

# Argomenti razionalmente ingiustificati nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, della Corte di Cassazione e nella dottrina in tema di gestazione per altri

## Rationally unjustified arguments from Italian case law of the Supreme Court, the Constitutional Court, and doctrine about commercial surrogacy

**GIORGIO MANIACI**

Professore associato, Università degli studi di Palermo

E-mail: [giorgio.maniaci@unipa.it](mailto:giorgio.maniaci@unipa.it)

### ABSTRACT

In questo articolo, analizzerò alcuni argomenti razionalmente ingiustificati della giurisprudenza italiana della Corte di Cassazione, della Corte Costituzionale, e della dottrina che spiegano la *ratio* del reato della cosiddetta “surrogazione di maternità” e che disciplinano lo *status filiationis* dei nati da gestazione per altri all'estero.

In this article, I will analyse some rationally unjustified arguments from Italian case law of the Supreme Court, the Constitutional Court, and the doctrine that explain the rationale behind the offence of so-called “surrogacy of motherhood” and that regulate the *filiationis status* of children born by gestation for others not in Italy.

### KEYWORDS

gestazione per altri, argomento della mercificazione, argomento della dignità umana, valore autonomia individuale

commercial surrogacy, value of individual autonomy, commodification argument, dignity argument

# Argomenti razionalmente ingiustificati nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, della Corte di Cassazione e nella dottrina in tema di gestazione per altri

GIORGIO MANIACI

1. *Introduzione* – 2. *La giurisprudenza della Corte di Cassazione, della Corte Costituzionale e la dottrina in tema di nati all'estero da GPA commerciale o solidaristica* – 3. *Argomento della mercificazione contro la gestazione per altri* – 3.1. *Gli argomenti di Anderson* – 3.2. *L'argomento della mercificazione contro l'autonomia delle donne* – 3.3. *Altre obiezioni finali* – 4. *L'argomento della dignità umana*.

## 1. *Introduzione*

In questo articolo, analizzerò alcuni argomenti razionalmente ingiustificati della giurisprudenza italiana della Corte di Cassazione, della Corte Costituzionale, e della dottrina che spiegano la *ratio* del reato della cosiddetta “surrogazione di maternità” e che disciplinano lo *status filiationis* dei nati da gestazione per altri, questo il nome corretto, anche detta GPA, all'estero. I termini “utero in affitto” o “surrogazione di maternità” sono normalmente valutativi, emotivamente o moralmente negativi, oltre che fonte di errore perché, come argomenterò in seguito, la coppia committente non acquista alcun diritto di locazione sul corpo della donna o sul corpo del bambino. Il termine gestazione per altri è emotivamente neutro. In particolare, analizzerò la legge 40 del 2004 e la giustificazione data dalla giurisprudenza del reato della cosiddetta “surrogazione di maternità”. Nel secondo paragrafo analizzerò la giurisprudenza della Corte di Cassazione, della Corte Costituzionale, e di parte della dottrina, in tema di nati all'estero da GPA. Ne sottolineerò i vizi, gli argomenti che non soddisfano i requisiti di una procedura argomentativa razionale, cioè le contraddizioni, le premesse empiriche false, le premesse affette da grave indeterminatezza semantica che impediscono la discussione di un argomento giuridico/morale. Per ragioni di sintesi non mi occuperò del problema del riconoscimento dello *status filiationis* di un figlio di una coppia omosessuale che ha effettuato la GPA o la fecondazione assistita eterologa all'estero, anche se alcune sentenze parzialmente lo trattano. Nel terzo paragrafo, mi occuperò dell'argomento della mercificazione, citato dalla giurisprudenza, con molti riferimenti alla dottrina, contro la gestazione per altri, mentre nel quarto mi occuperò dell'argomento della dignità umana, ampiamente utilizzato dalla giurisprudenza e dalla dottrina per giustificare il reato della cosiddetta “surrogazione di maternità” e l'impossibilità di trascrivere gli atti di nascita conseguiti all'estero che riconoscono lo *status filiationis* tra il genitore intenzionale, non genetico, e i figli nati all'estero da GPA commerciale o solidaristica.

La prima regolamentazione completa della procreazione medicalmente assistita e della gestazione per altri è stata prevista dalla Legge del 19 febbraio 2004, numero 40. Si tratta di una legge assai restrittiva (AGOSTA 2012; MOROZZO DELLA ROCCA 2013). L'articolo 12, comma 6 della legge stabilisce: «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro. Il medico è punito, altresì, con

\* Ringrazio Miriam Lo Galbo per la ricerca sulla giurisprudenza.

l'interdizione perpetua dall'esercizio della professione». Il reato così delineato, con sanzioni anche molto severe, ha alimentato il turismo procreativo di quei soggetti che desiderando un figlio, e avendo gravi problemi di sterilità, si recano all'estero per mettere in atto la gestazione per altri. In breve, si ha un contratto di gestazione per altri quando una donna si impegna, in genere in cambio di una somma di denaro, nel qual caso si ha una gestazione commerciale, a portare avanti una gravidanza per conto di una coppia di genitori detta sociale o intenzionale. La gestazione per altri più diffusa è quella gestazionale, in cui vi è una coppia eterosessuale di genitori, di cui uno dei due fornisce il gamete maschile, padre che dunque ha un legame genetico col figlio, e vi è una terza donna, rispetto alla madre intenzionale e alla madre biologica che porta avanti la gravidanza, che dona l'ovulo. Gli altri casi, in cui vi è un secondo uomo che dona il gamete maschile o in cui la madre della coppia intenzionale dona anche l'ovulo, o in cui la madre che porta avanti la gravidanza dona anche l'ovulo sono oggi abbastanza rari. Secondo la dottrina e la giurisprudenza, che vedremo in seguito, il reato di "surrogazione di maternità" tutela la dignità della gestante. Come sarà analizzato in seguito, l'argomento della dignità è affetto da grave indeterminatezza semantica, significa uguale considerazione e rispetto, ma *chi* bisogna rispettare e *perché* non è stabilito dall'argomento della dignità, dunque si tratta di un argomento parassitario, che nasconde, dissimula, un altro argomento. La giurisprudenza, senza alcuna coerenza, oscilla tra un'interpretazione paternalista e una antipaternalista dell'argomento della dignità. In particolare, l'uso dell'argomento della dignità in chiave paternalista è razionalmente ingiustificato perché la giurisprudenza non spiega quale sarebbe l'argomento nascosto, dissimulato dietro l'argomento della dignità, e, dunque, non analizza e non risponde, senza spiegare perché, alle obiezioni contrarie all'argomento dissimulato, il vero argomento utilizzato.

Per quanto riguarda la trascrizione nei registri italiani degli atti di nascita conseguiti all'estero in seguito a gestazione per altri, nella quale uno o entrambi i genitori intenzionali non sono i genitori biologici o genetici dei minori, un problema importante è se ciò risulti contrario all'ordine pubblico. L'ordine pubblico: «In generale, si può definire come l'insieme dei principi dell'ordinamento giuridico, che costituiscono il fondamento etico dello stesso. I valori giuridici che compongono il concetto di ordine pubblico servono, tra l'altro ad "arginare" l'ingresso nel nostro ordinamento nazionale di principi stranieri incompatibili con i principi fondamentali a livello costituzionale» (FERRANDO 2017; D'AVACK 2017). Le norme cui si fa riferimento sono l'art. 16, comma 1, della Legge 31 maggio 1995, n. 18, che dispone: «La legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico» e dell'art 18, Decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396: «Gli atti formati all'estero non possono essere trascritti se sono contrari all'ordine pubblico». In conclusione dell'introduzione, va detto che un'analisi del reato di surrogazione di maternità di questo tipo non muove necessariamente dall'esame etico-giuridico della illegittimità della GPA in sé, intesa come pratica, ma dall'esame della giurisprudenza centrata sul tema del riconoscimento dei figli nati all'estero da GPA e dunque diviene inevitabile tenere conto dell'interesse del minore.

## 2. La giurisprudenza della Corte di Cassazione, della Corte Costituzionale e la dottrina in tema di nati all'estero da GPA commerciale o solidaristica

Viene in rilievo una prima sentenza della Corte di Cassazione n. 24001 del 2014. Il caso vedeva due coniugi che avevano fatto ricorso alla gestazione per altri in Ucraina. Il PM presso il Tribunale per i Minorenni di Brescia aveva chiesto lo stato di adottabilità del minore, dal momento in cui la donna era stata sottoposta a isterectomia e l'uomo era affetto da oligospermia. I coniugi, dunque, dichiararono che la madre non era la madre biologica del minore, che era stato generato secondo gestazione per altri, permessa in Ucraina. Dopo aver accertato l'assenza di legami biologici tra entrambi i genitori e il bambino, nel 2012 il Tribunale di Brescia aveva disposto di col-

locare lo stesso presso una coppia in lista per l'adozione nazionale, sospendendo i coniugi dalla potestà genitoriale. Il certificato per il Tribunale era nullo anche per la Legge Ucraina che ammette la GPA a patto che la metà del patrimonio genetico del bambino sia della coppia committente; inoltre sosteneva che il certificato di nascita ucraino era contrario all'ordine pubblico e quindi non si poteva riconoscere in Italia. In seguito all'appello i genitori avevano proposto ricorso per Cassazione. Secondo i ricorrenti, infatti, non era possibile riscontrare la contrarietà all'ordine pubblico dell'atto di nascita solo perché in Italia era vietata la GPA, dovendosi fare riferimento non all'ordine pubblico nazionale e quindi alle sole norme interne inderogabili, ma a quello internazionale, e quindi all'insieme dei principi della comunità internazionale, tra cui vi è il superiore interesse del minore.

La Corte di Cassazione confermò quanto stabilito dal Tribunale ordinario, assumendo che i coniugi non fossero i genitori del bambino, che avevano agito in frode alla legge italiana sulle norme di adozione e che la trascrizione dell'atto di nascita con indicati i coniugi fosse contraria all'ordine pubblico. Secondo la Cassazione il divieto di GPA è un principio di ordine pubblico; infatti, per quanto fosse vero che l'ordine pubblico non incorpora solo norme imperative interne, comprende anche i principi e i valori interni. Poiché la GPA viola, secondo la Cassazione, la dignità umana della gestante e le norme sull'adozione poste a tutela dei minori, questa sarebbe in contrasto con l'ordine pubblico. Respinge dunque il ricorso (MARTONE 2016, ROSANI 2017; DI MASI; VIRGILIO 2017; DI MARZIO 2017).

Un'altra sentenza importante è una decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 12193 del 2019 (SASSI, STEFANELLI 2019; CECCHINI 2019). Il caso è quello di due minori, figli genetici di uno degli uomini della coppia omosessuale, nati con gestazione per altri gestazionale, che in Canada è legale anche per le coppie omosessuali. Il giudice canadese riconosceva dunque lo *status* di figli anche nei confronti del genitore non biologico. I due chiedevano dunque la trascrizione nei registri italiani di tale provvedimento, che fu negato dall'Ufficiale di stato civile. La questione era prima stata posta con ricorso alla Cassazione e poi devoluta alle Sezioni Unite. Queste hanno ritenuto che il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento canadese fosse contrario all'ordine pubblico per la tutela della dignità della donna. La Corte considerava il divieto posto dall'art. 12 comma 6, della L. 40/2004 come principio di ordine pubblico, in quanto volto alla protezione dei valori della dignità umana della gestante e dell'istituto dell'adozione. Come dice POGGI (2021, 660),

«Da ciò segue l'intrascrivibilità degli atti e l'irricoscibilità dei provvedimenti giurisprudenziali esteri che accertino il rapporto di filiazione tra i minori e il genitore o i genitori d'intenzione. Nella stessa sentenza le SS.UU. indicano anche lo strumento alternativo cui ricorrere per garantire comunque ai minori un'adeguata tutela, salvaguardando la continuità della relazione affettiva ed educativa col genitore d'intenzione: l'adozione in casi particolari ex art. 44, comma 1, lett. d), della legge n. 184 del 1983».

«La decisione delle Sezioni Unite ha suscitato molte reazioni critiche in dottrina, sia rispetto alla nozione di ordine pubblico adottato (BARBA 2019; BIANCA 2019; DOGLIOTTI 2019; TONOLO 2019; VENUTI 2019), sia rispetto all'individuazione dell'adozione in casi particolari quale strumento idoneo a garantire un'adeguata tutela (FERRANDO 2019; VENUTI 2019; RINALDI 2020; SCALISI 2017), sia, e soprattutto, rispetto alla mancata tutela del superiore interesse del minore (BARBA 2019; BIANCA 2019; FERRANDO 2019; TONOLO 2019; ACCONCIAMESSA 2020; RINALDI 2020)».

Probabilmente la sentenza della Corte Costituzionale n. 272 del 2017 ha influito sulla sentenza assai restrittiva della Cassazione del 2019.

Nel 2017 si è pronunciata anche la Corte Costituzionale italiana (RIVERA 2017; PALMIERI 2017). Il caso in relazione al quale fu sollevata la questione di legittimità costituzionale era quello di gestazione per altri. Il certificato di nascita formatosi all'estero riconosceva il bambino come

figlio naturale della coppia di cittadini italiani in questione, quindi era stato trascritto in Italia. Successivamente la Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni aveva scoperto che il bambino era nato tramite GPA e aveva iniziato il procedimento per dichiarare lo stato di adottabilità dello stesso. Lo stato di adottabilità non fu dichiarato perché fu scoperto un legame genetico con il padre della coppia intenzionale.

