



## Giovanni Di Cosimo

(ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Macerata,  
Dipartimento di Giurisprudenza)

### Quando il legislatore predilige un punto di vista etico/religioso: il caso del divieto di donazione dei gameti \*

**SOMMARIO:** 1. Laicità – 2. Eguaglianza e pluralismo – 3. La questione – 4. Strategie: riformulazione – 5. Parallelo – 6. Strategie: minimizzazione – 7. Controvertibilità – 8. Norme – 9. Paternalismo.

#### 1 - Laicità

La ragion d'essere del divieto di fecondazione eterologa è riconducibile a due dati di fatto. Il primo è la piena concordanza fra il divieto contenuto nella legge 40 del 2004 e il giudizio negativo della Chiesa cattolica che condanna il ricorso a tale tecnica<sup>1</sup>. Più precisamente, il divieto legislativo ha fatto seguito al giudizio negativo che, evidentemente, su questo punto ha trovato largo ascolto in Parlamento<sup>2</sup>. Il secondo è la profonda

---

\* Il contributo - in corso di pubblicazione in *La fecondazione vietata*, a cura di A. Cossiri e G. Di Cosimo, Aracne, Roma, maggio 2013 - è stato sottoposto a valutazione.

<sup>1</sup> Secondo la Congregazione per la dottrina per la fede, "la fecondazione artificiale eterologa è contraria all'unità del matrimonio, alla dignità degli sposi, alla vocazione propria dei genitori e al diritto del figlio ad essere concepito e messo al mondo nel matrimonio e dal matrimonio" (*Istruzione sul rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione Donum vitae*, 22 febbraio 1987, p. II, 2; il giudizio negativo è stato confermato dall'Istruzione *Dignitas Personae*, del 12 dicembre 2008; a proposito di questa netta presa di posizione cfr. **E. SGRECCIA**, *La Chiesa e la fecondazione artificiale*, in *notizie di Politeia*, 2005, p. 154 ss.; **L. SCOPEL**, *La procreazione artificiale nei recenti documenti della Chiesa Cattolica*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), 27 febbraio 2012). I vari argomenti a favore e contro l'eterologa sono elencati da **F. BORRELLO**, *Alcune considerazioni sulla disciplina della procreazione eterologa*, in *Fam. e dir.*, 2010, p. 948.

<sup>2</sup> **E. DOLCINI**, *Responsabilità del medico e reati in materia di procreazione assistita. Ambiguità e rigori della legge italiana n. 40 del 2004*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., dicembre 2008, p. 15; **ID.**, *La fecondazione assistita tra prassi medica e svolte giurisprudenziali*, in *Il corr. del mer.*, 2009, 7; **G. CASABURI**, *Procreazione medicalmente assistita: "disco verde" giurisprudenziale alle coppie non sterili e non infertili*, in *Il corr. del mer.*,



divergenza fra il giudizio della Chiesa cattolica e quello espresso da altre componenti culturali della società italiana<sup>3</sup>. Differenti visioni della vita e del mondo propongono diverse e contrapposte letture della fecondazione eterologa<sup>4</sup>.

Incrociando i dati, si ottiene che il divieto legislativo di donazione dei gameti<sup>5</sup> recepisce una posizione etico/religiosa controversa<sup>6</sup>. Conseguenza ulteriore è che il divieto legislativo – proprio perché accoglie una posizione etico/religiosa che suscita aspre controversie – contraddice il principio di laicità dello Stato<sup>7</sup>. A questa conclusione si giunge assumendo che il principio di laicità imponga al legislatore di astenersi da premesse religiose o metafisiche<sup>8</sup>. Ma il risultato non cambia se si

---

2011, p. 39; **V. TOZZI**, *Le prospettive della dottrina e dello studio del regime giuridico civile della religione*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., dicembre 2011, p. 19. Vero è che anche una parte della cultura laica ha manifestato perplessità rispetto a questa tecnica (**M. MORI**, *Fecondazione assistita*, in *Laicità*, a cura di G. Boniolo, Einaudi, Torino, 2006, p. 161 s.).

<sup>3</sup> Come rileva il parere del Comitato nazionale per la bioetica del 17 giugno 1994, il dissenso riguarda l'intera tematica della procreazione medicalmente assistita.

<sup>4</sup> I contrasti sull'eterologa derivano da differenti concezioni della famiglia e del matrimonio che, a loro volta, discendono da diverse e incompatibili visioni del mondo (**M. MORI**, *La fecondazione eterologa in uno stato laico*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, p. 513).

<sup>5</sup> La legge 40 usa un "linguaggio grottesco", visto che utilizza le espressioni "fecondazione omologa ed eterologa, per riferirsi non già, come si sospetterebbe, a fecondazione entro la specie umana o tra la specie umana e un'altra, ma solo entro la coppia stabile o con donatore/donatrice" (**C. SARACENO**, *Ma che razza di famiglia è?*, in *Il Mulino*, 2004, p. 241). È più corretto allora dire che la legge vieta la donazione dei gameti (**L. GIANFORMAGGIO**, *La riproduzione medicalmente assistita e i diritti dei soggetti coinvolti*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)).

<sup>6</sup> Più in generale, la legge 40 è espressione della recente tendenza legislativa verso "una ri-etizzazione del diritto in chiave religioso-fideistica, e persino neo-confessionale" (**G. FIANDACA**, *Aspetti problematici del rapporto tra diritto penale e democrazia*, in *Il foro it.*, 2011, V, p. 4).

<sup>7</sup> **E. DOLCINI**, *Fecondazione eterologa: la parola alla Corte Costituzionale*, in *Il divieto di donazione dei gameti*, a cura di M. D'Amico, B. Liberali, Angeli, Milano, 2012, p. 14; **F. RIMOLI**, *Laicità e pluralismo etico*, in **AA. VV.**, *Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI*, Cedam, Padova, 2008, p. 194 s. Un discorso analogo, ma con profili peculiari, si può fare per l'art. 14 co. 2 e 3 della legge 40 (v. **G. DI COSIMO**, *Dietro la legge*, in *Dalla provetta alla Corte*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi, Giappichelli, Torino, 2008, p. 88 ss.), disposizioni che sono state giudicate incostituzionali dalla sent. 151 del 2009 della Corte costituzionale per contrasto con gli artt. 32 e 3 Cost. (quest'ultimo "riguardato sotto il duplice profilo del principio di ragionevolezza e di quello di uguaglianza").

<sup>8</sup> Su questo aspetto del principio cfr. **E. DOLCINI**, *Laicità, sana laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1017 ss.



considera l'altro aspetto, ossia che il principio impone neutralità ed equidistanza rispetto alle confessioni religiose (Corte cost., sent. 329 del 1997): siccome la legge 40 fa propria la controversa posizione cattolica sulla donazione dei gameti, non è neutrale ed equidistante rispetto alle confessioni religiose<sup>9</sup>.

