

Biodiritto e innovazioni tecnico scientifiche. Una riflessione nella prospettiva di genere

Elettra Stradella

Professoressa associata di Diritto pubblico comparato, Università di Pisa. Titolare Jean Monnet Chair EUWONDER (European Women's Law and Gender).

Mail: elettra.stradella@unipi.it.

1. Un biodiritto di genere

Diversi sono gli ambiti in cui la tecnica incide sui corpi, e la sua evoluzione rapida è in grado di trasformare le dimensioni stesse della vita, della morte, della salute. In questa relazione tra tecnica e corporeità le sfide poste oggi al biodiritto sono molteplici, e sarebbe impossibile affrontarle tutte nelle brevi riflessioni che seguiranno. Per questa ragione si è scelto di concentrare lo sguardo sulla dimensione che la relazione tra tecnica e corporeità assume nella prospettiva di genere, ritenendo che essa getti una luce particolare sul biodiritto, tanto da configurare oggi un vero e proprio *biodiritto di genere*.

Da questo punto di vista la rilevanza attiene certamente almeno due momenti: quello della riproduzione, articolato in termini di assistenza alla riproduzione e di interruzione volontaria del processo riproduttivo, e quello della auto ed eterodeterminazione del complesso sesso-genere.

2. La relazione tra tecnica e corporeità: il momento della riproduzione

Per quanto riguarda il primo profilo del momento riproduttivo, l'assistenza alla riproduzione realizzata attraverso gli strumenti

scientifico-tecnologici trasforma la maternità dall'interno (a) e dall'esterno (b).

(a) Essa potenzialmente rivoluziona il legame inscindibile tra corpo della donna e riproduzione, se si guarda alla prospettiva, non immediata ma configurabile, dell'utero artificiale, com'è noto teorizzata già dalla femminista radicale Firestone quale definitiva liberazione della donna dalla schiavitù riproduttiva, ma, specularmente, anche in quella presente e reale della *surrogacy*, dove il corpo femminile viene reificato fino a diventare contenitore utilizzato e diretto da uomini, e da altre donne, per la realizzazione di una maternità extra-corporea.

Le tecnologie riproduttive sono tema centrale del femminismo, già a partire dalla metà del secolo scorso, basti pensare a *Il Secondo Sesso* di Simone de Beauvoir, dove, in un momento nel quale ancora le tecnologie non operavano sui corpi delle donne con finalità riproduttive, la filosofa individua nella fecondazione assistita lo strumento capace di permettere all'umanità «di dominare la funzione riproduttrice», consentendo alle donne di «ridurre il numero delle gravidanze, integrarle razionalmente nella propria vita, invece di esserne schiava», e di conquistare il dominio sul suo corpo¹.

Come ricordato, Firestone guarda ancora oltre, invocando l'utilizzo di tecniche riproduttive, quali l'ectogenesi, per salvare le donne dal feroce e ineluttabile destino di dover portare a termine una gravidanza, perché *pregnancy is barbaric*, e barbara è la vicenda del parto². Pur nella consapevolezza del ruolo che le tecnologie svolgono nella riproduzione del potere patriarcale, e dunque nelle dinamiche oppressive, la neutralità della tecnologia dal punto di vista morale viene individuata come base per lo sviluppo di rivendicazioni politiche che abbiano ad oggetto il suo

¹ S. DE BEAUVOIR, *Il secondo sesso*, Milano, 1961.

² S. FIRESTONE, *The Dialectic of Sex: The Case for a Feminist Revolution*, New York, 1970.

utilizzo in funzione di una liberazione delle donne dall'oppressione del modello di famiglia costruito intorno alla differenza biologica tra i sessi, e, dunque, finalizzato ad una decostruzione e redistribuzione dei ruoli di genere all'interno della società.

Ma, nell'ambito del ben noto pluralismo dei femminismi, non mancano alcune posizioni particolarmente critiche delle implicazioni derivanti dall'utilizzo delle tecnologie riproduttive, utili ad inquadrare le sfide che queste oggi pongono al biodiritto nella prospettiva di genere.

