

Il corpo della differenza: una questione costituzionale nella prospettiva dell'analisi di genere

Barbara Pezzini*

THE BODY OF DIFFERENCE: A CONSTITUTIONAL ISSUE IN TERMS OF GENDER ANALYSIS

ABSTRACT: Considering bodies and their sexual differences in relation to biolaw, the essay moves from the theoretical perspective of a gender analysis oriented by the “principle of gender non-subordination”, as typically expressed by the Italian Constitution. Being the issue of human reproduction paradigmatic both in terms of bio-law and in terms of gender, it calls for investigating whether and how far complementarity in the sex-gender system has been considered, when addressing the issue of reproduction (and, in particular, abortion and IVF) and when shaping its legal categories and institutions. In conclusion, the judgement n. 272/2017 of the Constitutional Court, which deals with children born by surrogate motherhood abroad, is critically reviewed, looking at a broader understanding of what we call “birth’s truth” and questioning the legal ban of surrogacy in the light of new principle of “birth mother’s acknowledgement”.

KEYWORDS: Biolaw; constitutional principle of gender non-subordination; sex-gender system; motherhood; surrogacy

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La prospettiva dell'analisi di genere nella riflessione costituzionale: il principio anti-subordinazione di genere come principio fondativo e fondante – 3. A proposito di *sex-gender system* – 4. Corpi, differenze, biodiritto – 5. Il corpo della differenza e la riproduzione al centro della questione di genere – 6. Il divieto di surrogazione di maternità nella prospettiva di un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere

1. Premessa

Nella riflessione sul significato che la costituzione e la sua interpretazione hanno avuto, e ancora potranno avere, in relazione al biodiritto, la prospettiva dell'analisi di genere appare particolarmente fruttuosa e, comunque, necessaria.

In un duplice senso: perché la costituzione repubblicana è profondamente segnata dal principio anti-subordinazione di genere e perché anche la materialità corporea e biologica della differenza sessuale è costantemente interrogata ed esposta a ridefinizione e interpretazione dai processi di evoluzione scientifica, tecnologica, nonché culturale e sociale.

* Professoressa ordinaria di diritto costituzionale, Università degli Studi di Bergamo. Mail: barbara.pezzini@unibg.it. Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

2. La prospettiva dell'analisi di genere nella riflessione costituzionale: il principio anti-subordinazione di genere come principio fondativo e fondante

Dell'apertura al suffragio universale che, nell'ambito del processo costituente che segue la caduta del fascismo e la fine della Seconda guerra mondiale, dà legittimazione democratica alle nuove istituzioni, è unanimemente colta la portata fondativa, per avere ribaltato il verso del rapporto tra i cittadini e la costituzione come forma della sovranità. Altrettanto fondativa e fondante è, però, l'estensione *qualitativa* del voto del 1946, che riconosce l'autonoma cittadinanza politica delle donne e da cui si sviluppa il principio anti-subordinazione di genere: e sono proprio i contenuti della costituzione del 1948 a mostrare che la presenza delle ventuno donne elette in Assemblea Costituente – qualitativamente significativa in quanto rottura dell'ordine monogenere della rappresentanza – ha rappresentato una discontinuità essenziale, capace di imporre alla costruzione costituzionale un inizio e un fondamento interamente nuovi. La consistenza storica e materiale di questa origine e la sua qualità costituente hanno impresso una direzione permanente di senso alla costituzione¹, mettendo in discussione la geografia di genere dello spazio pubblico e privato². Non solo ha fatto ingresso nel testo della costituzione l'uguaglianza *senza distinzione di sesso* (art. 3), ma è stata anche ribadita e contestualizzata nella sfera privata della famiglia (art. 29, 30 e 31), nella sfera sociale del lavoro (art. 36 e 37) e nella sfera pubblica politica (art. 48 e 51). Una prospettiva interamente nuova ridefinisce giuridicamente i generi attraverso il *principio fondamentale anti-subordinazione di genere* che si ricava dal complesso di queste norme (alle quali si aggiunge nel 2001/2003 il dovere di politiche attive di pari opportunità, art. 117, co. 7 e 51) e dalle loro connessioni.

La costituzione sviluppa le potenzialità del principio di uguaglianza dei sessi in una serie di disposizioni che agiscono in termini di *genere*, pienamente consapevoli di quanto vi è di storicamente e socialmente determinato nella differenziazione dei ruoli e delle aspettative sociali connesse al maschile e al femminile. Declinata in tutte le sue dimensioni – formale, sostanziale e in prospettiva dinamica – l'uguaglianza cessa di essere prescrizione astratta e viene orientata dalla capacità di riconoscere le condizioni dell'esistenza di donne e uomini; non è punto di partenza, meramente formale, ma concreto obiettivo raggiungibile al termine di un processo nel corso del quale ogni persona è considerata tenendo conto delle effettive condizioni di genere (per interrompere il circolo vizioso nel quale le differenze tra i sessi si riproducono infinitamente come differenze di potere che, a loro volta, costruiscono e producono differenze di genere).

¹ Più ampiamente v. B. PEZZINI, *La qualità fondativa e fondante della cittadinanza politica femminile e dell'antifascismo: tra mitologia e attualità*, in F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI (a cura di), *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea costituente*, Milano, 2018, 335.

² La separazione delle sfere privata e pubblica in base al genere è un vero e proprio paradigma costitutivo della modernità, cui si connette la costruzione del moderno concetto di individuo sulla base di proprietà, quali l'autonomia e la disponibilità del proprio corpo, costitutivamente negate alle donne: in termini generali, C. PATEMAN, *Il contratto sessuale*, Roma 1997; L. GIANFORMAGGIO, *La soggettività politica delle donne: strategie contro*, in *Democrazia e diritto*, 1994, 489 ss.; M.L. BOCCIA, *La differenza politica*, Milano 2002, 29; con riferimento all'interpretazione della questione nella *Dichiarazione dei diritti della donna e della cittadina* di Olimpia de Gouges, v. 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, partic. par. 2.

