

Per una koiné costituzionale



Maria Pia Iadicicco

Procreazione umana e diritti fondamentali



G. Giappichelli Editore – Torino

Introduzione

SOMMARIO: 1. La riscoperta della procreazione umana come problematica costituzionale. –
2. Percorso di ricerca e parole-chiave.

1. La riscoperta della procreazione umana come problematica costituzionale

Avviare uno studio di diritto costituzionale sulla procreazione umana significa avventurarsi in un terreno vasto e complesso, largamente esplorato e spesso aspramente dibattuto, ma non per questo privo di zone d'ombra, di incomprensioni e contraddizioni. Ciò induce a chiarire in via preliminare l'obiettivo precipuo di questa ricerca, le ragioni che l'hanno animata ed il percorso che si intende compiere. Il quesito di fondo al quale si vuole tentare di rispondere è quello della possibile configurabilità di diritti e libertà fondamentali in ambito procreativo, un quesito, questo, che sarebbe certamente riduttivo, se non fuorviante, sintetizzare in tal senso: «esiste un diritto di procreare?». Eppure, per la sua franchezza, questo interrogativo può aiutare ad «aprire la discussione»¹ e soprattutto può servire a specificarne i termini, considerato che molteplici sono le prospettive di analisi dalle quali è possibile muovere e decisamente complesse sono le declinazioni che le espressioni richiamate possono assumere.

Una delle spinte principali per l'avvio di questa ricerca è provenuta da una specifica circostanza: il lungo e tormentato dibattito che, specie in Italia, ha accompagnato dapprima l'elaborazione e poi l'applicazione della prima legge recante una disciplina organica e specifica in materia di procrea-

¹ A. D'ALOIA-P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, in *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, II, a cura di S. Canestrari, G. Ferrando, S. Rodotà, P. Zatti, Milano, 2011, p. 1341; P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Milano, 2007, pp. 152 ss.

zione medicalmente assistita (PMA) ha sollecitato l'attenzione della dottrina su di un tema solo apparentemente estraneo al tradizionale campo della riflessione giuridica. Le nuove possibilità di governo e controllo della riproduzione umana, derivanti dagli sviluppi della scienza biomedica e, in specie, dal perfezionamento di tecniche, anche molto sofisticate, che consentono di portare a compimento un progetto riproduttivo, altrimenti impossibile, perché impedito da situazioni patologiche o perché condizionato dalla necessaria pratica sessuale tra un uomo e una donna, hanno offerto un'importante occasione per tornare a riflettere su forme, contenuti e funzioni assolute dalla regola giuridica in un versante dell'esperienza sociale che tocca gli aspetti più intimi della persona umana. "Tornare a riflettere", questa espressione non è casuale e con essa si intende rimarcare che, al di fuori e prima delle nuove possibilità di gestione del processo procreativo, lo stesso abbia sempre e comunque interrogato il diritto.

Prim'ancora che le moderne biotecnologie consentissero di rompere il binomio sessualità-procreazione e di pervenire al concepimento di un nuovo essere umano bypassando la pratica sessuale, l'esperienza procreativa è stata da sempre investita da un processo di giuridificazione, il cui grado di pervasività è da ricondurre, in ultima istanza, al modo in cui è articolato il rapporto tra libertà e autorità sotteso a qualsiasi ordinamento giuridico. Peraltro, le dinamiche relazionali sottostanti a qualsiasi esperienza riproduttiva, comunque avviata, prima e dopo il suo completamento, hanno costantemente chiamato in causa la norma giuridica, tenuta a disciplinare le relazioni anzidette secondo modalità e gradi che non possono non variare, nel tempo e nello spazio, per una molteplicità di fattori, i quali non riguardano soltanto i presupposti biologici della procreazione e la possibilità di incidere tecnicamente sui medesimi, quanto anche ragioni e convinzioni di ordine etico, ideologico, religioso e socio-culturale². Filiazione, maternità, paternità, genitorialità, famiglia sono soltanto alcune delle principali determinazioni giuridiche che, al fine di regolare la convivenza sociale, sono state elaborate all'interno di ciascun ordinamento giuridico per disciplinare i rapporti determinati o scaturenti dalla generazione di un nuovo essere umano.

Il tema della riproduzione umana si intreccia poi ineluttabilmente e a doppio filo con quello più ampio e complesso dell'inizio-vita. Non è frutto

² Sul diritto come componente di una dimensione culturale più ampia, v. P. HÄBERLE, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, (1982), ed. it. a cura di J. Luther, Roma, 2016, pp. 19-20, il quale, accogliendo il significato ampio del termine, ritiene che la cultura sia «un insieme complesso che include conoscenza, fede, arte, morale, legge, costumi e ulteriori facoltà e consuetudini che l'uomo ha acquisito in quanto membro della società».

di una mera contingenza che la questione dell'aborto volontario abbia preceduto, anche per ovvie ed intuibili ragioni (la "antica" praticabilità dell'interruzione della gravidanza), quella del ricorso alle tecniche di PMA. È con riferimento a quella specifica vicenda procreativa che gli ordinamenti giuridici sono stati precocemente chiamati ad interrogarsi su forme ed entità delle garanzie da riconoscere al concepito, prima della nascita, ed a delineare con maggiore precisione le situazioni giuridiche soggettive facenti capo a coloro che lo hanno generato. È sempre e dapprima in occasione del dibattito sull'aborto che si sono diffusi slogan, tanto noti quanto imprecisi nelle loro molteplici declinazioni pragmatiche, come quelli *pro-life* e *pro-choice*, e che si è presa maggiore consapevolezza non soltanto dei gravi dilemmi etici suscitati dalla decisione abortiva, ma anche delle questioni propriamente giuridiche a ciò connesse e, in specie, dell'identificazione delle ragioni che ne legittimano la praticabilità o ne giustificano il divieto.

