

La scelta di interrogare la disciplina costituzionale sul rapporto tra corpo delle donne e mercato è parsa fin da subito sfidante perché si confronta, da un lato, con la mancata presa di coscienza giuridica delle diversità dei due sessi e, dall'altro lato, con la posizione di soggezione della donna all'uomo. Tale circostanza impone di costruire un assetto ordinamentale peculiare perché sussistono condizioni (si pensi a violenza sessuale, prostituzione, procreazione) che riguardano precipuamente un sesso e che dunque devono essere analizzate, disciplinate e tutelate non in maniera asessuata ma attraverso le lenti di quel sesso.

Quando l'ordinamento costituito non garantisce, sia pur implicitamente, la tutela di alcuni diritti fondamentali o supremi come dignità, eguaglianza, salute, cade nell'errore di permettere una organizzazione gerarchica fra gli esseri umani nella società. Non riconoscere la pari dignità sociale della componente femminile della società consentendo – o comunque tacendo sul – la mercificazione del corpo che le stesse abitano, significa trattare non *quelle* donne, ma *tutte* le donne come se fossero meno degne di considerazione rispetto all'essere umano in generale.

L'obiettivo che le Autrici e gli Autori auspicano venga raggiunto è la presa di coscienza anche giuridica del tema perché non è solo la donna vittima di una qualche forma di violenza il soggetto che subisce la violazione della (propria) dignità, ma è la società intera a veder evaporare, di volta in volta, un po' di dignità.

€ ??,00



5

A. Apostoli (*a cura di*) – DONNE, CORPO E MERCATO DI FRONTE ALLE CATEGORIE DEL DIRITTO COSTITUZIONALE



COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA

I Quaderni

DONNE, CORPO E MERCATO DI FRONTE ALLE CATEGORIE DEL DIRITTO COSTITUZIONALE

a cura di

Adriana Apostoli



G. Giappichelli Editore – Torino



COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA

I Quaderni

Prima Serie – 5

DONNE, CORPO E MERCATO DI FRONTE ALLE CATEGORIE DEL DIRITTO COSTITUZIONALE

a cura di

Adriana Apostoli



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2021 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-4021-9

ISBN/EAN 978-88-921-9738-1 (ebook - pdf)

La Direzione scientifica, in qualità di Comitato valutatore non anonimo, ha espresso parere ampiamente favorevole circa l'inserzione del presente volume nella sezione I Quaderni della Collana del Dipartimento di Giurisprudenza.

Il presente volume è pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia.

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

	<i>pag.</i>
<i>Autori</i>	XI
<i>Introduzione</i>	XIII

PARTE 1

“QUESTIONI DI GENERE” TRA COSTITUZIONE E CORPO DELLE DONNE	3
---	---

Adriana Apostoli

1. Il ruolo del valore dignitario nel campo della presente indagine	3
2. I (troppi) “utilizzi” del corpo femminile	6
3. Quanta confusione sotto il cielo delle “questioni di genere” ...	10

LA CORTE COSTITUZIONALE, LA “LEGGE MERLIN” E LA “LEGGE” DI FILUMENA MARTURANO	17
--	----

Carmela Salazar

1. La sent. n. 141/2019 sulla “legge Merlin” e la questione di costituzionalità proposta dalla Corte di appello di Bari	17
2. La “legge” di Filumena Marturano e la “legge Merlin”	20
3. Il rigetto della censura relativa all’art. 2 Cost.	24
4. <i>Segue</i> : l’infondatezza delle altre censure	27
5. Conclusioni	33

	<i>pag.</i>
IL SESSISMO TRA (POST)FEMMINISMO, (POST)CAPITALISMO E (POST)COSTITUZIONALISMO	37
<i>Ilenia Massa Pinto</i>	
1. Premesse: l'ipotesi di ricerca è la corrispondenza tra i concetti veicolati dalle espressioni <i>(post)femminismo</i> , <i>(post)capitalismo</i> e <i>(post)costituzionalismo</i>	37
2. Il dato di fatto: il <i>sessismo</i>	38
3. <i>(Post)femminismo</i> e <i>(post)capitalismo</i>	39
4. <i>(Post)costituzionalismo</i>	44
5. Conclusioni: è nel momento della elaborazione delle regole che deve essere assicurata la prospettiva di genere	53
DONNE, CORPO E MERCATO DI FRONTE ALLE CATEGORIE DEL DIRITTO COSTITUZIONALE: LA LEGGE MERLIN NELLA PROSPETTIVA COSTITUZIONALE ANTISUBORDINAZIONE DI GENERE	55
<i>Barbara Pezzini</i>	
1. Considerazioni preliminari sul metodo (e in particolare sul prin- cipio antisubordinazione di genere)	55
2. Qualcosa di nuovo, anzi di antico: donne, corpo e mercato della prostituzione nella giurisprudenza costituzionale recente	60
3. La dimensione costituzionale della prostituzione al "tempo delle <i>escort</i> "	63
4. Tornando alla novità, e alla perdurante attualità, della legge Merlin	68
5. Il tempo delle case chiuse: l'approvazione della legge Merlin (1948-1958)	70
6. La prostituzione dopo la legge Merlin	72
7. Una legge permanentemente contro il mercato della prostituzione	77
PARTE 2	
SUL DIRITTO SESSUALE MASCHILE, OVVERO PERCHÉ LA PROSTITUZIONE NON È ESPRESSIONE DELL'AUTODETERMINAZIONE FEMMINILE	83
<i>Mia Caielli</i>	
1. Premessa linguistica	83

	<i>pag.</i>
2. La Legge Merlin oggi e il riemergere del dibattito giusfemminista sulla prostituzione	85
3. “Che cosa c’è che non va nella prostituzione?”. Una lettura costituzionalmente orientata	88
4. Un compromesso tra “neo-regolamentarismo” e astensione del diritto: in difesa del modello “neo-abolizionista”	95

DIGNITÀ UMANA E STATO DI VULNERABILITÀ NELLA PROSTITUZIONE LIBERA E CONSAPEVOLE: NOZIONI ANACRONISTICHE O IN EVOLUZIONE?	99
--	----

Benedetta Liberali

1. Le questioni decise dalle sentenze nn. 141 e 278 del 2019 e i profili di interesse nella prospettiva del giudizio costituzionale	99
2. Esiste il diritto fondamentale di prostituirsi liberamente e volontariamente?	102
3. La libertà di iniziativa economica può declinarsi nella prostituzione libera e volontaria?	104
3.1. Quale rilievo per la «naturale riluttanza verso una “scelta di vita” quale quella di offrire prestazioni sessuali contro mercede» e la condizione di «vulnerabilità» delle persone che si prostituiscono?	104
3.2. La dignità umana nella sua accezione oggettiva non suscettibile di evoluzione a fronte del mutato contesto sociale quale forma di anacronismo legislativo?	108
4. Il fenomeno della prostituzione libera e consapevole: quali prospettive future?	113

OPZIONI ETICHE E SCELTE INDIVIDUALI: LA CRIMINALIZZAZIONE DELLA PROSTITUZIONE FRA GIUDICI E LEGISLATORI NELL’“EUROPA LATINA”	115
--	-----

Alessandro Lauro

1. Premessa	115
2. Libertà personale versus dignità: la ricerca del bene giuridico da tutelare	116
3. Spazio del legislatore e sindacato del giudice	119
4. La “coscienza sociale”, terzo incomodo fra giudice e legislatore (con particolare riguardo alla recente giurisprudenza italiana)	122
5. La neutralità etica degli ordinamenti democratici di fronte al mutamento sociale: un teorema da verificare?	128

IL MERCATO E I SUOI CORPI. RIFLESSIONI ATTORNO ALLO SFRUTTAMENTO DEI CORPI FEMMINILI	131
<i>Anna Lorenzetti</i>	
1. Introduzione	131
2. Il diritto municipale sui corpi prostituiti	131
2.1. L'istituzione delle "zone rosse"	131
2.2. Le ordinanze anti-prostituzione	133
3. Le bambole di silicone: il caso "LumiDolls"	138
4. Giochi di ruolo e corpi femminili	140
5. Prostituzione e genere: dinamiche oppressive e di dominazione	141
LA «LEGGE» DI FILUMENA O LA "LEGGE" DI GRAZIANA? CONSIDERAZIONI SU DIGNITÀ E PROSTITUZIONE TRA ITALIA E SPAGNA	153
<i>Gabriele Maestri</i>	
1. Introduzione, a passi accorti	153
2. La prostituzione secondo la Corte costituzionale: né diritto in- violabile, né attività economica "degnà"	154
3. La Spagna e la scelta "abolizionista"	160
4. La «legge» di Filumena e la "legge" di Graziana	165
5. Della dignità e di altri concetti scivolosi (provando a concludere)	167
IL CORPO DELLA DONNA SECONDO COSTITUZIONE	171
<i>Alessandra Mazzola</i>	
1. Il valore costituzionale della dignità	171
2. <i>Pater semper certus est, mater ... numquam!</i>	176
3. La possibilità di "costruire" il principio di antisubordinazione anche attraverso il corpo della donna	183
PROSTITUZIONE E VIOLENZA SESSUALE: IL CASO DEL CLIENTE CHE OMETTE IL PAGAMENTO BREVI CONSIDERAZIONI A PARTIRE DALLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 141 DEL 2019	191
<i>Flavia Pacella</i>	
1. Introduzione	191

