



Fortunato Freni

(professore ordinario di Diritto ecclesiastico nell'Università degli Studi di
Messina, Dipartimento di Giurisprudenza)

**Il presunto diritto alla mono-genitorialità
e le scelte etiche di inizio-vita ***

*The alleged right to single parenthood
and the ethical choices of beginning-life **

ABSTRACT: This contribution, taking its cue from requests for jurisprudential recognition of an alleged right to single parenthood, analyzes the phenomenon of pma for singles in the light of the different ethical conceptions of procreation, reaching the conclusion that the law 40 on pma should be entirely rewritten through a normative intervention oriented in the sense of a secular mediation, within the framework of the pluralism of ethical-religious conceptions present in society, which knows how to combine the right of self-determination with the duty of solidarity.

SOMMARIO: 1. La legge n. 40 sulla procreazione medicalmente assistita (pma) dopo gli interventi giurisprudenziali - 2. La pma per i *singles* e il presunto diritto alla mono-genitorialità - 3. Le scelte etiche del procreare di fronte ai nuovi ritrovati tecnologici - 4. La mediazione del (bio-)diritto laico.

Come la luce della fede può essere spenta in modo che gli uomini non vedano più il mondo con gli occhi di Cristo, così anche la luce della ragione può essere spenta, in modo che gli uomini non distinguano più il bene dal male [...].

Il più grande disastro che può accadere all'uomo o a una nazione non è fare il male; è negare che il male esiste chiamandolo con un altro nome come "progresso".

(**Fulton J. Sheen**, *For God and Country*, P.J. Kenedy & Sons, 1941)

1 - La legge n. 40 sulla procreazione medicalmente assistita (pma) dopo gli interventi giurisprudenziali

La procreazione medicalmente assistita (pma) è una delle più evidenti attestazioni di come il progresso scientifico e tecnologico, soprattutto con le novità in campo biomedico, abbia inciso profondamente la realtà



sociale producendo implicazioni etiche e giuridiche di rilievo: basti pensare come oggi con queste tecniche riproduttive si permette di generare a persone che non potrebbero farlo naturalmente, di diagnosticare e curare già durante la gravidanza anomalie del feto, di indirizzare verso “modelli” predefiniti lo sviluppo di embrioni, di congelare quantità di questi ultimi per utilizzarli in futuro, ecc.

La disciplina italiana della pma è contenuta nella legge 19 febbraio 2004, n. 40, recante “*Norme in materia di procreazione assistita*”, che oggi riserva l’accesso alle tecniche di fecondazione assistita alle coppie eterosessuali coniugate o conviventi, affette da sterilità o infertilità, o portatrici di malattie genetiche trasmissibili, i cui componenti siano entrambi viventi e in età potenzialmente fertile. Tale assetto risulta peraltro da uno mutamento sostanzioso effettuato negli anni a opera di pronunce giurisprudenziali.

Tra gli interventi più significativi ricordiamo quelli della Corte costituzionale, cominciando dalla pronuncia n. 151 del 2009, che ha rimosso il limite massimo della produzione di tre embrioni nonché l’obbligo di impiantarli contemporaneamente; la sentenza n. 162 del 2014 ha invece tolto il divieto della fecondazione eterologa, ritenuto illegittimo perché viola il diritto alla salute, proibendo il trattamento della sterilità a coloro che non possono accedere alla fecondazione omologa, nonché il loro diritto all’autodeterminazione; la sentenza n. 96 del 2015 ha infine eliminato il divieto di effettuare diagnosi preimpianto sugli embrioni, in quanto ciò viola il diritto degli aspiranti genitori a conoscere le condizioni di salute dell’embrione¹.

Persiste invece il divieto di utilizzare gli embrioni crioconservati per fini di ricerca scientifica nonché quello di distruggerli, con conseguente obbligo di crioconservazione degli stessi a tempo indeterminato. Inoltre, nonostante l’entrata in vigore della normativa sulle unioni civili, che le ha previste anche per le coppie omosessuali, la legge n. 40 vieta ancora che tali coppie possano ricorrere alla pma (Corte

* Contributo sottoposto a valutazione - Article peer evaluated.

¹ Inoltre, la Corte costituzionale, con sentenza n. 229 del 2015 ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 13, nella parte in cui contempla come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa sia esclusivamente finalizzata a evitare l’impianto nell’utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all’art. 6, primo comma, lettera b), della legge n. 194 del 1978 e accertate da apposite strutture pubbliche.



cost. n. 221 del 2019² e n. 230 del 2020). Rimane vietato pure il ricorso alla maternità surrogata, consentita invece all'estero, perché in Italia è ancora oggetto di opposizioni etiche e politiche (Corte cost. n. 33 del 2021), ma sorgono problemi circa il riconoscimento italiano dello status giuridico ai figli concepiti mediante questa tecnica, nei Paesi dove è consentita³.

Essendo il contenuto della legge n. 40 ormai notevolmente mutato, è auspicabile che essa venga interamente sostituita da un nuovo testo normativo, che possa risultare più idoneo a disciplinare una materia così delicata e soggetta a evoluzione. In caso contrario si continuerà a percorrere la via giurisprudenziale, ponendo rimedio di volta in volta ai nodi che si presenteranno nell'applicazione della legge n. 40, probabilmente facendo cadere i divieti ancora vigenti.

2 - La pma per i *singles* e il presunto diritto alla mono-genitorialità

Attualmente, per esempio, rimane il divieto di ricorrere alla pma da parte di *singles* perché, essendo una tecnica predisposta ad aiutare le persone affette da sterilità, non può essere utilizzata da chi non può avere figli per natura: quest'ultima, infatti, consente di dare la vita soltanto a un'unione tra un uomo e una donna fino a una certa età (periodo di fertilità). Pertanto, persone sole o in menopausa o coppie omosessuali non possono naturalmente procreare. Quindi, la legge consente di ovviare a una patologia (infertilità, sterilità, tara genetica) senza curarla, nel senso che la persona che si sottopone alla pma non guarisce dalla malattia, perché rimane sterile o continua a poter trasmettere patologie genetiche, ma riesce a diventare genitore.

² In particolare, la Corte, al punto 12 del Considerato in diritto, afferma che l'«infertilità "fisiologica" della coppia omosessuale (femminile) non è affatto omologabile all'infertilità (di tipo assoluto e irreversibile) della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive: così come non lo è l'infertilità "fisiologica" della donna sola e della coppia eterosessuale in età avanzata. Si tratta di fenomeni chiaramente e ontologicamente distinti. L'esclusione dalla PMA delle coppie formate da due donne non è, dunque, fonte di alcuna distonia e neppure di una discriminazione basata sull'orientamento sessuale».

³ Per una analisi interdisciplinare sulla recente giurisprudenza in materia si vedano, da ultimo, i contributi di **G. D'AMICO**, *La preminente ... discrezionalità del legislatore e il "giuoco delle parti"*, **M. FORTINO**, *L'omogenitorialità di fronte alla Corte costituzionale: decisioni prudenti o insoddisfacenti?*, **F. POGGI**, *La bilancia inceppata. La Corte costituzionale e la mancata tutela dei nati all'estero a seguito di gpa*, **A. ZANOTTI**, *La vita a comando*, in *Quad. dir. pol. ecl.*, 2021/3, rispettivamente pp. 623 ss., 641 ss., 655 ss., e 699 ss.



Di recente, si discute se questa legittima aspettativa di essere genitori possa tradursi in un diritto di cui sia titolare chiunque, a prescindere dalle condizioni naturali (orientamento sessuale, età) o sociali (coppia, *single*, coniugato, convivente, divorziato) in cui versi in un dato momento. Si parla così di un diritto al figlio o di un diritto alla genitorialità, che, quando fosse esercitato da un soggetto solo, si tradurrebbe in un diritto alla mono-genitorialità, permettendo così di assecondare la voglia di avere un figlio anche senza la condivisione di un progetto di famiglia con un partner.

A quest'ultimo esito sembra giungere la Prima Sezione civile del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere che, con l'ordinanza 27 gennaio 2021, ha disposto che gli embrioni creati e crioconservati da una coppia nel 2018, che nel 2019 si è separata, potranno essere impiantati nella donna anche contro la volontà dell'*ex* marito. La pronuncia, favorevole alla richiesta della donna, era già stata adottata dal Tribunale monocratico sammaritano con l'ordinanza 11 ottobre 2020, che era stata poi reclamata davanti al Tribunale in composizione collegiale.

Nella fattispecie il progetto di famiglia esisteva nel momento in cui la coppia aveva fatto ricorso alla pma, anche se non si era poi proceduto all'impianto in utero per una patologia della donna⁴. Successivamente, però, il progetto genitoriale naufragò, in quanto la coppia pose fine al rapporto mediante sentenza di separazione personale. Dopo la guarigione, la signora decide di proseguire il percorso procreativo interrotto, e quindi chiede all'*ex* partner il consenso per lo scongelamento degli embrioni, che le viene negato, perché ormai l'*ex* marito ha intrapreso un nuovo progetto familiare con un'altra donna. La signora richiede allora al Tribunale, con ricorso d'urgenza, di ordinare alla clinica di procedere all'impianto, nonostante la mancanza del consenso dell'*ex* marito⁵.

⁴ Si era in sostanza momentaneamente realizzato ciò che era stato già stabilito nella citata pronuncia della Corte costituzionale n. 151 del 2009, che aveva riconosciuto la possibilità di non procedere al trasferimento degli embrioni se si fosse leso l'interesse alla salute della donna.

⁵ La vicenda è più specificamente descritta nella *Nota sulle Ordinanze del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere: il conflitto di coppia e la prosecuzione dell'iter sanitario di procreazione medicalmente assistita (PMA)*, a cura di M.P. COSTANTINI con la collaborazione di M.P. IADICICCO, G. D'AMICO, S. PAPANDREA, in *Osservatorio giuridico SIRU* (Società Italiana della Riproduzione Umana), 1 marzo 2021: "La coppia, sposata nel 2017, ha quasi subito una crisi determinata da diverse ragioni tra cui la scoperta della infertilità maschile e una prima opposizione a ricorrere alle procedure di PMA da parte della partner femminile per proprie convinzioni religiose. E di fatti nel 2018 il marito avvia la causa di



Il giudice di prime cure, con ordinanza dell'11 ottobre 2020, accoglie il ricorso d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, ordinando alla clinica di "procedere con l'inserimento in utero degli embrioni crioconservati ed in custodia sulla persona della ricorrente". L'*ex* marito promuove reclamo, *ex art. 669-terdecies c.p.c.*, che viene però rigettato dallo stesso Tribunale in composizione collegiale⁶, perché va riconosciuto poeriormente l'interesse a nascere dell'embrione.

La Corte, disponendo l'impianto, si colloca in quel filone giurisprudenziale che continua a mutare la *ratio* originaria della legge n. 40, consentendo in sostanza a una persona di essere genitore, non soltanto senza un partner, ma addirittura contro la volontà dell'altro soggetto parimenti interessato. Questi, in definitiva, risulterà suo malgrado padre di un figlio concepito in costanza di matrimonio ma che probabilmente nascerà dopo anni dallo scioglimento dello stesso.

Tutto ciò appare un'ulteriore conferma di come il progresso scientifico, se non viene saggiamente seguito da un'evoluzione etica e giuridica, non è solo un mezzo come un altro per assecondare aspettative o desideri o capricci, ma crea problemi sociali e umani difficilmente risolvibili in maniera soddisfacente o equa per tutti i protagonisti delle vicende attivate.

