

# Persona e famiglia nell'era del Biodiritto

Verso un diritto comune europeo  
per la bioetica

a cura di  
GIANNI BALDINI

introduzione di  
GILDA FERRANDO

FIRENZE UNIVERSITY PRESS  
2015

Persona e famiglia nell'era del Biodiritto : verso un diritto comune europeo per la bioetica / a cura di Gianni Baldini ; introduzione di Gilda Ferrando. – Firenze : Firenze University Press, 2015.  
(Studi e saggi ; 149)

<http://digital.casalini.it/9788866558897>

ISBN 978-88-6655-888-0 (print)  
ISBN 978-88-6655-889-7 (online PDF)  
ISBN 978-88-6655-890-3 (online EPUB)

Progetto grafico di Alberto Pizarro Fernández, Pagina Maestra snc  
Immagine di copertina: © AntoinetteW | Dreamstime.com

Questa pubblicazione è stata resa possibile grazie al contributo del Gruppo Scart Srl e di Ovobank Spain.

*Certificazione scientifica delle Opere*

Tutti i volumi pubblicati sono soggetti ad un processo di referaggio esterno di cui sono responsabili il Consiglio editoriale della FUP e i Consigli scientifici delle singole collane. Le opere pubblicate nel catalogo della FUP sono valutate e approvate dal Consiglio editoriale della casa editrice. Per una descrizione più analitica del processo di referaggio si rimanda ai documenti ufficiali pubblicati sul catalogo on-line della casa editrice ([www.fupress.com](http://www.fupress.com)).

*Consiglio editoriale Firenze University Press*

G. Nigro (Coordinatore), M.T. Bartoli, M. Boddi, R. Casalbuoni, C. Ciappei, R. Del Punta, A. Dolfi, V. Fargion, S. Ferrone, M. Garzaniti, P. Guarnieri, A. Mariani, M. Marini, A. Novelli, M.C. Torricelli, M. Verga, A. Zorzi.

© 2015 Firenze University Press  
Università degli Studi di Firenze  
Firenze University Press  
Borgo Albizi, 28, 50122 Firenze, Italy  
[www.fupress.com](http://www.fupress.com)  
*Printed in Italy*

*Al mio piccolo Leonardo*



## SOMMARIO

PREMESSA <i>Gianni Baldini</i>	IX
INTRODUZIONE. BIOTECNOLOGIE E DIRITTO <i>Gilda Ferrando</i>	XI
PARTE PRIMA PROFILI GENERALI DELLA RIFLESSIONE BIOGIURIDICA	
BIODIRITTO: TRA PROGRESSO SCIENTIFICO, SUPERAMENTO DEL PARADIGMA NATURALISTICO ED ESIGENZA DI NUOVI CRITERI ORDINANTI <i>Gianni Baldini</i>	3
AUTODETERMINAZIONE, CONSENSO INFORMATO E LEGITTIMITÀ DEL TRATTAMENTO SANITARIO NELL'ETÀ DELLE BIOTECNOLOGIE: PROFILI ESSENZIALI <i>Patrizia Borsellino</i>	21
LE BIOBANCHE GENETICHE: ATTIVITÀ, SCOPI E REGOLAMENTAZIONE <i>Francesca Torricelli</i>	43
PARTE SECONDA PERSONA E FAMIGLIA TRA PROCREAZIONE ASSISTITA, GENITORIALITÀ CONSAPEVOLE E AUTODETERMINAZIONE	
IL CAMMINO SENZA PREGIUDIZI DEL BIODIRITTO. LA COSTRUZIONE GIURIDICA DEI RAPPORTI GENITORIALI <i>Andrea Bucelli</i>	61

SISTEMA E METODO DI UN BIODIRITTO PENALE (APPLICATI ALL'ANALISI DELLA LEGGE 40/2004 IN TEMA DI PROCRAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA)	77
<i>Antonio Vallini</i>	
PROCRAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA E 'LEGGE 40/04': EVOLUZIONE PER VIA GIURISPRUDENZIALE DELLE REGOLE GIURIDICHE TRA CORTI NAZIONALI, EUROPEE E INTERNAZIONALI	95
<i>Filomena Gallo</i>	
RIFLESSIONI SU BIOETICA E CONSENSO: LA VOLONTÀ CONSAPEVOLE COME DISCRIMINE TRA INDIVIDUO E PERSONA	119
<i>Patrizia Pompei</i>	
PMA 'ETEROLOGA': PRIME RIFLESSIONI DOPO LA PRONUNCIA DELLA CONSULTA	133
<i>Gianni Baldini</i>	
PARTE TERZA	
INIZIO VITA E PROFILI ANTICIPATORI DI TUTELA DELLA SALUTE	
LA MEDICINA PREDITTIVA E I SUOI ASPETTI CRITICI	161
<i>Monica Toraldo di Francia</i>	
IL CONCEPITO E IL DIRITTO A NASCERE SANI: PROFILI COSTITUZIONALI ALLA LUCE DELLA DECISIONE DELLA CORTE DI CASSAZIONE (N. 16754 DEL 2012)	169
<i>Marilisa D'Amico</i>	
INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALMENTE CONFORME, ESECUZIONE DELLE DECISIONI DELLA CORTE EDU E QUESTIONI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE IN MATERIA DI DIAGNOSI GENETICA PRE IMPIANTO	183
<i>Benedetta Liberali</i>	
IL CAMBIO DI PARADIGMA DELLE SCELTE DI FINE VITA NEL NEONATO	227
<i>Gianpaolo Donzelli</i>	
BIBLIOGRAFIA GENERALE	233
NOTIZIE SUGLI AUTORI	257
INDICE DEI NOMI	259

# IL CAMMINO SENZA PREGIUDIZI DEL BIODIRITTO. LA COSTRUZIONE GIURIDICA DEI RAPPORTI GENITORIALI

*Andrea Bucelli*

SOMMARIO: 1. Comunicare senza pregiudizi – 2. La super-domanda della bioetica – 3. Frantumazione della famiglia – 4. *Consensus facit filios* – 5. L'alterna vicenda della fecondazione eterologa: fino alla sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 9 aprile 2014 – 6. Surrogazione di maternità e matrimonio omosessuale – 7. Una famiglia per gli embrioni in sovrannumero – 8. Accesso alle tecniche riproduttive e 'selezione' dei genitori: quale interesse dei figli? – 9. Sul Biodiritto nel tempo della tecnica