Ed ancora, neppure si può trascurare di considerare che, non soltanto nell'esperienza italiana, scottanti interrogativi sulla configurabilità di un diritto alla libertà procreativa si sono inizialmente levati con riferimento a pratiche di controllo della capacità procreativa non solo tecnicamente possibili, ma concretamente messe in atto nell'ambito di pervasive politiche demografiche. Al riguardo, e per quanto concerne specificamente il nostro Paese, basti per il momento ricordare come il tema della sterilizzazione coattiva, quale pratica che investe e invade il corpo di una persona contro la sua volontà, minando alla radice ogni possibilità di autonoma determinazione sul se procreare, abbia animato anche il dibattito in Assemblea costituente³, specie in occasione dell'elaborazione dei principi che presiedono la sottoposizione ai trattamenti sanitari. Ma anche il più ampio tema del controllo della capacità procreativa è stato lambito dai Costituenti, chiamati a definire il nuovo impegno della Repubblica a tutela della famiglia, della maternità e dell'infanzia attraverso strumenti che prendessero le distanze tanto dalla politica demografica del regime fascista, quanto da misure di controllo delle nascite, pur diffuse in ordinamenti di sicura tradizione liberale e democratica.

Queste prime osservazioni – evidentemente bisognose di essere sviluppate e meglio precisate – ci inducono sin d'ora a non trascurare quanto, riguardo alla dimensione giuridica della procreazione umana, sia emerso die-

³ Assemblea costituente, Adunanza Plenaria, si vedano almeno gli interventi dell'on. A. Moro, seduta del 28 gennaio 1947; e dell'on. G. Caronia, seduta del 24 aprile 1947.

Sui lavori preparatori dell'art. 32 della Costituzione e sulla loro valenza ai fini di evoluzioni interpretative, cfr. L. CHIEFFI, *Il diritto all'autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, Torino, 2019, pp. 1 ss.

tro e prima del dibattito intorno alla possibile configurabilità di un diritto a procreare anche mediante tecniche di PMA, spingendo così a condurre un discorso più ampio e non limitato alla sola riproduzione nell'era tecnologica. Ciononostante, non sembra neppure convincente e appropriato provare a tessere in un'unica trama, uniforme e continua, l'insieme delle norme giuridiche che hanno accompagnato le evoluzioni del fenomeno. Quanto non può e non deve essere sottovalutato è l'emersione di rilevanti fattori di novità provenienti dall'innovazione scientifica e tecnologica, capaci di incidere sulla stessa concezione della generazione umana e, più a monte, sul rapporto tra norma giuridica, *zoe*, *bios* e tecnica, provocando in quella trama, se non veri e propri strappi, vistose slabbrature. Le nuove modalità procreative, consentite dagli sviluppi della scienza e della tecnica biomedica, pur non cadendo «in uno spazio libero da diritto»⁴, hanno avuto un impatto più dirompente sull'ordinamento giuridico, assieme ovviamente ad un altrettanto impetuoso impatto sociale. L'evoluzione scientifica ha infatti sia accelerato fattori di mutamento già in corso, come la possibilità di scindere, in negativo, sessualità e concepimento attraverso il ricorso alla contraccezione e alla sterilizzazione, ma ha pure inciso e molto profondamente in positivo sul processo riproduttivo. Il venir meno dell'unione sessuale, quale presupposto necessario per l'avvio dei processi biologici che conducono alla formazione di un embrione e la possibilità di svolgimento di una intera fase del processo procreativo al di fuori del corpo di una donna – pur indispensabile, almeno allo stato attuale delle conoscenze e sperimentazioni scientifiche, per il proseguimento dello sviluppo del concepito – hanno decisamente ampliato le possibilità di scelta sulle modalità della riproduzione e sulla praticabilità di interventi tanto sull'embrione, quanto sul corpo dei procreatori. Ciò che per millenni è stato considerato il presupposto indispensabile, ineluttabile e “naturalmente” invariabile per avvio di una gravidanza⁵, la condizione cioè della pratica sessuale (persino non consensuale) è divenuta elemento surrogabile dall'intervento medico-specialistico. Le moderne biotecnologie hanno reso possibile la riproduzione anche in situazioni di sterilità dei procreatori (incapacità procreativa), di altre patologie a trasmissione genetica incompatibili con la vita o con la conclusione della gestazione, ma hanno consentito pure di sganciare del tutto sessualità e riproduzione, permettendo di soddisfare il desiderio di genitorialità (genetica) anche di una donna *single* o vedova e di una coppia omosessuale, attraverso il contributo

⁴ L. D'AVACK, *Il progetto filiazione nell'era tecnologica. Percorsi etici e giuridici*, Torino, 2019, p. 2.

⁵ Anche se non portata a termine e, comunque, indipendentemente dal riconoscimento dello *status* di genitore.

genetico o gestazionale di un terzo, secondo necessità variabili e non pienamente assimilabili, ma comunque accomunate dalla non necessaria pratica sessuale con una persona dell'altro sesso. Proprio quanto divenuto tecnicamente praticabile ha costituito la premessa per la rivendicazione del riconoscimento e della garanzia di situazioni giuridiche soggettive, che, nelle forme e nel contenuto, possono variare profondamente, ma che, in ogni caso, muovono dalle nuove possibilità tecnologiche.

Al contempo, neppure si può trascurare di considerare che le innovative tecniche riproduttive presentano, come sovente se non sempre accade, un temibile "lato oscuro", il quale non è rappresentato soltanto dalla spinta alla proliferazione di meri desideri⁶, ma principalmente dalla possibilità di dar luogo a gravi rischi di nuove forme di manipolazione della persona umana; un pericolo, questo, che sollecita una rinnovata riflessione sulla portata e sulla tutela dei diritti inviolabili della persona, specie a fronte delle pressioni provenienti dagli avanzamenti della scienza e dalla tecnica biomedica e da una pervasiva logica del mercato e della speculazione economica.