Il Tribunale ordinario, dunque, dichiarava che la madre intenzionale non era la madre genetica o biologica (la partoriente) del bambino e negava lo *status filiationis* del minore nei confronti della donna. La questione di legittimità costituzionale era stata sollevata dalla Corte d'Appello di Milano, con ordinanza n. 273 del 25 luglio 2016, sull'art 263 c.c. nella parte in cui non prevede la possibilità di valutare caso per caso qual è il superiore interesse del minore, e quindi, che l'impugnazione del riconoscimento del figlio ancora minorenni per difetto di veridicità si possa accogliere solo se ciò sia in linea con il superiore interesse del minore stesso. La Corte Costituzionale non concordava con l'interpretazione del giudice rimettente e dichiarò infondata la questione, sostenendo che la verità biologica, il principio del *favor veritatis*, è una componente essenziale del superiore interesse del minore. La Corte ricorda, ancora, che la GPA nel nostro ordinamento è lesiva della dignità della donna ed è sanzionata come un reato. La Corte, tuttavia, afferma che il principio che tutela la verità biologica, sebbene importante, deve essere bilanciato con il superiore interesse del minore, per cui bisogna tenere conto della durata del rapporto che si è instaurato con il minore, dell'identità dello stesso se già acquisita, delle modalità di concepimento e gestazione, della possibilità di adozione in casi particolari, oltre che del disvalore che l'ordinamento riconnette alla GPA. La Corte Costituzionale condivide la necessità di effettuare un bilanciamento tra l'interesse del minore e il principio secondo cui *mater certa est*, cioè un bilanciamento tra il diritto del minore a essere allevato e mantenuto e istruito dai genitori intenzionali, e la necessità che ci sia un legame genetico o biologico alla base della genitorialità. Una possibile interpretazione sembra quella secondo cui il bilanciamento della Corte Costituzionale con i *best interests* del minore non è usato per garantire *positivamente* un rapporto di filiazione con la madre biologica, ma per impedire (*negativamente*) che il rapporto con la madre si affermi in contrasto con il principio di attribuzione della maternità sulla base del parto. In realtà, questa interpretazione sembra contraddittoria, perché letteralmente il *favor veritatis*, nel codice civile, implica l'esistenza di un legame genetico tra la madre biologica, che partorisce il bambino, cosa che capita normalmente con le gravidanze risultato dei rapporti sessuali, e il bambino stesso, mentre nella pratica standard della GPA commerciale vi è una terza donna, anonima, che dona l'ovulo, che dunque non è la donna che partorisce, donna che dona l'ovulo nei confronti della quale non si può applicare il principio del *favor veritatis*, dell'attribuzione della maternità sulla base del legame genetico, perché appunto anonima. Ed è il legame genetico con uno dei genitori della coppia ricevente, nella sentenza delle Sezioni Unite del 2019, e nella ordinanza n. 273 della Corte di Appello di Milano che ha sollevato la questione di legittimità costituzionale, che è considerato rilevante per determinare se questi rappresenta legalmente un genitore, in genere il padre, in base al codice civile.

La decisione della Corte è affetta da alcuni difetti di razionalità, non soddisfa i requisiti di una procedura argomentativa razionale. Ci sono alcune premesse palesemente false o che sarebbero considerate false usando risorse materiali, intellettuali, temporali necessarie in una sentenza *nuova*, visti i temi trattati, *importante*, dal punto di vista dei diritti fondamentali in gioco, dei temi eticamente sensibili trattati, e dal punto di vista dell'organo apicale che la emana, una sentenza che dal punto di vista argomentativo deve rispondere a obiezioni della dottrina e della filosofia del diritto *ragionevoli*, salvo spiegare perché non deve. La prima premessa empirica falsa è che sia normalmente possibile nel caso della GPA commerciale tutelare il *favor veritatis*, il principio *mater semper certa*, cioè il principio di attribuzione della maternità sulla base del parto o del legame genetico, che è chiaramente in contrasto col principio di attribuzione della maternità sociale (STEFANELLI 2017). In realtà, la madre biologica che ha portato avanti la gravidanza in uno Stato estero non ha, nel 99

per cento dei casi, alcuna intenzione di riprendersi il bambino, che ha ormai consegnato alla coppia intenzionale, perché, viceversa, dovrebbe restituire il denaro, cosa che non vuole fare, avendo, come vedremo in seguito, guadagnato molto denaro che le consente una svolta esistenziale ed economica. Anche perché la gestazione per altri più diffusa è quella gestazionale in cui ci sono tre “madri”, la madre genetica che offre l’ovulo, che è anonima, dunque non si può applicare in questo senso il principio di attribuzione della maternità sulla base del legame genetico, la madre intenzionale che riceve il bambino alla fine della gravidanza e la gestante vera e propria, che porta avanti la gravidanza. Dunque, la possibilità di tutelare il *favor veritatis*, il principio dell’attribuzione della maternità sulla base del parto in pratica non esiste. Da ciò ne consegue logicamente che il bilanciamento di cui parla la Corte Costituzionale è normalmente impossibile, infatti la gestante nel 99 per cento dei casi non vuole essere considerata la madre del bambino e ha rinunciato a qualsiasi diritto o obbligo su di lui dopo la GPA e la madre genetica è irrintracciabile. Un’altra conseguenza logica è che il *favor veritatis*, non in astratto, ma in concreto, nel caso della GPA commerciale non può rappresentare un elemento fondamentale del superiore interesse del minore, perché, non potendo normalmente tornare alla madre biologica, la madre gestante, o alla madre genetica, l’unico interesse del minore è quello di essere cresciuto, istruito e mantenuto dalla coppia intenzionale che lo ha accolto in un rapporto di affetti e cura.

Nel 2020, con l’ordinanza del 29 aprile, n. 8325, la prima sezione civile della Corte di Cassazione solleva la questione di legittimità costituzionale sull’impossibilità di trascrizione del provvedimento straniero che riconosce il legame di filiazione tra il genitore intenzionale e il minore nato da gestazione per altri (ARMONE 2020; POGGI 2020; CASELLA 2020; RIVERA 2020). Il caso è quello di due cittadini italiani sposati in Canada, il cui matrimonio è trascritto nel registro delle unioni civili. La coppia voleva la trascrizione dell’atto di nascita del figlio, nato in Canada in seguito a GPA con il gamete di uno dei due. In seguito all’opposizione dell’Ufficiale di Stato civile i due ricorrevano alla Corte di appello di Venezia per ottenere la trascrizione dell’atto di nascita conseguito all’estero. L’Avvocatura di Stato ricorreva dunque in Cassazione. La Corte di Cassazione richiamando la sentenza 12193/2019 delle Sezioni Unite, in cui si affermava che il divieto di gestazione per altri, in quanto contrario all’ordine pubblico, comportava l’impossibilità della trascrizione dell’atto di nascita straniero, che riconosceva il rapporto di filiazione tra il minore e il genitore intenzionale, sollevava una questione di legittimità costituzionale degli articoli 12 comma 6 della L. 40/2004 e 64, comma 1 della legge 218/1995, e infine dell’art. 18 del d.p.r. 396/2000 nella misura in cui tali disposizioni sono interpretate nel senso che impediscono *sempre* la trascrizione dell’atto di nascita estero nella parte in cui riconosca il rapporto di filiazione tra il minore e il genitore intenzionale. La Corte faceva riferimento a quanto affermato nel parere consultivo del 10 aprile 2019 dalla *Grand Chambre* della CEDU. La Corte EDU aveva qui dichiarato che il diritto del bambino alla vita privata, così come previsto dall’art. 8 della Convenzione, implica che le legislazioni nazionali adottino degli strumenti per riconoscere il rapporto tra il genitore intenzionale individuato nell’atto di nascita e il minore. Questo riconoscimento non deve assumere necessariamente la forma della trascrizione degli atti di nascita conseguiti all’estero ma possono essere utilizzati altri strumenti, sebbene la procedura debba essere celere ed efficace. Il bambino secondo la CEDU ha quindi il diritto al riconoscimento di entrambi i genitori indicati nell’atto di nascita e questo diritto deve prevalere sul divieto di GPA. Impedire giuridicamente il riconoscimento della relazione di cura e affetti con il genitore intenzionale sarebbe contrario al diritto all’identità del minore e alla continuità dello *status filiationis*.

La Corte di Cassazione, in seguito a questo parere consultivo della CEDU, sostiene che l’interpretazione delle Sezioni Unite della stessa Corte è in contrasto con gli articoli 2, 3, 30, 31 e 117 (per violazione dell’articolo 8 CEDU). Infatti, secondo i giudici della Corte, considerare il divieto di GPA come un principio di ordine pubblico internazionale, sempre prevalente sull’interesse del minore, è in contrasto con l’art. 8 della CEDU così come delineato dalla stessa Corte EDU, perché la misura inciderebbe negativamente sulla situazione soggettiva del minore

e negherebbe i suoi diritti inviolabili all'identità personale e all'appartenenza al nucleo familiare di origine. Il diniego del riconoscimento dello *status filiationis* potrebbe al più essere frutto di una valutazione in sede giurisdizionale in vista sempre del maggior interesse del minore.

Come sottolinea ancora POGGI (2021, 670):

«Inoltre, l'attuale indirizzo giurisprudenziale violerebbe anche il principio di ragionevolezza, di cui all'art. 3 Cost., per il fatto di ledere in una misura irrazionale, sproporzionata ed eccessiva l'interesse del minore, con l'effetto di ribaltare la gerarchia dei valori, sottesa alla Carta costituzionale, la quale è incentrata sul principio personalistico di tutela dei diritti fondamentali [...]. Il giudice rimettente suggerisce anche un possibile, più ragionevole, bilanciamento tra gli interessi coinvolti, laddove osserva come il principio della preminenza dell'interesse del minore impedisce al legislatore di imporre una sua compressione generale e astratta».

A ben vedere, sostiene la Corte di Cassazione nell'ordinanza, il contrasto ordine pubblico-superiore interesse del minore non esiste. Infatti, la nozione di ordine pubblico, anche secondo l'interpretazione data dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 12193/2019, non può prescindere dai diritti fondamentali dell'individuo, di cui il superiore interesse del minore fa parte: in sostanza, «il superiore interesse del minore concorre alla formazione dell'ordine pubblico».

La Corte costituzionale decide con la sentenza n. 33 del 19 marzo 2021, che dichiara l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale (APOSTOLI 2021; GATTUSO 2021). La Corte condivide l'idea secondo cui il divieto di gestazione per altri costituisce un principio di ordine pubblico che tutela la dignità della gestante. Secondo la Corte la GPA implica lo sfruttamento delle donne che si trovano in difficoltà economiche. Non viene meno, dunque, come invece aveva prospettato la I sez. civile della Cassazione, il conflitto tra il superiore interesse del minore e l'ordine pubblico.

Secondo la Corte il superiore interesse del minore va bilanciato con l'ordine pubblico, con l'obiettivo di disincentivare la pratica della gestazione per altri. Infatti, la CEDU non impone la trascrizione degli atti di nascita stranieri, ma che ci sia un mezzo giuridico efficace e celere di riconoscimento del legame tra il minore e il genitore intenzionale. Anche secondo la Corte Costituzionale l'adozione nei casi particolari è inadeguata a questo fine, ma la Corte afferma che il compito di individuare la soluzione più adeguata spetta al legislatore.

La motivazione della Corte però non appare soddisfacente. In primo luogo, non fa riferimento all'argomento in base al quale non c'è un contrasto tra il superiore interesse del minore e il principio di ordine pubblico, in quanto il superiore interesse del minore dovrebbe concorrere alla creazione dell'ordine pubblico. La trascrizione degli atti di nascita stranieri non viola il divieto, valido solo in Italia, di ricorrere alla GPA e il mancato riconoscimento subito dopo la nascita del minore e degli atti di nascita stranieri non tutela in nessun modo la dignità della gestante. La Corte afferma semplicemente che l'impossibilità di trascrivere automaticamente gli atti di nascita conseguiti all'estero disincentiva il ricorso alla GPA, così come l'adozione in casi particolari o altro strumento più efficace e veloce scelto dal legislatore, cosa che secondo l'argomentazione della Corte Costituzionale il legislatore dovrebbe predisporre, avrebbe questo effetto, cosa poco probabile o realistica, perché uno strumento di riconoscimento celere ed efficace dello *status filiationis* avrebbe l'effetto di incentivare, anziché disincentivare, la pratica all'estero. Come dice POGGI (2021, 670):

«A livello di senso comune, si può osservare che se una coppia è disposta a trasferirsi all'estero per una gpa gratuita o a spendere notevoli quantità di denaro per una GPA commerciale, non è verosimile che il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione nei confronti di uno dei due possa rappresentare un forte disincentivo, tanto più che è aperta la possibilità di adozione in casi particolari».

Non si comprende perché la Corte, assunto che lo strumento dell'adozione in casi particolari non soddisfa i requisiti stabiliti dalla Corte EDU, non sia intervenuta con una declaratoria di illegittimità, lasciando la questione all'apprezzamento del legislatore. In conclusione, altra premessa empiricamente falsa, il mancato riconoscimento della relazione tra minore e genitore intenzionale, tramite la trascrizione degli atti di nascita conseguiti all'estero, non tutela in nessun modo la dignità della gestante, poiché i genitori possono ricorrere, nell'argomentazione della Corte, ad altro strumento efficace e celere di riconoscimento dello *status filiationis* predisposto dal legislatore o all'adozione in casi particolari. La disciplina vigente, come risulta dalla sentenza della Corte, risulta lesiva dei diritti del minore. La Corte stessa afferma che la dignità della gestante non è un valore così importante da implicare una compressione del superiore interesse del minore, e infine, pur condividendo l'inadeguatezza dello strumento utilizzato per garantire i diritti del minore – quale l'adozione per casi speciali – non dichiara incostituzionale la norma, non effettua un altro bilanciamento, ma pronuncia una sentenza di inammissibilità. Dunque, la formula della inammissibilità non appare consequenziale (INGENITO 2021).

In ultima analisi, dice POGGI (2021, 670):

«Se nel nostro ordinamento venisse introdotto un sistema di riconoscimento rispondente ai requisiti di effettività (pieno riconoscimento dello *status filiationis*) e celerità proposti dalla *Grande Chambre*, sicuramente verrebbe meno qualsiasi disincentivo a ricorrere alla GPA all'estero. In altri termini, da un lato, la Corte ritiene che il mancato riconoscimento sia necessario perché disincentiva una pratica condannabile, dall'altro, chiede l'introduzione di un sistema che farebbe venir meno qualsiasi disincentivo alla suddetta pratica. Delle due l'una: o il principio di dignità della donna, tutelato dal divieto di GPA, impone di disincentivare sempre e in ogni modo tale pratica (anche quando si svolge all'estero, anche quando è gratuita), e, allora, nessun sistema di riconoscimento è ammissibile; oppure il principio di dignità della donna, tutelato dal divieto di GPA, non impone di disincentivare sempre e in ogni modo tale pratica e allora diventa ammissibile non solo uno strumento alternativo di riconoscimento effettivo e celere, ma anche la soluzione suggerita dal giudice *a quo*, ossia un giudizio di valutazione in concreto».

Un'altra sentenza importante è quella delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, del 30 dicembre 2022, n. 38162.

La sentenza in questione pur ribadendo la precedente giurisprudenza della Cassazione in materia di trascrizione degli atti di nascita di bambini nati in seguito a GPA all'estero è particolarmente interessante. Quello che tentano di fare le Sezioni Unite è applicare la sentenza della Corte costituzionale n. 33/2021.

Infatti, sebbene la sentenza n. 33/2021 fosse una sentenza di inammissibilità, nella stessa la Corte Costituzionale conveniva con il giudice *a quo* che l'adozione per casi speciali non garantiva una tutela efficace e tempestiva nei confronti del minore, e che era necessario un intervento del legislatore. Le Sezioni Unite chiariscono che non c'è nessun vuoto normativo, dato che la Consulta non ha dichiarato l'illegittimità della normativa vigente. In particolare, il Collegio dà una interpretazione costituzionalmente conforme: per quanto riguarda l'adozione nei casi particolari, secondo le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, la possibilità di manifestare dissenso per l'adozione è data al genitore biologico, ma il dissenso del genitore biologico non può essere totalmente discrezionale o motivato con la separazione della coppia, poiché il genitore intenzionale si è assunto la co-responsabilità di un progetto creativo e ha instaurato un rapporto con il minore. Il mancato consenso del genitore biologico, dunque, anche nel caso di decesso ad esempio, può implicare il non riconoscimento del genitore intenzionale solo se questo tutela il superiore interesse del minore, cioè se questi non abbia intrattenuto rapporti con il minore o abbia abbandonato il bambino e il partner.