Il divieto preclude la possibilità di avvalersi della fecondazione eterologa alla coppie che ne avrebbero bisogno. Ma quando il legislatore mette mano a materie eticamente sensibili, disciplinando temi per i quali esistono profondi contrasti morali fra i cittadini, non dovrebbe vietare il ricorso agli istituti oggetto di controversia<sup>10</sup>. Dovrebbe piuttosto stabilire che sia facoltativo, di modo che saranno poi le chiese eventualmente a dissuadere i loro fedeli dall'avvalersene<sup>11</sup>.

Se nella società manca il consenso attorno ai temi della vita e della morte, il legislatore non può affermare un solo punto di vista, ma deve favorire la convivenza di più opzioni etiche<sup>12</sup>. A questo scopo deve lasciare libere le persone di decidere in base alle proprie convinzioni, salvo che le loro decisioni non ledano diritti altrui.

## 2 - Eguaglianza e pluralismo

I giudici che hanno impugnato il divieto davanti alla Corte costituzionale hanno seguito percorsi argomentativi che non partono dalla laicità. Da un lato, allo scopo di valorizzare la decisione della Prima sezione della Corte europea dei diritti dell'uomo sul tema della fecondazione eterologa (sent. *S.H. and Others c. Austria*, 1 aprile 2010)<sup>13</sup>, hanno invocato l'art. 117.1 Cost.

---

<sup>9</sup> Una critica alla legge 40 per aver accettato "una concezione etico-religiosa della vita e del concepimento in contrapposizione ad altre" si legge nel documento *Legge sulla procreazione medicalmente assistita* della Commissione per la bioetica della Tavola Valdese, 13 dicembre 2003 (in *Bioetica*, 2004, p. 78 s.).

<sup>10</sup> Sul pluralismo morale che caratterizza il nostro tempo cfr. **H. T. ENGELHARDT JR.**, *Manuale di bioetica*, (1996), Il Saggiatore, Milano, 1999, p. 35 ss.

<sup>11</sup> **L. ELIA**, *Introduzione ai problemi della laicità*, in AA. VV., *Problemi pratici della laicità* cit., p. 14, che parla di "leggi permissive in senso proprio, cioè non ispirate da lassismo morale".

<sup>12</sup> **M. MANETTI**, *La questione dell'embrione nel quadro dei principi costituzionali*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 2/2005; **V. POCAR**, *Sessant'anni dopo. L'art. 32 della Costituzione e il diritto all'autodeterminazione*, in *Sociol. del dir.*, 2009, p. 169; **G. FIANDACA**, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e 'post-secolarismo'*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 552.

<sup>13</sup> La sentenza riguarda la legge austriaca che disciplina il divieto di eterologa in maniera parzialmente diversa rispetto alla legge italiana.



in riferimento agli artt. 8 (diritto delle persone al rispetto della vita privata e familiare) e 14 (divieto discriminazione) della Convenzione. Dall'altro, hanno eccepito contrasti con un gruppo di parametri costituzionali, che comprende gli articoli 2, 3, 31 e 32 e 29, rilevando fra le altre lesioni del diritto di autodeterminazione (ricavabile dall'art. 2 Cost.) e del diritto alla salute<sup>14</sup>. La Corte ha risposto in termini interlocutori (ord. 150 del 2012), restituendo gli atti per una nuova valutazione resasi necessaria a seguito della sentenza della *Grande Chambre* del 3 novembre 2011 che ha ribaltato la decisione della Prima sezione.

Eppure la pista del principio di laicità – che mostra come sia censurabile la stessa ragione d'essere del divieto – consente di toccare parte dei parametri invocati dai giudici *a quibus*. Intanto, va detto che anche la decisione della Prima sezione presuppone la necessaria laicità del diritto<sup>15</sup>. Infatti, la decisione afferma che il divieto assoluto della donazione di ovuli non può essere giustificato sulla base di motivazioni morali, e che il legislatore deve cercare un bilanciamento appropriato degli interessi (§ 74).

In secondo luogo, esiste un stretto rapporto fra il principio di laicità e quello di eguaglianza invocato dai giudici rimettenti<sup>16</sup>. Sui temi bioetici i due principi si integrano vicendevolmente<sup>17</sup>: l'eguaglianza formale compara situazioni simili allo scopo di appurare il diverso trattamento legislativo, ma in alcune ipotesi occorre far ricorso alla laicità per determinare l'irragionevolezza del trattamento; a sua volta, ci sono casi in cui il principio di laicità senza la tipica comparazione dell'eguaglianza non riuscirebbe a tutelare efficacemente i diritti di libertà dei cittadini. Nello specifico caso del divieto di donazione dei gameti, il rapporto laicità – eguaglianza rileva per due aspetti. Da un lato, la

---

<sup>14</sup> Perplessità sull'utilizzo in questa vicenda del parametro dell'art. 32 Cost. si leggono in **G. ROCCHI**, *Il divieto di fecondazione eterologa viola il diritto costituzionale alla salute?*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it) n. 2/2012.

<sup>15</sup> **G. FERRANDO**, *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*, in *Fam. e dir.*, 2011, p. 524.

<sup>16</sup> A parte l'ovvia considerazione che, a partire dalla sent. 203 del 1989, la Corte costituzionale fonda il principio di laicità su un fascio di parametri costituzionali fra i quali mette proprio l'art. 3 Cost. Sul collegamento fra eguaglianza e laicità cfr. **G. DI COSIMO**, *Simboli religiosi nei locali pubblici: le mobili frontiere dell'obiezione di coscienza*, in *Giur. cost.* 2000, p. 1133.

<sup>17</sup> Per la concezione dell'eguaglianza secondo cui "le decisioni politiche debbono necessariamente essere, per quanto è possibile, indipendenti da qualche particolare concezione della vita buona, o di ciò che rende la vita apprezzabile" cfr. **R. DWORKIN**, *Questioni di principio*, (1985), Feltrinelli, Milano, 1990, p. 234.



discriminazione a danno delle coppie che non possono avvalersi della tecnica della fecondazione eterologa a causa delle ragioni etico-religiose fatte proprie dal legislatore: per questo aspetto la violazione del principio di laicità porta a ritenere irragionevole tale discriminazione<sup>18</sup>. Dall'altro, la lesione dei diritti delle persone che si riconoscono nelle visioni neglette dalla legge 40, e dunque soprattutto la libertà di coscienza, ma anche la libertà religiosa: per quest'altro aspetto la violazione del principio di laicità si traduce nella lesione della pari dignità delle convinzioni di coscienza di tali persone<sup>19</sup>.