Tutto ciò conferma come le tematiche legate al *bios*, alle condizioni e ai modi in cui si svolge concretamente la vita umana e alle tecniche incidenti su di essa chiamino necessariamente in causa, mettendoli "in gioco", i principi cardine dell'ordinamento costituzionale⁷, ponendosi pertanto come questioni tipicamente e propriamente costituzionali.

Ora, se è certamente vero che le nuove possibilità dischiuse dai progressi scientifici e tecnologici hanno ricondotto nell'ambito di scelte individuali ciò che precedentemente e in misura decisamente superiore era rimesso a immutabili paradigmi biologici e sebbene siano sempre maggiori pure le incertezze alimentate da un incontrollato ricorso all'artificio tecnologico, è quanto mai necessario rimarcare che questo incedere, foriero di altrettanti e paralleli mutamenti di carattere sociale e antropologico, debba compiersi all'interno del quadro costituzionale il quale, pur fortemente sollecitato dal nuovo che avanza, traccia un preciso orizzonte di senso: quello della priorità della persona umana rispetto allo Stato, della destinazione di questo al servizio dei diritti della prima e del suo pieno sviluppo⁸. In questo senso, la

⁶ M. MECCARELLI-P. PALCHETTI-C. SOTIS (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid, 2014.

⁷ S. JASANOFF (a cura di), *Reframing Rights: Bioconstitutionalism in the Genetic Age*, Cambridge MA, 2011; L. VIOLINI, *Biodiritto e Costituzione italiana*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 3/2018, pp. 65 ss.

⁸ Sebbene anche su questo concetto e sul valore della persona umana permangano a tutt'oggi in dottrina idee diverse, così come distanti furono al riguardo le posizioni dei costituenti (come

grande sfida lanciata dalla Costituzione repubblicana attraverso il rovesciamento della dialettica tra autorità e libertà⁹ non può non riversarsi anche nella declinazione del fenomeno procreativo, attraversato da imponenti trasformazioni, la cui portata deve essere misurata sul parametro costituzionale. Quest'ultimo, per le sue precipue caratteristiche, lungi dall'impedire un'apertura al riconoscimento di nuove istanze di tutela della persona, nella concretezza della sua esperienza esistenziale, traccia, allo stesso tempo, sia il fondamento quanto i limiti di questo percorso.

All'interno di un simile contesto, i cui tratti di dinamicità si sono nel più recente periodo evidentemente accentuati, si levano sempre più numerosi e precisi interrogativi sul riconoscimento e sulla portata di diritti e spazi di libertà rimessi all'individuo. Osservando gli sviluppi di questo dibattito è possibile scorgere elementi particolarmente significativi: espressioni come libertà procreativa, autonomia riproduttiva, signoria delle donne sul proprio corpo, autodeterminazione procreativa, diritto a nascere, diritto a proseguire il proprio processo vitale erano già ricorrenti non solo nella discussione pubblica, ma anche nel discorso propriamente giuridico, specie in quello che ha accompagnato l'approvazione della legge sull'interruzione volontaria della gravidanza (IVG) del 1978; una discussione, questa, che come si avrà modo di verificare, è stata impostata su di una logica fortemente avversariale e di tensione tra visioni contrastanti e inconciliabili¹⁰. Con il perfezionamento delle tecniche di PMA, però, il lessico dei diritti si è ulteriormente arricchito, includendo nuove rivendicazioni, così non di rado declinate: diritto di procreare, diritto di accesso alla PMA, diritto di diventare genitore, diritto al figlio, diritto dell'embrione ad essere impiantato, diritto a non essere manipolato, diritto del nato a conoscere le proprie origini, diritto ad avere due genitori, diritto alla madre, diritto al padre.

Ciò che vuol essere verificato in questa riflessione è proprio la natura e la

rilevato da A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, pp. 53 ss., il quale tra l'altro ricorda che il Costituente ha tutelato non la "persona" in sé, ma «i diritti inviolabili dell'uomo», ciò non ha impedito che essi raggiungessero sul punto, ed in ispecie sul primato della persona umana, un compromesso di altissimo livello.

Sul libero sviluppo della "persona" umana, v. A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, pp. 98 ss.; e, già prima, ID., *Pari dignità sociale e valore della persona umana nello studio del diritto di libertà personale*, in *Iustitia*, 1962, pp. 117 ss.

Sul personalismo nel dibattito costituente, G. D'AMICO, *Stato e Persona. Autonomia individuale e comunità politica*, in *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, a cura di F. Cortese, C. Caruso, S. Rossi, Milano, 2018, pp. 110 ss.

⁹G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, pp. 304 ss.

¹⁰Cfr. M. D'AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, Milano, 2008, p. 11. Nell'esperienza americana una forte critica a questa impostazione del dibattito sull'aborto è in L.H. TRIBE, *Abortion: The Clash of Absolutes*, New York, 1990.

concreta portata di questi diritti, o meglio, in primo luogo, è d'uopo appurare che si tratti di veri e propri diritti soggettivi e non già di mere aspettative e pretese prive di riconoscimento giuridico, per poi interrogarsi sul possibile fondamento degli stessi e provare a determinare la sfera materiale delle garanzie connesse alla loro qualificazione o rango. Si tratta di operazioni tutt'altro che agevoli, anzitutto perché non è affatto semplice individuare un unico ed incontrovertibile criterio discrezionale (di natura formale o sostanziale) capace di segnare la linea di confine (pur mobile e concretamente variabile nei diversi contesti politico-sociali) tra veri e propri diritti e mere aspettative. Inoltre, qualsiasi tentativo di distinzione e precisazione costringe a confrontarsi con categorie dogmatiche tanto note quanto controverse e con questioni definitorie e tendenze classificatorie che, talvolta, lungi dall'aiutare a comprendere e definire, provocano non poche confusioni¹¹. Ciononostante e con le opportune precisazioni che di qui seguiranno, riteniamo che la domanda sulla possibile configurabilità di diritti e libertà fondamentali in ambito procreativo non possa essere elusa e che attraverso i percorsi che conducono ad elaborare plausibili risposte sia possibile risalire a molte questioni emblematiche e altrettanto controverse del costituzionalismo contemporaneo.

