fra la madre gestatrice e la coppia committente.

<sup>26</sup> Intendendo con questa categoria il diritto di concepire o meno un figlio, il diritto di decidere il numero dei figli, il diritto all'informazione e all'istruzione sulla pianificazione familiare.

<sup>27</sup> Intendendo con questa categoria il diritto di procreare un figlio quando, come e con chi.

<sup>28</sup> *Skinner vs. Oklahoma*, Supreme Court of United States, 1942; *Eisenstadt vs. Baird*, 405 U.S., 438, 1972; *Roe vs. Wade*, 410 U.S., 116, 1973; *Cleveland Board of Education vs. La Fleur*, 414 U.S., 632, 639, 1973; *Carey vs. Population Services International*, 431 U.S., 678, 1977; *Stern vs. Whitehead*, N.J. Super., 1987 (nota come in *In Re. Baby M.*); *Davis vs. Davis*, Court of Appeals of Tennessee, 1990; *Johnson vs. Calvert*, Calif. Supr., 1993 e *Buzzanca vs. Buzzanca*, Calif. Supr., 1997. Emblematica nel caso *Eisenstadt vs. Baird* (1972) l'affermazione della Corte «che se il diritto alla riservatezza significa qualcosa, esso è il diritto di ciascun

Il percorso legislativo e giurisprudenziale del riconoscimento costituzionale del diritto riproduttivo, sia negativo che positivo, attraverso la nozione di *privacy* è stato, tuttavia, lungo e non sempre coerente. La Costituzione degli Stati Uniti non menziona la procreazione né la famiglia e ciò non stupisce se si considera la scarsa rilevanza politica che era assegnata a tutto ciò all'epoca in cui la Costituzione fu scritta. Gli Stati svilupparono così del tutto autonomamente nel corso del XX secolo la loro politica legislativa verso la famiglia, interpretando in modo diverso le motivazioni etiche, sociali, giuridiche via via insorgenti. È spettato poi alla Corte Suprema degli Stati Uniti anteporre all'intervento statale il principio dell'autonomia dei soggetti nell'ambito della procreazione. Con lo sviluppo delle tecniche di inseminazione artificiale nella seconda metà degli anni sessanta si moltiplicarono i casi giudiziari in merito alle classiche questioni attinenti alla fecondazione eterologa. E dal complesso delle regolamentazioni giuridiche<sup>29</sup> e dalle risposte casistiche non uniformi ai quesiti sollevati (ad es. per gli accordi di maternità surrogata) non è, come detto, possibile ricavare una risposta omogenea che tracci una unitaria linea di *legal policy*, di modo che il processo normo-creativo è rimasto in una situazione di stallo.

Ne consegue che limitarsi a marcare le profonde differenze culturali del mondo nordamericano rispetto al Continente non appare soddisfacente. Anzi, nei variegati indirizzi giurisprudenziali e fra le diverse scelte del legislatore nell'affrontare i temi in questione si può ricavare più di un tratto comune con l'esperienza legislativa, giurisprudenziale e dottrinale del Con-

---

individuo, coniugato o meno, di essere libero da ingiustificate intrusioni dello Stato in materie così fondamentali come quelle che riguardano la scelta di procreare o generare un figlio». Unica eccezione per una ingerenza statale è data dalla presenza di provati e gravi motivi o di un 'preminente interesse'. Ma la valutazione di quelli che possono definirsi i primari interessi in gioco per l'accesso alle tecniche (diritto del genitore ad avere un figlio; diritti del nato ad essere inserito in una famiglia biparentale; diritto alla conoscenza delle proprie origini; diritto dell'embrione alla nascita sempre e comunque, ecc.) risulta pur sempre condizionata dal riferimento essenziale al 'migliore interesse' delle persone coinvolte, un principio che appare più agevolmente sostenibile a favore di chi 'già vive' che non di 'chi deve ancora nascere' e che spesso viene rafforzato dalla negazione di un danno, dato che la condizione di chi nascerà è sempre e comunque preferibile alla 'non esistenza'.

