

L'ACCESSO ALLE TECNICHE DI PMA: LIBERTÀ O DIRITTO?

Gianni Baldini

1. Premessa

Il fenomeno procreativo costituisce sicuramente uno dei campi di elezione per osservare sia in prospettiva statica che dinamica, le tensioni fra scienza ed etica, diritto e 'mercato'. Il superamento del paradigma della naturalità in un ambito così importante e delicato, luogo di confronto fra valori e principi fondamentali –libertà, responsabilità, dignità – in cui gli interessi, le libertà e i diritti individuali (e collettivi) degli uni – generanti, medico, società. – devono essere necessariamente graduati a tutela dei corrispondenti interessi degli altri – generati ovvero la discendenza nell'accezione plurale – anche per la natura e il rilievo, in prospettiva, delle questioni trattate – tutte a vario titolo connesse al tema dell'inizio della vita umana. – impone al diritto una profonda riflessione su 'quale' debba essere la possibile regola giuridica da applicare 'al posto' della legge naturale che non c'è più.

È evidente che per la natura del tema affrontato la riflessione etica costituisce un momento decisivo della successiva opzione giuridica. Di preliminare importanza risulta l'operazione diretta alla esatta individuazione della fattispecie di cui trattasi nella consapevolezza che se il fenomeno della procreazione è antico quanto l'uomo, del tutto nuova ed inedita risulta la sua rappresentazione sociale e giuridica nella misura in cui al diritto non viene chiesto solamente di regolare le conseguenze che da tale fatto si producono, ma di (ri)ordinare il fatto stesso da cui tali conseguenze si originano.

2. La procreazione umana: inquadramento del fenomeno fra mutamento sociale, scientifico, culturale ed esigenze di riconoscimento giuridico

La riproduzione rappresenta indubbiamente una delle componenti essenziali della vita dell'uomo come, d'altra parte, di qualsiasi altro essere vivente, non solo perché soddisfa un bisogno insopprimibile dell'individuo

di realizzare per questa via la propria personalità, ma anche perché corrisponde all'interesse collettivo (della specie) di sopravvivenza del gruppo sociale. Pertanto la tutela della vita e della dignità umana da una parte e la protezione giuridica che deve essere assicurata a tutte le attività del soggetto dirette alla realizzazione della propria personalità dall'altra, determinano in termini imperativi la necessità di riconoscere e quindi garantire a ciascun individuo il libero esercizio della propria funzione procreativa.

Nonostante che nella nostra tradizione giuridica nessuno abbia mai ragionevolmente sostenuto che la procreazione non costituisce svolgimento di una libertà 'naturalmente' spettante all'individuo, l'attenzione del legislatore, così come dell'interprete, è sempre stata attratta prioritariamente dal rapporto fra l'uomo e la donna dal quale si origina il processo di formazione della vita ovvero dal prodotto di tale relazione, piuttosto che dal fatto biologico del concepimento. Si osserva che quest'ultimo ove autonomamente rilevato, è stato preso in considerazione non in sé e per sé, quanto con riferimento all'epoca della sua esecuzione¹.

Infatti, la tutela accordata alla famiglia come società naturale e il riconoscimento di essa come formazione sociale in cui si realizza la personalità dell'individuo, implicano che *prima facie* è tale realtà ad essere rilevante per il diritto in quanto luogo nel cui ambito l'uomo esercita e realizza alcune sue funzioni fondamentali, tra le quali rientra quella procreativa che acquista un preciso rilievo giuridico, ancorché mediato dalla tutela riconosciuta al nucleo familiare in se considerato e ai soggetti che lo compongono. E tuttavia, tale funzione acquista, indirettamente, giuridica rilevanza anche al di fuori del contesto familiare se si pensa, per esempio, al riconoscimento del figlio naturale da parte di uno solo dei genitori ex art. 250 c.c., nell'ammettere il quale non può negarsi tutela anche al suo presupposto di fatto: l'atto riproduttivo². D'altra parte il richiamo al concepimento come

¹ Cfr. Furguele G., *La fecondazione artificiale*, in *Quadrimestre*, 1989, p. 250 ss., il quale osserva come l'aporia fra riconoscimento implicito della libertà di procreare e mancanza di una sua esplicita menzione come diritto fondamentale dell'uomo «[...] perviene a dar conto di sé qualora si abbia presente che dell'attitudine dell'individuo a procreare e del riconoscimento incondizionato della stessa, veniva e viene svolta considerazione solo indiretta, nell'ottica, cioè, di un fenomeno ulteriore, cui la procreazione si manifesta connessa, ma dal quale risulta anche trascesa»; Rodotà S., *Repertorio di fine secolo*, 1992, Roma, p. 212; Calogero M., *La procreazione artificiale*, Giuffrè, Milano, 1989, p. ; Baldini G., *Le nuove frontiere del diritto di procreare: jus generandi e fecondazione artificiale fra libertà e limiti*, in *Persona Biotecnologie e procreazione* di G. Baldini e G. Cassano (a cura di), Ipsoa, Milano, 2003, p. 5 ss.

² Cfr. G. Furgiele, op. cit., 251, secondo il quale la tutela accordata alla famiglia e la disciplina approntata a garanzia della certezza nel rapporto di filiazione rappresentano « [...] forme idonee ad evidenziare un'attenzione in positivo accordata dall'ordinamento al fatto procreazione, ma sono nel contempo queste stesse forme attraverso le quali si realizza una considerazione giuridica di tale fatto non fine a se stessa, ma in funzione della salvaguardia di ulteriori interessi e, quindi, della disciplina di distinte, specifiche situazioni. E codesta prospettiva fa della procreazione per il diritto uno scontato presupposto che lo sviluppo

critério autonomo, ordinante le relazioni giuridiche e quindi funzionale all'attribuzione di diritti e obblighi nonché alla graduazione di libertà e alla previsioni di limiti da conto di sé anche in altre norme, del codice civile³ e della legislazione speciale⁴.

Se in passato, nelle rappresentazioni giuridiche, sessualità e riproduzione apparivano come fatti strettamente connessi, secondo la logica di una relazione funzionale diretta alla procreazione, il mutamento dell'etica sessuale come conseguenza dei profondi cambiamenti nel costume ha trasposto sul piano giuridico questa nuova sensibilità diffusa sul piano sociale. Si è così pervenuti all'introduzione di una pluralità di testi normativi – fra i quali ricordiamo innanzitutto: la l. n. 405/1975 sui consultori familiari e la l. n. 194/1978 sull'interruzione volontaria della gravidanza – il cui elemento comune deve essere individuato nella tutela accordata all'interesse del soggetto alla procreazione cosciente e responsabile inteso come l'oggetto di una specifica pretesa in forza della quale lo Stato deve fornire tutti i mezzi, conoscitivi e tecnici, al fine di rendere utilmente e concretamente possibile l'esercizio del relativo diritto.