	<i>pag.</i>
2. Violenza sessuale, consenso e abuso di autorità: il quadro normativo e giurisprudenziale	194
2.1. La violenza sessuale nel diritto positivo	194
2.2. La violenza sessuale nel diritto vivente	197
2.3. <i>Segue</i> : L'abuso di autorità (Sezioni unite 2020)	201
3. Vulnerabilità e prostituzione: la sentenza n. 141 del 2019 della Corte costituzionale	204
4. Le implicazioni della sentenza n. 141 del 2019 nell'ambito della violenza sessuale: il caso del cliente che non paga la persona che si prostituisce	207
5. Conclusione	211

RIFLESSIONI SULL'EDUCAZIONE SESSUALE E AFFETTIVA IN ITALIA A MARGINE DELLE SENTENZE N. 141 DEL 2019 E N. 278 DEL 2019 DELLA CORTE COSTITUZIONALE IN TEMA DI PROSTITUZIONE FEMMINILE	213
---	-----

Arianna Pitino

1. Prostituzione e «libertà di autodeterminazione sessuale» delle donne	213
2. L'insegnamento dell'educazione sessuale nel contesto internazionale	217
3. L'educazione sessuale a scuola secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo	221
4. L'insegnamento dell'educazione sessuale a scuola nell'ordinamento italiano	225
5. Dall'educazione sessuale all'educazione di genere (e ritorno): problemi e prospettive (poco incoraggianti)	228
6. Osservazioni conclusive	230

RIFLESSIONI IN ORDINE SPARSO TRA MERCIFICAZIONE DEL CORPO, DIGNITÀ, AUTODETERMINAZIONE E TENTAZIONI MORALISTICHE	233
--	-----

Francesca Rescigno

GENERE, SALTO DI SPECIE ED ECO-COSTITUZIONALISMO	249
--	-----

Laura Ronchetti

1. Le impari conseguenze della pandemia in ottica di genere	249
2. Il lavoro di cura non retribuito nonostante il suo valore	252

	<i>pag.</i>
3. Pandemia e autonomia delle donne	253
4. Il salto di specie e gli interrogativi che apre la “pandemia ombra”	255
5. Noi <i>antropos</i> siamo solo una parte dell’ecosistema	258
6. La matrice androcentrica della visione dicotomica Uomo/Natura	260
7. La prospettiva intersezionale tra sesso, razza e condizioni economiche e sociali per comprendere le diseguaglianze causate dal degrado ambientale	261
8. Per un eco-costituzionalismo in ottica di genere	263

PARTE 2

IL CORPO DELLA DONNA SECONDO COSTITUZIONE

Alessandra Mazzola

*Che è già un dono, il primo,
il dono dell'anima prima di quello del corpo*

I. NÉMIROVSKY, *Suite française*, Milano, 2015.

SOMMARIO: 1. Il valore costituzionale della dignità. – 2. *Pater semper certus est, mater... numquam!* – 3. La possibilità di “costruire” il principio di antisubordinazione anche attraverso il corpo della donna.

1. *Il valore costituzionale della dignità*

I principi che sorreggono il costituzionalismo non sono propri «di uno Stato o di un popolo» ma esprimono «valori dichiaratamente universali, fondati su una visione dell'uomo e del mondo ispirata a precisi postulati ideali ed etici». Tale costruzione giuridica «consente, anzi impone, di parlare del costituzionalismo non come di una dottrina scientifica neutrale dal punto di vista dei valori, ma, potremmo dire, come di un movimento, di una corrente storica che cerca di informare i diversi ordinamenti a principi e regole» ispirati a valori comuni¹.

Com'è noto, le Costituzioni «non si cristallizzano» al tempo in cui sono adottate perché «vivono nella storia generale della società» e si adattano costantemente – anche in virtù delle «attribuzioni di senso»² che le istituzioni politiche e giudiziali sanciscono – alle esperienze storiche, politiche e sociali che lo scorrere del tempo presenta. Inoltre, le società pluraliste si

¹ V. ONIDA, *Costituzioni e costituzionalismo*, in AA.VV., *L'incidenza del diritto internazionale sul diritto civile*, ES, Napoli, 2011, p. 474.

² A. BALDASSARRE, *I diritti della persona umana nello stato rappresentativo*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano*, vol. II, *Sovranità e democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 673.

interessano dell'effettività dei diritti, «uno dei banchi di prova» che dimostra la «capacità dell'ordinamento di perseguire l'obiettivo di una democrazia sostanziale»³.

Tra i principi costituzionali un'attenzione particolare deve essere riservata a quello di dignità⁴, la cui positivizzazione nelle Carte costituzionali successive al Secondo conflitto mondiale ha reso possibile il riconoscimento dell'antioriorità dell'uomo rispetto allo Stato, ovvero l'affermazione di diritti fondamentali che non sono più concessi, come nel periodo liberale classico da parte del Sovrano al cittadino, ma che naturalmente appartengono a quest'ultimo⁵. Nelle democrazie contemporanee, infatti, «il rapporto tra autorità e libertà» si giova del «tema dei diritti fondamentali» e in particolare «del principio di inviolabilità delle posizioni giuridiche soggettive»⁶.

Benché il principio di dignità non trovi espressione nella Carta del '48, «è la chiave per leggere la Costituzione intera, ne è il fine primario»⁷ e perciò può (*rectius*, deve) essere desunto dalla lettura sistematica del Testo. Esso trova fondamento nell'art. 2 Cost. che «rappresent[a] il substrato su cui poggia l'intera costruzione»⁸ e che è altresì sede del riconoscimento e della garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo: infatti «la valorizzazione della dignità umana» risiede anzitutto nell'art. 2 Cost., il quale esprime «le radici e la vocazione “costituente” della dignità»⁹.

³ A. APOSTOLI, *Implicazioni costituzionali della responsabilità disciplinare dei magistrati*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 3.

⁴ Definita «una specie di *commodus discessus* che consente di giungere ad una conclusione che si vuole persuasiva per il semplice appello a un “valore” troppo importante per essere messo in discussione» da R. BIN, *La Corte, i giudici e la dignità umana*, in *BioLaw Journal*, 2, 2019, p. 1.

⁵ Cfr. l'ordine del giorno Dossetti presentato nella Commissione per la Costituzione, Prima Sottocommissione, 9 settembre 1946, pp. 21-22. V. anche, tra i tanti, M. FIORAVANTI, *Art. 2*, Carocci, Roma, 2018, p. 39 ss.; A. APOSTOLI, *La dignità sociale come orizzonte della uguaglianza nell'ordinamento costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2019, pp. 1-2; ID., *Il primato della persona nel costituzionalismo europeo*, in A. SACCOCCIO-S. CACACE (a cura di), *Europa e America latina. Due continenti, un solo diritto*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 98-99.

⁶ A. APOSTOLI, *Implicazioni costituzionali*, cit., p. 3.

⁷ L. CARLASSARE, *Nel segno della Costituzione. La nostra Carta per il futuro*, Feltrinelli, Milano, 2012, p. 32.

⁸ A. APOSTOLI, *Dignità della persona: superiorem non recognoscens (almeno per il costituzionalista)*, in V. ONIDA (a cura di), *Idee in cammino. Il dialogo con i costituzionalisti bre-sciani*, Cacucci, Bari, 2019, pp. 224-225.

⁹ A. APOSTOLI, *La dignità sociale*, cit., pp. 6-7. Detto altrimenti, «nell'universo dei valori costituzionali “splende” quello della dignità umana, valore non graduabile, né bilanciabile, né eliminabile: tale bene supremo è stato individuato quale “assoluto costituzionale”, rappresentando uno dei principi cardine – forse il più importante – del costituzionalismo contemporaneo», ID., *Diritti senza scuse*, biblioFabbrica, Brescia, 2010, p. 47.

Nel reticolo ordinamentale repubblicano la dignità ha assunto una funzione oppositiva¹⁰ rispetto al precedente periodo storico, tanto è vero che grazie ai principi fondamentali la Carta costituzionale fissa i limiti che il potere statale non può superare, pena la rottura della Costituzione. Sulla base di tali argomentazioni si ritiene sia giunto il momento di tracciare un percorso “nuovo”, che permetta di ridurre al minimo i danni alla Carta quelli che gravano sugli «interessi protetti dalla [stessa] nel loro fare “sistema”»¹¹, cosicché la dignità diventi un ponte sia «rispetto a un passato che si vuole [...] rinnegare esplicitamente», sia «verso le inquietudini del presente e del futuro»¹².