Le Sezioni Unite sostengono, in contrasto con la sentenza della Corte Costituzionale n. 33 del 2021, che l'adozione in casi particolari, prevista dalla legge del 1983, è la via migliore per riconoscere il genitore intenzionale, perché valuta in concreto, non in astratto, se esiste un rapporto continuativo di cura e affetti, un rapporto volto all'educazione e al mantenimento del bambino da parte del genitore intenzionale e accerta se il genitore intenzionale sia *idoneo* a essere genitore. Le Sezioni Unite riconoscono che con la sentenza della Corte Costituzionale 79/2022 è venuto meno un ostacolo al riconoscimento dell'adozione in casi particolari come mezzo per riconoscere lo *status filiationis* del figlio che ha instaurato un rapporto di cura e affetti col genitore intenzionale della coppia che ha fatto ricorso alla GPA all'estero. Perché la Corte Costituzionale nella sentenza 79/2022 ha stabilito che con l'adozione in casi particolari il figlio instaura rapporti parentali legali anche con i parenti, fratelli, sorelle, figli, genitori dell'adottante, cosa prima negata dalla legge del 1983.

La sentenza delle Sezioni Unite del 2022 contiene alcune contraddizioni e premesse empiriche palesemente false, o che sarebbero considerate false in base ai requisiti individuati sopra. Dunque, tale sentenza è razionalmente ingiustificata. Prima la Corte dice che vuole condividere l'orientamento della giurisprudenza CEDU e della Corte Costituzionale nel 2021, secondo cui la procedura di riconoscimento dello *status filiationis* deve essere celere e tempestiva, di modo da non lasciare il minore in uno stato di incertezza giuridica per parecchi mesi o anni. Poi afferma che l'adozione in casi particolari, per le ragioni dette sopra, rappresenta il modo migliore per riconoscere lo *status filiationis* del genitore intenzionale. La premessa empirica palesemente falsa è che la trascrizione degli atti di nascita emessi all'estero non tutela il superiore interesse del minore, ma solo gli interessi del/dei genitore/i intenzionale/i e genetico/i che vogliono riconoscere il figlio nato da GPA. Questo è falso perché la trascrizione dell'atto di nascita emesso da autorità straniera tutela tempestivamente ed efficacemente anche il minore, che ha diritto ad aver riconosciuto lo *status filiationis* il prima possibile, in particolare da quando si instaura, al momento della nascita, il rapporto affettivo e di cura tra i genitori anche intenzionali, non solo genetici, e il bambino. Mentre nel caso dell'adozione in casi particolari la procedura è lunga, lenta, complessa e burocratica, come sottolineava l'ordinanza della Cassazione che ha sollevato la questione di legittimità costituzionale, il genitore intenzionale diventa *legalmente* genitore solo al momento in cui la procedura si completa, in cui l'adozione viene riconosciuta, cioè mesi o anni dopo la nascita.

La seconda contraddizione è che non si capisce la differenza tra la trascrizione degli atti di nascita emessi all'estero di una coppia eterosessuale che ha effettuato la fecondazione assistita eterologa, in Spagna ad esempio, cosa ritenuta legalmente possibile in Italia secondo la giurisprudenza, e la trascrizione degli atti di nascita dei figli nati all'estero da GPA. I giudici del Supremo Collegio non la spiegano. In entrambi i casi vi è la necessità di riconoscere un genitore intenzionale, che si prende cura affettivamente del bambino dopo la nascita, poiché nel primo caso vi è un donatore esterno, in genere anonimo, che ha fornito il gamete maschile, nel secondo caso vi è la madre genetica, in genere anonima, che ha fornito l'ovulo e la madre biologica, in genere non anonima, che ha portato avanti la gravidanza. L'anonimità del donatore esterno nella fecondazione assistita eterologa, e la non anonimità della madre biologica nella GPA non sono rilevanti ai fini del riconoscimento del genitore intenzionale nelle due pratiche. In entrambi i casi, non è possibile riconoscere il principio di attribuzione della maternità in base alla filiazione genetica, perché in entrambi i casi il donatore del gamete maschile o femminile è anonimo. Né si può far valere il principio dell'attribuzione della maternità in base al parto perché normalmente la gestante in uno Stato estero non rivuole il bambino che ha consegnato. Le Sezioni Unite non spiegano perché è necessario valutare l'idoneità a essere in concreto genitore del genitore intenzionale nel caso della GPA e non nel caso della fecondazione assistita eterologa. Le Sezioni Unite equiparano la procedura di adozione, nella quale bisogna valutare in concreto l'idoneità dell'adottante, e la nascita, all'estero, di bambini nati da GPA, quando invece le due pratiche sono molto diverse. Nel caso dell'adozione normale, come anche nel caso dell'adozione in casi par-

ticolari, il bambino ha diritto ai migliori genitori adottanti, perchè normalmente vulnerabile e/o traumatizzato dall'essere stato abbandonato o maltrattato. Nel caso della GPA commerciale o solidaristica c'è un micro-abbandono da parte della madre biologica, che non lascia tracce importanti nel bambino, quest'ultimo si era semplicemente abituato alla voce e all'odore della mamma. Il bambino viene subito consegnato alla coppia intenzionale, nella quale in genere il padre, o uno dei padri, è il genitore genetico. Nasce così immediatamente un rapporto di affetti e cura tra i genitori e il bambino nato da GPA all'estero che andrebbe riconosciuto. Il bambino è nato in seguito a un accordo originario tra i genitori intenzionali e la madre biologica, accordo che precede la nascita di molti mesi, accordo originario che sta alla base della gravidanza, senza il quale la gravidanza non ci sarebbe stata, senza il quale la madre biologica non avrebbe iniziato la gravidanza. Dunque la GPA commerciale assomiglia alla fecondazione assistita eterologa o alla procreazione medicalmente assistita, è un progetto di gestazione o di gravidanza che nasce mesi prima della nascita. Non assomiglia all'adozione normale. In secondo luogo, queste coppie, soprattutto eterosessuali, che ricorrono alla GPA commerciale lo fanno perché hanno gravi problemi di sterilità, hanno già provato ad avere figli con l'adozione normale e la procreazione medicalmente assistita. Dunque, è molto probabile che questo bambino, questo figlio, che nasce con la GPA sia molto voluto e desiderato, e dunque sarà molto amato, non c'è bisogno di valutare l'idoneità in concreto del genitore intenzionale, come adottante in casi particolari, così come, del resto, non si valuta l'idoneità del genitore genetico della GPA commerciale di un figlio nato all'estero o l'idoneità del genitore intenzionale di una coppia che ha effettuato all'estero la fecondazione assistita eterologa. Si può presumere. Un'altra premessa empirica falsa è che l'adozione in casi particolari del genitore intenzionale dovrebbe dissuadere le persone dall'effettuare la GPA all'estero, tutelando la dignità della gestante, mentre la trascrizione degli atti di nascita dei figli nati da GPA all'estero agevolerebbe tale pratica. Questo è falso, perché anche con l'adozione in casi particolari non si può tutelare la dignità della gestante, che ha ormai consegnato il bambino, normalmente in cambio di denaro. Queste coppie eterosessuali che ricorrono alla GPA vogliono un figlio da tanto tempo, perciò ricorrono alla GPA all'estero e, dunque, sono disposte a ricorrere, se necessario, all'adozione in casi particolari. Nello stesso modo, non ha alcun senso, c'è una premessa empirica falsa, valutare in concreto, per tutelare il superiore interesse del minore, se esista un rapporto continuativo di cura e affetti tra il genitore non genetico, intenzionale, e il figlio nato da GPA all'estero. Tale rapporto è *in re ipsa*, è scontato: perché altrimenti il genitore intenzionale, come quello genetico, richiederebbe la trascrizione dell'atto di nascita conseguito all'estero in cui anche il genitore intenzionale è indicato come genitore legalmente riconosciuto? Perché mai lo farebbe se vuole abbandonare il bambino e separarsi dal partner? Non ha alcun senso.

Ancora una volta, come sarà chiaro in seguito, la Corte si contraddice. Prima le Sezioni Unite intendono la dignità della gestante, che sarebbe lesa dalla GPA, in termini soggettivi, relativisti, non trascendenti, formali, antipaternalisti, come violazione dell'autonomia e delle scelte libere e consapevoli, non soggette al vincolo di un contratto, della gestante, che dovrebbe avere, concordo, il diritto al ripensamento, il diritto di tenersi il bambino al momento della nascita, una volta che si sia instaurato un rapporto affettivo, un attaccamento affettivo, col bambino. Il consenso dovrebbe essere revocabile. Tale recesso *ad nutum* dal contratto non è normalmente previsto dagli ordinamenti stranieri in cui è ammessa la GPA commerciale, ma sappiamo che sono molto pochi i casi in cui questo problema giuridico è emerso negli Stati Uniti, casi in cui la giurisprudenza statunitense ha negato la revocabilità del consenso. Dunque, in sede di trascrizione degli atti di nascita dei figli nati all'estero da una madre gestante che ha firmato un contratto, si potrebbe valutare se la madre ha manifestato al momento della nascita, e manifesta ancora al momento della trascrizione degli atti di nascita conseguiti all'estero in seguito a GPA commerciale, un ripensamento, un rimpianto, una volontà di tenersi il bambino, e restituire il denaro, cosa che capita secondo le statistiche negli Stati Uniti molto raramente, soprattutto nel momento in cui si è diffusa la gestazione per altri gestazionale, in cui c'è

una terza donna, diversa dalla gestante che porta avanti la gravidanza, che dona l'ovulo, e dunque, non vi è legame genetico tra la gestante e il bambino.

In seguito, la Corte di Cassazione afferma che la dignità va intesa indipendentemente dalla autonomia della gestante, va intesa in modo "oggettivo", cioè assolutista, sostanziale o trascendente, che significa in concreto che usa l'argomento della dignità in modo paternalistico e illiberale, in contrasto con la definizione soggettiva, relativista, non trascendente, formale e antipaternalista data all'inizio. Argomento della dignità cui si aggiunge, nell'argomentazione della Corte, quello della mercificazione, la madre trattata come una incubatrice, e l'argomento dello sfruttamento di donne all'estero in difficoltà economiche. L'argomento della dignità usato dalla Corte è razionalmente ingiustificato, perché affetto, come dirò in seguito, da grande indeterminazione semantica, cioè la dignità nasconde, dissimula, un altro argomento, che le Sezioni Unite non precisano, e contro il quale ci sono molte obiezioni ragionevoli cui la Corte non risponde. In conclusione, l'adozione in casi particolari, così come modificata dalla Corte Costituzionale nella sentenza 79/2022, e dalle Sezioni Unite nel 2022, è una pratica di riconoscimento del genitore intenzionale, e non genetico, dei figli nati da GPA all'estero punitiva del minore, che non vede riconosciuto il suo *status filiationis* in modo efficace e celere. Né le Sezioni Unite nel 2022 né la Corte cost. nel 2021 spiegano quale dovrebbe essere la procedura, alternativa all'adozione in casi speciali e alla trascrizione degli atti di nascita dei figli nati da GPA all'estero, che dovrebbe tutelare il minore.

Dell'argomento della dignità mi occuperò in seguito, è venuto il momento di occuparsi dell'argomento della mercificazione e dell'argomento dello sfruttamento di persone vulnerabili e in stato di bisogno economico.

Innanzitutto, è molto problematico qualificare la GPA commerciale all'estero come una forma di reale *exploitation*. Il concetto di sfruttamento economico o di *exploitation* ha due caratteristiche (ARNESON 1992a; WERTHEIMER 1996). La prima è approfittare dello stato di necessità, di bisogno, di coercizione di una persona, come un tossicodipendente, un consumatore di stupefacenti che è entrato a far parte della minoranza, in genere il 20-25%, di consumatori compulsivi, che ha bisogno disperatamente di una dose di eroina e che si prostituisce per questo. La seconda caratteristica dell'*exploitation* è che i diritti morali dello sfruttato sono lesi, egli viene mal ricompensato per eseguire una prestazione, come il prostituirsi per pochi dollari per accumulare il denaro necessario per pagare una dose di eroina. Per questa ragione, non è corretto parlare di *exploitation* nel caso di una escort che guadagna, ad esempio, 200-300 euro a prestazione. La prima caratteristica può verificarsi in Paesi in via di sviluppo o poveri, come Messico, Guatemala, Thailandia, Nepal, Grecia, Bielorussia, Cipro, Ucraina. La seconda caratteristica è, invece, assente anche nei Paesi in via di sviluppo o poveri.

Farò due esempi molto chiari. Negli Stati Uniti la GPA commerciale è legale in alcuni stati federali e le statistiche ci dicono che le madri biologiche povere in senso assoluto che effettuano la GPA sono molto poche. Il caso paradigmatico di gestante per altri è una donna che ha già altri figli e fa parte di una famiglia che guadagna tra i 25.000 e i 50.000 dollari. E questa sarebbe la situazione se fosse legalizzata in Europa. Come dicevo non c'è *exploitation* in ogni caso perché anche nei Paesi in via di sviluppo manca la seconda caratteristica. In Ucraina, ad esempio, le cliniche legali prevedono, o meglio prevedevano prima della guerra, un compenso molto elevato, tra i 40.000 e 60.000 euro, di cui 10.000 euro andava alle gestanti, il cui stipendio medio è di 150 euro, dunque una somma pari circa a settanta volte lo stipendio medio. Una somma molto elevata per una madre ucraina, che implica una svolta esistenziale, che è problematico descrivere come *exploitation*. In Thailandia, la "commercial surrogacy", con una società privata che effettua l'intermediazione tra la coppia committente e la gestante, costa tra 50.000 e 65.000 dollari, di cui 12.000-15.000 vanno alla gestante, come compenso e rimborso spese<sup>1</sup>. In Thailandia il reddito

<sup>1</sup> <https://bangkokfertilitycenter.com/blog/surrogacy-cost-in-bangkok/>.

medio annuo pro-capite, secondo la World Bank, è di 7.171 dollari nel 2023, dunque il compenso per la gestante thailandese le consente di uscire dalla povertà. «Surrogacy for heterosexual couples is legal in Georgia. Surrogacy prices average €30.000 – €60.000 which include all legal and medical costs as well as compensation for the surrogate»<sup>2</sup>.