Si pensi alla posizione di chi sostiene che tali tecnologie e il loro utilizzo rappresentino una forma contemporanea di sfruttamento patriarcale del corpo delle donne, che agirebbe anche sul piano simbolico, in quanto la progettazione di tecnologie in grado di aumentare la capacità riproduttive delle donne consentirebbe agli uomini, il cui controllo sullo sviluppo scientifico e sulla innovazione tecnologica resta preponderante se non esclusivo, di alterare in loro favore le condizioni e i processi biologici che guidano la riproduzione stessa³, portando alle estreme conseguenze un processo di controllo maschile sul potere riproduttivo femminile che ha profonde radici storiche, in particolare nel contratto sessuale che il matrimonio rappresenta⁴, e il cui collegamento con la procreazione artificiale bene si evince, proprio dal punto di vista giuridico, in quegli ordinamenti che escludono le donne single e le donne lesbiche dall'accesso alla fecondazione assistita.

³ G. COREA, *The Mother Machine*, New York, 1985, su cui riflette: A. DI MARTINO, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive: autodeterminazione, salute, dignità*, Milano, 2020. S. FRANKLIN, M. MCNEIL, *Reproductive Futures: Recent Literature and Current Feminist Debates on Reproductive Technologies (a Review Essay)*, in *Feminist Studies*, 14, 3, 1988, 545-560.

Attualmente la questione più complessa che il biodiritto è chiamato ad affrontare è quella della surrogazione di maternità, diversa dalle altre pratiche riproduttive artificiali in quanto portatrice di una sorta di estensione alla capacità naturale umana di riproduzione, «eterointegrazione dell'insufficienza biologica»⁵, ma anche intrinsecamente critica per la sovrapposizione che essa sembra generare tra bene materiale e persona, come sottolineato nel noto manifesto promosso in Francia nel 2015 su *Libération* dalla filosofa Agacinski.

In Italia, com'è noto, il legislatore ha vietato la maternità surrogata attraverso lo strumento del diritto penale, sanzionandola attraverso l'art. 12, c. 6 della l. n. 40/2004, indipendentemente dal fatto che essa si fondi su uno scambio economico oppure su moventi solidaristici, e la stessa Corte costituzionale, in particolare nella sentenza n. 33/2021, ha confermato il divieto mettendo in rilievo come questo si fondi sulla tutela della dignità della donna e sulla necessità di prevenire i rischi di sfruttamento in particolare di quelle donne le cui condizioni sociali ed economiche determinano uno stato di vulnerabilità⁶. La prospettiva intersezionale avrebbe consentito di inquadrare il fenomeno in realtà anche a prescindere dal riferimento alla dignità, di cui è conosciuta, proprio nella riflessione biogiuridica, l'ambivalenza e il connesso pericolo di oggettivizzazione paternalistica di cui è portatrice, nonché a prescindere, almeno in parte, dal tema, che è stato poi centrale nella giurisprudenza

⁴ C. PATEMAN, *The Sexual Contract*, Oxford, 1988; R. ROWLAND, *Living Laboratories: Women and Reproductive Technology*, Bloomington, 1992.

⁵ A.B. FARAONI, *La maternità surrogata: la natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Milano, 2002.

⁶ Si veda, in questa Rivista, S. CECCHINI, *Il divieto di maternità surrogata osservato da una prospettiva costituzionale*.

costituzionale, relativo al *best interest of the child* nei suoi rapporti con la coppia che abbia avviato il processo gestazionale in un Paese nel quale la gestazione per altri è lecita, e se ne sia poi presa cura dopo la nascita. Sappiamo che proprio la sentenza n. 33 ha ritenuto i legami del bambino parte integrante della sua identità, indipendentemente dalle caratteristiche della coppia e dal percorso che lo ha condotto a venire al mondo, così come ineludibili sono stati ritenuti i doveri derivanti dall'esercizio della responsabilità genitoriale, d'altra parte la Corte ha posto gli interessi dei bambini in bilanciamento con la legittima finalità dell'ordinamento di introdurre degli strumenti di deterrenza al fine di fornire di dare effettività e concretezza al divieto previsto dalla legge. Le novità relative alle trasformazioni, indicate dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 79/2022, rispetto all'istituto dell'adozione in casi particolari, e la rimozione degli elementi di discriminatorietà dello strumento gravanti sulla condizione personale e giuridica dei bambini coinvolti, in attesa di un intervento sistematico e risolutivo del legislatore, consentono peraltro di spostare la riflessione alla quale il biodiritto è chiamato dal tema pressante della tutela dell'interesse dei minori al riconoscimento della relazione giuridica con il genitore "intenzionale", centrale peraltro nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, all'effettiva qualificazione della surrogazione in una prospettiva di genere attenta a tutti i diritti fondamentali coinvolti⁷, consapevole della necessità di leggere