Lo stesso lungo, faticoso e per molti versi incompiuto processo di attuazione dell'uguaglianza di genere³ – nel mondo del lavoro, nella famiglia e nel riconoscimento dell'autodeterminazione delle donne in ordine alla sfera delle relazioni sessuali e riproduttive (troppo noto per dover essere ricapitolato qui) – dice della complessità di un processo di profonda trasformazione sociale, volto al superamento del modello patriarcale e alla ridefinizione di genere degli spazi sociali, e, insieme, della radicalità del potenziale trasformativo delle norme costituzionali, della capacità di pretendere mutamenti che riguardano la posizione degli uomini e delle donne nella società e la distribuzione del potere dal punto di vista di genere.

3. A proposito di *sex-gender system*

L'analisi di genere è una prospettiva analitica sulla differenza e sulla relazione tra i sessi che indaga il modo sessuato di esistere di una società utilizzando un codice binario (che rileva due sessi, uomini e donne) e relazionale (che implica dialettica e reciprocità tra le sue componenti), che restituisce una relazione gerarchica (in quanto elaborazione, variabile culturalmente, del sesso come coppia gerarchica)⁴; nonostante l'indebolimento e la delegittimazione delle forme patriarcali tradizionali, la struttura di genere della società continua, infatti, a proporre una codificazione statica della coppia maschile/femminile e del posto assegnato ai due sessi nella società, la cui pretesa di assolutezza ontologica ed assiologica trasfigura il dualismo dei sessi da dimensione materiale dell'esistenza a regola di complementarietà sempre necessaria.

Oggetto di indagine è un sistema nel quale rilevano entrambe le dimensioni della relazione tra femminile e maschile: sia quella più immediatamente restituita dal sesso, cui appartengono la biologia, la corporeità, la sessualità e la riproduzione; sia quella dei ruoli, delle possibilità, dei costrutti di rapporti di potere connessi socialmente all'appartenenza sessuale (il *genere*). Nel *sex-gender-system* il rapporto tra sesso e genere non comporta una sequenzialità data e banale, ma un'interazione complessa.

L'analisi di genere offre una prospettiva analitica che affonda le sue radici nelle varie e complesse elaborazioni del pensiero femminista, che hanno offerto le categorie per pensare in modo non gerarchizzato la differenza di sesso e genere e che permettono di ricostruire dinamiche sociali complesse. Anche la costruzione giuridica⁵ del *sex-gender system* è un processo che avviene in una dimensione, necessariamente mobile e dinamica, nella e attraverso la quale si compie una costante ridefinizione dei rapporti di genere, che impedisce di isolare le caratteristiche associate al genere in una statica dimensione essenzialistica o naturalistica; i contenuti di genere sono socialmente variabili e, come tali, vengono

³ E. PALICI DI SUNI, *Tra parità e differenza. Dal voto alle donne alle quote elettorali*, Torino, 2004; M. GIGANTE (a cura di), *I diritti delle donne nella Costituzione*, Napoli, 2007; la stessa Corte costituzionale ha solo con fatica e ritardi assunto la prospettiva egualitaria che la Costituzione impone. B. PEZZINI, *Tra uguaglianza e differenza: il ruolo della Corte costituzionale nella costruzione del genere*, in *Per i sessanta anni della Corte costituzionale*, Milano, 2017, 35.

⁴ A. CRANNY-FRANCIS ET AL., *Gender studies: Terms and Debate*, New York, 2003.

⁵ T. PITCH, *Un diritto per due. La costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità*, Milano, 1998.

costantemente rinegoziati in complessi ed incessanti processi circolari⁶ cui anche il diritto contribuisce, sia precedendo il genere ed orientandone la costruzione, sia inseguendolo – come avviene quando la regola sociale diviene una categoria giuridica, avvalendosi della forza e delle strutture dell’ordinamento per riprodurre gerarchie e/o imporre complementarietà.

Il modello dinamico del *sex-gender system* impone un ripensamento della prospettiva dell’uguaglianza, che, nel prisma del genere, svela la sua irriducibile complessità e si articola attraverso gli strumenti in grado di scoprire e contrastare la subordinazione di genere; solo sulla premessa della complessità lo sguardo sul dualismo di sesso e genere è in grado di cogliere tutti gli elementi di quel *mosaico* che, di volta in volta, definisce sesso e genere nell’umano e nel mestiere di vivere⁷, dentro il quale si annidano le trappole – spesso costruite dal diritto o comunque dal diritto semplicemente presupposte⁸ – della gerarchizzazione e della subordinazione.

4. Corpi, differenze, biodiritto

L’influenza dei principi costituzionali ha oggi a che fare con un corpo che, nella misura in cui si trova esposto ad una manipolazione tecnologica di carattere ed intensità nuova, sembra poter smarrire il suo carattere fondante ed indiscutibile e, in particolare, la capacità di significare qualcosa di inequivoco ed inevitabile anche rispetto alla dimensione del sesso e del genere.

L’aggiornamento costante della riflessione sulle stesse categorie della elaborazione giuridica, in cui convergono analisi di genere e principio anti-subordinazione di genere, è imprescindibile. La critica dell’universalismo giuridico della tradizione è necessaria non solo per il suo evidente fallimento nella promessa dell’estensione dei diritti, che non regge la prova della effettività, ma per il riconoscimento della sua fondazione su strutture giuridiche sessuate (concetti, metodi o ragionamenti). Non basta a garantire l’uguaglianza dei sessi una dimensione *assimilazionista*, che si garantisca la *rimozione delle discriminazioni* a carico delle donne mediante norme che assicurano la *parità di trattamento a prescindere dal sesso* di appartenenza; l’uguaglianza presa sul serio dal punto di vista di genere ha bisogno di un *principio anti-subordinazione*, che riconosca l’esigenza fondativa e fondante di rimuovere la subordinazione del genere femminile al maschile, leggendo le condizioni di genere come un *assetto di potere*.

