

Il figlio: desiderio, dono o diritto?

di Gabriella Gambino

“Purtroppo [...] la situazione dei bambini nel mondo non è sempre quella che dovrebbe [...] si direbbe che talvolta i bimbi siano sentiti più come una minaccia che come un dono. [...] La sfida dei bambini è una sfida per l'intera società. [...] Nessuno come voi, cari genitori, può constatare quanto sia essenziale per i figli poter contare su di voi, su entrambe le vostre figure –quella paterna e quella materna- nella complementarietà dei vostri doni. No, non è un passo avanti nella civiltà assecondare tendenze che mettono in ombra questa elementare verità e pretendono di affermarsi anche sul piano legale. [...] Occorre vigilare perché il bene del bambino sia sempre messo al primo posto. A cominciare dal momento in cui si desidera di avere un bambino. La tendenza a ricorrere a pratiche moralmente inaccettabili nella generazione tradisce l'assurda mentalità di un "diritto al figlio", che ha preso il posto di un giusto riconoscimento del "diritto del figlio" a nascere e poi a crescere in modo pienamente umano. [...] Quanto diversa e meritevole di incoraggiamento è invece la pratica dell'adozione! Un vero esercizio di carità, che guarda al bene dei bambini prima che alle esigenze dei genitori.” (Giovanni Paolo II, *Giubileo delle famiglie*, 14 ottobre 2000, Roma).

Essere figli.

La condizione *filiale* è propria dell'essere umano, costituisce cioè la condizione nella quale ciascuno di noi si viene a trovare per venire al mondo. E' una condizione strutturalmente legata al fluire del tempo tra le generazioni, che inserisce ogni uomo all'interno di una storia familiare che *radica* la sua identità. L'essere figlio appartiene perciò stesso all'identità dell'uomo: il rapporto con i propri genitori, la consapevolezza di tale rapporto e la capacità di elaborarlo nell'età evolutiva e adulta sono essenziali per costruire l'identità di ogni persona nel corso della sua esistenza.

Per questo le modalità e le situazioni che possono portare alla nascita di ciascun figlio non sono *indifferenti* né per l'etica né per il diritto, se compito del diritto è tutelare e garantire l'integrità e il pieno sviluppo dell'*identità* di ciascun essere umano.

Eppure, la recente sentenza della Corte Costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa previsto dalla l. 40/2004, ha stabilito che la "tutela dell'embrione [ossia di un figlio] non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione (sent. n. 151 del 2009)" degli adulti.¹ Sebbene abbia riconosciuto che la procreazione medicalmente assistita (PMA) coinvolga "plurime esigenze costituzionali", queste richiedono un "ragionevole bilanciamento che assicuri un livello minimo di tutela legislativa ad ognuno". E pur dichiarando di non voler riconoscere ad alcuno dei valori costituzionali implicati una tutela assoluta, i giudici hanno dato totale preminenza a quelli che realizzano gli obiettivi perseguiti dal Legislatore, ossia "la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o infertilità" della coppia (art.1, co. 1).

I valori che hanno ritenuto essere violati dal divieto di fecondazione eterologa, infatti, sarebbero: il *diritto alla genitorialità*, alla *formazione della famiglia con figli*, alla *salute psichica e fisica della coppia*. Il *diritto al figlio*² si configurerebbe, in altre parole, come *fondamentale*, e verrebbe leso dalla ulteriore discriminazione che si realizza nei confronti delle coppie che non possono recarsi all'estero per ricorrere alla tecnica eterologa, perché prive delle risorse economiche necessarie.

¹ Corte Cost., sentenza n. 162 del 10 giugno 2014.

² Sul punto, mi sia concesso rinviare a G. Gambino, *Il moderno diritto al figlio. Riflessioni biogiuridiche a partire dal Giudizio delle due madri di Re Salomone*, in "Medicina e Morale", 2013/2, pp. 311-328.

La Corte, inoltre, ha insistentemente addotto a fondamento dell'incostituzionalità del divieto il principio di non-discriminazione, anche nel senso per cui metterebbe in luce una irragionevole disparità di trattamento nei confronti delle coppie "che versano nell'impossibilità di procreare, a seconda del tipo di sterilità che le colpisce, penalizzando quelle che presentano un quadro clinico più grave". "All'identico limite dell'infertilità/sterilità - commenta la Consulta nella nuova sentenza - deve corrispondere la comune possibilità di accedere alla migliore tecnica medico-scientifica, utile per superare il problema".