2. Percorso di ricerca e parole-chiave

Lo studio è articolato in due parti, evidentemente collegate, seppur distinte e contrassegnate da due parole-chiave: conflittualità e complessità. Attraverso l'uso di questi termini si intende rappresentare sinteticamente alcuni tra i più significativi tratti distintivi dell'esperienza procreativa per costruire attorno ad essi un percorso di ricerca che si focalizzi sulle questioni propriamente costituzionali, a cominciare dalla controversa configurazione di veri e propri diritti e libertà fondamentali in tale ambito tematico.

Dopo una più chiara definizione dei confini dell'indagine si tratteranno le tre principali linee direttrici della ricerca, che investono le pratiche di impedimento del concepimento, di interruzione volontaria della gravidanza e di fecondazione medicalmente assistita, esplicitando le ragioni di una loro trattazione congiunta e i molteplici punti di intersezione tra le medesime¹². Questa lettura integrata di specifiche vicende, pur tutte riconducibili al più ampio

¹¹ Cfr. R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, pp. 7 ss.

¹² Le ragioni di un'analisi congiunta e sistematica delle specifiche vicende procreative, a cui corrispondono le tre linee di ricerca, sono analiticamente esplicitate nel Capitolo I, § 4, dopo una più chiara illustrazione dei tratti di congiunzione e degli aspetti di distanziamento tra ciascuna di esse (Capitolo I, § 3).

tema della procreazione umana (senza per questo esaurirlo), potrebbe *prima facie* apparire una forzatura e occasione di ulteriore confusione; invero, come si avrà modo di precisare, uno degli input per lo svolgimento di un'analisi congiunta è arrivato proprio dal ricorrente e talvolta poco circostanziato richiamo, in tutti questi ambiti, di una generale libertà procreativa o di un diritto all'autodeterminazione riproduttiva, in forza dei quali l'individuo assumerebbe di volta in volta specifiche scelte sul *se, come, quanto e quando* procreare. Tale impostazione risulterà, ad un più attento esame, eccessivamente semplificante, se non proprio fuorviante. Inoltre, come già accennato, una riflessione combinata su specifiche eppur distinte attività connesse alla riproduzione umana è sollecitata dal riscontro, in ciascuna di esse, di profili che rimandano a problematiche antiche, ma ancora attuali, in un ambito complessivamente sollecitato, in tempi più recenti, da profonde trasformazioni.

Nella prima parte, la conflittualità della procreazione verrà declinata come conflitto tra interessi costituzionali (capitolo primo), quale esperienza consustanziale ad ogni democrazia pluralista e che impone il ricorso alla tecnica del bilanciamento, tecnica della quale si metteranno in luce i principali nodi teorici, emersi anche con riferimento a specifiche vicende della procreazione umana. Il secondo capitolo, dedicato alle pratiche di contraccezione e sterilizzazione, riporterà i passaggi attraverso i quali, nell'ordinamento giuridico italiano, si è passati dalla criminalizzazione di queste metodiche alla loro legalizzazione. Il venir meno di interessi sovraindividuali, ritenuti ostativi alla praticabilità di interventi farmacologici o medico-chirurgici capaci di incidere temporaneamente o definitivamente sulla capacità procreativa individuale, indurrà ad interrogarsi sulla riconducibilità di tali metodiche al diritto di libertà procreativa. Dopo aver opportunamente distinto le pratiche di impedimento della fecondazione da quelle abortive, a cui pure erano accomunate nell'impianto originario del Codice penale, si procederà a delineare con maggiore precisione la portata delle stesse, rimarcandone il carattere individuale e l'inevitabilità ad offendere interessi facenti capo al nascituro, trattandosi di interventi finalizzati ad impedirne il concepimento.

Nel terzo capitolo verrà presa in esame, sempre in una prospettiva diacronica, la disciplina della IVG, per verificare come, sulla base di un approccio concreto e "mite", la l. n. 194 del 1978 – che pur non è esente da rilievi critici di una parte della dottrina – abbia inteso tutelare gli interessi facenti capo alla madre e al concepito, inquadrandoli in una prospettiva non avversariale.

Il quarto capitolo sarà dedicato al controverso tema della PMA, il quale ha tardivamente trovato una sua disciplina organica nella l. n. 40 del 2004, oggetto di un progressivo smantellamento giurisprudenziale, nonché di ardite interpretazioni da parte dei giudici comuni, spintesi fino a vere e pro-

prie disapplicazioni della legge. Il tortuoso percorso che ha condotto alla praticabilità anche di indagini genetiche preimpianto su embrioni prodotti *in vitro* costituirà l'occasione per una più approfondita analisi di alcuni rilevanti tratti di congiunzione tra la disciplina della PMA e dell'IVG, costruiti attorno all'esigenza di salvaguardia della salute materna e degli interessi di rilievo costituzionale facenti capo al nascituro e al nato da tecniche di PMA.

La seconda parte verterà su diversi aspetti di complessità della procreazione umana determinati anzitutto dalla confluenza, in questo ambito tematico, di questioni scientificamente ed eticamente controverse (capitolo primo). A questi profili si presterà attenzione anche in virtù del loro collegamento con la complessità intrinseca di uno dei parametri costituzionali più frequentemente invocati in campo procreativo, ovvero l'art. 32 della Costituzione, pertanto declinato, non senza qualche perplessità, come diritto alla tutela della salute riproduttiva. Ed ancora, si prenderà in esame un ulteriore profilo di complessità derivante dalla convergenza, anche nel nostro ambito di ricerca, di fonti regionali e sovranazionali e, in particolare, di una significativa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, il cui "ingresso" nell'ordinamento giuridico italiano rende ancor più ardua l'identificazione dei diritti e delle libertà che sottendono le varie vicende procreative.

