

MATERNITÀ SURROGATA, DIGNITÀ E PRINCIPIO PERSONALISTA

Di Beniamino PARENZO

| 1217

SOMMARIO: 1. La maternità surrogata reato “universale”: ipotesi di incompatibilità con il diritto eurounitario. – 2. Il fondamento del divieto di maternità surrogata: la tutela della dignità intesa “in senso oggettivo”. – 3. La dignità oggettiva come limite “interno” alla libertà di autodeterminazione della madre surrogata (e il limite “esterno” della dignità del minore). – 4. Oltre la (sola) “dignità dell’essere umano” per una valorizzazione (altresì) della “dignità della persona” (nella singolare concretezza del caso concreto). – 5. Sintesi, due corollari e due “provocatorie suggestioni” conclusive.

ABSTRACT. Dopo avere sottoposto a critica, per contrarietà al diritto eurounitario, la recente novella che ha reso il divieto di maternità surrogata di cui all’art. 12, co. 6, l. n. 40/2004 “reato universale”, il saggio si sofferma a indagare il fondamento giustificativo del divieto stesso, concordemente rinvenuto nella tutela della dignità della persona umana. All’esito dell’indagine, si giungerà a ipotizzare l’esistenza di taluni “casistici spazi di liceità”, che devono ritenersi esulare dall’ambito applicativo della disposizione in parola in quanto concretamente inoffensivi del bene giuridico che la medesima intende salvaguardare.

After having criticized the recent reform that has made the surrogacy’s prohibition in art. 12, co. 6, l. n. 40/2004 a “universal crime” as being contrary to European Union law, the essay dwells on investigating the basis of the prohibition itself, which is unanimously found in the protection of the dignity of the human being. At the outcome of the investigation, we will come to assume the existence of “specific areas of lawfulness”, which must be considered to be outside the scope of application of the provision in question as concretely inoffensive of the dignity that it is intended to be safeguarded.



1. La maternità surrogata reato “universale”: ipotesi di incompatibilità con il diritto eurounitario.

Lo scorso 16 ottobre 2024, il Senato ha approvato definitivamente il ddl n. 824, così rendendo la surrogazione di maternità “reato universale”¹. Più precisamente, all’art. 12, co. 6, l. n. 40/2004, ai sensi del quale «chiunque in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro», è stato aggiunto il seguente periodo: «se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla surrogazione di maternità, sono commessi all’estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana».

Il dichiarato obiettivo è quello di contrastare il c.d. “turismo procreativo”², ovvero l’aggiramento del divieto di surrogazione di maternità da parte delle coppie “committenti” che, recandosi all’estero per realizzare la pratica in parola vietata in Italia, vi fanno poi ritorno con un minore ed un atto di nascita che ne certifica lo *status filiationis* e di cui viene chiesto il riconoscimento: la richiesta di trascrizione dell’atto di nascita del minore nato da maternità surrogata (circostanza quest’ultima di immediata evidenza laddove la coppia richiedente fosse costituita da due uomini) costituirebbe, nel vigore del nuovo art. 12, co. 6, un’autodenuncia.

Prima di inoltrarci nel “cuore” del tema intorno al quale il presente scritto vuole più puntualmente soffermarsi (segnatamente, al fine di testare la tenuta di un divieto “assoluto” di surrogazione di maternità, si intende proporre un’analisi critica del suo fondamento giustificativo, rinvenuto nella lesione della dignità della persona), si ritiene opportuno, in luce della richiamata novella, spendere alcune introduttive parole tese a sollevare quantomeno il dubbio che tale medesima previsione di nuova introduzione presenti dei profili di incompatibilità con il diritto eurounitario. Se, in altre parole, nel successivo prosieguo si cercherà di “mettere alla prova” il divieto “in se stesso” esaminandone più da vicino il bene giuridico tutelato per arrivare a ipotizzare l’esistenza di uno “spazio di irragionevolezza” del divieto stesso in luce della concreta inoffensività - al ricorrere di talune condizioni - della pratica vietata; quel che invece qui si vuole subito mettere in chiaro è che pure laddove non si fosse convinti di quella ricostruzione e si giungesse quindi alla diversa conclusione per cui un assoluto divieto trovi in ogni caso giustificazione, ebbene esso comunque si porrebbe, nella sua più recente “*universalistica*” applicabilità, in contrasto con il sistema eurounitario.

Ora, benché, come noto, in una prospettiva *de* (“mero”) *iure condendo*, sia naufragata la proposta di Regolamento che avrebbe voluto condurre alla creazione di un “certificato europeo di filiazione”³ mirante a consentire ai

¹ https://www.senato.it/3818?seduta_assemblea=25589.

² «locuzione con cui si fa riferimento ai comportamenti diffusi tra quelle coppie, impossibilitate a generare, o *single*, che ricorrono all’estero a trattamenti di procreazione assistita non permessi nei loro Paesi di origine»; così A.G. GRASSO, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Torino, 2022, 23.