Com'è noto, «la dignità umana è data per presupposta, o meglio, è assunta come attributo imprescindibile di ogni uomo»¹³ e nell'ultimo ventennio – ponendosi in senso fondativo e non più oppositivo – è stata protagonista di una vera e propria rivoluzione¹⁴. Essa è invero riuscita, almeno per certi aspetti, a riportare al centro dell'obiettivo degli organi statali il rispetto della persona, tanto che oggi è intesa come un “super-principio” costituzionale¹⁵ che, da un lato, racchiude tutti quelli fondamentali e, d'altro lato, rinvigorisce i diritti umani dei quali la persona è titolare¹⁶. La persona situata all'interno della società è dunque oggetto di una catena di bilanciamenti¹⁷ che, in questa sede, avranno a oggetto la dignità umana e il principio di autodeterminazione corporea.

¹⁰ V. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 186.

¹¹ A. RUGGERI-C. SALAZAR, «Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio»: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone, in *Consulta OnLine*, I, 2017, p. 142.

¹² G.M. FLICK, “Pari dignità sociale” e diritti umani. Prospettive per una Costituzione del XXI secolo, in *Percorsi costituzionali*, 1, 2010, p. 30 ss.

¹³ A. APOSTOLI, *Dignità della persona*, cit., p. 225.

¹⁴ Grazie a «un efficace capovolgimento rispetto alle esperienze passate, le Costituzioni contemporanee pongono la tutela dei diritti fondamentali – nella protezione del loro nucleo essenziale e nel soddisfacimento per tutti gli individui – quale principio di organizzazione dei poteri statali», A. APOSTOLI, *Implicazioni costituzionali*, cit., p. 5.

¹⁵ A. RUGGERI-A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale*, in *Pol. dir.*, 3, 1991, p. 347 hanno definito la dignità come un «valore supercostituzionale».

¹⁶ La dignità è «la fonte principale della tutela dei diritti fondamentali» (A. APOSTOLI, *Il primato della persona*, cit., p. 100), tanto è vero che «un individuo privato della sua dignità soffre della negazione della sua stessa umanità» (G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore della dignità della persona*, in *Rivista AIC*, 14 marzo 2008).

¹⁷ «La *supremitas* della dignità la innalza a criterio di bilanciamento di valori, senza che essa sia suscettibile di ridursi per effetto di un bilanciamento. Essa non è effetto di un bilanciamento, ma è la bilancia medesima», G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore*, cit. Analogamente J. LUTHER, *Ragionevolezza e dignità umana*, in *Polis Working Papers*, 79, 2006, p. 7.

A ben vedere, «la necessità di parlare dei diritti delle donne come di una categoria a parte rispetto ai diritti umani in generale» potrebbe dar luogo ad «alcuni fraintendimenti»¹⁸ pur tuttavia risultando essenziale, specialmente là dove il perimetro d'indagine si stringe attorno al rapporto tra il corpo della donna e i principi costituzionali. Tale relazione esige di essere affrontata nell'ottica del valore dignitario che, inverando il principio personalista e quello di eguaglianza¹⁹, attraversa la Carta²⁰ rafforzando il significato delle norme ivi sancite²¹.

Il *quid pluris* che il valore della dignità apporta ai principi costituzionali si riscontra, più che altrove, in relazione agli articoli che si occupano del corpo della donna – nessuno, a ben vedere – ovvero quelli in cui l'(ab)uso dell'involucro di pelle e ossa che contiene la personalità di ogni essere umano assume valore preminente. Sono questioni che si scontrano con gli sviluppi scientifici, tecnologici e informatici che, ponendo questioni (etiche, morali e viepiù giuridiche) nemmeno immaginate al termine del Secondo conflitto mondiale, talvolta ledono o privano del godimento (del)la dignità.

Al fine di garantire una tutela globale²² appare necessario tessere una rete nell'ordinamento; se infatti fino alla fine del Secolo scorso le vicende collegate alla vita dell'individuo trovavano una disciplina invalicabile nelle regole della natura, oggi gli sviluppi della ricerca in campo sanitario consentono, assecondando l'arbitrio dell'uomo, i fatti relativi alla nascita, alla vita e alla morte. Il corpo umano non è più un *unicum* inscindibile, ma un oggetto che può essere «scompo[sto] nella molteplicità delle sue parti»²³.

Il diritto – scienza talvolta al limite dell'astrazione – e in particolare il diritto costituzionale è chiamato a confrontarsi con un quadro scientifico nuovo che pone in dubbio gli istituti fino ad ora conosciuti. In tale contesto, «affermare che nelle Costituzioni democratiche il riconoscimento dei diritti fondamentali» è «il fondamento primo e nello stesso

¹⁸ A. APOSTOLI, *La parità di genere nel campo "minato" della rappresentanza politica*, in *Rivista AIC*, 4, 2016, p. 1.

¹⁹ A. APOSTOLI, *Dignità della persona*, cit., p. 221 ricorda che «l'uomo con dignità, nello stato costituzionale, è un individuo che vive in solidarietà con altri uomini e dunque il pluralismo sociale moderno presuppone e assume la dignità come base per il suo operare solido».

²⁰ Corte cost., 11 luglio 2000, n. 293, § 4 *Cons. dir.* «quello della dignità della persona umana è valore costituzionale che permea di sé il diritto positivo».

²¹ Cfr. L. CARLASSARE, *Solidarietà: un progetto politico*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2016, p. 55 ss.

²² Cfr. V. ONIDA, *op. cit.*, p. 475.

²³ S. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 162.

tempo il fine ultimo della vita politicamente organizzata, significa evidenziare un dato di assoluta novità: quello del primato della persona umana sullo Stato»²⁴.

Partendo dal presupposto che l'ordinamento costituzionale è «un sistema» che «riflette un complesso di interessi generali, intimamente collegati, e determinati principalmente dalla posizione del singolo individuo nella comunità», ne deriva che l'organizzazione dei pubblici poteri «che ad esso si riferisce» deve «essere il risultato di un costante processo di interazioni, spesso fortemente antagonista, tra bisogni che emergono dalla comunità e le determinazioni assunte dagli organi investiti del potere di indirizzo politico»²⁵. In questo quadro, e a maggior ragione prendendo a riferimento il corpo della donna, sembra opportuno provare a riflettere anche sul principio di antisubordinazione che, grazie all'interpretazione evolutiva della Carta del '48, mira a impedire la deleteria alterità fra la donna e l'uomo valorizzando le naturali differenze fra i generi²⁶.

Sulla base di questi elementi – progresso scientifico-tecnologico e progresso giuridico – si reputa necessario mantenere viva l'attenzione sull'evoluzione della società e sull'adeguamento della Costituzione, soprattutto in relazione alle questioni eticamente sensibili²⁷. Sarebbe altresì buona norma ricordare al legislatore, ai giudici e alla società che «il corpo non è abitato da un individuo, esso è la persona stessa» e che i fatti relativi al corpo femminile «riguardano le vite di persone in carne ed ossa». Il corpo non è infatti «una macchina che si possa smontare e lo spirito non è un'anima che lo riempie come il liquido in una bottiglia»²⁸.

²⁴ A. APOSTOLI, *Implicazioni costituzionali*, cit., p. 4.

²⁵ A. APOSTOLI, *La svalutazione del principio di solidarietà. Crisi di un valore fondamentale per la democrazia*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 141.

²⁶ Cfr. L. RONCHETTI, *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2006.

²⁷ Com'è stato sostenuto da C. TRIPODINA, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *BioLaw Journal*, 2, 2014, p. 67, la procreazione è assurta a «oggetto di rivendicazione» in quanto diritto quando è uscita «dalla sfera degli accadimenti naturali per divenire oggetto di artificio, e dunque di scelta»; la tecnica ha reso possibile il concepimento «contro-natura», comportando la «rivendicazione del diritto a procreare artificialmente».

²⁸ S. POZZOLO, *Gestazione per altri (ed altre). Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista*, in *BioLaw Journal*, 2, 2016, p. 108.

2. Pater semper certus est, mater ... numquam!

Non v'è dubbio, nemmeno a seguito di una lunga serie di progressi tecnologici che permettono l'esperienza riproduttiva a prescindere da una relazione sessuale, che l'essere umano venga alla luce grazie al corpo della donna. La gestazione è un processo lungo che, implicando un contatto profondo tra la madre e il nascituro, fonda «un'esperienza relazionale complessa»²⁹.

