



COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA

I Quaderni

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

a cura di

Adriana Apostoli



G. Giappichelli Editore – Torino

INTRODUZIONE

Questo libro si pone in continuità con l’iniziativa, proposta da Barbara Pezzini e Anna Lorenzetti in occasione del settantesimo anniversario della Costituzione italiana, di approfondire e valutare se, ed eventualmente come, l’ottica di genere ha conquistato le discipline giuridiche, in particolare quella costituzionalistica, e se, in qualche misura, ne ha modificato l’approccio metodologico, consentendo quindi un ampliamento dello spettro di indagine.

Le riflessioni di questo volume sono il frutto – ancora in continuità con il format utilizzato per l’incontro di Bergamo del 5 ottobre 2018 (*70 anni dopo, tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull’impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*) – delle relazioni presentate nelle sessioni del convegno organizzato a Brescia il 31 gennaio 2020 (*Donne, corpo e mercato di fronte alle categorie del diritto costituzionale*) e degli ulteriori interventi che sono stati raccolti nei tempi definiti dalle scadenze di pubblicazione (con qualche imperdonabile ritardo – del quale mi scuso – dovuto all’emergenza pandemica che ha travolto la vita di ognuno di noi).

Devo dunque un sincero ringraziamento a tutte e tutti gli studiosi che non si sono sottratti al confronto e, in particolare, alle colleghe bergamasche non solo per aver condiviso la scelta del tema ma soprattutto per la generosità con la quale continuano a discutere con me intorno a queste tematiche, con gli stessi interrogativi che Gayle Rubin avanzava nella sua impostazione del concetto di genere nel 1975 ovvero se sia “realistico o no sperare in una società sessualmente egualitaria”.

La scelta di interrogare la disciplina costituzionale sul rapporto tra corpo delle donne e mercato è parsa fin da subito sfidante, nonostante il tema si evidenzi per i confini un po’ incerti, sia perché costruito su una pluralità di reticoli costituzionali, sia, soprattutto, per l’intreccio con altre discipline scientifiche. In queste pagine si è cercato inoltre di dar conto delle linee di tendenza sulla base delle più recenti discipline normative, così come interpretate dalla dottrina e dalle pronunce delle Corti nazionali nonché di quelle sovranazionali.

Come rilevano alcuni contributi presenti in questo volume, i principi dell’anteriorità della persona umana e quello della pari dignità sociale – così come l’intero testo costituzionale – abbisognano di una lettura “comprensiva” della soggettività femminile e della dimensione di genere, atteso che per secoli il maschile è stato il solo riferimento anche per costruire il diritto.

Le linee di interpretazione che hanno fornito le premesse per impostare il presente volume trovano spazio nelle *Relazioni* sviluppate da Carmela Salazar che, oltre a mettere in evidenza luci ed ombre della sentenza n. 141 del 2019 della Corte costituzionale, propone una rilettura in chiave costituzionale della “legge” del costume, quella di Filumena Marturano (che nonostante il passato da prostituta, riesce a farsi sposare dall’uomo con cui vive e a fargli riconoscere i suoi tre figli).

È questa la declinazione della irrinunciabile pari dignità che la Costituzione del ’48 pone a fondamento del patto sociale. Con la legge Merlin, infatti, non si auspicava che le prostitute potessero vendere liberamente il proprio corpo sul mercato – cosa che invece sembra ritenere la Corte d’appello di Bari – quanto piuttosto che potessero smettere di prostituirsi perché titolari, in posizione di eguaglianza rispetto a tutti gli altri consociati, dei diritti inviolabili che la Repubblica ha il dovere di assicurare, anche rimuovendo gli ostacoli che possono impedirne in concreto il godimento.

Ilenia Massa Pinto, invece, pone l’accento sulle categorie adoperate dal diritto costituzionale odierno, il *(post)costituzionalismo*, che si pongono in linea di continuità con le premesse teoriche del *(post)femminismo* – cui si concentra la grande maggioranza dell’intervento – e del *(post)capitalismo*. Questi termini indicano, infatti, il superamento delle medesime categorie che si sono affermate in passato, cioè prima che intervenissero i mutamenti che hanno reso necessario adoperare il prefisso “post”. Tuttavia, affinché i movimenti indicati trovino pieno spazio nella società contemporanea, è necessario sradicare quel sessismo “inconscio” – cioè le relazioni di dominio basate sul sesso e quindi sul genere – che attanaglia il tempo presente e che impedisce ai supremi principi costituzionali di trovare piena rispondenza nella società contemporanea.

