

Rivista N°: 1/2018
DATA PUBBLICAZIONE: 31/01/2018

AUTORE: Anna Carla Nazzaro *

DISCREZIONALITÀ LEGISLATIVA E RUOLO DEL GIUDICE NELLA NUOVA DIMENSIONE (BIO)ETICA DELLA FAMIGLIA

Sommario: 1. Diritto e scienza nelle decisioni politiche del legislatore. – 2. La sopravvenuta legittimità della fecondazione eterologa. – 3. I casi di fecondazione eterologa non (ancora?) legittimi. – 4. Segue. Le discussioni intorno all'ammissibilità delle tecniche di maternità surrogata. – 5. Prospettive legislative.

1. - Pochi anni orsono, in un convegno dedicato al rapporto tra giurisprudenza e scienza, un Presidente emerito della Corte costituzionale si poneva le seguenti domande «Quanto il diritto può condizionare la scienza e quanto la scienza il diritto? In che misura la scienza e la tecnica (che della scienza è lo strumento operativo) possono incidere sulle decisioni degli apparati pubblici, destinati ad esprimere le regole del diritto attraverso l'attività di legislazione, di amministrazione e giudiziaria? Qual è la giusta linea di confine che separa la scienza dal diritto e che è in grado di garantire una corretta relazione tra la libertà della scienza e l'autonomia del potere decisionale degli apparati pubblici cui spetta il compito di produrre diritto?»¹.

Sono tutte domande la cui risposta non può essere ricercata in astratto perché necessita di una valutazione non soltanto del settore di competenza, ma anche del singolo caso concreto da decidere. Il campo nel quale, forse a sorpresa², i giudici hanno dovuto mag-

* Ordinario di Diritto privato nell'Università di Firenze.

¹ E. CHELI, *Scienza, tecnica e diritto: dal modello costituzionale agli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC* (online), 1/2017.

² Il tema della procreazione e dei rapporti familiari è sempre stato considerato, nella cultura giuridica, come non modificabile dall'uomo e dalle innovazioni scientifiche. Basti pensare al punto di partenza del legislatore che, nella *Relazione al codice civile* (n. 136), riferisce della bocciatura di elevare a «trecentotré giorni il termine massimo per la presunzione di concepimento durante il matrimonio, in base alla considerazione che l'allegazione di *alcuni rari casi* in cui la gestazione eccede il termine di trecento giorni non può giustificare l'estensione della presunzione di legittimità oltre codesto termine»; (nostro il corsivo) e che soltanto nel 1975, con la l. 19 maggio 1975, n. 151, si occupa di dettare una norma nella quale si pone il problema di definire la

giornamente affrontare il problema del rapporto tra scienza e diritto è proprio quello dei rapporti familiari che, con l'avvento delle biotecnologie, ha costretto gli interpreti ad una nuova lettura delle norme esistenti e ha indotto il Parlamento a legiferare, sia pure a fatica e non sempre in linea con l'opinione dominante³.

Siamo in un campo in cui necessariamente, e più che in altri, il giurista deve fare i conti con l'etica e con il sentire sociale. E se i rapporti tra diritto e società sono stati da sempre presi in considerazione dal giurista grazie alla oramai comunemente condivisa affermazione per cui il diritto è scienza sociale⁴, dall'altro lato il tentativo è sempre quello di espungere l'etica dal ragionamento giuridico⁵, distinguendo nettamente le regole etiche da quelle giuridiche, come appare evidente nelle note affermazioni di Hans Kelsen per cui il diritto deve disinteressarsi della morale⁶; dilemma tra legge e giustizia, o in altri termini discorso etico sul diritto, ben riassunto nella nota vicenda di Antigone condannata a morte per avere dato sepoltura al fratello Polinice, caduto combattendo contro la sua stessa patria, così contrastando consapevolmente il decreto di Creonte⁷.

Ma oggi, si sa, non è così, perché i valori fondanti del nostro ordinamento sono racchiusi nella Costituzione il cui rispetto è attentamente vagliato dalla Corte costituzionale⁸.

Il legislatore non può emanare una legge contraria all'etica sociale dominante accolta nella nostra Carta fondamentale, pena l'annullamento di quei precetti sottoposti al vaglio di costituzionalità⁹.

maternità (art. 269, comma 3), anche se per le problematiche odierne in maniera anacronistica. Del resto la necessaria storicità del diritto è messa in risalto, non da ora – fra gli altri – da, P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 1995, p. 18 ss.

³ È condivisibile, cioè, l'affermazione per cui il bio-diritto è soprattutto un diritto di origine giurisprudenziale e resta tale nonostante l'intervento del legislatore. In questi termini, A. D'ALOIA, *Norme, giustizia, diritti nel tempo delle bio-tecnologie: note introduttive*, in ID. (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, p. XI ss.

⁴ V., per tutti, S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica* (1950), in ID., *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, p. 103 ss.; P. PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, p. 455 ss.; R. ORESTANO, *Della "esperienza giuridica" vista da un giurista*, in ID., *"Diritto". Incontri e scontri*, Bologna, 1981, p. 487 ss.; P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Bari-Roma, 2003, p. 15 ss.

⁵ Una lucida e critica rassegna delle diverse posizioni in, F. VIOLA, *La teoria della separazione tra diritto e morale*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, II, Milano, 1990, p. 667 ss.

⁶ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. di R. Treves, Torino 1952, p. 56 ss.

⁷ Il dilemma rappresentato nella tragedia di Sofocle è richiamato spesso dai giuristi. Cfr., T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia* (1955), in ID., *Problemi giuridici*, Milano, 1959, p. 3 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, 2008, p. 43 ss.

⁸ Non si tratta, dunque, di una valutazione "non-giuridica" ma dell'analisi della rispondenza costituzionale del giudizio etico adottato dal legislatore ordinario. Infatti, appare assolutamente condivisibile l'affermazione che «in uno Stato costituzionale e pluralista nessuno, per quanto numericamente "pesante", ha il diritto di imporre le proprie opzioni etico-religiose agli altri»: R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, cit., p. 1 ss., spec. p. 19. Sulla componente filosofica della nostra Carta costituzionale cfr., V. ATRIPALDI, *Costituente e Costituzione (1946-1948)*, in *Dir. cult.*, 1997, n. 1-2; N. BOBBIO, *Dal fascismo alla democrazia. I regimi, le ideologie, le figure e le culture politiche* (a cura di M. Bovero), Milano, 1997, p. 159 ss. Il rispetto dell'etica costituzionale distingue anche il campo di libertà del giurista da quello del filosofo. Così, F.D. BUSNELLI, *Libertà di coscienza, etica e limiti della norma giuridica: il caso della procreazione medicalmente assistita*, in M. FORTINO (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita*, Torino, 2005, p. 51 ss.

