

Paolo Iagulli

Diritti riproduttivi e fecondazione artificiale

Studio di sociologia
dei diritti umani

TEORIA
METODOLOGIA

*S*alute e
società



FrancoAngeli

Informazioni per il lettore

Questo file PDF è una versione gratuita di sole 20 pagine ed è leggibile con



La versione completa dell'e-book (a pagamento) è leggibile con Adobe Digital Editions. Per tutte le informazioni sulle condizioni dei nostri e-book (con quali dispositivi leggerli e quali funzioni sono consentite) consulta [cliccando qui](#) le nostre F.A.Q.



collana diretta da Costantino Cipolla

La Collana *Salute e Società* (attiva dal 2002) si inserisce in una rete di natura vasta e plurale in cui molteplici iniziative concorrono, pariteticamente, nel definirne l'identità epistemologica e metodologica. L'approccio di riferimento risulta co-istituito secondo uno studio della salute che non è né strettamente medico, né di stampo puramente economico-sanitario. Le tematiche che ruotano attorno al rapporto fra salute e società, con particolare riguardo alle nuove "culture della salute", al ritorno a forme di pluralismo sanitario come conseguenza della diffusione delle medicine alternative, fanno emergere stili inediti di partecipazione dei cittadini al miglioramento della qualità dei servizi sanitari, ai percorsi di umanizzazione e personalizzazione delle cure. Tale prospettiva rimane inoltre aperta ed attenta ai processi di riforma dei sistemi sanitari attualmente in atto, soprattutto nelle società industriali avanzate, nel contesto del più generale processo di globalizzazione operante anche in campo sanitario.

La Collana *Salute e Società* contempla, all'interno della sua rete di riferimento, le seguenti iniziative, qui segnalate con i rappresentanti che ne compongono il *Consiglio di direzione* (organo fondamentale di coordinamento e di raccordo tra le varie strutture):

- Andrea Antonilli, Susanna Vezzadini (Un. di Bologna), Laurea Magistrale in *Scienze criminologiche per l'investigazione e la sicurezza*;
- Antonio Maturo (Un. di Bologna e Brown University), Rivista *Salute e Società*, quadrimestrale edito in italiano e in inglese (online) da FrancoAngeli;
- Roberto Vignera (Un. di Catania), Delegato AIS, *sezione di sociologia della salute e della medicina*; Tullia Saccheri (Un. di Salerno), Delegato SISS, *Società Italiana di Sociologia della Salute*;
- Leonardo Altieri (Un. di Bologna), Master Universitario di I livello in *e-Health e qualità dei servizi socio-sanitari*;
- Cleto Corposanto (Un. della Magna Graecia, Catanzaro), *Centro di Ricerca Interdipartimentale sui Sistemi Sanitari e le Politiche di Welfare* (C.R.I.S.P.);
- Sebastiano Porcu (Un. di Macerata), Master Universitario di I livello in *Il coordinamento, la progettazione e la gestione dei servizi di educazione, comunicazione e promozione della salutesalute*;
- Veronica Agnoletti (Un. di Bologna), *Centro di Studi Avanzati sull'Umanizzazione delle Cure e sulla Salute Sociale* (Ce.Um.S);
- Anna Coluccia (Un. di Siena), Master Universitario di I livello in *Funzioni Specialistiche e Gestione del coordinamento nelle Professioni Sanitarie*;
- Paolo Vanni (Un. di Firenze), Storico per la *Croce Rossa Internazionale*;
- Guido Giarelli (Un. della Magna Graecia, Catanzaro), Membro dell'Executive Council R.C. 15, "Sociology of Health" dell'International Sociology Association (ISA).

Attività di Alta Formazione:

- Master Universitario di I livello in *Fascicolo sanitario e sociale elettronico*: Tutor Alberto Ardissonne, alberto.ardissonne@unibo.it;
- Master Universitario di I livello in *Sicurezza, salute e lavoro*: Tutor Greta Baldani, greta.baldani2@unibo.it;
- Corso di Formazione permanente in *La mediazione civile e commerciale: teoria e pratica*: Tutor: Dafne Chitos, dafnechitos8@hotmail.com;
- Corso di Alta Formazione in *Dalla programmazione alla progettazione sociale. Nuovi strumenti di intervento socio-sanitario*: Tutor Paola Canestrini, paola.canestrini2@unibo.it.

Ognuna delle attività citate fa capo a reti singole e collettive nazionali ed internazionali, accademiche e professionali, sociologiche e di altre discipline che concorrono complessivamente, a vario titolo, alla presente iniziativa editoriale. La Collana, che prevede, per ogni testo, la valutazione di almeno due *referee anonimi*, esperti o studiosi dello specifico tema. Alcuni testi di questa collana sono disponibili in commercio nella versione e-book. Tali volumi sono sottoposti allo stesso controllo scientifico (doppio cieco) di quelli presentati in versione a stampa e, pertanto, ne posseggono lo stesso livello di qualità scientifica.

La Collana si articola in tre sezioni:

Confronti

In questa sezione sono contemplati i numeri della Rivista *Salute e Società* in un'ottica di natura comparativa, tollerante e di un sapere co-prodotto e connesso alla web society. La continuità e la coerenza di un tale approccio sono garantiti allo stesso modo sia dalla presente Collana che dalla Rivista.

