

Tecniche procreative, ordine pubblico, interesse del minore. Conclusioni

Roberto Bin*

Dopo relazioni così ricche, attente e approfondite, l'unica conclusione che mi sento di formulare è una domanda: quanto a lungo un sistema giuridico basato sui principi del costituzionalismo democratico può durare senza un legislatore sufficientemente efficiente?

Siamo in un'epoca in cui il progresso scientifico e tecnologico ha aperto il vaso di Pandora dei nostri desideri. Desideri nuovissimi, talvolta, ma anche desideri ancestrali, che mai hanno ricevuto una risposta soddisfacente e che oggi vedono schiudersi possibilità inimmaginabili sino a pochi anni fa. Il desiderio di maternità è forse il più ancestrale di tutti. Ha spinto Sara a chiedere ad Abramo – niente poco di meno del patriarca di tutti – di “usare” la schiava per realizzare il suo sogno: «unisciti alla mia schiava: forse da lei potrò avere figli» (Genesi, 16:2); ed altrettanto fece Giacobbe, il terzo patriarca di ebrei e cristiani, a cui la moglie Rebecca disse: «Ecco la mia serva Bila: unisciti a lei, così che partorisca sulle mie ginocchia e abbia anch'io una mia prole per mezzo di lei» (Genesi, 30:3). Secoli e millenni sono passati, e il desiderio non è cambiato. Non esistono più gli schiavi, da quando Adam Smith ha spiegato che è molto meglio sostituirli con un contratto di lavoro; e neppure le serve, a cui le signore dell'800 ricorrevano per coronare il loro sogno, come la marchesa di Villardita nei *Viceré*. Oggi, la pratica della fecondazione medicalmente assistita, oramai da tempo benedetta dal legislatore (sia pure con restrizioni che la Corte costituzionale è venuta espungendo), permette alle aspiranti madri di supplire a deficienze del proprio corpo ricorrendo a quello di un'altra donna sulla base di un contratto, oneroso o meno non importa poi tanto. Eppure, benché si tratti di un rapporto negoziale paritario di natura sinallagmatica, si ritiene che esso offenda la dignità della donna che offre il suo utero, e quindi vada respinto, anzi criminalizzato: esattamente come a fine Ottocento si riteneva che l'istituto della schiavitù fosse «ripugnante alla umana dignità»¹, auspicando però che fosse definitivamente sostituito proprio da un accordo negoziale.

I tempi cambiano, i desideri ancestrali invece restano vivissimi e crescono nutrendosi delle tecnologie che la scienza rende disponibili. Ma non tutto ciò che è disponibile è lecito per il nostro senso morale e per il nostro ordinamento giuridico. La nostra cultura vuole ben distinte la sfera morale e quella giuridica, ma non sempre la distinzione è mantenibile; numerose sono le passerelle che mettono in comunicazione i due sistemi. L'ordine pubblico internazionale, su cui oggi abbiamo sentito cose molto interessanti (Manetti), è una di queste, ed è anche una delle più pericolosamente ondegianti. Un'altra passerella ben poco stabile – nel senso che ciò che vi transita è oltremodo equivoco – è il concetto di dignità umana, che non va affatto trascurato.

* Già Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università di Ferrara. Mail: roberto.bin@unife.it. Contributo sottoposto a referaggio.

¹ Così, a proposito della *locatio operarum*, V. POLACCO, *Appunti sulla locazione*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, IV, 1887, 410, citato da G. CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, 2007, 135.