⁹ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 559 ss., spec. p. 560: «non può non essere rilevante l'idea di società e di etica sottesa alla Costituzione [...] in tal modo nell'ordinamento positivo penetrano "valori e principi storicamente connotati"». Ciò

2. - È proprio ciò che è accaduto a numerosi precetti della legge 40 del 2004¹⁰ (e parlare di questo oggi sarebbe superfluo) Ciò che invece sembra più interessante è il dubbio sulle conseguenze dei vuoti normativi causati dai ripetuti annullamenti¹¹.

Un esempio per tutti, anche se non è l'annullamento più recente, il divieto di fecondazione eterologa.

È noto che con la sentenza n. 162 del 2014 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della l. 40 del 2004, nella parte in cui stabilisce per la coppia di cui all'art. 5, comma 1, della medesima legge, il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili¹².

E subito i primi commentatori, pur reputando opportuna la decisione, hanno evidenziato gli enormi problemi che si creano.

C'è chi aveva parlato di una non ragionevole esclusione delle coppie che, pur non essendo sterili, rischiano di trasmettere al figlio malattie genetiche¹³; c'è chi si pone il pro-

perché il giurista non è semplicemente "un individuo che ha a che fare con le leggi", ma colui che "ha a che fare con la vita". Così K. ENGLISH, *Introduzione al pensiero giuridico*, a cura di A. Baratta, Milano, 1970, p. 59.

¹⁰ L. 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita). Non è questa la sede per ripercorrere le numerose vicissitudini patite dalla norma in parola. Per una rassegna delle principali abrogazioni v., M. SOLDANO, *Fecondazione assistita. La storia politica e giudiziaria del caso Italia. Quale rotta verso l'Europa?*, in G. BALDINI, M. SOLDANO (a cura di), *Nascere e morire: quando decido io? Italia ed Europa a confronto*, Firenze, 2011, p. 71 ss.

¹¹ Sul punto, con riferimento a problemi specifici, cfr., G. FERRANDO, *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*, in *Fam. dir.*, 2011, p. 517 ss.; A. QUERCI, *La fecondazione eterologa dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 169/2014: attuabilità immediata e problemi aperti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, p. 469 ss.; L. D'AVACK, *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, I, p. 1005 ss.; G. BALDINI, *Embrioni soprannumerari, ricerca scientifica e divieti normativi. Riflessione a margine delle prime pronunce della giurisprudenza italiana e della Corte EDU*, in *Corti fior.*, 2016, p. 94 ss.

¹² Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in <http://www.giurcost.org/decisioni/2014/0162s-14.html>. La sentenza ha ricevuto numerosi commenti. Cfr., fra gli altri: A.G. ANNUNZIATA, *La libertà procreativa quale intima scelta individuale: la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 525 ss.; P. SANFILIPPO, *La riscrittura giurisprudenziale della legge n. 40/2004: un caso singolare di eterogenesi dei fini*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 851 ss.; V. POSSENTI, *Considerazioni sulla sentenza della Corte costituzionale sulla fecondazione eterologa*, in *Iustitia*, 2015, I, p. 143 ss.; G. FERRANDO, *L'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*, in *Corti fior.*, 2014, p. 37 ss.; V. CARBONE, *Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*, in *Fam. dir.*, 2014, p. 761 ss.; A. VALLINI, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 831 ss.; A. MUSUMECI, *"La fine è nota". Osservazioni a prima lettura alla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale sul divieto di fecondazione eterologa*, in *Oss. cost.*, 2014, p. 11 ss.; G. BALDINI, *Cade il divieto di PMA eterologa: prime riflessioni sulle principali questioni*, in *Vita not.*, 2014, p. 675 ss.

¹³ A. VALLINI, *Il curioso (e doloroso) caso delle coppie fertili portatrici di malattie ereditarie, che potevano ricorrere all'aborto, ma non alla diagnosi e selezione preimpianto*, in *penalecontemporaneo.it*. Il problema è stato tuttavia risolto, ancora una volta, dalla Corte costituzionale che – con la sentenza, 5 giugno 2015, n. 96 (commentata da S. PENASA, *L'insostenibile debolezza della legge 40: la sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale tra inevitabili illegittimità e moniti "rafforzati"*, in *forumcostituzionale.it*) – ha ammesso anche le coppie fertili ma portatrici di patologia genetica trasmissibile alla PMA e alla diagnosi genetica di pre-impianto. La sentenza è stata poi seguita da Corte cost., 11 novembre 2015, n. 229 (sulla quale v., A. VALLINI, *Ancora sulla selezione preimpianto: incostituzionale la fattispecie di selezione embrionale per finalità eugenetiche, ma non quella di embrionicidio*, in *penalecontemporaneo.it*) che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, commi 3, lettera b), e 4 della l.40 del 2004 «nella parte in cui contempla come ipotesi di reato la condotta di

blema di coordinamento con la disciplina della famiglia e cerca di analizzare il rapporto tra genitore biologico e genitore consensuale (ossia colui che ha dato il consenso alla procreazione)¹⁴; c'è chi già paventa l'insorgere di possibili problemi futuri per i figli che vorranno conoscere le proprie origini biologiche¹⁵; c'è, infine chi, anche timidamente, denuncia una disparità di trattamento con i casi in cui sia la donna a non riuscire a portare a termine la gravidanza per cui sarebbe necessario ricorrere ad altre tecniche come quella della maternità surrogata, attualmente ancora vietata in Italia ai sensi dell'art. 12, comma 6, della l. n. 40 del 2004¹⁶.

E mentre la dottrina si interroga, i giudici¹⁷ sono costretti a risolvere, utilizzando spesso il metodo dell'interpretazione evolutiva¹⁸, questioni concrete¹⁹.

selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa sia esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b)».