Il concepimento è al centro della disposizione ex art. 1 lett. c) l. n. 405/1975, come fatto responsabile di coppia: il fenomeno viene considerato in sé e per sé, come fatto specifico dal quale deriva la maternità della donna e la paternità dell'uomo. La norma in esame pur diretta alla tutela della madre protegge, anche attraverso di lei, il concepito il quale acquista una propria autonomia divenendo oggetto di specifica tutela. La maternità non è più vista solo come affare esclusivo della madre⁵ bensì come il portato duale del complesso fenomeno della procreazione di cui il concepimento costituisce il momento biologico iniziale. E infatti il richiamo letterale al servizio in favore della maternità riconduce, con terminologia tradizionale, il prodotto del concepimento alla procreazione.

Con la l. n. 194/1978 il legislatore si è spinto oltre prevedendo che la vita umana vada tutelata fin dal suo inizio e attribuendo allo Stato,

della scienza medica nell'ambito delle biotecnologie mette in crisi e dalla cui riformulazione è necessario per contro prendere le mosse»; G. Ferrando, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Cedam, Padova, 117 ss.

³ Cfr. fra gli altri, gli artt. 232 c.c. sulla presunzione di concepimento in costanza di matrimonio; art. 235 c.c. sul disconoscimento della paternità; art. 263 c.c. sull'impugnazione per difetto di veridicità; art. 269 c.c. sull'accertamento giudiziale della paternità e della maternità; art. 89 c.c. sul lutto vedovile.

⁴ Cfr. art. 1, legge 22 maggio 1978 n. 194 sull'interruzione volontaria della gravidanza, norma che fissa la tutela della vita umana fin dall'inizio, *rectius* dal concepimento; l. n. 29 luglio 1975 n. 405 che oltre alla donna prevede all'art. 1 che è compito dello Stato tutelare con ogni mezzo il prodotto del concepimento; L. 17 ottobre 1967 n. 977 e l. 30 dicembre 1971 n. 1204 sulla tutela della lavoratrice gestante.

⁵ Come invece ritengono ancora, in sociologia, M. Rossi.- R. Degiarde.-S. Verlicchi, *Obiettivo donna*, Roma, 1987, p. 106.

per la prima volta in forma esplicita, il dovere di impegnarsi per garantire l'esercizio del diritto alla procreazione «cosciente e responsabile», prevedendo, con l'art. 15 della stessa, l'onere, a carico delle Regioni, di promuovere e favorire qualsiasi attività volta ad approfondire questioni relative all'educazione sessuale, al decorso della gravidanza e all'uso di metodi anticoncezionali⁶.

La separazione fra sessualità e riproduzione costituisce uno dei fattori di rottura rispetto all'assetto di valori e principi sui quali si basava l'istituzione familiare prima della Riforma del 1975 e ai quali si ispirava la prevalente dottrina nel sostenere che in nessuna maniera fuori dalla famiglia legittima poteva riconoscersi una libertà procreativa da far valere nei confronti dei terzi. Infatti, con il matrimonio la libertà sessuale dei coniugi si trasformava nel c.d. *jus in corpus* che, oltre a costituire una forma di regolamentazione della libertà di generare⁷, ricomprendeva in sé anche il diritto alla procreazione, nel senso che l'oggetto del consenso matrimoniale non era direttamente il diritto alla prole ma il diritto agli atti per loro natura preordinati a questo scopo⁸.

La crisi dei vecchi valori posti alla base del nostro ordinamento familiare ha portato, insieme a nuove ed inevitabili incertezze e contraddizioni che accompagnano ogni mutamento sociale, al superamento della struttura autoritaria e tradizionale della famiglia, incentrata sul ruolo del marito-capo, con la conseguente affermazione dei principi di uguaglianza giuridica e morale fra i coniugi, dell'accordo nelle decisioni inerenti le principali vicende familiari, e del *favor veritatis*, posti come cardini dell'intero sistema familiare. Proprio in virtù dell'affermazione forte del principio di 'autoresponsabilità' (più che di 'verità') si deve il superamento delle odiose discriminazioni fra figli legittimi e naturali.

È in un siffatto nuovo quadro giuridico e culturale che si sta oggi affermando quel pluralismo di modelli sociali di famiglia (legittima, convivenza *more uxorio* etero e omosessuale, famiglia monoparentale), che rimettono in discussione il sistema dei ruoli e dei rapporti sia all'interno della coppia

⁶ Rodotà S, *op. ult. cit.*, p. 5, afferma che «La separazione fra concepimento e riproduzione operata dalle nuove tecnologie è stata preparata dalla separazione fra sessualità e riproduzione, legata al diffondersi delle tecnologie contraccettive: è già qui che il tema del figlio 'voluto' assume la sua straordinaria rilevanza».

⁷ Con il matrimonio si afferma il principio dell'esclusività sessuale (e quindi procreativa) fra i coniugi, ognuno dei quali - secondo la suddetta dottrina - poteva vantare una pretesa di natura reale sul corpo dell'altro.

⁸ Si veda Santosuosso A., *La fecondazione artificiale umana*, Milano, 1984, 21 ss.; Lener S., *Matrimonio, fedeltà coniugale e inseminazione artificiale*, in *Civ. catt.*, 1959, III, pp 59 ss., il quale, riflettendo sull'obbligo di fedeltà fra i coniugi ritiene necessario introdurre il principio dell'esclusività (*jus in corpus*) in cui l'esclusività è intesa come «[...] la doverosa limitazione dei comportamenti diretti a soddisfare gli anzidetti fini della società coniugale ai suoi membri come una proprietà essenziale della società medesima».

sia verso i figli, impossibile da ricondurre ad unità⁹. Il superamento dell'unicità del modello di famiglia¹⁰ spinge anche il diritto ad andare oltre una visione della stessa come 'soggetto' meritevole di tutela in sé e per sé¹¹ (il che implicherebbe la rilegittimazione della famiglia fondata sul matrimonio come unico modello sociale di riproduzione) a vantaggio di una concezione che la considera come luogo privilegiato per l'affermarsi della personalità umana dove, però, oggetto di tutela sia l'individuo in quelle che sono le sue esigenze fondamentali¹².

⁹ In luogo della rappresentazione del concetto di famiglia al singolare, in dottrina sempre più è invalso l'uso del termine al plurale. La suggestiva immagine della famiglia descritta come < l'isola che il mare del diritto può solo lambire e mai penetrare > usata da A.C. Jemolo agli inizi del secolo, attesa la accresciuta complessità e articolazione del fenomeno ormai disancorato dal necessario legame di sangue e sempre più qualificato dall'elemento dell'*affetto* inteso come fondamento costitutivo delle relazioni intrafamiliari e quindi fatto giuridicamente rilevante, giustifica l'impiego del più ampio concetto di < arcipelago familiare > (Busnelli F.D., *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, IV pp. 509 ss. Conf. Tommasini, *Formazioni familiari in divenire: tra realtà sociale, autonomia privata e regole giuridiche*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 555.

In tempi più risalenti, sostanzialmente in tale prospettiva, v. anche Perlingieri P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, ESI, Napoli, 1991, p. 240 ss.; Scalisi V. *La «famiglia» e le «famiglie»*, in AA.VV. *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive*, Atti del convegno di Verona, 14-15 giugno 1985, Padova 1986, p. 280.