In questa seconda parte, la successione e ripartizione in capitoli non si baserà più sulla distinzione tra le esperienze procreative cui corrispondono le tre linee di ricerca, tracciate, nella prima parte, seguendo una prospettiva storica; si metteranno invece maggiormente in luce i tratti di convergenza tra le stesse.

Alla complessità "scientifica" di tutte le pratiche procreative oggetto di questo studio si presterà attenzione nel secondo capitolo di questa parte, nel quale sarà esaminato il controverso rapporto tra diritto, scienza e tecnica biomedica e le sue ricadute su istanze individuali (diritti soggettivi) e su forme e contenuti delle norme giuridiche (diritto oggettivo).

La riflessione si snoderà poi attorno alla qualificazione delle vicende procreative come questioni eticamente controverse (terzo capitolo); l'intento sarà non già quello di confutare la rilevanza anche etica di tali tematiche, quanto quello di svelare le insidie che si celano dietro l'occultamento della loro dimensione propriamente giuridico-costituzionale. In particolare, si ripercorreranno alcune vicende concernenti l'accesso alla PMA con donazione di gameti e l'obiezione di coscienza alle pratiche abortive per rimarcare come la necessaria salvaguardia della libertà di coscienza non possa far venir meno la doverosa erogazione di tali prestazioni sanitarie, funzionali a soddisfare il diritto costituzionale alla salute. Al contempo, saranno oggetto di approfondite riflessioni pure le difficoltà organizzative e i condizionamenti di natura economica, che investono il comparto sanitario.

Nell'attraversare questi livelli stratificati di complessità, giuridica ed extra-giuridica, ci si inoltrerà nelle trasformazioni che investono la famiglia, la genitorialità e la filiazione anche in ragione degli scenari dischiusi dagli avanzamenti della scienza e delle tecnologie biomediche. Ci si interrogherà quindi sulla incerta natura degli interessi coinvolti in pratiche procreative e sperimentali molto controverse, esplorando i limiti e gli orizzonti al riguardo rinvenibili nell'ordinamento costituzionale.

Come si avrà modo di verificare, le due parti in cui è articolata la nostra riflessione sono intimamente collegate. La complessità del tema della procreazione, derivante dalla confluenza in esso anche di concezioni etiche sul valore e significato della vita umana e dall'emersione di nuove possibilità e spazi dischiusi dall'evoluzione scientifica e tecnologica, non può essere nettamente scissa dal profilo della conflittualità, potendo questa accentuarsi proprio in ragione di una sempre più spiccata complessità della tematica. Pur non potendo negare poi che conflittualità e complessità rappresentano tratti connotativi non solo delle esperienze procreative che qui saranno prese in esame, ma anche di molti altri temi riconducibili al c.d. biodiritto, riteniamo che la costruzione del nostro percorso di ricerca attorno a queste due parole-chiave conservi la sua utilità per fornire più appropriate proposte di lettura delle specifiche tematiche affrontate e, in particolare, per identificare fondamento, natura e concreta portata degli interessi soggettivi e dei beni di rilievo costituzionale in esse coinvolti. Considerato inoltre che il significato dei termini conflittualità e complessità finisce sovente per sovrapporsi fino a confondersi, per rendere più chiaro il nostro itinerario di ricerca si può precisare che, nella prima parte, si riserverà maggiore (ma non esclusiva) attenzione alla portata e agli esiti dei conflitti tra interessi costituzionali già affrontati dal legislatore e dai giudici (*in primis* quello costituzionale) e, nella seconda parte, si volgerà lo sguardo alle numerose e complesse questioni ancora sul tappeto e in attesa di adeguata "gestione".

Per quanto superfluo possa apparire, non sembra scontato precisare che si è pienamente consapevoli di non poter offrire né un quadro compiuto di qualsiasi aspetto giuridico connesso al fenomeno procreativo, né tantomeno si ambisce a fornire risposte certe ai tanti e non di rado scottanti interrogativi che affollano il dibattito giuridico, ma prima ancora etico, su questo complesso tema. La nostra è piuttosto una proposta di lettura, di argomentazione e di metodo nell'approccio costituzionalistico al tema *de qua*. Si è fermamente convinti, del resto, che anche lasciare aperte e incompiute determinate questioni, offrendo però chiavi di lettura o solo spunti di riflessione e stimolando così un confronto su di essi, possa rivelarsi benefico e costruttivo.

Capitolo I

Questioni emblematiche del costituzionalismo contemporaneo al cospetto dell'esperienza procreativa

SOMMARIO: 1. Sull'incerta natura dei "diritti" procreativi tra confusioni terminologiche, modelli teorici e classificazioni dogmatiche. – 2. Vecchie e nuove questioni procreative. Dal precoce dibattito sul controllo della capacità procreativa e sull'aborto al confronto sulle nuove tecnologie riproduttive. – 3. Le aporie di un approccio monolitico ad un tema complesso. – 4. Le ragioni di una trattazione sistematica e dell'assunzione di una prospettiva diacronica.

1. Sull'incerta natura dei "diritti" procreativi tra confusioni terminologiche, modelli teorici e classificazioni dogmatiche

Il tema della procreazione umana, nelle sue molteplici profilature, solleva non soltanto complessi problemi di ordine giuridico, ma anche delicate questioni di natura etica, politica, biomedica, per citare solo alcuni degli ambiti di riflessione più sollecitati. Anche nella più ristretta dimensione giuridica, esso costituisce oggetto di studi nella prospettiva propria della filosofia del diritto e di varie discipline giuridico-positive, come il diritto di civile (in specie il diritto di famiglia), il diritto penale, il diritto sanitario, la medicina legale, il diritto internazionale ed europeo.