Va rimarcato, in proposito, che non solo non è costituzionalmente possibile rendere tutte le differenze irrilevanti davanti alla legge, ma che il criterio dell'uguaglianza inteso come "ideologia dell'indifferenziato" - per come viene applicato in questi casi - finisce per non essere affatto fondato sulla neutralità etica - come auspicherebbe la Corte -, bensì al contrario su una precisa scelta di valore³. Il principio di uguaglianza e non discriminazione è un valore finalizzato ad ordinare assiologicamente la realtà, secondo quel principio di razionalità e *verità delle cose* che si traduce nella giustizia. Escludere il principio di realtà per realizzare un obiettivo, seppur nobile, significa manipolare in maniera autoritaria e discrezionale la verità, *piegando a tal fine anche l'idea di diritto*.

Dalla sentenza emanata dalla Corte emerge così una particolare interpretazione di alcuni principi, che impone alcune osservazioni cariche di implicazioni antropologiche, chiamando esse in causa proprio i termini in gioco nella presente riflessione: il figlio come desiderio, dono o diritto.

Il principio di autodeterminazione a fondamento del "diritto al figlio".

La legge 40, prima dell'intervento della Consulta, era coerente con la logica del codice civile: ammettendo solo la PMA omologa, muoveva dalla importanza della filiazione naturale, preservando la derivazione biologica del figlio dai propri genitori. E' questa la differenza sostanziale tra fecondazione omologa ed eterologa. Ora la generazione eterologa è diventata una modalità di filiazione giuridicamente rilevante, che fonda la filiazione stessa non più sul principio di verità, ma sul principio di autodeterminazione - dunque sulla decisione volontaria - della coppia (sposata o meno)⁴. Altre decisioni recenti in materie analoghe sono dovute andare nella stessa direzione della *rinuncia al principio di verità* per cercare di tutelare il minore e di non privarlo dei suoi genitori "tecnologici". Così è stato in un'altra recente sentenza del Tribunale Milano, in merito alla trascrizione dell'atto di nascita in Italia di una bambina nata da fecondazione eterologa e maternità surrogata all'estero, i cui genitori "tecnologici" - a detta del giudice - non rispondono del reato di alterazione di stato, ma di quello di falsa attestazione o dichiarazione a pubblico ufficiale, al fine di salvaguardare gli interessi della bambina stessa. In tal senso, le possibilità offerte dalla scienza in tale materia sono talmente vaste che stanno mettendo il diritto con le "spalle al muro",

³ M. Cartabia, *Avventure giuridiche della differenza sessuale*, in "Iustitia", 2011, p. 306; A. Nicolussi, A. Renda, *Fecondazione eterologa: il pendolo fra Corte Costituzionale e Corte CEDU*, in "Europa e diritto privato", 1/2013, pp. 212-239.

⁴ Come prescrive la sentenza, infatti, "anche i nati da quest'ultima tecnica «hanno lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime».

nel difficile tentativo di salvaguardare almeno in minima parte i diritti e gli interessi legittimi dei figli così concepiti⁵.

La ragione di questa mistificazione del concetto di filiazione va dunque individuata nella necessità di assecondare quel principio di autodeterminazione degli adulti, che viene ormai utilizzato per dare un fondamento a *nuovi diritti* che oscillano tra desiderio e rifiuto della vita umana: dal diritto all'aborto, al diritto di non nascere, al diritto al figlio, a nascere solo se sani. Diritti che - sempre centrati sulle preferenze, i desideri e le volontà soggettive - sono espressione autoreferenziale dell'individuo, spesso incapace di trovare un limite alla propria autonomia. Ne risulta un soggetto apparentemente forte, volitivo, che riesce a far leva su di un diritto che - con esiti paradossali - riesce sempre a farlo uscire vincente dai tribunali, sebbene con argomentazioni sovente incoerenti con un'interpretazione sistematica dell'ordinamento.

E' strano, infatti, che nelle sedi istituzionali e giurisdizionali nessuno riesca più a mettere in discussione né la logica, né quella *dimensione fondante che l'autodeterminazione pare conferire alla dignità umana*, sebbene di esso non si trovi alcuna *esplicita* menzione in alcun testo normativo di matrice costituzionale. Ad esso, infatti, viene ricondotta ormai la dimensione essenziale e *costitutiva* dell'essere umano⁶, mera espressione della sua *voluntas*.