Tutto nasce da un fermo e severo giudizio morale, di cui si nutre la legislazione italiana ed anche la giurisprudenza costituzionale: la condanna della GPA perché offende la dignità della donna. Che si tratti di un atto di generosità dettato da amicizia o affetto, oppure di una decisione mossa da motivazioni economiche, gestire una gravidanza per altri nega la dignità della persona, necessariamente donna, e del suo corpo. Ma di che dignità stiamo parlando? Di una dignità “oggettiva” che non nasce dalle speranze e dalle valutazioni delle persone, ma a loro viene imposta. È un fenomeno che mi sembra piuttosto recente, perché la dignità di cui parlano i testi che abbiamo ereditati – la Costituzione italiana, per esempio, o la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948 – è vista come un baluardo che difende l’uomo dal potere altrui, non da se stesso: è un corollario della libertà e dell’eguaglianza. Ed invece oggi è frequente vederla contrapposta alla libertà individuale, come un obbligo preciso di non offendere l’ordine pubblico, nazionale o internazionale che sia, ossia la morale corrente.

Qualche anno fa le riviste giuridiche hanno commentato con una certa sorpresa il caso del “lancio del nano”²: in cui alte corti francesi (ma anche tedesche) avevano avuto l’ardire di spiegare ad una persona che soffriva di nanismo che non poteva trasformare il suo difetto fisico in un’attrazione da *bistrot*, sebbene in questo modo gli fosse riuscito il miracolo di trasformarsi in una star, e non restare il “diverso” da tutti evitato. Ciò non gli era consentito, però, perché offendeva la sua dignità, preservata anche al prezzo di vederlo refluire ai margini della vita civile. Più di recente lo stesso atteggiamento è stato assunto dalla nostra Corte costituzionale nella sentenza 141/2019, sul reato di favoreggiamento della prostituzione³. Siccome è il legislatore l’«interprete del comune sentimento sociale in un determinato momento storico», ben può ravvisare nella prostituzione, anche volontaria, una attività che «degrada e svilisce l’individuo, in quanto riduce la sfera più intima della corporeità a livello di merce a disposizione del cliente». Ciò vale sempre e comunque, anche quando – come nel caso *de quo*, che riguardava (bisogna apprezzare l’incontenibile ironia del “linguaggio corretto” rispettoso della *privacy*) «l’allora premier S[...] B[...]» – la prostituzione non sia affatto un fenomeno che implica violenza, costrizione e sfruttamento, ma è il risultato della scelta libera di una donna (o di un uomo) che ha deciso di fare del proprio corpo una risorsa economica molto vantaggiosa. Ancora una volta la dignità viene imposta, a detrimento di scelte individuali libere e personali. Non è più la degradazione della dignità in senso soggettivo, come costrizione che annulla l’autodeterminazione, ma è la dignità in senso oggettivo, che ci vuole conformi al buon costume, all’ordine pubblico, alla morale corrente. La contrapposizione tra i due significati di dignità segna il tentativo di lanciare una passerella tra la morale e il diritto: evoca l’antica disputa teologica attorno al libero arbitrio, in cui la dignità oggettiva sembra una reincarnazione moderna del «servo arbitrio» che tanto piaceva ad Agostino e Martin Lutero, ma faceva orrore ad Erasmo. La dignità umana “oggettiva” diventa così lo strumento per imporre un modello di vita “accettabile”, con buona pace del principio di laicità che implica una visione tollerante e rispettosa del pluralismo dei progetti di vita degli individui. Gli individui sono diversi, ma il

² L’episodio è ora ben ricostruito e commentato da una delle nostre relatrici di oggi, G. BARCELLONA, *La dignità del nano: storia di un quid*, in C. BERGONZINI, A. COSSIRI, G. DI COSIMO, A. GUAZZAROTTI, C. MAINARDIS (a cura di), *Scritti per Roberto Bin*, Torino, 2019, 600 ss.

³ Su cui rinvio alla mia nota *La libertà sessuale e prostituzione (in margine alla sent. 141/2019)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 26 novembre 2019.

modello ignora le loro diversità: si riferisce a quell'«uomo astratto» che non esiste in alcun luogo, a cui sono riconosciuti diritti che scaturiscono dalla «natura» o dall'«umanità», non avvertendo che «l'astratta nudità dell'essere-nient'altro-che-uomo» costituisce il massimo pericolo, perché la «trasformazione in uomo generico» spoglia di ogni significato la diversità assolutamente unica dell'individuo.