Il problema della procreazione assistita, come pratica manipolatoria del corpo umano, si innesta pertanto nella più generale questione della tecnica. Infatti, così come è accaduto per la bomba atomica, che non si è rivelata solo un ordigno più potente degli altri,

separazione. A seguito di riconciliazione, a maggio del 2018, la coppia accede a un Centro di PMA pubblico di Roma assumendo la decisione di effettuare una fecondazione in vitro. A febbraio 2019 viene avviata la procedura con il prelievo degli spermatozoi e degli ovociti. I sanitari procedono alla fecondazione. Purtroppo la procedura si interrompe senza trasferimento degli embrioni, a causa di iperstimolazione ovarica con necessità di ricovero. I 4 embrioni (su 11 prodotti) sono crioconservati in attesa di poter concludere l'iter. Ad aprile 2019, la coppia stipula un contratto di crioconservazione con un nuovo Centro di PMA, trasferendo lì gli embrioni. Nel settembre 2019, la coppia si separa. Sono presentati ricorsi da entrambe le parti. A giugno 2020, la signora invia una diffida al Centro di PMA di Caserta chiedendo che si proceda alla conclusione dell'iter sanitario. Il Centro rifiuta di proseguire ponendo in evidenza la necessità di consenso da parte del partner maschile ed evidenziando che sussiste solo un contratto di crioconservazione, ma non è stato sottoscritto il consenso al trasferimento in utero degli embrioni. A luglio 2020, la signora deposita il ricorso in Tribunale al fine di ottenere il trasferimento in utero degli embrioni crioconservati".

⁶ Sull'ammissibilità del procedimento d'urgenza richiesto, si veda **A. SCARPA**, *Crisi della coppia e revoca della volontà di accesso alla procreazione medicalmente assistita (nota a Trib. S.M. Capua Vetere, 11 ottobre 2020)*, in www.giustiziansieme.it, 7 giugno 2021.



bensì lo strumento di un potere indiscriminato dell'uomo, capace di stravolgere la natura; allo stesso modo, per la pma ci si sta rendendo conto che non è solo un rimedio alla sterilità ma, con l'invasività della sua tecnica, è anche un segno della capacità dell'uomo di alterare la propria identità.

L'ordinanza, infatti, realizza l'interesse della donna ad avere un figlio, facendo leva sull'interesse del concepito a venire al mondo, perché l'embrione o blastocisti, non è mero materiale biologico ma è un soggetto a cui va riconosciuto il diritto alla vita, a nascere⁷. Va, peraltro, ricordato in questa sede che se la legge n. 40 proclama solennemente questo diritto all'art. 1, un'altra legge della nostra Repubblica, la n. 194 del 1978, per certi versi consente di conculcare il diritto a nascere del concepito riconoscendo alla donna il diritto di abortire. Quindi soltanto la donna, con la propria autodeterminazione, può decidere se il diritto alla vita di un embrione congelato o di un feto in grembo possa essere realizzato, a nulla rilevando la volontà del padre⁸.

Inoltre, il Tribunale, rigetta l'istanza del marito a non impiantare gli embrioni nell'ex moglie evidenziando come la stessa legge n. 40, proprio per rafforzare il diritto alla vita del concepito, fissi all'art. 6, terzo comma, l'irrevocabilità del consenso alla pma dopo l'avvenuta fecondazione dell'ovulo. Sussiste quindi una responsabilità a diventare genitori una volta che abbiano prestato il consenso alla pma.

“Insomma il consenso espresso dai partner alla procreazione assistita non costituisce mero consenso all'esecuzione di un trattamento sanitario configurandosi come vera e propria manifestazione di volontà costitutiva di uno status genitoriale, acquisito a partire dal momento del concepimento dell'embrione, status che non potrà essere più rimesso in discussione”⁹.

Sorgono, peraltro, alcuni interrogativi: se fosse stato l'uomo a volere quel figlio, avrebbe potuto imporre all'ex moglie l'impianto? Non sembra che ciò sia ammissibile, perché ai sensi dell'art. 32 Cost. non è possibile imporre coattivamente un trattamento sanitario, tranne per motivi di salute pubblica. Dalla stessa norma costituzionale si ricava che è sempre ammessa la revoca del consenso alla terapia, tranne quando è

⁷ Cfr. Corte cost., sentenze n. 151 del 2009 e n. 229 del 2015, citate.

⁸ In argomento cfr. **C. CASONATO**, *Il Principio di autodeterminazione. Una modellistica per inizio e fine vita*, in *Osservatorio costituzionale*, 2022/1, p. 51 ss.

⁹ **G. BALDINI**, *Diritto della donna al trasferimento degli embrioni crioconservati*, in *www.altalex.com*, 1° marzo 2021.



esclusa dalla legge, come in questo caso, ove si intende tutelare il diritto alla vita del concepito. Ma, allora, avrebbe potuto l'ex marito far impiantare l'embrione alla nuova compagna consenziente, anche con l'opposizione dell'ex moglie? Neanche tale ipotesi sembra ammissibile perché si configurerebbe un caso di maternità surrogata, vietata dalla legge n. 40¹⁰. In sostanza: nel favorire il diritto a nascere del concepito, si riconosce come legittima l'aspettativa di genitorialità di un solo partner, senza tutelare equamente gli interessi di tutti i protagonisti della delicata vicenda umana. Ciò, peraltro, sembra collidere con lo stesso art. 1 della legge n. 40 laddove afferma che il ricorso alla procreazione assistita deve assicurare "i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito"¹¹.

Fra l'altro, la presente fattispecie mette in luce non soltanto il riconoscimento giurisprudenziale del presunto diritto alla monogenitorialità dell'ex moglie, ma impone anche la bigenitorialità, cioè la Corte costringe l'ex marito a diventare genitore senza che questi lo desideri. Ciò è rilevante perché non soltanto il padre dovrà, suo malgrado, provvedere al mantenimento economico di un figlio non voluto, ma dovrebbe altresì prendersi cura della sua crescita spirituale, condividendo con l'ex moglie affetto e dedizione verso l'incolpevole bambino.

È vero che ciò capita ogni volta che una coppia di genitori si separa, ma è evidente come nel caso in parola si sarebbe ancora in tempo a scongiurare tale situazione non ammettendo l'impianto! Si arriva pertanto a generare giudizialmente un "paradosso tecnologico": si impone la bi-genitorialità a una coppia che non c'è più, perché il progetto

¹⁰ Cfr. **I. FAGGIANO**, *PMA, Costantini (Siru): "La legge 40 ha troppe lacune. Urge una modifica"*, 18 marzo 2021 (in www.sanitainformazione.it), e **A. MORRESI**, *Madre, padre, figlio e la legge 40. Niente tasto "cancella"*, in www.avvenire.it, 27 febbraio 2021, che, tra l'altro, risponde negativamente al seguente quesito: sussisterebbe allora "una 'asimmetria' in favore della donna? No, un riconoscimento della differenza sessuale, almeno finché saranno le donne a portare avanti la gravidanza".

¹¹ "I giudici ritengono di confermare totalmente l'impianto originario della Legge 40/2004 (fanno infatti riferimento ai lavori preparatori della normativa) e di non avere dubbi di costituzionalità sulla questione della irrevocabilità del consenso presente nella legge a prescindere da qualsiasi evento o comportamento, anche laddove vi siano situazioni non contemplate o che meriterebbero particolare attenzione. Il riferimento alla necessità di confermare l'impianto originario non considera il vizio di fondo della Legge che non garantisce un'effettiva tutela delle situazioni giuridiche di tutti i soggetti coinvolti, finendo quindi per far prevalere l'asserito diritto del concepito rispetto a quelli degli altri": *Nota sulle Ordinanze del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere*, cit.



di famiglia, ideato a suo tempo, si basò su un atto copulativo non naturale ma in provetta!¹²

Se i giudici non ritengono di potere bloccare l'iter *naturale* iniziato con la fecondazione *artificiale* e che deve concludersi con la nascita del figlio, l'unico rimedio per non replicare tale paradossale situazione sembra essere quello di un'ennesima modifica della legge n. 40, e segnatamente dell'art. 6, nel senso di prevedere la possibilità di limitare nel tempo l'impianto¹³ fino, ad esempio, al permanere dell'unione della coppia. Si potrebbe a tal uopo inserire la previsione di un accordo tra le parti, da sottoscrivere all'atto della manifestazione del consenso alla pma, fissandone l'irrevocabilità fintantoché esse rimangono insieme, stabilendo nello stesso tempo l'eventuale possibilità di proseguire l'iter da parte di uno dei due (ormai) *ex* coniugi con un nuovo partner¹⁴.

¹² "Sono gli effetti del 'paradosso tecnologico' in forza del quale grazie alle tecniche di crioconservazione dei gameti è possibile separare per un tempo indefinito il momento del concepimento (realizzato dal medico in vitro) da quello della gravidanza e del parto (a seguito di trasferimento da parte del medico dell'embrione conservato in provetta nel corpo della donna) con il risultato che indipendentemente dalla sussistenza di quel rapporto di coppia su cui il progetto genitoriale trovava la sua giustificazione prima logica che giuridica, ove una legge espressamente fissi uno specifico momento a partire dal quale il consenso prestato non sarà più revocabile, sarà possibile giungere alla nascita di un bambino che assumerà lo status di figlio di quella *ex* coppia": **G. BALDINI**, *Diritto della donna*, cit.

¹³ La *ratio* della legge n. 40 è stata alterata dalle sentenze della Corte costituzionale che in particolare (n. 151 del 2019 e n. 97 del 2010) hanno fatto venir meno il divieto di formazione di un numero di embrioni superiore a tre, e conseguentemente anche il divieto di crioconservazione. "A seguito di tali pronunce, la creazione di embrioni destinati ad essere congelati e conservati è divenuta lecita. È evidente, però, che la possibilità di formare embrioni in numero superiore rispetto a quelli che vengono immediatamente utilizzati, può dar luogo a situazioni che non erano previste nell'impianto originario della legge. [...] Pertanto, appare necessario un intervento legislativo volto ad apportare quelle precisazioni che si rendono necessarie all'esito delle sentenze della Corte costituzionale. E ciò perché l'art. 6 si limita a disciplinare il consenso alla formazione degli embrioni e non al loro congelamento, che anzi era ab origine vietato. Dopo l'intervento della Corte Costituzionale, oggi si può esprimere la volontà di crioconservare gli embrioni sulla base di protocolli volti alla acquisizione del consenso informato anche in relazione a questo specifico aspetto. Tuttavia, deve essere una fonte normativa primaria, e non le linee guida, a chiarire all'uomo che acconsente al congelamento degli embrioni che si sta assumendo un obbligo genitoriale la cui futura attuazione è rimessa esclusivamente alla volontà della donna. Un impegno a tempo indeterminato che né la separazione, e nemmeno la morte, faranno venire meno": **L. PUCETTI**, *Un embrione è per sempre*, 1 marzo 2021 (in www.cfnews.it - Rivista digitale di Cassa forense).