¹⁰ Con specifico riguardo alle tecniche di P.M.A., per un'analisi delle interazioni di tale dinamiche con il complesso fenomeno procreativo cfr. i contributi di Bucelli A., *Procreazione assistita e famiglia*, in *Produrre uomini* di A. Bucelli (a cura di), cit., p. 133 ss; Mori M., *Modelli normativi e libertà della persona circa la famiglia e la generazione umana*, v. infra, cap.III; Soldano M. *L'accesso alla fecondazione medicalmente assistita in europa: quali famiglie?*, v. infra cap. IV.

¹¹ Cfr. Cicu, *Principi generali del diritto di famiglia*, in *Riv. trim.*, 1955, 3, per il quale «[...] l'interesse che è preso in considerazione nel rapporto coniugale non è l'interesse individuale per ciascuno degli sposi, del soddisfacimento del bisogno sessuale. L'interesse che sostanzia il matrimonio è un interesse che eccede quello individuale degli sposi; interesse quindi ad essi superiore che come tale domina sull'interesse individuale e sulla loro volontà [...]. Poiché è caratteristica di ogni organismo la subordinazione delle parti ad un fine, ben si può dire che la famiglia [...] è costituita di rapporti che hanno natura organica».

¹² Cfr. ancora Furgiele G., *op. cit.*, p. 260, per il quale «[...] non è tutelata la famiglia in sé, ma è tutelato l'individuo e la famiglia solo in quanto modalità di realizzazione dell'individuo, il che equivale a dire solo in quanto forma preordinata - e finché tale in concreto essa sia - a consentire all'individuo di essere se stesso in quelli che sono i profili di sua più specifica ed autentica umanità»; Mengoni M., *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, in AA.VV., *La Coscienza contemporanea tra 'pubblico' e 'privato': la famiglia crocevia della tensione, vita e pensiero*, Milano, 1979, p. 273, il quale osserva che lo stesso istituto del divorzio inteso non più «[...] come divorzio-sanzione della colpa commessa da uno dei due coniugi, ma sul concetto di divorzio rimedio ad una situazione oggettiva di cessazione irreversibile della comunione materiale e spirituale fra i coniugi [...] risponde all'idea moderna del matrimonio non tanto sentito come comunità, quanto utilizzato come associazione al servizio della felicità individuale». Sulle linee evolutive e sulla pluralità dei modelli di famiglia cfr.: Cassano G., *Le nuove frontiere del diritto di famiglia*, Milano 2000, pp. 240 ss; Sesta M., *La coppia di fatto fra morale e diritto. Opinioni a confronto*, in *Famiglia*, 2004, 4-5, pp. 677 ss; Bianca C.M., *Diritto civile. La famiglia. Le successioni*, 3^a ed., Milano 2001, pp. 25 ss; Ferrando G., *Il matri-*

Ed è proprio nella considerazione della primaria esigenza di tutelare l'uomo in quelle che sono le sue funzioni più intime e personali a prescindere dal contesto, familiare o meno, in cui si manifestano, che emerge con forza l'importanza del momento procreativo per la realizzazione della personalità del soggetto¹³ e il suo configurarsi come fondamentale diritto della persona. La prospettiva relazionale giuridicamente definita dallo schema della famiglia legittima ovvero parzialmente riconosciuta in quello della c.d. famiglia di fatto, cessa dunque di essere presupposto necessario ed essenziale al riconoscimento e allo svolgimento di tale diritto.

Nonostante nessuna norma internazionale o costituzionale vi faccia esplicito riferimento, il rilievo giuridico delle conseguenze scaturenti dall'esercizio della facoltà procreativa non può non intendersi esteso od estensibile anche al presupposto – biologico-naturalistico e volitivo – del concepimento in sé e per sé considerato da cui le stesse traggono origine, a maggior ragione nell'ipotesi in cui, sottratte alla causalità naturale, tali effetti possano essere variamente conformati dall'intervento dell'uomo.

La circostanza che fino ad oggi ciò non fosse stato necessario per il diritto non esclude che ove il mutamento del contesto ponga sotto una luce nuova il fenomeno, questo non debba ragionevolmente essere incluso nel campo del giuridicamente rilevante e quindi meritevole di tutela e autonoma regolamentazione.

In tale mutata prospettiva, il momento procreativo inteso come aspetto fondamentale per la realizzazione della personalità del soggetto¹⁴, in quanto riferibile a fondamentali interessi dell'individuo, può essere ben considerato oggetto di un diritto della persona costituzionalmente garantito (in forza del combinato disposto degli artt. 2, 29, 30 e 31 Cost.) in quanto l'interesse alla prole, il diritto di costituire una famiglia e la conseguente tutela della filiazione (anche fuori dal contesto familiare tradizionale) non possono certo essere disgiunte dal loro presupposto di fatto: l'evento riproduttivo¹⁵. Il contenuto di tale funzione si sostanzia e prende cor-

monio, in *Trattato diritto civile e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, V, 1 Milano 2002, pp. 186 ss.; ID *Convivere senza matrimonio: rapporti personali e patrimoniali nella famiglia di fatto*, in *Fam dir.*, 1998, p. 183 ss.

¹³ Robertson J., *Children of Choice. Freedom and the New Reproductive Technologies*, Princeton, Princeton University Press, 1994, p. 19.

¹⁴ Robertson J., op. cit., p. 20.

¹⁵ Conf., fra gli altri, Ferrando G., *Quale disciplina per la procreazione artificiale*, in *Dir. fam. pers.*, 1987, 1143 ss.; Rodotà S., op. cit., p. 215 ss., il quale ritiene che il diritto di procreare ha il rango di diritto costituzionalmente protetto che può «trovare forme di limitazione in altri diritti o valori costituzionalmente rilevanti»; Furguele G., op. cit., p. 260, per il quale la procreazione è un diritto soggettivo, inviolabile e personalissimo; Olivetti M., *Una disciplina che va nella giusta direzione*, in *Guida al diritto*, 3, 2004, p. 51 il quale osserva che il diritto alla procreazione «... ha rango costituzionale, ancorché implicito nel combinato disposto degli art. 2, 29 e 31 primo comma, della Costituzione e nel diritto al rispetto della vita privata che trova emersione costituzionale negli articoli 14 e 15 della Carta del 1947»; Mantovani

po nel potere riconosciuto al soggetto di scegliere in piena autonomia, in ordine all'*an*, al *quantum* e al *quando* procreare¹⁶. Sul punto la dottrina è chiaramente orientata.