Il ruolo giocato in questi settanta anni dal principio costituzionale anti-subordinazione di genere è riassumibile in una costante *tensione tra uguaglianza e differenza*⁹ che, in particolare, ha accompagnato

⁶ In questa prospettiva i due volumi del corso di analisi di genere e diritto antidiscriminatorio: B. PEZZINI (a cura di), *La costruzione del genere. Norme e regole, vol. I, Studi, e Genere e diritto. Come il genere costruisce il diritto e il diritto costruisce il genere, vol. II, Lezioni, casi, materiali*, Bergamo, 2012.

⁷ L’espressione “mestiere di vivere” richiama nella prospettiva della giurisprudenza costituzionale la sentenza 494/2002 sulla riconoscibilità dei figli nati da rapporti incestuosi.

⁸ B. PEZZINI, *Implicito ed esplicito nel rapporto circolare tra genere e diritto*, in L. MORRA, B. PASA (a cura di), *Questioni di genere nel diritto: impliciti e crittotipi*, Torino, 2015, 201.

⁹ Che restituisce quell’aspetto della uguaglianza uomo-donna rilevato come ossimoro: C. MACKINNON, *Feminism Unmodified. Discourses on Life and Law*, Cambridge, 1987, 32; sui molteplici percorsi che rivelano la consapevolezza dell’ossimoro e lo elaborano D. MORONDO TARAMUNDI, *Il dilemma della differenza nella teoria femminista del diritto*, Pesaro, 2004; per il “dilemma della differenza” v. M. MINOW, *Learning to live with the Dilemma of Difference: Bilingual and Special Education*, in *Law and Contemporary Problems*, 48, 2, 1985, 157 ss.

stabilmente le elaborazioni della giurisprudenza costituzionale sui rapporti uomo-donna e sulle reciproche posizioni nella differenti sfere della vita sociale¹⁰, sollecitando il ripensamento critico di ogni paradigma operante nella costruzione di genere ed in tutte le questioni relative alla definizione dei modelli familiari e relazionali. Il principio anti-subordinazione di genere riguarda, infatti, tutte le forme e le circostanze della relazione uomo-donna e la sfera della riproduzione in quanto ambito privilegiato di tale relazione; ma – nella misura in cui vale ad impedire la fissazione del riferimento al sesso corporeo come dato incontrovertibile, consentendo la visibilità dei corpi oltre il dimorfismo sessuale¹¹ e l'apertura ai desideri della persona oltre il paradigma eterosessuale¹² – riguarda anche l'orientamento sessuale e tutte le articolazioni della identità di genere.

Anticipando alcune considerazioni, si può già osservare che le questioni della corporeità sessuata sono sin qui sostanzialmente emerse sul piano costituzionale attraverso il filtro del principio costituzionale della tutela della salute, mentre limitata, se non assente, è stata la consapevolezza delle implicazioni in termini di genere e scarsa l'elaborazione alla luce del principio anti-subordinazione di genere; per quanto ciò sia coerente con il processo di affermazione della forza vincolante ed immediatamente precettiva del diritto fondamentale alla salute riconosciuto dall'art. 32 Cost. e della sua attitudine conformativa del quadro normativo, la indubbia capacità espansiva del principio costituzionale nelle molteplici dimensioni della tutela della salute ha finito per offuscare proprio lo specifico della dimensione di genere e della necessità di un'elaborazione più complessa della differenza sessuale e di genere.

¹⁰ Nella prospettiva costituzionale di un principio anti-subordinazione, il genere riconosce le differenze per elaborarle, neutralizzandole quando agiscono come poteri, ma consentendone anche la valorizzazione; per questo non convincono le elaborazioni che assumono il genere come neutralizzazione di ogni differenza tra i sessi che finisce per coincidere con la persona umana, de-materializzata e disincarnata, però, proprio dal dato primario della sua corporeità: A. SCHUSTER, *L'abbandono del dualismo eteronormativo della famiglia*, in A. SCHUSTER (a cura di), *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Milano-Udine, 2011, 35 ss.; L. MORRA, B. PASA, *Diritto tacito, diritto implicito e questioni di genere nei testi normativi*, in *Questioni di genere nel diritto*, cit., 10, sembrano attribuire alla «posizione epistemologica *gender neutral* espressa dalla diffusa sostituzione da parte delle varie legislazioni (nazionale, regionale ed europea) del termine sesso con genere» la possibilità di «far breccia su stereotipi e prospettive giuridiche sessiste per giungere al riconoscimento, ad esempio, dell'omogenitorialità o della plurigenitorialità».

¹¹ Sul transessualismo, B. PEZZINI *Transessualismo, salute e identità sessuale*, in *Rassegna di diritto civile*, 1984, 471 e Id., *Transgenere in Italia: le regole del dualismo di genere e l'uguaglianza*, in G. VIDAL MARCÍLIO POMPEU, F. FACURY SCAFF (a cura di) *Discriminação por orientação sexual. A homossexualidade e a transexualidade diante da experiência constitucional*, Florianópolis/SC, Brazil, 2012, 327; P. PALMERI, *Il cambiamento di sesso*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di) *Il governo del corpo*, I, *Trattato di Biodiritto*, S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), Milano, 2011, 768; A. LORENZETTI, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, 2013.