## 1. *Comunicare senza pregiudizi*

Le recenti *Linee guida per un'informazione rispettosa delle persone LGBT* (acronimo di 'Lesbiche, Gay, Bisessuali e Transgender') del Ministero per le pari opportunità dettano un minuzioso decalogo di raccomandazioni al fine di «comunicare senza pregiudizi» attorno alle persone omosessuali. Sarebbe ad esempio preferibile usare il plurale «famiglie» in luogo di «famiglia»: dunque si dica e si scriva di «famiglie omogenitoriali, oppure con due papà, due mamme. Meglio ancora parlare, semplicemente, di famiglie». E sarebbe scorretto riferirsi al matrimonio gay, che «suggerisce l'idea di un istituto a parte, diverso da quello tradizionale». Né mancano indicazioni sulla procreazione medicalmente assistita (di seguito PMA): anche qui la terminologia andrebbe depurata da deprecabili contaminazioni, come la peraltro ricorrente locuzione di 'utero in affitto', che spregiativamente associa l'organo riproduttivo femminile al mondo degli affari, mentre (si spiega ancora) è in gioco la ben più alta «aspirazione della coppia gay o lesbica ad avere un proprio figlio».

Insomma: i giornalmisticamente indicati come 'temi etici' suscitano preoccupazioni di vario genere, persino lessicali. Non si pensi però a questioni soltanto nominalistiche; in certi suggerimenti terminologici è facile scorgere sintomi e segnali, pure gli eccessi<sup>1</sup>, di una profonda trasformazione culturale e di costume.

## 2. *La super-domanda della bioetica*

Fraasi – quelle appena riportate – che si riferiscono alla famiglia non meno che alle tecniche riproduttive. Il primo aspetto, com'è ovvio, si reg-

<sup>1</sup> Qualche tempo fa notizie di stampa informavano che il Parlamento francese ha espunto dal *Code civil*, in tutti i luoghi in cui compariva, la classica espressione «buon padre di famiglia», perché giudicata sessista. Alcuni Comuni italiani hanno preso in considerazione l'idea di sostituire nei moduli d'iscrizione scolastici i sostantivi 'padre' e 'madre' con formule quali 'genitore richiedente' ed 'altro genitore', se non gli ancora più asettici 'genitore 1' e 'genitore 2'.

ge ed interferisce con il secondo. Le moderne biotecnologie, se da un lato consentono ad una coppia eterosessuale di accedere alla genitorialità negata da cause patologiche di sterilità o d'infertilità, dall'altro permettono di superare limiti biologici altrimenti insormontabili a coppie dello stesso sesso e a persone *singles*. Così tutti o quasi, grazie ai ritrovati della scienza medica, potrebbero ambire all'esperienza irripetibile della paternità e della maternità.

Se nonché, ogni volta che il progresso scientifico supera i limiti segnati dall'ordine naturale delle cose ed offre nuove soluzioni tecniche, riaffiora inesorabile la super-domanda della bioetica: «tutto ciò che è tecnicamente possibile è anche eticamente accettabile, socialmente ammissibile e giuridicamente lecito»<sup>2</sup>.

Su un tal genere di interrogativi si concentra l'attenzione contemporanea<sup>3</sup>, intrecciandosi ed arricchendosi con riflessioni delle diverse scienze sulle questioni della vita umana.

Le note che seguono<sup>4</sup> ripercorrono per sommi capi gli itinerari della complessa vicenda – tutta italiana – della PMA: riconsiderandola ormai a più di dieci anni dalla legge n. 40 del 19 febbraio 2004, se ne potranno trarre alcune indicazioni anche a proposito del c.d. biodiritto.

### 3. *Frantumazione della famiglia*

Il civilista non avrà difficoltà ad adeguarsi ad una delle raccomandazioni di cui si diceva: per lo studioso non è una novità parlare di 'famiglie' al plurale, anziché di 'famiglia'. Non di rado ci si esprime in termini di 'modelli familiari', e pure questa non è una terminologia neutra e casuale. Due scuole di pensiero si contendono il campo a livello europeo. Da un lato la tesi del 'non-modello', che guarda alla pluralità delle famiglie così come si formano nel tessuto sociale, ritenendole in quanto tali meritevoli di protezione, a prescindere da ogni giudizio di valore e senza alcun mo-

<sup>2</sup> Così G. Baldini, *Riflessioni di biodiritto*, Padova, 2012, p. 5.

<sup>3</sup> Al fondo, per riprendere il titolo di un vecchio film (Claude Lelouch, 1961), ovvero del recente volume di R. Brague, *Le propre de l'homme. Sur une légitimité menacée*, Flammarion, 2013, resta la domanda se ancora sussista un 'proprio' dell'uomo. Sul punto, avendo condiviso alcune idee con la compianta filosofa fiorentina Maria Moneti, si rinvia ad A. Bucelli e M. Moneti, *Natura, cultura ed etica nel diritto europeo della famiglia. Un filosofo e un giurista a confronto*, «Rass. dir. civ.», 3, 2010, pp. 759 ss. Ad ogni modo, se la questione antropologica rimane centrale, se cioè la sfida ineludibile è (ri)definire lo statuto dell'umano, non di minor rilievo sarà chiarire a chi spetti tale compito. Per alcune considerazioni in merito v. § 9.

<sup>4</sup> Che riproducono il testo rielaborato ed aggiornato della relazione, di cui è conservato il tono colloquiale, presentata al Convegno su *Persona e famiglia nell'era del biodiritto. Progresso scientifico, principi etici e diritti fondamentali: frammenti di una riflessione*, tenuto a Firenze il 2 dicembre 2013.



dello da rispettare o privilegiare. La tutela, secondo tale visione, dovrebbe dispiegarsi per mezzo di un 'diritto leggero', lungi da ogni «forzatura sulle strutture che la famiglia riceve dal costume e dal sentire sociale», il che impone all'ordinamento «un solenne principio di autolimitazione». Diverso è l'approccio che vorrebbe un'iper-giuridicizzazione dei rapporti familiari tra i quali, in una logica di non discriminazione, le relazioni omosessuali. L'alternativa quindi c'è, ma verte sul *quantum* di regole e non sull'ispirazione di fondo: «Si avverte sempre più impetuoso, al di là delle tecniche di adeguamento, il vento dell'individualismo libertario che ispira l'interpretazione dell'art. 9 della Carta di Nizza», il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia<sup>5</sup>.