¹⁴ Paventa la necessità di attribuire una responsabilità al donatore, A. NICOLUSSI, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica*, in *Rivista AIC*, (online), 1/2012.

¹⁵ D. ROSANI, *Il diritto a conoscere le proprie origini nella fecondazione eterologa: il caso italiano e l'esperienza estera*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2016; U. SALANITRO, *Il divieto di fecondazione eterologa alla luce della convenzione europea dei diritti dell'uomo: l'intervento della Corte di Strasburgo*, *Fam. dir.*, 2010, p. 988 s. Anche la Commissione nazionale di bioetica si è occupata del problema: COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Conoscere le proprie origini nella procreazione medicalmente assistita*, 25/11/2011, 5, in http://www.governo.it/bioetica/pareri_abstract/Conoscere_le_proprie_origini_biologiche_nella_procreazione_medicalmente_assistita_eterologa25112011.pdf. La tematica è comunque più ampia e coinvolge *tout court* l'esistenza, talvolta messa in dubbio, di un diritto a conoscere le proprie origini, valevole non soltanto per i casi di PMA eterologa, ma anche, e ben da prima, per le ipotesi di parto anonimo e di adozione. Il dibattito, certamente non qui ripercorribile nella sua interezza, si è arricchito di recente di una decisa presa di posizione della giurisprudenza (Cass., 21 luglio 2016, n. 15024; Cass. 9 novembre 2016, n. 22838; Cass., Sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946) che sempre più tende a riconoscere il diritto del figlio a conoscere le proprie origini con specifico riferimento, nel caso concreto, ad accedere ai dati personali della madre biologica nell'ipotesi di decesso anche se essa aveva chiesto di rimanere anonima.

¹⁶ La tematica è oggi particolarmente dibattuta. Tra i tanti, cfr.: R. BARATTA, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello "status filii" in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore*, in *Dir. umani dir. int.*, 2016, p. 309 ss.; A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 484 ss.; M. DI MASI, *Maternità surrogata: dal contratto allo 'status'*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, p. 615 ss.; G. CASABURI, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata (Nota a Cass., 11 novembre 2014, n. 24001)*, in *Foro it.*, 2014, I, p. 3414; F. PROSPERI, *La gestazione nell'interesse altrui tra diritto di procreare e indisponibilità dello status filiationis*, in C.A. Graziani e I. Corti (a cura di), *Verso nuove forme di maternità?*, Milano, 2002, p. 123 ss.; M. DELL'UTRI, *Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione*, in *Giur. mer.*, 2010, 2, p. 358 ss.; L. ROSSI CARLEO, *Maternità surrogata e status del nato*, in *Famiglia*, 2002, p. 377 ss.; G. CASSANO, *Le nuove frontiere del diritto di famiglia*, Milano, 2000, p. 54; P. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, p. 193 ss.

¹⁷ La funzione decisiva dell'interpretazione del giudice, che confronta la disposizione con il fatto concreto, è affermata da P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed e assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 990 ss.

¹⁸ Non è questa la sede per affrontare quest'importante e controverso tema. Si veda, di recente, lo studio, anche comparato tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo, di G. REPETTO, *Premesse ad uno studio sull'interpretazione evolutiva tra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in L. CASSETTI (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Napoli, 2012, p. 21 ss.

¹⁹ È noto che, a seguito dell'intervento della Corte costituzionale n. 162 del 2014, il legislatore non è intervenuto per regolamentare i numerosi problemi applicativi che l'intervenuta legittimità della tecnica di PMA eterologa comporta. E se da un lato, per quanto qui specificamente interessa, può soccorrere la disciplina già prevista, sia pure come ipotesi di contravvenzione al divieto, per altre problematiche tecnico-sanitarie si

Ciò perché, di là dai singoli divieti, non possiamo dimenticare che viviamo in una società globale, dove ciò che è vietato in uno Stato è invece ampiamente consentito in un altro²⁰, e se pure è vero che le nostre leggi devono rispondere ai nostri valori e al nostro stadio di evoluzione sociale, è tuttavia anche vero che, trattandosi di persone, è necessario comunque approntare strumenti di tutela per i bambini, anche se nati eludendo la legge²¹.

Così già la legge n. 40 del 2004, pur prevedendo il divieto di fecondazione eterologa, si era posta il problema di definire il ruolo dell'uomo che avesse dato il consenso stabilendo che il figlio nato da fecondazione artificiale gode automaticamente dello stato di figlio della coppia (se coniugata) o figlio "riconosciuto" della coppia (non coniugata), poiché si considera riconosciuto indipendentemente da qualsiasi dichiarazione volontaria in tal senso. Infatti, il marito o convivente che abbia dato il proprio consenso informato alla fecondazione, si presume padre *iuris et de iure*, per cui non potrà, neanche in seguito, proporre azione di disconoscimento di paternità²².

Quanto poi al donatore di gameti, quest'ultimo non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi.

3. - Come si diceva, l'annullamento operato dalla Corte costituzionale, rende queste norme (cioè quelle dettate in tema di rapporto di filiazione ove la coppia abbia contravvenuto alla violazione di legge) disciplina attuale della fecondazione assistita di tipo eterologo.

Il problema è tuttavia quello delle ipotesi di fecondazione eterologa attualmente ancora vietate e del loro trattamento giuridico. Le fattispecie cui si allude sono innanzitutto quelle di tecniche di PMA messe in atto da conviventi omosessuali²³; in questi casi, a seconda della situazione concreta, il problema maggiore non è relativo all'utilizzazione della tecnica (che

segnalano grosse lacune legislative. Di recente, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, nel tentativo di uniformare a livello nazionale i presupposti per l'accesso alla PMA eterologa e i criteri di selezione dei donatori, ha redatto un *Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della corte costituzionale nr. 162/2014*, in www.regioni.it/download/news/362947/.

²⁰ Il problema è quello di un diritto sempre più deterritorializzato o, in altri termini, della necessità di una visione globale. Sul tema cfr., N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Bari, 2001, p. 7 ss.; S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano 2006, p. 56 ss. Esaurienti indicazioni sulle legislazioni degli altri Stati in, M.G. STANZIONE, *Identità del figlio e diritto di conoscere le proprie origini*, Torino, 2015, p. 111 ss.