¹² Si veda E. ABBATECOLA, L. STAGI (a cura di), *L'eteronormatività tra costruzione e riproduzione*, numero monografico di *AG-AboutGender, International journal of gender studies*, 4, 7, 2015. Per un'applicazione del principio antisubordinazione di genere alla questione del matrimonio omosessuale, v. B. PEZZINI, *Uguaglianza e matrimonio. Considerazioni sui rapporti di genere e sul paradigma eterosessuale nel matrimonio secondo la Costituzione italiana*, in B. PEZZINI (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto*, Napoli, 2008, 91; e Id., *Il Matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sent. 138 del 2010 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2010, 2715 ss.



5. Il corpo della differenza e la riproduzione al centro della questione di genere

Le questioni della differenza sessuale incrociano oggi con particolare evidenza processi di continua trasformazione resi possibili dalla manipolazione tecnologica, che rendono le frontiere dei corpi fragili e mutevoli: così è per le tecniche che consentono la “riproduzione senza sessualità”, ma anche per i trattamenti farmacologici, medici e chirurgici in riferimento alla costruzione dell’identità di genere (condizioni transessuale, transgenere, intersessuale). Ciascuno di questi ambiti offre alla riflessione elementi importanti, sui modi e sui processi in cui genere, sesso e sessualità vengono *costruiti dal diritto*; ci permette di osservare gli impliciti di genere, la decostruzione di paradigmi, il ridefinirsi di frontiere; in ciascuno di questi ambiti la comprensione muove solo da una prospettiva paziente di ricostruzione di evoluzioni nel tempo, senza le quali è difficile interpretare le questioni dell’oggi.

Per ragioni di sintesi, si è scelto in questo contributo di concentrare l’attenzione sulla questione della riproduzione, paradigmatica dal punto di vista del biodiritto come da quelli della differenza sessuale e della costruzione del genere.

L’asimmetria tra i sessi nella riproduzione si rinnova incessantemente sullo sfondo dei processi sociali che ridefiniscono la funzione riproduttiva, delle trasformazioni dei ruoli di genere in tutti gli ambiti, a partire da quello familiare, e delle innovazioni medico-tecnologiche. La capacità riproduttiva del corpo femminile resta luogo e condizione per eccellenza della differenza sessuale e di genere, che sfida la possibilità di considerare, e conservare, la specificità del soggetto femminile di fronte al tema della maternità e all’esercizio delle scelte connesse alla riproduzione, rendendo possibile la maternità come scelta consapevole (che coinvolge l’intera unità corpo-mente di una donna) e non come mero destino biologico di un corpo femminile.

L’impatto dei principi costituzionali in questo ambito si è misurato, innanzitutto, con la legislazione penale vigente all’entrata in vigore della Costituzione repubblicana in tema di anticoncezionali e aborto, eredità specifica del fascismo ma anche espressione di una visione sociale e di una costruzione del genere più ampiamente radicata: al corpo femminile fecondato erano imposti gravidanza e parto, consentendo alla donna solo di sottrarsi *ex post* agli effetti legali della maternità (diritto della madre a non essere nominata); l’ordinamento tutelava l’aspettativa di vita del concepito in quanto coincidente con l’interesse sociale alla riproduzione (interesse demografico, *l’integrità della stirpe*), senza alcuna autonomia della donna, il cui corpo gravido era *reificato* per il raggiungimento di finalità che la trascendevano; la costruzione patriarcale del rapporto coniugale consentiva al marito di imporre alla moglie la fecondazione (debito coniugale, divieto di propaganda anticoncezionale), la gravidanza e il parto (divieto di aborto).

Guardato in estrema sintesi¹³, il quadro muta in modo decisivo quando interviene la sentenza costituzionale 27/1975, ampiamente riconosciuta come *pietra miliare* nella costruzione dei rapporti di genere relativamente all’ambito della riproduzione, che accompagna la legislazione sui consultori (l. 405/1975) e precede quella sull’interruzione volontaria della gravidanza (l. 194/1978). La sentenza *costituzionalizza un modello* dell’interruzione volontaria di gravidanza fondato sulla, e giustificato dalla, necessità di tutela della salute della madre, che entra nel dibattito del tempo con la forza di una soluzione costituzionalmente imposta e, almeno in certa misura, sottratta alla discussione. Il nodo centrale

¹³ Diffusamente in B. PEZZINI, *Tra uguaglianza e differenza*, cit., 85 ss.

della pronuncia, che ne diverrà la statuizione più duratura, riconosce l'asimmetria tra la tutela della salute della madre, che entra nel bilanciamento come posizione costituzionale non comprimibile, e la tutela del concepito: una visione che implica il riconoscimento e l'assunzione della specificità della esperienza femminile della gravidanza, per quanto dissimulata da un'argomentazione che resta nel quadro del diritto soggettivo alla salute¹⁴.

La giurisprudenza costituzionale successiva consolida progressivamente il nesso tra salute e gravidanza, avallando anche quegli elementi della regolamentazione in materia di interruzione volontaria della gravidanza imperniati sulla necessità di trattare la gravidanza e aborto come esperienze della vita esemplari della diversità tra i sessi e, conseguentemente, come luogo di necessario riconoscimento giuridico dell'*asimmetria di genere* (si pensi alla posizione del padre del concepito), almeno per quanto risulta coerente e possibile nel quadro di una tutela costituzionale che resta ispirata dall'autodeterminazione della donna in materia di salute riproduttiva, non certo dal riconoscimento della autodeterminazione femminile *tout-court* (si veda come la semi-capacità riconosciuta dalla l. 194/1978 alla donna minore in ordine ad una decisione da considerarsi certamente *grave* rifletta l'assoluta specificità del corpo femminile in età feconda). Del resto, passando da una prospettiva sanzionatoria alla legalizzazione, l'ordinamento ha articolato garanzie e solidarietà sociale non per rendere astrattamente omaggio ad un valore istituzionale e disincarnato della maternità, ma rivolgendole concretamente alle donne in età feconda che, per genere e condizione biologica, vivono la potenzialità di una gravidanza. La chiave della tutela della salute consente il riconoscimento sul piano concreto di spazi in cui si esercitano forme di autodeterminazione femminile, che restano, tuttavia, spazi di autodeterminazione in ordine alla salute, piuttosto che alla condizione di genere. Ed è innegabile che il tema della salute della donna, ancorando la liceità dell'aborto alle condizioni di salute della madre, ha finito per assorbire autonomia e spazio di riconoscimento al pieno riconoscimento dell'asimmetria e specificità della gravidanza e della maternità come esperienza femminile.