Lo stesso negli Stati Uniti. Negli Stati Uniti ci sono due tipi di gestazione per altri commerciale, la *surrogacy firm* e la *independent surrogacy*. La prima costa molto e prevede l'intermediazione, tra i genitori intenzionali e la gestante per altri, di una società privata, che ricava un profitto. Il costo è circa 140.000 dollari, ma può arrivare anche a 200.000, e il compenso per la gestante varia da 30.000 a 70.000 dollari. Una somma considerevole che esclude lo sfruttamento di persone povere o vulnerabili. Il secondo tipo di GPA commerciale non prevede l'intermediazione di una società privata e costa circa 20.000-30.000 dollari che vanno tutti alla gestante. Dunque, non c'è *exploitation* nei casi concreti di GPA commerciale.

Veniamo all'argomento della mercificazione.

### 3. Argomento della mercificazione contro la gestazione per altri

Nei successivi paragrafi presenterò l'argomento della mercificazione, contro la GPA, e alcune obiezioni fondamentali ad esso irrelate contro la GPA, insieme alle possibili repliche.

#### 3.1. Gli argomenti di Anderson

In questo paragrafo, effettuerò un'analisi degli argomenti soprattutto di Anderson e alcune repliche ad essi. Va detto fin dall'inizio che ritengo che la gestante per altri deve avere il diritto di rescindere il contratto, *ad libitum*, abortendo (entro i limiti previsti dalla legge) o non consegnando il bambino dopo il parto. L'argomento della mercificazione, contro la GPA, afferma che la pratica contrattuale della gestazione per altri tratta i bambini, il corpo delle donne e le loro capacità riproduttive come merci (*commodities*) (cfr. ANDERSON 1990; FABRE 2006; COREA 1985; HOLDER 1985; DUDEN 2003; KEANE 1983; LONGCOPE 1987; RADIN 1987; POSNER 1978; POSNER 1987).

Secondo l'Enciclopedia Treccani merce è «ogni bene economico, in genere prodotto del lavoro umano, in quanto oggetto di contrattazione e di scambio». Secondo il Dizionario di economia e finanza Treccani (2012) «una merce è un bene economico, naturale o tecnicamente prodotto, suscettibile di essere scambiato con altri beni (e si parla in questo caso di baratto), oppure contro denaro all'interno di un mercato». In questo senso generico di merce, diffuso nell'ambito dell'economia, del diritto e della morale, una merce può essere mobile o immobile, può essere viva (un animale) o artificiale, può essere prodotta dall'uomo o essere una materia prima, può essere un oggetto, una cosa, oppure un servizio. Nella letteratura sulla gestazione per altri si adottano definizioni generiche simili. Ad esempio, FABRE (2006) definisce una merce, «a commodity, something the production, exchange, and enjoyment of which can be regulated solely by market norms». Non molto dissimile la definizione di Anderson (1990, 75):

«The modern market can be characterized in terms of the legal and social norms by which it governs the production, exchange, and enjoyment of commodities. To say that something is properly regarded as a commodity is to claim that the norms of the market are appropriate for regulating its production, exchange, and enjoyment. To the extent that moral principles or ethical ideals preclude the application of market norms to a good, we may say that the good is not a (proper) commodity».

<sup>2</sup> Surrogacy – costs and countries. “Fertility Clinic Abroad”. <https://www.fertilityclinicsabroad.com/ivf-costs/surrogacy-costs-and-countries/>.

Dunque, «una merce è un bene la produzione, lo scambio, il godimento, il possesso, l'uso, l'abuso del quale è regolato dalle norme giuridiche e sociali del mercato» (Cfr. MANIACI 2022). Queste definizioni sono semanticamente indeterminate. In particolare,

«possiamo distinguere due sensi di merce, uno debole e uno forte. In base a quello debole, la merce è qualcosa il cui uso, godimento scambio, produzione, compravendita è *limitato* in modo significativo o forte dalle norme giuridiche e sociali, limitato rispetto alle leggi economiche di mercato che regolano la domanda e l'offerta nel mercato capitalista. In questo primo senso, la forza lavoro è una merce, in senso debole a differenza di un telefonino o un televisore, perché i lavoratori dipendenti hanno diritti inalienabili e irrinunciabili, come il diritto alle ferie, al riposo giornaliero o compensativo, alla retribuzione, a un ambiente di lavoro salubre. Allo stesso modo, gli animali domestici possono essere venduti e comprati, ma hanno il diritto di non essere seviziati o uccisi senza necessità, o abbandonati, sono una merce nel senso debole. In certi contesti anche una casa può essere una merce in questo senso debole, perché è soggetta a vincoli di tutela del paesaggio, tutela di beni culturali o archeologici. In un senso forte, la merce è qualcosa il cui uso, godimento scambio, produzione, compravendita *non è limitato* in modo significativo o forte dalle norme giuridiche e sociali del mercato. Ad esempio, io posso non solo vendere, scambiare, godere del mio telefonino o televisore, o dei mobili di casa mia, ma posso anche rovinarli o distruggerli, ho quello che molti autori civilisti contemporanei chiamano *ius utendi et abutendi*» (MANIACI 2022, 145-156).

Il portare avanti la gravidanza è una merce nel primo senso, quello debole, perché la gestante per altri deve avere il diritto di abortire, o di tenersi il bambino, come già detto, dopo il parto, mentre né il corpo del bambino né il corpo della donna sono una merce in nessuno dei due sensi. La coppia che stipula il contratto e che riceve il bambino alla fine della gravidanza non acquisisce il diritto di godere, usare, scambiare liberamente l'utero della gestante per altri, come potrebbe fare con una merce come un telefonino, o con una merce come un animale (Cfr. DAMELIO SORENSON 2008, 271). Anche in contratti in cui vi sono alcuni vincoli d'uso come l'usufrutto, il comodato, il mutuo, il contraente ha un ampio margine di uso e godimento del bene, ad esempio utilizzare come vuole i soldi dati in prestito, disporre liberamente del bene dato in usufrutto o in comodato, salvo l'obbligo di non deteriorarlo. Né il corpo della donna, né il bambino vengono trattati dalla coppia ricevente e intenzionale come merci in nessuno dei due sensi. Come non è una merce il corpo di un operaio o di un babysitter. La coppia intenzionale non acquista un diritto di *proprietà* sul corpo della donna o sul bambino, come accade per gli animali, non trae profitto economico dalla gestazione per altri, né ha il diritto di vendere o sfruttare economicamente il bambino, né ha permanentemente, per un tempo illimitato, il permesso di cedere a terzi il diritto di educarlo, istruirlo e mantenerlo, diritto che sarebbe a sua volta, come nella compravendita, permanentemente cedibile ad altri, come farebbe con un animale, né la gestante per altri, come nella compravendita, si obbliga in senso pienamente giuridico, alla conclusione del contratto, a cedere il diritto di educare, mantenere e istruire il bambino, obbligo che nella compravendita è coercibile mediante esecuzione specifica dell'obbligo o risarcimento del danno, mentre nella GPA non lo è. Non ci sono gli effetti obbligatori né gli effetti reali differiti, cioè l'effetto traslativo del diritto di educare, mantenere e istruire il bambino al momento in cui questi viene ad esistenza, effetti tipici della compravendita di cosa futura. Piuttosto si tratterebbe di un obbligo morale o sociale, come nei debiti di gioco e nelle obbligazioni naturali. Il Codice Civile regola questa fattispecie giuridica con una disposizione di carattere generale, l'art. 2034 c.c., secondo il quale non è ammessa la ripetizione di quanto è stato spontaneamente prestato in esecuzione di doveri morali o sociali, salvo che la prestazione sia stata eseguita da un incapace. Né la coppia intenzionale ha il diritto di godere come vuole del bambino o del corpo o dell'utero della donna. (Sulla problematicità dell'argomento secondo cui la compravendita di bambini è analoga alla gestazione per altri cfr. ARNESON 1992b, 148).

Sarebbe strano interpretare il contratto di gestazione per altri, non come un contratto di lavoro autonomo avente ad oggetto il portare avanti una gravidanza, ma come un contratto di *locazione* di una parte del corpo, l'utero (*a womb for rent*) (BER 2000, 162; O'BRIEN 1986). Nelle altre locazioni, di un immobile, di un'automobile, di uno scooter, il locatario può godere *ad libitum* del bene, tranne distruggerlo o rovinarlo, mentre la coppia ricevente e contraente non acquista il diritto di godere come vuole del bene "utero", anzi è vincolata a un unico fine, la gravidanza.

Se la gestazione per altri fosse un contratto di locazione dell'utero dovremmo considerare tali anche molti contratti di lavoro, dove il datore di lavoro Amazon "loca" le mani e le braccia del lavoratore dipendente che impacchetta i pacchi per otto ore al giorno. Anche nei contratti di locazione in cui c'è un vincolo di uso, immobile destinato a uso abitativo e non commerciale, i diritti di uso e godimento del locatario sono molto più ampi di quelli della coppia committente con l'utero della gestante per altri. La prova definitiva è che colui che acquista il diritto di uso o godimento o abitazione lo acquista per un tempo sempre limitato, e il cedente rimane proprietario o nudo proprietario, cosa che non accade con la gestante per altri. Inoltre, posso locare un'automobile per una notte intera, mentre non ha senso dire che "affitto" una prostituta per tutta la notte. Gli autori normalmente non parlano di *locatio cunni* (*cunnus* in latino è la vulva), mentre vorrebbero parlare di *locatio ventris*.

Uno dei problemi che si pongono è che la gestante per altri è trattata come un mezzo e non come un fine (KRIMMEL 1983). Questo argomento kantiano, così rigidamente interpretato, è notoriamente insostenibile. Primo, perché la gestante per altri è consenziente e se c'è il consenso l'argomento è inapplicabile. Due amanti che trattano l'altro come un mezzo per raggiungere il massimo piacere possibile, cosa fanno di male? Nulla. Secondo, perché lo Stato tratta molte persone come mezzi, e non come fini, ad esempio lo Stato tratta il presunto ladro, il suo non rubare, attraverso la minaccia di una sanzione, come un mezzo per tutelare la proprietà altrui, o tratta come un mezzo una persona ricca quando, cosa che infatti Nozick non condivide, ridistribuisce la sua ricchezza ai più poveri. Anderson sostiene che «Most importantly, it requires us to understand parental rights no longer as trusts but as things more like property rights that is, rights of use and disposal over the things owned» (ANDERSON 1990). Nello stesso senso, Sylviane Agacinski, ne *L'uomo disincarnato* (Cfr. AGACINSKI 2020) afferma che è il ventre delle donne a essere, con la "maternità surrogata", oggetto di compravendita, ed è il diritto al bambino a essere fondamentale, e non più il diritto del bambino a non essere trattato come una proprietà alienabile. In realtà, questo non è vero perché come sostiene Cécile Fabre, la madre biologica o gestante per altri non ha alcun diritto di proprietà sul bambino, e dunque non può trasferirlo a terzi, compresa la coppia intenzionale.

«Applicando una teoria ideale degli interessi, che attribuisce interessi in modo oggettivo, contro le preferenze razionali e libere da pressioni coercitive del titolare degli interessi, teoria dunque che non tiene conto delle reali preferenze autonome delle gestanti per altri, Anderson sostiene che la gestazione per altri comporta una forma di auto-annullamento, di alienazione, di un'ingiusta subordinazione del proprio corpo, della propria salute, della propria vita emozionale (sul concetto di lavoro emozionale HOCHSCHILD 1983; JACKSON 2016) agli altri, alla coppia committente, che secondo Anderson fa parte di una classe più privilegiata» (Cfr. MANIACI 2022, 145-156).

Anderson afferma, inoltre, che l'altruismo delle gestanti per altri implica una mancanza di autostima, di valore di sé. Statisticamente molte gestanti per altri hanno anche motivazioni non economiche, cioè altruiste, partorire un bambino sano per una coppia che non può avere figli. (Cfr. ANDERSON 1990; WHITE 2018).

Replicare è semplice. Se le risorse psichiche, psicofisiche, fisiche, utilizzate da un soggetto sono importanti l'altruismo non è mai fasullo. In questo consiste l'altruismo, anteporre gli interessi altrui ai propri. Farò tre esempi. Pensiamo a due pugili che partecipano a un incontro di

boxe, l'intero incasso del quale sarà devoluto ai bambini di un quartiere povero. «In questo caso, questi pugili subordinano il proprio corpo, la propria salute, la loro vita emozionale agli interessi dei bambini poveri» (MANIACI 2022). Un caso analogo è quello di una sorella che dona un rene al fratello, che è in dialisi e aspetta un trapianto per il quale vi sono lunghe liste di attesa, asportazione di un rene che porta con sé una serie di rischi per la salute del donatore. In questo caso, l'altruismo è più forte, non fasullo. Un altro caso concerne una sorella che accetta la fecondazione assistita eterologa, col seme del marito della sorella che non può avere figli, e accetta di portare avanti la gravidanza per ragioni altruiste nei confronti della sorella, cui consegnerà il bambino per amarlo, educarlo e istruirlo. In tutti questi casi le persone mettono a disposizione il proprio corpo, la propria salute, la propria vita emozionale, per altruismo, che quindi è più forte rispetto al caso di una persona che ottiene un prestito di 1000 euro da un amico, antepo- nendo gli interessi altrui, gli interessi dei bambini poveri, del fratello malato, della sorella infertile ai propri. Anderson afferma che l'altruismo della gestante per altri è fasullo perché manca di autostima. Ma la mancanza di autostima si verifica in centinaia di gesti di altruismo. Una persona che ha una bassa autostima può dedicare parte del proprio tempo al volontariato con bambini disabili. Questo atto accresce la sua autostima, e la sua decisione non è, per ciò solo, una forma di autoannullamento del sé o un altruismo fasullo. Ma si possono fare decine di esempi. Una persona sola, innamorata di qualcuno che non la ama, potrebbe ritrovare la sua autostima partecipando alle attività di un gruppo parrocchiale, oppure occupandosi di un cane abbandonato al canile. Una donna maltrattata dal marito potrebbe ritrovare la propria autostima nel lasciarlo definitivamente. Una fidanzata tradita dal fidanzato potrebbe ritrovare la propria autostima nel tradirlo lei stessa. Una madre con due figli potrebbe subordinare i propri interessi a quelli dei figli, prendendo un cucciolo per i bambini, anche se ciò comporta alcuni sacrifici. «Sono centinaia i casi in cui una persona compie un'azione per sentirsi meglio, o per accrescere la propria autostima, il proprio valore di sé, e non c'è nulla di fasullo, alienante in questo, anche se si antepongono, per accrescere la propria autostima, gli interessi altrui a quelli propri» (MANIACI 2022).