La prospettiva di indagine di questo studio è quella del diritto costituzionale. Pur consapevoli che la questione relativa al metodo della scienza del diritto costituzionale, lungi dall'essere pianamente risolta, continua ad affannare e dividere la dottrina¹, l'obiettivo che ci si pone è quello di offrire un contribu-

¹ AA.VV., *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, Atti del Convegno di Messina del 23 febbraio 1996, Padova, 1997.

to alla riflessione sul complesso tema della procreazione umana nella convinzione del rilievo costituzionale dello stesso e della possibilità di rintracciare a quel livello crinali di orientamento per un dibattito che, da molteplici punti di vista e da diversi anni, attraversa questo ambito tematico.

Non è difficile comprendere le ragioni per cui anche la procreazione umana, come altre tematiche legate al *bios*, alle condizioni e ai modi in cui si svolge concretamente la vita umana, pongano questioni tipicamente costituzionali: evidente è l'intercettazione da parte del tema *de quo* di interessi e beni di sicuro rilievo costituzionale (*in primis* la vita umana²) e altrettanto lampante è il coinvolgimento in esso di molteplici valori e principi costituzionali, compresi quelli supremi. Sennonché le risposte alle sollecitazioni che su più fronti toccano il diritto costituzionale sono tutt'altro che piane e di agevole elaborazione: è anzitutto per le caratteristiche precipue del tema oggetto di analisi che non è possibile rinvenire nella Carta costituzionale una disciplina esaustiva del fenomeno procreativo. Pur facendo ricorso a canoni interpretativi evolutivi e sistematici del disposto normativo, non si potrebbe ricavare dal testo costituzionale una risposta univoca – “a rime obbligate”³ – alle molteplici problematiche sottese alla generazione della vita umana. Come noto, poi, è proprio del linguaggio costituzionale⁴ il più ampio ricorso non solo a norme di principio, ma anche a concetti generali, clausole indeterminate ed elastiche, la cui concretizzazione lascia ampio spazio all'interprete e alle determinazioni assunte mediante altre fonti del diritto.

²Nonostante la totale assenza di un esplicito richiamo alla vita nella Carta costituzionale, sul rilievo costituzionale della stessa non si nutre alcun dubbio né in dottrina, né in giurisprudenza. Sulla concreta portata del diritto alla vita, che invece è già questione più controversa, persistono molteplici visioni. Restando alla sola riflessione propriamente costituzionalistica – che comunque non può non misurarsi con la sterminata, antichissima e rilevante speculazione filosofica ed etica sul tema –, si veda almeno I. NICOTRA, “Vita” e sistema dei valori nella Costituzione, Milano, 1997; EAD., (voce) Vita, in *Diritto costituzionale*, a cura di S. Mangiameli, Milano, 2008, pp. 475 ss.; G. GEMMA, (voce) Vita (diritto alla), in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XV, Torino, 1999, pp. 670 ss. Nella giurisprudenza costituzionale, da ultime, si v. le decisioni rese nel “caso Cappato” sul suicidio assistito, Corte cost., ord. n. 207 del 2018 e sent. n. 242 del 2019.

³Per riprendere la celeberrima metafora elaborata da V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, a cura di N. Occhiucupo, Bologna, 1978, p. 84; ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, II.2. *La Corte costituzionale*, Padova, 1984, p. 497, allo scopo precipuo di “giustificare” l'impiego da parte del giudice costituzionale di decisioni manipolative che consentissero di aggiungere norme mancanti, ma implicitamente deducibili dal testo costituzionale.

⁴Anche se l'uso di principi e clausole aperte non è esclusivo del linguaggio costituzionale, su cui cfr. G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quaderni costituzionali*, 1989, pp. 229 ss.; A. RUGGERI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio delle leggi: notazioni introduttive*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 3/2015.

Come già sommariamente enunciato, il principale intento qui perseguito è quello di verificare la riconducibilità al testo costituzionale di situazioni giuridiche soggettive che, in virtù di tale collegamento, possano vantare la qualificazione e il trattamento proprio dei diritti fondamentali, ovvero «un rango diverso da quello di altri diritti che possono trovare la loro fonte nella legge»⁵ o in altri atti normativi. In questo senso, se, per un verso, il riferimento al diritto positivo (al testo costituzionale) sembra fornire molto più di un mero appiglio formale per sostenere che la fundamentalità o meno di un diritto dipenda dalla sua conformazione ad opera del diritto positivo ed, in specie, della fonte posta al vertice dell'ordinamento giuridico, per altro verso, e notoriamente, ciò non riesce a superare le enormi difficoltà che si incontrano nel tentativo di chiarire cos'è un diritto fondamentale⁶ e quali criteri consentono di distinguere questi da altri diritti che tali non sono o perché «meramente naturali», radicati di valori meta-normativi e connaturati alla natura umana, o perché ricavabili da altre Carte dei diritti o da fonti subordinate alla Costituzione. Non è certo una novità rilevare che, sia dal punto di vista teorico e dogmatico, sia sul piano delle conseguenze pratiche che ne derivano, riesce particolarmente complesso – se non impossibile, per alcuni – identificare i diritti fondamentali perciò distinguendoli dai diritti umani, la cui intrinseca portata universale, quali diritti naturali o morali, ne imporrebbe la tutela a prescindere dal riconoscimento che se ne facciano la Costituzione o altri testi normativi. Ciò in larga parte rimanda al più ampio ed annoso problema del rapporto tra diritto naturale e positivo, oggetto di illuminanti dibattiti pure in Assemblea costituente⁷, specie in occasione della formulazione dell'art. 2 della Costituzione e, come si avrà modo di approfondire, richiami – seppur talvolta divergenti negli esiti perseguiti – ai diritti naturali ed ai valori universali che connotano la persona umana sono tutt'altro che rari nel dibattito su diversi profili della procreazione.

Anche non accedendo a prospettive giusnaturalistiche, l'altra questione di fondo che, come noto, ha animato il confronto sulla portata dell'art. 2 della Costituzione, è quella del riconoscimento di ulteriori diritti fondamentali rispetto a quelli espressamente previsti nel testo della Costituzione.