Infine, Barbara Pezzini sostiene l’importanza di portare l’attenzione del diritto costituzionale sulle categorie – sempre più pervasive – del mercato per evitare che si radichi il dominio delle forze contrattualistiche ed economiche sui valori che il costituzionalismo riserva alla persona. Non è infatti possibile dimenticare che le Carte dei diritti (nazionali) successive al Secondo conflitto mondiale si fondano sul principio personalista e sottopongono a limiti (quello della dignità) la libertà economica. È in continuità con questi principi che sembra porsi la Corte costituzionale con la sentenza n. 141 del 2019, ribaltando la visione “economicocentrica” proposta dalla Corte d’appello di Bari. In questi termini si ritiene essenziale, attraverso il principio di antisubordinazione di genere, porre l’accento sulla possibilità di tacciare come illegittime tutte le situazioni in cui le leggi del mercato dominano sui corpi; tale principio, com’è noto, permette di scorgere, mediante le categorie del diritto costituzionale, la subordinazione del femminile al maschile, la quale può realizzarsi anche attraverso la mercificazione dei corpi.

I lavori contenuti in questo volume consentono inoltre di mettere in ri-

salto la multidimensionalità delle questioni di genere al fine di (poter) valutare la “cittadinanza politica femminile” nella dimensione del costituzionalismo, ovvero sulla base delle categorie del diritto costituzionale in cui si è soliti trattare della persona situata nella società. Non è un caso, infatti, che lo studio del rapporto fra corpo, Costituzione e mercato trovi terreno fertile in ambiti quali il lavoro (la prostituzione) e la famiglia (la surrogazione di maternità).

Brescia, maggio 2021

Adriana Apostoli

PARTE 1

“QUESTIONI DI GENERE” TRA COSTITUZIONE E CORPO DELLE DONNE

Adriana Apostoli

SOMMARIO: 1. Il ruolo del valore dignitario nel campo della presente indagine. – 2. Gli (eccessivi) “utilizzi” del corpo femminile. – 3. Quanta confusione sotto il cielo delle “questioni di genere” ...

1. Il ruolo del valore dignitario nel campo della presente indagine

Per cercare di costruire una riflessione che abbia ad oggetto il genere nella relazione fra corpo femminile, mercato e regole costituzionali, credo sia necessario prendere le mosse dall'idea che «il corpo di una donna non può essere oggetto di regolamentazione pubblica, poiché questo offende, a un tempo, l'eguaglianza e la libertà di ciascuna, e mette a repentaglio tutte le coordinate di una convivenza civile»¹.

A ciò consegue che l'approccio al tema deve essere ricondotto alla «irriducibilità alla sola dimensione del mercato, in particolare per quanto riguarda il corpo come fonte di profitto»², e al rispetto dell'autodeterminazione della persona³, la quale non può essere considerata mero «strumento di scopi e oggetto di decisioni altrui»⁴.

Tuttavia, come è stato bene messo in evidenza, mentre il privilegio da

¹ S. NICCOLAI, *La Legge Merlin e i suoi interpreti*, in D. DANNA-S. NICCOLAI-L. TAVERINI-G. VILLA (a cura di), *Né sesso né lavoro. Politiche sulla prostituzione*, VandA.epublishing, Milano, 2019, p. 70.

² S. RODOTÀ, *Antropologia dell'homo dignus*, in *civilistica.com*, 1, 2017, p. 9.

³ Tale principio, inteso come «immunità da proibizioni o costrizioni che si manifesta, in particolare, in tutte le scelte su questioni bioetiche, come nell'autodeterminazione in tema di maternità» e di procreazione assistita (L. FERRAJOLI, *Dignità e libertà*, in *Riv. fil. dir.*, 1, 2019, p. 27) ha un'accezione estremamente ampia che si riconduce al principio liberale per cui «su se stesso, sulla sua mente e sul suo corpo, l'individuo è sovrano» (J.S. MILL, *Saggio sulla libertà*, trad. it. S. MAGISTRETTI (a cura di), il Saggiatore, Milano, 1981, p. 33), che tuttavia si allontana molto dal tracciato costituzionale e che, in questa sede, non si ritiene di poter condividere.

⁴ P. ZATTI, *Maschere del diritto volti della vita*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 46.

cui discende la superiorità dell'uomo passa attraverso la circostanza che «la sua vocazione di essere umano non contrasta col suo destino di maschio», l'affermazione del femminile, su un piano di parità, non consegue dal mostrarsi alla società semplicemente in quanto individuo. La donna è infatti sovente «costretta a farsi oggetto e preda, cioè a rinunciare alle sue rivendicazioni di oggetto sovrano»⁵, finendo intrappolata nella costruzione sociale e giuridica della comunità in cui è inserita, diventando vittima del proprio corpo, del proprio sesso, che spesso assurge a mezzo per mostrare al mondo la propria posizione sociale.