Torna, com'è evidente, l'antico nodo del rapporto tra famiglia e diritto. Solo che, del tutto mutata concezione e realtà della famiglia, la pur fortunata metafora dell'unica grande isola, ancora costituita dalla famiglia fondata sul matrimonio, lascia senz'altro il posto alla più aggiornata immagine dell'arcipelago composto da tante isole<sup>6</sup>. Chi ne ha ripercorso le «stagioni (...) nel diritto, dall'unità d'Italia a oggi»<sup>7</sup>, nell'ultimo scorcio di anni «vede sulla istituzione familiare riflettersi in misura rilevante il processo di integrazione giuridica europea». E proprio nel considerare un sistema di fonti divenuto sempre più fluido e complesso, in un intreccio di tutele multilivello tra loro non sempre concordanti<sup>8</sup>, il «ri-ordinare» i «frantumi europei di famiglia» diventa per l'interprete compito tutt'altro che agevole<sup>9</sup>.

Ora, a frantumare la famiglia concorrono senz'altro anche le metodiche di PMA. Nell'aumentare le possibilità riproduttive, la tecnica moltiplica le figure genitoriali. Per composizione e caratteri si modifica il nucleo familiare, cambia l'assetto relazionale destinato ad accogliere il figlio che verrà. Il nato potrebbe essere accolto da una coppia eterosessuale, ma pure omosessuale o da una persona sola. C'è poi da considerare che le tecniche eterologhe, basate su capacità generative esterne alla coppia, mettono in gioco soggetti che si possono considerare 'terzi', ossia estranei al rapporto

<sup>5</sup> Così F.D. Busnelli in F.D. Busnelli, M.C. Vitucci, *Frantumi europei di famiglia*, «Riv. dir. civ.», 4, 2013, pp. 771 ss.

<sup>6</sup> L. Balestra, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, «Riv. trim. dir. proc. civ.», 2010, p. 1115.

<sup>7</sup> Dalla famiglia-istituzione dei codici, alla famiglia-comunità che prende forma nella Costituzione, dispiegandosi poi nella legislazione di attuazione, per giungere al tempo presente: V. Scalisi, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi*, «Riv. dir. civ.», 5, 2013, p. 1045.

<sup>8</sup> Attenzione particolare a tale versante è oggi rivolta da parte di studiosi che sono anche giudici: R. Conti, *I giudici e il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Roma, 2014; G. Oberto, *La tutela dei diritti fondamentali nelle carte costituzionali, ovvero del difficile dialogo tra carte e corti*, «Dir. fam. e pers.», 1, 2013, pp. 173 ss.

<sup>9</sup> F.D. Busnelli, M.C. Vitucci, *Frantumi europei di famiglia*, cit., p. 770.

di filiazione, ma fino ad un certo punto, essendo anch'essi coinvolti con il fatto biologico della generazione.

È il caso ad esempio del donatore di gamete che è pur sempre padre biologico, oppure si pensi allo sdoppiamento che si verifica allorché una donna intervenga nel procedimento con l'apporto biologico della gestazione ed un'altra con la donazione dell'ovocita, sicché in linea astratta possono essere ben tre le aspiranti madri, le due suddette e quella che a loro si è rivolta per procreare il figlio.

Nell'età del biodiritto, che è anche il tempo della tecnica, entrano in crisi canoni consolidati del diritto di famiglia (ad esempio, *mater semper certa est, pater numquam; pater is quem iustae nuptiae demonstrant*). Ma ad amplificare l'impatto delle tecnoscienze, in una sorta di alleanza o di movimento convergente, concorre senza dubbio la spinta proveniente dall'accennato processo di cambiamento antropologico e di costume.

#### 4. *Consensus facit filios*

«Per fare un uomo ci voglion vent'anni, per fare un bimbo un'ora d' amore», recitava una canzone degli anni Sessanta.

Oggi per fare un bambino si offrono ulteriori possibilità: il concepimento non è più soltanto un fatto naturale<sup>10</sup>. Si possono adottare procedure che non si esauriscono certo in un'ora.

Alla base delle tecniche di PMA vi è un atto giuridico della coppia, basato sul consenso che deve essere informato prima di manifestarsi per iscritto «congiuntamente al medico responsabile della struttura» (art. 6, l. 19 febbraio 2004, n. 40). Dunque, una «volontà consapevole e consapevolmente espressa» (art. 6, co. 1, cit.), che in campo medico ha la «funzione di sintesi di due fondamentali diritti della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute»<sup>11</sup>, mentre sul terreno dei rapporti familiari diventa pure «strumento tecnico della filiazione»<sup>12</sup>. Cade così un altro brocardo ricevuto dalla tradizione: *consensus non facit filios*.

Fintantoché la procreazione segue il suo corso naturale, i soggetti coinvolti sono ovviamente due, madre e padre, dopodiché – al momento del concepimento – si aggiunge l'ulteriore presenza del nascituro. Terzo rispetto all'atto generativo, dal concepimento in avanti diviene esso stesso parte del rapporto: parte nel senso elementare di «centro di interessi». Par-

<sup>10</sup> Cfr. P. Aarathi, *Storia naturale del concepimento. Come la scienza può cambiare le regole del sesso*, Torino, 2014.

<sup>11</sup> Corte cost. 15 dicembre 2008, n. 438, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>12</sup> E. Del Prato, *La scelta come strumento tecnico della filiazione*, «Familia», 2001, pp. 1035 ss.

lare infatti di «soggetto»<sup>13</sup>, con riferimento allo statuto giuridico dell'embrione, solleva – com'è ben noto – questioni che, sin dalla legge n. 194 del 1978 sull'interruzione volontaria della gravidanza, hanno dato adito a ricostruzioni anche molto divergenti.

Quando la filiazione sia frutto di una scelta meditata, presidiata dalla prescritta forma, e quando il medico 'assiste', dovendo preliminarmente informare la coppia, l'accesso alla struttura sanitaria sottrae l'atto procreativo alla sfera d'intimità consueta, per inserirlo in un più ampio contesto di regole e d'interessi, anche economici.

Non solo. Se – come detto – alcune tecniche di PMA, a cominciare dalla fecondazione eterologa, mettono in gioco altre figure, oltre al medico, e tuttavia il coinvolgimento di più soggetti che, contribuendo biologicamente al processo formativo dell'embrione, almeno in astratto potrebbero ambire al ruolo genitoriale, è impensabile che, al moltiplicarsi degli apporti biologici, faccia seguito un'automatica proliferazione di padri e madri, una sorta di famiglia allargata *ante litteram*. Ne deriverebbe una confusione di ruoli, un'incertezza di *status* che l'ordinamento in linea principio respinge. Senza dire che il conferente l'apporto biologico solitamente non vuole affatto comparire sulla scena familiare, tanto meno assumersi la minima responsabilità: è il caso ad esempio del donatore del seme che non intende diventare padre di chi, pur essendo suo figlio biologico, un padre consensuale che l'ha voluto comunque ce l'ha. Ciò non toglie che il proposito di rimanere nell'ombra dell'anonimato possa entrare in conflitto con gli interessi del figlio, quando ad esempio, raggiunto per così dire l'uso della ragione, voglia conoscere le proprie origini genetiche<sup>14</sup>.

