

**PROF. ADELMO MANNA (Professore Ordinario di diritto penale - Università di Foggia)**

***Il divieto di fecondazione medicalmente assistita di carattere eterologo ed il c.d. "paternalismo penale"***

L'Autore intende affrontare nell'ambito della legge 40, il divieto di fecondazione medicalmente assistita di carattere eterologo ed in primo luogo domandarsi quale bene giuridico tale divieto intenda proteggere.

In argomento è necessario rilevare come nell'ambito della fecondazione medicalmente assistita quella di carattere eterologo riguarda, come noto, la fecondazione di una donna sterile attraverso il seme di un uomo estraneo alla coppia e che, una volta donato il seme, deve restare rigorosamente anonimo.

Il figlio che nascerà da tale tipo di fecondazione, pertanto, possiede comunque due figure genitoriali di sesso diverso, cioè a dire la madre gestante ed il marito o compagno di lei, pur se non costituisce il padre naturale del bambino che, lo si ribadisce, deve restare anonimo.

Fatte queste doverose premesse ne consegue come non possa dirsi leso il bene giuridico in genere sotteso a tali tipi di fecondazione artificiale, che è costituito dal diritto del concepito di nascere in un nucleo familiare composto da due genitori di sesso diverso.

Si ritiene infatti, in particolare dalle scienze medico-psico-pedagogiche, che il miglior metodo per educare un bambino è quello offerto per l'appunto dalla presenza di due genitori di sesso diverso.

Se dunque ciò corrisponde anche a precisi e fondati convincimenti scientifici ne consegue che il divieto di fecondazione medicalmente assistita di carattere eterologo non risulta lesiva di alcun bene giuridico, nei confronti del concepito, proprio per le ragioni dianzi indicate, che infatti non possono estendersi ad altri casi, quali quelli della fecondazione medicalmente assistita di donna sola, oppure di donna con il seme con il merito morto oppure ancora di coppie omosessuali, ove invece la lesione di tale bene giuridico necessita semmai il rinvenimento di altre ragioni giustificanti o scusanti.

Se quindi la fecondazione medicalmente assistita di carattere eterologo non lede alcun bene giuridico del concepito, ne consegue che il relativo divieto comporta l'inserimento inevitabile della problematica nell'ambito del c.d. "paternalismo penale", nel senso cioè, per dirla con Feinberg, la condotta in questione non appare integrare un "danno ad altri", perché altrimenti per assurdo bisognerebbe vietare anche l'adozione, ove infatti i genitori adottivi sono diversi da quelli naturali che devono restare nell'anonimato.

Da ciò se ne può pienamente ricavare come il divieto in oggetto, che non si può nemmeno sostenere possa provocare "offesa" nel senso del disgusto o del disprezzo o della molestia ad altri, sempre seguendo il pensiero di Feinberg e la correlativa legittimazione del diritto penale, è espressione esclusivamente di una determinata convinzione etico-religiosa, che conduce però inevitabilmente ad una concezione del diritto penale subordinata alla morale e quindi ad un diritto penale o comunque ad un diritto punitivo non certo di stampo laico, bensì ancora di tipo confessionale.

La riprova di quanto sin qui sostenuto la ricaviamo anche da un seppur sintetico sguardo comparatistico dal quale possiamo ricavare come fra i Paesi europei vi è soltanto l'Italia a reprimere la fecondazione medicalmente assistita di carattere eterologo, per cui il relativo divieto assume inevitabilmente anche una funzione paradossalmente di carattere "criminogeno", nel senso di favorire, ovviamente soltanto per coloro che hanno i mezzi economici necessari, una sorta di turismo oltre confine per potersi recare in quei Paesi ove tale tipo di fecondazione non è proibita e dove dunque si può in tal modo curare la sterilità e consentire alla coppia quindi di ottenere lecitamente ciò che più desiderano, cioè un figlio.

Sotto questo profilo ci sembra pertanto di poter concludere anche nel senso che il divieto in oggetto non solo è espressione del c.d. paternalismo penale ma conseguentemente appare anche in netto contrasto con il principio di laicità che non costituisce un mero carattere bensì, almeno a nostro avviso, un principio costituzionale immediatamente giustiziabile, perché ricavabile in particolare dagli articoli 19 e 21 della Carta costituzionale.

L'art. 19, infatti, riguarda la libertà di religione e l'art. 21 la libertà di manifestazione del pensiero, le quali insieme danno luogo e fondano il principio di laicità, nel senso che il diritto in generale ed il diritto penale in specie, almeno a partire dall'Illuminismo devono nettamente distinguersi sia dalla morale che dalla religione e devono possedere come referente principale, seppur non esclusivo, proprio la Carta costituzionale, per dirla con un grande giurista cattolico del calibro di Federico Stella, mentre abbiamo la netta sensazione che la legge 40 in generale ed in particolare il divieto di fecondazione medicalmente assistita, oggetto delle nostre indagini, siano il frutto di precise scelte etico religiose anziché essere guidata dai principi costituzionali e dai principi sovranazionali.