¹⁴ Cfr. **V. FALANGA**, *US Arizona Supreme Court - Torres v. Terrell - non è possibile usare*



Del resto, occorrerebbe verificare se sia costituzionalmente legittima la previsione che rende illimitato il tempo per procedere all'impianto: infatti, nella presente fattispecie, l'ex marito ha sollevato il dubbio di costituzionalità – non ravvisato peraltro dal Tribunale – dell'art. 6, terzo comma, della legge n. 40, sostenendo che il consenso dovesse sussistere in tutte le fasi del procedimento, da parte di entrambi i coniugi¹⁵ e che questa presunta incostituzionalità ledesse il suo diritto alla "non paternità"¹⁶.

gli embrioni crioconservati per una gravidanza contro la volontà dell'ex partner, in *BioDiritto*, 26 febbraio 2021: "La Corte Suprema dell'Arizona, con la sentenza No. CV-19-0106-PR, ha stabilito che una donna non può utilizzare per la PMA, contro la volontà dell'ex marito, gli embrioni crioconservati prima del divorzio. Il caso vede come attori la signora Torres e il signor Terrell, i quali nel 2014, a seguito della diagnosi di cancro della donna, si erano rivolti alla Fertility Treatment Center (FTC) per la fecondazione degli ovuli e crioconservazione degli embrioni risultanti. All'accesso, ai coniugi venne richiesto di firmare un contratto (The Agreement), per consentire alla clinica di conservare gli embrioni e di disporne secondo le volontà della coppia. Un articolo di tale contratto prevedeva che, in caso di divorzio, gli embrioni non sarebbero stati distrutti, ma donati ad altre coppie oppure, previo consenso dell'ex partner, usati dall'altro ex coniuge per una gravidanza. In seguito al divorzio della coppia, la donna vuole utilizzare gli embrioni per una gravidanza, ma l'uomo le nega il consenso. Il giudice di prima istanza, la Maricopa County Family Court, facendo riferimento alla pronuncia della Corte Suprema del Tennessee, *Davis v. Davis* 1992, sostiene che, in caso di controversia, i tribunali debbano applicare qualsiasi accordo precedentemente esistente tra i fornitori di gameti; mentre, in assenza di accordo, il tribunale dovrebbe soppesare gli interessi delle parti. Nel caso di specie, la Corte sostiene che la volontà dell'uomo di non diventare genitore prevale sul desiderio di genitorialità della donna. La Corte, quindi, impone alla FTC di donare gli embrioni ad altre coppie. La Corte d'Appello dell'Arizona si pronuncia, però, in senso contrario, nonostante la dissenting opinion della giudice Cruz. La Corte Suprema, concordando con l'opinione della giudice Cruz, sostiene che l'Agreement debba essere letto come una sorta di disposizione anticipata sull'uso degli embrioni in caso di divorzio. Questa disposizione anticipata mira a tutelare la clinica, la quale necessita di un'ordinanza del tribunale per donare gli embrioni ad altre coppie o assegnarli ad uno degli ex coniugi, previo consenso dell'altro ex coniuge. Il caso ha portato, nel 2018, alla modifica della legislazione dello Stato dell'Arizona relativa all'uso degli embrioni crioconservati: ora è possibile per l'ex moglie usare gli embrioni crioconservati anche contro la volontà dell'ex coniuge di diventare genitore, sollevandolo però dalla responsabilità genitoriale, compreso l'obbligo di fornire sostegno al bambino. Tale modifica non è retroattiva".

¹⁵ Ma «il Tribunale ribadisce che, fermo restando che l'art. 6 comma 1° stabilisce che le informazioni di cui al presente comma e quelle concernenti il grado di invasività delle tecniche nei confronti della donna e dell'uomo devono essere fornite per ciascuna delle tecniche applicate, il consenso dovrà essere rinnovato solo in caso di rilevate problematiche o anomalie del processo e tale interpretazione trova conferma nel decreto legge 265/2016 "Regolamento recante norme in materia di manifestazione della volontà



In proposito va ricordato che il Giudice di prime cure aveva evidenziato il collegamento tra gli artt. 6 e 8 della legge, affermando che quest'ultimo attribuisce alla volontà manifestata col consenso alla pma “-irrevocabile - funzione determinativa della maternità, della paternità e dello status di figlio. Si esclude perciò solo la rilevanza di comportamenti e di eventi successivi alla fecondazione dell'ovulo dal momento che [...] la procreazione medicalmente assistita comporta un'autonoma (rispetto al codice civile) e irreversibile determinazione della maternità, della paternità e dello status del nascituro - fin dal momento della fecondazione dell'ovulo -”¹⁷.

“Ma sarebbe forse opportuno precisare che questa attribuzione di status è subordinata all'evento della nascita, dunque non è l'embrione ad essere figlio della coppia, ma se da tale embrione dovesse venire al

di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, in attuazione dell'articolo 6, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40”. Il decreto legge citato prevede all'art. 1, secondo comma, che “senza necessità di integrare il consenso già acquisito” gli elementi informativi di cui al comma 1, lettere c), f), g), h) ed o), sono forniti in ogni fase di applicazione delle tecniche di pma»: **E. DEMASI**, *Si all'impianto dell'embrione anche contro la volontà del marito*, in *www.diritto.it*, 2 aprile 2021.

¹⁶ “Nel corso del giudizio è stato richiesto ai Giudici, da parte della difesa del marito, di sollevare questione di costituzionalità davanti alla Corte costituzionale affinché quest'ultima potesse giudicare la legittimità costituzionale del divieto di revocabilità del consenso previsto dall'art. 6 della Legge 40/2004. Tale istanza è stata rigettata. [...] ciò non costituisce un precedente vincolante, nulla esclude (è anzi auspicabile) che altri giudici chiamino in causa la Corte Costituzionale per un vaglio sulla conformità a Costituzione dell'irrevocabilità del consenso”: *Nota sulle Ordinanze del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere*, cit., ove si legge pure che, secondo il Collegio, “i dubbi di costituzionalità non sussistono perché diventerebbe prevalente il diritto alla famiglia costituita da coniugi non separati rispetto al diritto alla vita dell'embrione”.

¹⁷ «Poco più di 20 anni fa, con una pronuncia del 9 maggio 2000, il Tribunale di Bologna aveva deciso un caso simile a quello campano in modo diametralmente opposto. Alla base del ragionamento seguito dai giudici emiliani c'erano due (discutibili) presupposti: il fatto che “gli ovuli umani fecondati ma non impiantati” sarebbero [...] entità ben diversa dagli embrioni già allocati nell'utero materno”, e quello per cui essi non godrebbero in ogni caso “della stessa tutela legale [...] della persona nata viva”. Così, sulla scorta di ciò, “considerato [...] che il diritto di procreare o di non procreare è costituzionalmente garantito, specie qualora non vi sia in atto una gravidanza, sarebbe in netto contrasto con il diritto di non procreare riconosciuto anche al genitore di sesso maschile la concessione alla sola donna di decidere se procedere nell'impianto in utero degli embrioni”»: **M. PALMIERI**, *Coppia separata. Embrioni in provetta contesi, i giudici: “Può decidere solo la donna”*, 26 febbraio 2021 (in *www.avvenire.it*).



mondo un bambino ad esso sarà inevitabilmente attribuito lo status in questione”¹⁸.

A ogni modo, alla stessa stregua di quanto avviene nella presente fattispecie, ove i giudici ritengono irrilevante l’assenza di uno dei due genitori subentrata dopo l’iniziale manifestazione del consenso alla pma, la bi-genitorialità può venire meno anche in altri casi, come nell’adozione, ove è sufficiente che sussista all’inizio della procedura¹⁹ e non per sempre. Inoltre, pure la giurisprudenza, autorizzando l’impianto dell’embrione dopo la morte del marito, ha per così dire staccato la genitorialità dal concetto tradizionale di famiglia²⁰. Del resto, sul possibile mutamento dei canoni che caratterizzano l’istituto familiare, si ricorda come la stessa Corte costituzionale, da ultimo con le sentenze n. 32 e n. 33 del 2021, lasci al legislatore la valutazione politica in ordine alla verifica di eventuali cambiamenti dei valori vigenti nella società attuale che rendano legittime nuove leggi o “aggiornamenti” di quelle esistenti²¹.

¹⁸ Nota redazionale *Il consenso alla PMA può essere revocato fino al momento della fecondazione dell’embrione*, in www.avvocatipersonefamiglie.it, 28 aprile 2021.

¹⁹ Eccezionalmente e tassativamente soltanto nell’adozione in casi particolari, di cui all’art. 44 della legge 184 del 1983, così come modificato dalla legge di riforma n. 149 del 2001, è possibile adottare da parte di persona sola. “In altri Paesi, come la Spagna, la Francia, l’Inghilterra e il Portogallo, è possibile adottare un bambino anche se non si è sposati. Qualche esempio: In Francia è possibile adottare per le persone non coniugate con più di 28 anni; in Germania bisogna avere almeno 25 anni; in Inghilterra addirittura l’età minima per poter chiedere di adottare un bambino anche se single è di 21 anni. Inoltre in molti di questi Paesi, Spagna compresa, possono adottare un bambino persone singole, anche se sono sposate, purché abbiano l’assenso del coniuge ed è autorizzata anche l’adozione da parte delle coppie di fatto e coppie omosessuali”: Nota redazionale *Adozione ai single, quando è possibile?*, 29 settembre 2016 (in www.pianetamamma.it).

²⁰ Si veda Cass. civ., sez. I, 15 maggio 2019, n. 13000, secondo cui l’art. 8 della legge n. 40 del 2004 è riferibile anche all’ipotesi di fecondazione omologa *post mortem* avvenuta mediante l’utilizzo del seme crioconservato di colui che, dopo aver prestato, congiuntamente alla moglie o alla convivente, il consenso all’accesso alle tecniche di PMA e senza che ne risulti la successiva revoca, sia poi deceduto prima della formazione dell’embrione, avendo autorizzato l’utilizzo dei gameti anche dopo la propria morte. Cfr. Trib. Lecce, 24 giugno 2019, che ha anche autorizzato il cambio del cognome del figlio da paterno a materno.

²¹ Secondo **E. OLIVITO**, *(Omo)genitorialità intenzionale e procreazione medicalmente assistita nella sentenza n. 230 del 2020: la neutralità delle liti strategiche non paga*, in *Osservatorio costituzionale*, 2021/2, p. 148 s., “la Corte ha, in definitiva, ribadito che le questioni eticamente sensibili esigono scelte politiche che spettano al legislatore, anche in ragione del fatto che esse non sono predeterminabili sulla base delle sole acquisizioni scientifiche. Tali scelte sono compiute dal Parlamento sulla base della valutazione della coscienza e dei mutamenti sociali [...]. Si ha, invero, l’impressione che, esaurita la fase in



Certo, lascia alquanto perplessi che un ordinamento, accogliendo la nuova concezione in base alla quale si potrebbe essere genitori senza la coeva esistenza di una famiglia, costringa un soggetto a diventare padre senza volerlo. Invero, se è giusto che normalmente occorre dissuadere anche con sanzioni chi si rifiuti di assumere le responsabilità del proprio compito genitoriale, bisogna riconoscere che il caso in parola non riguarda né un figlio già nato né un figlio concepito nel grembo materno, ma un embrione congelato in provetta. Si tratterebbe quindi non già di fermare un concepimento ma di non avviarlo in utero per la coeva consapevolezza che nascerebbe un figlio non voluto *ab origine*, cioè prima ancora di iniziare la gravidanza²². Si eviterebbe così di far nascere un bambino in un contesto conflittuale, e cioè sostanzialmente senza una famiglia *ab initio*.

cui la Corte è intervenuta sulla legge n. 40/2004 con pronunce di accoglimento manipolative, per le quali si è persino parlato di una riscrittura della legge, essa non sia più disposta a spingersi in tale ambito [...] almeno non fino al punto di sindacare la discrezionalità del legislatore con un penetrante controllo di ragionevolezza. Da qui la propensione ora per la strada del rigetto ora per quella dell'inammissibilità delle questioni. Ad avviso di chi scrive, ciò è dovuto tra l'altro all'insistito ricorso a liti strategiche, il cui obiettivo ultimo è l'assunzione - in prima battuta da parte dei giudici comuni e, in subordine, da parte della Corte - di un compito di sostanziale riscrittura delle norme riguardanti, sotto diversi profili, la c.d. genitorialità intenzionale, attraverso ardite interpretazioni manipolative dei testi legislativi".