La vicenda della maternità è riconosciuta dalla Costituzione ed è sostanzialmente posta all'origine delle relazioni tra persone nella società, almeno fintantoché non sarà possibile intraprendere percorsi esistenziali in assenza di un'esperienza riproduttiva/generativa.

Lo sviluppo delle procedure mediche consente ormai la produzione di embrioni al di fuori del corpo femminile, i quali tuttavia continuano a necessitare del corpo della donna per crescere e svilupparsi in virtù di quella «unità duale»³⁰ che evidenzia l'esclusività della relazione tra il nascituro e la madre³¹. Al tempo stesso, l'affermarsi delle nuove modalità procreative ha permesso di slegare artificialmente due vicende strettamente connesse: la riproduzione e la genitorialità³². Quest'ultima, pur dipendendo dall'esperienza riproduttiva, trova vita autonoma nel momento in cui gli oneri genitoriali ricadono su un essere umano generato da una vicenda riproduttiva terza rispetto a coloro che si assumono essere madre e padre e che vogliono sopportare, quantomeno ai sensi dell'art. 30 Cost., la relativa responsabilità.

Com'è noto, il contributo femminile e maschile alla soddisfazione del desiderio di genitorialità è profondamente diverso stante la necessaria complementarità dell'apporto biologico dell'uomo e della donna. Se il corpo maschile è estraneo alla gestazione, salvo che per un breve attimo³³, quel-

²⁹ B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dell'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2017, p. 191. È cioè un'esperienza relazionale che nel binomio gravidanza-parto «comprende lo sviluppo di un legame sia fisico che emotivo con il nascituro», D. DANNA, *La falsa simmetria tra i sessi nella surrogazione di maternità*, in *Ragion pratica*, 2, 2019, p. 418.

³⁰ B. PEZZINI, *Nascere da un corpo*, cit., p. 193.

³¹ Cfr. B. PEZZINI, *Il corpo della differenza: una questione costituzionale nella prospettiva di genere*, in *BioLaw Journal*, 2, 2019, p. 622 ss.

³² In passato era possibile scindere l'esperienza riproduttiva da quella genitoriale mediante l'adozione (legge 4 maggio 1983, n. 184), mentre con la gravidanza per altri è possibile vivere una gravidanza (riproduzione) per cedere il neonato a terzi che se ne occuperanno per il resto della sua esistenza (genitorialità).

³³ È stato affermato che il contributo dell'uomo «implica un uso del corpo maschile non invasivo, generalmente piacevole, limitato nel tempo e facilmente ripetibile (e che in ciò si esaurisce)» (B. PEZZINI, *Nascere da un corpo*, cit., p. 198) e che se tale pratica si risolve per l'uomo in «5 minuti di serenità [...], per la donna si profila un invasivo trattamento medico» (S. POZZOLO, *op. cit.*, p. 96).

lo della donna può essere separato da tale esperienza solo mediante procedure mediche decisamente invasive³⁴.

La scissione tra maternità e genitorialità è a noi nota, tra gli altri, con il nome di gravidanza per altri (GPA)³⁵, ovvero quella vicenda per cui una donna porta a termine un progetto riproduttivo che non sfocerà, per sé, in un'esperienza genitoriale poiché questa vedrà come protagonisti degli adulti diversi rispetto alla partoriente. In un processo biologico così strutturato è evidente come il corpo della donna, da un lato, rivesta un ruolo essenziale e, dall'altro lato, possa essere considerato nulla più di uno strumento idoneo ad assicurare un desiderio altrui³⁶.

Il fenomeno della gravidanza per altri è antico, tanto da trovare riferimenti nella Grecia di Sparta³⁷, nella Bibbia³⁸, nei testi della Roma clas-

³⁴ Gli sviluppi scientifici e la "semplicità" con cui è possibile produrre embrioni *in vitro* hanno portato a ritenere ormai simili «la posizione dell'apportatore di sperma e quella dell'apportatore di ovuli» (S. POZZOLO, *op. cit.*, pp. 95-96), benché l'estrazione dell'ovocita e il successivo impianto rappresentino pratiche complicate e invasive. Peraltro, «così come per rimediare all'infertilità di un uomo si usa il seme di un altro, per rimediare all'infertilità di una donna si possono usare non solo ovociti altrui, ma anche un "utero altrui"» e «tale pretesa simmetria viene usata contro le donne», D. DANNA, *op. cit.*, p. 417. V. anche E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2, 2018, pp. 7-8.

³⁵ Ovvero surrogazione di maternità o maternità per sostituzione (*surrogacy*), gestazione per altri, utero in affitto (cfr. per le diverse accezioni I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Giuffrè, Milano, 2000; B. SGORBATI, *Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore*, in *BioLaw Journal*, 2, 2016, pp. 111-112). Si condivide il pensiero di B. PEZZINI, *Introduzione*, in *GenIUS*, 2, 2017, p. 7 ad avviso della quale il fatto che si parli di gravidanza per altri porta come inevitabile conseguenza l'attenzione sulla gravidanza «come esperienza femminile insostituibile» che «esplicita, al contempo, la sua qualificazione rivolta ad un progetto genitoriale di altri». L'acronimo *gestazione* per altri non sembra corretto perché pone «in primo piano il processo gestazionale evocandolo prima e persino al posto della donna in gravidanza, quasi come un processo "disincarnato" dal corpo e dalla vita della donna, riducendo l'esperienza relazionale della gravidanza ad una mera funzione biologica» (ID., *Nascere da un corpo*, cit., p. 194). S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2015, p. 19 lamenta che tale acronimo sradica il rapporto materno giacché della "maternità" viene negato anche il nome. È, in ogni caso, una pratica vietata dall' art. 12, comma 6, legge 19 febbraio 2004, n. 40 e in relazione a tale divieto I. CORTI, *Maternità per sostituzione e dignità umana*, in *GenIUS*, 2, 2017, pp. 20-21 sottolinea che comunque non ha risolto il problema della procreazione per mezzo del corpo di un'altra donna, atteso che non pare idoneo a inibire il ricorso a tale pratica da parte di coloro che desiderano diventare genitori e trasmettere il proprio patrimonio genetico.

³⁶ B. PEZZINI, *Nascere da un corpo*, cit., p. 207 parla di «neutralizzazione» ed «essenzializzazione» del corpo della donna.

³⁷ Cfr. POLYBIUS, *Historiae*, XII, 6b.8.

³⁸ V. GENESI, 16, 1-5 e 30, 1-13 con le vicende di Abramo, Sara e Agar e di Giacobbe, Rachele e Bila.

sica³⁹, nonché in alcuni popoli africani ove si afferma una sorta di «paternità femminile»⁴⁰. È, come la si guardi, una pratica che affonda le proprie radici in una cultura “omosociale”⁴¹ che si preoccupa di trasmettere i geni del padre, sia anche attraverso l’*uso* di un corpo altro rispetto a quello della propria compagna di vita. Nel tempo presente pare altresì espressione di una nuova forma di patriarcato di matrice contrattualistica, atteso che rappresenta uno dei modi con cui servirsi del corpo della donna⁴².

L’attenzione, almeno per una lettura *secondo Costituzione* di questa vicenda, deve essere rivolta alla madre biologica⁴³, ovvero colei che presta il proprio corpo e che mediante la gravidanza fonda quella relazione che la rende «“due e tutt’uno” (unità duale)»⁴⁴ con il feto e che a seguito del parto esce di scena perché il suo compito è, del resto, solo quello di “traghet-tare” la vita di un embrione in quella di un bambino. Cionondimeno, mediante la GPA due percorsi umani ed esistenziali si saldano, ossia il progetto riproduttivo e quello genitoriale cui la gestante resta estranea. Il *trait d’union* è sovente rappresentato dall’uomo che apporta il proprio contributo genetico alla nascita dell’essere umano del quale assume di essere padre. In alcuni casi, nondimeno, il punto di contatto tra esperienza riproduttiva e genitoriale è costituita da entrambi i genitori cosiddetti intenzionali perché la madre (intenzionale) fornisce il proprio ovulo divenendo

³⁹ Con Catone Uticense che “presta” la moglie Marzia a Ortensio (v. APPIANO, *De bellis civilibus Romanorum*, 2, 14, 99; PLUTARCHUS, *Cato Minor*, 52.6) e con Tiberio Claudio Nerone che cede la moglie Livia Drusilla a Ottaviano, come ricorda CASSIO DIONE, *Historia Romana*, 48.44.

⁴⁰ M. RIZZUTI, *La maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori*, in *BioLaw Journal*, 2, 2015, p. 91 ss.

⁴¹ Cultura in cui la vita politica e relazionale-sociale di un popolo prende come riferimento la figura maschile. Cfr. L.G. TIN, *L’invenzione della cultura eterosessuale*, duepunti, Palermo, 2010.