Il *fil-rouge* di una riflessione che guardi, ad un tempo, il corpo della donna e la Costituzione, non può che essere rappresentato dal principio della dignità umana che tuttavia, in questo complicato ambito, non rende particolarmente nitido il perimetro d'indagine e non risolve i molteplici interrogativi che il tema pone.

La straordinaria forza pervasiva rappresentata dal riconoscimento del principio dignitario nelle Carte costituzionali del Secondo dopoguerra – «nella forma di una regola generale», cioè sottratta «alla disponibilità della politica» e «a quella del mercato», perché egualmente conferita a “tutti”⁶ – permette di riconoscere come «le persone che costituiscono il popolo e i popoli, attribuiscono a se stesse un valore in sé e lo fanno come ultimo anello della catena e non solo per il bene di qualcun altro»⁷. Non è un caso che la Carta repubblicana richiami il concetto di dignità – oltre che negli artt. 3, 36 e 41, ove è affermata esplicitamente – nell'art. 2, anticipando in qualche modo ciò che è sancito dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948.

Come è noto, la circostanza che il costituzionalismo democratico si ritrovi ampiamente in questo valore rappresenta sia il rifiuto di quella anomala tendenza alla de-umanizzazione che il mondo, e in particolare il mondo occidentale, ha avuto modo di conoscere con le orribili vicende del Secondo conflitto mondiale⁸, sia la necessità che i principi ottocenteschi relativi alla libertà e all'eguaglianza venissero integrati da un valore che avesse riguardo all'individuo situato nella società, là dove intesse relazioni e sviluppa la propria personalità.

È un principio, quello dignitario, che sintetizza i diritti fondamentali

⁵ S. DE BEAUVOIR, *Il secondo sesso*, il Saggiatore, Milano, 2016, p. 659.

⁶ L. FERRAJOLI, *Per una teoria dei diritti fondamentali*, in *Dir. pubbl.*, 1-2, 2010, p. 145.

⁷ G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 21.

⁸ Non a caso, infatti, è stato sostenuto che «tutti i diritti fondamentali sono stati sanciti, nelle diverse carte costituzionali, come il risultato di movimenti di lotta o di rivoluzioni che di volta in volta hanno lacerato il velo di normalità e naturalità che occultava una precedente oppressione o discriminazione» (L. FERRAJOLI, *Per una teoria dei diritti*, cit., p. 160).

accolti dalla Carta del '48 e che ha riguardo alla natura più intima della persona, con caratteristiche proprie e non riducibili ad unità, espressione di esigenze – e dunque di tutele – differenti da parte dei poteri pubblici.

Da ciò si evince il nesso inscindibile fra la persona e i diritti fondamentali, in relazione ai quali la dignità si pone come «sintesi ideale dei valori fondamentali del sistema costituzionale»⁹. Essa spetta all'essere umano in quanto tale (o perché tale) e trova espressione mediante il riconoscimento e la garanzia dei diritti fondamentali che, com'è noto, precedono ontologicamente l'organizzazione politica e la sua Carta fondamentale. Nella dignità trova spazio il principio che impedisce di considerare la persona come un mezzo utile o necessario per raggiungere un fine che difficilmente ha a che vedere con l'interesse altrui e, nel caso di specie, della donna.

Allo stesso tempo, i precetti costituzionali “impattano” il corpo femminile almeno in due ulteriori e differenti aspetti. Da un lato, hanno riguardo all'impossibilità di ridurre il corpo a mero strumento di profitto e, dall'altro lato, si riferiscono alla tutela dell'autonomia (o autodeterminazione) dell'individuo, il quale deve restare assolutamente libero da decisioni o coartazioni, da condizionamenti economici, dalla sottomissione al volere altrui. La dignità è infatti in pericolo allorché la persona si trovi ad essere «soggetta al potere altrui, *in condizione di debolezza*»¹⁰. La logica sottesa a questa impostazione ripropone, in qualche modo, la polemica – portata avanti dai movimenti delle donne degli anni Settanta – contro la “filosofia protettiva della donna”.

D'altra parte, quando Immanuel Kant, pur con riferimento al solo genere maschile, scriveva che «nel regno dei fini tutto ha un prezzo o una dignità. Ciò che ha un prezzo può essere sostituito con qualcos'altro come equivalente. Ciò che invece non ha un prezzo, e dunque non ammette alcun equivalente, ha una dignità» ed è (e non può essere altro che) l'individuo «considerato come persona». E proseguiva, esso «è elevato al di sopra di ogni prezzo, perché come tale (*homo noumenon*) egli deve essere riguardato, non come un mezzo per raggiungere i fini degli altri e nemmeno i suoi propri, ma come un fine in sé: vale a dire egli possiede una dignità (un valore interiore assoluto), per mezzo della quale costringe al rispetto di se stesso tutte le altre creature ragionevoli del mondo, ed è questa dignità che gli permette di misurarsi con ognuna di loro e di stimarsi loro uguale», di fatto poneva, forse inconsapevolmente, le basi per poter sostenere, oggi, con particolare riferimento alla commercializzazione del corpo, l'inconciliabilità tra dignità umana e regole del libero mercato¹¹.