<sup>29</sup> A livello legislativo, come avvenuto per i casi giudiziari, è dato rinvenire diversità di scelte negli Stati Uniti. Ricordiamo che nel testo per una legislazione uniforme ('89) dalla Conferenza degli Stati è indicato come requisito principale di ammissibilità del contratto l'esistenza di un legame genetico di uno dei due componenti la coppia committente con il bambino, in modo che questi trovi nella famiglia d'inserimento un sicuro riferimento genetico.

tinente. Si consideri che proprio le sentenze nordamericane in materia di madre surrogata hanno generalmente ribadito uno dei principi fondamentali fatti propri dai nostri ordinamenti giuridici in materia di famiglia: il prevalente interesse del minore nella soluzione dei conflitti fra madre committente e madre gestante. È infatti riconfermata la dottrina di *common law* del *parens patriae*, come potere dello Stato di vigilare sugli interessi di coloro che sono incapaci di proteggere se stessi. La forza che scaturisce dalla natura di questa dottrina si esprime nel fatto che, pur non negando la validità del contratto e l'esistenza di *beget and bear a child* (diritto di generare) anche con ricorso a mezzi artificiali, essa pone tutta la sua attenzione ai maggiori interessi del bambino. Una volta che si siano scrupolosamente tutelati i maggiori interessi del bambino non si ha riguardo per coloro che reclamano 'diritti' sul minore o la sua custodia, e nemmeno per coloro che potrebbero patire ingiustizie reali o presunte a causa di questa tutela<sup>30</sup>.

### 3.4.2. Il modello giuridico continentale

Per quanto concerne il modello dei diritti fondamentali e del loro bilanciamento, come detto più consono all'esperienza di molteplici Stati europei, anche questo, in considerazione dei momenti storici di produzione normativa e delle diverse culture socio-giuridiche, ha portato a soluzioni diverse e negli anni a frequenti mutamenti legislativi, per quanto concerne sia le modalità dell'intervento legislativo, sia la soluzione degli aspetti più problematici della PMA.

Ne sono anche scaturite tecniche legislative diverse. Così abbiamo degli interventi normativi o giurisprudenziali a volte minimali, che si sono tradotti nella modifica o nell'inserimento di articoli di legge destinati ad assicurare coerenza all'ordinamento esistente a fronte delle nuove situazioni suscitate dalla PMA (es. Belgio, Danimarca, Svizzera); oppure forme indirette di regolamentazione nel trattare altre vicende (ricerca scientifica sull'embrione, pratiche con cellule staminali embrionali, cure mediche, ecc., es. Germania, Gran Bretagna); oppure si è preferito uno specifico e più ampio intervento normativo (es. Italia, Francia, Grecia, Spagna). Nell'ambito di questi modelli sono rintracciabili soluzioni ora più 'chiuse' con una preferenza verso nuclei familiari tradizionali (es. Italia, Austria, Germania), ora più 'aperte', che non escludono la legittimità di una famiglia non con-

---

<sup>30</sup> *Ford vs. Ford*, 371 U.S., 1962; *Friederwitzer vs. Friederwitzer*, 55 N.Y., 1982; *Gulick vs. Gulick*, 11 N.Y. Sup., 366, 371, 1971; *Stern vs. Whitehead*, cit.; *Davis vs. Davis*, cit.

dizionata dal 'genere' (es. Gran Bretagna, Grecia, Spagna, Ucraina, Russia). E uno stesso atteggiamento diversificato si è avuto nei confronti di una maggiore o minore tutela dell'embrione.

Nello specifico, soluzioni normative più singolari sono risultate quelle della Germania e della Gran Bretagna.