La stessa Corte Costituzionale, nella sentenza in esame, non ha esitato ad affermare che "la scelta di una coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi" poiché concerne la "sfera privata e familiare" "ed è incoercibile". Solo interessi di pari rango, infatti, potrebbero limitare tale libertà, ma essa ha ritenuto che "l'interesse del figlio a vedere tutelato il rischio psicologico correlato ad una genitorialità non naturale e il diritto a conoscere la propria identità genetica" potranno essere adeguatamente tutelati, in conformità a quanto già avviene in riferimento all'istituto dell'adozione⁷.

⁵ Tribunale Milano, GIP, sentenza 08.04.2014. Come è stato affermato in quell'occasione, se è pur vero che il desiderio di genitorialità è pregevole e la famiglia, intesa in senso lato, è oggetto di specifica tutela costituzionale, tanto non vale "allorché tale desiderio sia soddisfatto od ogni costo, anche a probabile discapito del nascituro". Peraltro - si è rimarcato nella sentenza - la legislazione nazionale, dalla Costituzione in poi, e quella sulle adozioni, anche internazionali, dedicano grandissima attenzione a che il desiderio di genitorialità non urti contro i diritti del minore e non travalichi il dato materiale, "cioè le condizioni per mezzo delle quali due soggetti possano naturalmente generare". Un aspetto, questo, che la recente decisione della Corte Costituzionale ha messo da parte.

⁶ S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma Laterza 2012, p. 260.

⁷ Sebbene, sul punto, la Corte non abbia chiarito fino in fondo quale sia la disciplina di riferimento, avendo essa richiamato anche la disciplina concernente, in linea generale, la donazione di tessuti e cellule umani (in ordine alla gratuità e volontarietà della donazione, alle modalità del consenso, all'anonimato del donatore, alle esigenze di tutela sotto il profilo sanitario, oggetto del decreto legislativo 6 novembre 2007, n. 191, recante «Attuazione della direttiva 2004/23/CE sulla definizione delle norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umane»). In particolare, le due discipline richiamate - quella sull'adozione e quella sulla donazione di cellule e tessuti umani - contrastano proprio sul punto dell'anonimato del donatore, che, nel caso dell'adozione, si prevede che debba essere superato per tutelare il diritto del minore a conoscere le proprie origini naturali.

Recenti interventi del Legislatore hanno, infatti, infranto il dogma della segretezza dell'identità dei genitori biologici che sussisteva a garanzia della coesione della famiglia adottiva⁸.

Ora, innanzi alla possibilità istituzionalizzata di "programmare" figli privi della presenza di uno o di entrambi i genitori biologici, bisognerà prevedere come *principio* la possibilità di mettere da parte la coesione della "famiglia tecnologica committente" per salvaguardare il diritto all'identità biologica dei propri figli. La differenza non è di poco conto, perché con l'adozione si è cercato un rimedio ad un evento sopraggiunto nell'esistenza di un bambino già nato, la cui identità deve essere tutelata; con l'eterologa, invece, si è posta a monte una decisione autoritaria dello Stato con una legge che ora legittima le coppie a "programmare" i propri figli al di fuori di una storia familiare legata al fluire del tempo tra le generazioni. Non solo, ma l'esigenza specifica di tutelare l'identità del minore a scapito dell'unità e della coesione familiare (principio costituzionale la cui frantumazione è stata dunque legittimata dalla decisione della Corte) come principio generale nell'ambito della PMA eterologa dimostra, ancora una volta, come nel diritto più recente si stiano prendendo provvedimenti normativi orientati a considerare i soggetti familiari come meri individui, i cui interessi possono confliggere tra di loro perché *pensati in termini di conflitto dal Legislatore*. Quest'ultimo infatti, pare ormai assuefatto all'idea di una famiglia frantumabile, contingente, fragile, dove non sono più pensabili relazioni stabili, definitive, basate sulla fiducia reciproca e sulla verità dei rapporti.

In aggiunta, un'altra considerazione si impone. Il "diritto al figlio", secondo la Corte, rientra nella sfera del *diritto alla privacy* di ciascuno di costruirsi una vita familiare: un aspetto al quale i nostri giuristi avrebbero dovuto prestare particolare attenzione, visto che il rinvio alla *privacy* appartiene alla tradizione giuridica americana, ma così concepito non ha fondamento nel nostro ordinamento. Il diritto alla *privacy* - spiega Mary Ann Glendon - è la "quintessenza del diritto all'autonomia individuale, un diritto all'autodeterminazione"⁹, ma in realtà non trova argomentazioni solide a proprio sostegno nel nostro ordinamento, costruito su una concezione sistematica e personalista della Costituzione. Ciononostante, il diritto alla *privacy* sta scardinando sia la concezione della persona come soggetto-in relazione, sia della famiglia come luogo primario di relazioni e di identità sessuate, di ruoli e di presenze incarnate.