²² "In entrambe le ordinanze si cita l'uomo e la donna unicamente come genitori con i rispettivi doveri genitoriali, come se questa qualifica fosse già acquisita con la fecondazione in vitro del gamete femminile, anche se ancora non si è verificata la nascita. Si configura così una perdita di diritti, essendo considerati solo i doveri genitoriali": *Nota sulle Ordinanze del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere*, cit., che aggiunge: "In entrambi i provvedimenti, la preminenza dell'embrione e il suo diritto a nascere sono il tema dominante. Viene assolutamente sottovalutato l'interesse del minore a vivere in un contesto sereno e non conflittuale. Non ha rilevanza che lo stesso possa venire a conoscenza della mancata volontà del padre di aver un figlio con quella partner". «Il caso di Santa Maria Capua Vetere solleva, dunque, anche problemi di natura etica e morale. "Il consiglio della Siru - sottolinea la coordinatrice dell'Osservatorio giuridico della Società scientifica - è stato sempre di tentare una risoluzione dei conflitti alla presenza di uno psicologo, che possa aiutare la coppia a capire le motivazioni sottostanti al contrasto. Ed è questo che, a mio avviso, avrebbero dovuto fare anche gli ex coniugi di Santa Maria Capua Vetere prima di finire in un'aula di tribunale. Alla luce di quanto accaduto, pur avendo questa ordinanza una valenza limitata - continua Costantini - è giusto che le coppie, prima di accedere alla PMA, siano informate in modo dettagliato sulle regole vigenti e sui vincoli posti dal consenso che sarà necessario firmare"»: **I. FAGGIANO**, *PMA, Costantini (Siru)*, cit.



Occorrerebbe, pertanto, modificare la legge n. 40 anche per assicurare maggiore dignità al nato da pma, perché attualmente tale normativa prevede la tutela dell'embrione, vietando il suo sfruttamento in sperimentazioni scientifiche (art. 13)²³ o la sua distruzione (art. 14), ma non agevolando, per esempio, l'adozione dell'enorme numero di embrioni congelati oggi esistenti²⁴. Sembra, cioè, che tale legge, al di là della formale caratterizzazione embriocentrica, sia costruita soprattutto per assecondare la voglia delle persone di diventare genitori di un "proprio" figlio (volontarismo procreativo) e che solo a tal fine sia usata, rimarcandone artatamente la sua *ratio* a tutela della vita umana nascente²⁵.

Da questo dubbio di un uso strumentale della norma non sembra scivola l'ordinanza che qui si commenta perché, affermando espressamente che "lo stato di separazione dei coniugi non può porsi, infatti, sullo stesso piano di quello del genitore *single*", sembra eludere l'art. 5 della legge n. 40 secondo cui soltanto le coppie possono ricorrere alla pma, che è un procedimento a tappe o fasi, tutte interdipendenti e

²³ Cfr. Corte cost. n. 84 del 2016, che ha dichiarato l'inammissibilità della questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale di Firenze relativa al divieto di utilizzare gli embrioni soprannumerari per finalità di ricerca: si veda da ultimo **S. AGOSTA**, *Tra disegni compiuti e tasselli ancora mancanti: mosaici giurisprudenziali (sopranazionali ed interni) a proposito della decisione di diventare genitori e procreare (ovvero di non farlo)*, in **AA. VV.**, *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, vol. I, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, p. 17 ss., in specie p. 39 ss.

²⁴ La legge n. 40, infatti, si limita a prevedere all'art. 6 che "alla coppia deve essere prospettata la possibilità di ricorrere a procedure di adozione o di affidamento ai sensi della legge 4 maggio 1983, n. 184, e successive modificazioni, come alternativa alla procreazione medicalmente assistita".

²⁵ **E. OLIVITO**, *(Omo)genitorialità intenzionale*, cit., p. 142 s., parla di "insistente ricorso a liti strategiche che, nutrendosi di una pervasiva retorica antidiscriminatoria, hanno implicato il livellamento di differenze che, invece, contano: non solo le differenze tra fecondazione eterologa e maternità surrogata, ma anche quelle tra diritto di svolgere le funzioni genitoriali e diritto di diventare genitori, tra relazione materna e relazione genitoriale. Al centro di liti improntate al volontarismo procreativo e spesso strategicamente costruite su casi riguardanti coppie lesbiche è stata, quindi, posta una neutra genitorialità [...]. Una spia importante di tale strategia processuale è senza dubbio l'utilizzo di un linguaggio neutro, in virtù del quale non vi sono più madri e padri, ma genitori e gestanti; non più maternità e paternità, ma genitorialità. Ciò è segno dell'idea che madri e padri siano concettualmente intercambiabili, che il modo in cui si viene al mondo sia riducibile a nient'altro che una gestazione e che maternità e paternità possano trascolorare nella genitorialità". Cfr. **A. FEDERICO**, *Forme giuridiche della filiazione e regole determinative della genitorialità: la maternità surrogata e il superiore interesse del minore*, in **AA.VV.**, *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, vol. II, cit., p. 1725 ss.



coerentemente finalizzate a far nascere un bambino²⁶. Pertanto, non si deve essere *single* soltanto all'inizio della procedura, col concepimento dell'embrione in provetta, ma anche al momento del trasferimento in utero e cioè con l'avvio della gravidanza. Di conseguenza, una cosa è che lo stato di separazione dei coniugi avvenga dopo questo momento, quando cioè un figlio esiste già nel seno della madre, e un'altra è che un figlio si crei dopo che i genitori si siano separati e con la ferma opposizione di uno dei due. Solo nel primo caso si può affermare certamente che "lo stato di separazione dei coniugi non può porsi [...] sullo stesso piano di quello del genitore *single*". Mentre nel secondo caso i due stati coincidono, perché proprio con la separazione l'impianto avviene in una donna *single*.

Sarebbe stato allora preferibile, a mio avviso - anziché costituire *ab initio* una famiglia monogenitoriale, perché senza padre o con la sua contrarietà - prorogare la crioconservazione e, magari, consentire l'impianto qualora la donna avesse riproposto un nuovo progetto familiare con un altro partner²⁷. In questo modo si sarebbero coniugate

²⁶ «Per quanto attiene alla conservazione nel tempo dei requisiti per accedere alla procedura, indicati dall'art. 5 della l. n. 40/2004, laddove dispone che possono accedere alla PMA "coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi", il Tribunale di SMCV rileva che la norma non dispone circa la permanenza dei suddetti requisiti nel tempo. Rileva pure che la determinazione del momento in cui deve sussistere il requisito "della coppia" è rimesso all'interprete e il giudice indica come la disposizione in esame debba essere "letta in stretto collegamento con l'art. 6 co. 3 in materia di consenso e della disposta irrevocabilità dello stesso". Da ciò discenderebbe che la presenza della "coppia" debba sussistere almeno fino alla prestazione del consenso e che il venir meno dell'unione fra i futuri genitori non rilevi più una volta che questo sia divenuto irrevocabile. Peraltro, citando la giurisprudenza di legittimità, la quale consente l'impianto dell'embrione anche qualora fosse intervenuta la morte del padre, viene affermato come "l'affermazione che nascere e crescere con un solo genitore integri una condizione esistenziale negativa non sembra potersi enfatizzare al punto tale da preferire la non vita". Dunque, se il requisito della sussistenza di una coppia si ricollega principalmente al diritto del minore alla bigenitorialità, tale diritto non potrà dirsi intaccato dalla separazione dei genitori in fieri dato che due genitori, pur se non uniti fra loro, il nascituro avrà comunque»: Nota redazionale *Il consenso alla PMA può essere revocato fino al momento della fecondazione dell'embrione*, cit.

²⁷ "Non viene in nessun modo contemplata l'ipotesi - prospettata dai difensori del marito - che si possa proseguire la crioconservazione degli embrioni. Tra le righe sembra che i giudici ritengano che sussista solo l'alternativa della distruzione. Essi non prendono in esame la possibilità offerta da un Decreto del Ministero della Salute del 2004 che considerava la possibilità di consentire la crioconservazione in caso di interruzione della prestazione, disponendo una dichiarazione congiunta dei due partners": *Nota sulle*



egalitariamente, alla luce del principio di *solidarietà* che è alla base di fisiologiche relazioni familiari, le istanze di *libertà* (di autodeterminazione) della donna ad avere un figlio, dell'*ex* marito a non averlo e dell'embrione a nascere in un contesto più dignitoso, con due genitori che lo desiderano entrambi. Questa soluzione, in definitiva, avrebbe garantito la *dignità* umana di tutti i soggetti coinvolti nella vicenda, salvaguardando una nozione solidale di famiglia come formazione sociale in cui ognuno dei membri diventa più persona (art. 2 Cost.)²⁸.

3 - Le scelte etiche del procreare di fronte ai nuovi ritrovati tecnologici

Al di là di questo caso concreto in cui l'embrione esiste già, e se ne chiede il trasferimento in utero, vanno considerate, più in generale, le istanze volte al riconoscimento *ab initio* della maternità solitaria. Ci si chiede, in proposito, se sia giusto permettere il ricorso alla pratica della fecondazione artificiale (eterologa) a donne sole²⁹. Invero, oggi, la donna, pur non essendo affetta da sterilità o infertilità, ha la possibilità, non solo di recarsi nei Paesi ove tale tecnica è ammessa anche per i *singles*, ma può pure procedere a una inseminazione artificiale "fatta in casa". Così, utilizzando un kit di autofecondazione acquistabile su internet, si bypassa ogni divieto perché viene escluso del tutto qualsiasi intervento sanitario, come se si facesse uso di prodotti cosmetici! In questo caso, quindi, il ritrovato tecnologico non sarebbe di supporto a una terapia, non sussistendo alcuna malattia né alcun atto medico, ma sarebbe esclusivamente un mezzo per soddisfare la volontà della donna sola di avere un figlio.

Sorgono, pertanto, delle perplessità che sono, poi, alla base dell'odierno dibattito sociale circa la liceità di interventi tecnologici sul fenomeno complesso del sorgere della vita umana. Cioè, al di là dei risultati scientifici obiettivamente utili - quelli, cioè, che permettano di migliorare la qualità della vita senza stravolgerne la sua naturalità - c'è

Ordinanze del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, cit.

²⁸ Può essere utile leggere P. DONATI, *L'identità maschile e femminile: distinzioni e relazioni per una società a misura della persona umana*, in *Memorandum* (Rivista portoghese di memoria e storia in psicologia), 2007/12, p. 75 ss.