⁵ P. CARETTI, *I diritti fondamentali: libertà e diritti sociali*, Torino, 2011, p. XXIII.

⁶ Quesito spinosissimo eppur decisivo, sul quale la riflessione è a dir poco sconfinata. Si v. almeno gli Atti del Convegno Annuale del Gruppo di Pisa di Cassino 10-11 giugno 2016, raccolti nel volume *Cos'è un diritto fondamentale*, a cura di V. Baldini, Napoli, 2017.

⁷ In particolare nella I Sottocommissione (Diritti e doveri dei cittadini). Sul punto v. A. BARBERA, *Articolo 2*, in *Commentario della Costituzione. I principi fondamentali*, diretto da G. Branca, Bologna-Roma, 1975, pp. 51 ss., anche per osservazioni critiche al riguardo.

È attorno a questi dilemmi, i quali agitano da tempo la dottrina, che può assumere una più chiara fisionomia la questione della natura dei diritti connessi alla procreazione umana. Oltre che nella prospettiva del diritto naturale, essa è sovente tematizzata proprio nell'ambito della più ampia riflessione intorno ai c.d. nuovi diritti, emergenti dall'evoluzione concreta dell'esperienza sociale⁸, ricavabili da Carte internazionali dei diritti umani⁹ o concepiti come connaturati alla dignità umana¹⁰. Sul fondamento dei nuovi diritti, oltretutto sulla portata dei medesimi, non vi è affatto concordia; anzi, il tema è da alcuni ritenuto ozioso o mal posto, uno dei tanti *topoi* della letteratura costituzionalistica, al più concepibile in una prospettiva storica di ricostruzione delle “generazioni” dei diritti. Eppure, l'annosa questione dei nuovi

⁸ A. BARBERA, *op. cit.*, p. 66.

⁹ L'espressione “diritti riproduttivi”, in effetti, nasce proprio in sede internazionale e fa la sua prima apparizione nella «Proclamazione di Teheran» del 1968, nella quale si afferma che: «I genitori hanno un diritto umano fondamentale per determinare liberamente e responsabilmente il numero e la distanza del tempo di nascita dei loro figli» (traduzione nostra). Queste espressioni sono poi testualmente riprese nella Conferenza Internazionale della Donna delle Nazioni Unite del 1975 e in altri documenti internazionali. Per una panoramica si v. C.A.A. PACKER, *The Right to Reproductive Choice: A Study in International Law*, Turku, 1996.

Quanto alla portata e al valore di queste dichiarazioni non si può che rinviare alla generale riflessione sulla tutela internazionale dei diritti umani, sui quali la letteratura è vastissima. Ma, per un approfondimento sui molteplici incroci tra diritto intero e diritto internazionale in questo specifico ambito tematico, si v. almeno R. BIFULCO, *Sovrappopolazione, qualità della democrazia e sviluppo sostenibile*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta Online*, 20 luglio 2020. Va invece rimarcato come, anche a livello internazionale, la concreta identificazione e portata dei diritti riproduttivi costituisca uno dei principali argomenti controversi. Al generico riconoscimento di diritti riproduttivi, ribadito in molti atti internazionali, seguono ricostruzioni diversificate che includono tra di essi: il diritto a ottenere un aborto legale e sicuro; il diritto alla contraccezione; la libertà dalla sterilizzazione forzata; il diritto di accedere a un'assistenza sanitaria riproduttiva di buona qualità; il diritto all'accesso all'istruzione femminile per poter fare scelte riproduttive libere e informate; il diritto a ricevere un'adeguata informazione per quanto concerne le malattie sessualmente trasmissibili e sugli altri aspetti della sessualità; la protezione da pratiche quali la mutilazione genitale femminile. Anche nell'ordinamento internazionale si è posta poi la questione della riconducibilità dei “nuovi” diritti riproduttivi ai diritti umani espressamente riconosciuti nelle Carte internazionali dei diritti, vincolanti per gli Stati aderenti. Ma soprattutto, pure in quel contesto, la divisività e la delicatezza del tema hanno trovato rispecchiamento nella formulazione di molte riserve e osservazioni critiche. Queste ultime investono sia il concetto stesso di diritti riproduttivi, sia la determinazione del loro contenuto. Come si avrà modo di approfondire (Parte Seconda, Capitolo I, § 6), i principali argomenti critici sollevati, soprattutto in sede giurisdizionale, dagli Stati nazionali attengono al riconoscimento, accanto ai diritti riproduttivi, dell'inviolabilità del diritto alla vita fin dal momento del concepimento; della libertà di coscienza e della libertà di religione; della protezione della famiglia come unità fondamentale della società.

¹⁰ Sulla autonomia fondativa del valore “supercostituzionale” della “dignità umana” per il riconoscimento di “nuovi diritti”, v., in particolare, A. RUGGERI-A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Politica del diritto*, 1991, pp. 354 ss.

diritti non pare possa essere facilmente liquidata e accantonata¹¹, né risolta univocamente, costituendo invece un tema centrale – si potrebbe dire “sempre verde” – intimamente connesso com’è alla dinamicità dell’ordinamento costituzionale e alle correlate problematiche dell’interpretazione costituzionale e della definizione dei compiti spettanti agli attori istituzionali ai fini della effettiva tutela dei diritti¹².