La famiglia, in particolare, gode di una specifica tutela costituzionale – pubblica, pertanto – proprio in virtù del suo essere una società naturale (art. 29 cost.), un'istituzione, che per la sua identità e le sue caratteristiche – la possibilità della nascita dei figli e l'insorgenza di rapporti naturali padre-madre-figlio - ha un rilievo pubblico al quale non si può sottrarre. Il rifiuto assoluto dell'interferenza dello Stato nelle scelte private delle coppie che decidono di ricorrere alla PMA, nel nome della *libertà di autodeterminazione procreativa*, non ha fondamento giuridico. Tanto più se si pensa che, mentre il concepimento di un figlio che avviene nell'incontro sessuale può relegarsi

⁸ Sul diritto dei genitori adottivi all'accesso alle informazioni concernenti l'identità dei genitori biologici dell'adottato cfr. art. 28, comma 4, della legge 4 maggio 1983, n. 184, recante «Diritto del minore ad una famiglia», nel testo modificato dall'art. 100, comma 1, lettera p, del d.lgs. n. 154 del 2013. Siffatta esigenza era già stata affermata dalla stessa Corte nella sentenza n. 278 del 2013, con la quale, in merito alla norma che vietava l'accesso alle informazioni nei confronti della madre che abbia dichiarato alla nascita di non volere essere nominata, ha stabilito che l'irreversibilità del segreto arrecava un insanabile *vulnus* agli artt. 2 e 3 Cost. e l'ha, quindi, rimossa, invitando il legislatore ad introdurre apposite disposizioni volte a consentire la verifica della perdurante attualità della scelta compiuta dalla madre naturale e, nello stesso tempo, a cautelare in termini rigorosi il suo diritto all'anonimato.

⁹ M.A.Glendon, *La visione dignitaria dei diritti sotto assalto*, in L. Antonini (a cura di), *Il traffico dei diritti insaziabili*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2007, pp. 59-94.

esclusivamente nell'ambito della sfera privata e familiare, non altrettanto può dirsi per la fecondazione che avviene con le tecnologie riproduttive, collocate in una dimensione collettiva e coinvolgenti la responsabilità pubblica di tutti i soggetti in esse coinvolti (come d'altro canto specifica la stessa l. 40/2004 all'art.1). Non solo, ma le contraddizioni insanabili a cui va incontro il giudice derivano anche dal fatto che da un lato si chiede la tutela della privatezza delle decisioni della coppia, dall'altro ciò è possibile solo attraverso l'intervento pubblico chiamato a sancire questa volontà assoluta dei privati con la legge.

Il Giudice ha così creato artificiosamente una situazione di disagio (lo sradicamento dei figli dalla paternità e dalla maternità biologica) strettamente funzionale alla soddisfazione di un bisogno - desiderio di genitorialità - che tuttavia non può assumere nel nostro ordinamento i caratteri del diritto soggettivo.

In effetti, sotto questo profilo, la Corte ci è stata attenta. Il passaggio tecnico-giuridico che sancisce il "diritto dei genitori" non è stato espressamente impostato sul concetto di "desiderio", ma sul "diritto alla salute", comprensivo anche della salute psichica, oltre che fisica, della coppia. Già con la legge sull'interruzione volontaria della gravidanza il tema della salute era stato esteso a forme di fragilità psichica, ancorate a valutazione tutte soggettive. Ora si è compiuto un "salto di qualità", il diritto alla salute non è più richiamato in termini "difensivi" - per preservare la salute della donna attraverso la rimozione dell'insidia (il feto in grembo) - ma in termini "offensivi", ovvero per realizzare una condizione di "pienezza procreativa", non più del singolo, ma della coppia.

In particolare, la Corte ha implicitamente ricondotto il problema della sterilità ad una prospettiva costituzionale di tutela della "salute riproduttiva" (art. 32 cost.), dando al contempo rilevanza giuridica all'autonomia della coppia nella decisione procreativa. Autodeterminazione e riproduzione diventano le parole-chiave e il diritto viene piegato ad una tutela auto-referenziale dei soggetti. Il diritto alla salute riproduttiva viene così finalizzato alla soddisfazione di ogni desiderio e il soggetto viene a rilevare nel diritto non per ciò che è, ma per ciò che vuole essere. E poiché essere genitori può rientrare a pieno titolo nell'idea di salute e di benessere che ogni individuo ha di sé, diventare genitori diviene un diritto.