²¹ Cfr. A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino, 2012, p. 139; e lucidamente, A. BUCELLI, *Procreazione assistita e famiglia*, ID. (a cura di), *Produrre uomini. Procreazione assistita: un'indagine multidisciplinare*, Firenze, 2005, p. 128, il quale individua la peculiarità delle tecniche di PMA rispetto agli atti di disposizione del proprio corpo nel fatto che l'effetto positivo della cura consiste nella nascita di un figlio.

²² Infatti, a norma dell'art. 9, qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice.

²³ Il problema del riconoscimento di un diritto alla filiazione nelle coppie omosessuali è affrontato da tempo dalla dottrina che si occupa di adozioni. Esso, tuttavia, ha acquisito maggiore rilevanza con lo sviluppo delle tecniche biotecnologiche. Per una lucida analisi cfr., G. GAMBINO, *Le unioni omosessuali. Un problema di filosofia del diritto*, Milano, 2007, p. 177 ss.; A. BELLELLI, *La filiazione nella coppia omosessuale*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1819 ss.

potrebbe anche essere permessa nel nostro Paese²⁴), ma all'elusione delle norme in tema di legittimazione dei soggetti. Ciò è possibile perché, come si diceva, ciò che nel nostro Stato è vietato, in altri è permesso, per cui numerose sono le sentenze che devono valutare la trascrivibilità in Italia di atti di nascita validamente formati all'estero.

E qui il problema morale si manifesta in tutta la sua evidenza e disvela una scelta politica ed etica del legislatore. Ragionando infatti in termini formali, non si vede perché, nell'ipotesi di una coppia eterosessuale che abbia avuto accesso ad una PMA eterologa prima del 2014, la disciplina resta quella poc'anzi richiamata, mentre quando la medesima tecnica sia stata utilizzata da una coppia omosessuale, si sollevano dubbi in merito alla disciplina applicabile e si discorre sulla liceità dell'atto di nascita estero.

È oramai ampiamente conosciuto il caso giunto alla Corte di Cassazione²⁵ ove i giudici hanno affermato la trascrivibilità dell'atto di nascita di un minore nato in Spagna e registrato come figlio di due donne sposate tra loro ed entrambe legate geneticamente al nato, poiché una aveva donato l'ovocita e l'altra aveva portato a termine la gravidanza. La Corte, nel valutare la congruenza della situazione con l'ordine pubblico internazionale richiama, per quanto qui interessa, la necessità di difendere l'identità personale del minore, specificando che le norme italiane in tema di PMA, stabilite dalla l. 40 del 2004, e quelle relative all'acquisizione dello *status filiationis*, sono soltanto opzioni legislative in ambiti specifici nei quali non esistono «rime costituzionali obbligate».

Come dire che in questo caso la libertà dell'interprete nella definizione della regola del caso concreto non trova un limite etico, di natura giuridico-costituzionale²⁶, e tanto basta per escludere il giudizio morale.

Ma i problemi (moralì e giuridici) si fanno più pressanti di fronte alle molteplici alternative offerte dal progresso tecnico, con la necessità di ridefinire i limiti di libertà di ciascuno²⁷.

²⁴ Ma ciò non è vero in ogni caso, poiché, come si vedrà nel prosieguo nel testo, i casi statisticamente più frequenti sono quelli di coppia omosessuale maschile che ricorre alla maternità surrogata. In tale ipotesi le contravvenzioni al divieto sono di doppia natura.

²⁵ Cass., 30 settembre 2016, n. 19599. La sentenza è stata ampiamente commentata: cfr., ad esempio, C. NICOLETTI, *È trascrivibile in Italia l'atto di nascita di un figlio nato da due madri*, in *personaedanno.it*; G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli "status filiationis"*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 190 ss.; G. CASABURI, *Genitorialità omosessuale, un passo indietro della Consulta e molti altri (avanti ed in giro) della Cassazione*, in *Foro it.*, 2016, I, p. 3349 ss. Nello stesso senso è poi orientata la successiva decisione di Cass., 15 giugno 2017, n. 14878.

²⁶ Sulla morale contenuta nella Costituzione cfr., L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Roma-Bari, 2013, p. 25 s. [Il tema è complesso e meriterebbe ben altri approfondimenti, al di là del semplice richiamo a Ferrajoli. Fra i costituzionalisti, sul concetto di Costituzione come "meta-etica pubblica laica" che rende possibili le altre etiche sociali, citare almeno A. Spadaro, libro sulla libertà di coscienza e laicità, mi pare edito da Giappichelli].

²⁷ Poiché "in gioco è la decisione (politica) di affidare la trasmissione della vita umana – o, se si vuole, la fondamentale esperienza della genitorialità – a meccanismi di tipo artificiale con cui il progresso scientifico e tecnologico consente di superare gli impedimenti della sterilità o infertilità". Così, A. BUCELLI, *Procreazione assistita e famiglia*, cit., p. 127 ss.

4. Così si affaccia in tutta la sua drammaticità la questione (morale e giuridica) della ricerca di un figlio “ad ogni costo” e il problema di imporre limiti alla tecnica e alla scienza in ragione di un discorso etico (nel senso dell’etica giuridico-costituzionale).

È il caso della maternità surrogata²⁸, sia attuata da coppia eterosessuale che omosessuale.

Innanzitutto, la prima ipotesi. È a tutti noto il caso Paradiso Campanelli c/Italia, di recente deciso dalla *Grande Chambre* della Corte EDU: due coniugi italiani stipulano un contratto di gestazione per altri in Russia. Alla nascita del bambino, nel 2011, i coniugi, come previsto dalla legge russa, vengono registrati come genitori del bambino, senza indicazione della maternità surrogata. Al rientro in Italia, chiedono la trascrizione del certificato di nascita del figlio, trascrizione rifiutata per il sospetto che il documento contenesse false attestazioni. I coniugi subiscono quindi un procedimento penale per falsa attestazione e violazione della legge sulle adozioni. Contestualmente il Tribunale dei minori di Campobasso apre un procedimento per la dichiarazione di adottabilità del bambino, poiché il ricorrente non risultava essere padre biologico del bambino. Nel frattempo veniva disposto un affidamento ad una nuova famiglia.

I coniugi si rivolgono allora alla Corte EDU lamentando la violazione dell’art. 8 della Carta per il rifiuto di riconoscere la relazione genitoriale e la conseguente sottrazione del minore alle loro cure²⁹.