Teoria e metodologia

In questa sezione compaiono testi teorici o di riflessione metodologica sulle dimensioni sociali della medicina di impianto anche interdisciplinare e, comunque, inerenti le scienze umane concepite in senso lato.

Ricerca e spendibilità

In questa sezione sono presentati volumi che riprendono indagini, più o meno ampie, di natura empirica o che investono in un'ottica applicativa e spendibile sia lungo il percorso culturale e co-educativo della divulgazione e della vasta diffusione, sia nella prospettiva dell'incidenza sulla realtà socio-sanitaria o, più in generale, dell'influenza sulla salute/malattia.

Responsabili redazionali: Paola Canestrini, paola.canestrini2@unibo.it; Alessia Manca, alessia.manca2@unibo.it

Paolo Iagulli

**Diritti riproduttivi
e fecondazione
artificiale**

Studio di sociologia
dei diritti umani

FrancoAngeli

La cura redazionale ed editoriale del volume è stata realizzata da Virna Pezzali.

Copyright © 2013 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy.

L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore. L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito www.francoangeli.it.

Indice

Introduzione	pag.	7
1. I diritti umani come diritti storici. I diritti bioeticamente rilevanti	»	11
1.1. Introduzione	»	11
1.2. Sui diritti dell'uomo e sul problema del loro fondamento. Cenni	»	12
1.3. Il carattere storico dei diritti dell'uomo come oggetto della sociologia dei diritti umani	»	18
1.4. I diritti bioeticamente rilevanti come diritti umani di ultima generazione	»	26
2. I diritti riproduttivi: storia e teoria	»	31
2.1. Introduzione	»	31
2.2. Lineamenti di storia dei diritti riproduttivi come diritti umani	»	31
2.3. Verso una teoria del diritto alle scelte riproduttive come diritto umano non autonomo ovvero autonomo	»	37
2.4. Teoria generale dei diritti riproduttivi	»	44
2.4.1. Il diritto di fondare una famiglia	»	44
2.4.2. Il diritto di decidere il numero e l'intervallo dei figli	»	48
2.4.3. Il diritto all'informazione e istruzione sulla pianificazione familiare e di accesso ai relativi servizi	»	49

3. La fecondazione artificiale come diritto umano	pag.	51
3.1. Introduzione	»	51
3.2. La fecondazione artificiale come diritto assoluto	»	56
3.2.1. La fecondazione artificiale nel contesto della cd. rivoluzione riproduttiva	»	58
3.2.2. Il modello del “diritto individuale” alla fecondazione artificiale	»	61
3.2.3. Le più rilevanti formulazioni culturali di un diritto alla fecondazione artificiale come diritto assoluto	»	66
3.3. La fecondazione artificiale come diritto relativo	»	88
3.3.1. Bioetica e fecondazione artificiale nella sociologia relazionale di Pierpaolo Donati. Cenni	»	89
3.3.2. Critica del diritto alla fecondazione artificiale come diritto assoluto	»	92
3.3.3. I diritti del nascituro da fecondazione artificiale	»	95
3.3.4. La fecondazione artificiale come terapia della sterilità	»	99
Conclusioni	»	107
Riferimenti bibliografici	»	115

Introduzione

In piena metà degli anni novanta del secolo scorso, due importanti conferenze internazionali, quelle del Cairo (1994) su popolazione e sviluppo e di Pechino (1995) sulle donne, fecero registrare un punto di crescita particolarmente significativo nella storia di quelli che proprio in queste sedi assunsero per la prima volta, almeno in dichiarazioni ufficiali, la denominazione di “diritti riproduttivi”. I due diversi punti di vista del controllo demografico, da un lato, e del controllo del proprio corpo e della propria funzione riproduttiva da parte delle donne, dall’altro, trovarono una singolare convergenza sul terreno dei diritti umani: in entrambe quelle sedi i diritti riproduttivi riceverono, infatti, non semplicemente una considerazione senza precedenti, bensì anche un’inequivocabile qualificazione in termini di diritti fondamentali. Avvicinandomi in quel periodo agli studi bioetici dal punto di vista della filosofia del diritto, ed essendo stato ammesso a un corso di dottorato di ricerca in diritti dell’uomo, la scelta di cominciare a occuparmi di diritti riproduttivi fu abbastanza naturale, o comunque naturalmente suggerita dalla attualità dell’argomento. Gli esiti furono, prima, la tesi di dottorato, poi, una monografia che tematizzava sul terreno della filosofia del diritto e della relativa riflessione biogiuridica i diritti riproduttivi, non solo quelli cd. negativi (per intenderci, legati in particolare alla contraccezione e all’aborto) affermati nelle conferenze sopra ricordate, bensì anche e soprattutto quello cd. positivo costituito dal diritto alla fecondazione artificiale.

A distanza di più di dieci anni da quella monografia (2001), ho deciso di riprenderne i “materiali” per aggiornarli e soprattutto per rivederli largamente alla luce del settore di studio nel quale sono attualmente impegnato, attraverso una chiave di lettura che è quindi decisamente diversa: il risultato è un lavoro che definirei di sociolo-

gia del diritto e più precisamente di sociologia dei diritti umani. Non essendo questa la sede per tematizzare i rapporti tra la filosofia del diritto, terreno del mio primo studio, e la sociologia del diritto, ambito principale del presente lavoro¹, e sembrando ancora meno il caso di un'autoreferenziale illustrazione delle differenze tra i due scritti, in questa introduzione intenderei limitarmi a dire qualcosa, assai brevemente, oltre che sull'ambito disciplinare, sulle ragioni e sull'oggetto del presente lavoro.