F., *La fecondazione assistita tra diritto alla prole e il diritto di due genitori*, in *Ind. pen.*, 1990, 418; Calogero, op. cit., 38 ss.; Baldini G., *Diritto di procreare e fecondazione artificiale tra libertà e limiti*, in *Dir. fam e pers.*, 1, 1997, p. 348; P. ZATTI, *Natura e cultura nella procreazione artificiale*, in Ferrando (a cura di), *La procreazione artificiale fra etica e diritto*, cit., pp. 177 ss.; Pace A., *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1985, p. 4; Zeno Zencovich V., *La responsabilità da procreazione*, in *Giur. it.*, 1986, III, pp. 123 ss.; Ascono Rossi Carneo L., *La procreazione artificiale, prospettive di una regolamentazione legislativa nel nostro paese*, Napoli, 1986, p. 15; Lojacono L., op. cit., pp. 756, ss.; Alpa G., *Metodo di analisi e modelli giuridici di controllo delle tecniche di procreazione artificiale*, in Ferrando (a cura di), *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, op. cit., p. 24; Rimoli E., *Bioetica, diritti del nascituro, diritti delle generazioni future*, in Nania-Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, I, Torino, 2001, 340; Gorassini A., *Procreazione (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, 952; Meulders-Klein M. T., *Le droit de l'enfant face au droit a l'enfant*, in *Revue Trimestrel de Droit Civil*, Paris, 1988, p. 664, secondo la quale «le droit de procreer par de methodes naturelles peut etre consideré comme un droit de liberté, soit au titre du droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 par. 1 de la Convention Europeenne des droits de l'homme) soit au titre de droit fondamental explicitement reconnu par l'Assemblée generale des Nations Unies».

Anche la giurisprudenza più recente ritiene che la funzione procreativa possa costituire l'oggetto di un diritto soggettivo costituzionalmente tutelato, fra le varie ricostruzioni proposte cfr.: Corte cost. sent. n. 332/2000 (v. infra) secondo la quale il diritto di procreare costituisce l'espressione del più generale potere di autodeterminazione personale nelle scelte attinenti fondamentali aspetti della vita privata, tutelato ex art. 2 della Carta; Trib. Roma, 14 febbraio 2000, c.d. Ord. Schettini, secondo il quale «in un'ottica che concepisce la società come un'organizzazione in continua evoluzione, ove sia rispettata l'autorealizzazione individuale, deve essere riconosciuto, quale diritto fondamentale della persona, il diritto a diventare genitori e di valutare e decidere le scelte in relazione al bisogno di procreare, (...)»; Trib. Bologna 9 maggio 2000, per il quale «il diritto di procreare è un diritto fondamentale dell'individuo, ma necessita un contemperamento con altri diritti fondamentali della persona, quali quelli del nascituro o del minore (...)»; *contra* Trib. Monza, 27 ottobre 1989, Valvassina-Vecchiato c. Bedjaoui, in *Giust. civ.*, 1990, I, 482, il quale chiamato a pronunciarsi sulla validità ed esecutività di un contratto c.d. di maternità surrogata, nella sentenza afferma fra l'altro che «La Corte non riconosce un vero e proprio diritto alla procreazione come aspetto particolare del più generale diritto della personalità [...] non potendosi desumere da alcuna disposizione che il desiderio o foss'anche l'interesse alla prole in sé, si intende, tutt'altro che legittimo, sia stato elevato alla dignità di diritto soggettivo [...]».

¹⁶ Sul contenuto di tale diritto cfr. fra gli altri Lalli C., *Libertà procreativa*, Napoli, 2004; Celotto A., *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione*, in *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, Milano, 2004, p. 3; Robertson J, op. cit., pp. 20 ss; sul punto cfr. anche la giurisprudenza statunitense caso *Carey vs. Population Services International*, 431 U.S. (1977) 678, ove la Corte afferma che «la decisione di concepire o generare o meno un figlio fa parte delle scelte costituzionalmente protette»; caso *Eisenstadt vs. Baird*, 405 U.S. (1972) 438, ove la Corte afferma che «Se il diritto alla riservatezza significa qualcosa, esso è il diritto di ciascun individuo, coniugato o meno, di essere libero da ingiustificate intrusioni dello Stato in materie così fondamentali come quella che riguardano le scelte di procreare o generare un figlio». Per le sentenze qui citate, si veda: Miranda A., *Diritti dei genitori e interesse del minore nel caso in re 'Baby M.'*, in *Dir. fam. pers.*, 1987, 1540, note 31 e 32. *Contra* la possibilità di configurare il diritto a procreare quale diritto soggettivo della personalità cfr.: G. Milan, *Aspetti giuridici della procreazione assistita*, Cedam, Padova, 1997, p. 21 ss

Semmai il problema¹⁷ si pone con riguardo: all'individuazione del titolare del diritto – la 'famiglia' o il 'singolo'^{18?} – e all'ambito del potere di autonomia riconoscibile al soggetto¹⁹. Il superamento delle leggi di natura – che imponevano l'imprescindibilità della prospettiva relazionale uomo-donna definendo entro precisi limiti la libertà del singolo e della coppia – l'affermarsi di una pluralità di modelli di famiglia socialmente rilevanti e giuridicamente meritevoli di tutela, evidenzia la centralità della questione anche in relazione all'opzione prima etica che giuridica che ne sta alla base: *fecondatio naturam imitatur*, da cui la rilegittimazione del solo modello tradizionale di famiglia e la riproposizione delle limitazioni naturali alla possibilità di scelta del soggetto, o procreazione come diritto dell'individuo di realizzare per questa via la propria personalità, da cui il riconoscimento della pari dignità fra tutti i modelli di famiglia e il superamento dei limiti di natura al potere del soggetto di conformare secondo la propria volontà le vicende in ambito generativo?

Se l'attribuzione ad un terzo del potere di definire i contenuti di un tale diritto determinerebbe la sistematica violazione di quei fondamentali principi di libertà e privatezza della procreazione così intensamente tutelati dal nostro ordinamento giuridico²⁰, non altrettanto può affermarsi, almeno *prima facie* e con toni così perentori, con riguardo alla questione se la titolarità del diritto spetti alla coppia o al singolo. L'osservazione non deve tuttavia trarre in inganno. Infatti se la prospettiva relazionale rimane

¹⁷ Per una ricognizione dei principali orientamenti della dottrina costituzionalistica sul fondamento della libertà procreativa cfr. Celotto A., *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione*, in *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, cit., p. 3.

¹⁸ Sul punto cfr. Olivetti M., op. loc. cit., per il quale "il diritto a procreare è un diritto della coppia, dopo il concepimento, della donna nel cui utero l'embrione sia annidato. Entra qui ovviamente in scena il soggetto famiglia... e la famiglia deve ovviamente essere composta di due persone di sesso diverso". Sostanzialmente conf. D'Agostino F., *La famiglia, il diritto e le nuove tecnologie*, in *Bioetica*, 1994, 1, p. 83 ss; Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, parte generale, Padova, 2003, 96; Tosi, *Art. 12*, in Bartole, Conforti, Raimondi (a cura di.), *Commentario alla Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 374; Rossi G. *La variabilità delle forme familiari in Europa*, in AA.VV., *La famiglia in Europa*, a cura di G. Rossi, Roma, 2003, 28 ss.

¹⁹ In tal senso ci si interroga su quale sia il fondamento e il limite della coercizione legale compatibile con uno stato laico rispetto ad una libertà individuale decisiva per la realizzazione della personalità, dal cui esercizio comunque nessun soggetto viene a subire un danno.

Il problema della delimitazione dei poteri dell'autonomia privata individuale innanzi alle possibilità offerte dalle cc.dd. "tecnologie della libertà" costituisce l'autentico 'nodo gordiano' della riflessione etico-giuridica sul tema: in argomento v. per tutti Rodotà S. *Repertorio di fine secolo*, cit., p. 213.