In base alle statistiche negli Stati Uniti il caso paradigmatico di gestante per altri a titolo oneroso è una donna della media borghesia, che vive in una famiglia che guadagna tra 25.000 e 50.000 dollari e che ha sia motivazioni pecuniarie sia motivazioni non pecuniarie (per la frequenza statistica di queste motivazioni, cfr. RAGONNÉ 1994, cap. 2; BATTAGLIA 1995). Prendo in considerazione il caso statunitense perché più facilmente esportabile in Europa, a parte alcune eccezioni, alcuni diritti mancanti nei contratti di GPA negli *Stati Uniti*, come il diritto di tenersi il bambino. Mentre nelle nazioni in via di sviluppo come la Thailandia o l'Ucraina il fattore povertà, come motivazione delle gestanti per altri, è più determinante. Per quanto riguarda il costo del contratto, questo dipende, come già anticipato, se viene stipulato tramite un'agenzia privata (*surrogacy firm*) e allora può costare fino a 140.000-200.000 dollari, di cui 30.000-70.000 dollari è la parte che va alla gestante, mentre un contratto indipendente, senza agenzia (*Independent Surrogacy*) può costare tra 10.000 e 30.000 dollari (<https://www.sensible-surrogacy.com/surrogacy-in-the-united-states>) (sui costi di un contratto di gestazione per altri cfr. BROPHY 1981-82; KEANE 1983; POSNER 1989). Le motivazioni non economiche fondamentali sono tre: la prima, la più importante, rendere felice una coppia che non può avere un bambino. Come dice DURÀAN AYAGO (2020, 50) «La solidaridad está tras muchos de estos embarazos». La seconda, espiare il senso di colpa di un aborto compiuto in giovane età, la terza, svolgere di nuovo il ruolo sociale di madre (per degli affascinanti *insights* in relazione alle motivazioni delle gestanti per altri cfr. RAGONNÉ 1994, cap. 2). Anderson insiste nell'affermare che i contratti di gestazione per altri negli Stati Uniti violano il rispetto della persona. «To respect a person is to treat her in accordance with principles she rationally accepts principles consistent with the protection of her autonomy and her rational interests» (ANDERSON 1990; PARKER 1982).

Condivido, la gestante per altri potrebbe sviluppare un forte attaccamento affettivo nei confronti del bambino durante la gestazione, dunque è importante attribuirle il diritto di non consegnare il bambino subito dopo il parto o di abortire.

«Come da più autori richiesto, Anderson analizza le proposte di modifica della pratica dei contratti di gestazione per altri negli Stati Uniti, cioè eliminare l'intermediazione di enti commerciali, sostituiti da un ufficio pubblico o un'associazione no profit, enti commerciali che potrebbero manipolare le preferenze e le credenze della gestante per altri, ad esempio la preferenza della gestante per altri di tenersi il bambino, di non rinunciare ai diritti sul bambino una volta nato, qualora sorga un attaccamento affettivo» (MANIACI 2022).

Valentina PAZÉ (2023a) relativamente a tali modifiche teoriche muove delle osservazioni interessanti.

Dapprima Pazé afferma che nelle pratiche contrattuali reali non esiste un vero e proprio diritto al ripensamento della gestante, neppure nel Regno Unito, dove è previsto un rimborso spese, e dove tale diritto al ripensamento è formalmente riconosciuto. Tale osservazione non esclude in alcun modo che si possa creare una nuova e giusta pratica contrattuale che preveda un vero diritto al ripensamento, cioè in cui il contratto di gestazione per altri è rescindibile *ad libitum* fino al momento del parto, senza che vi sia alcuna forma di risarcimento o restituzione da parte della gestante del rimborso delle spese mediche sostenute. Ovviamente per tutelare la coppia intenzionale o committente che ha stipulato il contratto, in caso di ripensamento, la gestante deve restituire il prezzo pagato dalla coppia intenzionale. Il fatto che il diritto al ripensamento non sia previsto da nessuna pratica contrattuale in nessun paese non esclude la possibilità di introdurlo, come giusta novità. Le coppie intenzionali avrebbero comunque l'interesse a stipulare tali contratti, perché si tratta dell'unico modo per poter avere un neonato con un legame genetico col padre da educare, mantenere, istruire, amare e perché statisticamente le donne che eserciterebbero il diritto al ripensamento sarebbero una piccola minoranza, perché viceversa perderebbero il compenso, come dimostrato dall'esperienza della pratica contrattuale della *commercial surrogacy* negli Stati Uniti, in Ucraina e in Thailandia. In realtà, tale diritto al ripensamento, tale diritto a rescindere il contratto *ad libitum*, fino al momento dell'esecuzione della prestazione, seguendo una concezione antipaternalista, basata sul valore dell'autonomia individuale, riguarda tutti i contratti stipulati soprattutto con cliniche private o tutte le procedure burocratiche con ospedali pubblici, aventi ad oggetto gli atti di disposizione del proprio corpo o della propria vita importanti e/o irreversibili, come un contratto di eutanasia, aborto, cambiamento di genere sessuale, sterilizzazione volontaria, trapianto di organi, oppure i contratti stipulati con soggetti privati di prostituzione o partecipazione a un film pornografico. Una donna ha ovviamente il diritto di rifiutare l'aborto fino al momento dell'esecuzione della prestazione, dell'interruzione volontaria di gravidanza, nonostante avesse iniziato la procedura burocratica e/o firmato un contratto. L'operatività delle cliniche private è inevitabile, perché negli ospedali pubblici ci sono lunghe liste di attesa per esami e visite della gestante gravida. Per quanto mi renda conto che sia difficile da applicare, la legge dovrebbe prevedere il divieto da parte delle cliniche private di manipolare le preferenze delle, e di indottrinare le, gestanti come accadeva in India, ad esempio con messaggi continui secondo cui il bambino non è della gestante ma dei genitori intenzionali, prima che una legge del 2019 proibisse la *International and commercial surrogacy*. Si potrebbe permettere il marketing e la pubblicità di queste pratiche contrattuali da parte di cliniche private, compresi annunci nei giornali e riviste delle coppie intenzionali che desiderano un figlio. La presenza di un legale e di una psicoterapeuta negli enti no profit è importante per dare alla futura gestante la possibilità di formarsi un consenso perfettamente informato. In base a questa nuova e giusta pratica contrattuale, non si potrebbe imporre alla gestante un dovere di abortire un feto malato, perché la gestante può decidere di tenerlo.

Nonostante queste modifiche Anderson insiste, applicando una teoria ideale degli interessi, secondo cui:

«Nevertheless, as long as the surrogate mother is paid money to bear a child and terminate her parental rights, the commercial norms leading to her degradation still apply. For these norms are constitutive of our understanding of what the surrogate contract is for» (ANDERSON 1990, 89).

L'autrice insiste nell'affermare che tale pratica contrattuale è "degradante", contro le preferenze autonome delle gestanti per altri che, se partecipano alla pratica attuale negli Stati Uniti, a maggior ragione parteciperanno alla pratica dei contratti di gestazione per altri che siano rescindibili *ad libitum*, al momento del parto, o prima tramite l'aborto (diritto di terminare la gravidanza attribuito dalla legge dello Stato di New York, del 2021, *The Child-Parent Security Act* (CPSA)). Questo giudizio di "degradazione", addirittura *costitutivo* della pratica, non corrisponde alle preferenze autonome delle gestanti per altri, che dimostra che Anderson è incoerente, perché dice che sia importate avere rispetto per le preferenze razionali e libere da pressioni coercitive delle donne che fanno da gestanti per altri, ma l'autrice è la prima a non rispettarle. Anderson continua affermando che la pratica commerciale anche modificata sarebbe manipolativa perché:

«A surrogate contract is inherently manipulative, since the very form of the contract invokes commercial norms which, whether upheld by the law or by social custom only, imply that the mother should feel guilty and irresponsible for loving her own child» (ANDERSON 1990, 89).

Anderson afferma che la gestante per altri che dopo il parto non consegnasse il bambino alla coppia intenzionale si sentirebbe in colpa verso i genitori committenti.

Primo, è possibile che la gestante per altri non si senta in colpa, perché ha un carattere forte e pensa che il suo amore per il bambino sia più importante dell'interesse dei genitori sociali. In secondo luogo, nessun adulto ha il diritto-pretesa di essere amato, ben voluto, nessuno tranne forse i bambini ha questo diritto. La madre gestante non ha il diritto di essere ben voluta dalla coppia committente. Il sentirsi in colpa non è un sentimento ostativo al compimento di un atto giuridicamente rilevante. Sono centinaia le situazioni in cui una persona, compiendo qualcosa di legale e moralmente corretto, può sentirsi in colpa, fa parte della vita. Se Tizio rescinde il contratto di lavoro che aveva per un altro molto più remunerato, anche se il datore di lavoro ne soffrirà perché lo trattava come un figlio, Tizio potrebbe sentirsi in colpa per questo. Un dirigente di un'azienda potrebbe sentirsi in colpa perché ha ottenuto una promozione, perché i suoi colleghi sono altrettanto bravi, ma hanno compiuto qualche scorrettezza, e potrebbe sentirsi in colpa per questo perché economicamente i suoi colleghi avevano maggiore bisogno di quella promozione. Una madre può sentirsi in colpa perché non ha regalato un cane al figlio che per il suo compleanno lo desiderava tanto, perché sarebbe stato un sacrificio per lei. Una persona può sentirsi in colpa perché ha abbandonato la moglie per una ragazza più giovane, sentendosi in colpa perché la moglie è molto depressa. Una persona può sentirsi in colpa perché ha abbandonato la famiglia di origine, espatriando all'estero. Una persona potrebbe sentirsi in colpa nei confronti dei genitori perché consuma molta cannabis. Un pugile potrebbe sentirsi in colpa per aver seriamente leso l'occhio sinistro dell'altro pugile, sebbene abbia adempiuto a tutti i doveri del pugilato. Una madre potrebbe sentirsi in colpa perché, ed è un sentimento che non riesce a controllare, preferisce un figlio all'altro. Tutte queste *pressioni affettive*, se non si traducono in molestie, sono perfettamente legali, non vizio il consenso. La sufficiente libertà da pressioni coercitive è uno dei requisiti per un grado sufficiente di autonomia (Sul punto cfr. MANIACI 2020). Tutte queste pressioni affettive non sono pressioni *coercitive*. Il marito ha diritto di lasciare la moglie, ma la moglie ha il diritto di farlo sentire in colpa. Tutti possono legalmente subire pressioni affettive, come un abbandono affettivo, un amore non corrisposto, o essere malvoluti da qualcuno.

In ultima analisi, come abbiamo visto negli Stati Uniti non c'è necessariamente, né frequentemente, una forte relazione di potere tra una gestante per altri povera e una coppia committente ricca. Primo, perché statisticamente in Occidente le gestanti per altri non sono povere in senso assoluto, secondo la definizione dell'Istat. In tal senso, una gestante per altri statunitense potrebbe utilizzare il prezzo della gestazione per altri per acquistare un'automobile nuova, pagare un acconto per una casa nuova, mantenere i figli in università prestigiose e molto costose o pagare un costosissimo intervento chirurgico. Secondo, soltanto il contratto firmato con la *surrogacy agency* costa molto, ma la *independent surrogacy* ha costi molto più contenuti cui può accedere anche la media borghesia, che comunque potrebbe fare un mutuo per pagare la *surrogacy firm*. In terzo luogo, anche se la coppia committente facesse parte spesso di una classe più privilegiata, come capita nei Paesi in via di sviluppo, e come sottolinea PAZÉ (2023a), dove anche alcune donne povere, in relazione al contesto socio-economico occidentale, effettuano la gestazione per altri, non ci sarebbe nulla di male, nessuna relazione di potere maggiore di quella che c'è tra imprenditore e operaio metalmeccanico, avvocato e segretaria, medico e infermiere in un mercato capitalista in Occidente o nei Paesi in via di sviluppo. L'importante è che non ci sia "exploitation", nel senso definito sopra. Relazione di potere del tutto non problematica, salvo che qualcuno abbia ancora nostalgia, dell'alienazione marxista e della dittatura del proletariato.

### 3.2. *L'argomento della mercificazione contro l'autonomia delle donne*

Nel paragrafo precedente ho argomentato che il portare avanti la gravidanza è regolato da un contratto di lavoro autonomo, è una merce in senso debole, mentre né il corpo del bambino né il corpo della madre sono una merce, né la coppia committente acquista un diritto di proprietà o di locazione su entrambi. Ho inoltre argomentato *contra* Anderson. Vediamo un'altra obiezione contro la GPA. Se la fertilità e la fecondità della donna, il portare avanti una gravidanza, non può essere oggetto di contrattazione, si utilizza il concetto di mercificazione contro l'autonomia delle donne, cioè il diritto delle donne di vivere la propria vita secondo i propri principi e valori, secondo le proprie concezioni filosofiche, morali, religiose, purché non danneggino terzi. La donna non avrebbe il diritto di mercificare il portare avanti la gravidanza, proprio come una prostituta non avrebbe il diritto di fornire prestazioni sessuali a pagamento. Quale sarebbe la *ratio* di tale obbligo di non mercificazione contro l'autonomia delle donne? Non essendoci veri danni a terzi, una prima possibilità è che il concetto di mercificazione nasconda un argomento perfezionista, cioè le persone non possono trattare la propria forza/lavoro come una merce, anche se lo desiderano in modo autonomo, cioè in condizioni di razionalità, capacità di intendere e volere, conoscenza dei fatti rilevanti, sufficiente libertà da pressioni coercitive, stabilità nel tempo dei desideri.

Perché se il soggetto tratta il portare avanti una gravidanza (anche) come una merce significa che il soggetto non segue un modello di perfezione morale, un modello di virtù, perché sarebbe una persona (almeno parzialmente) avida o una persona (almeno parzialmente) materialista, principalmente attaccata al godimento di beni terreni e materiali (sembra utilizzare questo argomento, con un certo disprezzo per le donne che desiderano portare avanti una gravidanza dietro un corrispettivo in denaro, Lieber: «In the commercial surrogacy context, the surrogate usually creates a child not because she wants to be magnanimous, but because she wants to earn the fee» (LIEBER 1992-1993, 213).

In realtà, le statistiche ci dicono che la stragrande maggioranza di donne che si offre per la gestazione per altri ha anche motivazioni altruiste, cioè *donare* un bambino a una coppia che non può averne, o motivazioni non pecuniarie, come il senso di colpa di aver avuto un aborto o il desiderio di ottenere il riconoscimento sociale delle donne incinte (FABRE 2006, 199 s.).

Le interviste di alcune donne che hanno effettuato la gestazione per altri sono piuttosto chiare.

«Io non lo faccio per soldi [...], Lo faccio perché voglio rendere felici le famiglie», (Janie, Gran Bretagna). [...]

“Il mio corpo è una macchina perfetta per procreare, Perché non dovrei usarlo per aiutare la mia famiglia a vivere in condizioni migliori e allo stesso tempo rendere felice una coppia?” (Natasha, Ucraina alla quarta gravidanza). [...]

“Sembra strano per chi non lo prova, lo so, ma non li ho mai considerati miei figli, e non ho mai pensato di tenerli [...] Tutt’ora i genitori di Kennedy e Ben mi ringraziano, quando parliamo dei loro figli, ma sono io che ringrazio loro perché mi hanno permesso di farlo, mi hanno concesso di partecipare al loro sogno!” (Julia, Canada). [...]