Quanto all'ambito disciplinare, sembra opportuna una sola precisazione rispetto a quanto appena indicato: che si tratti di un lavoro di sociologia dei diritti umani, è possibile affermarlo nei limiti di validità di ogni distinzione di campo, perchè, per non fare che qualche esempio, la presa di cognizione dei diritti riproduttivi comporterà un richiamo al diritto internazionale (e transnazionale), mentre la tematizzazione del preteso diritto alla fecondazione artificiale avrà implicazioni di ordine socio-culturale e la stessa ricostruzione del pensiero femminista in tema di procreazione assistita ha come protagoniste per lo più sociologhe che non sono però sociologhe del diritto.

Per ciò che riguarda le ragioni di questo nuovo libro, rilevo anzitutto come, se una quindicina di anni fa, quando i "diritti riproduttivi" si erano da poco affacciati alla cronaca dei diritti umani, tale termine era sostanzialmente confinato al dibattito anglosassone, ora esso risulti abbastanza diffuso anche nell'ambito della letteratura scientifica italiana². Ma soprattutto, al di là del lessico, sembra potersi affermare che almeno alcuni dei diritti, e dei temi, riconducibili alla categoria dei diritti riproduttivi presentino un grado di attualità ancora maggiore rispetto a una decina di anni fa; penso, in particolare nel nostro Paese, alla fecondazione artificiale³, dal momento che la legge 40, che ha regolato la materia nel 2004, non solo è stata fatta oggetto di innumerevoli valutazioni e commenti, alcuni dei quali ospitati dalla rivista «Sociologia del diritto»⁴, ma ha poi anche prestato il fianco

¹ Per una breve ma interessante prospettazione dei rapporti tra le due discipline cfr. Andrini, 2010.

² Per non fare che due esempi di importanti studiosi italiani impegnati in materia bioetica, cfr. Palazzani, 2002, e d'Avack, 2009.

³ Va detto peraltro che alcuni autori sembrano continuare a identificare i diritti riproduttivi esclusivamente con quelli cd. negativi: si veda, ad esempio, da ultimo, Marques-Pereira, 2009.

⁴ Sarebbe troppo lungo e soprattutto superfluo rispetto ai limiti di questo lavoro riportare qui gli scritti monografici e non a commento della legge 40; mi limito a

a sentenze e pronunce di tale rilevanza da occupare le prime pagine dei principali quotidiani italiani⁵. È bene precisare subito, peraltro, che il presente lavoro non si occupa affatto non solo della appena citata legge n. 40/2004, ma neppure della fecondazione artificiale in sé o dell'aborto come aspetto pure "sensibile" dei cd. diritti riproduttivi negativi. Rispetto ad argomenti come questi il presente volume può, al limite, fare da (spero utile) sfondo: il primo e soprattutto il secondo capitolo contribuendo a inquadrare un tema, qual è quello dei diritti riproduttivi negativi, a carico del quale il dibattito è talvolta serato⁶, il terzo capitolo aiutando a comprendere meglio certe vicende e alcuni sviluppi, giurisprudenziali e non, in materia di procreazione medicalmente assistita.

Come si vede, abbiamo con ciò anticipato anche l'oggetto del lavoro. Più precisamente, nel primo capitolo, dopo una breve introduzione al concetto di diritti umani, cercherò di argomentare il carattere storico-sociologico di questi ultimi già a partire dalla considerazione di un tema, come quello del loro fondamento (filosofico), che pure sembrerebbe esprimere, in almeno una posizione teorica, un'esistenza, per così dire, a-storica dei diritti umani. È proprio collocandoli nell'ambito del complesso movimento di evoluzione storico-sociologica dei diritti umani che prenderò in sintetica considerazione i diritti bioeticamente rilevanti, convenzionalmente inquadrabili come diritti umani di ultima generazione, la quinta. In particolare, nel secondo capitolo, tematizzerò, tra questi, i cd. diritti riproduttivi (o "diritti alle scelte riproduttive") sia dal punto di vista della loro formazione attraverso conferenze e convenzioni internazionali che provando a delinearne una sorta di teoria generale che comprenda gli

segnalare alcuni articoli ospitati dalla rivista «Sociologia del diritto»: Pocar, 2004; Becchi, 2006; Riva, 2010.

⁵ Ricordo qui due soli casi che non posso peraltro che illustrare in termini oltremodo sintetici: 1) la recentissima (agosto 2012) sentenza con cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha bocciato la legge 40 per il fatto di non prevedere la possibilità, in favore di coppie fertili ma portatrici sane di malattie genetiche, di accedere alla diagnosi pre-impianto, che è invece sostanzialmente ammessa per le coppie sterili; 2) la sentenza della Corte di Strasburgo che aveva stabilito nel 2010, per la precisione a carico della legge austriaca che come quella italiana vieta la fecondazione cd. eterologa, l'inammissibilità di tale divieto in capo agli Stati, pena la violazione dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, salvo poi tornare sui suoi passi prevedendo la possibilità per ciascuno Stato di consentire o meno il ricorso a tale tipo di fecondazione artificiale.