²⁰ Si veda in proposito: P. Zatti, op. cit., 178, il quale ritiene che nel nostro ordinamento giuridico la libertà e la privatezza della procreazione sono «tutelate al di sopra di ogni esigenza di responsabilità»; Perlingieri P., Urcioli A., *Manuale di diritto civile*, ESI, Napoli 1997, p. 465; Gorassini A. *Procreazione. Diritto Civile*, in *Enc. Dir.*, XXXVI, Milano 1987, p. 944 ss.

essenziale sotto il profilo strumentale per giungere al concepimento, non altrettanto può dirsi sotto quello funzionale attinente gli assetti successivi, potendo i genitori optare per l'assunzione di una responsabilità parentale individuale, rilevante sul piano sociale, e pienamente legittima già *de jure condito* ovvero di una responsabilità comune nell'ambito di una convivenza familiare diversa da quella tradizionale.

Il riconoscimento della famiglia come luogo degli affetti caratterizzato da una comunione materiale e spirituale finalizzata alla realizzazione di un comune progetto di vita nel cui ambito realizzare la propria personalità, nel porre al centro l'individuo, autorizza a ritenere che fra la pluralità dei possibili modelli di relazione meritevoli di protezione, quello fra uomo e donna uniti dal vincolo matrimoniale con legittima prole sia solo uno fra quelli possibili, forse il più seguito, anche se non più l'unico socialmente rilevante e quindi meritevole di tutela.

Se la famiglia cessa di essere un "super-soggetto" e diviene, nella prospettiva di una accentuata progressiva storicizzazione dell'istituto, il luogo deputato alla realizzazione della personalità dei singoli membri che la compongono, il diritto di procreare, al pari di altri diritti ivi implicati, dovrà necessariamente ritenersi riferito all'individuo, configurandosi come espressione di libertà e autonomia della persona²¹ che incontra nelle sue manifestazioni i limiti derivanti dalla necessità di rispettare altri valori fondamentali²², costituzionalmente garantiti (in primis gli interessi riferibili al 'nuovo' individuo, 'frutto' dell'esercizio del diritto, che dovrà essere tutelato nella sua dimensione bio-psichica e morale: salute, mantenimento, istruzione, educazione, dignità, etc.), operazione questa assolutamente necessaria e concretamente realizzabile solo attraverso la tecnica del bilanciamento di interessi rilevanti²³.

L'oggetto del diritto in esame, oltre che a livello Costituzionale è riconosciuto implicitamente anche da numerose convenzioni internazionali a cui l'Italia ha aderito, fra le quali ricordiamo l'art. 16 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, l'art. 12 della Convenzione per la salva-

²¹ In tal senso cfr. Sent. Corte cost. n. 332/2000, in A. Celotto, cit., p. 3. Il Giudice delle Leggi ha ritenuto illegittimo il requisito previsto dal bando di reclutamento nel Corpo della Guardia di finanza – assenza di prole – rilevando come esso configurasse una ingiustificabile «limitazione del diritto di procreare, o di diventare genitore», contrastante «con i fondamentali diritti della persona, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, tutelando l'art. 2 della Costituzione l'integrità della sfera personale della stessa e la sua libertà di autodeterminarsi nella vita privata»; E. Pastore, *Il diritto a procreare: natura, titolarità e limiti*, in Baldini (a cura di), *Diritti della persona e problematiche fondamentali*, cit., p. 161 ss.

²² Trib. Bologna 9 maggio 2000, cit.

²³ Sulla 'ontologia' così come sulle 'applicazioni concrete' della tecnica di bilanciamento cfr: Navarretta E. *Bilanciamento di interessi costituzionali e regole civilistiche*, in *La responsabilità civile fra presente e futuro*, Napoli, 1999, 625 ss.

guardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e l'art. 23 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici²⁴ che, proclamando in modo solenne il diritto di ogni essere umano di fondare una famiglia, indirettamente e implicitamente riconosce anche il diritto ad avere una propria discendenza, il che configura la procreazione come valore meritevole di tutela in sé e per sé. Nello stesso senso, il Trattato costituzionale europeo espressamente riconosce fra i diritti fondamentali tutelati dall'Unione Europea quello a fondare una famiglia (art. II-69).

Ancora più esplicite sembrano essere le conclusioni a cui sono pervenute alcune Conferenze Internazionali sui diritti dell'Uomo, che sono giunte talvolta a riconoscere espressamente che *«les couples ont un droit fondamental de décider librement et en toute responsabilité du nombre d'enfants qu'ils veulent avoir et du moment de leur naissance. Ils ont aussi le droit d'être instruits et informés de ces questions»*²⁵. Infine, in modo analogo, si esprime il Consiglio d'Europa nel riconoscere alle coppie *«le droit de décider du nombre d'enfants qu'ils veulent avoir et du moment de leur naissance»*²⁶.

3. La procreazione con mezzi artificiali: libertà individuale, diritto positivo, o pretesa terapeutica?

Alla luce di quanto sopra, con specifico riguardo al nostro ordinamento giuridico, rimane da definire se si tratti di un diritto positivo, di una libertà individuale, a contenuto generale, o di una mera 'pretesa terapeutica' come tale invocabile solo in presenza di una determinata patologia. La risposta, anche per le rilevanti conseguenze sul piano della titolarità, dei doveri conseguenti e delle modalità di esercizio riconosciute al soggetto legittimato, è tutt'altro che scontata.

Sul punto si osserva che per la natura di tale facoltà e per le modalità di svolgimento concreto della stessa, l'interesse sotteso si configura come elemento qualificativo di una sfera assolutamente privata del soggetto – ca-

²⁴ Art. 16, par. I, Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo, adottata a New York il 10 dicembre 1948 (principio trasfuso nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, 7 dicembre 2000); art. 12, Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, adottata dal Consiglio d'Europa a Roma il 4 novembre 1950, ratificata dall'Italia il 26 novembre 1955; art. 23, par. 2, Patto Internazionale sui diritti civili e politici, adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966, ratificato dall'Italia il 15 settembre 1978. Con formulazioni quasi identiche le tre citate convenzioni internazionali riconoscono ad uomini e donne il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia senza alcuna discriminazione di razza, cittadinanza o religione. In tale prospettiva cfr. la ricostruzione di Tosi, *Art. 12*, in Bartole - Conforti - Raimondi (cur.), *Commentario, cit.*, p. 374 s.

²⁵ Fra le altre cfr. Conferenza sui Diritti dell'Uomo di Teheran, Iran, 1968, Conclusioni.