La laicità è legata pure al principio pluralistico al quale i giudici non prestano particolare attenzione<sup>20</sup>. Come ha osservato la Corte costituzionale, il principio di laicità "caratterizza in senso pluralistico la forma del nostro Stato, entro il quale hanno da convivere, in uguaglianza di libertà, fedi, culture e tradizioni diverse" (sent. 508 del 2000). In altre parole, il principio di laicità presuppone "l'esistenza di una pluralità di sistemi di senso o di valore, di scelte personali riferibili allo spirito o al

---

<sup>18</sup> E. DOLCINI, *Il divieto di fecondazione assistita 'eterologa'...in attesa di giudizio*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, p. 356. Partendo direttamente dall'art. 3 Cost., si rileva la discriminazione fra due categorie di soggetti, "le coppie che posseggono gameti idonei, se fecondati artificialmente, a formare un embrione", da un lato, e "le coppie in cui almeno un componente è incapace di produrre gameti idonei a tale scopo" (M. D'AMICO, *Sull'incostituzionalità del divieto di "fecondazione eterologa" fra principi costituzionali ed europei*, in *Il divieto di donazione dei gameti cit.*, p. 33; ivi ulteriori profili e valutazioni relative alla lesione del principio di eguaglianza). Un altro profilo relativo all'eguaglianza viene individuato nella discriminazione derivante dal fatto che solo i cittadini più facoltosi possono recarsi in centri esteri per la fecondazione eterologa (A. CELOTTO, *Legge sulla procreazione medicalmente assistita: quanti dubbi di costituzionalità!*, in *forumcostituzionale.it*). E in effetti la legge ha alimentato un cospicuo "turismo procreativo" verso questi centri: il fenomeno è da ultimo documentato da C. FLAMIGNI e A. BORINI, *Fecondazione e(s)eterologa*, L'Asino d'Oro, Roma, 2012, p. 17 ss.

<sup>19</sup> Il divieto di ricorrere all'eterologa viola la libertà di coscienza, che è un aspetto della libertà di coscienza (L. RISICATO, *Laicità e principi costituzionali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., giugno 2008, p. 17). Sul rapporto fra laicità e diritti della persona cfr. S. BARTOLE, *Stato laico e Costituzione*, in *Laicità e stato di diritto*, a cura di A. Ceretti e L. Garlati, Giuffrè, Milano, 2007, p. 3 ss. Un test di valutazione della costituzionalità delle norme che privilegiano determinate convinzioni interiori, basato sui principi di eguaglianza e laicità, si può leggere nel mio *Coscienza e costituzione*, Milano, 2000, 163 ss.

<sup>20</sup> Sul legame v., fra gli altri, D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, in *Laicità e stato di diritto cit.*, p. 294 ("laicità significa innanzi tutto riconoscimento e garanzia di un pluralismo di valori etici e politici, che debbono restare immuni da coercizione giuridica e poter legittimamente confrontarsi, con pari libertà e dignità").



pensiero, che sono dotati di pari dignità e, si potrebbe dire, nobiltà"<sup>21</sup>. Rispetto al nostro tema, ciò significa che deve essere mantenuto il pluralismo etico conseguente al diverso orientamento che le varie visioni del mondo hanno sul tema della fecondazione eterologa.

In definitiva, partendo dal principio di laicità è possibile stendere una rete di parametri che comprende i principi di eguaglianza e di pluralismo e poi, per il tramite dell'eguaglianza, arriva alle libertà di coscienza e alla libertà religiosa. È forse il caso di aggiungere che questa rete non pregiudica il concorso delle religioni al processo democratico, tema sul quale si è sviluppato un dibattito a partire dalle riflessioni di Rawls e Habermas<sup>22</sup>.

### 3 - La questione

Il punto che qui interessa è più circoscritto: se singole previsioni legislative in materie eticamente sensibili possano accogliere posizioni etico/religiose controverse, ignorando totalmente le altre, e con il pratico effetto di imporre determinati precetti etico/religiosi anche a chi non li condivide. In tal modo viene disatteso uno dei significati della neutralità indicati in campo filosofico, quella che Rawls chiama la "neutralità del fine", secondo cui "lo stato deve garantire a tutti i cittadini uguali possibilità di promuovere la concezione del bene, qualunque sia, da loro liberamente affermata"<sup>23</sup>. Trasposto in campo giuridico, questo concetto va incontro all'obiezione secondo cui l'ordinamento giuridico non può mantenersi

---

<sup>21</sup> Corte Cassazione, sez. IV pen., sent. 439 del 2000.

<sup>22</sup> Mi limito a segnalare **G. DI COSIMO**, *Laicità e democrazia*, in *Bioetica e laicità*, a cura di S. Rodotà e F. Rimoli, Carocci, Roma, 2009, p. 201 ss.; **A. DI GIOVINE**, *Democrazia e religione: spunti di sintesi*, in **AA. VV.**, *Problemi pratici della laicità* cit., p. 383 ss.; **M. DOGLIANI**, *Relativismo morale, relativismo costituzionale, principio di laicità e "scommessa pascaliana" della ragione giuridica*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 577 ss.; **F. RIMOLI**, *È possibile una laicità dialogante? Note minime su relativismo, postsecolarismo, identità*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 1/2007; **C. TRIPODINA**, *Dio o Cesare? Chiesa cattolica e Stato laico di fronte alla questione bioetica*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 1/2007; **B. PASTORE**, *Condizioni di laicità*, in *Ragion pratica*, 2007, p. 7 ss.

<sup>23</sup> **J. RAWLS**, *Liberalismo politico*, (1993), Edizioni di Comunità, Milano, 1994, p. 168 (congruente è anche un'altra esemplificazione del principio che l'autore propone: "che lo stato non deve fare niente di destinato a favorire o promuovere una particolare dottrina comprensiva piuttosto che un'altra, o ad assicurare un maggiore aiuto a coloro che la seguono"). Sulla neutralità cfr. anche **R. DWORKIN**, *I fondamenti dell'eguaglianza liberale*, in R. Dworkin e S. Maffettone, *I fondamenti del liberalismo*, Laterza, Roma-Bari, 1996, p. 6.



neutrale rispetto alle varie concezioni del bene presenti nella società<sup>24</sup>. In particolare, la disciplina delle materie eticamente sensibili è inevitabilmente il risultato di scelte e bilanciamenti fra valori che rimandano a visioni della vita e del mondo<sup>25</sup>.

In effetti, in molte situazioni il diritto fa riferimento alle convinzioni ideali delle persone, e non potrebbe essere altrimenti. Ciò posto, ci interessa un aspetto logicamente conseguente, ossia come dovrebbero essere regolati i contrasti fra le visioni ideali. La risposta più convincente è che, quando gli ideali entrano in conflitto, il diritto deve cercare il modo di mantenere la tensione che fra di essi esiste nella società, evitando di marciare come socialmente insignificante uno dei valori in conflitto<sup>26</sup>. Gli strumenti per raggiungere questo scopo cambiano a seconda dei conflitti e non sempre sono adeguati<sup>27</sup>.