Tanto basta per rendersi conto del carattere relazionale della figura di genitore, che si definisce con riferimento a quella di figlio: il rapporto tra generante e generato è necessariamente bilaterale. E tuttavia si tratta di due posizioni diverse, completamente disallineate nel tempo e quindi sbilanciate. Sono perciò gli adulti, ai quali non a caso la legge richiede tra gli altri il requisito della capacità di agire (art. 5 l. n. 40), a farsi interpreti di quel progetto di vita che coinvolge anche chi, all'epoca, non ha voce perché non ancora concepito o, se concepito, non ancora nato.

La rappresentanza degli interessi di chi non sia attualmente in grado di manifestare la propria consapevole volontà in ordine a scelte che tuttavia lo riguardano è al centro delle attuali riflessioni biogiuridiche. Basti pensare alle direttive anticipate di trattamento (c.d. testamento biologico), con la non trascurabile differenza che, nel caso del nascituro, una sua vo-

<sup>13</sup> Di «peculiare soggettività» dell'embrione scrive F.D. Busnelli, *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, «Riv. dir. civ.», 4, 2011, p. 474; del concepito quale «soggetto di diritti», G. Milan, *La procreazione medicalmente assistita tra desideri e diritti*, Firenze, 2008, pp. 47 ss.

<sup>14</sup> A. Nicolussi, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica*, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>, n. 1, 2012.

lontà antecedente – per ovvie ragioni – manca in ogni caso, sicché spetta ai genitori il dovere di cura dei figli, nati e nascituri (artt. 316, 320, co. 1, c.c.), in vista della realizzazione del loro *best interest*. Com'è stato giustamente osservato, neppure un sistema liberale si può permettere di relegare nell'ombra dell'irrelevanza giuridica l'interesse della persona che verrà<sup>15</sup>.

### 5. *L'alterna vicenda della fecondazione eterologa: fino alla sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 9 aprile 2014*

Di fronte ai nuovi modi del procreare, da cui potrebbe derivare un effetto moltiplicativo delle figure genitoriali, puntualmente si ripropone la già richiamata super-domanda della bioetica. Occorre perciò interpellare l'ordinamento vigente che, pur provvisto di un'apposita legge in materia, continua a dare segnali d'instabilità e d'incertezza.

Si ricorderà che, stante il vuoto legislativo perdurato fino al 2004, la tecnica eterologa, da nessuna norma vietata, era ammessa senza limiti oggettivi e soggettivi, ponendosi semmai il problema del valore giuridico del consenso prestato dal marito a che la moglie facesse ricorso alla fecondazione con seme altrui. Attesa la partecipazione al processo generativo di due figure maschili, il dubbio verteva sulla paternità. Veniva in questione l'ammissibilità, in una fattispecie che il legislatore del 1942 non poteva neanche lontanamente immaginare, dell'azione di disconoscimento della paternità e – come sappiamo – il *favor veritatis*, pur suffragato dal testo dell'art. 235 co. 1 n. 2 c.c., finì col cedere il passo ad un *favor legitimitatis* supportato da un'interpretazione evolutiva della stessa norma<sup>16</sup>. Appare infatti del tutto plausibile che la scelta di procreare con apporto biologico esterno, purché informata e consapevole, sia da ritenere anche responsabile e quindi irrettrabile, vuoi per non tradire l'affidamento della donna coinvolta, vuoi nell'interesse del nascituro ad acquisire e conservare un rapporto con chi l'ha voluto piuttosto che con chi si è limitato a cooperare, donando il gamete, senza l'intenzione di assumersi alcuna benché minima responsabilità genitoriale<sup>17</sup>.

Sul preesistente diritto vivente si abbatte – com'è noto – il divieto legislativo. Quelli che in precedenza erano – parole testuali della Suprema Corte (Cass. n. 2315/1995 cit.) – «atti o comportamenti non vietati dalla legge», *de iure condito* lo diventano: «È vietato il ricorso a tecniche di pro-

<sup>15</sup> D. Neri, *Quali regole per la procreazione assistita?*, in *La procreazione medicalmente assistita*, a cura di M. Fortino, Torino, 2005, pp. 43 ss.

<sup>16</sup> Cfr., rispettivamente, Corte cost. 26 settembre 1998 n. 347, «Dir. fam. pers.», 1999, pp. 12 ss., e Cass. 16 marzo 1999 n. 2315, «Resp. civ. prev.», 1999, pp. 1037 ss.

<sup>17</sup> A corollario si consideri che il padre biologico – il donatore di seme – non è legittimato all'azione di disconoscimento spettante al padre legittimo: Cass. 6 aprile 1995 n. 4035, «Giust. civ.», 1995, I, p. 2402.

creazione medicalmente assistita di tipo eterologo» (art. 4, co. 3, della legge 40). Con un divieto assoluto, ingombrante, contorniato di incongruenze puntualmente rilevate dai commentatori<sup>18</sup>.

Dopodiché, tutta la tensione che si era già manifestata durante l'*iter* parlamentare e poi nel corso della successiva campagna referendaria (uno dei quesiti referendari riguardava appunto l'art. 4, co. 3), si è scaricata sul piano dell'interpretazione giurisprudenziale che, com'era prevedibile<sup>19</sup>, si è presto prodotta nel tentativo di riconquistare le posizioni che il legislatore gli aveva sottratto. Con il risultato che quel limite, pur sancito dalla legge e successivamente confermato dalla consultazione popolare, si mostrerà assai più cedevole al vaglio di costituzionalità che non all'istituto di democrazia diretta.