⁶ Per una severa critica dei diritti riproduttivi, si veda, ad esempio, Roccella, Scaraffia, 2005.

elementi (i diritti) di cui essi appaiono costituiti. Certamente controverso è, tra questi, lo specifico diritto riproduttivo che approfondirò distintamente nel terzo capitolo, il diritto alla fecondazione artificiale, rispetto al quale illustrerò quelle che sembrano, fondamentalmente, le due possibilità, alternative e anzi irriducibili, di configurarlo: come diritto assoluto ovvero relativo. Mi soffermerò innanzitutto, in particolare attraverso la considerazione di alcune rilevanti prospettive teorico-culturali, sul significato di quel modo, che va diffondendosi, di intendere la fecondazione artificiale quale “nuova forma di riproduzione umana” in cui si sostanzia la configurazione del diritto a essa come diritto assoluto. Quindi, sottoporro a valutazione critica tale impostazione argomentando in favore della configurazione del diritto alla fecondazione artificiale come diritto relativo, vale a dire soggetto, da un lato, al (necessario) bilanciamento con gli altri diritti implicati nelle pratiche di fecondazione artificiale e in particolare quelli del nascituro, dall’altro, alla “limitazione” consistente nella previsione del carattere terapeutico della fecondazione artificiale.

Desidero ringraziare, anzitutto, il prof. Giuseppe Moro, i cui puntuali consigli e il cui appoggio anche morale sono (stati) per me fondamentali, e il prof. Andrea Bixio, cui soprattutto devo l’idea di rivedere in chiave sociologica il mio lavoro del 2001.

Dedico questo libro, ancora, a Libera, al piccolo Andrea e ai miei genitori Mario e Anna: tutti, ciascuno a suo modo, miei instancabili sostenitori.

1. I diritti umani come diritti storici. I diritti bioeticamente rilevanti

1.1. Introduzione

Obiettivo di questo primo capitolo è quello di evidenziare il carattere storico dei diritti umani e, quindi, di rilevare come nell'ambito del complesso movimento di evoluzione storica di tali diritti siano emersi, tra gli altri, quelli che possono essere definiti come i diritti bioeticamente rilevanti. Dapprima (par. 1.2.), introdurrò, assai brevemente, la nozione di diritti dell'uomo, soffermandomi su un problema riconducibile al dominio della filosofia del diritto, quello del loro fondamento: considererò però quest'ultimo in maniera, per così dire, strumentale, vale a dire al solo fine di sottolineare come anche la posizione filosofica che avverte con maggiore forza la necessità di una fondazione assoluta dei diritti dell'uomo non possa fare a meno di riconoscere la storicità di tali diritti. Successivamente (par. 1.3.), approfondirò, appunto, il carattere storico dei diritti umani in una prospettiva sociologico-giuridica, particolarmente attenta, cioè, al profilo della loro formazione e anche della loro classificazione. Come appena sopra anticipato, tra i diritti più recenti emergono (par. 1.4.) quelli bioeticamente rilevanti, che possiamo convenzionalmente inquadrare come diritti umani di quinta generazione, sebbene essi siano non sempre e non tutti ancora riconosciuti come tali. All'interno della categoria dei diritti bioeticamente rilevanti occupano un posto rilevante i diritti riproduttivi, che costituiranno, però, oggetto del secondo capitolo.

1.2. Sui diritti dell'uomo e sul problema del loro fondamento. Cenni

Non rientra evidentemente tra le finalità di queste pagine tracciare neppure le linee più generali di un tema, come è quello dei diritti umani¹, a carico del quale la letteratura non solo scientifica è ormai sterminata. Soprattutto negli ultimi decenni, da argomento quasi esclusivamente filosofico quello dei diritti umani è diventato terreno di una più larga riflessione culturale: oggetto, cioè, di altri ambiti specialistici, dalle scienze politiche a quelle giuridiche, oltre che di più o meno avvertiti dibattiti giornalistici; come è stato scritto, «su questa tematica si sono accumulate decine e forse centinaia di migliaia di pagine, riflessioni filosofiche e ricostruzioni storiche, esegesi giuridiche e sentenze giurisdizionali di ogni livello, *pamphlets* e libri bianchi, sino ai documenti nudi e crudi, ma altamente rivelatori, di associazioni come Amnesty International» [Ferrari, 1995, p. 137]. E la cosa non sorprende; i diritti umani rappresentano davvero una “rivoluzione culturale” [Cotta, 1990] non solo dalle molteplici dimensioni, ma anche ambivalente: da un lato, la dottrina dei diritti umani ha contribuito a trasformare il diritto internazionale² dando un rilevante impulso al rispetto della dignità di tutti gli esseri umani [cfr. Cassese, Gaeta, 2008, p. 138], dall'altro, i diritti umani sono ormai invocati in modo talvolta decisamente disinvolto, ad esempio nel ten-