Per quanto riguarda specificamente la questione della donazione dei gameti, lo scopo potrebbe essere raggiunto mediante lo strumento delle norme facoltizzanti (o permissive). L'utilizzo di questo strumento consentirebbe di preservare tutte le posizioni in campo, dato che le persone che si oppongono per ragioni morali non sarebbero costrette a tenere il comportamento, e le altre sarebbero libere di tenerlo senza con ciò ledere interessi altrui. Un intervento normativo di questo tipo permetterebbe al legislatore di non sacrificare nessuna delle contrastanti concezioni del bene, visto che ciascuno sarebbe libero di comportarsi in base a quella che ritiene preferibile, e risulterebbe tutto sommato coerente con il concetto rawlsiano di neutralità.

Più in generale, va detto che il legislatore può sempre scegliere fra l'accogliere incondizionatamente una sola posizione morale, come accade con il divieto di donazione dei gameti imposto dalla legge 40, e il cercare un ragionevole bilanciamento dei valori in conflitto; fra una disciplina a elevato contenuto ideologico e una disciplina a basso contenuto e,

---

<sup>24</sup> Per es., **A. BARBERA**, *Il cammino della laicità*, in *Laicità e diritto*, a cura di S. Canestrari, Bononia University press, Bologna, 2007, p. 70; con specifico riferimento al diritto penale cfr. **G. FORTI**, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni "liberali" e paternalismi giuridici*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, p. 331. La questione è ovviamente controversa anche dal punto di vista filosofico cfr., per es., **A. VERZA**, *La neutralità impossibile*, Giuffrè, Milano, 2000.

<sup>25</sup> **G. FIANDACA**, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, p. 1413 s.

<sup>26</sup> **G. CALABRESI**, *Il dono dello spirito maligno. Gli ideali, le convinzioni, i modi di pensare nei loro rapporti con il diritto*, (1985), Milano, Giuffrè. 1996, p. 119.

<sup>27</sup> **G. CALABRESI**, *op. cit.*, p. 148 s.



appunto per questo, maggiormente compatibile con la logica della democrazia costituzionale<sup>28</sup>.

#### 4 - Strategie: riformulazione

Questa configurazione del tema – ossia che il divieto recepisce una posizione etico/religiosa controversa e in quanto tale contrasta con i principi di laicità, pluralismo, eguaglianza – viene solitamente confutata per mezzo di due strategie argomentative: la prima punta sulla riformulazione del tema; la seconda punta sulla minimizzazione del problema<sup>29</sup>.

Chi opta per la *strategia della riformulazione* cerca un bene giuridico di rilievo costituzionale la cui tutela possa spiegare l'esistenza del divieto legislativo. Questa strategia porta a riformulare la questione allo scopo di aggirare i problemi di costituzionalità che il divieto di donazione dei gameti altrimenti presenta. Però l'accorgimento funziona a condizione che il bene sia effettivamente: a) danneggiato dalla fecondazione eterologa; b) meritevole di tutela. In base a questo approccio, si sostiene che il divieto di donazione dei gameti difende il bene della paternità/maternità biologica che dovrebbe coincidere con la paternità/maternità legale<sup>30</sup>. Più precisamente, la *ratio* del divieto legislativo consisterebbe nell'evitare che

---

<sup>28</sup> G. FIANDACA, *I temi eticamente sensibili*, cit., p. 1407.

<sup>29</sup> Escluderei che il recepimento legislativo dei dettami morali della Chiesa cattolica si fondi sull'art. 7 co. 2 Cost. Ciò per la semplice ma decisiva ragione che la disposizione costituzionale regola i rapporti fra la confessione religiosa e lo Stato, mentre i temi bioetici riguardano tutti, non solo gli appartenenti alla Chiesa cattolica. Sulla natura eccezionale del capoverso dell'art. 7 Cost. cfr. M. AINIS, *Laicità e confessioni religiose*, in AA. VV., *Problemi pratici della laicità* cit., p. 30 ss.

<sup>30</sup> A. GUASTAPANE, *La procreazione con metodi artificiali nella prospettiva costituzionale*, in *Dir. soc.*, 1996, p. 208; C. TRIPODINA, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della legge n. 40 del 2004 recante "norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 545; L. VIOLINI, *Bioetica e laicità*, in AA. VV., *Problemi pratici della laicità* cit., p. 234; M. CASINI, *Tre Tribunali italiani, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e il diritto del concepito all'unitarietà delle figure genitoriali*, in *Med. e mor.*, 2011, p. 37 ss.; L. D'AVACK, *Sulla procreazione medicalmente assistita eterologa: il Tribunale di Firenze e quello di Catania rinoviano la questione alla Corte Costituzionale*, in *Dir. di fam. e delle pers.*, 2011, p. 51. L'argomento è stato proposto dal governo austriaco davanti alla Corte EDU (sent. *Grande Chambre* § 67). Sulla genitorialità biologica cfr. C. MURGO, *La Grande Chambre decide sulla fecondazione eterologa e la rimette all'apprezzamento degli Stati contraenti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 36.



la separazione fra la paternità/maternità biologica e quella di diritto nuoccia al bambino<sup>31</sup>.

Tuttavia, l'argomento non trova riscontro fattuale: per il momento nella letteratura scientifica non è documentato nessun danno di questo tipo per il bambino<sup>32</sup>. Il divieto di donazione dei gameti non trova giustificazione nella presunta lesione dell'interesse del figlio

"perché il fatto di nascere in una coppia non sposata, o da una donna sola, o grazie all'apporto di un donatore anonimo non sembra costituire una condizione così negativa da far preferire il fatto di non nascere affatto"<sup>33</sup>.

E dunque non è soddisfatta la prima delle condizioni enunciate, ossia che la fecondazione eterologa effettivamente danneggi l'interesse del nascituro<sup>34</sup>. In più, l'argomento della necessaria genitorialità biologica

---

<sup>31</sup> **A. NICOLUSSI**, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica*, in *rivistaaic.it*, 1/2012; *contra* **M. MANETTI**, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Pol. dir.*, 2004, p. 460: il divieto è "un'ingiustificata rivisitazione del legame di sangue, di fronte alla legislazione che ammette l'adozione legittimante, e alla giurisprudenza che nega al marito il diritto di disconoscere il bambino nato dalla fecondazione eterologa avvenuta con il suo consenso". A difesa degli interessi del nascituro e dell'unità del matrimonio, in campo cattolico si invoca l'obiezione di coscienza alle pratiche di fecondazione eterologa per gli operatori sanitari (v., da ultimo, cfr. **V. TURCHI**, *Nuove forme di obiezione di coscienza*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., ottobre 2010, p. 179). Una ratio analoga caratterizza l'obiezione di coscienza prevista dall'art. 16 della legge 40 che pure vieta l'eterologa (la disposizione consente all'obiettore di "affermare l'illiceità morale delle modalità procreative diverse da quelle naturali": **D. PARIS**, *L'obiezione di coscienza*, Passigli, Firenze, 2011, p. 151 s.).