Il percorso che porta ai giorni nostri è emblematico di un «difficile dialogo tra carte e corti»<sup>20</sup>. Muove da una prima presa di posizione della Corte di Strasburgo<sup>21</sup>, tutta impostata in termini di coerenza e non discriminazione tra aspiranti genitori, che nel divieto della fecondazione eterologa rinviene una violazione degli artt. 8 (Diritto al rispetto della vita privata e familiare) e dell'art. 14 (Divieto di discriminazione) della CEDU. Sul-

<sup>18</sup> Si pensi ad esempio alla coppia eterosessuale che non può aver figli attraverso la fecondazione omologa: la legge (*dura lex sed lex*) le nega(va) che un pur legittimo desiderio alla genitorialità si trasformasse in un diritto. Nel confronto con una coppia egualmente incapace di procreare, ma in grado di superare l'ostacolo grazie alla tecnica dell'omologa, non sfugge un profilo discriminatorio tra chi vive situazioni parimenti patologiche, mentre la *ratio* ispiratrice della legge è proprio la finalità terapeutica (art. 1). Non solo: poiché ciò che è vietato dalla norma, non per questo non può essere trasgredito, e poiché nello specifico il frutto dell'illecito è un figlio concepito e nato *contra legem*, in Italia o più probabilmente all'estero, ma comunque nato e perciò egualmente figlio, della netta diversità di piani – l'illiceità della modalità di concepimento, a fronte del valore del concepito e del nato che comunque esiste – il legislatore stesso si è accorto, correndo perciò ai ripari, non sanzionando l'illecito comportamento, se non in capo al medico *ex art.* 12, co. 1, e poi disciplinandone gli effetti, inibendo cioè l'azione di disconoscimento della paternità (art. 9) ed attribuendo uno *status* certo al figlio (art. 8). *Status* ora neanche più modellato sullo stato dei genitori in quanto, ai sensi della legge 10 dicembre 2012 n. 219, chi nasce, è figlio e basta!

<sup>19</sup> Per tutti, cfr. R. Calvo, *La famiglia e le successioni. Casi e problemi*, Torino, 2004, p. 184.

<sup>20</sup> Per riprendere le parole di Oberto, *La tutela dei diritti fondamentali nelle carte costituzionali, ovvero del difficile dialogo tra carte e corti*, cit., p. 173.

<sup>21</sup> La Corte europea dei diritti dell'uomo il 1 aprile 2010, a proposito della normativa austriaca, che vieta l'eterologa con l'unica eccezione del dono del liquido seminale da parte del terzo, purché la fecondazione avvenga in via intracorporea, non *in vitro*, sul presupposto che la scelta di concepire un figlio è espressione della vita privata e familiare *ex art.* 8 CEDU, ravvisava un profilo discriminatorio a detrimento delle coppie impossibilitate a procreare senza avvalersi di donatore o donatrice di gamete. Tale decisione è stata ribaltata dalla Grande Camera della Corte di Strasburgo del 3 novembre 2011, che ha dichiarato la normativa austriaca compatibile con l'art. 8 CEDU.

la scorta di tale giurisprudenza sono state sollevate, anche sotto il profilo dell'art. 117, co. 1, Cost., le prime questioni di legittimità costituzionale del menzionato divieto di fecondazione eterologa<sup>22</sup>. È seguita un'interpretazione della *Grand Chambre* più attenta all'interesse del figlio, sul presupposto che la tecnica eterologa rischia di compromettere il carattere unitario della genitorialità, ponendo problemi d'identità del figlio e di conoscenza delle origini biologiche, paventandosi altresì un possibile danno genetico, legato all'eventualità di rapporti inconsapevolmente incestuosi tra discendenti dello stesso donatore e, ancora, un *vulnus* all'unità della famiglia<sup>23</sup>. Da qui l'ordinanza della Corte costituzionale del 22 maggio 2012, n. 150, che rimetteva gli atti ai giudici *a quibus* perché riconsiderassero la questione alla luce della nuova giurisprudenza europea. Dopodiché, ancora i tribunali di Milano, di Firenze e di Catania, con ordinanze dell'8 aprile, del 29 marzo e del 13 aprile 2013, in riferimento agli artt. 3 (tutte le ordinanze), 2, 31 e 32 (la prima e la terza), nonché (la prima) agli artt. 29 e 117, co. 1, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 della CEDU, hanno reiterato le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4, co. 3 (tutte le ordinanze), e dei connessi artt. 9, co. 1 e 3 (limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3»), e 12, co. 1 della legge 40. Questa volta, con pronuncia del 9 aprile 2014, n. 162 (rel. Tesaurò), la Consulta ha ritenuto fondate le questioni sollevate in riferimento agli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost. È così caduto il divieto di fecondazione eterologa.

## 6. Surrogazione di maternità e matrimonio omosessuale

Altra tecnica eterologa che implica un effetto moltiplicativo delle figure genitoriali è la surrogazione di maternità. Il famoso caso Baby M. rendeva in modo plastico il conflitto tra due aspiranti madri, quella uterina e quella volontaria, pronte entrambe a contendersi l'unico figlio nato. Un conflitto che, a dispetto degli interessi coinvolti, era tutto giocato sulle categorie del diritto patrimoniale, nella misura in cui i coniugi 'committenti' doman-

<sup>22</sup> Trib. Firenze 13 settembre 2010, e Catania 21 ottobre 2010, entrambi in «Nuova giur. civ. comm.», 2011, I, pp. 42 ss., e Trib. Milano 2 febbraio 2011.

<sup>23</sup> V., infatti, a commento della citata Corte CEDU 1 aprile 2010, l'osservazione di M. Casini, *La dimenticanza del diritto alla famiglia del figlio concepito con le tecniche di Pma sotto il profilo dell'unitarietà delle figure genitoriali*, «Dir. fam. pers.», 1, 2011, pp. 73 ss., spec. 88: «L'impossibilità del disconoscimento impedisce di sottrarsi all'obbligo giuridico ed economico del mantenimento, ma non impedisce il rischio di un danno (psicologico, educativo, affettivo) se, di fatto, la verità biologica venga rinfacciata, com'è possibile, in occasione di crisi familiari tutt'altro che imprevedibili, con l'ulteriore conseguenza di una più facile frattura tra coloro che la legge dichiara genitori». In senso contrario, appellandosi alla letteratura scientifica (invero indicata nel solo nome, pur autorevole, di Carlo Flamigni), minimizza quei rischi e ne esclude la «dannosità sociale», E. Dolcini, *Il punto sulla procreazione assistita: in particolare il problema della fecondazione eterologa*, «Corr. mer.», 1, 2013, p. 9.

davano al giudice di condannare la donna inadempiente alla ‘consegna’ della bambina che, in forza del contratto, era da considerarsi loro figlia.