Bisognerebbe rileggere Hanna Arendt⁴ prima di far propria una visione astratta e oggettiva della dignità umana, che non può essere una buona guida per affrontare i problemi concreti. Mentre la Costituzione ineggia ai diritti dell'individuo cui spetta, nella sua autonomia, determinare che cosa gli convenga fare per vivere dignitosamente, interviene all'improvviso la morale comune a imporgli di non far uso delle qualità del suo corpo se si rischia di offendere la dignità oggettiva; se tu – nano o giovane attraente dal bell'aspetto – decidi di uscire dall'angolo buio in cui la nascita ti ha collocato nella società, trasformando in risorsa quello che la natura ti ha imposto o donato, devi fare i conti con un astratto modello di dignità di cui qualcuno – normodotato e conformista – si erge a interprete. L'art. 1 della Carta dei diritti dell'Unione europea («La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata»), che ricalca l'art. 1.1 del *Grundgesetz*, può alimentare questo doppio taglio della dignità. Ma la nostra Costituzione non contiene alcuna disposizione del genere, dato che la «pari dignità sociale» di cui all'art. 3.1 è rivolta a tutt'altro orizzonte. Per cui se la Corte costituzionale intende avvalorare il senso “oggettivo” della dignità, inevitabilmente ricorre all'art. 2 Cost. e al riconoscimento dei «diritti inviolabili dell'uomo»: ma così si confondono i piani, si sovrappone all'invulnerabilità dei diritti di cui gode l'uomo in quanto tale – principio espresso con grande chiarezza – l'idea che essa comprenda anche l'imponibilità dei “diritti” allo stesso uomo, a detrimento della sua libertà e autodeterminazione.

Che cosa contenga la dignità umana “oggettiva” non si sa con precisione: essa, l'ordine pubblico internazionale, il buon costume, la morale corrente giocano lo stesso ruolo che la parola *Tû-Tû* ricopriva presso la mitologica tribù delle *Noï*sulli Islands descritta da Alf Ross. Chiedersi che cosa significhi *Tû-Tû* «is pure nonsense»⁵, e altrettanto può dirsi della “dignità oggettiva”. Richiamarla serve per chiudere definitivamente il discorso («la GPA è vietata dalla legge penale»), ma con essa non si può aprire un altro. Che invece è necessario aprire.

Le Relazioni che mi hanno preceduto hanno messo ben in luce i limiti in cui la Corte costituzionale si è trovata stretta nell'affrontare il problema della GPA movendo da una morale *bien-pensante*. Il divieto penale della GPA corrisponde al paradigma dominante, ma mostra tutta la sua insufficienza come regola (Cordiano), perché il legislatore non è del tutto libero di scegliere quali conseguenze farne derivare (Barcellona). Nel ragionamento che la Corte svolge nella sent. 33/2021 – ma già in quanto aveva anticipato nella sent. 272/2017 – si vede bene quale difficoltà ci sia ad operare con la dignità e le sue implicazioni quando si profili un problema di bilanciamento tra interessi costituzionalmente rilevanti: perché evocare la dignità serve a chiudere un discorso, evocare il bilanciamento invece serve ad aprirne uno nuovo. In entrambe le sentenze citate la Corte si trova in questa *impasse*: se l'appello alla dignità serve a condannare la GPA, nulla ci dice sul trattamento dei figli che tale

⁴ Le citazioni sono tratte da *Le origini del totalitarismo*, Torino, 2004, 404-418.

⁵ A. Ross, *Tû-Tû*, 70 *Harvard Law Review*, 5, 1957, 812.

procedura genera; questo resta un binario morto, perché «l'interesse del bambino non può essere considerato automaticamente prevalente rispetto a ogni altro controinteresse in gioco» (sent. 33/2021).