<sup>32</sup> **M. DELL'UTRI**, *La fecondazione eterologa nel sistema dei diritti fondamentali*, in *Giur. mer.*, 2011, p. 402; **M. D'AMICO**, *Sull'incostituzionalità del divieto di "fecondazione eterologa" fra principi costituzionali ed europei* cit., p. 21 ss.; **E. DOLCINI**, *Fecondazione assistita e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 54. L'assenza di 'danni da condizione di nascita' per i bambini nati con l'eterologa è dimostrata da **M. MORI**, *Sulla legge 40/2004, la legge cattolica per la procreazione assistita nelle attuali circostanze storiche*, in *notizie di Politeia*, 2005, p. 88 ss. Sull'ambiguità della nozione di danno cfr., fra gli altri, **G. FORTI**, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale* cit., p. 315, che richiama la riflessione di Joel Feinberg.

<sup>33</sup> **G. FERRANDO**, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Cedam, Padova, 1999, p. 356.

<sup>34</sup> **V. POCAR**, *Diritto alla salute, diritto a procreare ed accesso alle tecniche di PMA*, in *I dir. dell'uomo*, 2004, p. 69. Con ciò non si intende sottovalutare l'importanza (sottolineata, fra gli altri, da **C. CARDIA**, *Tra il diritto e la morale. Obiezione di coscienza e legge*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., maggio 2009, nota 10) che l'identità familiare può avere per la crescita del bambino e per la formazione della propria identità, ma



stride con la presenza dell'istituto dell'adozione che, come rileva la sentenza della Prima sezione, non è ascrivibile al tipico rapporto fra genitori e figlio basato sul legame biologico (§ 81)<sup>35</sup>. Pertanto non è soddisfatta nemmeno l'altra condizione, che il bene sia meritevole di tutela.

La verità è che il divieto legislativo di donazione dei gameti non tutela alcun bene giuridico di rilevanza costituzionale<sup>36</sup>. Piuttosto è funzionale ad "affermare la legittimità di un solo modello di famiglia, costituito dalla coppia stabile ed eterosessuale, possibilmente sposata"<sup>37</sup>. Difende una precisa concezione della famiglia e del rapporto di coppia che, però, ecco il punto, "non può essere imposta per legge a chi non la condivide"<sup>38</sup>. Dietro l'argomento della necessaria genitorialità biologica sta

---

semplicemente notare che la donazione dei gameti non mette in pericolo questo fattore. Un dato ulteriore di cui tener conto è l'aleatorietà e l'incertezza della valutazione relativa al danno arrecato all'interesse del nascituro (F.C. PALAZZO, *Tendenze e prospettive nella tutela penale della persona umana*, in *La tutela penale della persona cit.*, p. 418; R. BARTOLI, *La totale irrazionalità di un divieto assoluto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, p. 103, il quale osserva che questo interesse ha "come titolare nient'altro che un embrione progettato", ragion per cui occorre chiedersi "se abbia senso parlare di interessi rispetto a ciò che in definitiva ancora non esiste").

<sup>35</sup> A. SESSA, *Dalla bioetica al biodiritto: irrazionalità e simbolismo negli esiti di una legislazione emergenziale in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *L'ind. pen.* 2004, 936; S. AGOSTA, *Tra ragionevoli preoccupazioni di tutela ed irragionevoli soluzioni normative: la recente disciplina sulla procreazione artificiale al banco di prova dei fini-valori della Costituzione*, in *Bio-tecologie e valori costituzionali*, a cura di A. D'Aloia, Giappichelli, Torino, 2005, p. 112 s. Sul punto torna in termini più problematici la sent. della *Grande Chambre*, § 105. La tesi della Prima sezione viene contestata sul presupposto che i due istituti si fondano su principi opposti, nel senso che chi dona i gameti genera un figlio che abbandona immediatamente, mentre l'adozione costituisce il rimedio all'abbandono di un minore (M. CASINI, *La dimenticanza del diritto alla famiglia del figlio concepito con le tecniche di Pma sotto il profilo dell'unitarietà delle figure genitoriali*, in *Dir. fam. pers.*, 2011, 87 ss.; v. anche C. CASINI, M. CASINI, M.L. DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 77). Ma la stessa autrice ammette il punto rilevante ai fini del discorso, ossia che "l'istituto dell'adozione mostra la separabilità della genitorialità genetica da quella degli affetti" (p. 88).

<sup>36</sup> S. CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, p. 418.

<sup>37</sup> M.R. MARELLA, *Esercizi di biopolitica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 3. Analogamente: T. PITCH, *L'embrione e il corpo femminile*, in *costituzionalismo.it*, 2/2005; E. DOLCINI, *La legge sulla fecondazione assistita, un esempio di 'sana laicità'*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., marzo 2009, p. 9.

<sup>38</sup> G. FERRANDO, *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 813; B. CASALINI, *Libere di scegliere? Patriarcato, libertà e autonomia in una prospettiva di genere*, in *Etica & pol.*, 2012, p. 339 s. Un diverso



la concezione "naturalistica" della famiglia<sup>39</sup>, che, tuttavia, ha il difetto di ignorare l'evoluzione della realtà sociale.

Dunque, il divieto è funzionale a difendere un preciso modello di famiglia laddove i principi costituzionali ammettono una pluralità di modelli<sup>40</sup>. La scelta di introdurre il divieto, allora, non trova aggancio in Costituzione, ma è il risultato di una valutazione di natura essenzialmente morale in merito alla superiorità/preferibilità di quel modello di famiglia. Ma, come ricorda la Prima sezione della Corte EDU, considerazioni di ordine morale non sono sufficienti a giustificare il divieto. È per questo motivo che il legislatore non avrebbe dovuto stabilire sanzioni (penali o amministrative, poco conta)<sup>41</sup> allo scopo di difendere precetti morali<sup>42</sup>. La scelta procreativa non dipende dalle convinzioni morali e religiose del

---

punto di vista ritiene che sia razionale difendere una certa idea di famiglia (**M. ROMANO**, *Principio di laicità dello stato, religioni, norme penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 506).

<sup>39</sup> Secondo il Tribunale di Milano, il divieto di eterologa mira a "garantire al nascituro un nucleo familiare stabile, una famiglia "naturale" costituita da una duplice figura genitoriale eterosessuale" (ord. 23 novembre 2009, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 774 ss.).