Analogamente, è stata la tutela costituzionale della salute della donna la chiave di una vera e propria riscrittura giurisprudenziale¹⁵ della legge 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita, che ne ha conciliato almeno alcuni istituti più controversi, garantendo, anche con una serie di dichiarazioni di illegittimità costituzionale¹⁶, l'esercizio, costituzionalmente orientato, di opzioni ragionevoli in materia di procreazione¹⁷. Mentre la legge sull'aborto era stata disegnata sul parametro della procreazione responsabile ed ispirata dalla finalità di garantire le condizioni di una scelta affrancata dalla dimensione

¹⁴ G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlsare, Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, Napoli, 2009, 828.

¹⁵ G. FERRANDO, *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*, in *Famiglia e diritto*, 5. 2011, 520.

¹⁶ E superando l'iniziale reticenza mostrata nella sent. 369/2006: A. CELOTTO, *La Corte costituzionale «decide di non decidere» sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, 3849; C. TRIPODINA, *Decisioni giurisprudenziali e decisioni politiche nell'interpretazione del diritto alla vita*, *ivi*, 3850; M. D'AMICO, *Il giudice costituzionale e l'alibi del processo*, *ivi*, 3859; A. MORELLI, *Quando la Corte decide di non decidere. Mancato ricorso all'illegittimità consequenziale e selezione discrezionale dei casi*, in www.forumcostituzionale.it, 17 novembre 2006.

¹⁷ Per una ricostruzione multidisciplinare, v. M. AZZALINI (a cura di), *La procreazione assistita dieci anni dopo. Evoluzioni e nuove sfide*, *Quaderni di biodiritto*, Roma, 2015.

biologica del caso e della necessità, la legge 40 nasce profondamente marcata dalla limitazione delle opzioni e rivolta a simulare, nella gestione restrittiva delle possibilità tecnologiche, gli stessi vincoli che agirebbero in natura, a partire dall'esistenza di una coppia eterosessuale, necessario presupposto di accesso; negando alla donna lo spazio di una determinazione autonoma, resta, nel suo impianto, incapace di valorizzare la maternità come risorsa e potenzialità femminile degna di un suo proprio riconoscimento che prescindano dalla funzione sociale ad essa associata¹⁸.

È soprattutto nella sent. 151/2009 che il riferimento alla pretesa alla salute della madre *insieme* a quella del feto ricostituisce l'unità della dimensione materiale ed effettiva di una gravidanza, in cui si collocano le esigenze e le possibilità di tutela dell'embrione, del feto e della madre, non separabili, né contrapponibili per quell'*unità-duale* che è propria della gravidanza, perché è solo questo riconoscimento che conferisce anche alla salute del feto una *dimensione di reale efficacia*¹⁹. Ma l'attrazione nel campo della tutela della salute ha l'effetto, ancora una volta, di rendere opaca la dimensione di genere della gravidanza: la disciplina della procreazione medicalmente assistita resta segnata da una "messa sotto tutela" del soggetto femminile/materno, per cui si esclude che il legislatore possa definire una volta per tutte le condizioni di produzione e di impianto degli embrioni nel corpo della madre non per riconoscere alla madre uno spazio di autonomia e responsabilità, ma per affidare, caso per caso, la decisione a un medico.

Cosa avviene allora di fronte alle ulteriori modificazioni dei rapporti di genere rese possibili dalla disponibilità delle tecnologie riproduttive che consentono, tramite la fecondazione in vitro, una riproduzione sganciata dalla relazione sessuale, nell'ambito della quale la gravidanza – la riproduzione per la parte femminile – non ha più bisogno, sul piano biologico, di una relazione sessuale con un corpo maschile, ma solo con un prodotto di un corpo maschile? Quali nuove distinzioni significative, tra i due sessi e generi, tra progetti e scelte riproduttive e progetti e scelte di genitorialità emergono da questo contesto e come le affronta il diritto?

La tutela della salute, che pure ha offerto una chiave per il riconoscimento di alcuni spazi di autodeterminazione femminile, non intacca l'orizzonte del paradigma eterosessuale della famiglia: nella sent. 162/2014 l'indispensabile complementarietà dei sessi nella riproduzione trascolora in carattere paradigmatico del matrimonio, della famiglia e della genitorialità fino al punto che, quando la salute viene in rilievo, diventa *salute riproduttiva della coppia*²⁰.

Manca la capacità di vedere come riproduzione e genitorialità abbiano a che fare con il corpo femminile come luogo essenziale della differenza tra i sessi, svolgendosi entro un quadro complesso di relazioni: il concepito ha un'aspettativa di vita solo per il tramite della speciale "accoglienza" in un corpo

¹⁸ B. PEZZINI *Tra Corti e provette. Momenti di biodiritto*, in P. TINCANI (a cura di), *Genesi e struttura dei diritti*, Milano, 2009, 122.

¹⁹ M. MANETTI, *La sentenza sulla pma, o del legislatore che volle farsi medico*, in Costituzionalismo.it, 1, 2009, parla di giudice costituzionale che si sarebbe fatto interprete del senso comune, al quale «prima ancora che alla considerazione scientifica» la salute e la vita della madre, da un lato, e quelle dell'embrione, dall'altro, appaiono «l'espressione di beni sì distinti, ma intrinsecamente convergenti verso un progetto comune: la nascita di un nuovo essere umano».