La Corte, in un primo momento³⁰, riconosce l’avvenuta violazione dell’art. 8 CEDU, perché nel rapporto tra i coniugi e il bambino, individua una famiglia di fatto.

In particolare, il ragionamento della Corte si basa sulla valutazione dell’esistente piuttosto che sulle premesse che hanno determinato il prodursi della situazione, tanto da concludere che l’interesse al mantenimento dei rapporti affettivi già instaurati deve essere garantito a prescindere dalla natura e dal modo di costituzione del legame parentale.

La decisione viene poi ribaltata dalla *Grande Chambre*³¹ per le stesse ragioni di diritto, ma per differenti valutazioni di fatto. Alla base della decisione si pone sempre la verifica

²⁸ Sulla quale cfr., fra i tanti, G. CIARLARIELLO, *La maternità surrogata: evoluzione giurisprudenziale italiana ed europea*, in *Dir. fam. pers.*, 2016, p. 1117 ss.; G. CASABURI, *La surrogazione di maternità tra divieto legislativo e aperture giurisprudenziali: lo stato dell’arte*, *Foro it.*, 2016, I, p. 3274 ss.; B. SGORBATI, *Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2/2016, online; M. RIZZUTI, *Maternità surrogata e ordine pubblico*, in *giustiziavivile.com*, maggio 2017.

²⁹ La Corte europea dei diritti dell’uomo ha sempre risolto i casi di maternità surrogata sulla base della verifica del rispetto dell’art. 8 della Convenzione. Cfr. il *factsheet* fornito dalla stessa Corte consultabile su http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Surrogacy_ENG.pdf.

³⁰ Corte EDU, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, 27 gennaio 2015. Tra i diversi commenti cfr., L. LENTI, *Paradiso e Campanelli c. Italia: interesse del minore, idoneità a educare e violazioni di legge*, in *Quad. costit.*, 2015, p. 472 ss. O. FERACI, *Maternità surrogata conclusa all’estero e Convenzione europea dei diritti dell’uomo: riflessioni a margine della sentenza Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., p. 420 e ss.; I. RIVERA, *Affaire Paradiso e Campanelli c. Italie: la Corte EDU torna a pronunciarsi sulla maternità surrogata e sul best interest of child come limite all’ordine pubblico internazionale*, in www.federalismi.it 3 luglio 2015; S. TONOLO, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Diritti um. dir. intern.*, 2015, p. 202 ss.

³¹ Corte EDU, *Paradiso e Campanelli v. Italy*, Grand Chamber, 24 January 2017. La sentenza ha ricevuto alcuni primi commenti, G. MILIZIA, *Nessuna famiglia senza legami di sangue né lunga convivenza: si allontana il bimbo*, in *dir. giust. online*; C. MASCIOTTA, *Dalla Grande Camera un freno al judicial*

dell'esistenza di una vita familiare tra i tre soggetti, ma in questa ipotesi viene negata a causa delle specificità del caso concreto: assenza di un legame biologico tra la coppia e il minore; breve durata della relazione con il bambino, incertezza del quadro giuridico applicabile. Inoltre, i giudici considerano legittime le misure adottate dalle autorità italiane, poiché perseguivano uno scopo legittimo, individuato nella necessità di proteggere il minore e di evitare di legittimare una situazione prodotta in violazione di norme interne di rilevanza personalistica. Si esclude, pertanto, la violazione del diritto al rispetto della vita privata dei ricorrenti.

Alla base della decisione vi è la considerazione che debba essere riconosciuto agli Stati un ampio *margin of appreciation*, considerata la natura eticamente e socialmente sensibile delle questioni in essa coinvolte e l'impossibilità di individuare un *consensus* a livello internazionale. Deve, tuttavia, avvertirsi che alla sentenza è allegata una *dissenting opinion* di alcuni giudici che non reputano corretta la valutazione di alcuni parametri quali l'incertezza giuridica e l'esigenza di impedire la violazione della legge.

Se la decisione non può dirsi una decisa presa di posizione sul tema della maternità surrogata, essa rappresenta una precisa scelta in merito ai criteri da adottare nel caso concreto. Essi oramai non possono essere legati soltanto all'esistenza di un legame genetico, ma si arricchiscono di valutazioni di fatto relative al comportamento della coppia e all'interesse del minore.

Interessante, tuttavia, sembra il richiamo al presupposto del comportamento illegittimo dei coniugi che ha prodotto la situazione di fatto. In questa prospettiva, la decisione rappresenta una precisa scelta in merito alla libertà degli Stati di seguire la morale sociale del singolo Paese, libertà limitata soltanto dalla violazione certa di diritti fondamentali. In questo caso non rileva il diritto della coppia ad avere un figlio, ma semmai il diritto del figlio a veder garantito il suo *best interest*³², diritto che nell'ipotesi concreta risulta tutelato anche con la procedura adozionale messa in atto dall'Italia.

La Corte ha operato un bilanciamento tra differenti interessi, facendo prevalere quello del minore e reputando irrilevante (tanto che non accorda neanche il diritto al risarcimento) quello della coppia committente. Si potrebbe allora dire che abbia fatto una scelta etica, derivante dalla morale personale dei singoli componenti? Certo non si può negare che alla base della decisione siano presenti le differenti visioni etiche dei giudici (testimonianza ne è

activism in tema di "vita familiare", in *forumcostituzionale.it* (febbraio 2017); F. PERRINI, *La lunga vicenda relativa al caso paradiso e campanelli: la grande camera assolve l'Italia per avere disposto l'allontanamento del minore nato da un contratto di maternità surrogata*, in *Ordine int. diritti um.*, 2017, p. 129 ss.; G. GRASSO, *La genitorialità illegale e l'interesse del minore*, in *giustiziacivile.com*; A. Fasano, G. PIZZOLANTE, *La Corte di Strasburgo ritorna sull'allontanamento del minore e la maternità surrogata*, in *Ifamiliarista.it* (gennaio 2017); M. GERAVASI, *Vita familiare e maternità surrogata nella sentenza definitiva della Corte europea dei diritti umani sul caso Paradiso et Campanelli*, in *osservatorioaic.it*, 1/2017; S. PENASA, *Il caso Paradiso e Campanelli c. Italia: verso modelli familiari "a geometria variabile"?*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, on line, 1/2017; D. ROSANI, *The best interest of the parents. La maternità surrogata in Europa tra interessi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, on line, 1/2017.