²⁹ La pma eterologa per donne *singles* minori di 43 anni è, da ultimo, ammessa anche in Francia, con la legge approvata il 29 giugno 2021. La legge prevede l'accesso alla tecnica *de qua* anche alle coppie lesbiche.



da chiedersi fino a che punto la dimestichezza tecnica e il correlato facile entusiasmo possano spingere la scienza, incapace di trovare in sé stessa criteri valoriali, a “esplorare” ambiti sempre più “delicati”³⁰. In altri termini, si pone il problema di evitare in qualche modo che il *progresso* scientifico si risolva in un *regresso* umano.

Il fenomeno delle fecondazioni artificiali di *singles* coinvolge, nell’ambito del dibattito più generale sul riconoscimento del diritto alla genitorialità solitaria, la materia dell’adozione. Infatti, nonostante il principio cardine della legge 4 maggio 1983, n. 184, sia attualmente fissato nella necessità che ad adottare debba essere una coppia, è stata avanzata la proposta di estendere ordinariamente ai *singles* il diritto di adozione.

Occorre, però, avvertire che la situazione in cui verrebbe a trovarsi il figlio di persona sola, tanto adottato quanto nato da fecondazione artificiale, potrebbe risultare in contrasto con i valori costituzionali. Invero, la nostra Carta fondamentale, all’art. 29, riconosce “i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio”; e agli artt. 30 e 31, configura,

«un diritto del nascituro ad una stabile relazione paterna e materna, allorché da un lato sancisce il dovere dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli “anche se nati fuori del matrimonio” (art. 30, primo comma, Cost.), e dall’altro lato assicura ai figli nati fuori del matrimonio “ogni tutela giuridica e sociale” (art. 30, terzo comma, Cost.) favorendo la ricerca della paternità (art. 30, ultimo comma, Cost.)»³¹.

È possibile, pertanto, ritenere vigente nel nostro ordinamento un principio c.d. di familiarità, che vuole assicurare un padre e una madre a ogni nato, in quanto il contesto familiare è ritenuto un ambiente prevedibilmente più idoneo ad assicurare una crescita sana e uno sviluppo armonioso³². Non si vede, allora, come possano legittimarsi

³⁰ Sulla responsabilità morale dei ricercatori di fronte alle sfide della scienza contemporanea, con particolare attenzione alla ricerca biomedica che coinvolge materiale biologico di origine umana, e sul conseguente bisogno di ripensare l’*ethos* dello scienziato, si veda, da ultimo, A. FICORILLI, *Nuovi territori per l’etica nella ricerca scientifica*, Mimesis Edizioni, Milano, 2021.

³¹ G. DALLA TORRE, *Bioetica e diritto. Saggi*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 47.

³² «Come ha affermato la Corte costituzionale, infatti, la nostra Carta muove dall’esigenza di “assicurare una speciale protezione alla famiglia in generale, ed ai figli minori in particolare, che hanno il diritto di essere educati all’interno del nucleo familiare per conseguire un idoneo sviluppo della loro personalità” (sentenza n. 276 del 2000). E



agevolmente sia una riforma della legge n. 184 del 1983 che si emancipi totalmente dal concetto di famiglia in senso tradizionale, sia il varo di una norma che legittimi la fecondazione artificiale di *singles*. Non si vuole qui esprimere giudizi di merito su questa prospettiva volta a legalizzare la creazione volontaria di famiglie monogenitoriali, come già avviene all'estero, ma solo sottolineare che la nostra Costituzione prevede un tipo di famiglia che non le rappresenta. Sarebbe difficile, pertanto, legittimare simili situazioni, almeno fino a quando non verrà modificata la nostra Carta fondamentale³³.

Sembra, però, doveroso chiedersi se sia davvero utile emendare in questo senso la Costituzione, per giungere a una sostanziale *deregulation* dei rapporti familiari³⁴. La famiglia, infatti, è stata concepita come una

ancora, "il diritto e il dovere di mantenere, istruire ed educare i figli, e perciò di tenerli con sé, e il diritto dei genitori e dei figli minori ad una vita comune nel segno dell'unità della famiglia, sono (...) diritti fondamentali della persona" (sentenza n. 28 del 1995). Coerentemente, la legge 4 maggio 1983, n. 184 è significativamente rubricata "Diritto del minore ad una famiglia" e l'art. 1 espressamente sancisce che "Il minore ha diritto di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia"»: E. ROSSI, *Un fossile vivente (e necessario): la famiglia tra disciplina costituzionale e mutamenti sociali*, in *Osservatorio costituzionale*, 2022/2, p. 13.

³³ «Malgrado i ricorrenti richiami alla "morte della famiglia", mi pare che di un'istituzione "familiare" forte e attiva non si possa fare a meno: sebbene questa non possa essere interamente conformata dal diritto (la famiglia è un'isola...), tuttavia bisogna dare atto che la Costituzione, nelle sue direttrici di fondo, ha consentito sino ad oggi all'istituzione familiare di assolvere alle proprie funzioni fondamentali. Ma i cambiamenti sociali intervenuti, e che forse proprio sulla famiglia hanno maggiormente inciso, richiedono di ripensare le modalità di tutela e di supporto alle funzioni ad essa assegnate, facendo i conti con la realtà. E a questo compito i giuristi non possono sottrarsi. A distanza di vent'anni, sono ancora attuali le parole di Francesco Busnelli: "Al giurista fedele al dettato costituzionale ma attento al tumultuoso "diritto vivente" emergente dalla prassi spetta il compito di verificare la possibilità di ricostruire un sistema che resti imperniato su tale modello ma che sia in grado di filtrare e di inquadrare armonicamente le istanze della prassi"»: E. ROSSI, *Un fossile vivente*, cit., p. 25, che cita F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, I, ora in *Persona e famiglia. Scritti di Francesco D. Busnelli*, Pacini Editore, Pisa, 2017, p. 354.

³⁴ Sull'elaborazione di una disciplina civilistica dell'istituto della famiglia che risulti frutto di un adeguato riconoscimento della pluralità di visioni ideologiche diverse, anche di matrice religiosa, si vedano, da ultimo, AA. VV., *Le relazioni familiari nel diritto interculturale*, a cura di I. ZUANAZZI e M.C. RUSCAZIO, Libellula Edizioni, Lecce, 2018, e F. OLIOSI, *Giustizia divina diritti umani. Il conflitto tra diritti umani e diritti religiosi nell'Europa multiculturale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 250 ss. In proposito E. ROSSI, *Un fossile vivente*, cit., p. 4, afferma: "è assai probabile che se la Costituzione fosse scritta oggi sarebbe formulata in modo significativamente diverso da come essa è, soprattutto con



fertile cellula di rapporti intersoggettivi, mentre oggi si approfitta delle opportunità che la scienza offre solo per allontanarsi dalla vita di relazione e chiudersi sempre più nell'autarchia. Invero, le nuove tecniche procreative stanno consentendo una costante crescita della dissociazione tra il desiderio di procreare e quello di avere un rapporto con un partner: l'assenza di uno dei due genitori sta disumanizzando il generare, a tal punto che un figlio viene ormai prodotto anziché concepito³⁵. Tali modifiche eclatanti della sessualità e della fecondazione umana rischiano di far perdere al concepimento la caratteristica di essere frutto dell'amore di coppia, della mutua donazione da persona a persona, per ridursi soltanto a essere l'esito di una fredda e solipsistica autodeterminazione³⁶.

riguardo agli articoli 29 e 30 [...]. Eppure, nessuna proposta di legge costituzionale finalizzata alla modifica di detti articoli risulta essere stata depositata nella presente legislatura (direi: per fortuna!), ad indicare che si tratta di una materia sulla quale non sussistono soluzioni che possano aspirare a risultare condivise nell'ambito della classe politica e, ancor prima, nella società”.

³⁵ Secondo **A. ZANOTTI**, *La vita a comando*, cit., p. 717, il problema «genera dall'avvenuta reificazione della vita persino nella sua fase prima. Le parole rivelano un mondo: il “progetto procreatico”, una volta pianificato dalla mera intenzionalità e varato dalla consensualità, si ri(con)duce ad un protocollo medico-burocratico, alla sua essenzialità ingegneristica, checché ne sia poi della genitorialità e della comunità affettiva nel quale è destinato ad innervarsi. Non è cosa, quest'ultima, che interessi alla logica inaugurata dal dominio tecnico, che spinge in maniera irresistibile in questa direzione: perché, semplicemente, è, di prospettiva, la più funzionale e controllabile. La procreazione viene così liberata dalle variabili incerte e vaghe dell'amore e della sua casualità: trasformando da un lato la sessualità in pura fruizione erotica di sé e degli altri come aveva preconizzato con largo anticipo De Sade, e trasferendo al contempo la procreazione, orfana del corpo, nel grembo più prevedibile e sicuro delle tecnoscienze biomediche. Qui, di prospettiva, tutto è più programmabile, verificabile step by step con controlli di qualità che evitino disdicevoli imperfezioni finali, e riportabile ai desiderata della committenza: essendo noto come ormai sia possibile scegliere, nel confezionare un essere umano, una serie di variabili che ne segneranno il destino: dal colore degli occhi, al genere, ad alcune attitudini e inclinazione del carattere».

³⁶ «La volontà di procreazione nasce dalla condivisione del desiderio di accogliere insieme una nuova vita e di unirsi in maniera così profonda da permettere la nascita di una famiglia. In un interessante articolo sulla genitorialità, lo psicoterapeuta Alberto Stilgenbauer afferma che *“la scelta di paternità non può prescindere dalla costruzione dell'accoglienza generativa di coppia, dall'incontro con il reciproco altro desiderio di maternità, condizione affettiva imprescindibile da cui prende visibilità la nascita di un desiderio terzo, elemento che accomuna il lui alla lei; questo desiderio, che chiamo terzo, è l'ambiente emozionale in cui il concepimento troverà accettazione”*. A modesto avviso di chi scrive, la questione, forse troppo asetticamente decisa “in via d'urgenza” dal Tribunale, risulta invero molto più complessa e, probabilmente, avrebbe meritato una più approfondita analisi, anche da parte di psicologi e psicoterapeuti, in un contesto procedurale di più ampia cognizione



Insomma, ciò che appare rilevante è raggiungere a ogni costo il proprio benessere individuale anche se ciò dovesse comportare lo stravolgimento delle leggi di natura.

Così, da un lato la scienza procede lungo il suo cammino sempre più speditamente ma senza ispirarsi ad alcun valore, ritenendo importante solo scoprire, inventare; dall'altro i risultati conseguiti dalla scienza vengono utilizzati dalla società, per lo più, al fine di ottenere una maggiore indipendenza dagli altri nel conseguimento dei propri esclusivi interessi.