Già la sent. 272/2017 era stata molto chiara nel porre un freno alla forza espansiva della “dottrina” della prevalenza dell'interesse del minore, che viene a cedere di fronte a «pratiche vietate dalla legge, quale è la maternità surrogata, che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane». La Corte evita di fare i conti con quanto è sempre detto e ripetuto nella sua giurisprudenza – nella sua bella giurisprudenza, sia consentito aggiungere: che mai le scelte dei genitori potranno pregiudicare il diritto dei figli ad essere trattati nello stesso preciso modo in cui vengono trattati tutti gli altri figli. Giustamente Barcellona ha evocato la giurisprudenza sui figli incestuosi, ritenendo che lì la Corte potrebbe trovare un modello a cui ispirarsi per uscire dalle strettoie che vedono da un lato un comportamento dei genitori penalmente sanzionato in quanto lesivo di principi fondamentali, dall'altro l'esigenza costituzionale di un trattamento non discriminatorio dei figli “della colpa”. Ma la Corte non segue questa strada: anzi, nella sent. n. 33 del 2021 giunge ad un risultato che appare paradossale. Tutto è contenuto in questa frase: «Gli interessi del minore dovranno essere allora bilanciati, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore».

Perché questa frase, apparentemente neutra, costituisce invece un macigno nella giurisprudenza costituzionale? Perché l'interesse del minore cessa di essere un dogma che blocca ogni ingresso di altri interessi nelle operazioni di bilanciamento (e funziona dunque in modo simile al richiamo alla dignità), e diventa invece sacrificabile davanti, non ad un interesse costituzionale prevalente, ma alla repressione penale di un comportamento ritenuto lesivo della dignità: la dignità – si noti – non del minore ma di un altro, la madre! Ecco che la declassazione dell'interesse del minore diviene uno strumento per l'effettività della politica criminale dello Stato. C'è un però: ridurre il bambino a strumento è ciò che più assomiglia alla lesione della sua dignità. Si può leggere la importante sentenza della Corte costituzionale tedesca del 2006, a proposito della legge sulla sicurezza aerea, in cui si chiarisce come sia sempre contrario alla dignità umana trattare le persone come strumento per realizzare un fine, pur di per sé apprezzabile⁶. È stato scritto da un autorevole ex presidente della Corte costituzionale: «la *supremitas* della dignità la innalza a criterio di bilanciamento di valori, senza che essa stessa sia suscettibile di ridursi per effetto di un bilanciamento»⁷: non sono sicuro di comprendere sino a fondo il significato metafisico di questa affermazione, ma a me sembra dire che dove entra in gioco la dignità, ogni bilanciamento cessa. È così che opera l'artificio retorico del richiamo alla dignità. Non è possibile però che entrino nello stesso gioco due diverse dignità, perché questo significherebbe cessare di usare l'artificio retorico e ritornare più laicamente a ragionare di bilanciamento degli interessi. Perciò di fronte alla GPA la Corte distingue nettamente i campi: la dignità è posta a tutela della donna, mentre non trova posto la dignità del bambino; e perciò i suoi diritti sono ora ridotti al rango di

⁶ 1 BvR 357/05, specie al punto 124.

⁷ G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore della dignità della persona*, in *Rivista AIC*, 14 marzo 2008: si legga il bel commento di G. BARCELLONA, *Della forma dell'acqua: la dignità umana, volti e risvolti costituzionali*, in *Rivista AIC*, 1, 2018.

interessi bilanciabili con altri interessi, e in particolare con l'interesse dello Stato a vietare un comportamento, la GPA, da cui pure il bambino trae vita, ma una vita il cui pregio è destinato a cedere di fronte alla dignità della madre.