²⁶ Raccomandazione dell'Assemblée Consultative del Consiglio d'Europa, n. 675 del 1972.

ratterizzata da profili di intimità e assoluta riservatezza – che indurrebbero a ritenere più congeniale l’inserimento di tale diritto fra le cc.dd. libertà fondamentali che i pubblici poteri si devono limitare a garantire – tutelandone il pacifico esercizio – evitando qualsiasi intromissione nella fase decisionale, anche ove la stessa risultasse meramente finalizzata ad orientare la scelta²⁷. D’altro canto si rileva che, come statuito nella stessa Carta Costituzionale all’art. 3 c. 2 e 31 e da numerose leggi speciali²⁸, è fatto compito allo Stato di intervenire attivamente con azioni e/o specifiche provvidenze – informazione, educazione, sostegno economico, assistenza sociale e sanitaria, ecc. – a tutela della maternità e della salute riproduttiva dei cittadini ritenute evidentemente situazioni decisive per lo sviluppo della persona umana.²⁹

E proprio da tale complesso normativo, si evince che il diritto in questione mal si presta ad essere classificato secondo la dicotomia tradizionale diritti positivi – libertà negative³⁰, presentando elementi tipici di entrambe le figure. La necessità dell’ausilio del medico nei casi di difficoltà e/o impossibilità di esercitare la funzione determina un ulteriore articolazione del fenomeno che nell’attrarre tale facoltà nell’orbita del diritto ‘positivo’ che presuppone un intervento attivo dello Stato, consiglia una differente ricostruzione della situazione che parte dalla prospettiva della tutela del diritto alla salute³¹. In altri termini, l’assunzione di un angolo visuale che faccia discendere l’ipotesi ricostruttiva proposta dall’ancoraggio al principio di autonomia/libertà ovvero a quello di solidarietà/responsabilità, della facoltà di procreare, induce a svolgere l’analisi attraverso percorsi argomentativi diversi i cui esiti non risultano sempre conciliabili.

Se ci si pone nell’ottica di un diritto di procreare come pretesa assoluta, espressione della tutela della *privacy* intesa come valore fondante del sistema, è alla sfera di autonomia dell’individuo, senza possibilità di interferenza alcuna da parte dello Stato, che dovrebbe ritenersi rimessa la scelta

²⁷ Sul punto cfr, fra gli altri P. Zatti, op. loc. cit.; C. Lalli, op. cit., 67 ss.

²⁸ In primis le ricordate leggi 405/75, 194/78, 833/78.

²⁹ In argomento sia consentito il rimando a G. Baldini, *Tecnologie riproduttive e problemi giuridici*, Torino, 1999 e *Libertà procreativa e fecondazione artificiale*, ESI, Napoli, 2006.

³⁰ Per l’ipotesi classificatoria generale cfr. per tutti G. Amato-A. Barbera, *Manuale di diritto pubblico*, Bologna 1984, p. 205 ss. In dottrina c’è chi individua un *tertium genus*, diritti di libertà fra cui rientrerebbe anche quello in esame, che qualificherebbero le situazioni soggettive attive caratterizzate dalla facoltà attribuita all’individuo di compiere una scelta in piena autonomia senza che siano ammissibili interferenze da parte di terzi o da parte dello Stato a prescindere dall’eventuale presenza dei pubblici poteri in funzione di garanzia del concreto esercizio del diritto, fra gli altri C. LALLI, op. cit., 67 ss; M. Dogliotti- A. Figone, *Procreazione assistita, fonti, orientamenti, linee di tendenza*, Milano, 2004, pp. 85 ss.

³¹ Cfr M. Dogliotti- A. Figone, op. cit., p. 86 per il quale «L’attenzione, necessariamente rivolta pure agli interessi del nato, giustifica dunque l’esclusione del diritto alla procreazione come scelta assoluta di libertà (...) e fa porre con preferenza a fondamento di esso la tutela della salute»

sui tempi, i modi e le forme dell'esercizio di tale facoltà. Nella personale 'ricerca della felicità', valore primario e fine ultimo della organizzazione sociale, solo l'individuo in completa libertà e autonomia è il titolare della possibilità di scegliere le differenti strade, giuridicamente non vietate, che il progresso medico scientifico consente, finalizzate a raggiungere tale scopo. In tale ottica la scienza e la tecnologia hanno semplicemente incrementato la gamma delle possibili opzioni, 'ampliando' e 'semplificando' le concrete possibilità di scelta³². In tale prospettiva lo spazio riservato al diritto è al massimo quello di stabilire 'la segnaletica stradale' non certo di imporre 'la direzione di marcia' né tantomeno di definire il come e il quando dell'accesso, tutte scelte riconducibili all'autonomia del singolo.

La prospettiva muta ove la facoltà di procreare venga qualificata come espressione di un diritto di libertà. In tal senso l'ancoraggio giuridico risulterebbe chiaramente individuabile nei principi di libertà sessuale, di disporre del proprio corpo (nei limiti di cui all'art. 5 c.c.), di autodeterminarsi ovvero di operare una scelta cosciente e responsabile su tutte le questioni rilevanti per lo sviluppo della propria personalità³³, in un ottica pur sempre storicamente definibile nell'ambito dei binomi di libertà-responsabilità e autonomia-solidarietà.

Se nella prima accezione censita la prospettiva ricostruttiva appare totalmente incentrata sulla tutela dell'interesse di procreare dei genitori, che risulta rivestire un grado di meritevolezza che ne giustifica la prevalenza rispetto a tutte le altre differenti esigenze eventualmente emergenti nella vicenda, la seconda ipotesi consente di configurare una situazione che rappresenta la sintesi dell'opera di bilanciamento di tutti gli interessi dei soggetti coinvolti. Infatti pur partendo dal pieno riconoscimento del fondamento prima che giuridico, antropologico, del 'diritto' di procreare di ciascun individuo, attesi i peculiari effetti che dal fenomeno scaturisco-

³² Sul punto cfr. fra gli altri M. Dogliotti- A. Figone, op. cit., p. 85, il quale evidenziano come «soprattutto i giuristi di area aglo-americana ancorano la sussistenza di un diritto a procreare alla tutela della privacy, nella quale rientrerebbe il diritto a costituire una famiglia, sia o meno fondata sul matrimonio, a procreare, appunto, scegliendo la forma procreativa, libero il singolo da ogni intrusione statale. In tal senso la motivazione della scelta sarebbe del tutto irrilevante moralmente e giuridicamente: per ragioni di salute, ma pure perché si è momentaneamente lontani, per pura curiosità (sic), per effettuare una nuova esperienza, perché non si vuole procreare attraverso la congiunzione carnale (e, in tal caso, la scelta potrebbe riguardare una coppia omosessuale, interessata invece ad allevare il nato), etc. ». La dottrina aglo-americana che ha affrontato la questione è sterminata, fra gli altri Shalev C., *Birth power. The case for Surrogacy*, New Haven and London, 1989, (trad. It.) *Nascere per contratto*, Milano, 1992, passim; A FREEMAN, *After Warnoch Whiter the law*, in *Current legal problems*, 1986, p. 33ss; Robertson J., op. cit., pp 22 ss; in giurisprudenza cfr. per tutti la citata sentenza del caso Baby M, Superior Court of New Jersey, 31 marzo 1987.

³³ Sul punto, cfr. fra gli altri, Dogliotti M., Figone A., op. cit., pp. 85 ss; Zatti P., *Inseminazione omologa ed eterologa*, in *Procreazione artificiale e interventi sulla genetica umana*, Padova 1987 ss; Lalli C., op. cit., pp 74 ss.

no – nascita di un nuovo soggetto – la valutazione del giurista non può esaurirsi nella considerazione degli interessi di una sola parte dovendosi necessariamente far carico anche di quelli dell'altra. La constatazione che si tratti, rispetto al momento della decisione, di una parte virtuale, perché eventuale, successiva e non attuale, atteso il rilievo riconosciuto alla vita pre-natale fondato sull'art. 2 Cost.³⁴, non esime dalla necessità di procedere ad un'operazione di bilanciamento di interessi, costituzionalmente orientata, che in conformità con principi e valori fondanti dell'ordinamento, pervenga ad una sintesi fra le differenti istanze di tutela emergenti nella vicenda³⁵.