¹ Nel corso di questo lavoro, userò preferibilmente il termine “diritti umani” anziché il termine “diritti fondamentali” perché, come è stato osservato [cfr. Palombella, 2000, p. 52], mentre il primo tende a designare i diritti (o i pretesi diritti) dell'uomo a prescindere da contesti specifici, il secondo è più precisamente riferibile ad ambiti particolari come gli ordinamenti giuridici positivi: quella di diritti fondamentali appare quindi come una nozione più squisitamente “giuridico-positiva”. Come ha scritto non troppo diversamente Paciotti [2010, p. 37], andrebbero chiamati “diritti fondamentali” «quelli definiti come tali da ordinamenti giuridici vigenti e dotati di effettività, come le costituzioni degli stati democratici occidentali» mentre andrebbero chiamati “diritti umani” quelli che «sulla base di dichiarazioni pattizie [...] spettano indistintamente a tutti gli esseri umani, indipendentemente dalla loro effettività». Per la verità, va anche detto che le due locuzioni sono spesso usate (e io stesso talvolta le utilizzerò) in modo indifferenziato, soprattutto quando con l'espressione “diritti fondamentali” si fa riferimento a diritti dell'uomo: si deve infatti considerare, al riguardo, che tra i diritti fondamentali si è soliti ricomprendere anche diritti non attribuibili all'uomo, come nel caso dei diritti degli animali e della natura.

² In estrema sintesi, grazie alla dottrina dei diritti umani si è passati dal diritto internazionale tradizionale, che regolava solo rapporti tra Stati, a un diritto internazionale, come quello odierno, in cui anche gli individui hanno e fanno la loro parte [cfr. Conforti, 2010 e Cassese, Gaeta, 2008, pp. 137-171].

tativo di giustificare con la forza emotiva e retorica che è loro propria [cfr. Scarpelli, 1992, p. 40, cit. in Borsellino 2009, p. 70] pretese che una più approfondita analisi rivela non trasformabili in diritto [cfr. Lecaldano, 2002a, p. 86] ovvero nella giustificazione di guerre così come di interventi umanitari [cfr. Pitch, 2004, p. 1]. Insomma, oggi più che mai, come ebbe a dire parecchi anni fa Norberto Bobbio, filosofo del diritto e della politica che anche rispetto a questo tema ha fornito insuperati contributi, quella che viviamo appare come l'«età dei diritti» [cfr. Bobbio, 1990a]. La diffusione della cultura e del linguaggio dei diritti e la stessa “inflazione” dei diritti costituiscono, peraltro, un fenomeno non privo di implicazioni problematiche dal punto di vista della loro stessa individuazione e definizione, della determinazione dei loro contenuti, della loro attuazione, del bilanciamento e così via [cfr. Facchi, 2007, p. 2]. Al punto che tra le molte riflessioni in tema di diritti dell'uomo particolare risalto hanno avuto negli ultimi anni quelle dirette a fronteggiare una tale inflazione, che sarebbe di ordine non solo quantitativo (la eccessiva proliferazione dei diritti), bensì anche, per così dire, qualitativo (la inutile e fastidiosa retorica dei diritti). È il caso del pensiero di Michael Ignatieff, il cui “minimalismo” è, come è noto, significativamente orientato a criticare ogni retorica dell'enunciazione e del richiamo al rispetto dei diritti umani attraverso la drastica riduzione del numero di tali diritti, da lui sostanzialmente ridotti ai soli diritti di libertà (negativa) [cfr. Ignatieff, 2003].

Fuoriuscirebbe dal presente lavoro ogni approfondimento relativo non solo al dibattito che è scaturito dal pensiero di Ignatieff³, ma più in generale alla storia⁴ ovvero alla nozione di diritti umani, intendendo per quest'ultima sostanzialmente la questione della *natura* di tali diritti [cfr. Matteucci, 1990, p. 304]: penso, in particolare, alla tradizionale contrapposizione tra la teoria “giusnaturalistica”, secondo cui

³ Mi limito qui a segnalare, oltre a Zolo, 2003 e Veca, 2003, che corredano il libro *Una ragionevole apologia dei diritti umani* di Ignatieff, alcuni articoli pubblicati su una rivista tradizionalmente assai sensibile al tema dei diritti dell'uomo qual è «Ragion Pratica»: tra questi, Mazzaresse, 2006 e l'intera parte monografica del numero 31 del dicembre 2008 con interventi, tra gli altri, di Facchi e Baccelli.

⁴ Per un'agile introduzione alla storia dei diritti umani, si veda Facchi, 2007; è già “classica” e come tale imprescindibile l'opera di Gregorio Peces-Barba *Teoria dei diritti fondamentali* (1993); da un punto di vista più squisitamente internazionale, altrettanto noto è il volume di Antonio Cassese *I diritti umani oggi* [2005]; per una storia dei diritti umani, per così dire, prima dei diritti umani, cfr. il recentissimo Godart, 2012.

i diritti umani sono naturali, spettanti all'uomo in quanto uomo, e quindi tali per cui lo Stato non può che semplicemente riconoscerli (e non crearli), da un lato, e la teoria "positivistica", secondo cui essi costituiscono diritti soggettivi concessi agli individui dallo Stato nella sua autonoma sovranità, dall'altro. Si tratta di una questione fondamentalmente gius-filosofica, rispetto alla quale mi limito a ricordare come Gregorio Peces-Barba [cfr. 1993, p. 25 ss.], uno dei maggiori studiosi contemporanei di diritti umani, abbia convincentemente argomentato il carattere riduzionistico che le due posizioni rischiano di assumere: nel momento in cui si assolutizza rispettivamente la dimensione etica ovvero la dimensione (positivo-)giuridica dei diritti umani si finisce con l'escludere indebitamente l'altra.