Per contro, secondo l'istituto dell'adozione, la richiesta di adottare da parte di una coppia di coniugi non corrisponde ad una legittima pretesa - e dunque ad un diritto - come dimostra il fatto che la proposizione di una disponibilità di adozione non è oggetto di una risposta motivata da parte del tribunale.

Va, inoltre, considerato un altro aspetto problematico della sentenza della Corte, e cioè il fatto che - in relazione alla questione "salute della coppia" - la Corte - una volta stabilito che all'eterologa possono accedere solo le coppie alle quali "sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili" - ha provveduto a cancellare impropriamente *in toto* la sanzione prevista dall'art 12, co. 1 della l. 40/2004, perdendo di vista il fatto che resteranno impuniti quei casi in cui la coppia ricorra alla fecondazione eterologa pur essendo fertile (violando dunque l'art. 5, co. 1 della legge 40), ma avendo una patologia genetica ereditaria trasmissibile alla prole, in virtù della quale sceglie il percorso dell'eterologa. Tale impunità, infatti, permetterà di fatto di

introdurre quell'approccio eugenetico nella programmazione dei propri figli che il divieto di eterologa e di diagnosi pre-impianto erano riuscite finora parzialmente ad evitare¹⁰.

Il ritorno ad un'idea autoritaria di famiglia

Un'implicazione molto seria deriva, inoltre, dalla considerazione del tipo di famiglia che il Giudice supremo lascia emergere dalle sue decisioni più recenti. A partire dagli anni Settanta, la riforma del diritto di famiglia mostrava un chiaro segno di emancipazione dall'idea organicistica e autoritaria della famiglia conformando i doveri dei genitori al rispetto della persona del figlio nella sua unicità e irripetibilità. In altre parole, il criterio del *best interest* del minore non consentiva più la rimessione di esso alla autorità incondizionata dei genitori, vincolando quest'ultima al rispetto della persona del figlio e riorientando in senso personalistico il compito genitoriale. Le recenti spinte individualistiche, che esaltano l'autodeterminazione rispetto al modo di mettere al mondo i propri figli, sembrano far riemergere sullo sfondo una concezione autoritaria di essa, che anche oggi appare fondata sul diritto dei *patres*, decisi a vedere soddisfatto il proprio "desiderio assoluto di genitorialità", subordinando - nella scala gerarchica dei valori costituzionali - il minore ai propri genitori¹¹. Il diritto più recente, infatti, sacrifica la verità sull'identità del nato e la rimette all'autorità del genitore legale - tecnologico - diventando capace di "tiranneggiare" i soggetti familiari (si pensi al complesso problema del segreto familiare che, per molti anni, si potrebbe non rivelare al figlio circa le sue origini biologiche extra-familiari).

Peraltro, le medesime decisioni recenti prese a livello europeo in materia di adozione dei minori stanno decisamente mettendo da parte il principio del *miglior interesse* del bambino: la Convenzione europea sull'adozione dei minori (7 maggio 2008) consente l'adozione anche da parte di coppie non sposate, ma registrate, e - in linea con la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo - invita gli Stati ad estendere lo stesso principio alle coppie omosessuali. D'altro canto, il fatto stesso di legare la filiazione non più al fatto della nascita - ossia all'atto di generare - ma all'atto di nascita - ossia ad un atto legale - *rende irrilevante la caratterizzazione sessuale dei genitori* stessi. La fecondazione eterologa va in questa direzione, dal momento che mette i presupposti per una genitorialità legale non più corrispondente a quella biologico-genetica e dunque nemmeno necessariamente fondata sulla differenza sessuale tra i genitori legali.

Eppure, e in questa sede va ribadito, pur essendovi una tendenza da parte della dottrina e della giurisprudenza più recenti a separare la filiazione dal matrimonio, non è possibile escludere che la condizione di legittimità, ossia di figlio di due genitori (uomo e donna) uniti dal vincolo matrimoniale - e non solo conviventi -, sia la condizione a lui più favorevole sul piano sociale e formale, e ancor prima sul piano antropologico, quale orizzonte oggettivo di certezza e stabilità (a prescindere dalla possibilità soggettiva dei genitori di rompere il vincolo matrimoniale). Lo stesso istituto dell'adozione dei minori che, ai sensi della l. 184/1983, diventano figli all'interno di un matrimonio, è espressione delle maggiori garanzie che il sistema ordinamentale e il Legislatore continuano a riconoscere all'ambito della famiglia coniugale e al *favor legitimitatis* nell'interesse del figlio.