⁹ G. SILVESTRI, *op. cit.*, p. 85.

¹⁰ L. CARLASSARE, *Solidarietà: un progetto politico*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2016, p. 54.

¹¹ I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, Laterza, Roma-Bari, 1997, p. 103 e p. 294.

2. Gli (eccessivi) “utilizzi” del corpo femminile

Quello relativo alla piena uguaglianza di genere è un cammino lento e in gran parte ancora incompiuto. E benché le numerose Carte dei diritti inter/sovrnazionali, in diverse occasioni, si siano occupate di affermare il divieto di qualsiasi forma di violenza nei confronti delle donne¹², la dignità di queste ultime, anche – ma non solo – in riferimento al proprio corpo, è ancora oggi sottoposta a molteplici e significative criticità.

Come è noto, nel nostro Paese uno dei principali ambiti riguardanti il corpo femminile, quello della prostituzione, è stato regolamentato con la legge 20 febbraio 1958, n. 75, meglio nota come legge Merlin (“*Abolizione della regolamentazione della prostituzione e [la] lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui*”)¹³. Lo scopo della normativa era tutelare la libertà della donna che, benché libera di autodeterminarsi, non poteva fare del proprio corpo un oggetto di contrattazione al pari di qualsiasi altro bene vendibile sul mercato poiché questo costituisce una pratica lesiva della dignità, sia quando può essere considerata una scelta – sebbene la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria dubitino di tanta volontarietà – sia quando, e a maggior ragione, concretizza una nuova forma di schiavitù.

La circostanza che il principio dignitario trovi applicazione nel contesto delle relazioni sociali impone il riconoscimento del divieto di de-umanizzazione non solo tra gli individui, ma anche rispetto ai pubblici poteri che devono ripristinare la dignità pure quando la persona dà prova di non

¹² Senza pretese di esaustività, si rimanda alla *Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti della donna* (CEDAW) – Adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 18 dicembre 1979 ed entrata in vigore il 3 settembre 1981 – e alla *Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica* (c.d. Convenzione di Istanbul) approvata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 7 aprile 2011. Peraltro, in occasione della quarta Conferenza mondiale sulle donne convocata dalle Nazioni Unite a Pechino nel 1995, è stata definita violenza contro le donne qualsiasi atto «che provoca, o potrebbe provocare, un danno fisico, sessuale o psicologico o una sofferenza alle donne, incluse le minacce di compiere tali atti, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà, che si verificano in pubblico o in privato». Mentre con la Convenzione di Istanbul all'art. 3, primo comma, lett. a) è data una definizione che se *prima facie* può sembrare una ripetizione di quanto appena ricordato, a una lettura più attenta si presenta più completa. Esso infatti sancisce che «con l'espressione “violenza nei confronti delle donne” si intende designare una violazione dei diritti umani e una forma di discriminazione contro le donne, comprendente tutti gli atti di violenza fondati sul genere che provocano o sono suscettibili di provocare danni o sofferenze di natura fisica, sessuale, psicologica o economica, comprese le minacce di compiere tali atti, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà, sia nella vita pubblica, che nella vita privata». La Convenzione di Istanbul afferma sostanzialmente che il mancato rispetto del diritto alla vita, alla sicurezza, alla libertà, all'identità, in quanto atti idonei a subordinare la donna all'uomo e dunque, in ultima istanza, a svilire o degradare la relativa dignità, impediscono lo sviluppo di una società democratica.

¹³ V. *ex multis*, D. DANNA-S. NICCOLAI-L. TAVERNINI-G. VILLA (a cura di), *op. cit.*

rispettare sé stessa. Questa impostazione sembra trovare conferma nel fatto che né il legislatore, né il Giudice costituzionale hanno ricondotto l’inviolabilità del corpo della donna alla tutela della libertà personale, bensì alla cura della salute psicofisica della persona¹⁴.

Nonostante la pratica del meretricio si sia fortemente modificata nel corso degli anni, anche nelle diverse forme in cui oggi si può manifestare (tra le altre il “meretricio d’élite” rappresentato dalle cosiddette *escort*), e ancorché in un tempo in cui la donna è – più che in altre epoche storiche – libera nella disponibilità del proprio corpo, a me pare continui a persistere una posizione di alterità tra i due sessi.