<sup>40</sup> La compatibilità costituzionale di molteplici modelli familiari è, da ultimo, sottolineata da **M. MANETTI**, *Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, II, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, p. 1573 ss., e da **M. GATTUSO**, "Matrimonio", "famiglia" e orientamento sessuale: la Cassazione recepisce la "doppia svolta" della Corte europea dei diritti dell'uomo, in *Fam. dir.*, 2012, p. 691 (ma v. pure **B. PEZZINI**, *Uguaglianza e matrimonio. Considerazioni sui rapporti di genere e sul paradigma eterosessuale nel matrimonio secondo la Costituzione italiana*, in *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto*, a cura di B. Pezzini, Jovene, Napoli, 2008, p. 102 ss.); per la tesi secondo cui la famiglia tradizionale sarebbe l'unico modello compatibile con la Costituzione cfr. invece **L. VIOLINI**, *Il riconoscimento delle coppie di fatto: praeter o contra constitutionem?* in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it). La sent. 138 del 2010 della Corte costituzionale sulle unioni fra persone dello stesso sesso viene interpretata come un segno che il modello di famiglia non è cristallizzato (**B. LIBERALI**, *La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 562).

<sup>41</sup> La legge 40 prevede "sanzioni "sostanzialmente penali" in un sistema sottoposto a controlli amministrativi", sicché si può dire che "il seme del diritto penale viene introdotto nel corpo del diritto amministrativo" (**S. CANESTRARI**, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40: procreazione e punizione*, in *Bioetica*, 2004, p. 425). Per la tesi che in materia penale il legislatore non dovrebbe far proprio "un punto di vista morale/religioso fondato sulla pretesa di verità della sua trascendenza dogmatica", ossia che esprime valori non negoziabili, cfr. **F. PALAZZO**, *Laicità del diritto penale e democrazia "sostanziale"*, in *Quad. cost.li*, 2010, p. 447.

<sup>42</sup> **E. DOLCINI**, *Strasburgo-Firenze-Roma: il divieto di fecondazione eterologa si avvia al capolinea?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, p. 1428.



legislatore ma da quelle dei genitori<sup>43</sup>. Spetta a loro decidere in forza del principio di autodeterminazione e della libertà di coscienza<sup>44</sup>. Il legislatore (o un giudice, fa lo stesso) non può imporre il proprio codice morale anche se è condiviso dalla maggioranza dei cittadini<sup>45</sup>.

## 5 - Parallelo

La strategia della riformulazione si trova anche in altre situazioni in cui il principio di laicità viene messo sotto scacco. La più recente decisione della Corte EDU sul tema dell'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche sostiene che non è in causa il principio di laicità, ragion per cui sposta il piano della discussione verso il tema della libertà di educazione<sup>46</sup>. In questo modo accoglie l'argomento secondo cui uno Stato che adotti la visione laica in opposizione a quella religiosa non è neutrale<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> **P. RESCIGNO**, *Una legge annunciata sulla procreazione assistita*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 981; **S. CANESTRARI**, *Verso una disciplina penale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita? Alla ricerca del bene giuridico tra valori ideali e opzioni ideologiche*, in *La tutela penale delle persone*, a cura di L. Fioravanti, Giuffrè, Milano, 2001, p. 70; **L. NAVE**, *Sessualità, procreazione e i paradigmi della bioetica*, in *Riv. sessuol.*, 2011, p. 130.

<sup>44</sup> Sul principio di autodeterminazione rinvio alle lucide riflessioni di **G.U. RESCIGNO**, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co. 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 85 ss. Sul legame fra l'autonomia delle persone nel campo della procreazione e la laicità dello Stato cfr. **G. FERRANDO**, *La procreazione assistita: modelli di disciplina a confronto*, in *La tutela penale delle persone cit.*, p. 99 ss.

<sup>45</sup> **R. BIN**, *Sussidiarietà, privacy e libertà della scienza: profili costituzionali della procreazione assistita*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); **M.R. MARELLA**, *La logica e i limiti del diritto nella procreazione medicalmente assistita*, in *costituzionalismo.it.*, 2/2005, p. 9; **M. MANETTI**, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita cit.*, p. 463. Anche la Corte suprema ritiene che la maggioranza non possa imporre la propria visione morale (sent. 26 giugno 2003, *Lawrence et al. v. Texas*, che ha censurato la legge texana che qualificava come reato il rapporto sessuale tra due persone dello stesso sesso). Per la critica all'imposizione giuridica della morale, oltre a *On Liberty* di John Stuart Mill, si può fare riferimento a **H.L.A. HART**, *Diritto, morale e libertà* (1963), Bonanno, Acireale, 1968. Più di recente cfr. **C. DEL BÒ**, *Laicismo, neutralismo e "legal enforcement of morals"*, in *Ragion pratica*, 2007, p. 17 ss., il quale discute i limiti del principio milliano del danno e, sulla scia di Rawls, sostiene la concezione della "neutralità dei fini", ossia l'idea che in tempi di pluralismo morale "ciascun provvedimento legislativo, per essere giustificabile, richiede che possa essere sostenuto senza fare riferimento ad alcuna concezione del bene".

<sup>46</sup> Grande Camera, sent. Lautsi c. Italia, 18 marzo 2011, § 57.

<sup>47</sup> E in tal modo "derubrica lo stesso principio di laicità (nel senso di neutralità) da valore supremo immanente al sistema a mera convinzione filosofica concorrente con



Tuttavia, l'argomento si presta a solide obiezioni. Innanzi tutto, è funzionale allo *status quo* e dunque al "vantaggio" conseguito sul campo da una singola confessione religiosa, con tutti i problemi sul fronte del principio di eguaglianza che ne discendono<sup>48</sup>. Poi, è inesatto dire che lo Stato laico neghi la religiosità, semplicemente sceglie di restare equidistante e imparziale rispetto alle confessioni religiose, come ha precisato la Corte costituzionale (sentenze 329 del 1997, 327 del 2002 e 168 del 2005). L'argomento sembra confondere fra laicità, che rispetta la dimensione religiosa, e ateismo, che la nega<sup>49</sup>.

## 6 - Strategie: minimizzazione

L'altra strategia consiste nel concedere ampio spazio di manovra al legislatore in considerazione del fatto che si tratta di questione moralmente controversa. Al contrario della precedente, chi opta per la *strategia della minimizzazione* non contesta l'esistenza di un potenziale contrasto con alcuni parametri di legittimità, costituzionali o convenzionali a seconda dei casi, ma punta a diluire la forza precettiva di questi parametri in modo tale che non vincolino effettivamente il legislatore.

Un esempio di strategia della minimizzazione è offerto dalla sentenza della *Grande Chambre* sulla fecondazione eterologa. Dapprima la Corte riconosce che è applicabile l'art. 8 della Convenzione relativo al diritto delle persone al rispetto della vita privata e familiare e quindi non sposta il piano della discussione come invece suggerisce la strategia della riformulazione (§ 82). Poi, però, la decisione attenua la forza del

---

altre, gettandolo nel bel mezzo di un'arena di combattenti molto agguerriti" (M. PACINI, *La Cedu e il crocifisso nelle aule scolastiche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, p. 858). L'argomento è stato proposto dal difensore di alcuni stati intervenienti, Joseph Weiler (tesi pienamente condivisa da M. CARTABIA, *La Corte del buon senso*, in [www.ilsussidiario.net](http://www.ilsussidiario.net), 21 marzo 2011).