“Lì ho deciso che avrei fatto anch’io, perché dentro di me c’è da sempre uno spirito di servizio [...] volevo fare qualcosa di grande, di unico per qualcun altro” (Victoria, Texas)» (MARCHI 2017, 62, 75, 87, 90, 198 s.).

PAZÉ (2023a), tuttavia, ritiene, senza argomentare bene perché, che tali dichiarazioni o motivazioni siano frutto di autoinganno, mistificazione, ipocrisia. Si tratta di una riedizione della falsa coscienza marxista, concetto notoriamente infalsificabile e inverificabile, a differenza di quello di violenza epistemica, che vedremo in seguito. In ogni caso, credo che spesso le persone si autoingannino perché non riescono ad accettare alcune semplici verità che riguardano il rapporto di amore/odio verso i genitori, fratelli, figli, partner. Più difficile secondo me, che si ingannino in modo così plateale sulle motivazioni per effettuare una gestazione per altri, perché quest’ultima non è una scelta molto dolorosa come quella di accettare le componenti di ostilità nei confronti del partner o dei genitori. La sofferenza di abbandonare il bambino è compensata, verosimilmente, da motivazioni economiche, altruistiche e dall’impossibilità della gestante, per ragioni psicologiche e socio-economiche, di educare e crescere un altro figlio.

Bisogna comunque ammettere che se vi fossero *solo* motivazioni altruiste, lo farebbero gratis. In conclusione, ecco la replica all’obiezione, non si può imporre una virtù con la forza, non si può imporre con la sanzione a una persona di non essere (anche) avida o materialista, né si può imporre con la forza l’adempimento *genuino* di un dovere morale di non essere avidi. Altra possibilità è che una persona non possa mercificare il portare avanti una gravidanza, anche se lo desidera, perché mercificare la gravidanza è indegno, offende la propria dignità, o è indecente, degradante. Ma “dignità”, come “degrado o indecenza”, è un concetto quasi vuoto, significa uguale considerazione e rispetto, la persona in questione mercificando la propria gravidanza non rispetterebbe sé stessa, comportandosi in modo indegno. Tale concetto di dignità o degrado nasconde, essendo affetto da grave indeterminatezza semantica, o, di nuovo, un argomento perfezionista, o un argomento teologico (Dio non vuole che le donne si prostituiscano o effettuino la gestazione per altri), argomento teologico basato su assunzioni metafisico-trasendenti, cioè assunzioni totalmente arbitrarie, inverificabili o infalsificabili, o un argomento utilitarista-organicista (i genitori e i parenti della persona in questione X soffrirebbero psicologicamente ovvero romperebbero ogni legame affettivo, sociale, ed economico con la gestante per altri X, se sapessero che X si prostituisce o stipula un contratto di gestazione per altri), argomento incoerente perché una persona può realizzare i medesimi risultati nuotando in acque pericolose in ci sono stati avvistati squali pericolosi, praticando sport estremi, consumando grandi quantità di alcol, fumando due pacchetti di sigarette al giorno, praticando la boxe o il wrestling, praticando molto spesso sesso non protetto, espatriando all’estero, facendo l’eremita in una grotta, abbandonando la famiglia di origine, dicendo ai genitori che li odia. Come abbiamo visto, molte donne che firmano questi contratti hanno non solo motivazioni pecuniarie, ma spesso motivazioni altruistiche o di altro genere (ARNESON 1992b, 154). Perché non tenere conto delle preferenze delle donne razionali e

libere da pressioni coercitive, preferenze realmente esistenti sulla gestazione per altri? Salvo ritenere che vi sia una forma di violenza epistemica (Cfr. MANIACI 2020, cap. II-IV), una forte disuguaglianza di genere, un senso profondo di inferiorità delle donne verso gli uomini, che viene interiorizzato fin da piccole, per cui una donna diventa una schiava sessuale per realizzare il sogno di sottomettersi alla supremazia del maschio e ai desideri maschili.

Violenza epistemica che poteva esserci nell'Ottocento o nei primi ottanta anni del Novecento, ma non oggi in Occidente. A differenza dell'Ottocento e dei primi ottanta anni del Novecento non ci sono in Europa occidentale discriminazioni giuridiche significative. Resta qualche norma poco significativa, ad esempio quella che consente alla moglie di prendere il cognome del marito, ma non viceversa. In secondo luogo, non ci sono forti disuguaglianze socio-economiche, perché il "gender gap", la differenza tra la retribuzione oraria lorda degli uomini e delle donne, è circa il 15% in favore degli uomini, ma il trend è quello della sua progressiva riduzione ed eliminazione. Siamo in un periodo di transizione, di crisi del patriarcato, ma in Europa oggi nella stragrande maggioranza dei casi le donne non vengono educate alla sottomissione ai desideri, al potere e alla violenza maschile. Ci sono ancora livelli troppo elevati di violenza fisica, sessuale e di femmicidi contro le donne, che sono circa centoventi l'anno in Italia. Ci sono, soprattutto in Sud Europa ancora leggi insufficienti che non rendono facile per le donne l'alternanza maternità-lavoro. Queste leggi che non garantiscono l'alternanza famiglia-lavoro, attraverso ad esempio un numero di asili nido pubblici sufficienti, rendono possibile il cosiddetto, in letteratura, tetto di cristallo, cioè la difficoltà delle donne di raggiungere livelli dirigenziali elevati nell'ambito del lavoro privato e pubblico. Secondo il documento *Women in Business* del 2024 di Grant Thornton le donne manager in Italia rappresentano nel 2023 il 36% e vi è un aumento costante delle donne manager, dell'1% all'anno, dunque si arriverà alla parità tra quattordici anni. Ma non ha senso parlare di una segregazione verticale e orizzontale delle donne nel lavoro dipendente da un paradigma ancora patriarcale, perché se ci fosse ancora un paradigma patriarcale sarebbe inconcepibile spiegare gli elevati rendimenti scolastici e soprattutto universitari delle donne, spesso migliori di quelli maschili. Per quanto riguarda i Paesi in via di sviluppo, la violenza epistemica non può essere considerata un vizio della volontà, una pressione coercitiva nei casi di gestazione per altri e di prostituzione. Per quanto concerne la prostituzione, alcune donne, nei Paesi in via di sviluppo, si prostituiscono per fuggire dalla povertà assoluta, dunque la prostituzione non si può vietare, anche se c'è sfruttamento economico. Inoltre l'educazione maschilista ricevuta induce le donne a sottomettersi, e essere fedeli e ubbidienti, al padre o al marito, non a diventare prostitute. A ciò bisogna aggiungere che se viene considerato "sesso forzato" quello della prostituta col cliente, a causa della violenza epistemica, allora lo sarebbero anche gli altri rapporti sessuali o i matrimoni.

Per quanto riguarda la gestazione per altri non c'è alcuna sottomissione a un maschio Alpha, perché normalmente la gestante per altri consegna il bambino, in genere per una somma di denaro consistente, alla coppia eterosessuale committente, di cui la madre intenzionale è parte integrante.

### 3.3. Altre obiezioni finali

SATZ (1992, 107) sostiene che «reproductive labor is more "integral" to [a woman's] identity than her other productive capacities». In realtà, vi sono attività molto importanti per la vita di una persona ed essenziali per la sua identità, che possono essere oggetto di mercificazione, dunque, perché non può esserlo anche il portare avanti una gravidanza da parte di una donna che lo desidera? Pensiamo alle attività delle figure di accudimento, come un badante, un infermiere o una babysitter, a cui molte persone affidano lo svolgimento di attività importanti come il prendersi cura dei figli o dei genitori anziani e ammalati. Lo stesso vale per una psicoterapia con tutti i rischi di transfert e controtransfert. Molte persone raccontano i loro sogni, i loro segreti, la

propria infanzia a terapeuti che sono pagati per farlo, con i quali spesso sorge una relazione di transfert, una relazione affettiva significativa. Ciò implica che il pagamento di un corrispettivo in denaro non esclude l'instaurarsi di una relazione affettiva o di una relazione essenziale per l'identità del soggetto. Lo stesso vale per gli officianti celebrazioni religiose o i missionari in Africa il cui credo religioso è parte essenziale della loro identità, il cui lavoro non è un "lavoro", ma una missione. Pazé insiste, con Anderson, che la logica del dono esclude la contrattualizzazione, ma non è così. Come dice Fabre, ci sono varie attività che sono svolte per denaro, ma anche per ragioni altruistiche, come l'amore per il prossimo, come accade a un importante chirurgo, che si identifica fortemente col suo lavoro, e che viene pagato per salvare vite umane. Il fatto che vi siano motivazioni pecuniarie non esclude le ragioni altruistiche o identitarie. Lo stesso vale per la gestazione per altri.

«È difficile sostenere che l'attività di accudimento di una babysitter sia meno importante del portare avanti una gravidanza. In entrambi i casi, soprattutto per bambini piccoli, il comportamento della figura di accudimento può cagionare gravi danni al bambino, come una donna che beve alcol o fuma sigarette di tabacco durante la gravidanza, o una babysitter che traumatizza il bambino con maltrattamenti di vario genere. Il portare avanti la gravidanza implica una contiguità chimico-fisica col bambino che sta nascendo, che all'inizio, e fino a un certo momento della gravidanza, è anche difficile separare come individuo dal corpo della madre. Ciò accade perché il feto e la madre si nutrono dello stesso cibo, respirano lo stesso ossigeno, condividono lo stesso sangue, maggiore contiguità che ha delle implicazioni fisiche, corporee, come una sensazione di nausea, o dolore, o di movimento del bambino, o una fame irresistibile di qualcosa» (MANIACI 2022, 155; Cfr. SATZ 1992, 114. FABRE 2006, 200. POZZOLO 2016a, 60).

«Women's wombs don't walk around separate from the woman. To be pregnant is a wholebody experience [...]. At birth, babies recognize their mother's voices [...]. In pregnancy, babies are living in the rhythms of the mother's day – new-born, for example, tend to wake up at what was the moment in which the mother wakes up» (ROTHMAN 2014, 36).

Al di là di queste sensazioni fisiche o corporee, la gestante è una figura di accudimento che ha obblighi simili, e gli stessi poteri di far del male al bambino, di una babysitter o di un badante. Allo stesso modo, soprattutto nel caso di babysitter o badanti a tempo pieno, mattina e pomeriggio, di bambini piccoli, sorge spesso tra la figura di accudimento e la figura accudita una relazione affettiva, molti bambini si affezionano fortemente alla figura di accudimento dei primi anni e la ricordano per tutta la vita. Dunque, il fatto che un'attività sia oggetto di mercificazione non impedisce il formarsi di una relazione affettiva o essenziale per l'identità della persona, anche molto forte, né esclude motivazioni altruistiche, e il ruolo della babysitter a tempo pieno, soprattutto nei primi anni, è altrettanto importante per un bambino del ruolo di chi lo ha portato in grembo e partorito.

Questa ossessione per la "sacralità" del corpo della donna, che non potrebbe prostituirsi, o portare avanti una gravidanza per conto di un'altra coppia che non può avere figli, è anomala rispetto a tutte le attività che possono essere mercificate. Non si comprende perché la sessualità o la fecondità, o la gravidanza, attività psicofisiche o psicobiologiche, siano diverse in modo rilevante da altre attività che possono essere oggetto di contrattazione. In questo senso, non si comprende perché un'attività intellettuale, parte dell'identità essenziale del soggetto come un filosofo di professione, o l'attività di accudimento di una babysitter dovrebbe essere meno sacra di un'attività sessuale, della prostituta, o di un'attività psicobiologica, come quella di condurre una gravidanza per conto di altri.

Infine, Valentina PAZÉ (2023a, 2023b) elabora una obiezione contro la GPA commerciale, una variante dell'argomento della mercificazione, secondo cui così come tuteliamo l'indisponibilità dei drit-

ti dei lavoratori, al riposo giornaliero o compensativo, alle ferie, a turni di lavoro non usuranti, alla retribuzione, a un ambiente di lavoro salubre, perché vulnerabili, sottraendo tali diritti dalla logica della contrattazione del mercato, allo stesso modo dobbiamo tutelare l'indisponibilità del diritto delle gestanti a non stipulare un contratto di gestazione per altri, perché vulnerabili. L'analogia di Pazé non funziona. La vulnerabilità non c'entra nulla. La ragione dell'indisponibilità dei diritti dei lavoratori sopra elencati dipende dal fatto che se tali diritti fossero disponibili, liberamente negoziabili nel mercato capitalistico, allora i datori di lavoro potrebbero esercitare, e probabilmente eserciterebbero, pressioni coercitive, minacce di licenziamento, di delocalizzazione, di riduzione della produzione, che li inducano a rinunciare, de iure o de facto, a tali diritti. E la sufficiente libertà da pressioni coercitive è uno dei requisiti per un grado sufficiente di autonomia. Nel caso della gestazione per altri, chi dovrebbe, di grazia, esercitare tali pressioni coercitive? Armate di possibili genitori intenzionali? Cliniche private? Come abbiamo visto le uniche pressioni coercitive, minacce di non stipulare il contratto di GPA, di non pagare il prezzo del contratto di GPA, che potrebbero indurre le gestanti per altri a stipulare contratti contro la loro volontà, contro le preferenze autonome della maggioranza delle gestanti per altri, sono le pressioni del mercato dirette a impedire l'inserimento di una clausola di rescindibilità, clausola che dovrebbe essere prevista per legge, nel contratto di GPA, abortendo o tenendosi il bambino alla fine della gravidanza, al momento del parto.

#### 4. *L'argomento della dignità umana*

Affermazioni come «la legalizzazione della gestazione per altri è contraria alla dignità della gestante» sono, come abbiamo visto, molto diffuse in dottrina e soprattutto in giurisprudenza. Una volta specificato in cosa consista la «dignità» l'argomento utilizzato si rivela o affetto da *petitio principii*, oppure parassitario, perché presuppone verosimilmente, nella sua grave indeterminatezza, o il principio del danno a terzi o l'argomento dell'autonomia individuale, nel caso in cui la dignità sia intesa in modo liberale e antipaternalista, oppure presuppone, se inteso in chiave paternalista, l'argomento teologico o quello utilitarista/organicista, o quello perfezionista<sup>3</sup>.

Vediamo perché.