Ancora troppo numerosi sono gli ambiti nei quali alla subordinazione del maschile conseguono forti discriminazioni per le donne. Uno di questi è senz’altro rappresentato dall’accesso ai beni e ai servizi sanitari, ovvero il diritto alla salute e, in specie, la medicina di genere (*gender specific medicine*)¹⁵. In anni piuttosto recenti si è affermata una corrente di ricerca scientifica che ha permesso agli studiosi di prendere coscienza del fatto che la differenza tra uomo e donna non è circoscritta all’apparato sessuale e riproduttivo. Per lungo tempo, infatti, la prevenzione delle malattie e la loro cura sono state studiate avendo esclusivo riguardo al corpo maschile, per poi trasporre i risultati a qualunque essere umano senza considerare le differenze, quantomeno ormonali, tra il corpo della donna e quello dell’uomo. Solo nel 1998 l’Organizzazione Mondiale della Sanità si è resa conto delle diversità di genere anche nella medicina e ha adottato l’*Equity Act* chiedendo agli Stati di recepire le relative direttive.

Il nostro Paese non si è distinto per celerità, tanto che si è dovuto attendere il 2005 per assistere all’organizzazione di un tavolo tecnico da parte del Ministero della salute volto a redigere le linee guida sulle sperimentazioni cliniche e farmacologiche che avessero riguardo *anche* al cor-

¹⁴ Si veda recentemente Corte cost., 6 marzo 2019, n. 141. Oltre ai contributi presenti in questo Volume, si rimanda a C. SALAZAR, *Il corpo delle donne e la Costituzione. Alcune domande intorno alla questione di costituzionalità proposta dalla Corte di appello di bari sulla “legge Merlin” e qualche riflessione sui recenti sviluppi giurisprudenziali in tema di GPA*, in B. PEZZINI-A. LORENZETTI (a cura di), *70 anni dopo, tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull’impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 161 ss.; A. PACE, *Le “escort” di S.B., ma Aspasia e Pericle*, in *Giur. cost.*, 3, 2019, p. 1614 ss.; R. BIN, *La libertà sessuale e prostituzione (in margine alla sent. 141/2019)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 26 novembre 2019; F. POLITI, *La prostituzione non è un diritto fondamentale ed è un’attività economica in contrasto con la dignità umana. La sent. n. 141 del 2019 e la “sostanza delle cose”*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, p. 266 ss. Mentre, con riguardo alla nota pronuncia della Corte di Giustizia C-286/99 (*Jani e altri*) si rimanda a M. LUCIANI, *Il lavoro autonomo della prostituta*, in *Quad. cost.*, 2, 2002, p. 398 ss.

¹⁵ Cfr. F. RESCIGNO, *Medicina di genere e autodeterminazione femminile: un percorso giuridico accidentato*, in B. PEZZINI-A. LORENZETTI (a cura di), *70 anni dopo*, cit., p. 203 ss. e, *ivi*, M. TOMASI, *Sperimentazioni cliniche e medicina di genere: la ricerca dell’eguaglianza attraverso la valorizzazione delle differenze*, p. 215 ss.

po della donna. Ma bisognerà attendere il 2018, con l'adozione della legge 11 gennaio, n. 3 (*Delega al Governo in materia di sperimentazione clinica di medicinali nonché disposizioni per il riordino delle professioni sanitarie e per la dirigenza sanitaria del Ministero della salute*), per affrontare compiutamente la questione.

Nell'ambito della medicina di genere, uno dei principali temi che hanno caratterizzato il rapporto tra sessualità femminile e diritto è senz'altro rappresentato dalla maternità. Prestando attenzione solo al livello nazionale si evince che la riforma del Titolo V, Parte II della Costituzione, con la riscrittura dell'art. 117, ha accentuato le discriminazioni di genere, in relazione al territorio, ovvero nell'ambito dell'accesso ai servizi sanitari quanto al rapporto fra obiezione di coscienza e interruzione volontaria di gravidanza (legge 22 maggio 1978, n. 194¹⁶).

Come è noto, la quasi sostanziale assenza di personale medico e infermieristico disposto a operare l'interruzione di gravidanza (la percentuale di obiettori nelle Regioni italiane oscilla infatti tra il 70 e l'80%) in alcune Regioni del nostro Paese ha comportato due condanne da parte del Comitato Europeo dei Diritti Sociali nei confronti dell'Italia. Il Comitato ha rilevato la violazione della Carta Sociale Europea in relazione all'art. 11 della Parte I in combinato con l'articolo E della Parte V, a norma dei quali «ogni persona ha diritto di usufruire di tutte le misure che le consentano di godere del miglior stato di salute ottenibile». È chiaro che le vicende della gravidanza hanno riguardo al corpo della donna e alla sua autodeterminazione, è altrettanto evidente che il Comitato europeo ha avuto modo di rilevare un duplice ordine di discriminazioni.