³² V. le osservazioni di F. COLOMBI, *Le problematiche concernenti la garanzia del preminente interesse del minore in un caso di bilanciamento tra diritti diversi del minore stesso (e non già di bilanciamento tra i suoi diritti e quelli di altri soggetti)*, *Oss. costit.*, 2016, pag. 27 ss.

l'esistenza di *dissenting opinion*). Tuttavia il risultato che ne è derivato è una decisione aderente al caso concreto che non disvela palesemente le ragioni etiche di fondo³³.

Del resto l'opera dell'interprete e del giudice in particolare non può mai essere reputata completamente asettica ed è compito del legislatore fornire il percorso normativo rappresentativo di scelte politiche che, in quanto rispettose dell'etica dominante, eviti la deriva della morale individuale³⁴.

Venendo poi alla questione della maternità surrogata messa in atto da una coppia omosessuale, di recente la Corte d'appello di Trento ha dovuto decidere in merito alla richiesta di trascrizione nei registri dello stato civile italiano di un provvedimento straniero che modificava gli atti di nascita di una coppia di gemelli, al fine di riconoscere la genitorialità in capo ad entrambi i padri, anziché ad uno solo. I conviventi, infatti, avevano fatto ricorso alla gestazione per altri, utilizzando il materiale genetico di uno di essi, ma chiedevano, in conformità alla normativa dello Stato estero, di essere entrambi riconosciuti padri³⁵.

La Corte, valutando la compatibilità con l'ordine pubblico e la tutela dell'interesse del minore a «poter conservare lo *status* di figlio riconosciuto in un atto validamente formato in un altro Stato», rinviene nel caso di diniego un evidente pregiudizio per i figli in termini di identità familiare e per il padre a cui venga inibita la possibilità di assumere obblighi genitoriali nei loro confronti. In particolare, il comportamento dei conviventi non viene valutato come illegittimo poiché conforme alla legislazione dello Stato estero.

Le premesse, in questa ipotesi, potrebbero sembrare più problematiche del caso Paradiso e Campanelli c. Italia, perché in questa fattispecie non si verifica soltanto il ricorso alla maternità surrogata, ma la coppia ricorrente è dello stesso sesso. Si potrebbero, dunque, individuare due violazioni di legge, eppure la specificità del caso concreto induce a conclusioni differenti, poiché viene in rilievo la legittimità secondo le regole dello Stato estero dell'intero percorso e l'impressione che il comportamento della coppia sia più leale, quasi che essa non sia semplicemente una "coppia" committente, ma che il ricorso alla maternità surrogata sia inserito in un più ampio progetto di vita familiare.

Così ragionando, tuttavia, si opera comunque un giudizio individuale, che potrebbe risultare differente a seconda del giudicante. Ne è ben cosciente la giurisprudenza che oramai è costretta ad affrontare sempre più spesso casi come questo³⁶.

³³ Mette in risalto l'asetticità della Corte, C. HONORATI, *Paradiso e Campanelli c. Italia, atto secondo: la Corte EDU definisce la nozione di «vita familiare» e ribalta la sentenza precedente*, in forumcostituzionale.it (marzo 2017). L'a. critica il fatto che nelle numerose sentenze in cui si occupa di maternità surrogata la Corte non dia rilievo alla onerosità o gratuità del contratto.

³⁴ In questo senso, l'interprete deve mettere da parte la propria valutazione morale per adottare quella presente nel tessuto costituzionale. Per queste riflessioni V., P. PERLINGIERI, *L'inseminazione artificiale tra principi costituzionali e riforme legislative*, in G. FERRANDO (a cura di), *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Padova, 1989, p. 143 ss.

³⁵ Corte di Appello di Trento, Ord. 23 Febbraio 2017, in <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2017/02/Ordinanza.pdf>.

³⁶ La sentenza si inserisce in un filone di decisioni oramai non esiguo: App. Milano, 28 ottobre 2016, in <http://www.foroitaliano.it/wp-content/uploads/2017/01/app.-milano-3990-16.pdf>; Trib. Pisa, 10 aprile 2015, in <http://www.biodiritto.org/index.php/item/684-surrogata-pisa>; App. Torino, 29 ottobre 2014, in <http://www.articolo29.it/corte-dappello-torino-sezione-famiglia-decreto-29-ottobre-2014/>; Trib. Venezia, ord. 8

5. - La verità è che il problema della filiazione, non soltanto nella coppia omosessuale è di difficile soluzione, innanzitutto sul piano del consenso etico-sociale³⁷.

L'urgenza di una regolamentazione giuridica adeguata allo stato delle conoscenze scientifiche è palese: lo testimoniano non soltanto il già richiamato dibattito dottrinale e giurisprudenziale, ma anche il fatto che attualmente in sede di Commissione Igiene e Sanità del Senato sono in discussione 12 progetti di legge sul tema³⁸. Ovviamente non è questa la sede per analizzare le differenze tra i vari disegni di legge che probabilmente giungeranno ad una riunificazione nel dibattito parlamentare.

Ciò che tuttavia sembra indicativo è che, nonostante il richiamo costante nelle relazioni ai ddl alla adeguatezza delle soluzioni alla scienza medica o, più spesso la constatazione della inadeguatezza della l. 40/2004, il nostro legislatore dovrà nuovamente operare una scelta innanzitutto *etica*. Infatti, di là dalle differenze di regolamentazione specifica, i disegni di legge in parola si distinguono innanzitutto per alcune idee di fondo.

Innanzitutto, viene in rilievo la considerazione stessa delle tecniche di PMA. Esse infatti sono intese a volte come risposta ad una patologia o all'infertilità, altre volte sono valutate nella loro potenzialità di dare un figlio anche a coloro i quali, indipendentemente dai problemi surrichiamati non possono procreare secondo l'*iter* naturale. La differente visione si chiarifica nella definizione delle condizioni di accesso alla fecondazione assistita in genere e alle tecniche eterologhe, nello specifico.