Ciò che qui, preliminarmente, intendo proporre è solo una sintetica definizione dei diritti umani: per Antonio Papisca sono tali i diritti che hanno a oggetto «quei *bisogni essenziali della persona*, che devono essere soddisfatti perchè la persona possa realizzarsi dignitosamente nella integralità delle sue componenti materiali e spirituali» [1993, p. 190]. Nella successiva articolazione di tale definizione di Papisca prende corpo una posizione giusnaturalistica; ma a carico di quella parte di definizione appena sopra riportata credo possa registrarsi un accordo diffuso e sostanzialmente indipendente dall'adesione alla teoria giusnaturalistica ovvero alla teoria positivista: la locuzione "diritti umani" designa nè più nè meno che diritti del tutto fondamentali per l'uomo, sia che li si consideri come appartenenti all'uomo in quanto tale sia che si ritenga che essi siano concessi dallo Stato.

Certo, si tratta di una definizione estremamente generica e astratta. Ora, se alla *teoria generale del diritto* spetta il compito di delineare una più precisa nozione formale del concetto di diritti umani⁵, la *sociologia del diritto* può, per così dire, riempire quella generica e astratta definizione da un altro punto di vista: provando a rispondere alla domanda consistente nel chiedersi, da un lato, quali siano i diritti effettivamente riconosciuti, e possibilmente garantiti, come diritti umani [cfr. Pannarale, 2002, p. 14], dall'altro, quali siano le pretese che hanno aspirato, e aspirano, a un tale riconoscimento; sotto questo secondo profilo, alla sociologia del diritto sembra toccare, più precisamente, il duplice compito della «rilevazione e [della] elaborazione

⁵ Si veda, al riguardo, l'importante lavoro svolto da Luigi Ferrajoli (in part. 2001).

critica di quei diritti ancora *in fieri* nel costume sociale e non ancora incardinati e sanciti nelle leggi» [Frosini, 1995, p. 56] E proprio quest'ultima indicazione di Vittorio Frosini, giurista che negli ultimi anni di una importante carriera si era occupato di nuove tecnologie e diritti umani, costituirà, per così dire, la bussola metodologica delle pagine che seguono: in questo primo capitolo e nel secondo, *rileverò*, nell'ambito del complesso movimento di evoluzione storica dei diritti umani, l'esistenza dei diritti bioeticamente rilevanti e, in particolare, dei diritti riproduttivi, e di questi ultimi delinearò la storia e una teoria generale per come essi si sono affermati a livello di documenti e dichiarazioni internazionali; nel terzo capitolo, soffermandomi su uno specifico preteso diritto riproduttivo, quello alla fecondazione artificiale, che non è, invece, oggetto di un esplicito riconoscimento come diritto umano, lo *valuterò* anche *criticamente* dopo averne rilevato le possibili configurazioni.

Dapprima, vorrei però brevemente indugiare sulla questione forse più dibattuta nell'ambito della *filosofia del diritto*, che in materia di diritti umani ha una tradizione decisamente più robusta: il problema del fondamento dei diritti dell'uomo⁶. Lo farò, peraltro, con un'unica, precisa e strumentale finalità: quella di evidenziare come sia non solo possibile, ma anzi necessario riconoscere il carattere storico dei diritti umani anche se ci si muove all'interno della posizione filosofica che con maggiore forza avverte la necessità, teoretica e pratica, di una fondazione assoluta dei diritti umani. Non è evidentemente questo il luogo per ricostruire le principali teorie relative al fondamento dei diritti dell'uomo. Mi limito a ricordare, con Francesco Viola [1989, p. 61], che di tali diritti si occupa da tempo, che agli estremi opposti di queste teorie⁷ si collocano la "teoria scettica" e la

⁶ Sull'opportunità di non accantonare il problema del fondamento filosofico dei diritti dell'uomo, cfr., da ultimo, Schiavello, 2010; sul carattere tipicamente filosofico della fondazione dei diritti umani, si veda Agazzi, 1986.

⁷ Oltre alla teoria scettica e alla teoria ontologica, delle quali si dirà brevemente nel testo, Viola [cfr. 1989] ricorda, tra le altre: la teoria intuizionista, secondo cui il fondamento dei diritti dell'uomo risiede nell'autoevidenza posseduta dalla titolarità da parte degli uomini di alcuni diritti; la teoria istituzionalista, che individua negli accordi pratici (le Dichiarazioni dei diritti, ad es.) e nella prassi corrispondente il fondamento dei diritti umani; la teoria degli interessi, per la quale il loro fondamento sta negli stessi interessi e bisogni degli uomini, che pretendono naturalmente soddisfazione; la teoria utilitaristica, che fonda i diritti umani sulla loro "utilità", cioè sul fatto che essi producano più di altri diritti la massimizzazione della felicità o del benessere collettivo.

“teoria ontologica”. Secondo la teoria scettica, con le parole di Norberto Bobbio, che ne è stato uno dei suoi principali esponenti⁸, è, prima ancora che inutile, impossibile rinvenire un fondamento (assoluto) dei diritti umani; è inutile perchè «il problema di fondo relativo ai diritti dell'uomo è [...] non tanto quello di *giustificarli*, quanto quello di *proteggerli*» [Bobbio, 1990e, p. 16]; è impossibile per molte ragioni, tra cui quella per cui «non si vede come si possa dare un fondamento assoluto di diritti storicamente relativi» [ibidem, p. 10]⁹. Come si vede, a una teoria come quella scettica di Bobbio si accompagna quasi indissolubilmente l'affermazione del carattere storico dei diritti umani: come è possibile trovare un unico e assoluto fondamento di diritti che costituiscono una classe, oltre che di difficile definizione, variabile ed eterogenea?