²⁰ Nel punto 7 del *considerato in diritto*.

di donna che si realizza durante la gravidanza²¹ e, contemporaneamente, l'accoglienza del prodotto del concepimento in un corpo di donna si impone anche come condizione materiale di ogni genitorialità: della paternità, certamente, ma anche della genitorialità materna che instaura con il nato/ la nata una nuova relazione – genitoriale, appunto – diversa dalla relazione di unità duale della gravidanza. Il principio anti-subordinazione di genere alimenta la capacità di distinguere in ogni esperienza vitale ruoli e posizioni e di riconoscere la centralità di un soggetto femminile che “dà corpo” – in senso non solo figurato – e sostanza alla maternità tutelata nell’art. 31 cost., riconoscendone il valore non perché inscritto in un destino *di genere* obbligato, ma in quanto l’assunzione individuale delle responsabilità connesse alla riproduzione è *una* delle possibili opzioni che definiscono per ciascuna donna – e, per quanto diversamente, per ciascun uomo – il libero sviluppo della propria persona.

6. Il divieto di surrogazione di maternità nella prospettiva di un inquadramento costituzionalmente orientato dall’analisi di genere

Il discorso sin qui condotto porta ad affrontare gli scenari che si aprono alla considerazione della maternità e della riproduzione di fronte alla *surrogazione di maternità*, di cui lo sviluppo delle tecniche di p.m.a. alimenta un crescente rilievo, e un interesse anche commerciale²². Quale significato viene attribuito al “nascere da un corpo di donna” in una prospettiva costituzionale orientata dall’analisi di genere? È questo, infatti, il punto in cui l’attualità del biodiritto, le cui frontiere debbono essere continuamente interrogate proprio nella consapevolezza che si tratta di un ambito in perenne movimento, ci consente di incrociare le riflessioni condotte sin qui con una decisione della Corte costituzionale che, pur non affrontandolo espressamente, si è misurata con il tema della surrogazione di maternità (sent. 272/2017).

In presenza del divieto di surrogazione previsto dalla legge 40/2004, a interrogare la giurisprudenza sono, ancora una volta, solo le questioni *a valle* della nascita, in ordine allo status *filiationis* che consegue ad una surrogazione effettuata all’estero²³.

La Corte costituzionale è stata interessata da un caso di surrogazione di maternità avvenuta all’estero, in India, a favore di una coppia eterosessuale a cui le condizioni di salute della donna avevano precluso sia la produzione di ovociti, sia la gestazione. Dopo la trascrizione in Italia del certificato di nascita legittimamente formato all’estero con l’indicazione dei due coniugi come genitori, infatti, mentre la paternità era stata confermata dal legame biologico tra figlio e padre provato con test sul DNA, la

²¹ In cui la madre e l’embrione sono *unità duale*; v. anche T. PITCH, *Un diritto per due*, cit., 80: «si viene al mondo grazie ad una donna, alla sua cura, al suo desiderio; si diventa persone tramite quella mediazione femminile»; P. ZATTI, *Quale statuto per l’embrione*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1990, 442, sottolinea il «modo singolare ed esclusivo di dipendenza della vita del figlio dalla vita e dal corpo della madre», nel contesto di una riflessione sull’embrione che però non mette a tema questa specificità con riferimento al corpo femminile (al soggetto sessuale femminile).

²² In questa chiave M. COOPER, C. WALBY, *Biolavoro globale. Corpi e nuova manodopera*, Roma, 2015; F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore*, in Costituzionalismo.it, 1, 2018, 172.

²³ La distinzione *a valle/a monte* è introdotta da A. LORENZETTI, *Coppie same-sex e fecondazione assistita: la progressiva decostruzione del paradigma familiare*, in *La procreazione assistita dieci anni dopo*, cit., 118 e ripresa da B. PEZZINI, in *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall’analisi di genere della gravidanza per altri*, in Costituzionalismo.it, 1, 2017, 232 ss.

maternità era stata messa in discussione (ex art. 264, co. 2 c.c.) e, nel corso delle vicende relative al disconoscimento di maternità, il giudice d'appello aveva sollevato la questione di costituzionalità sull'art. 263 c.c. «nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità del figlio minore possa essere accolta solo quando sia ritenuta dal giudice rispondente all'interesse del minore stesso» (parametri gli art. 2, 3, 30 e 31 cost. e 117, co.1 cost. in relazione all'art. 8 CEDU)²⁴.

La Corte risponde con una pronuncia di rigetto interpretativa, che conferma nella motivazione l'interpretazione sollecitata dal giudice *a quo* nel senso della necessaria ponderazione dell'interesse del minore anche nell'ambito di un'azione ex art. 263 c.c.²⁵, e traccia il complesso contesto di interessi privati e pubblici che il giudice è chiamato ad affrontare, nel quale anche la questione della surrogazione entra fra gli elementi del giudizio comparativo rivolto a valutare i *best interests* del minore. Vietando la surrogazione, il legislatore avrebbe compiuto un apprezzamento in via preventiva ed astratta che ha qualificato la natura pubblica dell'interesse ad imporre la presa d'atto della "verità" dell'origine biologica; e, tuttavia, l'esigenza di tale verità della filiazione non prevale automaticamente, perché il giudice è comunque chiamato anche a confrontare gli interessi sottesi all'accertamento della verità e le conseguenze che da tale accertamento possano derivare sulla posizione giuridica del minore. Le variabili rilevanti nella ponderazione sono espressamente indicate: la durata del rapporto instauratosi col minore; la condizione identitaria già da esso acquisita; le modalità del concepimento e della gestazione; la presenza di strumenti legali che, anche se in forma differente dal riconoscimento, consentano la costituzione di un legame giuridicamente rilevante ed adeguato alla tutela del minore con il genitore contestato (quale l'adozione in casi particolari)²⁶.