⁴² Si pronuncia in questi termini B. PEZZINI, *Costruzione del genere e Costituzione*, in ID., *La costruzione del genere. Norme e regole*, vol. I, Bergamo University Press, Bergamo, 2012, pp. 26-27, ad avviso della quale la maternità «non può diventare un valore astratto della persona che è “madre” e neppure essere ridotta ad un processo oggettivo, spogliato di ogni corporeità»; invero, la maternità è «l’esperienza esistenziale che attraversa – molto materialmente – il corpo di una donna».

⁴³ Ovvero colei che tiene in grembo il feto, mentre la madre genetica è colei che dona l’ovulo che verrà fecondato; le due “matri” possono, così come non possono, coincidere (v. S. CECCHINI, *Il divieto di maternità surrogata osservato da una prospettiva costituzionale*, in *BioLaw Journal*, 2, 2019, p. 6 ss.). D. DANNA, *op. cit.*, p. 416 sostiene che è facile «individuare qual è la donna da indicare come madre» perché «è colei che fa quello che le matri hanno sempre fatto, cioè portare a termine la gravidanza e partorire». Tutte le altre “matri”, infatti, hanno «un aggettivo in più» che le qualifica come intenzionale, sociale o adottiva.

⁴⁴ B. PEZZINI, *Nascere da un corpo*, cit., p. 191.

anche madre genetica e rendendo la donna-madre biologica⁴⁵ nulla più che un passaggio obbligato che la scienza non è ancora riuscita a superare⁴⁶.

Se a una prima lettura potrebbe ritenersi che mediante la donazione dell'ovulo della madre intenzionale si realizzi una sostanziale parificazione tra la donna e l'uomo, bisogna tuttavia ammettere che la subordinazione della posizione femminile a quella maschile è rafforzata. Infatti, il prodotto della donazione dei geni maschili e di quelli femminili non avvicina le due figure genitoriali al centro di un ipotetico cerchio, viceversa posiziona la «donna nel luogo tipicamente maschile: di colui che attende che la donna, un'altra ancora questa volta, sviluppi la gravidanza e partorisca la prole che perpetua i propri geni»⁴⁷. I due generi, da sempre subordinati, hanno favorito tale condizione ponendo la gestante in una posizione ulteriormente lesiva della sua dignità, posto che risulta subordinata due volte: all'uomo che vuole trasmettere il proprio patrimonio genetico e alla futura madre⁴⁸.

Il divieto della GPA nel nostro ordinamento intende colpire la «decostruzione della maternità»⁴⁹, oltreché la stigmatizzazione conseguente alla «mercificazione della maternità e [al]la “contrattualizzazione” della consegna dei neonati»⁵⁰. In questo modo muta il paradigma del concetto di maternità, perché alla donna non è chiesto «di “avere cura” di un bambino altrui, di svolgere una funzione “simbolicamente” materna, bensì «di crescerlo e nutrirlo all'interno del proprio corpo, di dargli la vita, di esserne, in sostanza, madre rinunciando ad esserlo»⁵¹. In questo modo l'incisione sulla dignità della partoriente⁵² è tanto profonda da

⁴⁵ La quale è libera di compiere scelte correlate alla gestione della gravidanza, come l'interruzione, i trattamenti, lo stile di vita ecc. Nello stesso senso B. PEZZINI, *Nascere da un corpo*, cit., p. 227; *contra* B. SGORBATI, *op. cit.*, p. 126.

⁴⁶ V. S. NICCOLAI, *op. cit.*, p. 20 che descrive due dimensioni della donna, l'una ricondotta al solo aspetto biologico, l'altra ritenuta “santa” perché sopporta la gravidanza per donare il figlio a chi non può averne.

⁴⁷ S. POZZOLO, *op. cit.*, p. 104.

⁴⁸ Vale la pena ricordare che la GPA può consentire l'accesso alla genitorialità anche alle coppie già dichiarate inidonee all'adozione, con un profluvio di rischi per la salute psicologica del minore. Cfr. A. RUGGERI-C. SALAZAR, *op. cit.*, p. 147; S. AGOSTA, *In fuga dai divieti: una riflessione sulla proibizione italiana della gestazione per altri*, in *Quad. cost.*, 1, 2018, p. 93.

⁴⁹ I. CORTI, *Maternità per sostituzione*, cit., p. 23.

⁵⁰ A. RUGGERI-C. SALAZAR, *op. cit.*, p. 143.

⁵¹ B. SGORBATI, *op. cit.*, p. 119. In altri termini, «donare la vita al feto [...] è cosa ben diversa dal donare la vita del feto» a terzi (E. LAMARQUE, *Navigare a vista. Il giurista italiano e la maternità surrogata*, in *giudicedonna.it*, 1, 2017, p. 5).

⁵² Significativamente definita un «mero contenitore, destinato a custodire qualcosa che non le appartiene» da S. POZZOLO, *op. cit.*, p. 97. V. anche D. DANNA, *Contract Children*, Ibi-

non poter essere risolta: il grembo assurge infatti a «mezzo» per soddisfare un desiderio altrui e il neonato diventa un «ben[e] commercial[e]»⁵³.

Il divieto di surrogazione, essendo confinato al territorio della nostra Repubblica, ha prodotto una sorta di “turismo procreativo” che induce rilevanti problemi giuridici (e non solo) circa lo *status filiationis*. Perciò parte della dottrina⁵⁴ propone di rendere lecita la GPA gratuita, facendola cioè rientrare nella logica del dono. Tuttavia, le scelte procreative non trovano fondamento nel libero arbitrio, ma nei principi dello Stato di diritto e dunque anche nella legge⁵⁵.

Pur volendo collegare questa pratica a una forma di adempimento di un dovere di solidarietà sociale, resta il dubbio se quelle in esame siano scelte davvero libere, ovvero se è possibile garantire una scelta effettivamente scevra da condizionamenti esterni (ad esempio, affettivi e parentali) – al di là di qualsiasi, sia pur rudimentale, forma contrattuale – alla donna cui viene chiesto di portare in grembo il figlio che poi verrà ceduto a un'altra. Com'è noto, infatti, il divieto di “gestare” per altri è facilmente eluso dalle coppie che si recano all'estero⁵⁶, cir-

dem Press, Stuggart, 2015, pp. 119-171. Sul rapporto fra dignità, principio personalista e principio solidarista cfr. A. APOSTOLI, *Il primato della persona*, cit., p. 105.

⁵³ A. RUGGERI-C. SALAZAR, *op. cit.*, p. 143.

⁵⁴ Cfr. almeno S. NICCOLAI, *op. cit.*, p. 50 che parla di «maternità solidale tra donne»; S. POZZOLO, *op. cit.*; C. RAGNI, *Gestazione per altri e riconoscimento dello status di figlio*, in *GenIUS*, 3, 2016; A. RUGGERI-C. SALAZAR, *op. cit.*; I. CORTI, *Maternità per sostituzione*, cit.; A. RUGGERI, *La maternità surrogata, ovverosia quando fatti e norme urtano col dettato costituzionale e richiedono mirati e congrui interventi riparatori da parte di giudici e legislatore*, in *GenIUS*, 2, 2017, p. 54; G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge... in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, in A. APOSTOLI-M. GORLANI (a cura di), *Crisi della giustizia e (in)certeza del diritto*, ES, Napoli, 2018, pp. 197-203. *Contra* L. RONCHETTI, *op. cit.*; E. LAMARQUE, *op. cit.*; B. PEZZINI, *Nascere da un corpo*, cit., p. 227 riflette sulla “tenuità” del principio di dignità fra i soggetti coinvolti nella surrogazione di maternità e ritiene sia necessaria la gratuità del rapporto fra genitori intenzionali e madre surrogata onde evitare la «riduzione a merce/prodotto/processo i corpi della madre biologica e del nascituro, riconoscendo nei soggetti che sono quei corpi [...] i protagonisti/gli attori di particolari relazioni umane»; E. OLIVITO, *op. cit.*, p. 24 ritiene che «se fosse realmente in questione un “dono”, ci troveremmo di fronte a un dono singolare» che «ha come oggetto un altro essere umano».

⁵⁵ V. L. GIANFORMAGGIO, *Correggere le disegualianze, valorizzare le differenze: superamento o rafforzamento dell'eguaglianza?*, in *Democrazia e diritto*, 1, 1996, p. 216 ss.; S. CECCHINI, *op. cit.*, p. 20 ss.