In effetti, v’è anche un’altra preminente ragione per cui nelle trattazioni (come anche nella giurisprudenza) sul tema della procreazione umana ricorra sovente il richiamo ai “nuovi” diritti e, in particolare, all’art. 2 della Costituzione (solo o in combinato disposto con altri articoli): alcuni dei cosiddetti nuovi “diritti procreativi”¹³ si sostanziano nella pretesa di avvalersi di sofisticate biotecnologie perfezionate solo all’esito di innovativi avanzamenti della scienza biomedica e di pratiche sperimentali. Ciò può emblematicamente riscontrarsi nei casi in cui si rivendichi il diritto di procreare mediante tecniche di fecondazione medicalmente assistita oppure si pretenda di svolgere accertamenti genetici preimpianto o prenatali sul nascituro per conoscere il suo stato di salute. Come pure, sempre di nuovi diritti dell’era tecnologica può parlarsi allorquando, in una diversa e capovolta logica, non pretensiva ma difensiva, si riconosca il diritto dell’embrione a non subire attività manipolatorie

¹¹ Se, come si avrà modo di verificare approfonditamente, il processo procreativo è (anche) terreno privilegiato di emersione di laceranti conflitti, la loro composizione normativa attraverso il bilanciamento, presuppone, preliminarmente una chiarificazione sui termini del bilanciamento, ovvero il riconoscimento del rango costituzionale degli interessi da bilanciare. Sicché tutt’altro che retorici appaiono gli interrogativi dapprima posti.

¹² O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano, 2002, p. IX ma *passim*; G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, 2017, p. 70: «L’interpretazione dei diritti, specialmente in sede giurisdizionale, diventa la prosecuzione della politica e del conflitto sociale con altri mezzi».

¹³ È opportuno precisare sin d’ora per quale ragione, già nel titolo di questo studio, si è utilizzato il termine “procreazione” per denotare il processo di generazione umana (cfr. la critica rivolta in particolare al legislatore del 2004 anche per la scelta terminologica assunta nella disciplina della PMA, su cui *infra* nota n. 37) e, soprattutto, perché qui ricorra più frequentemente l’espressione “diritti procreativi” in luogo di quella, più diffusa nel linguaggio medico-scientifico, ma anche in quello giuridico, specie internazionale (v. *retro* nota n. 9), di “diritti riproduttivi”. Muovendo dalla premessa che il lessico utilizzato non è mai neutrale o avulso da precise scelte ideologiche, e che è nostra intenzione criticare una rigida e astratta catalogazione degli interessi giuridici soggettivi che affollano questa esperienza complessa, tanto se li si qualifica come diritti procreativi, quanto come diritti riproduttivi, in questa sede la prima espressione è stata preferita alla seconda in quanto è nostra convinzione che il processo di generazione di nuovi esseri umani non rivesta un significato solo scientificamente connotato. Inoltre, l’espressione diritto alla procreazione (cosciente e responsabile) ricorrere espressamente anche nella l. n. 194 del 1978, come pure è sempre il termine procreazione quello utilizzato nella l. n. 405 del 1975, oltre che nella tanto criticata l. n. 40 del 2004, la quale certamente ne fa un uso ideologicamente connotato.

e sperimentali. In un caso come nell'altro, e sempre ammesso che si tratti di veri e propri diritti costituzionali, non è affatto pacifico che debba richiamarsi soltanto l'art. 2 della Costituzione¹⁴, inteso come clausola aperta al riconoscimento di nuovi diritti altrimenti non identificabili, potendosi invece ritenere più appropriato il ricorso ad altre disposizioni costituzionali¹⁵, in quanto, pur trovandosi al cospetto di inedite forme di esercizio di un "vecchio" diritto o di nuovi strumenti di garanzia dei tradizionali diritti enumerati, la tendenza a rimarcare gli innegabili profili di novità da essi rivestiti potrebbe indurre a sottovalutare «le radici "vecchie" di problemi "nuovi"»¹⁶.

Anche alla luce di siffatta precisazione, nell'impostazione di questo studio si è ritenuto di non poter indagare sulle nuove questioni legate alla procreazione umana senza tener conto di quelle vecchie – e in parte irrisolte – che l'hanno attraversata e che tutt'ora la attraversano, specie sul versante della qualificazione delle situazioni giuridiche coinvolte. Come pure, nella ricerca di un possibile ed appropriato fondamento costituzionale per i nuovi diritti procreativi, nel corso del lavoro ci si vuole interrogare sulla riconduzione degli stessi entro l'ambito di applicazione di altri disposti costituzionali diversi dall'art. 2.

Accanto alla prospettiva dei nuovi diritti, l'altra via da taluni percorsa nell'approcciare il tema *de quo* è quella del riconoscimento di una norma generale esclusiva ovvero di una condizione di libertà dell'individuo solo eccezionalmente limitabile al fine di salvaguardare diritti altrui¹⁷. Anche in ambito riproduttivo, si sostiene¹⁸ l'esistenza di una generale libertà di procreare – espressione a sua volta della libertà individuale – che, pure ove

¹⁴ Cfr. F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, pp. 1 ss., in part. 7 ss., il quale, per uscire dalle secche della dicotomia fattispecie aperta-chiusa, muove dall'interpretazione dell'art. 2 della Costituzione per sostenere che il valore posto alla base dello stesso, in connessione con il programma di cui all'art. 3, è quello della libertà tanto positiva, quanto negativa; una libertà, quindi i cui vari contenuti non possono esaurirsi nelle forme prefissate. E poiché la tipizzazione-enunciazione costituzionale dei diritti è sufficientemente elastica, «si dovrebbe procedere empiricamente per verificare ogni volta se un presunto "nuovo" diritto rientri, come implicito, strumentale, conseguente in una specificazione o nella combinazione di più specificazioni costituzionali».

¹⁵ In tal senso anche A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte generale, Padova, 1990, p. 5 ma *passim*, e all'interno di una più serrata critica rivolta alla configurazione dell'art. 2 della Costituzione come norma a fattispecie aperta.

¹⁶ R. BIN, *Critica della teoria*, cit., p. 57.

Così pure A. D'ALOIA, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, in *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, a cura di A. D'Aloia, Milano, 2003, p. XXIV: «nulla è ... completamente "nuovo", ma ogni evoluzione assume le forme della rielaborazione, dell'approfondimento "delle potenzialità espressive del dettato costituzionale"».

¹⁷ R. BIN, *op. cit.*, p. 59.

¹⁸ C. LALLI, *Libertà procreativa*, Napoli, 2004, pp. 1 ss.