Sulla stessa falsariga si collocò in Italia, nel più completo vuoto normativo, una decisione che attirò molte attenzioni e critiche. Dopo che altri giudici di merito si erano espressi nel senso dell’illiceità dell’accordo di maternità surrogata (Trib. Monza, 27 ottobre 1989), il Tribunale di Roma del 17 febbraio 2000 considerò come meritevole di tutela l’interesse a fondamento dell’atto, qualificato come contratto atipico ai sensi dell’art. 1322, co. 2, c.c. L’asserita validità dell’accordo avrebbe assegnato il figlio (e lo *status* di madre) alla donna ‘committente’.

Esorbitando dai suoi poteri, il giudice romano, convinto di esser chiamato «a ridisegnare i confini della maternità», si segnalò per il velleitario tentativo di riscrivere un capitolo importante del diritto di famiglia<sup>24</sup>, riconducendo nelle categorie contrattuali le pratiche di PMA, che viceversa coinvolgono interessi e rapporti di natura essenzialmente non patrimoniale.

Oggi alla super-domanda della bioetica risponde tra le righe il dettato legislativo: ricalcando il paradigma naturalistico di famiglia, nel prefigurato interesse del nascituro ad avere come unica madre la donna che lo partorisce, l’art. 12, 6 co., della legge 40, sanziona chiunque in qualsiasi forma realizzi, organizzi o pubblicizzi la tecnica della surrogazione di maternità.

Ma anche in tal caso, come già per la fecondazione eterologa, il divieto può essere nei fatti violato, magari confidando in uno di quei viaggi della speranza all’estero, di cui di tanto in tanto informano le notizie di stampa. Ne deriva il problema di attribuire uno *status* certo a chi, pur illecitamente, sia comunque nato. E questa volta, a differenza di quanto previsto per la fecondazione eterologa (artt. 8, 9), il legislatore non si è curato di spendere una parola, lasciando quindi all’interprete il compito di rinvenire nel sistema una soluzione adeguata.

Mentre fino a qualche tempo fa il fronte degli ordinamenti e delle regole anche deontologiche contrarie alla surrogazione di maternità era compatto, oggi (lo dimostra una proposta di legge di recente presentata in Francia) la spinta a scalzare anche tale divieto si fa più decisa, anche (o soprattutto) perché si coniuga con la ‘rivendicazione’ del diritto al matrimonio omosessuale. Se infatti, nel caso di due donne, il comune progetto genitoriale può realizzarsi tramite inseminazione di una con gamete maschile, nell’ipotesi di coppia maschile – giocoforza – non si potrà fare a meno del grembo di donna estranea. Entrambe le coppie devono necessariamente ricorrere ad un apporto esterno, ma la prima si avvale dell’impiego di una parte staccata e disponibile del corpo del donatore, la seconda invece dell’‘uso’ (pur temporaneo) del grembo di una madre portante.

<sup>24</sup> Ovviamente non si fecero attendere severe critiche della dottrina: per tutti, M. Sesta, *La maternità surrogata tra norme etiche, deontologia e diritto giurisprudenziale*, e F.D. Busnelli, *Verso una madre “intercambiabile”*, entrambi in *Dieci lezioni di diritto civile* (a cura di G. Visintini), Milano, 2001, pp. 87 ss.

### 7. Una famiglia per gli embrioni in sovrannumero

Il giudizio di legittimità costituzionale – com'è noto – ha significativamente inciso anche su altre parti della legge 40, modificando lo statuto giuridico dell'embrione, altro capitolo fondamentale della disciplina della PMA. Due i passaggi dell'art. 14 oggetto della censura del giudice delle leggi: l'ultimo periodo del comma 2, dichiarato illegittimo limitatamente all'espressione «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre»; e poi il comma 3 nella parte in cui, nell'imporre il trasferimento degli embrioni appena possibile, non prendeva in considerazione il «pregiudizio per la salute della donna». La tutela dell'embrione esce in tal modo ridimensionata da «una deroga al principio generale di divieto di crioconservazione di cui al comma 1 dell'art. 14»<sup>25</sup>, con un conseguente, inevitabile incremento del numero degli embrioni conservati in attesa di impianto. Sulla sorte di questi grava ancor più di prima il silenzio della norma. Da qui il paradosso che una disciplina legislativa, fortemente ancorata alla protezione dell'embrione (artt. 1, co. 1, 6, co. 3, 13, co. 1, 14, co. 1), tace sullo specifico caso in cui un embrione c'è, crioconservato e non impiantato nell'utero della donna che lo ha prodotto, eppure c'è: che fare per non sacrificarne la sopravvivenza?

Per superare l'*impasse* l'interprete giustamente valorizza la stessa *ratio* e, almeno *de iure condendo*, propone di dare dei nuovi genitori ad un embrione condannato ad una sorte altrimenti segnata da una crioconservazione a tempo indeterminato tecnicamente impossibile<sup>26</sup>.

### 8. Accesso alle tecniche riproduttive e 'selezione' dei genitori: quale interesse dei figli?

Il capo secondo della legge sull'«Accesso alle tecniche» individua i requisiti soggettivi (art. 5), delimitando di riflesso un modello di famiglia: i soggetti ammessi oggi ad esprimere il consenso informato formeranno domani il nucleo familiare che accoglierà il neonato. Viene così introdotto un controllo – assieme con altri riscontrabili nell'ordinamento – collocati nel momento della costituzione (ma non solo) del rapporto di filiazione (l. 4 maggio 1983, n. 184, artt. 147, 330 c.c.).

Il profilo dei soggetti è tra i più spinosi di tutta la disciplina della PMA. Il testo legislativo si esprime in positivo: «Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi». Ma nel momento in cui non dice e dunque non consente, la norma – let-

<sup>25</sup> Corte cost. 8 maggio 2009, n. 151, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>26</sup> F.D. Busnelli, *Cosa resta della legge 40?*, cit., pp. 466 ss.



ta *a contrario* – esclude molti aspiranti genitori: le coppie fertili a rischio di trasmettere patologie genetiche<sup>27</sup>, la persona singola e segnatamente la vedova quando siano stati conservati i gameti del marito defunto. Non qualsiasi coppia è ammessa, ma soltanto quella eterosessuale, anche semplicemente convivente.

Da qualcuno valutata come ragionevole<sup>28</sup>, al fondo si scorge la scelta legislativa di aderire al paradigma naturalistico, in modo da garantire al figlio nato da PMA non solo uno *status* certo, ma anche un patrimonio genetico corrispondente a quello dei genitori (fecondazione omologa), e poi due genitori – madre e padre, donna e uomo – che abbiano un'età ed una capacità tali da potersi assumere le responsabilità parentali e, verosimilmente, accompagnarne e seguirlo lungo il corso delle stagioni delicate della crescita.