¹⁰ Parzialmente, visto che sussisteva pur sempre la possibilità di interruzione volontaria della gravidanza in seguito a diagnosi prenatale che evidenziasse una patologia di qualsiasi genere del nascituro concepito in vitro.

¹¹ Si pensi anche alle derive eugenetiche che potranno subordinare le caratteristiche del figlio alla scelta delle qualità dei donatori dei gameti.

Il diritto libero frantuma la relazionalità umana

E' evidente che le operazioni giuridiche compiute si stanno rivelando strumentali all'elaborazione di un *diritto libero*, caratterizzato dal tentativo insistente di disancorare le decisioni in materia di famiglia dai *principi del diritto*, al fine di aderire il più possibile alle nuove sensibilità etiche e alle nuove pratiche sociali. La possibilità di rivolgersi ai giudici per superare i limiti posti dalla legislazione e reinterpretare valori e principi costituzionali si sta tuttavia rivelando un pericoloso fattore di incertezza giuridico-sociale e di disgregazione familiare.

Il diritto libero, infatti, espressione di un pensiero a sua volta libero e secolarizzato, sottrae al sistema giuridico ogni fondamento stabile e razionale per farsi mera espressione della volontà autoritaria espressa dai pochi che nei tribunali possono farsi ascoltare.

E' un diritto che sembra compiacersi del proprio carattere contingente, privo di presupposti vincolanti e mutabile. Il suo valore viene a coincidere con la sua trasformabilità e con le possibilità stesse della sua negazione, riconoscendo se stesso solo in quanto positivizzato nelle sentenze¹². Si aprono così scorci di un ordinamento sempre più orientato a raccogliere i cambiamenti provenienti da una *giurisprudenza normativa* in rapida evoluzione, che sta riscrivendo il diritto e che, centrata sulla soddisfazione dei bisogni individuali, sta privando lo *ius* di quella dimensione *relazionale* che è la ragione del diritto. Perché quando la tecnologia riproduttiva viene legittimata come mezzo per *utilizzare* l'altro per realizzare il proprio desiderio, si attivano diritti auto-referenziali e autentiche forme di controllo biopolitico, che spezzano il principio della comunicatività dei valori sottesi a tali diritti, e dunque la relazionalità umana.

Per quanto importante, infatti, il desiderio di un figlio difficilmente può tramutarsi in un *diritto al figlio*: la legittima aspettativa di *concepire* un bambino non può prescindere dal sostrato naturalistico quale presupposto della coppia per avere figli, ossia dal contributo genetico che ciascuno deve poter dare a colui che il diritto "dice" essere loro figlio (diverso è il caso dell'adozione, nella quale non si pone il tema del concepimento). Il superamento di questo principio, inoltre, dischiude seriamente l'ipotesi di una nuova forma di discriminazione nei confronti della donna che, non potendo portare avanti la gravidanza, sarebbe svantaggiata rispetto a colei che può ricevere l'ovulo di una donatrice e portare da sé la gestazione. Per quanto per ora sia stata esclusa dalla Consulta l'ipotesi della maternità surrogata, non si vede, per un principio di coerenza, quali ragioni oggettive potrebbero impedire in futuro che altri tribunali ponessero all'attenzione della Corte il giudizio di legittimità costituzionale del divieto di maternità surrogata, che ad oggi, semplicemente, non è ancora stato posto al suo vaglio. La sola considerazione che ci è consentito fare per escludere questa ipotesi riguarda il valore che il pensiero giuridico dominante ancora riconosce alla gestazione come momento nel quale si instaura una relazione significativa tra madre e feto (peraltro, già negata dalla legge 194/1978!); così come si fa più fatica a riconoscere che l'essere umano - l'embrione - possa essere fatto oggetto di disposizione come altri parti "staccabili" del corpo come i gameti e, in particolare, gli ovuli. In questi termini il discorso giuridico attuale si fa ancora guidare da considerazioni antropologiche significative, che, invece, sono venute meno in relazione, ad esempio, ai valori etico-sociali che ispirano la disciplina costituzionalistica della filiazione. Si pensi solo al principio dell'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, sancito dall'art.

¹² Cfr. F. D'Agostino, *Il diritto tra tradizione e contingenza*, in Idem, *Diritto e religione*, Roma, Aracne, 2013, pp. 89, ss.