In tal senso si invoca anche il diritto antidiscriminatorio da parte di coloro che, non avendo un partner, si ritengono discriminati nel proprio "diritto di avere un figlio" rispetto a quelli che formano una coppia. Invero, la logica antidiscriminatoria alla quale si fa qui riferimento

«consiste nella calcolata svalutazione della differente posizione di donne e uomini nella procreazione e della riduzione a mero dato di fatto del nascere da un corpo di donna. È una logica che, quindi, obbedisce alla propensione propria del diritto antidiscriminatorio, che spinge verso "una razionalità strategica e calcolante, capace di rendere prestazioni assai utili a chi voglia usarla per affermare dati interessi, perseguire certi fini, conseguire obiettivi"»³⁷.

per i Giudici e di più articolato contraddittorio tra le parti in causa, che nel rito previsto dall'art. 700 c.p.c. non sempre risulta efficacemente percorribile. La nascita di un figlio dovrebbe essere una decisione spontanea e felice, presa di comune accordo da coloro che lo desiderano intensamente e che saranno pronti ad accogliere con gioia la sua venuta al mondo. Il diritto del concepito, su cui si fonda la *ratio* della legge 40/2004, troverebbe più idonea tutela se si garantisse anche una nascita in un clima di amore, serenità e accettazione: infatti, creare un *ambiente emozionale*, sano ed equilibrato, è indispensabile per il benessere psicofisico del bambino e per la costruzione della sua identità. [...] Sia consentito, in conclusione, di sottolineare come, a modesto avviso di chi scrive, nessun diritto potrà essere tutelato pienamente se si ammetterà che un figlio può essere concepito contro la volontà dell'altro genitore, ledendo il diritto alla libera manifestazione del pensiero e alla libera autodeterminazione di quest'ultimo, e "condannando" il nascituro a crescere in un contesto di palese disagio, dove chi dovrebbe amarlo di più al mondo ha addirittura fatto ricorso ad un Tribunale per impedire la sua nascita»: **S. CHIALASTRI**, *Tutela dell'embrione ed irrevocabilità del consenso alla procreazione medicalmente assistita: una recente pronuncia prova a fare chiarezza, ma il dubbio resta*, 5 marzo 2021 (in *www.lexamp.it*).

³⁷ **E. OLIVITO**, *(Omo)genitorialità intenzionale*, cit., 146. Cfr. **M.E. RUGGIANO**, *Profili antropologici, biologici e psichiatrici delle gender theories*, 2 gennaio 2021, (in *www.salvisjuribus.it*): «In seguito alla Dichiarazione Universale dei diritti umani si è infiltrata, quasi senza accorgerci, nelle nostre coscienze e nella cultura occidentale, una sensibilità raffinata per la difesa dei diritti di chi è o reputa di essere discriminato. Questa



Insomma, sembra cogliersi, in questi ultimi tempi sempre più insistentemente, la tendenza a creare nuovi diritti umani sganciandoli però dal contesto in cui l'uomo stesso è inserito, e cioè il Creato, ovvero disancorando certe pretese giuridiche dalla stessa natura umana. Questa, infatti, non è data soltanto da benessere individuale e autodeterminazione, che costringerebbero l'uomo a vivere come una monade, isolato dal resto del mondo, ma è soprattutto composta di relazioni armoniose, che ciascuno è chiamato a intrattenere con i propri simili e con le altre specie che popolano la terra.

Sono evidenti gli esiti esiziali cui ha condotto un modo di concepire la vita umana badando esclusivamente alla propria sfera individuale o ai meri fini egoistici del gruppo cui si appartiene: guerre, costantemente riaccese anche fra popoli che si ritengono progrediti e fraterni (da ultimo, russi e ucraini), e disastri ambientali che si susseguono inesorabilmente a causa di un inquinamento indotto senza limiti in nome di un (falso) progresso basato soltanto su miopi interessi economici e sul raggiungimento di stadi (superflui) di benessere sempre più avanzati quanto più limitati per poche categorie di privilegiati.

Non ci vogliamo ancora rendere conto, nonostante autorevoli ammonimenti sugli eclatanti fenomeni d'ingiustizia sociale, sulle irreversibili situazioni climatiche aberranti e sulla disastrosa crisi pandemica, che badando soltanto alla nostra sfera personale non ci salveremo, perché siamo tutti sulla stessa barca e solo remando tutti

coscienza, buona di per sé, oggi è però manipolata da minoranze ben organizzate che, interpretando in maniera soggettiva le discriminazioni, rivendicano diritti quali, tra gli altri, quello di un figlio, della possibilità di decidere quando concludere la propria vita o della facoltà di decidere della propria identità di genere. Il problema che dobbiamo porci è se siamo ancora nella scia della Dichiarazione o se invece stiamo creando una serie di nuovi diritti che nulla hanno a che fare con ciò che in essa era stato previsto. Sicuramente poi non dobbiamo dimenticare che ad ogni diritto deve essere affiancato un dovere e sarà questo binomio che renderà il diritto stesso autorevole altrimenti, si avrà solamente un esercizio di autodeterminazione dei soggetti. Ciò che sta accadendo oggi è proprio il trionfo di questa volontà di autodeterminazione, senza basi scientifiche e contro il parere di esperti che ammoniscono sulle conseguenze negative. Accade perché non esiste più la volontà di fondare il diritto sulla legge naturale o sulla scienza ma sulla volontà di maggioranze democratiche che, molto poco democraticamente, osannano e difendono strenuamente "i nuovi diritti". Si vedano altresì **T. DI IORIO**, *Oltre il maschile e il femminile. La famiglia tra i colori del gender*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (<https://www.statoechiese.it>), n. 2 del 2022, e **C.P. GUARINI**, *Appunti su "terzo sesso" e identità di genere*, in **AA.**

VV., *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, vol. III, cit., p. 2057 ss.



insieme potremo sperare di cambiare rotta a questo pericoloso incedere dell'umanità verso un regresso spirituale e materiale globale³⁸.

Ecco allora che, anche con specifico riferimento alla pma, l'ordinamento giuridico non può attribuire decisiva rilevanza soltanto alla constatazione che il diritto a procreare rientrerebbe nella sfera privata del soggetto. Invero, solo relativamente alla procreazione naturale si può invocare il diritto alla *privacy*; ma quando si attivano procedure come l'adozione o la pma si coinvolge l'intervento di strutture pubbliche e/o di terzi, e quindi si resta fuori dalla c.d. privatezza.

In tale contesto emerge quindi il problema di individuare il corretto intervento del diritto, anche se potrebbe obiettarsi che attraverso lo strumento giuridico si conseguirebbero "magri" risultati: si potrebbero, tutt'al più, apprestare micro-soluzioni ai singoli problemi posti *a valle* dalla pma³⁹, ma non si riuscirebbe a gestire adeguatamente la globale questione etica che sta *a monte*. Di fronte a queste nuove pratiche sociali che hanno a oggetto la vita umana sembrerebbe, quindi, che i valori etici tradizionali perdano vigenza, non forniscano cioè fondamenti sicuri su cui costruire norme cogenti⁴⁰.

³⁸ Si vedano, per tutti, le encicliche di **PAPA FRANCESCO** *Laudato si'* del 24 maggio 2015 e *Fratelli tutti* del 3 ottobre 2020, nonché l'esortazione apostolica post-sinodale del 2 febbraio 2020 *Querida Amazonia*, su cui vedi **S. BERLINGÒ**, *L'esercizio episcopale dell'economia/dispensa e Querida Amazonia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 2 del 2021. Cfr. **G. RUSSO**, *Crisi climatica e COP 26: cambiare la narrativa dello sviluppo*, in *Itinerarium*, 2021/77-78, p. 15 ss.

³⁹ Così, con riferimento al caso giurisprudenziale di cui si discute, si rileva «un problema che l'ordinanza a favore della madre può affrontare solo in parte, cioè a cose fatte, quando i tribunali si trovano a dover dirimere qualsiasi tipo di istanza socialmente determinata, anche quella che Bernardini De Pace ha chiamato la produzione, lecita e consentita dalla legge, di "bambini che nascono nel dolore, bambini che nascono già orfani, bambini mai nati perché crioconservati all'infinito e addirittura bambini uccisi prima di nascere"»: **C. GIOJELLI**, *Embrioni contesi, per il tribunale "decide la donna". Ma i figli restano "cose"*, 1° marzo 2021 (in *www.tempi.it*), che aggiunge: «Nessuno sa con precisione quanti siano attualmente quelli crioconservati: diverse decine di migliaia, calcolando quelli congelati e scongelati ogni anno. L'ordinanza di Santa Maria Capua Vetere li riconosce come bambini in potenza, bambini che tuttavia non possiamo non chiamare orfani della società procreativa, capace a mezzo legge e a seconda delle proprie necessità di nasconderli, dimenticarli o reclamarli in nome del diritto al figlio. Lo stesso diritto che poco ha a che fare con le "responsabilità genitoriali" e molto con le rivendicazioni di padri single per scelta, nonne surrogate, mamme di sorelle, madri post-mortem del marito».

⁴⁰ Sull'interazione tra diritto secolare e diritti religiosi in ordine alle pratiche afferenti alla vita umana, si veda, da ultimo, **F. OLIOSI**, *Giustizia divina diritti umani*, cit., p. 235 ss. Cfr. **D. ATIGHETCHI**, **D. MILANI**, **A.M. RABELLO**, *Intorno alla vita che nasce. Diritto*



E allora: il diritto deve astenersi il più possibile dall'intervenire, lasciando che la società continui ad approfittare incontrollatamente delle nuove "opportunità" offerte dalla scienza? O deve proibire con sanzioni penali alcuni di questi comportamenti?

Nessuno dei due orientamenti sembra accoglibile: il primo, perché ci si limiterebbe a fornire un avallo giuridico a una situazione potenzialmente pericolosa; il secondo, in quanto non è bene operare in questo delicato contesto usando solo mezzi repressivi.

4 - La mediazione del (bio-)diritto laico

Nell'ambito del biodiritto, cui si riferisce la disciplina della pma, non si può fare a meno del diritto laicamente inteso per pervenire a una regolamentazione senza tabù ma anche senza pericolosi "salti nel buio". Sembra opportuno, quindi, correggere la "rotta" intrapresa dalla negativa simbiosi scienza-società, avendo riguardo alla Carta costituzionale e ai pluriformi e mutevoli valori sociali, che animano una realtà sempre più complessa.

Le istituzioni civili, infatti, essendo la società di oggi maggiormente secolarizzata e plurireligiosa nello stesso tempo, non possono non utilizzare tutto il pluriforme e vario strumentario di mediazione sociale posseduto dal diritto laico (cioè plurale) per regolare la vita di relazione fra persone e gruppi, eticamente e culturalmente diversi⁴¹.

ebraico, canonico e islamico a confronto, Giappichelli, Torino, 2013.

⁴¹ Sulla potenziale capacità mediatrice del diritto si condivide l'auspicio formulato da **S. DOMIANELLO**, *Le garanzie della laicità civile e della libertà religiosa nella tensione fra globalismo e federalismo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., febbraio 2007, p. 9, affinché la scienza dei giuristi sappia «assumere su di sé il compito più umile di ricercare e "ritrovare" l'omogeneità della dimensione giuridica traendola dal basso della società globale, ossia dagli equilibri spontaneamente raggiunti all'interno di questa». In senso analogo, **S. FERRARI**, *Religione, nazionalismo, diritti umani e globalizzazione*, in *Coscienza e libertà*, 2012, p. 19, afferma che "la laicità non va configurata come una laicità-programma, ma come una laicità-metodo, non è la laicità di cui parlano i filosofi e gli scienziati della politica, ma è innanzitutto la laicità dei giuristi: non ha la pretesa di informare ai propri valori la società civile ma quella, più modesta, di regolare i rapporti tra questa e lo Stato. Questa concezione pragmatica della laicità, intesa come strumento di regolazione del pluralismo sociale, assicura la mediazione del diritto che impedisce ad un solo sistema di valori (fosse anche quello della maggioranza) di impadronirsi delle istituzioni pubbliche".