Così, da più parti si restringe il campo di applicazione alle coppie eterosessuali affette da patologie genetiche o portatrici di malattie trasmissibili³⁹, in altri casi si lascia uno spiraglio ad una "una valutazione di opportunità, concordemente stabilite tra medico e paziente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento"⁴⁰, in altri ancora si allarga l'ambito di applicazione anche alle donne single⁴¹.

ottobre 2014, *inedita*, Trib. Milano, 8 aprile 2014, in www.penalecontemporaneo.it; Trib. Trieste 4 ottobre 2013, in www.biodiritto.org/index.php/item/.../318_64097b70179839a0f4f191d852d2afcf, Trib. Grosseto, 3 aprile 2014, in www.diritticomparati.it; Trib. Milano 15 ottobre 2013, in www.penalecontemporaneo.it; Trib. Trieste, 6 giugno 2013, in www.personaedanno.it.

³⁷ Tanto che anche il legislatore delle unioni civili ha dovuto (suo malgrado?) rinunciare a disciplinarlo. Sul tema, ampiamente, A. BELLELLI, *La filiazione nella coppia omosessuale*, cit., p. 1819 ss.

³⁸ La scheda completa dei lavori è consultabile al sito http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/comm/46531_comm.htm

³⁹ DDL n. 2161, d'iniziativa dei senatori SCAVONE e COMPAGNONE, comunicato alla presidenza il 9 dicembre 2015, *Disposizioni in materia di procreazione medicalmente assistita*; DDL n. 1885, d'iniziativa dei senatori SACCONI, QUAGLIARIELLO, FORMIGONI, GIOVANARDI E MARINELLO, comunicato alla presidenza il 21 aprile 2015, *Disposizioni in materia di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*; DDL n. 1888, d'iniziativa dei senatori RIZZOTTI, BERNINI, MARIAROSARIA ROSSI, MANDELLI E MARIN, comunicato alla presidenza il 22 aprile 2015, *Modifiche alla legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di procreazione medicalmente assistita*; DDL n. 1630, d'iniziativa dei senatori DE BIASI, MATURANI, TONINI, DIRINDIN, AMATI, ASTORRE, BERTUZZI, CALEO, CANTINI, CARDINALI, CASSON, CHITI, CIRINNÀ, D'ADDA, STEFANO ESPOSITO, FABBRI, FASIOLO, FEDELI, ELENA FERRARA, FILIPPIN, FINOCCHIARO, GATTI, GIACOBBE, GOTOR, GRANAIOLA, LO MORO, MANASSERO, MARCUCCI, MARTINI, MATTESINI, MIRABELLI, ORRÙ, PADUA, PAGLIARI, PEZZOPANE, PIGNEDOLI, PUGLISI, PUPPATO, RANUCCI, RICCHIUTI, SCALIA, SILVESTRO, SOLLO, TOCCI, VALDINOSI, VALENTINI, VERDUCCI E ZANONI, comunicato alla presidenza il 23 settembre 2014, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*.

⁴⁰ DDL n. 1793, d'iniziativa dei senatori PALERMO e MANCONI, comunicato alla presidenza il 26 febbraio 2015, *Disposizioni in materia di fecondazione medicalmente assistita e di conservazione di gameti umani e di*

Altro carattere di differenziazione è quello della scelta in merito alla c.d. Maternità surrogata. E anche in questa ipotesi, le posizioni si mostrano fortemente differenziate tra i progetti che prevedono un divieto⁴² e quelli che, premessa comunque la gratuità della tecnica, la ammettono⁴³.

Uniforme è invece la soluzione del problema giuridico relativo alla relazione tra figlio e genitori, poiché in tutti i disegni di legge si afferma che il donatore non assume nessun legame giuridico con il nato, che la madre non può dichiarare di non voler essere nominata e che il nato assume lo stato di figlio della coppia che ha manifestato la volontà di accedere alla tecnica di PMA.

Nel dilemma tra criterio biologico o del parto (cioè nella scelta tra madre genetica e madre gestante), le diverse proposte di legge scelgono un terzo criterio trasversale consensualistico⁴⁴. Certo potranno verificarsi casi di coincidenza tra esso e il criterio biologico o di colei che genera. È comunque stabilita una regola generale che si propone di essere valevole per tutte le ipotesi: il consenso della coppia che accede alle tecniche di PMA. La scelta è ovviamente politica e può essere giustificata o avversata a seconda del presupposto ideologico e delle ragioni di fondo che animano il ragionamento.

Vero è che oggi al diritto è affidato un compito ulteriore che si aggiunge a quello di disciplinare gli effetti del verificarsi del fatto naturale / concepimento, ed è quello di definire i limiti di legittimità del verificarsi del fatto, non più naturale e casuale, ma frutto di una volontà autodeterminativa⁴⁵.

tessuto gonadale; DDL n. 1607, d'iniziativa dei senatori MANCONI e PALERMO, comunicato alla presidenza 9 settembre 2014, *Norme in materia di fecondazione medicalmente assistita*.

⁴¹ DDL n. 1284, d'iniziativa della senatrice FUCXSIA, comunicato alla presidenza il 4 febbraio 2014, *Norme in materia di fecondazione medicalmente assistita*, che nell'art 3 prevede che "Possono ricorrere alle tecniche di fecondazione medicalmente assistita le donne maggiorenni e in età potenzialmente fertile, che manifestino il relativo consenso, ai sensi dell'articolo 6, presso le strutture autorizzate ai sensi dell'articolo 8. Il coniuge ovvero il convivente, purché maggiorenne, che intenda riconoscere il nascituro ed assumere nei suoi confronti gli obblighi previsti dal codice civile, può associarsi alla richiesta secondo le modalità stabilite dall'articolo 6."