<sup>48</sup> S. MANCINI, *La sentenza della Grande Camera sul crocifisso: è corretta solo l'opinione dissenziente*, in *Quad. cost.*, 2011, p. 426.

<sup>49</sup> La strategia della riformulazione si ritrova anche nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, secondo cui la *ratio* delle disposizioni che impongono l'esposizione va ricercata nel fatto che il simbolo rappresenta "valori civilmente rilevanti" (sez. VI, sent. 556 del 2006). In tal modo, il giudice amministrativo individua un bene (il valore civile del crocifisso) per il quale non sorgono problemi di legittimità delle disposizioni come invece accadrebbe se sottolineasse il valore religioso del simbolo (che, peraltro, anche la sent. Cedu del 18 marzo 2011 non mette in discussione: § 66).



parametro sul presupposto che si tratti di questioni morali controverse, ossia ritiene che la discordanza dei punti di vista morale giustifica l'ampio margine di discrezionalità a favore dello Stato convenuto (§ 97)<sup>50</sup>.

L'argomento della Corte secondo cui l'esistenza di controversie morali giustifica maggiore discrezionalità è riferito agli Stati membri<sup>51</sup>. Ma se si ragiona nell'orizzonte dell'ordinamento nazionale, guardando al pluralismo dei punti di vista morali presenti nella società italiana, si dovrebbe giungere alla conclusione opposta: lo Stato non può discrezionalmente accogliere uno soltanto dei punti di vista perché non lo consentono i principi di laicità, eguaglianza, pluralismo. Pare chiaro, allora, che la strategia della minimizzazione porta al medesimo risultato di quella precedente, ossia avalla la decisione legislativa che adotta un punto di vista etico/religioso nonostante sia controverso. Ne segue che va incontro alle medesime obiezioni.

## 7 - Controvertibilità

Il divieto di donazione dei gameti è un esempio di decisione legislativa in materie eticamente sensibili che recepisce una posizione etico/religiosa controversa. In casi come questo, i contenuti normativi non sono prioritariamente diretti a un fine pratico (per esempio, consentire un'attività), ma a soddisfare una visione della vita e del mondo che poi, fatalmente, si concretizza in un fine pratico, e dunque impone una regola che viene adottata solo in quanto strettamente funzionale a quella visione.

Secondo una possibile obiezione, tutte le decisioni legislative sono in ultima istanza riconducibili a principi e valori che esprimono visioni della vita e del mondo<sup>52</sup>. Nondimeno ciò che è peculiare e distintivo delle

---

<sup>50</sup> La sentenza osserva che la previsione serve a tutelare la morale (§ 90) e afferma che le preoccupazioni morali non possono di per sé giustificare il divieto totale di donazione di ovuli (§ 100). Nondimeno, la conclusione è che, siccome manca il consenso fra gli Stati membri, la discrezionalità legislativa non è eccessiva (§§ 106, 113); ergo non risulta violato l'art. 8 della Convenzione (§ 116).

<sup>51</sup> E, per come viene utilizzato, si presta a molte e fondate obiezioni: per tutti cfr. **G. BALDINI**, *Procreazione assistita 'eterologa' e diritti della persona tra principi costituzionali e pronunce della Corte EDU*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 8 maggio 2012, il quale mette in evidenza l'uso improprio e abnorme del margine di apprezzamento che porta la Corte ad abdicare alla propria funzione di vigilare sulla corrispondenza della normativa ai principi della Convenzione.

<sup>52</sup> In realtà, sappiamo che non sempre ciò è vero, posto che esistono anche norme frutto di mere convenzioni (come per es. la regola per cui i veicoli circolano sulla destra).



decisioni di cui parlo, è che accolgono una visione nella quale si riconosce solo una parte dei cittadini (maggioritaria o meno, non conta, visto che i diritti per loro natura sono universali e dunque non dipendono dal principio maggioritario), mentre le altre tutelano un valore generalmente condiviso o, per lo meno, che non è oggetto di significative controversie.

Secondo un'altra possibile obiezione tutte le decisioni legislative sono potenzialmente controverse, per la semplice ragione che esprimono l'indirizzo politico della maggioranza parlamentare che la minoranza avversa. Ciò è naturalmente vero, ma nel caso della donazione dei gameti siamo in presenza di un elemento peculiare, dal momento che sono coinvolte le convinzioni profonde delle persone relativamente a temi eticamente sensibili. Un campo nel quale, come detto, non dovrebbero essere imposti *ab esterno* contenuti e prescrizioni, pena la negazione della libertà di coscienza e del principio di autodeterminazione.

In definitiva, decisioni normative di questo tipo fanno propria una determinata visione della vita e del mondo preferita ad altre visioni che propongono punti di vista diversi se non contrapposti. Ne segue che: a) suscitano frequenti controversie come dimostra chiaramente la vicenda della legge 40 costellata da pronunce di giudici nazionali, senza contare quelle della Corte EDU sullo stesso tema, la più recente delle quali relativa proprio alla legge italiana<sup>53</sup>, e finanche oggetto di un referendum abrogativo; b) non realizzano un adeguato bilanciamento fra i vari interessi in ballo; c) si pongono in contrasto con alcuni principi supremi dell'ordinamento: laicità, pluralismo, eguaglianza.

## 8 - Norme

Il divieto di donazione dei gameti è inoltre un esempio di norme che vietano un comportamento che non comporta danni per chi desidera tenerlo e nemmeno per altre persone<sup>54</sup>. A queste possono essere accostate

---

<sup>53</sup> Sent. sez. II, Costa e Pavan c. Italia, del 28 agosto 2012 che rileva l'incoerenza del sistema legislativo italiano in materia di diagnosi preimpianto.