Innanzitutto, praticamente tutti gli autori concordano che si tratta di un concetto che ha un grado di indeterminatezza molto elevato, indeterminatezza declinata, a sua volta, nei modi più diversi e spesso privi di rigore analitico. “Dignità” è – si afferma – concetto vago, controverso, profondamente ambiguo, intrinsecamente incerto (Champeil-Desplats, Hassemer, Jorion, Maestri, Resta, Ruggeri-Spadaro, Pirozzoli), un concetto morale e giuridico che non avrebbe eguali per la variabilità dei suoi confini, un concetto impalpabile per la sua capacità di racchiudere in sé innumerevoli e indefiniti contenuti (Pirozzoli), dal carattere solenne, trascendente e a vocazione egemonica (Jorion, Pirozzoli), che trova applicazione nei casi più disparati, sufficientemente indeterminato per inglobare i diritti più vari, insuscettibile di qualunque *reificazione* giuridica seria (Moutouh), un concetto quasi impossibile da definire in astratto, a tal punto che potremmo soltanto enumerare i differenti diritti che esso giustifica (Pirozzoli, Jorion)<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Molto più netto è Hassemer. «È scoraggiante studiare le discussioni sulla dignità umana [...]. Si impone l'impressione che esso venga piegato all'interesse strategico di chi argomenta, che la sua forza persuasiva venga irrigidita, messa a servizio e consumata all'interno di catene argomentative che senza il riferimento alla dignità umana sarebbero piuttosto deboli [...]. La diffusa strategia a rafforzare argomenti deboli con il soffio vitale di un principio come è quello della dignità umana potrebbe spiegare la tendenza altrettanto diffusa a non lavorare argomentativamente con tale principio un passo alla volta, quanto piuttosto a metterlo sul campo di battaglia, e poi lasciarlo là lavorare da solo. [...] Chi si limita a enunciare diligentemente il principio della dignità umana, e, poi, a derivare il suo risultato da essa, non ha fatto il suo dovere argomentativo» (HASSEMER 2007, 62. Nello stesso senso, JORION 1999, 220). Un uso dogmatico dell'argomento della dignità dell'uomo è effettuato da SGRECCIA 2012, 362, 379.

<sup>4</sup> Cfr. CHAMPEIL-DESPLATS 2007, 14 ss.; HASSEMER 2007, 57 ss.; JORION 1999, 215 ss.; MAESTRI 2009, 516; RESTA

In secondo luogo,

«dignità è nozione che può avere una forte carica emancipatoria, anche e soprattutto nel senso del rafforzamento dei diritti sociali degli individui<sup>5</sup>, ma che nello stesso tempo può essere impiegata con argomentazioni apodittiche per determinare una pesante restrizione dei diritti di libertà altrui. [...] Dignità [...] è strumento che può essere utilizzato per ampliare la sfera di autonomia degli individui<sup>6</sup> e per precostituire le condizioni minime per una libera costruzione dell'identità, ma che può anche tradursi nella surrettizia imposizione di modelli valoriali dominanti, a scapito del pluralismo e della diversità»<sup>7</sup>.

Un principio addirittura potenzialmente “liberticida”, lo definisce Jorion, nella sua vocazione egemonica<sup>8</sup>. Dove alberga il pericolo per la libertà altrui?

Innanzitutto, si tratta di un argomento che si presta facilmente a essere utilizzato per giustificare politiche paternaliste, se non peggio autoritarie, soprattutto nel dibattito bioetico. Basta affermare, infatti, che lo svolgimento di determinate attività (praticare il sesso orale, abortire, consumare pornografia, usare anticoncezionali) va proibito perché indegno. Come dice Jorion, «possiamo chiederci in quale misura avrebbe potuto essere rimproverato a Picasso, Schiele, Bacon di attentare, nella loro rappresentazione dell'essere umano, alla sua dignità». «Chaque époque a ses contempteurs d'un art dégénéré»<sup>9</sup>.

In secondo luogo, non soltanto si tratta di un valore spesso “costituzionalizzato” in Occidente, che la Costituzione tedesca considera *intangibile*, ma di un valore parte integrante della *koiné* argomentativa contemporanea, a livello costituzionalistico, legislativo, giurisprudenziale, filosofico-giuridico e politico. Si assiste, in altri termini, a una valanga, inarrestabile, di convenzioni internazionali, leggi e sentenze nei sistemi giuridici occidentali che sempre più spesso, nei contesti giuridici più diversi, fanno riferimento alla tutela della dignità umana<sup>10</sup>.

In terzo luogo, e ciò non è un aspetto di poco conto, la dignità funziona spesso come

«un argomento *knock-down* in grado di chiudere la discussione in partenza, sbarrando la strada a ogni ulteriore sforzo argomentativo (...). Un concetto cui si fa, cioè, frequente appello – nelle conversazioni morali ordinarie, nei documenti internazionali, nelle pratiche argomentative dei giudici (non solo nazionali), nel lessico dottrinale, nelle discussioni parlamentari e nella prassi legislativa corrente – nel ruolo di *conversation stopper*: cioè alla stregua di una “ragione escludente”, che risolve ogni questione e non tollera ulteriori discussioni»<sup>11</sup>.

«Un argomento mitico, un argomento capace di chiudere una discussione, ma anche il progredi-

2002, 825 ss.; RUGGERI, SPADARO, 1991, 347; PIROZZOLI 2007, 324; MOUTOUH 1999, 160. Sul tema della dignità cfr. anche la parte monografica del n. 38, 2012, di «Ragion Pratica» a cura di P. Becchi, F. Belvisi, V. Pacillo.

<sup>5</sup> Tra i tanti diritti fondamentali consacrati o giustificati dal rispetto del principio della dignità umana B. Jorion cita, con riferimento soprattutto alla legislazione e giurisprudenza francese, il diritto a non subire trattamenti degradanti e umilianti, a non subire torture, il diritto allo sviluppo della propria personalità, il diritto ad un'abitazione decente, il diritto ad una retribuzione equa, il diritto a condizioni di lavoro dignitose, ecc. (Jorion 1999, 218 ss., 222 ss).

<sup>6</sup> Allo stesso modo, Moutouh cita numerose categorie di individui che hanno beneficiato, attraverso l'applicazione di leggi e di sentenze nel sistema giuridico francese, della protezione di determinati diritti in base al principio della dignità umana, ad esempio persone malate, soprattutto di AIDS, lavoratori subordinati, bambini, stranieri, ma in generale persone socialmente ed economicamente sfavorite (cfr. MOUTOUTH 1999, 174 ss). Nello stesso senso v. RESTA 2002, 825 ss.

<sup>7</sup> RESTA 2002, 825-828.

<sup>8</sup> JORION 1999, 224.

<sup>9</sup> JORION 1999, 228.

<sup>10</sup> Cfr. JORION 1999, 208 ss.; MOUTOUH 1999, 168 ss.; RESTA 2002, 819 ss.

<sup>11</sup> TESAURO 2011. Nello stesso senso SIMON 2000, 39 ss.

re della ricerca circa un fatto, una vicenda, un contesto»<sup>12</sup>. Spesso, infatti, il principio della dignità umana è considerato intangibile, assoluto, inderogabile, non assoggettabile ad alcun bilanciamento, o meglio un principio che prevale sempre, in ogni caso di conflitto con altri principi anche di rango costituzionale<sup>13</sup>.

Data la diffusione e l'importanza assunta dall'argomento della dignità dell'uomo, nell'ambito del diritto e dell'ideologia dei giudici e dei giuristi occidentali, molti autori concordano sul fatto che non è opportuno, o non è *più possibile*, rinunciare, in ogni argomentazione morale o giuridica, a questo strumento, ma allo stesso tempo concordano sulla necessità di individuare alcuni correttivi importanti. Come dice Hassemer,

«l'attuale approccio argomentativo al principio della dignità umana (...) è molto pericoloso, non da ultimo per la buona salute del principio stesso. Questo però non significa che si debba rinunciare a questo approccio, significa che lo si deve mettere all'opera con più accuratezza»<sup>14</sup>.

Il correttivo più importante è darne un'interpretazione non assolutista, trascendente, ma antipaternalista<sup>15</sup>. Che significa interpretare questo principio in modo antipaternalista, come accade nella famosa sentenza della Corte di Cassazione italiana del 2007 detta "Englaro"<sup>16</sup>?

Bisogna, innanzitutto, distinguere due livelli di applicazione del principio della dignità umana. Per ciò che concerne le interferenze dello Stato nella libertà degli individui di compiere azioni che cagionano un danno a terzi, possiamo affermare che tutti gli esseri umani hanno la stessa dignità, hanno diritto a una uguale considerazione e rispetto. Ad esempio, hanno diritto a non essere torturati, a non subire trattamenti umilianti e degradanti, anche quando si trovino in condizioni di grave restrizione della libertà personale, essendo stati condannati a una pena detentiva per crimini atroci, come stupro o omicidio. O ancora diritto a non subire molestie sessuali, gravi discriminazioni (a causa del genere, delle preferenze sessuali, del colore della pelle), diritto a condizioni di lavoro salubri, a retribuzioni accettabili, alla privacy. In tutti questi casi, infatti, si tratta di tutelare la libertà di ciascuno dalle aggressioni di terzi, in pieno accordo con il *Principio del danno* di Mill e con una dottrina antipaternalista. Si tratta, cioè, di proteggere le persone dai danni (fisici, psicofisici, economici, ecc.) che gli altri possono cagionare loro. Quanto detto implica che la tesi secondo la quale ci sono "vite", ad esempio di persone in coma reversibile o affette da gravi disturbi di personalità, che non sono, in linea di principio, degne di essere vissute, è inaccettabile<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> VINCENTI 2009, 107 s.

<sup>13</sup> Cfr. CHAMPEIL-DESPLATS 2007, 17 ss. La letteratura sul bilanciamento è molto vasta. Cfr. ALEINIKOFF, 1987; ALEXU 2001; ATIENZA, RUIZ MANERO 1996; BARBERIS 2003; CHAMPEIL-DESPLATS 2002; DWORKIN, 1977; GIANFORMAGGIO 1985; GUASTINI 1998, 230; GUASTINI 2004; MANIACI 2005; PINO 2007; TROPER 2007.

<sup>14</sup> HASSEMER 2007, 58. Nella medesima direzione JORION 1999, 232.

<sup>15</sup> JORION 1999, 232. Anche se l'autore non parla esplicitamente di paternalismo o di antipaternalismo, Jorion conosce bene la differenza tra una concezione antipaternalista, individualista della dignità e una concezione paternalista, da lui denominata assolutista, trascendente, sostanziale: «Si la dignité est conçue comme un des attributs de la liberté, l'homme peut revendiquer le respect de sa dignité contre toute atteinte, mais sa dignité ne peut lui être opposée pour restreindre sa liberté. Parce qu'il est libre de définir ce qui est bon pour lui. (...) Si la liberté est un des attributs de la dignité, l'invocation de la dignité de l'homme peut servir à limiter sa liberté (218) [...] Il ne s'agit plus d'un droit reconnu à l'individu, mais ce pourrait être un *droit contre l'individu*» (JORION 1999, 218, 231).

<sup>16</sup> «Certamente non ci si deve permettere, neppure ed anzi a maggior ragione per chi sia incapace o abbia minorazioni, di distinguere tra vite degne e non degne di essere vissute [...]. Il diritto del singolo alla salute [...] implica il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di *dignità umana* propri dell'interessato, finanche di lasciarsi morire» (Cassazione civile n. 21748 del 16/10/2007, corsivo mio).

<sup>17</sup> Concorda in merito D'AGOSTINO 1998, 213.

Quando si tratta, dunque, di proteggere gli individui, soprattutto quelli più deboli e svantaggiati, dalle aggressioni e dalle interferenze degli altri, (1) nell'ipotesi in cui la volontà libera e razionale dell'individuo possa essere accertata e sia contraria all'interferenza medesima, oppure (2) nell'*impossibilità* che questa volontà (anche con dichiarazioni o comportamenti antecedenti) possa essere accertata, l'argomento della dignità umana può rivelarsi utile. Ma solo in presenza di due condizioni. La prima è che esso venga utilizzato per colmare una lacuna legislativa o regolamentare all'interno di un dato sistema giuridico. La seconda condizione è che venga, in ogni caso, specificato in che cosa consista la dignità lesa, quale *danno* in concreto una certa condotta provochi (ad esempio nel caso della tortura, si tratta di una *grave* interferenza nella sfera corporea, interferenza non voluta dalla vittima, grave in quanto cagioni un grave stress o una grave sofferenza psicologica, sebbene non necessariamente un danno fisico o psicofisico permanente). In particolare, con riguardo ai danni che gli altri possono cagionare a un individuo, contro la sua volontà (vera o presunta tale), è corretto, secondo me, affermare che la dignità umana contiene un nucleo *universale*, un grado minimo di rispetto che è dovuto a tutti gli uomini, in quanto esseri umani, anche ai peggiori assassini o stupratori.

Diverso è il caso delle interferenze dello Stato o della comunità nella libertà di un agente di compiere azioni che cagionano un danno (ad esempio fisico, psicofisico, economico) soltanto all'agente stesso (*e non a terzi*), o che non cagionano danni neppure all'agente stesso, come nel caso della prostituzione o della gestazione per altri. In quest'ultima ipotesi, in base ad un'interpretazione antipaternalista, si dovrebbe affermare che ciascuno stabilisce da sé, e per sé medesimo, non per gli altri, se e fino a che punto una determinata azione, come prostituirsi, richiedere il suicidio assistito, stipulare un contratto di gestazione per altri, sia *degn*a di essere compiuta. Viceversa il principio della dignità umana svelerebbe tutto il suo volto liberticida e autoritario, tipico dello Stato etico. Ad esempio, una persona potrebbe legittimamente affermare che qualora si trovasse in stato vegetativo permanente da 5 anni la *sua* vita non sarebbe più degna di essere vissuta, ma questo solo in base ai suoi valori o ideali<sup>18</sup>.

Le conseguenze logiche di quanto detto si applicano perfettamente al dibattito paternalismo/antipaternalismo, cioè quando si discute se sia giusto consentire a una persona adulta, libera da coazione e razionale di cagionare un danno fisico o psicofisico o economico a se stessa, e solo a se stessa, o di compiere un'azione che non cagiona alcun danno all'agente, ma è considerata immorale e degradante da altre persone, come prostituirsi o stipulare un contratto da gestante per altri. In queste ipotesi, l'argomento della dignità umana si rivela razionalmente insufficiente, oltre che pericoloso. Dato che dignità è un concetto molto controverso e affetto da grave indeterminatezza semantica, l'uso di questo argomento presuppone, verosimilmente, uno degli altri argomenti, ad esempio quello perfezionista o teologico, impedendo, tuttavia, che il *vero* argomento, qualunque esso sia, venga esplicitato, discusso. Infatti, se affermo che lo Stato può impedire, con la forza, all'agente di consumare eroina perché ciò lede la sua dignità di uomo, ciò significa che l'agente lede quella particolare forma di considerazione e rispetto che lui deve a sé stesso. Non rileva, infatti, nel dibattito paternalismo/antipaternalismo, il rispetto che deve agli *altri*, in quanto esseri umani, perché non sta cagionando (per ipotesi) danni fisici, psicofisici o economici a nessun altro (ovvero tali danni non sono direttamente rilevanti ai fini di un argomento paternalista). L'agente, consumando eroina, non avrebbe *rispetto di sé*, lederebbe il suo bene. Ma perché? Perché, appunto, farebbe parte del rispetto che ciascuno deve a sé stesso, del suo bene, rispettare la volontà divina (argomento teologico), non far soffrire i genitori o non spezzare i legami affettivi, sociali, economici con parenti e amici o con la maggioranza della comunità che considera la sua azione immorale (argomento utilitarista/organicista) oppure coltivare certe virtù (argomento perfezionista). Nel

<sup>18</sup> Questa è, infatti, la concezione che alcuni giudici e giuristi chiamano *personalista* sia del diritto alla salute sia della dignità umana. Cfr. CHAMPEIL-DESPLATS 2007, 20.

caso della gestazione per altri, come abbiamo visto, le virtù in gioco sono il non essere avidi, materialisti e attaccati ai beni terreni. Se mi limito ad affermare, apoditticamente, che il consumare eroina lede il rispetto che ciascuno deve a sé stesso, senza aggiungere altro, la mia argomentazione non spiega nulla, rimane totalmente indeterminata.