Il diritto, invero, a differenza di altre esperienze culturali come morale, religione, filosofia, ecc. - che espletano sugli adepti una funzione relazionale totale, cioè unificante al punto da conseguire l'immedesimazione (fusione) in una sola identità di gruppo -, ha una sua specifica capacità di mettere democraticamente (laicamente) in relazione soggetti diversi, senza costringerli ad abdicare alle proprie identità, ma coinvolgendone, nello stesso tempo, le rispettive responsabilità⁴².

Una nuova disciplina giuridica in questa materia, quindi, potrebbe essere uno strumento idoneo per fissare, una volta per tutte, il principio che all'uomo non può essere concesso sempre di fare tutto quello che è in suo potere. Quest'ultima asserzione non sembra essere confutata dal principio costituzionale della libertà della scienza, previsto dall'art. 33, primo comma, Cost., in quanto, pur non essendo ivi espressamente previsti limiti come il buon costume (prescritti invece per i riti religiosi e per la manifestazione del pensiero: rispettivamente *ex artt.* 19 e 21 Cost.), è possibile rilevare la vigenza in Costituzione di limiti impliciti. Non è, di regola, ammissibile, infatti, che per esercitare un diritto se ne leda un altro pure riconosciuto dalla stessa Carta, ma occorre cercare strenuamente di conciliarli entrambi sia pur nel quadro di compatibilità fissato dai principi fondamentali dell'ordinamento⁴³.

⁴² Cfr. **G. DALLA TORRE**, *La città sul monte. Contributo ad una teoria canonistica sulle relazioni fra Chiesa e Comunità politica*, 3ª ed., Ave, Roma, 2007, p. 16 e p. 130. «Nelle relazioni fra i vari sistemi di valori culturali, l'insieme della complessità sociale odierna continua a far leva sul sistema culturale del diritto, in quanto la giuridicità, per la sua specifica natura di comunicazione e linguaggio prescrittivi, è l'unica a poter vantare la dote di rendere "massimamente effettiva - a paragone degli altri sistemi culturali - la realizzazione dei valori di cui sta a presidio". Ed è per questo che "gli altri sistemi culturali tengono ad assicurarsi il sostegno della giuridicità"»: **S. BERLINGÒ**, *Mediazione, diritto e religioni: la laicità in una società complessa*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2020, numero speciale *Daimon*, p. 14, ove cita **A. FALZEA**, voce *Complessità giuridica*, in *Enc. dir.*, Annali I, Giuffrè, Milano, 2007, p. 205.

⁴³ **S. DOMIANELLO**, *Le garanzie della laicità civile e della libertà religiosa nella tensione fra globalismo e federalismo*, in **AA. VV.**, *Federalismo fiscale, principio di sussidiarietà e neutralità dei servizi sociali erogati. Esperienze a confronto*, a cura di A. DE OTO e F. BOTTI, Bononia University Press, Bologna, 2007, p. 365, nota 28, afferma: "È famoso il passo in cui il grande filosofo ed economista inglese distingue tra azioni le cui conseguenze ricadono esclusivamente sul soggetto che le compie, delle quali l'individuo dovrebbe essere riconosciuto sovrano assoluto e sulle quali non sarebbe giustificabile alcun intervento costrittivo esterno, e azioni che invece danneggiano gli altri, delle quali il singolo non potrebbe al contrario pretendere d'essere l'unico giudice e sia lo Stato che la pubblica opinione avrebbero ragione di occuparsi". Il passo può leggersi in **J. STUART MILL**, *La libertà. L'utilitarismo. L'asservimento delle donne*, traduzione italiana e note di E. MISTRETTA, BUR Biblioteca Universale Rizzoli, Milano, 1999, p. 75 ss.



Seguendo questa direttrice, il diritto dovrebbe apprestare un filtro affinché la società non possa avvalersi irrazionalmente o istintivamente o incondizionatamente delle innovazioni prodotte di continuo dalla scienza, in quanto se si regola soltanto col principio di autodeterminazione la fruizione delle tecnologie si rischia, tra l'altro, di non considerare gli interessi di tutti i soggetti coinvolti. In particolare, nella materia della pma, assecondando soltanto tendenze *pro choice* si agevolerebbero aspirazioni e a volta anche capricci degli adulti, obliterando l'importanza, la delicatezza e la complessità del mettere al mondo un figlio⁴⁴.

Va tenuto conto che oltre alle ragioni individualistiche di libertà e autodeterminazione personali (diritti) rilevano anche le ragioni comunitarie di corresponsabilità e solidarietà civiche (doveri), che andrebbero composte in armonico equilibrio alla luce dell'inderogabile criterio-guida della dignità umana⁴⁵.

Pertanto, nonostante l'opzione di scegliere in assoluta libertà la gestione del proprio corpo riscontri un certo *appeal* nella società⁴⁶, non

⁴⁴ Secondo **A. ZANOTTI**, *La vita a comando*, cit., p. 700, "al cospetto del diritto arrivano infatti nodi da sciogliere che, su questo tema, sono stati aggrovigliati altrove e da tempo. La sensazione è quella di trovarsi su di una frontiera mobile, che si sposta repentinamente sempre più in avanti. Qualche anno fa l'oggetto del contendere era quello relativo alle unioni omosessuali ed alla loro accoglienza nell'ordinamento, superando le sentinelle di pregiudizi e discriminazioni secolari; nello stesso torno di tempo si sono affacciate le rivendicazioni sulla legittimità di autodeterminazione della propria sessualità, seguendo i pendolarismi di desideri e volizioni non più resistibili. Il progressivo dilatarsi della sfera dei diritti soggettivi, in questo campo di interesse, sembra non conoscere limiti. Il dominio del proprio corpo e la fruizione più libera ed estesa possibile della propria sessualità sembrano rappresentare - in un'epoca post-secolare nella quale si davano per morte le ideologie - il punto ideologico più sensibile. L'avvenuta scissione tra sessualità e procreazione traina con sé una concezione non teleologica della sessualità, risolvendola in una logica di pura fruizione - di sé e degli altri - nell'immediatezza del proprio istinto".

⁴⁵ Cfr. **C. BUZZACCHI, F. PIZZOLATO**, *La sussidiarietà, ovvero il volto della solidarietà al tempo della disintermediazione*, in **AA. VV.**, *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, vol. I, cit., p. 615 ss.

⁴⁶ Sulla diffusione, anche mediatica, di un assoluto libertarismo, **A. ZANOTTI**, *La vita a comando*, cit., p. 717 s., sostiene che «a costruire il necessario consenso è volto l'universo, complice, della comunicazione. Così, in primo piano campeggiano le battaglie di libertà di *star* della musica e divi del cinema, non meno che di politici noti, pronti a sfidare i rigori occhiuti e retrogradi del diritto per sostenere, in tutta la sua estensione possibile, la sfera dei diritti soggettivi che non possono subire compressione alcuna. Anche per questa via si sta così affermando quella tolleranza repressiva, già intravista da Herbert Marcuse, per la quale il controllo sociale passa proprio attraverso la liberalizzazione di tutti i



sembra accettabile che l'ordine giuridico possa limitarsi a recepire solo una prospettiva assiologica, fosse anche quella maggioritaria. Non abbiamo peraltro la prova che la tendenza *pro choice* nelle dinamiche di inizio-vita sia effettivamente sostenuta dalla maggioranza, in quanto questa prospettiva è stata accolta in via giurisprudenziale e non legislativamente⁴⁷: ecco perché, tra l'altro, è stato formulato l'auspicio di elaborare interamente una nuova normativa sulla pma, in quanto,

“qualora gli armonici principi della legge 40 non fossero stati ora tirati a fisarmonica, ora squarciati, dalle diverse sentenze che ne hanno modificato la portata, problemi come quello di oggi mai si sarebbero posti”⁴⁸.

A ogni modo, su questioni eticamente sensibili non è possibile legiferare soltanto sulla scorta di una risicata maggioranza. Invero, all'interno di questo modello formale di giuridificazione, fa da *pendant* al

comportamenti da ogni trasgressività: omologando e indirizzando, proprio in nome di una libertà assoluta finalmente conquistata, verso quelli ritenuti più funzionali. [H. MARCUSE, *L'uomo a una dimensione*, Einaudi, Torino, 1968]. Gli indicatori del gradimento si stanno spostando in fretta, così come la percezione di questo fenomeno che si va “normalizzando” nel suo diventare *trendy* e, ormai, oggetto routinario di dibattito nell'opinione pubblica non meno che nei *talk show*. Ed è a queste latitudini che il retroterra del diritto, da sempre proiezione di una sostanza antropologica, mostra i suoi limiti e le sue fragilità».

⁴⁷ In proposito, si segnala la preoccupazione avvertita da S. DOMIANELLO, *Le garanzie di laicità civile e libertà religiosa, nel matrimonio, al bivio: fidarsi di più della rischiosa attuazione degli antichi diritti della democrazia o delle promesse di un nuovo diritto convenzionale “di classe”?*, in AA. VV., *Multireligiosità e reazione giuridica*, a cura di A. FUCCILLO, Giappichelli, Torino, 2008, p. 259 (anche in nota 20, p. 249 in nota 11, e p. 261), di non limitarsi “a trasferire il potere di dettare le soluzioni dei più accesi conflitti etico-politici nelle mani dei giurisperiti, cioè di una minoranza di individui, non rappresentativa della maggioranza popolare, autorizzata così ad intervenire con decisioni autocratiche e definitive su conflitti nei quali ciascuno dei propri componenti, ben lungi dall'essere indipendente, è invece parte esso stesso”, ovvero a «dirottare le decisioni sui contenuti normativi e valutativi dei diritti, formalmente proclamati nella Carta, dall'autorità del legislatore popolare, presunto come naturalmente incline a “sbagliare”, all'autorità della casta dei giurisperiti, presunta come naturalmente incline a “indovinare”». Cfr. R. BIN, *Il giudice, tra Costituzione e biodiritto*, in AA. VV., *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, vol. I, cit., p. 441 ss.

⁴⁸ M. PALMIERI, *Coppia separata*, cit. Sullo stravolgimento dell'originario impianto della legge n. 40 a opera di numerosi e incisivi interventi operati soprattutto dalla Corte costituzionale e sulla possibile via offerta al legislatore per cercare di elaborare un nuovo testo della legge, si possono vedere AA. VV., *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, a cura di S. AGOSTA, G. D'AMICO, L. D'ANDREA, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.



principio maggioritario il criterio della tolleranza, in base al quale chi non si riconosce nella maggioranza (che *in extremis* potrebbe anche essere costituita appena dal 50% + 1 dei partecipi al voto) dovrebbe meramente tollerare (o essere tollerato), perché è in minoranza.

In una società “multietica”, il diritto, soprattutto in materie “delicate” come la bioetica, non può lasciarsi invischiare in rigide e sterili procedure formali fini a se stesse, refrattarie, cioè, ai plurali e mutevoli contenuti assiologici effettivamente vigenti. Al contrario, l’ordine giuridico deve rispettare i diversi “sentire”, agevolando al suo interno sempre nuovi strumenti dialogici e inclusivi, e non appiattirsi su una maggioranza che rappresenti un insoddisfacente minimo etico⁴⁹.