La prima ha fatto proprio un modello 'penalistico'<sup>31</sup>, che consente di determinare in modo residuale l'area della liceità. Ci si pone in un'ottica difensiva che trascura di inquadrare queste tecniche all'interno di principi civilistici generali e preferisce il ricorso al diritto penale per garantire la tutela delle parti più esposte a rischi nell'ambito della PMA. La soluzione tedesca muove soprattutto dalla tutela dell'embrione umano. Tuttavia è carente per altre situazioni suscitate dalla PMA che non trovano una precisa regolamentazione giuridica e vengono pertanto rimesse alle Corti di giustizia.

Nel Regno Unito prevale il modello 'autorizzatorio', che di fatto si è tradotto in un libero accesso alle tecniche, riconoscendo un diritto pieno alla libertà procreativa. Non si individuano principi generali di interpretazione né si delincono chiaramente i limiti di liceità degli interventi, bensì con dovizia di particolari si stabilisce la costituzione di un'autorità centrale che rilasci autorizzazioni specifiche per l'attuazione di pratiche di PMA<sup>32</sup>.

Malgrado una così notevole varietà di approcci normativi, il legislatore dei diversi Paesi europei ha in genere bilanciato valori fondamentali posti a garanzia della persona: da una parte la libertà di chi accede alle tecniche di riproduzione artificiale, giustificata in via prevalente dal diritto alla salute, e, dall'altra, la tutela del nato riassumibile nel diritto alla conoscenza delle proprie origini e all'integrità fisica e psicologica, nel diritto alla famiglia e alla crescita in un ambiente familiare idoneo<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Modello adottato dall'*Embryonenschutzgesetz* tedesca.

<sup>32</sup> *Human Fertilization and Embriology Act*, 1990. Una scelta fortemente influenzata dal citato *Warnock Report*.

<sup>33</sup> Anche il sistema 'autorizzatorio' adottato dalla Gran Bretagna fra le eventuali condizioni di ammissibilità prevede che «non possono essere effettuati trattamenti terapeutici su di una donna se non è stato tenuto conto del benessere del bambino che può nascere in conseguenza del trattamento, compreso il bisogno del bambino di avere un padre» (*Human Fertilization*, cit., art. 13, comma 5). E l'Allegato 2 della legge all'art. 1, comma 3, prescrive che una autorizzazione non consente qualsiasi attività salvo che l'Ente non ritenga essere necessaria per scopi di trattamento terapeutico. La legislazione spagnola, fra le più liberali in Europa, non solo non riconosce espressamente un diritto fondamentale alla 'riproduzione positiva', ma all'art. 1 precisa che «le tecniche di riproduzione assistita si propongono l'intervento medico nei confronti



Da questi valori, dalla necessità di trovare soluzioni di equilibrio per realizzare il più volte ricordato obiettivo del loro equo temperamento, le legislazioni europee hanno dato alcune risposte comuni, altre sono fra loro diverse, perché diverse sono le valutazioni dei dualismi presenti che oppongono la natura alla scienza, il progresso al conservatorismo, il diritto dell'adulto al diritto di chi nasce. Sono scelte che i diversi legislatori hanno fatto, dovendo anche tenere conto della coerenza interna dei propri ordinamenti, delle acquisite esperienze giurisprudenziali e del sentire sociale del proprio Paese.

Forse in quest'ambito della procreazione si dovrebbe pensare a un'elaborazione teorica del diritto, secondo la quale questo dovrebbe maggiormente assumere la funzione di 'strumento della convivenza' tra diversi, piuttosto che come 'coercizione' del più forte sul più debole: un diritto della ragionevolezza e della moderazione<sup>34</sup>.

---

della sterilità umana, per facilitare la procreazione quando altri metodi terapeutici siano stati scartati perché inadeguati o inefficaci». Ancora, la volontà del legislatore spagnolo di tenere in prevalente conto il *favor minoris* lo porta a non autorizzare i contratti di maternità surrogata, con o senza compenso, condannati a nullità assoluta (art. 10 della L. 14/2006).

<sup>34</sup> In tal senso si usa l'espressione 'diritto mite', cfr. G. ZAGREBELSKY, *La virtù del dubbio*, Bari 2007.