<sup>54</sup> Direi che analogo effetto caratterizza il caso del matrimonio fra persone dello stesso sesso, per il quale si registra da parte cattolica una decisa presa di posizione contraria all'introduzione (v. per es. G. van den Aardweg, *Un motivo no al "matrimonio" omosessuale*, in *Studi catt.*, 2004, 164 ss.), sul presupposto che l'istituto sarebbe incompatibile con l'art. 29 Cost. Tuttavia, l'estensione del matrimonio alle coppie omosessuali non pregiudicherebbe diritti di sorta, nemmeno quelli delle coppie eterosessuali regolarmente sposate (A. PUGIOTTO, *Alla radice costituzionale dei "casi": la famiglia come "società naturale fondata sul matrimonio"*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)).



altre norme che pure disciplinano temi eticamente sensibili assumendo un punto di vista etico/religioso controverso. Si tratta delle norme che vietano un comportamento dannoso solo per la persona interessata, come ad esempio l'interruzione dell'alimentazione e idratazione artificiali che, secondo il progetto di legge sul testamento biologico, "devono essere mantenute fino al termine della vita"<sup>55</sup>. Una simile previsione trova fondamento in una visione etico/religiosa della vita umana, che riconduce alimentazione e idratazione artificiali alla categoria del sostegno vitale, come esplicitamente prevedeva il testo approvato in prima lettura dal Senato, piuttosto che a quella delle misure mediche, come invece sostiene la Cassazione nella nota sentenza Englaro, sulla scorta dell'orientamento della comunità scientifica internazionale<sup>56</sup>. Rappresenta perciò il tentativo del legislatore di sostituirsi alla scienza medica<sup>57</sup> con l'intento di imporre un comportamento che la maggioranza parlamentare considera moralmente dovuto. Viceversa, seguendo la Cassazione che le qualifica come misure mediche, alimentazione e idratazione artificiali non potrebbero essere attuate contro la volontà del malato (art. 32 co. 2 Cost.), con la conseguenza che sarebbero rispettati i principi di autodeterminazione e di libertà di coscienza.

Meno problematiche sotto il profilo costituzionale sono le norme che permettono di non tenere un comportamento altrimenti obbligatorio. Le norme sull'obiezione di coscienza sono assimilabili alle precedenti perché trovano applicazione in materie eticamente sensibili, per esempio l'interruzione volontaria di gravidanza, e perché rimandano a visioni della vita e del mondo che potrebbero essere controverse. Rispetto alle precedenti, si caratterizzano per il fatto che rimettono la decisione alla persona interessata (sono facoltizzanti), e dunque non si pongono in

---

<sup>55</sup> Art. 3 co. 4 del testo modificato dalla Camera il 12 luglio 2011 e attualmente all'esame del Senato. Ne segue che non possono essere oggetto della dichiarazione anticipata di trattamento (art. 3 co. 1). Sulla dubbia costituzionalità di questo approccio legislativo cfr. **N. VICECONTE**, *La sospensione delle terapie salvavita: rifiuto delle cure o eutanasia? Riflessioni su autodeterminazione e diritto alla vita tra testo costituzionale e applicazioni giurisprudenziali*, in *Dir. soc.* 2011, p. 188 s.; **A. SCALERA**, *Brevi note su dichiarazioni anticipate di trattamento e alimentazione o idratazione artificiale*, in *Quest. giust.*, 2010, p. 87 ss.

<sup>56</sup> Cass. Civ., sez. I, sent. 2148 del 2007 (sulla quale rinvio, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, al mio *La Cassazione fra coscienza e incoscienza*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., 27 aprile 2009).

<sup>57</sup> **A. PIOGGIA**, *Consenso informato ai trattamenti sanitari e amministrazione della salute*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, p. 177; **ID.**, *Il disegno di legge in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento: esempi di fallimenti e di molte occasioni perdute nell'attuazione della Costituzione*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 1/2009.



contrasto con la libertà di coscienza e con il principio di autodeterminazione. Tuttavia, se il numero di obiettori è particolarmente elevato si rischia di compromettere il regolare funzionamento di un determinato servizio<sup>58</sup>.

## 9 - Paternalismo

Di fronte a questioni eticamente controverse il legislatore può scegliere due strade alternative. La prima suggerisce che ciascuno deve essere libero di scegliere i propri valori e fini, e di agire conseguentemente, a condizione che non siano sacrificati interessi di altre persone (*liberalismo giuridico*). La seconda sostiene che il diritto ha lo scopo di conservare la moralità del gruppo sociale e perciò deve adeguarsi alle visioni etico/religiose prevalenti (*moralismo giuridico*)<sup>59</sup>.

Le considerazioni precedenti relative al divieto di donazione dei gameti portano a concludere che la prima strada sia quella più coerente con il quadro dei principi costituzionali<sup>60</sup>, dato che consente di rispettare laicità, eguaglianza, e pluralismo, e poi anche libertà di coscienza e religiosa, nonché il principio di autodeterminazione, tutti principi che vengono (più o meno ampiamente) sacrificati nell'altra via<sup>61</sup>.

Insomma, il divieto di donazione dei gameti va incontro a due fondamentali obiezioni, da un lato viola questo insieme di principi costituzionali, dall'altro è il risultato di una discutibile forma di paternalismo legislativo, dal momento che il legislatore, mosso da

---

<sup>58</sup> Come accade con l'obiezione di coscienza dei medici alle procedure di interruzione della gravidanza (su tale aspetto cfr. da ultimo **S. RODOTÀ**, *Obiezione di coscienza e diritti fondamentali*, in *notizie di Politeia*, 2011, p. 32 ss.; **E. CECCARELLI**, *La legge sull'interruzione volontaria di gravidanza e l'obiezione di coscienza del personale sanitario e del giudice tutelare*, ivi, p. 146 ss.; **F. MINERVA**, *Obiezione di coscienza in ambito medico. I limiti di un approccio moderato*, ivi, p. 118 ss.), una forma di obiezione di coscienza che si discosta sensibilmente da quelle che originariamente hanno dato vita al fenomeno (**E. LECALDANO**, *L'appello alla coscienza nelle questioni bioetiche: una critica*, in *www.psiche-spi.it*, 1/2012, p. 8).

<sup>59</sup> Sui due approcci cfr. **C. FARALLI, S. TUGNOLI PÀTTARO**, *Bioetica scienza diritto: la legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita (19 febbraio 2004, n.40)*, in *Revista de Bioética y Derecho*, 3/2005, p. 15 ss.

<sup>60</sup> **C. FARALLI**, *Laicità e bioetica*, in *Laicità e diritto cit.*, p. 362.

<sup>61</sup> Che viene definita pure "modello di diritto autoritario", visto che "fissa norme rigide, sancisce la superiorità di una particolare concezione morale e pone divieti e limiti rigorosi" (**C. FARALLI**, *ibidem*).



preoccupazioni di natura etico/religiosa, decide al posto della coppia su una questione che non mette a rischio interessi di altre persone<sup>62</sup>.

---

<sup>62</sup> A rigore il concetto di paternalismo si applica a situazioni nelle quali l'agente rischia di arrecare danno a sé stesso (**M. ROMANO**, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 985; **G. MANIACI**, *Contro il paternalismo giuridico*, in *Mat. per una storia della cult. giur.*, 2011, p. 133 ss.), ma riterrei che si possa utilizzare anche per ipotesi come la donazione dei gameti nelle quali il legislatore vieta un comportamento nonostante non comporti danni di sorta. In effetti, in entrambe le ipotesi la comunità politica agisce in base a un giudizio su ciò che rende migliore la vita dei propri membri (per quest'osservazione relativamente al paternalismo cfr. **G. FORTI**, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale* cit., p. 326, che individua una "matrice di almeno tendenziale comunitarismo").