Ove la funzione procreativa non possa essere naturalmente esercitata dal soggetto, per la presenza di elementi patologici di natura organica – sterilità, infertilità, presenza di malattie trasmissibili – ovvero per impossibilità dovuta all'estraneità della compagine familiare rispetto al modello riproduttivo naturalistico – coppia omosessuale, famiglia monoparentale – le soluzioni normative derivanti dall'applicazione dei modelli appena prospettati, implicano conseguenze ed effetti differenti sul piano sia formale che sostanziale, ponendo importanti problemi di validazione circa la compatibilità di tali ipotesi di qualificazione/regolamentazione rispetto all'assetto di valori e principi desumibili dall'ordinamento.

Infatti se nel primo caso l'assolutezza della pretesa, funzionale alla realizzazione dello scopo ultimo dell'ordinamento – felicità intesa come realizzazione della personalità individuale – giustifica la latitudine molto ampia di tale libertà e del sotteso potere di autonomia riconosciuto al soggetto, nel secondo, il riconoscimento del diritto entro le coordinate di un ordinamento personalistico, non impedisce di apprezzare pure l'esistenza e la meritevolezza degli interessi riferibili al 'nuovo' soggetto che si originerà, ponendo la necessità di individuare la norma che esprima un 'accettabile e ragionevole' equilibrio fra gli interessi dedotti. In questa seconda prospettiva la definizione degli spazi di libertà e del potere di autonomia in

³⁴ Fra le altre cfr. Corte Cost., Sent. n. 27/75 e 35/97.

³⁵ Sul punto cfr. l'evoluzione della giurisprudenza della Suprema Corte la quale partendo dall'assunto che alla rilevanza delle lesioni e del danno al concepito subito prima della nascita osterebbe la capacità giuridica generale « elemento che della nascita costituisce conseguenza essenziale e necessaria e non pura condizione » (Cass. 28 dicembre 1973 n. 3467, in *Giur. it.*, 1975, I, 1, p. 1930 con nota di Salaris), è progressivamente approdata a riconoscere che « il nascituro, concepito all'epoca del fatto illecito, e che sia successivamente nato, è personalmente titolare del diritto di azione per ottenere il risarcimento dei danni ingiusti provocategli da tale fatto purché si verifichi la nascita e a decorrere da questo momento o da quello in cui si verificano gli effetti dannosi. Se la nascita non si verifica nessun diritto sorge (...)» (Cass. 13 novembre 2000, n. 11625; Cass. 22 novembre 1993n. 11503, sez. III; in *Resp. Civ. prev.*, 1994, p. 403).

Per un'analisi dell'evoluzione della giurisprudenza sul tema sia consentito il rimando a Baldini G. *La soggettività giuridica del nascituro*, in *Persona, biotecnologie e procreazione*, cit., p. 125 ss

ogni caso saranno quindi la risultante di un'operazione di bilanciamento fra i differenti interessi.

In tema di procreazione medicalmente assistita, la ricostruzione del diritto e l'individuazione del suo fondamento nella tutela dell'interesse alla salute risulta, almeno nel nostro ordinamento, maggiormente compatibile col secondo dei modelli censiti.

Con riguardo al primo, la prospettiva sottesa in tale ricostruzione risulta da un lato di difficile armonizzazione con i principi e i valori fondamentali del sistema, dall'altro appare comunque scarsamente aderente e in parte superflua rispetto alle esigenze del caso concreto atteso che, comunque, per le ragioni sopra evidenziate, l'assolutizzazione 'dell'interesse al figlio' fondata sui principi di libertà e autonomia individuale – da cui discenderebbe l'illegittimità in via di principio di una qualsivoglia coercizione legale all'esercizio della connessa facoltà – si configura come un'inutile superfetazione nell'ambito di una relazione soggettiva che risulta già imperniata sulla tutela di un interesse, la salute, oggetto di protezione al massimo grado. In altri termini a fronte di una condizione di impossibilità – relativa o assoluta – o inopportunità, di procreare per via naturale della coppia, il conseguente interesse alla cura del paziente assumerebbe già la forma del diritto soggettivo assoluto con tutte le implicazioni consequenziali in ordine all'esito dell'operazione di bilanciamento.

Con riguardo alla seconda ipotesi prospettata, a parte la maggiore aderenza della ricostruzione proposta con i principi ordinanti del nostro sistema giuridico, la soluzione indicata risulta coerente nella prospettiva di rafforzare, ancorandola ad un diverso presupposto, una libertà astrattamente comprimibile con diversi gradi di intensità, mercè un'operazione che si proponga di giungere ad un punto di equilibrio che rappresenti la sintesi fra tutti i principali interessi coinvolti nella vicenda: in primis fra interesse di procreare dell'individuo e interesse alla doppia figura genitoriale del nato³⁶. Una tale prospettiva nel delimitare i casi, le tecniche e i soggetti ammessi, alla presenza di situazione di patologia conclamata dei richiedenti – c.d. prospettiva terapeutica – non altrimenti superabile, offrirebbe un fondamento saldo al diritto in esame valorizzandone i profili positivi – dovere di intervento da parte dello Stato – e garantendone nel contempo l'incomprimibilità, pena la violazione del precetto costituzionale di cui all'art. 32 cost.

³⁶ Per una soluzione della questione che tenga conto della pluralità degli interessi coinvolti e segnatamente di quelli dei generanti e del generato, pur se con differenti gradazioni e intensità è orientata la stragrande maggioranza della dottrina. Per una ricognizione recente in tal senso si rinvia a Bucelli A., op. cit., p. 160; Baldini G., *Le nuove frontiere del diritto di procreare: jus generandi e fecondazione artificiale fra libertà e limiti*, in *Persona biotecnologie e procreazione*, cit., p. 20 ss; ID, *Libertà procreativa e fecondazione artificiale*, cit., p. 46.

Concepire il ricorso alle metodiche in esame in questa ottica, cioè come rimedio alla sterilità³⁷ ovvero al rischio grave ed attuale di trasmissione di gravi patologie alla prole (correttamente intese come malattie) comporta il configurarsi di un diritto alla 'terapia' e, quindi, alla salute, che determina il sorgere di una pretesa positiva del soggetto di ricorrere all'intervento³⁸. In altre parole, nell'ipotesi di sterilità incurabile o di rischi di trasmissione di malattie ereditarie, il problema della fecondazione artificiale non si porrebbe più in termini discrezionali. Sorge un diritto all'intervento e, altresì, un diritto a ricevere assistenza sanitaria gratuita da parte dello Stato³⁹.