⁵⁶ Parla di «delocalizzazione della produzione di figli» S. POZZOLO, *Delocalizzare la (ri)produzione? Riflessioni sul diritto, la maternità surrogata e il superiore interesse del minore*, in *Politeia*, 124, 2016, pp. 19-31, similmente M. RIZZUTI, *op. cit.*, p. 91 definisce le «gravidanze delocalizzate»; A. KIMBRELL, *The Human Body Shop. The engineering and marketing of life*, Harpercollins, London, 1993, p. 100 afferma la «bioschiavitù» della donna che subisce lo sfruttamento del proprio corpo per dare alla luce figli che saranno ceduti ad altri. Si riferiscono alla surrogazione di maternità come una moderna forma di schiavitù anche M.

costanza che pone, fra gli altri, il problema della regolamentazione giuridica del nato.

La risposta costituzionalmente conforme alla surrogazione di maternità a me pare non possa prescindere dal bilanciamento tra la dignità della donna che presta il suo corpo come se fosse un'incubatrice per embrioni e l'interesse del minore che deve vedersi riconosciuto lo *status filiationis*. Infatti, assumono oggi un significato particolare sia «le modalità del concepimento e della gestazione», sia «la presenza di strumenti legali che consentano la costituzione di un legame giuridico col genitore contestato»⁵⁷. In questa scia si pongono le più recenti pronunce della Corte costituzionale, la quale dapprima ha ammesso che «la determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile», purché «*non vulneri altri valori costituzionali*» e quindi negando la possibilità di procedere a surrogazione di maternità⁵⁸; successivamente ha sancito che la stessa «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»⁵⁹ (§ 4.2 *Cons. dir.*).

Con tale pronuncia il Giudice costituzionale ha affermato che la GPA non può trovare fondamento in un esclusivo slancio solidaristico volto a soddisfare il desiderio di genitorialità della coppia che, per procreare, finisce coll'offendere «beni *indisponibili*», travolgendo «la digni-

COOPER-C. WALDBY, *Biolavoro globale. Corpi e nuove forme di manodopera*, DeriveApprodi, Roma, 2015, p. 100; G. LUCCIOLI, *Questioni eticamente sensibili. Quali diritti e quali giudici. La maternità surrogata*, in *Consulta OnLine*, II, 2017, p. 326; F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2018, p. 172 e L. GUIZZARDI, *Alcune riflessioni sulla gestazione per altri*, in *Iride*, 2, 2020, p. 271 ss.

⁵⁷ Corte cost., 22 novembre 2017, n. 272 del 2017, § 4.2 *Cons. dir.* Come a dire che le colpe sono dei padri, ma comunque ricadono sui figli, cfr. G. BARCELLONA, *La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli. Brevi note a margine di Corte cost. 272 del 2017*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 9 marzo 2018.

⁵⁸ Corte cost., 9 aprile 2014, n. 162, § 6 *Cons. dir.* (corsivo mio). V. almeno M. PICCHI, *La tutela del rapporto di filiazione in caso di maternità surrogata: arresti giurisprudenziali e prospettive*, in *federalismi.it*, 29, 2020, p. 114 ss. e A. APOSTOLI, *La gestazione per altri e il Giudice delle leggi*, in *Ragion pratica*, 1, 2021, p. 193 ss.

⁵⁹ Corte cost., 22 novembre 2017, n. 272, § 4.2 *Cons. dir.* Si ricorda che l'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale, proveniente dalla Corte d'appello di Milano, non aveva a oggetto l'art. 12, comma 6, legge n. 40 del 2004, bensì l'interesse del minore da cui discendeva la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 del Codice civile. Sulla ricostruzione della vicenda v. almeno G. MATUCCI, *La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all'interesse concreto del minore*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 15 febbraio 2018 e, *ivi*, G. BARCELLONA, *op. cit.*; S. AGOSTA, *La maternità surrogata e la Corte costituzionale (a proposito di obiter dicta da prendere sul serio)*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2018.

tà di tutte le donne»⁶⁰ – dignità oggettiva – e i rapporti tra il costituendo nucleo familiare e la società⁶¹. Con un ampio riferimento alle relazioni umane, la Consulta ha posto l'accento sul fatto che non è solo la donna a subire il disvalore dell'uso del proprio corpo per creare una persona che poi verrà curata, educata e cresciuta (*ceduta*) (d) a altri, ma la società intera perché patisce la compressione del principio di dignità⁶². Operando una «chiusura netta»⁶³ verso la *surrogacy*, la Consulta attribuisce alla pronuncia un fondamento legislativo – ancorato a un interesse di rilievo pubblico – e, viepiù, costituzionale, il quale trae origine sia dalla dignità della donna⁶⁴ – pregiudicata dalla GPA – sia dalle relazioni umane all'interno della società, che sarebbero irrimediabilmente compromesse.

⁶⁰ C. SALAZAR, *Il corpo delle donne e la Costituzione. Alcune domande intorno alla questione di costituzionalità proposta dalla Corte di appello di Bari sulla "Legge Merlin" e qualche riflessione sui recenti sviluppi giurisprudenziali in tema di GPA*, in B. PEZZINI-A. LORENZETTI (a cura di), *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 171.

⁶¹ Analogamente si è pronunciato il Parlamento europeo nella Relazione annuale sui diritti umani (*Annual Report of Human Rights in the World 2014 and the European Union's Policy on the Matter*), 2015/2229 ai sensi della quale la GPA «compromette la dignità umana della donna dal momento che il suo corpo e le sue funzioni riproduttive sono usati come una merce» e «prevede lo sfruttamento riproduttivo e l'uso del corpo umano per un ritorno economico o di altro genere, in particolare nel caso delle donne vulnerabili dei Paesi in via di sviluppo».

⁶² La Consulta si occupa (anche) dell'interesse alla verità biologica (o di nascita) che riguarda l'«ordine pubblico», il quale esige che sia salvaguardato «l'interesse del minore nei limiti consentiti da tale verità» (§ 4.2 *Cons. dir.*); è un monito che la Corte rivolge ai giudici di merito nel momento in cui dovranno decidere su casi analoghi. Cfr. F. ANGELINI, *op. cit.*, p. 167 ss. Sul concetto di ordine pubblico e filiazione sorta da GPA v. almeno A. LORENZETTI, *La recente giurisprudenza in materia di omogenitorialità tra mutamenti di paradigmi e nuove prospettive di politica legislativa*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2018.

⁶³ B. PEZZINI, *Il corpo della differenza*, cit., p. 626.

⁶⁴ Sarebbe invero auspicabile che il legislatore intervenisse al fine di evitare «la legittimità di prassi che strumentalizzano il corpo della donna per soddisfare l'esigenza egoistica di un legame biologico con il nascituro», V. DE SANTIS, *Diritto a conoscere le proprie origini come aspetto della relazione materna. Adozione, PMA eterologa e cognome materno*, in *Nomos*, 1, 2018, p. 18.

3. La possibilità di “costruire” il principio di antisubordinazione anche attraverso il corpo della donna

«La paternità socialmente è sempre un'intenzione», mentre «la maternità è tutto fuorché un'intenzione». Ritenere che sussista una differenza fra i “tipi” di maternità sulla base del materiale genetico utilizzato e che questo materiale abbia la forza di sradicare il rapporto che dura per nove mesi fra il nascituro e colei che lo porta in grembo, è espressione di «un'impostazione maschile»⁶⁵ della gravidanza⁶⁶. Il fenomeno della surrogazione di maternità sembra infatti esprimere «un'altra clausola del contratto maschile» e, segnatamente, «una nuova forma di accesso e di uso del corpo femminile da parte degli uomini»⁶⁷.

Il processo riproduttivo, quando avviene mediante tecniche che snaturano l'ordine naturale dei rapporti, ossia qualora coinvolga più soggetti rispetto a coloro che usualmente si presentano quali parti irriducibili del fenomeno riproduttivo, rappresenta «un crocevia fra libertà e limiti»⁶⁸. Un rapporto che esige di essere disciplinato nell'ottica sia del *favor minoris*, sia della tutela della dignità della donna e del principio di eguaglianza fra la gestante e i genitori intenzionali⁶⁹.

Benché «il “bisogno di genitorialità” (e il relativo diritto, che trasforma il bisogno in una pretesa giuridicamente tutelata) non [sia] figlio della società dei consumi e della conseguente mercificazione della vita e dei suoi mestieri»⁷⁰, oggi corriamo il rischio che i rapporti fra la donna che porta a termine la gravidanza per altri e gli aspiranti genitori, in un sistema commerciale di esseri umani retto dalle “usuali” regole del mercato, pongano questi ultimi in posizione di naturale dominio⁷¹ e, di conseguenza, la gestante in posizione di subordinazione.

Infatti, la completa scissione dell'esperienza riproduttiva/generativa

⁶⁵ D. DANNA, *La falsa simmetria*, cit., p. 430.

⁶⁶ Come ha sostenuto M. PEDRAZZA GORLERO, *Eguaglianza dei generi e sovranità nella Costituzione repubblicana*, in B. PEZZINI-A. LORENZETTI (a cura di), *70 anni*, cit., p. 315, «il genere è *coautore* di vita ed è termine di una duplice relazione: la relazione generante, che accende il processo vitale, e la relazione materna, che costruisce la vita».