Allo stesso modo, se affermo che ciascuno stabilisce da sé, e per sé medesimo, se il compimento di un'azione, che non cagiona danni a terzi, leda la sua dignità di essere umano, se e quando le sue azioni ledano il rispetto che lui deve a sé stesso, sto dicendo, con altre parole, che l'individuo è sovrano sulla sua mente e sul suo corpo, cioè sto utilizzando l'argomento del valore dell'autonomia individuale, soggiacente a quello della dignità umana.

*Riferimenti bibliografici*

- ACCONCIAMESSA L. 2020. *Best interest of the child, limitazione ed eterointegrazione dell'ordine pubblico*, in «Jus in itinere», 30 giugno 2020 disponibile in: <https://www.iusinitinere.it>.
- ACERNO M. 2021. *La Corte Costituzionale «minaccia» un cambio di passo sull'omogenitorialità?*, in «Questione giustizia», 7 aprile 2021: <https://www.questionegiustizia.it>.
- AGACINSKI S. 2020. *L'uomo disincarnato*, Neri Pozza
- AGOSTA S. 2012. *In fuga dai divieti: una riflessione sulla proibizione italiana della gestazione per altri*, in «Quaderni costituzionali», 1, 79 ss.
- ALEINIKOFF T.A. 1987. *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in «Yale Law Journal», 96, 5, 943 ss
- ALEXY R. 2001. *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), Centro de Estudios Constitucionales
- ANDERSON E. 1990. *It is Women's Labor a commodity?* in «Philosophy & Public Affairs», 19, 1, 71 ss.
- APOSTOLI C. 2021. *La gestazione per altri e il Giudice delle leggi*, in «Ragion Pratica», 56, 193 ss.
- ARMONE G. 2020. *La gestazione per altri: un nuovo appuntamento davanti alla Corte costituzionale*, in «Questione giustizia», <https://www.questionegiustizia.it>.
- ARNESON R.J. 1992a. *Exploitation*, in BECKER L. (ed.), *Encyclopedia of Ethics*, Garland.
- ARNESON R.J. 1992b. *Commodification and Commercial Surrogacy*, in «Philosophy & Public Affairs», 21, 2, 132 ss.
- ATIENZA M., MANERO RUIZ J. 1996, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel.
- BARBA V. 2019. *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione*, nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019, in «GenJus» 2, 19 ss.
- BARBERIS M. 2003. *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Giappichelli.
- BATTAGLIA L. 1995. *Il punto di vista delle donne nelle pratiche di procreazione artificiale*, in ROMANO C., GRASSANI G. (eds.), *Bioetica*, Utet, 345 ss.
- BER R. 2000. *Ethical Issues in Gestational Surrogacy*, in «Theoretical Medicine and Bioethics», 21, 2, 153 ss.
- BIANCA M. 2019. *La tanto attesa decisione delle sezioni unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore*, in «Familia» 3, 369 ss.
- BRECHER B. 1988. *Surrogacy, Liberal Individualism, and the Moral Climate*, in EVANS J.D.G. (ed.), *Moral Philosophy and Contemporary Problems*, Cambridge University Press, 183 ss.
- BROPHY K.M., 1981-1982. *A Surrogate Mother Contract to Bear a Child*, in «Journal of Family Law», 20, 263 ss.
- CASELLA C. 2020. *'Gestazione per altri' e interessi in conflitto*, in «Biolaw journal», 1, 321 ss.
- CECCHINI F. 2019. *Il divieto di gestazione per altri osservato da una prospettiva costituzionale*, in «Biolaw journal», 2, 329 ss.
- CHAMPEIL-DESPLATS V. 2007. *Dignité de la personne*, in «Jurisclasseur Libertés», 540.
- CHAMPEIL-DESPLATS V. 2002. *Raisonnement juridique et pluralité des valeurs: les conflits axio-téléologiques de normes*, in COMANDUCCI P., GUASTINI R. (eds.), *Analisi e diritto 2001. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli.
- COREA G. 1985. *The Mother Machine*, Harper and Row.
- D'AVACK L. 2017. *La gestazione per altri: un divieto "inefficace"*, in «Diritto di famiglia e delle persone» 46, 1, 139 ss.

- DAMELIO J., SORENSEN K. 2008. *Enhancing Autonomy in Paid Surrogacy*, in «Bioethics», 22, 269 ss.
- DI MARZIO P. 2017. *Figlio di due madri*, in «Diritto di famiglia e delle persone» 2, 298 ss.
- DI MASI M. VIRGILIO M. 2017. *La gestazione per altri e il turismo riproduttivo. Tra proibizionismo e desiderio di responsabilità genitoriale*, in «Minori Giustizia», 1, 41 ss.
- DOGLIOTTI M. 2019. *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, in «Famiglia e diritto», 7, 653 ss.
- DUDEN B. 2003. *Il corpo della donna come luogo pubblico. Sull'abuso del concetto di vita*, Bollati Boringhieri (ed. or. *Der Frauenleib als öffentlicher Ort. Vom Mißbrauch des Begriffs Leben*, Luchterhand Literaturverlag GmbH, 1991, trad. it. G. Maneri).
- DURÀN AYAGO A. 2017. *Premisas para el debate en una necesaria regulación de la gestación por sustitución*, in «Clinica Juridica», 31 gennaio, 100 ss.
- DURÀN AYAGO A. 2020. *A propósito de la gestación por sustitución*, in «The Conversation», 18 agosto.
- DWORKIN R. 1977. *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press.
- FABRE C. 2006. *Whose Body is it Anyway?: Justice and the Integrity of the Person*, Oxford University Press.
- FERRANDO G. 2019. *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita*, in «Famiglia e diritto», 7, 677 ss.
- GATTUSO M. 2021. *Cagliari e Roma: le prime due decisioni dopo le sentenze della Corte costituzionale*, in «Articolo 29», 21 maggio: <http://www.articolo29.it/>.
- GIANFORMAGGIO L. 1985. *L'interpretazione della costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», IV serie, 62 ss.
- GUASTINI R. 2004. *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè.
- GUASTINI R. 1998. *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè.
- HASSEMER W. 2007. *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in «Ars Interpretandi», 1, 55 ss.
- HOCHSCHILD A. 1983. *The Managed Heart*, University of California Press.
- HOLDER A. 1985. *Surrogate Motherhood: Babies for Fun and Profit*, in «Law, Medicine and Healthcare», 12, 3, 115 ss.
- INGENITO C. 2021. *Il diritto all'identità dei figli in due recenti pronunce della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione*, «Biolaw journal» 2, 337 ss.
- JACKSON J. 2016. *California Egg Toss: the High Costs of Avoiding Unenforceable Surrogacy Contracts*, in «Journal of High Technology Law», 15, 2, 230 ss.
- JORION B. 1999. *La dignité de la personne humaine*, in «Revue de droit public», 1, 197 ss.
- KEANE N. 1983. *The Surrogate Parenting Contract*, in «Adelphia Law Journal», 2, 45 ss.
- KRIMMEL H. 1983. *The Case against Surrogate Parenting*, in «Hastings Center Report», 13, 5, 35 ss.
- LIEBER K.B. 1992. *Selling the Womb: Can the Feminist Critique of Surrogacy Be Answered?*, in «Indiana Law Journal», 68, 205 ss.
- LONGCOPE K. 1987. *Surrogacy: Two Professionals on Each Side of Issue Give Their Arguments for Prohibition and Regulation*, in «Boston Globe», 23 Marzo.
- MAESTRI E. 2009. *Genealogie della dignità umana*, «Diritto e Questioni Pubbliche», 9, 509 ss.
- MANIACI G. 2020. *Contra el paternalismo juridico*, Marcial Pons.

- MANIACI G. 2005, *Razionalità e bilanciamento tra principi del diritto: un inventario, un'intuizione, una proposta*, in «Ragion Pratica», 25, 335 ss.
- MANIACI G. 2022. *Argomenti pro e contro la legalizzazione della gestazione per altri*, in «Diritto e Questioni Pubbliche», XXII, 2, 135 ss.
- MARCHI S. 2017. *Mio, tuo, suo, loro. Donne che partoriscono per altri*, Fandango.
- MARTONE A. 2016. *La maternità surrogata: ordine pubblico e best interest of the child*, in DI STASI A. (ed.), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno*, Cedam.
- MILL J.S. 1997. *Saggio sulla libertà*, il Saggiatore (ed. or. 1859).
- MORROZZO DELLA ROCCA P. 2013. *Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari*, in «Famiglia e diritto», 8-9, 838 ss.
- MOUTOUTH H. 1999. *La dignité de l'homme en droit*, «Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger», 1, 159 ss.
- O'BRIEN S. 1986. *Commercial Conception: A Breeding Ground for Surrogacy*, in «North Carolina Law Review», 65, 127 ss.
- PALMIERI G. 2017. *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*, in «Nuova giurisprudenza civile commentata», 3, 362 ss.
- PARKER P. 1982. *Surrogate Motherhood: The Interaction of Litigation, Legislation and Psychiatry*, in «International Journal of Law and Psychiatry», 5, 341 ss.
- PAZÉ V. 2023a. *Libertà in vendita. Il corpo tra scelta e mercato*, Bollati Boringhieri.
- PAZÉ V. 2023b. *Norma, mercato, libertà. Ancora sulla maternità surrogata*, Centro per la Riforma dello Stato.
- PINO G. 2007. *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in «Ragion Pratica», 28, 219 ss.
- PIRAZZOLI A. 2007. *Il valore costituzionale della dignità. Un profilo giurisprudenziale*, in «Rassegna parlamentare», 2.
- POGGI F. 2020. *Le colpe dei padri. Commento all'ordinanza della Corte di Cassazione n. 8325 del 29 aprile 2020*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», 18, 119 ss.
- POGGI F. 2021. *La bilancia inceppata. La Corte costituzionale e la mancata tutela dei nati all'estero a seguito di GPA*, in «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 29, 3, 655 ss.
- POZZOLO S. 2016. *Nuove tecnologie riproduttive: fra liberazione e nuove forme di patriarcato*, in «Diritto e Questioni Pubbliche», 16, 2, 53 ss.
- POSNER R. 1987. *The Regulation of the Market in Adoptions*, in «Boston University Law Review», 67, 59 ss.
- POSNER R. 1989. *The Ethics and Economics of Enforcing Contracts of Surrogate Motherhood*, in «Journal of Contemporary, Health, Law and Policy», 5, 1 ss.
- RADIN M.G. 1987. *Market Inalienability*, in «Harvard Law Review», 100, 8, 1849 ss.
- RAGONNÉ H. 1994. *Surrogate Motherhood: Conception in the Heart (Institutional Structures of Feeling)*, Westview Press.
- RESTA G. 2002. *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, in «Rivista di diritto civile», XLVIII, 6, 801 ss.
- RUGGERI A., SPADARO A. 1991. *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (Prime notazioni)*, «Politica del diritto», 3, 343 ss.
- RINALDI F. 2020. *Giustizia, famiglia ed eguaglianza: due madri, due padri ed il «figlio dell'uomo*, in

«Diritti fondamentali», 1, 1410 ss.

- RIVERA I. 2017. *La trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero tra tutela dell'ordine pubblico internazionale e superiore interesse del minore*, in «GenJus» 1, 70 ss.
- RIVERA I. 2020. *La complessa questione della gestazione per altri tra rispetto dell'ordine pubblico e protezione del best interest of the child: un percorso ermeneutico non sempre coerente*, in «Sociologia del diritto» 1, 201 ss.
- ROSANI D. 2017. *The best interest of the parents. La gestazione per altri in Europa tra interessi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori*, in «Biolaw journal», 1, 109 ss.
- ROTHMAN B.K. 2014. *The Legacy of Patriarchy as Context for Surrogacy. Or Why Are We Quibbling Over This?*, in «The American Journal of Bioethics», 14, 5, 36 ss.
- SASSI A., STEFANELLI S. 2019. *Nuovi modelli procreativi, diritto allo status e principi di ordine pubblico*, in «Biolaw journal», 1, 377 ss.
- SATZ D. 1992. *Markets in Women's Reproductive Labor*, in «Philosophy and Public Affairs» 21, 107 ss.
- SCALISI V. 2017. *Gestazione per altri: come «far cose con regole»*, in «Rivista di diritto civile», 5, 1097 ss.
- STEFANELLI S. 2017. *Riconoscimento dell'atto di nascita da due madri, in difetto di legame genetico con colei che non ha partorito. Nota a Cass. civ., sez. I, 15 giugno 2017, n. 14878*, in «Articolo 29», 10 luglio, disponibile in: <http://www.articolo29.it/>.
- SIMON J. 2000. *Human dignity as a Regulative Instrument for Human Genome Research*, in MAZZONI C.M. (ed.), *Etica della ricerca biologica*, Olschki.
- SGRECCIA E. 2012. *Bioetica. Manuale per medici e biologi*, Vita e Pensiero.
- TESAURO A. 2011. *Spunti problematici in tema di dignità umana come bene penalmente rilevante*, in «Diritto e Questioni Pubbliche», 11, 885 ss.
- TONOLO S. 2019. *Lo status filiationis da gestazione per altri tra ordine pubblico e adattamento delle norme in tema di adozione*, in «GenJus», 2, 61 ss.
- TROPER M. 2007. *Le réalisme et le juge constitutionnel*, in «Cahier du Conseil constitutionne», 22, Dossier: Le réalisme en droit constitutionnel.
- VENUTI M.C. 2019. *Le sezioni unite e l'omopaternalità: lo strabico bilanciamento tra il best interest of the child e gli interessi sottesi al divieto di gestazione per altri*, in «GenJus» 2, 6 ss.
- VINCENTI U. 2009. *Diritti e dignità umana*, Laterza.
- WERTHEIMER A. 1996. *Exploitation*, Princeton University Press.
- WHITE P.M. 2018. *Commercialization, Altruism, Clinical Practice: Seeking Explanation for Similarities and Differences in Californian and Canadian Gestational Surrogacy Outcomes*, in «Women's Health Issues », 28, 3, 239 ss.