Non si può neanche dire che il legislatore del 2004 si sia attenuto al modello costituzionale di famiglia quale «società naturale fondata sul matrimonio» (art. 29, co. 1, Cost.), perché la norma dell'art. 5 offre una discutibile apertura ad una non meglio qualificata coppia convivente.

Sull'estromissione delle coppie omosessuali oggi si appunta il dibattito. Il riconoscimento del diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso diventerà forse un altro episodio del «difficile dialogo tra carte e corti»<sup>29</sup>. Già sul piano interno la formula «società naturale» contenuta nell'art. 29, co. 1, Cost. dà adito a divergenti letture<sup>30</sup>. Va da sé poi che al matrimonio omosessuale si accompagna la richiesta dell'ulteriore diritto allo *status* genitoriale, a cui le persone dello stesso sesso non possono accedere che in due modi: o tramite adozione, oppure per mezzo di tecniche eterologhe di PMA. E se, come detto, la *ratio* del citato art. 5 ruota attorno all'interesse della prole, è proprio su quest'ultimo aspetto che si sta spostando la discussione.

<sup>27</sup> Almeno fintantoché ha resistito il divieto di fecondazione eterologa, su cui v. *supra* § 5.

<sup>28</sup> C. Tripodina, *Studio sui possibili profili d'incostituzionalità della Legge 40/2004, recante "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*, «Dir. pubbl.», 2, 2004, pp. 537, 539, 545, 548.

<sup>29</sup> Per riprendere ancora una volta le parole di Oberto, *La tutela dei diritti fondamentali nelle carte costituzionali, ovvero del difficile dialogo tra carte e corti*, cit., p. 173.

Sulla trascrizione di atto di matrimonio tra persone dello stesso sesso, cfr. Cass. 4 novembre 2011-15 marzo 2012 n. 4184, anche per il richiamo alla Corte EDU 24 giugno 2010 (Schalk e Kopf vs. Austria), e nel senso del diritto al matrimonio omosessuale quale diritto fondamentale, contravvenendo in tal modo non solo un proprio precedente orientamento, ma anche alla sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale nella parte in cui dichiara incostituzionale quel medesimo diritto.

<sup>30</sup> Con un'interpretazione in chiave storica, A. Donati, *Profili del matrimonio omosessuale*, «Dir. fam. e pers.», 4, 2012, p. 1745, deduce dall'art. 29, co. 1, Cost., l'inammissibilità del matrimonio omosessuale; *contra*, sulla scorta di un diverso concetto di «naturalità» e considerando il matrimonio quale «contenitore che tutte» le famiglie «deve comprendere, adattandosi ad esse, non adattandole», A.M. Benedetti, *Tutto ciò che è reale è... naturale? Riflessioni sull'art. 29, 1° comma, Cost.*, «Riv. crit. dir. priv.», 2009, pp. 597 ss.

In proposito l'esperienza recente dà segni di ulteriori sviluppi. Nella misura in cui l'ordinamento lo consente, quando cioè si esprima per mezzo di clausole generali sufficientemente elastiche, la selezione<sup>31</sup> giudiziale dei genitori e di figure sussidiarie, egualmente coinvolte nel processo educativo, valuta e declina l'interesse del minore<sup>32</sup>. In tale direzione si consideri la decisione della Cassazione secondo la quale, nella crisi della coppia, l'omogeneità sessuale della coppia convivente non nuocerebbe sul piano educativo e della crescita. Significativa la motivazione addotta: fintantoché non saranno fornite «certezze scientifiche o dati di esperienza» in senso contrario, reputare «che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale», sarebbe un «mero pregiudizio»<sup>33</sup>.

Può quindi incontrarsi una varietà di sentenze con episodi e fattispecie diverse, ma anche simili (per non dire uguali). Il che sembra avvalorare la concretezza di un c.d. biodiritto. La categoria, sostenuta da un numero progressivo di seguaci, è estratta da quella più generale di diritto, quest'ultima per giunta storicamente sedimentata come disciplina di vicende umane e non solo.

### 9. Sul Biodiritto nel tempo della tecnica

Al biodiritto si chiede «di ripensare se stesso innanzitutto attraverso la creazione di un nuovo paradigma giuridico antropologicamente fondato, dispensatore di scopi e fini autonomi – sia da quelli scientifici che da precetti etici di parte [...] – in quanto basato su valori e principi il più largamente condivisi»<sup>34</sup>. Tale auspicio, certamente condivisibile nel deciso richiamo ai parametri di legalità costituzionale, andrebbe tuttavia integrato, rilevando quanto meno l'elasticità di quel pur necessario riferimento

<sup>31</sup> Riprendo la terminologia di H. Draper, *Tecniche di procreazione assistita, selezione dei genitori e interesse dei nascituri ad avere genitori adeguati*, in *Bioetica*, 3, 1997, pp. 394 ss.

<sup>32</sup> R. De Meo, *La tutela del minore e del suo interesse nella cultura giuridica italiana ed europea*, «Dir. fam. e pers.», 1, 2012, p. 475.

<sup>33</sup> Così, in un caso di affidamento del figlio naturale alla madre convivente con altra donna, Cass. 11 gennaio 2013, n. 601, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com). L'argomento è stato poi ripreso nei provvedimenti di alcuni giudici tutelari (Trib. Bologna e Palermo) che, accertata in concreto l'idoneità della coppia omosessuale ad accudire il minore, rispettata quindi la procedura, hanno conseguentemente ampliato la nozione di «comunità di tipo familiare» ai fini dell'affido (art. 2, co. 1, l. n. 184 del 1983).

<sup>34</sup> Che trovano nei «diritti fondamentali sanciti nelle carte costituzionali – nazionale ed europea – [...] il riferimento obbligato ed imprescindibile», scrive Baldini, *Riflessioni di biodiritto*, cit., pp. 7, 14 ss., 51, il quale, pur avvertendo «i pericoli derivanti dalla potenza dell'innovazione scientifica e tecnologica e dalla sua connessione con le forze economiche e del mercato dall'altra», alla domanda su chi debba 'governare' gli spazi sottratti alla causalità naturalistica, risponde indicando, oltre al diritto, l'economia, l'etica e la natura.

esegetico<sup>35</sup>. E se – come autorevolmente s'insegna<sup>36</sup> – è attraverso la Carta costituzionale che l'ordinamento attinge ai «valori correnti», ai «valori che la coscienza collettiva avverte e di cui ha nutrito la vicenda storica», sicché «il diritto legale non sfugge [...] alla impietosa verifica con il divenire della coscienza collettiva e dei suoi valori», è su questo piano che dovrà spingersi lo sguardo attento dell'interprete.