⁶⁷ C. PATEMAN, *Il contratto sessuale. I fondamenti nascosti della società moderna*, Moretti&Vitali, Bergamo, 2015, p. 310.

⁶⁸ G.M. FLICK, *Diritto ad avere un genitore e/o diritto ad essere un genitore: una riflessione introduttiva*, in *Rivista AIC*, 1, 2017, p. 3.

⁶⁹ Si rimanda a B. SGORBATI, *op. cit.*, p. 125.

⁷⁰ R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, in *BioLaw Journal*, 2, 2016, p. 1.

⁷¹ Cfr. C. LUZZI, *Dall'aborto alla surrogazione di maternità: antiche e nuove modalità di “esproprio” del corpo femminile*, in *Ragion pratica*, 2, 2019, p. 380 ss.

tende ad «assimilare sempre più la maternità ad una paternità»⁷², tanto che «l'attenzione socialmente prestata ai geni e ai semi», nel momento in cui vengono considerati come un qualsiasi altro bene liberamente scambiabile sul mercato, determina «la percezione di un eguagliamento delle posizioni»⁷³ fra coloro che normalmente prendono parte al processo riproduttivo; un'eguaglianza solo apparente, posto che non si realizza alcuna «condivisione con l'altro sesso», ma si «*delocalizza* lo sforzo su un'altra donna»⁷⁴.

L'attività riproduttiva può essere intesa come il primo “tassello” della questione di genere ed è in questa prospettiva che si ritiene necessario (provare a) studiare le vicende relative alla riproduzione. Le nuove modalità procreative, avendo la forza di sradicare la risalente asimmetria fra uomo e donna, fondano uno scontro trilaterale, ovvero anche fra individui dello stesso sesso. Tale condizione induce a riflettere in ordine al significato del principio di eguaglianza per tentare di declinarlo quale principio di antisubordinazione. Com'è noto, la GPA è stata identificata come espressiva di una visione patriarcale della società perché la madre intenzionale si pone sullo stesso piano del padre, attendendo che una (altra) donna porti a termine la gravidanza al suo posto.

Il principio di eguaglianza è stato definito come una «norma generale al massimo grado»⁷⁵, «supernorma di chiusura dell'ordinamento»⁷⁶ che esprime una doppia anima, figlia del costituzionalismo del Secondo dopoguerra. Com'è noto, il comma 1 dell'art. 3 Cost., con il suo elenco, esplicita il «nucleo forte» del principio⁷⁷ che, da un lato, vieta le discriminazioni basate sulle categorie ivi espresse e, d'altro lato, afferma che «le distinzioni sono possibili, anzi necessarie, purché non siano *arbitrarie*»⁷⁸. L'innovatività della disposizione consiste nel vietare

⁷² Ivi, p. 381. Cfr. S. NICCOLAI, *op. cit.*, p. 21; A. LORENZETTI, *Riflessioni attorno alla maternità surrogata: cuique suum?*, in M. CAIELLI-B. PEZZINI-A. SCHILLACI (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, CIRSD, Torino, 2019, pp. 143-161.

⁷³ S. POZZOLO, *Gestazione per altri*, cit., p. 96.

⁷⁴ Ivi, p. 99.

⁷⁵ L. PALADIN, *Eguaglianza* (voce), in *Enc. dir.*, vol. XIV, Giuffrè, Milano, 1965, p. 523.

⁷⁶ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, il Mulino, Bologna, 1984, pp. 76-78.

⁷⁷ A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)* (voce), in *Enc. giur.*, vol. XXXII, Treccani, Roma, 1994, p. 7.

⁷⁸ A. CELOTTO, *Art. 3, 1° co., Cost.*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Utet, Torino, 2006, p. 73. Analogamente L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza*, in AA.VV., *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, vol. I, Cedam, Padova, 1985, p. 659, l'art. 3 Cost. deve essere interpretato «come se disponesse che “tutti i cittadini sono eguali davanti alla legge, senza arbitrarie discriminazioni di sesso, di razza, di lingua [...]”».

le *discriminazioni* e, al tempo stesso, nell'accettare le *distinzioni* ragionevoli⁷⁹.

Per comprendere la portata della norma è necessario «intenderne il valore polemico» poiché «il [suo] bersaglio» è lo Stato fondato sulle differenze che, come nel periodo precedente all'entrata in vigore della Carta, subordinava talune "categorie" di cittadini ad altre, ammettendo che «le superiori [avessero] privilegi che le inferiori non [avevano]»⁸⁰. Cionondimeno, il fatto che la Costituzione sancisca che il sesso è una delle caratteristiche che vieta le discriminazioni, riesce solo parzialmente nel suo intento, atteso che affiancarlo alle condizioni che generalmente indicano una minoranza (come la razza, la lingua, la religione, ecc.) implica che l'ordinamento tuteli un elemento di *diversità* assolutamente naturale, fisiologico, che non dovrebbe esprimere una categoria minoritaria, peraltro inesistente⁸¹. In questi termini la formulazione dell'art. 3, primo comma, Cost. rischia «di operare non la rimozione giuridica della differenziazioni discriminanti, ma della possibilità di percepire la differenza di genere»⁸².

D'altro canto, non è possibile negare che la specificazione del criterio sessuale tra quelli elencati nel comma 1 dell'art. 3 Cost. abbia avuto implicazioni fondamentali. Essa ha reso possibile *anche* per le donne l'applicazione del principio di uguaglianza sostanziale che, a differenza di quello formale, «reclama [...] tante discipline quante sono le situazioni di concreto svantaggio individuale»⁸³. La Carta sancisce così che la Repubblica, investita del compito di rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana, non può limitarsi a riconoscere i diritti e le libertà dell'individuo (piano statico), ma deve intervenire affinché i diritti e le libertà siano esercitabili all'interno della socie-

⁷⁹ Il principio di ragionevolezza, com'è noto, è garante dell'«unità dell'ordinamento» e della «coerenza delle manifestazioni della funzione legislativa» (F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, Padova, 2009, p. 133) perché costituisce «un limite generale alla legislazione» (A. CELOTTO, *op. cit.*, p. 80) che assurge a «criterio onnipervasivo di misurazione della legalità e dell'adeguatezza della scelta politica» (C. MEZZANOTTE, *Le fonti tra legittimazione e legalità*, in *Queste istituzioni*, 1991, pp. 87-88, nota 53) dell'atto adottato dal legislatore.

⁸⁰ N. BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, Einaudi, Torino, 2009, p. 20.

⁸¹ V. *ex multis* M. RODANO, *Il genere femminile nei sistemi politici europei*, in *Democrazia e diritto*, 1, 1988, p. 107; M.A. BARRÈRE UNZUETA, *Diritto antidiscriminatorio, femminismo e multiculturalismo, il principio d'uguaglianza di donne e uomini come strategie per una rilettura giuridica*, in *Ragion pratica*, 2, 2004, p. 363 ss.; A. APOSTOLI, *Rappresentanza paritaria o duale?*, in B. PEZZINI-A. LORENZETTI (a cura di), *70 anni*, cit., p. 52 ss. e, *ivi*, M. CAIELLI, *Per una democrazia duale: perché il genere dei nostri rappresentanti continua ad avere importanza*, pp. 93-94.

⁸² B. PEZZINI, *Costruzione del genere*, cit., p. 21.

⁸³ A. GIORGIS, *Art. 3, 2° co., Cost.*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *op. cit.*, p. 95.

tà, nella sua reale dinamicità. Il compito dello Stato di rimuovere gli ostacoli⁸⁴ non ha un «carattere generalizzato», ma tende a focalizzare l'attenzione sul «carattere percettivo, nonché fondante, dell'uguaglianza», la quale esprime «il valore intrinseco della persona umana situata nel concreto delle relazioni sociali»⁸⁵. È proprio in virtù di tale valore intrinseco che l'art. 3 Cost. impone alla Repubblica di affermare che «nessuna condizione può diventare *standard*» poiché «lo *standard* è *l'essere umano*»⁸⁶.

In quest'ottica e per evitare che si continui a sostenere un'eguaglianza solo di facciata, che pertanto nella sostanza non si avvicina al significato di fondo della Carta costituzionale, sembra necessario (ri)partire dall'art. 3 Cost., che reclama una forte aspirazione di giustizia sociale e la cui preoccupazione è assicurare che la convivenza nella società si alimenti grazie al contributo – ragionevolmente paritario – di tutte le sue componenti⁸⁷. Il legislatore, coadiuvato dal potere giudiziario, dovrebbe invero cercare di affermare un «diritto alla differenza nell'uguaglianza» che non appiattisca le diversità fra i sessi e «sovrascriva» la posizione giuridica della donna su quella tipicamente maschile, ma che tenda a garantire la «diversificazione delle libertà» realizzando una «“egualizzazione” della libertà e una liberazione dell'uguaglianza»⁸⁸.