i diritti delle donne in chiave intersezionale, ma anche capace di aprirsi a differenziazioni ed articolazioni sul piano etico che potrebbero richiedere nuovi dispositivi su quello giuridico – si pensi alla citata questione della surrogazione solidaristica –, poco compatibili con il ricorso indiscriminato al diritto penale, pure invocato, secondo un'attitudine opportunamente definita panpenalistica, da quelle proposte di legge che negli ultimi anni hanno tentato di estendere l'applicazione della legge penale italiana al reato di surrogazione di maternità commesso all'estero, al di là dell'esistente disciplina in materia di reati commessi all'estero⁸

La riproduzione realizzata attraverso la tecnologia trasforma la dimensione corporea della maternità anche dall'esterno (**b**), aprendo la dimensione della genitorialità oltre il legame biologico, e mettendo ulteriormente in discussione l'eteronormatività. Infatti, il fatto stesso che la procreazione artificiale consenta l'omogenitorialità, la rende incarnazione della possibilità di una diversità radicale nella costruzione dei modelli familiari, e motore potenziale di un profondo cambiamento sociale prima⁹ e giuridico poi, nella direzione del progressivo superamento, a tutti gli effetti, del fondamento eterosessuale della famiglia. Sappiamo bene che nel nostro ordinamento non è consentito l'accesso alla procreazione medicalmente assistita alle coppie omosessuali, sulla scorta di valutazioni che si richiamano anche significativamente all'*idem sentire*, e dunque all'idea che il diritto debba tenere conto del

⁷ G. FERRANDO, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?*, in *Questione Giustizia*, 7 giugno 2022.

⁸ M. PELLISSERO, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale. Osservazioni sulle proposte di legge n. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni)*, Camera dei deputati, in *Sistema penale*, 29 giugno 2021; proposte dello stesso tenore sono state peraltro ripresentate nell'attuale legislatura, ci si riferisce

in particolare a A.C. 887, presentato dall'on. Varchi (Fdl), attualmente in esame in Commissione Giustizia.

⁹ C. BERTONE, *Il fascino discreto delle famiglie omogenitoriali: dilemmi e responsabilità della ricerca*, in *Rivista sulle trasformazioni sociali*, 9, 1, 2015, e C. BERTONE, *Spazi locali per le politiche antidiscriminatorie LGBT+: opportunità e limiti del contesto presente*, in E. Stradella, *Le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere*, Pisa, 2019.

socialmente possibile e dell'auspicabile: la sentenza n. 221/2019 ha dichiarato non fondate le questioni relative alla limitazione dell'accesso alle tecniche di PMA alle coppie formate da persone di sesso diverso, non ritenendo tale scelta ingiustificata o irrazionale soprattutto in quanto assunta anche in relazione al grado di accettazione sociale, presente al momento dell'approvazione della legge n. 40/2004, del fenomeno dell'omogenitorialità. Nella sentenza n. 230/2020 ha ribadito che non esiste un diritto costituzionalmente riconosciuto all'omogenitorialità, e dunque spetta semmai al legislatore disciplinare il fenomeno enunciando e garantendo i relativi diritti. D'altra parte, l'esistenza stessa dell'opportunità, per quanto astratta o giuridicamente preclusa, la possibilità tecnologica che si fa posizione soggettiva, alterano il confronto teorico, il dibattito politico e dottrinale, e incidono inevitabilmente sul quadro normativo. In un modo che in parte altera la dimensione corporea del biodiritto, producendo una criticata «uniformazione delle istanze di genitorialità delle coppie omosessuali [...] attraverso la cancellazione della differenza sessuale nella procreazione e nelle differenze nel modo in cui si viene al mondo»¹⁰. Il biodiritto, proprio attraverso un'analisi attenta alle specificità delle tecniche, e all'impatto delle innovazioni scientifiche e tecnologiche nell'ambito riproduttivo, è chiamato a mostrare le differenze scongiurando l'omologazione, e da questo punto di vista sembra essenziale il valore bioetico e biogiuridico della distinzione tra maternità lesbica attraverso la fecondazione eterologa e maternità surrogata. Venendo al secondo profilo del momento riproduttivo, nuovi confini di un tema tradizionale,