E se il legislatore italiano uscisse dall'arroccamento e si adeguasse alle legislazioni europee più permissive? Alla domanda che ho formulato in esordio ne segue infatti, inevitabile, un'altra: come può il legislatore, in un sistema basato sui principi del costituzionalismo democratico e in un tempo in cui gli ordinamenti non sono più ristretti nei loro confini nazionali, continuare a legiferare per la sua via ignorando quanto avviene negli altri ordinamenti con cui sono aperte tutte le vie di comunicazione? L'argomento vale quel che vale, ma merita notare che le due sentenze costituzionali richiamate hanno entrambe una premessa comune: la GPA offende la dignità della donna non per un principio ascrivibile alla Costituzione, ma perché è la legge italiana che la vieta. A sostegno di questa scelta legislativa la sent. n. 33 adduce l'argomento che

«gli accordi di maternità surrogata comportano un rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate; situazioni che, ove sussistenti, condizionerebbero pesantemente la loro decisione di affrontare il percorso di una gravidanza nell'esclusivo interesse dei terzi, ai quali il bambino dovrà essere consegnato subito dopo la nascita».

È esattamente lo stesso argomento impiegato nella sentenza della Corte sulle *escort*, citata in precedenza. Non ci sono dunque superprincipi morali o costituzionali ad essere evocati, quanto piuttosto l'ovvia necessità che la donna sia tutelata da violenza e sfruttamento. Ma, come la Corte costituzionale ha spiegato in tante altre occasioni, di fronte al pericolo che di uno strumento si faccia cattivo uso si possono introdurre regole che lo disciplinino, senza però sottoporlo a divieto assoluto, penalmente sanzionato.

Una legislazione un po' più permissiva consentirebbe al legislatore di affrontare ciò che oggi non riesce ad arginare: l'ingresso in Italia di bambini che sono stati legittimamente generati per GPA in base alla legislazione del Paese in cui l'episodio si è svolto. Il problema c'è e forse la pratica della GPA non suscita più la generale riprovazione che sollevava sin a pochi anni fa. Come ripete la Corte costituzionale, è il legislatore ad interpretare il "comune sentire"; e il "comune sentire" consente di vedere quella evoluzione dei costumi che il richiamo alla dignità intende negare. Nel nostro ordinamento esiste ancora una norma di polizia sanitaria⁸ che disciplina il rapporto di balia (al solo fine di garantire la sicurezza sanitaria del bambino), che per secoli (quantomeno sin dal Codice Hammurabi, § 194) è stato centrale nella cultura della famiglia economicamente agiata e in particolare di quella borghese del XIX e XX secolo. Altrove ho avanzato questo parallelo con la GPA, a proposito di pratiche che sono davvero lesive della dignità della donna, come pure la letteratura di non molti anni fa ci fa intendere⁹. Questo paragone mi ha attratto molte critiche, ma noi dobbiamo ringraziare *Big Pharma* per averci donato il latte in polvere per l'infanzia che ci ha liberato di un residuo, vitale per la sopravvivenza della nostra stirpe, che trattava la donna come una mucca, a cui si toglie il vitello per dare ad altri il suo latte: e ciò in base a un negozio oneroso in cui la balia veniva tolta dalla propria fami-

⁸ T.U. delle leggi sanitarie, art. 309-312.

⁹ Cfr. R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, editoriale, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2, 2016.

glia e separata dal proprio figlio naturale per fungere da nutrice di un figlio altrui. Vi sono racconti e poesie strazianti che ci descrivono i soprusi, le sofferenze, le relazioni sentimentali che questa pratica che affonda nella notte dei tempi i suoi precedenti e che certo noi non vorremmo più tollerare.

È vero, per la GPA, come lo era per il baliatico (e come spessissimo è per la prostituzione), all'origine c'è sempre, o quasi, uno stato scandaloso di miseria e di sfruttamento. Questo sì è intollerabile e costituisce indiscutibile violazione della dignità della donna: dignità non "oggettiva" e astratta, ma crudelmente incidente sul concreto della vita di milioni di persone.