Sono queste le ragioni che inducono parte della dottrina a ritenere essenziale il capovolgimento della struttura delle relazioni di genere, tanto è vero che mediante il coordinamento tra la società civile, il legislatore e i giudici (anche costituzionali) si potrebbe superare quella concezione semplicistica e finanche riduttiva, ma ben radicata, tale per cui l'uguaglianza è «*in-distinzione (sameness)*» per delineare «una ela-

⁸⁴ Tale norma ha permesso di riformulare il principio di eguaglianza specificando «il principio costituente di “rimuovere gli ostacoli” al pieno sviluppo e all'azione della soggettività differente, indicandone modi e contenuti *oltre il senso costituito* dell'uguaglianza», M.L. BOCCIA, *La differenza politica. Donne e cittadinanza*, il Saggiatore, Milano, 2002, p. 163.

⁸⁵ S. LABRIOLA, *Il principio di eguaglianza materiale (art. 3, comma 2, Cost.)*, in ID. (a cura di), *op. cit.*, p. 786.

⁸⁶ B. PEZZINI-A. LORENZETTI, *Il principio di parità tra uomo e donna nell'integrazione europea: costruzione del genere e costruzione dell'uguaglianza*, in P. GARGIULO (a cura di), *Politica e diritti sociali nell'Unione europea. Quale modello sociale europeo?*, ES, Napoli, 2011, p. 87.

⁸⁷ Se è possibile ammettere le diseguaglianze, «poiché non è realistico né auspicabile un egualitarismo completo delle persone, non sono ammissibili quelle che incidono sulla dignità, che, qualunque sia la condizione specifica dei singoli, deve rimanere sempre “pari”», G. SILVESTRI, *Il lavoro nella Costituzione italiana*, in AA.VV., *Il sindacato e la riforma della Repubblica*, Roma, 1997, p. 78.

⁸⁸ É. BALIBAR, *Le frontiere della democrazia*, Manifestolibri, Roma, 1993, pp. 94-95.

borazione culturale più complessa, sia della lettura della *differenza* tra i sessi, sia delle funzioni del principio di uguaglianza, declinabili non solo in chiave *antidiscriminatoria*» ma, viepiù, «in chiave *anti-subordinazione*»⁸⁹.

Tale principio non solo consentirebbe l'approccio alla differenza di genere come a un qualcosa di naturale e immanente, ma permetterebbe altresì di porre in dubbio – circa la conformità alla Costituzione – tutte le situazioni di fatto e/o legislative che collocano in condizione di svantaggio uno dei due sessi⁹⁰. Il principio di eguaglianza tra l'uomo e la donna, non potendo essere chiuso entro uno schema che si limita ad assorbire le differenze riproduttive, licenziando le discriminazioni a carico delle donne sulla base di norme che garantiscono il medesimo trattamento a prescindere dalle caratteristiche fisiche di ogni essere umano, chiede il riconoscimento di una sua declinazione che esprima «l'esigenza fondativa e fondante di rimuovere la subordinazione del genere femminile al maschile, leggendo le condizioni di genere come un *assetto di potere*»⁹¹. In ultima istanza, non dovrebbe rendersi la donna «più simile all'uomo»⁹² seguendo «una scorciatoia di uguaglianza meramente assimilazionista»⁹³, che si verifica con la GPA, la quale evidenzia la predominanza del sesso maschile sul femminile, subordinando la gestante all'aspirante padre e all'aspirante madre.

Il principio di antisubordinazione, non facendo leva sulla naturale diversità dei sessi per attribuire alle donne diritti ulteriori rispetto a quelli previsti per gli uomini, rivendica «che la differenza sessuale non conta e tuttavia dovrebbe contare ugualmente»⁹⁴. Non solo, quando il perimetro d'indagine è limitato al rapporto fra corpo della donna e Costituzione, il principio chiede di considerare l'essere umano situato nel contesto sociale e di avere particolare riguardo alle condizioni tipiche del corpo femminile. Pertanto, sarebbe auspicabile riuscire a fondare il rapporto di genere senza assumere come paradigma il sesso maschile anche in relazione a questioni tipicamente femminili⁹⁵. In questo modo si potrebbe forse «elimina[re] ogni forma di subordina-

⁸⁹ B. PEZZINI-A. LORENZETTI, *Il principio di parità*, cit., p. 88.

⁹⁰ V. A. APOSTOLI, «Questioni di genere» tra Costituzione e corpo femminile, in questo volume, p. 3 ss.

⁹¹ B. PEZZINI-A. LORENZETTI, *Il principio di parità*, cit., p. 100.

⁹² S. POZZOLO, *Gestazione per altri*, cit., p. 105.

⁹³ B. PEZZINI, *Nascere da un corpo*, cit., p. 211.

⁹⁴ M.A. BARRÈRE UNZUETA, *op. cit.*, p. 372.

⁹⁵ Cfr., oltre ai contributi già citati, A. APOSTOLI, *L'attuazione della CEDAW nell'ordinamento interno*, in *DPCE Online*, 1, 2021, spec. pp. 594-597.

zione e ogni manifestazione della gerarchizzazione e dell'asimmetria che stigmatizz[a] e discrimin[a] il femminile come inferiore», oltre che «incorpora[re] la qualità relazionale del genere come categoria analitica, cioè la capacità della norma di definire il maschile in relazione al femminile e viceversa»⁹⁶.

Se il principio di antisubordinazione di genere venisse desunto – come dovrebbe essere – dall'art. 3 Cost., sarebbe arduo assumere il sesso come paradigma che permette di legittimare trattamenti differenti tra donna e uomo e, a maggior ragione, fra le stesse donne. Sicché, se anche il principio di eguaglianza non avesse la forza di impedire nel tempo l'affermarsi di pratiche discriminatorie nei confronti delle categorie che ricevono tutela diretta, qualora venisse declinato nell'accezione antisubordinazione potrebbe permettere di individuare le condizioni di soggezione della donna all'uomo come illegittime. Primo, perché le donne giacciono, ancora, in una posizione di inferiorità nella vita pubblica e poi perché, nella vita privata, l'uomo ritorna ad affermare la propria superiorità continuando a perpetrare le pratiche discriminatorie. Il principio in esame, declinato nella scia della corporeità femminile, non vuole scavalcare la differenza sessuale tra uomo e donna, né si propone di superarla, piuttosto mira a porre al centro della riflessione giuridica la differente "prestazione" che il corpo femminile può offrire, sì da eliminare qualsiasi differenza che si presenta come deleteria, dannosa, oppressiva nei suoi confronti⁹⁷.

Nella prospettiva che si è cercato di considerare, l'antisubordinazione si pone quale sintesi fra eguaglianza e dignità, giacché la prima «fonda un diritto asimmetrico e sostanziale, di contrasto alle gerarchie sessuali», mentre la seconda «rappresenta il punto di riferimento [...] che garantisce uguale rispetto, non soltanto per le donne ma per tutti gli individui»⁹⁸. L'approccio antisubordinatorio tende invero a porre al centro del sistema relazionale, ordinamentale e perciò anche di tutela giurisdizionale la donna in quanto *persona*, specialmente quando la differenza di genere diventa, per essa stessa – e non per l'ordinamento giuridico o sociale – «una gabbia» che opprime o dirotta «le possibilità, le ambizioni, i desideri indi-

⁹⁶ B. PEZZINI, *Costruzione del genere*, cit., p. 62.

⁹⁷ Il principio non tende dunque al «superamento» del genere, piuttosto a mettere «in discussione, la problematizzazione di quanto tracci come inesorabilmente agganciato all'ascrizione di genere un destino, e con esso la conformazione delle ambizioni personali e dei personali percorsi di vita, penalizzando le vicende che vorrebbero discostarsi da quanto socialmente prescritto», A. LORENZETTI, *L'accesso a beni e servizi sanitari come prisma dell'uguaglianza, fra non discriminazione, parità, diritto alla differenza: verso la formulazione di un principio di antisubordinazione di genere*, in B. PEZZINI-A. LORENZETTI (a cura di), *70 anni*, cit., p. 321.

⁹⁸ B. PEZZINI-A. LORENZETTI, *Il principio di parità*, cit., p. 106.

viduali» per ragioni altre da sé e che, oltre a stigmatizzare la donna, violano il principio di eguaglianza, «condizionano la piena espressione del principio personalista»⁹⁹ e quindi della dignità umana, «punto archimedeo» dell'ordinamento costituzionale¹⁰⁰.

⁹⁹ A. LORENZETTI, *L'accesso a beni e servizi sanitari*, cit., p. 322.

¹⁰⁰ Cfr. G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 73.