Anzitutto l'organo unionale stigmatizza il c.d. turismo abortivo, ovvero l'emigrazione delle donne che vivono nelle Regioni in cui è più elevato il tasso di obiezione di coscienza e che sono obbligate a spostarsi per interrompere la gravidanza. Sussiste tuttavia un ulteriore elemento di discriminazione, di ordine economico, posto che tale spostamento comporta un costo spesso piuttosto elevato e in tali circostanze la Repubblica non ottempera al compito di rimozione degli ostacoli sancito dal secondo comma dell'art. 3 Cost.

Secondariamente, la discriminazione e quindi la lesione della dignità è dettata dal differente posizionamento delle donne/madri rispetto ad altre persone che usufruiscono di servizi sanitari per i quali l'obiezione di coscienza non è invece prevista. Invero, è solo la condizione femminile e specialmente ciò che dipende direttamente dalle caratteristiche proprie del corpo femminile che pone condizioni gravose circa l'autodeterminazione della donna.

¹⁶ V. *ex multis*, A. LORENZETTI, *L'accesso a beni e servizi sanitari come prisma dell'uguaglianza, fra non discriminazione, parità e diritto alla differenza: verso la formulazione di un principio di antisubordinazione di genere*, in B. PEZZINI-A. LORENZETTI (a cura di), *70 anni dopo*, cit., pp. 253-263.

La scelta di interrompere la gravidanza è espressione di una volontà e di un diritto, atteso che «la libertà negativa di non diventare madri consiste nell'immunità da costruzioni o servitù personali, di cui è corollario la facoltà di abortire, è complementare a una fondamentale libertà positiva: il diritto-potere di generare e mettere al mondo persone, che è un potere creativo e per così dire costituente, di tipo pre- o meta-giuridico, essendo il riflesso di una potenza inerente esclusivamente alla differenza femminile»¹⁷.

Sul tema della maternità si innesta la questione, altrettanto complessa, che a vario titolo è stata definita maternità surrogata, ovvero utero in affitto¹⁸, alla quale non è possibile non ricondurre anche logiche di mercificazione del corpo della donna, giacché il grembo femminile è utilizzato quale passaggio naturale e funzionale per il fine da perseguire: soddisfare il desiderio di genitorialità di coloro che non possono avere figli. Benché tale pratica trovi espresso divieto nell'art. 12, comma 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*), ciò non ha tuttavia inibito il ricorso alla gestazione per surrogazione in Paesi in cui è consentita, dando vita al cosiddetto turismo procreativo.

Lo spostamento di coppie – perlopiù eterosessuali – dal Paese d'origine ad altri luoghi al fine di soddisfare il desiderio di genitorialità pone molteplici problemi giuridici e, per vero, anche etici. In primo luogo, rende impossibile la trascrizione dell'atto di nascita in Italia in virtù di quell'antico brocardo, *mater semper certa est*, che trova conferma nel comma 3 dell'art. 269 c.c.¹⁹.

La questione non può non invadere la sfera etica e sociale di una comunità, giacché nella grande maggioranza dei casi la gravidanza non viene portata a termine per altri in virtù di uno slancio solidaristico estremo, bensì dietro compenso, realizzando una commercializzazione della maternità²⁰. Tale condizione, come affermato anche dalla Corte costituziona-

¹⁷ L. FERRAJOLI, *Il problema morale e il ruolo della legge*, in *Critica marxista*, 3, 1995, p. 46.

¹⁸ Sterminata la bibliografia, v. almeno R. BIN, *Maternità surrogata: le ragioni di una riflessione*, in *BioLaw Journal*, 2, 2016, p. 1 ss.; B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2017, p. 183 ss.; A. RUGGERI-C. SALAZAR, «Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio»: *riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone*, in *Consulta OnLine*, I, 2017, p. 138 ss.; S. NICCOLAI, *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, in *GenIUS*, 2, 2017, p. 49 ss.; E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2, 2018, p. 1 ss. E, se si vuole, anche il contributo in questo volume.

¹⁹ «La maternità è dimostrata provando la identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre».