Guardando al decennio abbondante di applicazione della legge 40 sulla PMA, via via erosa dal diritto giurisprudenziale nei termini sopra esposti, quel che si può rilevare è che certamente sono cambiati i costumi, il sentire comune, come traspare dalle preoccupazioni terminologiche riferite in apertura.

Dato altrettanto incontestabile è che sul terreno delle biotecnologie la tecnica mostra oggi tutta la sua forza. Mano a mano che il progresso scientifico consente di ridisegnare gli spazi della vita umana, i quali vengono corrispondentemente sottratti alla causalità naturalistica (nell'ambito delle tecniche di PMA – si è visto – il fattore biologico si scinde da quello volontaristico nel costituire il rapporto di filiazione), ogni volta puntualmente si ripropone la super-domanda della bioetica. Ed ogni volta l'interrogativo, contestualizzato nella cultura moderna, su cui – come si è detto – soffia forte il «vento dell'individualismo libertario», ha molte probabilità di ottenere risposta affermativa, posto che scienza e tecnica rendono perseguibili risultati prima neppure immaginabili.

Si potrà replicare che l'ordinamento giuridico (comprensivo delle più recenti pronunce della Consulta e delle Corti EDU) dà rilievo sempre più rilievo all'autonomia privata, a cui sono rimesse scelte fondamentali in ordine alla persona, al corpo, al nascere e al morire, all'esser padre e madre, uomo o donna, e così via. Basti pensare ancora alle direttive anticipate di trattamento, in base alle quali l'autodeterminazione, seppur manifestata in un tempo anteriore alla sopravvenuta incapacità, può avere la meglio sull'accanimento terapeutico: una vittoria del diritto sulla tecnica, si direbbe. Anche se – a ben considerare – il «governo del corpo»<sup>37</sup> si muove lungo la traiettoria che, prestando ascolto alla «voce del paziente»<sup>38</sup>, si fonda sul

<sup>35</sup> Tanto che la Consulta, in occasione del giudizio in tema di fecondazione eterologa sopra riferito, si è spaccata in due: otto contro sette.

<sup>36</sup> P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003, pp. 85, 90 ss., pp. 109 ss., che vede l'interprete come «intermediatore ma in quanto voce della comunità», e non come «ancillare esegeta di un testo legislativo scambiato per un testo sacro».

<sup>37</sup> *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, vol. 2, Milano, 2011.

<sup>38</sup> Così, nel caso Englaro, Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, «Corr. giur.», 12, 2007, pp. 1676 ss., con nota di E. Calò, *La Cassazione "vara" il testamento biologico*, «Giur. it.», 2007, 1687 ss., secondo la quale il giudice può autorizzare la disattivazione del presidio sanitario solo «quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli *standard* scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno».

responsso medico che, a sua volta, è l'indefettibile supporto di una conforme decisione del giudice.

Ma dei tre elementi della sequenza quello volontaristico è certamente mancante nel caso del figlio, che nelle fasi iniziali della vita non è in grado di esprimere alcuna volontà propria, sicché il sistema necessariamente affida ai genitori un dovere di cura che esige il rispetto, ma prima la definizione del *best interest* dell'incapace e, ancor più, del concepito.

Su questo ed altri aspetti la mediazione politica arretra. Eppure «l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze» (Corte cost. n. 162 del 2014) spetta al legislatore, che però neppure riesce ad immaginare i casi più difficili<sup>39</sup>; anzi dà la sensazione di muoversi di conserva, fin quasi a 'certificare' l'esistente, quale risulta ridefinito dalla scienza e dalla tecnica ed accolto dal volere individuale che del comune sentire è parte infinitesimale e da cui, al contempo, è fortemente influenzato. Gli strumenti della democrazia, referendum compreso, in Europa come altrove stentano ad esprimersi, sia per il fisiologico ritardo con cui intervengono rispetto al rapido incedere dei cambiamenti della tecnica e dei costumi, sia per la difficoltà di affidarsi a quel linguaggio, fatto di comandi e divieti, che è tipico della norma giuridica e verso il quale la realtà contemporanea si mostra persino insofferente. Del fallimento di una *hard law*, di uno scollamento tra *regula iuris* e sensibilità sociale, dà emblematico riscontro il processo di erosione giurisprudenziale subito dalla legge italiana sulla PMA. Si prospetta allora una diversa tecnica legislativa<sup>40</sup>, tale da consentire all'interprete di trovare la soluzione più adeguata al caso concreto<sup>41</sup>.

E mentre vi è chi si preoccupa della sostenibilità economica del più ampio ventaglio di tecniche di PMA ora consentite<sup>42</sup>, il risultato che si profila – piaccia o no – è comunque quello di spostare più in là i confini del lecito. Dopodiché, in taluni avanzamenti vi sarà chi legge i sintomi di una crisi legalizzata<sup>43</sup> e chi, al contrario, li saluterà come conquiste

<sup>39</sup> Si pensi alla vicenda dello scambio di embrioni con la coppia che ha visto la donna rimanere incinta di gemelli geneticamente figli di altra coppia: cfr. il pensoso commento di V. Zagrebelsky, *Un diritto da inventare*, in «La stampa», 19 aprile 2014, p. 1, 25.

<sup>40</sup> Prediligendo ad esempio il modello francese e criticando le logiche di «supermazia e prevalenza» sperimentate in Italia, cfr. R. Cippitani, *Principi e metodo nella revisione francese relativa alla bioetica*, «Dir. fam. pers.», 4, 2012, pp. 1860 ss.

<sup>41</sup> Sul ruolo del giudice, quale «custode dei diritti umani», che trova «la legittimazione del suo potere discrezionale», non tanto in una norma generale ed astratta spesso mancante in ambito biogiuridico quanto nel legame processuale con il caso concreto, si concentra l'analisi di Conti, *I giudici e il biodiritto*, cit., p. 284.

<sup>42</sup> Si propone ad esempio di far rientrare le tecniche omologhe ed eterologhe di PMA nei livelli di assistenza essenziale (LEA).

<sup>43</sup> Cfr. Quinto Rapporto sulla Dottrina sociale della Chiesa nel mondo, *La crisi giuridica ovvero l'ingiustizia legale*, a cura di G. Crepaldi, S. Fontana, Siena, 2013.

di civiltà, segnate dal progressivo riconoscimento di nuovi diritti della persona.

Con quali vantaggi e svantaggi per l'umana convivenza, lo diranno gli anni a venire.