29 cost., che con l'eterologa viene meno quando il figlio sia programmato col gamete di un donatore esterno alla coppia. D'altra parte, tale norma non era un doppione inutile dell'uguaglianza sancita dall'art. 3 cost., pensata come uguaglianza di individui *uti singuli*, ma l'uguaglianza di persone unite dal rapporto di coniugio¹³. L'indifferenza del legislatore recente per il rapporto di coniugio rispetto alla filiazione spiega questa scomparsa del valore etico della posizione simmetrica dei genitori rispetto ai figli. Si tenga inoltre presente che il precetto dell'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi aveva un senso perché il coniugio, per come è impostato nella costituzione, si fonda necessariamente sulla differenza sessuale. Visto che ora la Corte costituzionale, in altra recentissima sentenza¹⁴, ha stabilito che il venir meno della differenza sessuale tra i coniugi - in seguito ad un intervento di trasformazione del sesso di uno dei coniugi - non è più elemento sufficiente per sciogliere il matrimonio, quale interpretazione potrà condurre un giudice ad utilizzare in maniera coerente l'art. 29?

Fa riflettere, inoltre, il rapido salto concettuale che la Corte ha compiuto dalla categoria della libertà (di avere figli) a quella del diritto: quando la libertà diventa tecnicamente una "pretesa" giuridica, si finisce all'interno della categoria del diritto soggettivo, cui l'ordinamento deve apprestare strumenti di tutela per la sua attuazione. Pare infatti che, secondo la Corte, oggetto di un diritto-pretesa possa essere ora anche la "creazione" di un essere umano.

Eppure - i giuristi lo sanno bene - la filiazione pone sempre in essere un rapporto, e non è pertanto riducibile allo schema del diritto soggettivo. Il concepimento di un figlio genera più soggettività, tutte parimenti meritevoli di tutela giuridica. E' questa la ragione per cui, prima di legittimare una pratica come l'eterologa, che prevede la produzione di un elevato numero di embrioni, una gran parte dei quali finiranno per essere gettati via o crioconservati, autorevole dottrina si era spinta a proporre il rimedio dell'*adozione degli embrioni abbandonati*, oltre che dei bambini già nati, che oltretutto, non crea asimmetria genitoriale all'interno della coppia, evita ulteriori traffici di gameti e programmate fratture tra biologia e biografia del nascituro. Ciò sarebbe stato anche più compatibile con la norma costituzionale prevista dall'art. 30, poiché avrebbe salvaguardato il rapporto di filiazione a partire dalla derivazione biologica dei figli (sebbene parzialmente, in tal caso, poiché solo attraverso la gestazione), prevedendo la genitorialità adottiva e legale come rimedio sussidiario nei confronti degli embrioni abbandonati. Il principio costituzionale avrebbe dovuto escludere, infatti, un concetto di famiglia fondato sulla mera volontà dei genitori, secondo un lettura contrattualistica del potere riconosciuto agli adulti.

Tuttavia, ora, con l'eterologa nemmeno la donazione e adozione degli embrioni già prodotti sembra essere una strada percorribile, per almeno due ordini di ragioni: primo, perché non essendoci più un limite alla produzione di embrioni in ogni ciclo di fecondazione assistita, il numero di quelli crioconservati è destinato a crescere illimitatamente; secondo, perché autorizzare le donazioni di embrioni significherebbe attivare di fatto un commercio nazionale ed internazionale di vite umane che non farebbe che incrementare il mercato pubblico e privato della fecondazione assistita.

In conclusione, la fecondazione eterologa modifica il rapporto inter-generazionale, diffondendo una generale indifferenza per la genitorialità carnale e riducendo tale rapporto alla sola dimensione sociale. Eppure il rapporto carnale tra genitori e figli è coesistente all'identità stessa dei ruoli familiari. Tant'è che il Legislatore di recente ha ceduto a questa verità, permettendo anche ai figli

¹³ A. Nicolussi, *La famiglia: una concezione neo-istituzionale?*, in "Europa e diritto privato", 2012, pp. 169-196.

¹⁴ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 170/2014.

adottivi di venire a conoscenza delle proprie origini biologiche e conoscere i propri genitori. La presenza fisica e carnale dei ruoli nella famiglia serve a far crescere i genitori insieme ai figli: le identità non si costruiscono solo su rapporti di socialità, ma sulla presenza di spiriti incarnati e generati all'interno di una storia familiare.