L'apertura della giurisprudenza costituzionale alla valutazione, in concreto e in bilanciamento, dell'interesse del minore si accompagna alla chiusura netta nei confronti della surrogazione di maternità: prendendo atto del divieto legislativo in materia, ad esso la Corte non si limita a riconoscere solo un fondamento legislativo, che lo rende "interesse di natura pubblica", ma attribuisce anche un fondamento costituzionale che connette alla dignità della donna, che dalla surrogazione sarebbe offesa in modo intollerabile, e alla qualità delle relazioni umane, che ne sarebbero minate nel profondo. Nella stringatezza del relativo passaggio della motivazione²⁷, in sé coerente con la delimitazione della questione da parte del giudice *a quo*, si coglie in questa affermazione la portata di un limite sottratto alla discrezionalità del legislatore; e, richiamando le modalità del concepimento e della gestazione, un

²⁴ Sull'ordinanza della Corte d'appello di Milano, v. il *focus* della rivista *GenIUS*, 2, 2017, con interventi di G. Brunelli, I. Corti, G. Ferrando, S. Niccolai, A. Ruggeri, S. Stefanelli.

²⁵ Come subito rilevato dalle note delle avvocate delle parti F. ZANASI, *Quando l'infondatezza è una vittoria*, in *personaedanno*, 8.1.2018 e G.O. CESARO, *Interesse del minore e favor veritatis*, in lnx.camereminorili.it, 22.1.2018; v. anche A. SCHILLACI, *Oltre la "rigida alternativa" tra vero e falso: identità personale, verità biologica e interesse del minore nella sentenza n. 272/2017 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, 387; F. ANGELINI, *op. cit.*; più critica G. BARCELLONA *La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli*, in forumcostituzionale.it, 9 marzo 2018.

²⁶ Rileva F. ANGELINI, *op. cit.*, 158, che l'interesse concreto del minore nel caso concreto sarebbe a mantenere il legame giuridico con la madre intenzionale, cosa diversa dal riconoscerla come madre naturale.

²⁷ Per G. CASABURI, *Riflessioni estemporanee su azioni di stato, nuova genitorialità, tutela del minore*, en attendant le SS.UU., in articolo29.it, 25 «ambigua, se non criptica e apparentemente contraddittoria».

ulteriore e conclusivo richiamo dell'elevato grado di disvalore²⁸ che l'ordinamento, tramite il divieto penale, attribuisce alla surrogazione, pesa ulteriormente nell'indirizzare l'operazione di bilanciamento. In una prospettiva di genere, credo si debba esplicitare qualche ulteriore considerazione a proposito della "verità della nascita".

È evidente che le regole che poggiano sul presupposto naturalistico di indiscussa continuità tra progetto riproduttivo (sia nella componente genetica, sia nella gravidanza) e progetto genitoriale materno (come l'art. 269, co. 3) risultano di per sé poco coerenti a un contesto in cui il progetto riproduttivo è sorto ed è stato portato a termine in una discontinuità consapevolmente voluta con il progetto genitoriale. Un contesto specifico nel quale l'intera "verità" dell'origine materna va ripensata.

Non vi è dubbio che gravidanza e parto dicono una verità della nascita, dando riconoscimento ad una specifica e determinata origine materna che è stata centro essenziale della vicenda riproduttiva: dicono *il nome della madre biologica*, di quella donna che accogliendo l'embrione in sé ne ha permesso e accompagnato in una insostituibile relazione di unità duale lo sviluppo dalla potenzialità alla realtà di un nuovo essere umano. Ma vi è anche la verità del progetto genitoriale, detta dalle intenzioni di maternità e paternità genitoriale che hanno accompagnato e reso possibile quello specifico progetto riproduttivo, impensabile al di fuori della rete di relazioni tra la madre biologica ed i genitori intenzionali. La verità della nascita del nuovo essere umano ha bisogno, nel caso specifico, di entrambe: è detta da tutte le relazioni che, intessendo il progetto riproduttivo e quello genitoriale, hanno reso possibile la sua nascita.

Quando l'interesse del minore viene isolato, guardando unicamente a valle della GPA per identificare i soggetti che assumono la responsabilità materna genitoriale ed accettando la scomparsa di tutta la sfera delle relazioni che, a monte, hanno preceduto e reso possibile la nascita della persona del cui interesse si discute, si consegna all'irrelevanza proprio l'esperienza della relazione di gravidanza; si cela il fatto che sono il ruolo e la figura della madre biologica che rendono riconoscibile un'origine materna che, diversamente da quella paterna, non è semplicemente genetica, ma è radicata in una significativa esperienza di relazione; la madre biologica è il perno essenziale dal quale si irradiano sia la relazione di gravidanza che costituisce l'origine di un nuovo essere umano, sia le relazioni con i genitori intenzionali, protagonisti del progetto genitoriale.

Riconoscerlo significa riconoscere una *essenzialità del femminile nella vita umana* sempre presente nella riproduzione, anche nell'esperienza relazionale complessa di un progetto riproduttivo che accetta il ricorso alla tecnologia, moltiplica i soggetti coinvolti e implica un peculiare collegamento con un progetto genitoriale di soggetti parzialmente estranei al progetto riproduttivo. Nella misura in cui il riconoscimento della dimensione relazionale e del ruolo indefettibile svolto dalla madre biologica rappresenta una condizione di adeguatezza ed affidabilità del progetto genitoriale che a quel progetto dà continuità, anche quando al progetto genitoriale la madre biologica ha scelto liberamente e

²⁸ Per F. ANGELINI, *op. cit.*, 171, si tratta di un criterio di chiusura; per A. SASSI, S. STEFANELLI, *Ordine pubblico differenziato e diritto allo stato di figlio nella gpa*, in articolo29.it, 23, invece, relegando la questione alle righe finali si sarebbe evidenziata «inequivocabilmente, in una interpretazione costituzionalmente orientata, la premienza» dell'interesse del minore anche nella modalità della gestazione per altri e pur in presenza dell'elevato disvalore.

consapevolmente di restare estranea, non può, dunque, mancare un riscontro delle condizioni in cui i genitori intenzionali hanno contribuito a costruire il progetto riproduttivo premessa della loro genitorialità.