Ben diversamente, secondo la teoria ontologica una fondazione forte o assoluta dei diritti dell'uomo appare del tutto necessaria, perchè, come scriveva Sergio Cotta, uno dei suoi maggiori sostenitori (e forse il più importante filosofo del diritto italiano giusnaturalista del secolo scorso), «se è controverso il fondamento dei diritti, è inevitabile che, prima o poi, essi risultino controvertibili anche sul piano pratico» [Cotta, 1982, p. 647]. A una prima considerazione, la teoria ontologica sembrerebbe non poter che affermare una sostanziale “a-storicità” dei diritti umani; in generale, essa sostiene infatti che «le persone hanno diritti perchè hanno un valore e una dignità intrinseca o sono fini in sè» [Viola, 1989, p. 61]; più in particolare, Cotta scrive che la questione del fondamento dei diritti umani è «ineliminabile e [...] richiede il riferimento alla struttura ontologica dell'uomo (la *sua* natura) e la riscoperta del rapporto che con essa ha il fenomeno giuridico. Solo in tal caso è possibile sottrarre i diritti fondamentali alla contingenza della storia e della prassi di potenza» [Cotta, 1982, p. 653]: insomma, «la struttura naturale dell'uomo è il fondamento della sua esistenza e quindi dei suoi diritti» [Cotta, 1995, p. 48].

⁸ Altre importanti teorie scettiche in ordine a una fondazione assoluta dei diritti dell'uomo sono quelle di Perelman, 1973, e di Rorty, 1994.

⁹ Per Bobbio, il problema del fondamento dei diritti umani è stato in realtà superato con la redazione della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948; certo si tratta di un fondamento non assoluto, bensì storico, ma si tratta dell'unico fondamento possibile, anzi «fattualmente provato»: la Dichiarazione «può essere accolta come la più grande prova storica, che sia stata mai data, del “consensus omnium gentium” circa un determinato sistema di valori» [Bobbio, 1990d, p. 20].

Ora, ciò che qui intenderei unicamente osservare è che una teoria ontologica del fondamento dei diritti umani *staticamente* intesa non può che andare incontro a gravi limiti di incompletezza e insufficienza: come scrive Viola, sostenere che «dalla persona [o “dalla struttura naturale dell'uomo”] scaturiscono diritti non significa ancora [infatti] conoscere quali questi diritti siano o debbano essere. [...] La “dignità umana” può essere un contenitore pieno delle cose più eterogenee. [...] La tesi ontologica [...] deve fare i conti con il carattere storico e culturale dei diritti umani, deve misurarsi con i mutamenti della coscienza etica» [Viola, 1989, pp. 61-62]. Solo *dinamicamente* intesa, la teoria ontologica sembra quindi poter fondare i diritti umani: appare necessaria, in altre parole, una costante interpretazione della natura umana che, cogliendone le caratteristiche essenziali, ne ricavi anche i diritti «[tenendo] conto delle differenti strutture storiche e etiche nelle quali la natura [stessa] si sviluppa» [Mathieu, 1989, pp. 174-175]; come scrive più precisamente al riguardo Vittorio Mathieu, «ogni interpretazione – inclusa l'interpretazione dei diritti umani – è in qualche modo soggettiva per quella parte in cui coinvolge la personalità dell'interprete. Ma ciò non significa che sia semplicemente relativa alle propensioni personali. Sarebbe più corretto descrivere l'interprete come lo strumento attraverso il quale emerge la verità obiettiva: la verità è qualcosa che non può essere manifestata se non attraverso la voce dell'interprete. [...] Lo spirito di tale interpretazione varia in relazione ai tempi e ai luoghi ed è questo, insieme ad altre circostanze, che spiega le differenze nelle varie interpretazioni dei diritti umani – per esempio, tra Aristotele (“certi uomini sono destinati soltanto ad obbedire”) e la nostra società. [...] Incombe [...] su di noi il compito di soppesare ogni interpretazione e di considerare se rispecchia o meno le esigenze della natura umana in una determinata situazione. [...] L'interpretazione dei diritti umani [...] non è semplicemente un problema di interpretazione di norme già esistenti, ma piuttosto di *ricerca* di norme, all'interno di una situazione non ancora in se stessa normativa» [ibidem, p. 175-176].

Ogni approfondimento di questo discorso sarebbe di ordine squisitamente filosofico¹⁰; ma sembra chiaro, e solo ciò interessava qui evidenziare, che anche la teoria ontologica del fondamento dei diritti umani, che pure si basa sull'immutabilità della natura umana, sem-

¹⁰ Per un chiaro inquadramento, cfr. Compagnoni, 1995, pp. 189-220.

bra, per così dire, costretta ad aprire a un'interpretazione di quest'ultima legata alla realtà storica, etica e culturale nella quale essa è calata e quindi, in buona sostanza, a riconoscere la *storicità* delle istanze inferibili dalla stessa natura umana: insomma, «i diritti dell'uomo non sono circoscrivibili in modo definitivo, ma aperti a sempre nuove acquisizioni, perchè infinite sono le forme e le manifestazioni della persona umana a contatto con la storia» [Viola, 1997, p. 304]¹¹.