¹⁰ S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2015, 1 ss; E. OLIVITO, *(Omo)genitorialità*

quale quello dell'interruzione volontaria della gravidanza, interrogano il biodiritto.

L'aborto volontario, che della tecnologia e della scienza ha bisogno, proprio dalle innovazioni tecnico-scientifiche è reso per un verso più difficile da regolare, diventando l'elemento che negli Stati Uniti viene definito della *viability* (com'è noto, la capacità del feto di sopravvivere al di fuori del corpo della madre), sempre più incerto e soggetto a rapidi mutamenti, per altro verso esse fungono in alcuni casi, nel discorso politico, sotto forma di "incertezza medico scientifica" o di vera e propria *fake news* parascientifica, da strumento di battaglia *anti-choice* (più che *pro-life*).

Basti pensare, negli Stati Uniti, a quando il Chief Justice Roberts *concurring in judgment* in *June Medical Services, LLC v. Russo* (591 U.S. 1101 (2020), 2136) cita la sentenza *Gonzales v. Carhart* (550 U.S. 124, 163 (2007)), che aveva ritenuto costituzionale una legge federale del 2003, il *Partial Birth Abortion Ban Act*, con la quale si vietava ai medici di ricorrere a una tecnica abortiva particolarmente cruenta, utilizzabile nel secondo trimestre della gestazione, per ricordare che è il potere legislativo, a livello statale e federale, ad essere dotato della più ampia discrezionalità regolativa in tutti quegli ambiti in cui non esistono certezze medico-scientifiche.

Proprio la questione delle presunte incertezze medico-scientifiche rappresenta terreno fertile per un discorso politico, ma anche giurisprudenziale, che si appropria in modo fortemente distorsivo dell'approccio *evidence-based* tipicamente nord-americano, riprendendo quegli argomenti pseudo-femministi che a partire dagli anni Ottanta avevano spostato il baricentro degli

intenzionale e procreazione medicalmente assistita nella sentenza n. 230 del 2020: la neutralità delle liti strategiche non paga, in *Rivista AIC*, 2, 2021, 142.

interventi antiabortisti dalla rappresentazione, e conseguentemente tutela, del feto come persona, alla vittimizzazione della donna che abortisce compromettendo la sua salute fisica e mentale¹¹.

3. La relazione tra tecnica e corporeità: il momento della auto ed eterodeterminazione del complesso sesso-genere

Un ultimo aspetto a cui si intende dedicare qualche riflessione è quello relativo all'auto ed eterodeterminazione del complesso sesso-genere.

Il momento della identificazione di genere è forse quello in cui più di ogni altro si manifesta la rilevanza dei corpi per il diritto, e condiziona larga parte delle relazioni giuridiche, oltre che sociali, essendosi realizzata la progressiva definizione, nell'alveo dei diritti connessi alla personalità, alla dignità umana, e all'autodeterminazione quale momento di decisione sui percorsi di sviluppo della propria personalità, di un diritto all'autoidentificazione di genere. Un diritto che, d'altra parte, sappiamo che lo stesso legislatore italiano ha tradotto fin dagli Ottanta quando, con uno dei primi interventi legislativi in Europa, ha disciplinato la rettificazione del sesso attribuendo riconoscimento giuridico al transessualismo, e che ha poi assunto una connotazione progressivamente più psico-sociale che biologica attraverso il superamento, sia in Italia che in Europa, dell'obbligo di intervento chirurgico, e dell'effettiva irreversibilità della scelta di transizione da un sesso all'altro corroborata dalla necessaria sterilizzazione. Com'è noto la Corte costituzionale con la sentenza n. 221/2015 ha ricavato, all'interno dell'ordinamento italiano, del sistema costituzionale e convenzionale, un

«diritto all'identità di genere quale elemento costitutivo del diritto all'identità personale, rientrante a pieno titolo nell'ambito dei diritti fondamentali della persona» garantiti dall'art. 2 della Costituzione e dall'art. 8 della CEDU.