In questo senso, il suggerimento complessivo della sent. 272 deve essere coerentemente valorizzato, per dare spazio, nella ponderazione, ad una considerazione articolata delle «modalità del concepimento e della gestazione», che chiedono e consentono al giudice di operare distinzioni²⁹: non solo tra surrogazione commerciale e altruistica, ma anche tra i diversi contesti di commercializzazione; di prendere in considerazione la provenienza dei gameti usati per la fecondazione; di entrare nel merito degli accordi e contratti intervenuti tra i genitori intenzionali e la madre biologica; di differenziare le ipotesi in cui un vincolo di tipo contrattuale incide a monte della fecondazione, costituendo *ex ante* la genitorialità esclusivamente in capo ai genitori intenzionali, da quelle in cui è solo dopo la nascita che, acconsentendo la madre biologica, interviene un accertamento della genitorialità in favore dei genitori intenzionali; di verificare – in astratto ed in concreto – le garanzie di autodeterminazione della madre biologica in ordine alle scelte rilevanti per la salute durante la gravidanza e la possibilità o meno di “ripensamento”³⁰; di verificare la disponibilità – in astratto ed in concreto – dei genitori intenzionali di garantire al figlio la conoscenza piena di tutte le sue origini, ma anche di avere contatti con la madre biologica.

Insomma, il disvalore del divieto penale non dice tutto, né una volta per tutte³¹.

Si può anche convenire sul fatto che esso oggi veicoli – come è stato fatto osservare³² – una più profonda esigenza riconducibile alla matrice personalistica della Costituzione, ancorando all’origine materna una oggettiva e preliminare consistenza materiale dell’essere umano che non sia resa manipolabile artificialmente dal costruito puramente volontaristico della intenzionalità genitoriale. Ma anche in questa visione, il divieto penale non costituisce il fine in sé, resta uno strumento al servizio dell’imprescindibile riconoscimento dell’origine femminile come principio della vita³³; ed è il fine che deve ispirare una prospettiva di biodiritto in cui «la costruzione di regole che rendano compatibili le diverse opzioni morali e che depotenziano la conflittualità dei valori in campo»³⁴ resti aderente all’analisi di genere ed orientata dal principio costituzionale anti-subordinazione di genere.

²⁹ S. NICCOLAI, *La regola di giudizio. Un invito della Corte a riflettere sui limiti del volontarismo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, 2993-95, osserva che la logica *aut aut* del giudice *a quo* lascia il posto al *vel vel* nella “regola di giudizio” enunciata per il caso che introduce l’eccezione.

³⁰ Personalmente penso che non si dovrebbe, in prospettiva, neppure parlare di “ripensamento”, nella misura in cui la determinazione della madre biologica in favore dei genitori intenzionali può compiutamente esprimersi solo *dopo* la nascita, una volta cessata la condizione di unità duale della gravidanza.

³¹ L’affermazione di disvalore pare a L. CHIEFFI, *Nuove frontiere della medicina della riproduzione nel confronto tra alcune esperienze giuridiche*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Tecniche procreative e nuovi modelli di genitorialità. Un dialogo italo-francese*, Milano-Udine, 2018, 15, «eccessiva e per certi versi forzata»; per A. SCHILLACI, *op. cit.*, 393, la preoccupazione condivisibile di stigmatizzare le ipotesi di sfruttamento rischia di condurre ad affermazioni poco attente alla varietà di esperienze e relazioni cui la g.p.a. può dare luogo.

³² Su questa dimensione insiste da tempo nei suoi scritti S. NICCOLAI, da ultimo anche nel commento cit. in nota 29.

³³ Anche per F. ANGELINI, *op. cit.*, 164, invece, si tratta di due facce di una medaglia.

³⁴ E. D’ANTUONO, *Portare al mondo, venire al mondo*, in *Tecniche procreative e nuovi modelli*, cit., 61.

Che suggerisce, insieme ad un più ampio ripensamento dell'adozione nella prospettiva di costruzione di legami familiari multipli, che della genitorialità assecondano piuttosto l'aspetto funzionale che non quello di una intenzionalità di per sé costitutiva³⁵, di aprire ad un riflessione *de iure condendo* sulla possibilità di modello di inquadramento giuridico della *gravidanza per altri* fondato sul "*principio del nome della madre*"³⁶, capace di riconoscere e valorizzare l'eccedenza di valore femminile della gravidanza della madre biologica, che resta, nella sua intrinseca dimensione di relazione umana primaria, l'elemento che, costituendo l'*origine materiale* della nascita di un nuovo essere umano, di questa nascita fornisce il *principio di senso*.

³⁵ V. DE SANTIS, *Diritto a conoscere le proprie origini come aspetto della relazione materna*, in *Nomos*, 1, 2018, 16.

³⁶ L'articolazione del principio del nome della madre è progressivamente sviluppata in B. PEZZINI, *La riproduzione al centro della questione di genere. Premesse per un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della GPA (gravidanza per altri)*, in *CIRSDe. Un progetto che continua. Riflessioni e prospettive dopo 25 anni di studi di genere*, e-book, Torino, 2018, 88; ID., *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in costituzionalismo.it, 1, 2017; ID., *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il "principio del nome della madre" nella gravidanza per altri*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017, 91.