Complice di un Legislatore *imprudente*, la scienza consegna oggi agli adulti il potere di programmare i figli, di sceglierli in virtù delle qualità genetiche, di rifiutarli legalmente con l'aborto in un contesto di indifferenza pubblica. Questo riduzionismo antropologico, che contrae il valore di un figlio fino alla misura determinata dalla capacità e dalla volontà della coppia di instaurare un rapporto con il nascituro, limita anche sul piano culturale la capacità di vedere i propri figli come *altro da sé*. Un tempo i figli erano dono, privilegio, potevano essere considerati fonte di ricchezza o causa di povertà. L'autoreferenzialità propria dell'individuo post-moderno, invece, riduce il figlio al risultato di una scelta e di un desiderio soggettivo, al prolungamento e all'espressione della propria sfera di egoità.

Un'ultima considerazione va fatta sul metodo utilizzato dalla Corte nella decisione in esame. Il fatto che essa abbia ritenuto il divieto di eterologa il frutto di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, mette in luce la debolezza del criterio utilizzato dalla stessa Corte: ossia il *principio di ragionevolezza*¹⁵. Recente dottrina lo ha definito una sorta di canone onnicomprensivo per poter verificare che i nuovi diritti siano quantomeno ragionevoli, ossia *più giusti* di quanto potrebbero altrimenti apparire¹⁶. In particolare, esso dovrebbe collocarsi in uno spazio intermedio fra l'estrema razionalità e l'estremo sentimentalismo, imponendo un bilanciamento fra principi - sebbene fondamentali - per poter dare voce ad istanze individuali e sociali concrete. Tuttavia, l'esito di questo procedimento è il "paradosso della ragionevolezza": "è vero che un diritto ragionevole - per la discrezionalità e l'incertezza che caratterizza la sua determinazione - è "meno" [certo ed] oggettivo, ma in ogni caso - godendo di una legittimazione intersoggettiva - esso appare "più" giusto"¹⁷. E riesce così a dare soddisfazione alle istanze di egualitarismo - sul piano dei diritti - della nostra società. Ma non convince. Lo sbilanciamento tra genitori e figlio, nel caso dell'eterologa, è troppo evidente. E ingiusto.

La verità è che in tutto questo attivismo incontrollato delle corti che cercano di soddisfare il naturale desiderio di un figlio, le istituzioni hanno perso di vista l'elemento più importante della questione: la sofferenza profonda della coppia che si scopre sterile, che non riesce ad avere un figlio. La medicalizzazione del problema della sterilità l'ha ridotta nell'immaginario collettivo ad una malattia invalidante e discriminante sul piano sociale e familiare: il *silenzio* - tipico del tabù - circonda coloro che non riescono ad esaudire questo bisogno, percepito come irrinunciabile. Non se ne parla, non ci si confronta, si soffre e si sperimenta solo quel continuo doloroso confronto tra la *manca* che si percepisce dentro di sé e la *pienezza* di chi ha avuto figli. Di fronte a questa drammatica

¹⁵ "Il censurato divieto [...] è il risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, in violazione anche del canone di razionalità dell'ordinamento". "Lo scrutinio di ragionevolezza [...] impone di verificare che il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti non sia stato realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale". Corte Cost., n. 162/2014.

¹⁶ A. Spadaro, *Dall'indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione di doveri altrettanto fondamentali*, in L. Antonini (a cura di), *Il traffico dei diritti insaziabili*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2007, pp. 129-147.

¹⁷A. Spadaro, op. cit., p. 133.

fragilità, che è *il problema bioetico*, che a sua volta fonda il grande problema della procreazione artificiale, ormai preferita in via preliminare rispetto all'adozione di bambini già nati, è urgente che la società si muova per aiutare con le proprie risorse coloro che non hanno potuto rispondere al desiderio di donare la vita, affinché anch'essi possano elaborare come un dono, e non come una rivendicazione, la propria esistenza¹⁸.

Per queste persone, una domanda è rimasta elusa, una *domanda di senso che continua ad avere bisogno di una risposta di senso*. L'uomo, infatti, non si riduce ai fattori biologici che lo compongono, ma possiede la straordinaria capacità di superare la fattualità della vita "per poter-essere-diversamente" con la sua libertà e responsabilità. Altrimenti rischia di consegnarsi ad una sterilità ulteriore, ad una sterilità che rende ciechi di fronte ad ogni altra opportunità di tessere relazioni nel mondo con chi è già al mondo. Solo generando senso gli esseri umani possono riconoscere nuove mete per realizzare la propria felicità. Kierkegaard, con una metafora, ricorda che la porta della felicità si apre verso l'esterno e chi tentasse di forzarla in senso opposto non farebbe altro che richiuderla sempre di più su di sé.

¹⁸ G. Gambino, *Non potere avere figli. La sterilità come condizione umana*, in "L'Arco di Giano", 2013/77, pp. 15-24.