Al di là delle ipotesi appena riferite, a nostro avviso, non dovrebbe parlarsi di diritto soggettivo di procreare con mezzi artificiali. Semmai al di fuori della necessità terapeutica, la pretesa giuridica potrebbe qualificarsi come 'libertà' individuale; meritevole di tutela non ex art. 32 Cost., bensì in forza degli art. 2, 29, 30, le cui modalità di esercizio e le correlative limitazioni scaturirebbero all'esito di una operazione di bilanciamento dei corrispondenti interessi degli altri soggetti coinvolti nella vicenda. Del tutto coerentemente, in tal caso, dovrebbe ritenersi sufficiente un atteggiamento di non ingerenza dello Stato nelle scelte personali del soggetto⁴⁰.

³⁷ Cfr. Perlingieri P., *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, 1020 ss.

Per una analisi delle negative implicazioni psico-fisiche che la sterilità maschile e femminile comporta sul soggetto e sulla coppia, si vedano: Pazzagli, Guerrini Degli Innocenti, Giardinelli, Benvenuti, in AA.Vv., *Tecniche di fecondazione assistita: aspetti etici e giuridici*, Firenze, 1989, 24 ss; Guerrini Degli Innocenti, Benvenuti, *La paternità di fronte alla fecondazione assistita*, in AA.Vv., *Tecniche di fecondazione assistita: aspetti etici e giuridici*, cit., p. 110 ss.; Simionelli *Concepimento senza sessualità*, in *Dir. fam. pers.*, 1987, 1457 ss.

³⁸ Contrario a questa tesi si dichiara A. Trabucchi, op. cit., 510, per il quale «[...] non si potrebbe far rientrare come esplicazione di libertà la pretesa di ricorrere a metodi artificiali nella prospettiva terapeutica di un rimedio alla sterilità; la nascita di un uomo non può mettersi sul piano della soddisfazione per surrogato di un desiderio per natura assurdo in quanto non raggiungibile. Desiderio che in astratto potrebbe essere nello stesso modo affermato o appagato da un impotente, come da chi abbia oltrepassato per età o altro la capacità riproduttiva»; Trib. Monza, 27 ottobre 1989, c., negando l'esistenza di un diritto di procreare inteso come diritto soggettivo, di un concetto di paternità o maternità meramente negoziali, disgiunti cioè da un qualche fondamento biologico, nega implicitamente il diritto del soggetto a ricorrere alle tecniche artificiali di procreazione.

³⁹ Cfr. D. Vincenzi Amato, op. loc. cit.; G. Ferrando, *Quale disciplina per la procreazione artificiale*, c., 1145. Sull'argomento si interroga anche G. Forleo, *Autori del proprio futuro*, in *Tecniche di fecondazione assistita aspetti etici e giuridici*, AA:VV Convegno di Verona, Riviste Scientifiche, Padova, 1986, p. 135. La prestazione a carico del Sistema Sanitario Nazionale dell'intervento di fecondazione artificiale e la correlativa gratuità, costituiscono due condizioni irrinunciabili grazie alle quali il diritto di procreare con mezzi artificiali può essere concretamente esercitato anche da chi si trovi in disagiate condizioni economiche.

⁴⁰ Conf. Ferrando G., *L'inseminazione artificiale nella coppia coniugata: spunti per una riflessione sulle proposte di legge*, in *Dir. fam. pers.*, 1987, 1153 ss.; Perlingieri P., *L'inseminazione artificiale fra principi costituzionali e riforme legislative*, in Ferrando (a cura di), *La procreazione artificiale fra etica e diritto*, cit., 144 ss., per il quale a seconda della finalità terapeutica o meno dell'intervento procreativo artificiale, il soggetto che vi ricorre vanterà un vero e proprio diritto di procreare artificialmente ovvero una semplice libertà di procreare.

L'opzione operata dal nostro legislatore con la legge 40/04, descrive uno scenario completamente differente ove già la prospettiva terapeutica cui viene fatto espresso richiamo, incontra limitazioni talmente importanti sia sotto il profilo soggettivo che di tecnica medica ammissibile, da far sorgere dubbi sulla stessa compatibilità delle relative previsioni con le disposizioni costituzionali, in particolare l'art. 32 Cost.

In un quadro siffatto, pertanto, parlare di libertà positiva o negativa del soggetto, ancorando la pretesa fondamentale ai valori di autonomia, libertà ed autoresponsabilità, costituisce un puro esercizio accademico posto che il bilanciamento operato fra gli interessi alla vita, allo sviluppo e alla salute dell'embrione e i correlativi diritti dei generanti risulta chiudere ogni spiraglio ad ogni possibile esercizio della facoltà procreativa fuori dal paradigma *fecondatio natura imitatur*.

La regolamentazione cui il legislatore italiano è recentemente pervenuto con la legge 40/04, pur adottando formalmente la prospettiva appena enunciata, nei fatti ha dato vita ad un complesso sistema normativo che, sul piano sostanziale, risulta in aperto contrasto col principio posto alla base del modello ricostruttivo utilizzato, giungendo talvolta a disconoscere talaltra a sacrificare senza motivazioni scientificamente e ragionevolmente fondate, l'interesse alla salute degli aspiranti genitori sull'altare di un presunto diritto che si vuole assoluto, alla vita e allo sviluppo dell'embrione di incerta quanto improbabile costruzione e rappresentazione almeno secondo le categorie assunte del diritto soggettivo assoluto⁴¹.

⁴¹ Per un primo commento perlopiù critico della legge 40/04 cfr.: Dogliotti M., Figone A., *Procreazione Assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza*, cit, passim; Villani R., *La Procreazione assistita*, Torino, 2004; F. Santosuoso, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004*, n. 40, Milano, 2004; Frosoni T.E., *In materia di fecondazione assistita il giudice deve sollevare la questione di costituzionalità*, in *Giustizia amm. e Riv. dir. amm.*, n. 6, 2004, 9; D'Avack L., *La legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Dir fam e pers*, 3-4, 2004, pp. 793 ss.; Stanzione, Sciancalepore (a cura di), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004*, n. 40, Milano, 2004; Ruscello F., *La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. e dir.*, 6, 2004, p. 628 ss.; Dogliotti A., *La legge sulla procreazione assistita: problemi vecchi e nuovi*, in *Fam. e dir.*, 2004, p. 117 ss.; ID, *Una prima pronuncia sulla procreazione assistita: tutte infondate le questioni di legittimità costituzionale?*, in *Fam. e dir.*, 4, 2004, p. 384; Ferrando G., *Procreazione medicalmente assistita e malattie genetiche: i coniugi possono rifiutare l'impianto di embrioni malati*, in *Dir. fam. e pers.*, 4, 2004, p. 380; ID, *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche*, in *Corr. Giur.*, 2004, p. 810; Salnitro U.A., *La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia*, 2004, p. 489 ss.. Sostanzialmente positiva la valutazione sulla legge di: Casini C., *La legge sulla fecondazione artificiale. Primo passo nella giusta direzione*, Siena, 2004; ID, *Procreazione assistita. Introduzione alla nuova legge*, Milano, 2004; G. Milan, . Per una prima analisi della normativa sotto l'aspetto medico scientifico cfr. Mengarelli M., Flamigni C., *Cellule o bambini?*, con prefazione di Piero Angela, Milano, 2004.