⁴² DDL n. 2296, d'iniziativa dei senatori D'ASCOLA, SCHIFANI, CASINI, ALBERTINI, LUCIANO ROSSI, DI GIACOMO, BILARDI, AIELLO, BIANCONI, CONTE, DALLA TOR, PAGANO, TORRISI, DI BIAGIO, LUIGI MARINO, ROMANO e FORMIGONI, comunicato alla presidenza il 23 marzo 2016, *Disciplina del divieto di maternità surrogata*; DDL n. 2161, d'iniziativa dei senatori SCAVONE e COMPAGNONE, comunicato alla presidenza il 9 dicembre 2015, *Disposizioni in materia di procreazione medicalmente assistita*; DDL n. 1284, d'iniziativa della senatrice FUCXSIA, comunicato alla presidenza il 4 febbraio 2014, *Norme in materia di fecondazione medicalmente assistita*; DDL n. 1630, d'iniziativa dei senatori DE BIASI, MATURANI, TONINI, DIRINDIN, AMATI, ASTORRE, BERTUZZI, CALEO, CANTINI, CARDINALI, CASSON, CHITI, CIRINNÀ, D'ADDA, STEFANO ESPOSITO, FABBRI, FASIOLO, FEDELI, ELENA FERRARA, FILIPPIN, FINOCCHIARO, GATTI, GIACOBBE, GOTOR, GRANAIOLA, LO MORO, MANASSERO, MARCUCCI, MARTINI, MATTESINI, MIRABELLI, ORRÙ, PADUA, PAGLIARI, PEZZOPANE, PIGNEDOLI, PUGLISI, PUPPATO, RANUCCI, RICCHIUTI, SCALIA, SILVESTRO, SOLLO, TOCCI, VALDINOSI, VALENTINI, VERDUCCI e ZANONI, comunicato alla presidenza il 23 settembre 2014, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*.

⁴³ DDL n. 1793, d'iniziativa dei senatori PALERMO e MANCONI, comunicato alla presidenza il 26 febbraio 2015, *Disposizioni in materia di fecondazione medicalmente assistita e di conservazione di gameti umani e di tessuto gonadale*, DDL n. 1607, d'iniziativa dei senatori MANCONI e PALERMO, comunicato alla presidenza 9 settembre 2014, *Norme in materia di fecondazione medicalmente assistita*.

⁴⁴ Sulla insoddisfazione del criterio biologico e sulla polimorfia del concetto di genitorialità V. Le riflessioni di A. BUCELLI, *Procreazione assistita e famiglia*, cit., p. 139.

⁴⁵ A. BUCELLI, *Il cammino senza pregiudizi del biodiritto. La costruzione giuridica dei rapporti genitoriali*, in G. BALDINI (a cura di), *Persona e famiglia nell'era del biodiritto. Verso un diritto comune europeo per la bioetica*, Firenze, 2015, p. 61 ss.

Volontà e scelte rese possibili dalla tecnica ma, come si avverte, le leggi della tecnica non possono sostituire le norme giuridiche⁴⁶. Sicuramente tali leggi rischiano di prevalere nelle fasi storiche di transizione quando un legislatore colto di sorpresa fa fatica a legiferare⁴⁷.

Non può essere più sufficiente il criterio naturalistico o quello biologico. Resta però da verificare se dia sufficienti garanzie di tutela quello volontaristico⁴⁸.

Volontà, libertà e autodeterminazione⁴⁹ sono infatti sicuramente valori da tutelare, ma necessitano, in questo campo, di essere coniugati con l'affermazione forte della responsabilità genitoriale che è anche, in un settore fortemente volontaristico come quello della PMA, responsabilità della scelta di procreare. È necessario sgombrare il campo da un equivoco di fondo poiché altro è la tutela dell'embrione, altro è la tutela del nato; soltanto quest'ultimo assume la qualificazione di minore secondo le regole dell'ordinamento giuridico; ed è di interessi di minori che discorrono tutte le sentenze in precedenza richiamate. Ciò perché la scelta dei giudici non è relativa ad ammettere o vietare determinate tecniche, scelta quella già fatta a torto o a ragione dal legislatore; la decisione invece è quella relativa al modo di regolamentare i rapporti tra soggetti viventi, indipendentemente dalle circostanze che hanno condotto alla nascita.

Certo, se oggi vige il principio introdotto dall'art. 315 c.c. secondo cui "Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico" è dovere urgente dell'interprete garantirne l'applicazione eliminando le disparità e i pregiudizi.

Forse, stiamo assistendo ad una nuova stagione di cambiamenti sociali, stagione nella quale la famiglia ha necessità di essere ripensata profondamente rispettando comunque le regole sociali e dell'etica comune⁵⁰.

Nel frattempo, trattandosi di un percorso non semplice né immediato, dobbiamo affidarci al ruolo di chi affronta il singolo caso concreto, avvertendo però che deve risultare sempre prevalente l'interesse del minore.

⁵¹

⁴⁶ G. BALDINI, *Biodiritto: tra progresso scientifico, superamento del paradigma naturalistico ed esigenza di nuovi criteri ordinanti*, in ID. (a cura di), *Persona e famiglia nell'era del biodiritto*, cit., P. 3 ss.

⁴⁷ Perdendo così il suo ruolo di indirizzo che gli permette anche di orientare e condizionare fatti naturali o artificiali come la filiazione. Cfr. L. BRUSCUGLIA, *Diritti dei minori e procreazione artificiale*, in G. FERRANDO (a cura di), *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, cit., p. 170 ss.

⁴⁸ Affermato, non da ora, autorevolmente da S. RODOTÀ, *Intervento*, in *La riforma del diritto di famiglia*, Atti Convegno Venezia 30 aprile – 1 maggio 1967, Padova 1967, p. 94 ss. Più di recente cfr., G. FURGIUELE, *La fecondazione artificiale: quali principi per il civilista*, in *Quadrimenstre*, 1989, p. 261 ss.; E. DEL PRATO, *La scelta come strumento tecnico di filiazione*, in *Famiglia*, 2001, p. 1035 ss.; M.R. MARELLA, *Esercizi di biopolitica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 8 s.; V. POCAR, *La legge italiana sulla fecondazione assistita, ovvero come perché si violano i diritti delle cittadine e dei cittadini*, in *Sociologia del diritto*, 2004, p. 8 s. In ambito internazionale la scelta dei diversi legislatori è sempre più incentrata sul consenso. Cfr., M.G. STANZIONE, *Ordine pubblico costituzionale e status filiationis in Italia e negli ordinamenti europei: la normativa e l'esperienza giurisprudenziale*, in www.comparazionediritto.it, ottobre 2016.

⁴⁹ Sui rapporti tra i tre concetti v., A. BARBA, *La libertà di coscienza come diritto all'autodeterminazione*, in ID. (a cura di), *La laicità del diritto*, Roma, 2010, p. 1 ss.

⁵⁰ Sui problemi indotti dai mutamenti sociali v., l'ampio studio di, M. RIZZUTI, *Il problema dei rapporti familiari poligamici. Precedenti storici e attualità della questione*, Napoli, 2016, p. 97 ss.

⁵¹ Testo.

Citazione