²⁰ Parte della dottrina propone di far rientrare sotto l'ombrello della copertura costituzionale la GPA gratuita, v. almeno A. RUGGERI-C. SALAZAR, *op. cit.*; I. CORTI, *Maternità per sostituzione e dignità umana*, in *GenIUS*, 2, 2017; A. RUGGERI, *La maternità surrogata, ovvero quando fatti e norme urtano col dettato costituzionale e richiedono mirati e congrui in-*

le²¹, turba l'ordine dei rapporti tra i soggetti coinvolti – individuati da un minimo di tre (i due genitori intenzionali e la gestante) a un massimo di sei (nel caso di coppia omosessuale maschile che abbisogna del seme di un terzo uomo e che si avvale del corpo della gestante e dell'ovulo di un'altra donna ancora) – oltre che delle relazioni tra questi e il nato (ovvero il costituendo nucleo familiare) e il resto della società, a causa dell'elevatissimo disvalore che tale pratica ha per la nostra Repubblica. Disvalore peraltro ribadito dalla richiamata pronuncia con la quale la Consulta ha sentenziato che la surrogazione di maternità «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane» (§ 4.2 *Cons. dir.*).

3. *Quanta confusione sotto il cielo delle “questioni di genere” ...*

Come si è provato a evidenziare, è soprattutto in riferimento alle questioni di genere che si manifesta uno dei paradossi delle società contemporanee. Da un lato, le donne e il loro corpo sono state escluse per lunghi anni dall'approccio medico-sanitario-farmacologico mentre, dall'altro lato, la scienza oggi considera le diversità naturali del corpo maschile e di quello femminile – ponendo particolare attenzione a quest'ultimo – senza permettere alle donne il fondamentale diritto di autodeterminarsi circa la capacità, ovvero la volontà, riproduttiva.

Malgrado i numerosi interventi legislativi di questi settant'anni di storia repubblicana per ridurre ed eliminare gli ambiti di subordinazione della donna all'uomo (si pensi all'introduzione del divorzio, all'interruzione volontaria di gravidanza, alla riforma del diritto di famiglia, alla regolamentazione della procreazione medicalmente assistita), il quadro si arricchisce di ulteriori complessità. Gli ostacoli che si frappongono fra l'autodeterminazione femminile, ovvero la possibilità di disporre del proprio corpo, sono tuttora numerosi e incidono fortemente sulla piena effettività del principio di eguaglianza e quindi sulla soddisfazione dei bisogni della persona situata nella società²².

terventi riparatori da parte di giudici e legislatore, in *GenIUS*, 2, 2017. *Contra* L. RONCHETTI, *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2006; E. LAMARQUE, *Navigare a vista. Il giurista italiano e la maternità surrogata*, in *giudicedonna.it*, 1, 2017; B. PEZZINI, *op. cit.*, p. 227; E. OLIVITO, *op. cit.*, p. 24.

²¹ Corte cost., 22 novembre 2017, n. 272.

²² In altri termini, «il problema attuale della libertà non può essere ristretto al problema della libertà dallo Stato e nello Stato, ma riguarda l'organizzazione stessa dell'intera società civile, investe non il cittadino in quanto tale, cioè l'uomo pubblico, ma l'uomo intero, in quanto essere sociale» (N. BOBBIO, *Libertà fondamentali e formazioni sociali. Introduzione storica*, in *Pol. dir.*, 6, 1975, p. 453).

Il significato da attribuire all'art. 3 Cost. e, in particolare, al suo comma 2 è considerare la condizione concreta nella quale si trovano le donne e cioè quella parte della società che impone alla Repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno *rispetto* della persona umana.

Lo studio del tema del corpo della donna in ottica costituzionale non può prescindere dal considerare quanto mai necessari interventi legislativi consapevoli delle diversità di genere al fine di garantire l'uguaglianza. Infatti, il principio costituzionale si impegna a contrastare quelle disuguaglianze che non apportano beneficio, né progresso alla collettività; non chiede che vengano meno le differenze naturali fra le persone, quelle cioè dettate dalle relative capacità e inclinazioni, piuttosto esige che le disposizioni costituzionali siano interpretate correttamente e cioè che le naturali differenze fra le persone non valgano a legittimare lo sbilanciamento o il mancato godimento dei diritti fondamentali.

La realtà dei fatti è tuttavia molto lontana dalle disposizioni di principio affermate dalla Carta del '48 e sono tali condizioni – pur molto brevemente accennate – che rendono ancora attuale il dibattito, non retorico, attorno al tema dei diritti delle donne come di una categoria differente rispetto a quella dei diritti umani in generale.

Com'è stato sostenuto, la Costituzione è «rinnovatrice, progressiva» e mira a trasformare «questa società in cui può accadere che, anche quando ci sono», le libertà e i diritti sono resi effimeri dalle disuguaglianze che si sviluppano nella stessa società²³. Le radici della discriminazione di genere, cui consegue la condizione di disequilibrio di potere fra i generi, appaiono ancorate a valori e condizioni materiali che vincolano l'umanità sin dalle sue origini. È infatti un dato storico, prima ancora che giuridico, quello relativo alle disuguaglianze subite dalle donne, a tal punto che il genere è individuato come paradigma primitivo e primordiale di tutte le altre discriminazioni esistenti.