1.3. Il carattere storico dei diritti dell'uomo come oggetto della sociologia dei diritti umani

Se da una prospettiva (gius-)filosofica dei diritti dell'uomo passiamo a una loro considerazione sociologica, il rilevamento del loro carattere storico diventa un tema assolutamente centrale: un'analisi sociologica (della formazione) dei diritti dell'uomo e l'analisi storica degli stessi finiscono, anzi, quasi col confondersi tra loro [cfr. Ferrari, 1995, p. 143, nota 14]. Per la verità, deve preliminarmente osservarsi che il problema dei diritti umani, a lungo indagato dalla filosofia del diritto e poi, a seguito dei processi di positivizzazione e di internazionalizzazione, su cui ci soffermeremo brevemente, anche dai giuristi positivi (internazionalisti, costituzionalisti, penalisti e così via), fu largamente trascurato dalla sociologia del diritto, a cominciare dai suoi stessi fondatori Ehrlich, Weber e Gurvitch, i quali non lo considerarono mai un tema specifico della disciplina anche quando di tali diritti si occuparono. Lo notava parecchi anni fa Renato Treves [cfr. 1989], il fondatore della sociologia del diritto italiana¹², il quale per spiegare questo sostanziale disinteresse considerava determinanti due ragioni: 1) i diritti umani sono un prodotto dell'illuminismo set-

¹¹ Come scrive ancora Viola, «la storia dell'evoluzione dei diritti dell'uomo mostra che la stessa concezione dell'uomo sottostante è storica, cioè si evolve e si sviluppa. L'affermazione di certi diritti prima a livello culturale e poi attraverso il loro riconoscimento giuridico internazionale è [...] il segno di uno sviluppo nell'auto-comprensione dell'uomo» [1995, p. 245].

¹² La sua opera *Sociologia del diritto* [1987] rimane un testo introduttivo alla disciplina ancora insuperato, oltre che il più completo, tra quelli in lingua italiana: così afferma Guido Maggioni, cui si rinvia [cfr. 2008, pp. 3-30] per una biografia intellettuale di Treves.

tecentesco¹³, mentre la sociologia e la sociologia del diritto nascono dal positivismo ottocentesco, periodo nel quale «non per nulla [...] Comte, e non soltanto Comte, hanno opposto, come è noto, all'affermazione dei diritti quella di doveri» [ibidem, p. 8]; 2) la sociologia è stata tradizionalmente attratta dal diritto oggettivo, che riflette l'immagine della società, piuttosto che dal diritto soggettivo che si riferisce invece all'individuo, il quale è stato considerato per lungo tempo estraneo alle sue proprie competenze. A queste ragioni si può probabilmente aggiungere quella della dimensione internazionalistica dei diritti umani: il diritto internazionale «è in se stesso talmente “fattuale” da trasformare i suoi cultori, volenti o nolenti, in sociologi del diritto *ad honorem*. Nessun campo del diritto dimostra con tanta evidenza come il diritto nasca dall'azione sociale e si risolva nell'azione sociale. In breve, non si può essere internazionalisti senza misurarsi con i fatti, i fenomeni, la loro classificazione. Ciò forse induce i sociologi del diritto a ritrarsi da un terreno in cui i giuristi operano, in certa misura, con le loro stesse armi» [Ferrari, 1995, p. 139].

Ora, non interessa qui approfondire come in particolare negli anni ottanta del secolo scorso i diritti umani siano stati fatti oggetto di studio specifico della sociologia del diritto attraverso autori come William M. Evan, Vilhelm Aubert, Adam Podgórecki, lo stesso Treves e Vincenzo Ferrari¹⁴, e anche Niklas Luhmann¹⁵, quanto evidenziare quali siano diventati gli argomenti più importanti della nascente *sociologia dei diritti umani*. Anzitutto, sembra il caso di ricordare le parole di Bobbio, il quale in un breve ma fondamentale studio sui rapporti tra diritti dell'uomo, società e sociologia [cfr. Bobbio, 1989], dopo aver evidenziato come i diritti dell'uomo siano un fe-

¹³ Non è certo questo il luogo per affrontare il tema delle premesse culturali dei diritti dell'uomo; sulla loro radice cristiano-illuministica, cfr., brevemente, Cattaneo, 2002.

¹⁴ Al riguardo, si veda, brevemente, Ferrari, 1995, pp. 139-141.

¹⁵ Si veda, in part., il suo *I diritti fondamentali come istituzione* [2002], in cui, come è stato osservato [cfr. Palombella, Pannarale, 2002], il sociologo tedesco configura i diritti umani come *istituzioni* sociali che si affermano in alcune fasi e non in altre dell'evoluzione (storica e) sociale, facendo fronte a precise e contingenti esigenze: «i diritti sono dunque istituzioni perché si originano nell'“ambiente” dei sistemi sociali, cioè sono materiale vivo [...] non sono una questione di equilibri giuridici, una “forma pura” [...] [L']ipotesi principale della ricerca di Luhmann è che i diritti fondamentali si siano affermati nelle società caratterizzate da un elevato livello di complessità e, conseguentemente, da una differenziazione di tipo funzionale» [ibidem, pp. 12-13].