Pur non essendo rinvenibile, a mio avviso, un collegamento diretto tra tutela del principio di autodeterminazione, diritti della personalità e c.d. diritto ad essere sé stessi, e superamento dell'approccio binario che ha caratterizzato e ancora caratterizza le Costituzioni e le legislazioni europee ed extraeuropee, indubabilmente se nel diritto ad essere sé stessi, e nell'identità di genere, si ricomprende l'esperienza di sé come soggettività non riconducibile a nessuno dei due generi "istituzionalizzati", allora deve essere preso in considerazione il problema delle diverse possibili modalità di riconoscimento delle soggettività non binarie alla luce di tutti i diritti fondamentali e gli interessi costituzionali coinvolti, a partire da quello al definitivo superamento delle gerarchie di genere e ad una effettiva eguaglianza tra donne e uomini.

Peraltro, il superamento stesso del binarismo può assumere forme e manifestazioni diverse: da un approccio "aggiuntivo/integrativo", che introduca all'interno degli ordinamenti giuridici ipotesi di riconoscimento di genere ulteriori oltre a M e F (come è avvenuto, in Europa, in particolare in Germania e in Austria), un approccio che deriva in particolare dalle esigenze dei soggetti intersessuali, alle quali si associano emergenti diritti e interessi di rango costituzionale, situazioni in cui sono proprio i corpi "naturali" a chiedere riconoscimento e visibilità, fino ad un approccio "disgregativo", o *queer*, che miri ad una eliminazione del genere quale elemento di riconoscimento, di classificazione, o in qualsiasi modo

¹¹ S. MANCINI, *Il canarino nella miniera del liberalismo: i diritti riproduttivi nell'America di Trump*, in *BioLaw Journal*, 2, 2021, 257 ss.

rilevante per gli ordinamenti giuridici, e che tende quindi a spogliare i corpi di qualsiasi portato normativo (con i problemi che questo comporterebbe per il venir meno della possibilità giuridica di pensare le asimmetrie che hanno caratterizzato la storia degli ordinamenti giuridici, e di agire con misure sullo schema delle “azioni positive”).

In questo senso si pongono evidentemente due questioni in relazione al rapporto tra biodiritto e tecnologia: da un lato quella legata alla definizione di un *habeas corpus* di genere che riporti al centro il tema della non interferenza del potere pubblico sui corpi, cruciale nella tutela delle persone intersessuali¹², dall’altro quella relativa al rapporto tra diritto come artificio e diritto come trasposizione di ciò che è naturale¹³, poiché la

condizione della persona transessuale sembra mostrare come la tecnologia (qui intesa in senso ampio quale tecnica applicata alle condizioni di vita dell’essere umano, comprensiva dunque, tra l’altro, delle terapie farmacologiche) possa indurre il diritto a spostarsi variamente sulla linea che lega natura e artificio; mentre la rivendicazione della soggettività fluida o *queer* pone la tecnologia sotto una diversa luce, mostrando per un verso la possibile prevalenza della volontà e l’indipendenza dell’identità sui corpi visibili, “naturali” e sull’impatto che le trasformazioni tecnologiche sono in grado di esercitare sugli stessi, per altro aprendo ad una visione transumanistica che pone proprio la tecnologia al centro di un processo di riprogettazione della condizione umana¹⁴.

¹² A. LORENZETTI, *Frontiere del corpo, frontiere del diritto: intersessualità e tutela della persona*, in *BioLaw Journal*, 2, 2015, 109 ss.; P. VERONESI, *Corpi e questioni di genere: le violenze (quasi) invisibili*, in *GenIUS*, 2, 2020.

¹³ A. D’ALOIA, *Il terzo sesso*, in *formucostituzionale.it*, 24 aprile 2014.

¹⁴ S. YOUNG, *Designer Evolution: A Transhumanist Manifesto*, New York, 2006.