È proprio la mancata presa di coscienza delle diversità dei due sessi e la (ancora attuale) posizione di soggezione della donna all'uomo che impone di costruire un assetto ordinamentale peculiare. Ciò a maggior ragione se si considera che le leggi del mercato sono riuscite a insinuarsi nel processo di liberazione sessuale femminile, tanto da indurre – in alcuni casi surrettiziamente – l'idea di una piena emancipazione delle donne nell'uso del proprio corpo.

L'obiettivo da raggiungere è rappresentato dall'assicurare effettività – in condizioni di uguaglianza – ai diritti, sul presupposto che gli ordinamenti costituzionali si reggono sul riconoscimento ontologico della persona sullo Stato. Nel momento in cui l'ordinamento non garantisce, sia

²³ P. CALAMANDREI, *Discorso ai giovani sulla Costituzione*, ora in ID., *Lo Stato siamo noi*, Chiarelettere, Milano, 2016, pp. 5-6.

pur implicitamente, la tutela di alcuni diritti fondamentali o supremi come dignità, eguaglianza, salute, cade nell'errore di consentire la gerarchizzazione fra gli esseri umani all'interno della società. La discriminazione perpetrata nei confronti delle donne ne pregiudica la dignità²⁴, così come non riconoscere la pari dignità sociale della componente femminile consentendo – o comunque tacendo sul – la mercificazione del corpo equivale a trattare non *quelle* donne, ma *tutte* le donne «come se fosse[ro] qualcosa di meno di un essere umano, o come se fosse[ro] meno degn[e] di considerazione di quanto non lo siano le altre persone»²⁵.

Diversamente, se l'approccio alla questione del rapporto fra corpo e mercato si leggesse attraverso le lenti del principio di antisubordinazione di genere²⁶, sarebbe forse possibile valorizzare le differenze tra i sessi e quindi comprendere senza alcuna intermediazione quali sono i rapporti di potere e la struttura gerarchizzata che tutt'oggi condiziona la nostra società. Tale principio non si limita a prendere atto delle discriminazioni esistenti nella società, piuttosto indaga la "ragione" delle differenze e si preoccupa di contrastarle per riconoscerle come illegittime ed evitare che si ripetano le condizioni che hanno permesso loro di realizzarsi.

Il principio di antisubordinazione, declinato nell'ottica della corporeità femminile, si propone di ammettere e affermare tutte le differenze che la natura presenta *in re ipsa*, cercando di valorizzarle e di tutelarne la relativa dignità senza che si determini una discriminazione alla rovescia che vede come parte "debole" del rapporto l'uomo. Se così fosse, dovremmo riconoscere che il principio non è riuscito nel suo intento, posto che per assicurare il rispetto dei principi costituzionali nei confronti della donna (inviolabilità dei diritti fondamentali, dignità, diritto alla salute), verrebbero violati o comunque gravemente pregiudicati quelli dell'altro sesso.

Benché sia difficile giungere a un compromesso sulle c.d. questioni eticamente sensibili, pare tuttavia necessario, *in primis*, istruire il legislatore alla pratica e al rispetto del principio di antisubordinazione, peraltro già

²⁴ In questi termini, dunque, «la pretesa di far cessare la discriminazione è sostanzialmente la rivendicazione della titolarità o dell'esercizio di un diritto in astratto spettante e in concreto negato» (G. SILVESTRI, *op. cit.*, p. 64).

²⁵ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, il Mulino, Bologna, 2010, p. 289.

²⁶ V. almeno: B. PEZZINI, *L'uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione*, in G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Jovene, Napoli, 2009, p. 1150 ss.; B. PEZZINI-A. LORENZETTI, *Il principio di parità tra uomo e donna nell'integrazione europea: costruzione del genere e costruzione dell'uguaglianza*, in P. GARGIULO (a cura di), *Politica e diritti sociali nell'Unione europea. Quale modello sociale europeo?*, ESI, Napoli, 2011, p. 81 ss.; B. PEZZINI *Costruzione del genere e Costituzione*, in ID. (a cura di), *La costruzione del genere. Norme e regole*, Bergamo University Press, Bergamo, 2012; ID., *Costituzione italiana e uguaglianza dei sessi. Il principio di antisubordinazione di genere*, in B. PEZZINI-A. LORENZETTI (a cura di), *70 anni dopo*, cit., p. 1 ss. e, *ivi*, A. LORENZETTI, *op. cit.*