Pertanto, essendo il pluralismo etico-religioso oggi vigente, estremamente eterogeneo, occorre viepiù respingere un modello di mero appiattimento tra etica (preponderante) e diritto, e fare ricorso invece a un attento schema di interrelazione tra i diversi principi morali e la legge civile, che però mantenga sempre chiara la loro distinzione teleologica. In altri termini, il diritto non può

“definitivamente consegnarsi a nessun[a] etica specifica [...] (principio di non identificazione o di distinzione), ma deve adoperarsi per sviluppare ed irrobustire sempre più un proficuo sistema di raccordi con e tra le molteplici visioni del mondo e della vita presenti nel medesimo campo di vigenza materiale (principio di

⁴⁹ In questa direzione, **T. RAPISARDA**, *La diagnosi preimpianto tra autodeterminazione ed etica precauzionale*, in *Diritto e religioni*, 2008/2, p. 662 s., con riferimento alla legge n. 40 suggerisce: “Orientamenti anche assai distanti possono sicuramente confrontarsi, senza giungere a quel conflitto ideologico basato sulla presunzione del possesso della verità. D’altronde i dilemmi morali sono terribili proprio perché bisogna scegliere fra oggetti di eguale valore, fra doveri egualmente giusti [...]. Allora, la scelta etica non può che essere dialogica perché nel ragionamento etico e nel processo di ponderazione entra il punto di vista dell’altro, che viene preso in considerazione come possibile interlocutore con il quale l’agente morale interagisce nella situazione concreta. Certamente il contesto culturale, dovrebbe essere il più ampio possibile, al fine di favorire un riconoscimento della normativa e un’interpretazione più equilibrata e largamente condivisa, privilegiando un percorso di approfondimento, di confronto e di graduale inclusione. Emerge, dunque, la necessità di una regolamentazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, precisa ed efficace che scelga cosa permettere e cosa vietare, seguendo non il mero principio dell’accordo formale, presente a livello ideologico, politico o sociale, bensì una procedura il più possibile inclusiva. Una gestione dell’azione che spinga i diversi orientamenti a ricercare in uno spirito di confronto aperto ed intellettualmente onesto, tutti i punti sostenibili d’unione, consentendo di mantenere aperto e vivo il dialogo fra componenti appartenenti a schieramenti ideologici diversi”.



complementarità), anche per il tramite di una estesa e robusta rete di procedure partecipative, ben calibrate e viabili”⁵⁰.

La saggia reiterazione di questo equilibrato rapporto di complementarità/distinzione tra un forte pluralismo etico e un più giusto diritto liberal-democratico non può, quindi, che essere retto dal principio supremo di laicità dello Stato.

Questo esige, infatti, che l’ordinamento giuridico della *polis* non faccia mai prevalere, nelle sue ricette normative per la gestione dei problemi sociali, una sola particolare concezione ideale, ma si sforzi di trasfondere nei suoi disposti il maggior numero di etiche presenti nella società, anche quelle per così dire “alternative”, perché considerate *troppo* nuove o, al contrario, perché ritenute *ormai* retrograde, e quindi “scomode” per la corrente di pensiero attualmente più in voga (maggioritaria?)⁵¹.

Insomma, il diritto non può inseguire la moda di turno, ma può andare anche controcorrente se lo esige il perseguimento del bene comune e del progresso materiale e spirituale della società⁵².

⁵⁰ S. BERLINGÒ, *Ordine etico e legge civile: complementarità e distinzione*, in *Iustitia*, 1996, p. 226 e, più di recente, ID., *Bioetica, biodiritto e il contributo scientificamente legittimato*, in *juriste, dell’ecclesiasticista*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 25 del 2015.

⁵¹ Con particolare riferimento al pluralismo confessionale da cui l’ordinamento politico deve attingere input assiologici per esplicitare la sua funzione normativa, G. CASUSCELLI, *Enti ecclesiastici e doveri di solidarietà*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 7 del 2014, p. 46, avverte l’importanza di orientare questa funzione del diritto a “un modello regolamentato, trasparente e aperto, la cui struttura possa essere ricondotta a norme chiare e di portata generale che ne indichino fini, procedure e limiti”, e non a “un modello contrassegnato da opacità e selettività, in cui predomina la capacità della singola confessione di attivarsi presso i pubblici poteri per ottenere i provvedimenti più confacenti ai propri interessi e alle proprie visioni del mondo in cambio dell’aperto supporto (o del non dichiarato contrasto) alle scelte politiche delle maggioranze di governo”.

⁵² “In proposito, sembra opportuno rammentare come la democrazia non vada confusa con l’oclocrazia, cioè con il governo che, direttamente e verticisticamente, accoglie *tout court* le esigenze sollevate dalla folla o massa (populismo), cioè dalla gente che grida di più (fosse anche una maggioranza). La democrazia è, all’opposto, la forma di governo che amministra, avvalendosi del principio di sussidiarietà, le istanze di *tutto* il popolo (popolarismo: Sorge 2019), evitando peraltro di assecondare tali istanze pedissequamente o acriticamente, e curando di declinarle secondo il progetto di progresso materiale e spirituale tracciato dai Padri costituenti nella Tavola assiologica fondamentale”: F. FRENI, *La libertà di propaganda religiosa include anche i messaggi ad orientamento ateistico*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2020/3, p. 842, ove è citato B. SORGE, con C. TINTORI, *Perché il populismo fa male al popolo. Le deviazioni della democrazia e l’antidoto del “popolarismo”*, Edizioni Terra Santa, Milano, 2019.



Oggi, quindi,

“quanto si specifica nel dettato di una legge [...] va soggetto a continue (anche esogene e ‘palingenetiche’) ridefinizioni. Esse sono imposte dalle brecce aperte nei confini nazionali dagli inarrestabili flussi della mondializzazione e dalle incalzanti interferenze, sui contenuti, i ritmi e le configurazioni proprie dei rapporti sociali, indotte dal vertiginoso (a volte virale!) progredire delle tecnologie. Tutto ciò comporta un ripensamento dello stesso modo di porsi del diritto in seno alla società divenuta sempre più complessa ed instabile”⁵³.

Così, nel momento in cui il diritto studia le problematiche sociali eticamente più sensibili, deve analizzare nello stesso tempo i correlati valori etici sottesi alle difficili o tragiche scelte di vita; pertanto, la risposta (o soluzione) normativa non potrà essere calata dall’alto (imposta), costruita solo su una prospettiva valoriale di comodo, oppure essere sterile o asettica, cioè refrattaria o insensibile a qualunque direttiva assiologica⁵⁴. La risposta normativa (biogiuridica) dovrà essere rispettosa delle vicende umane coinvolte nella situazione conflittuale, creando soluzioni volte al miglior temperamento possibile dei diversi interessi contrapposti.

Per far ciò, il diritto dello Stato laico dovrebbe formulare risposte normative alle nuove istanze sollevate in ambito bioetico declinando il maggior numero di etiche particolari presenti nella società in una prospettiva accettabile da tutti, credenti, non credenti e diversamente credenti, alla luce dei criteri-guida presenti nella Carta costituzionale. Tali principi giuridici fondamentali, ricavabili anche dalla Costituzione materiale, non sono, infatti, eticamente circoscritti a una “famiglia” culturale specifica ma sono oggettivamente civili e, quindi, comuni a tutti i *conciues*.

Questo iter di laicità procedurale o metodologica, che si avvale in maniera congrua degli stimoli provenienti da ordini etico-religiosi, non soltanto permetterà al diritto di disciplinare meno autoritariamente i contingenti problemi sociali, ma consentirà anche di mantenere/aggiornare il reticolo assiologico fondamentale dell’ordinamento giuridico, contribuendo a rifondare di continuo una società veramente plurale e democratica, perché più giusta e solidale.

⁵³ S. BERLINGÒ, *Mediazione, diritto e religioni*, cit., p. 13.

⁵⁴ Cfr. F. RATTO TRABUCCO, *La funzione dialogante del Parlamento con la società civile. Un quadro comparato*, in *Coscienza e Libertà*, 2019, p. 50 ss.



In tal senso, quindi, con riferimento alla disciplina giuridica delle scelte relative alla vita umana, andrebbero temperati i principi costituzionali fondamentali di dignità, libertà (di autodeterminazione), uguaglianza e solidarietà. Infatti, la dignità segna l'ambito di rilevanza dell'autodeterminazione, perché intanto la libertà è coerente con la dignità se si riconosce alla persona umana il diritto di gestire in autonomia le situazioni afferenti alla propria vita. Cioè, compiendo scelte che radichino profondamente nella propria coscienza, nei valori che segnano la personale identità. Ma pure l'uguaglianza deve essere armonizzata con i parametri di libertà e dignità; pertanto, non è possibile attribuire maggiore libertà a chi è dotato di autodeterminazione, perché ciò si rifletterebbe anche su un maggior tasso di dignità, laddove ogni essere umano deve avere la stessa (massima) misura di dignità. Anzi, proprio chi non gode della stessa capacità di autodeterminazione deve essere aiutato dalla comunità per cercare di fargli raggiungere, sempre nel rispetto della sua particolare identità e autonomia, il maggior grado possibile di dignità. Ecco allora che la categoria più idonea a orientare secondo dignità i delicati equilibri che intercorrono fra uguaglianza e libertà di autodeterminazione sembra proprio la solidarietà, che rende l'uomo non un individuo, isolato dal resto dei suoi simili, ma membro di una formazione sociale, come la famiglia, ove può diventare una persona ancor più viva e umana⁵⁵.

Appare determinante, in conclusione, disciplinare giuridicamente i problemi bioetici tenendo ben presente il carattere laico del (bio-)diritto dello Stato, che impegna a mediare tra tutte le diverse scale di valori

⁵⁵ Cfr. **G. RAZZANO**, *Sulla sostenibilità della dignità come autodeterminazione*, in **AA. VV.**, *Scritti in onore di Antonio Ruggieri*, vol. IV, cit., p. 3617 ss. In proposito, **E. ROSSI**, *Un fossile vivente*, cit., p. 23, rileva la funzione sociale della famiglia intesa come «comunità intermedia, *seminarium rei publicae*, nella quale non soltanto si svolge la personalità individuale ma dove, al contempo, si favorisce la socialità della persona, e quindi la sua solidarietà, insieme alle altre «comunità intermedie» (nell'accezione di La Pira) [...], nelle quali la persona sviluppa la propria dimensione solidaristica fino a raggiungere il livello generale (la società complessivamente intesa, e quindi lo Stato-persona). E dunque, le trasformazioni della famiglia di cui si è detto quali conseguenze potrebbero produrre sulla funzione ad essa attribuita, e ben illustrata molti anni fa da Cicu, di essere «organo di riproduzione della società», nesso tra società domestica e società politica? E a chi verrebbe attribuito il compito di trasmettere al singolo «il primo impulso al sentimento della solidarietà» cui si riferiva Mortati? In definitiva, quali conseguenze avrebbe *per la società* il venir meno delle funzioni (sin qui) esercitate dalla famiglia?» (l'A. cita **A. CICU**, *Matrimonium seminarium reipublicae*, in *Arch. giur.*, 1925, p. 111, e **C. MORTATI**, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, Cedam, Padova, 1976, p. 1165).



secondo il suddetto iter di laicità procedurale o metodologica, basato sulla declinazione solidale della dignità umana.