³ Il testo della proposta di Regolamento «relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione» è pubblicato in *Fam. dir.*, 2023,

figli o ai genitori di dimostrare «con facilità rispettivamente lo *status* proprio o dei figli in un altro Stato membro» (cfr. il considerando 76 della proposta)⁴, pure in una prospettiva *de iure condito* la questione della “circolazione dello *status filiationis*”⁵ nell’UE non può affatto ritenersi banalmente e sbrigativamente “liquidabile” sulla base della pura e semplice estraneità sostanziale della materia familiare dall’ambito delle competenze eurounitarie⁶. Tale estraneità, infatti, non basta di per se stessa, in virtù di ciò che

505 ss. In letteratura, v. tra gli altri M.C. BARUFFI, *La proposta di Regolamento UE sulla filiazione: un superamento dei diritti derivanti dalla libera circolazione*, in *Fam. dir.*, 2023, 535 ss.; E.M. MAGRONE, *Un nuovo tassello verso il mutuo riconoscimento delle situazioni familiari: la proposta di Regolamento UE in materia di filiazione*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2023, 101 ss.; S. DE VIDO, *Il riconoscimento delle decisioni in materia di filiazione nella proposta di Regolamento del Consiglio del 2022: oltre Pancharevo verso un ordine pubblico “rafforzato” dell’Unione europea*, in *Eurojus*, 2023, 35 ss.

⁴ Più in particolare, l’art. 53 della proposta, rubricato «effetti del certificato», prevedeva: «1. Il certificato produce i suoi effetti in tutti gli Stati membri senza che sia necessario ricorrere a procedimenti particolari. 2. Si presume che il certificato dimostri con esattezza gli elementi accertati in base alla legge applicabile all’accertamento della filiazione. Si presume che la persona indicata nel certificato come figlio di uno o più genitori specifici possiede lo status indicato nel certificato. 3. Il certificato costituisce titolo idoneo per l’iscrizione della filiazione nel pertinente registro di uno Stato membro, fatto salvo l’articolo 3, paragrafo 2, lettera i).».

⁵ Cfr. R. SENIGAGLIA, *La circolazione dello status filiationis discendente da pratica di maternità surrogata costituito in paesi extra UE e in paesi intra UE. Le ragioni di una soluzione differenziata*, in *Dir. fam. pers.*, 2024, 1285 ss.

⁶ È invero solo nell’ambito della «cooperazione giudiziaria in materia civile» di cui all’art. 81 TFUE che ha potuto trovare spazio l’adozione, attraverso la speciale procedura legislativa prevista dal medesimo art. 81, par. 3, TFUE, di provvedimenti a carattere esclusivamente internazionalprivatistico quali, tra gli altri, il Reg. CE 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000 - (c.d. Bruxelles-II *bis*), ora sostituito dal Reg. UE 2019/1111 del Consiglio del 25 giugno 2019 relativo alla competenza, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori (rifusione) (c.d. Bruxelles II-*ter* o Bruxelles II-*bis recast*), nonché il Reg. UE 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all’attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione (c.d. Roma III), o ancora il Reg. UE 2016/1103 del Consiglio del 24 giugno 2016 che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell’esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi. In merito alla “diffidenza” degli Stati membri circa la “europeizzazione” della materia familiare, efficaci le considerazioni di F. DEANA, *Rapporti e status familiari nel diritto dell’Unione Europea. Tra mutuo riconoscimento e salvaguardia dei particolarismi nazionali*, Torino, 2020, 51 ss.: «Se a lungo si è sostenuto che armonizzare il diritto di famiglia in Europa non fosse impresa facile, altrettanto a lungo ci si è interrogati se fosse persino auspicabile. Le peculiarità che contraddistinguono il diritto di famiglia da Stato a Stato riflettono, come poche altre aree del diritto, una dimensione culturale radicata nella società e insita anche nelle tradizioni giuridiche di un ordinamento. Basti pensare a quante differenze porta con sé il solo concetto di “famiglia”, intesa in maniera assai diversa tra i vari Stati [...]. Se da un lato una simile eterogeneità può essere certamente intesa come una valorizzazione della diversità culturale giuridica che caratterizza gli Stati membri essa dall’altro lato favorisce il consolidarsi di una forte ritrosia da parte degli Stati membri a cedere ulteriore sovranità all’Unione, la cui pur limitata indiretta influenza sul diritto di famiglia viene già vista come una sorta di invasione. Pluralismo e difesa del particolarismo, quindi, convivono e si sovrappongono in materia familiare non solo nella ripartizione delle competenze tra Stati e

immediatamente si dirà, a far ritenere del tutto assimilabili tra loro l'ipotesi in cui lo *status filiationis* sia stato costituito, a seguito di realizzazione di pma surrogata, in uno Stato “extra UE” e quella in cui lo *status* sia stato invece costituito in uno Stato membro (essendo invero, a talune condizioni, tale pratica ammessa in Grecia, Portogallo, Belgio e Olanda)⁷.

Se, infatti, nel primo caso il riconoscimento nell'ordinamento domestico del rapporto di filiazione è subordinato alla verifica di compatibilità con l'ordine pubblico internazionale, nel secondo, bene osserva attenta dottrina, la valutazione che chiama ad essere operata «si arricchisce pure dell'operatività di altri principi integranti l'*ordine pubblico europeo*, tra cui i diritti e le libertà fondamentali connessi alla cittadinanza europea, in special modo il diritto di ogni cittadino dell'Unione “di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri” (art. 21, par. 1, TFUE e dir. 2004/38/CE) e quello a non subire discriminazioni in base alla nazionalità, sancito dall'art. 18 TFUE»⁸. Il che, in altre parole, implica che, se nell'un caso il giudizio di incompatibilità con l'ordine pubblico internazionale comporta (allo stato attuale) una *integrale irricoscibilità* di effetti all'atto attestante lo *status filiationis* di provenienza “extra UE” (salva naturalmente, secondo l'orientamento oramai consolidato, la possibilità di ricorrere, per la tutela del *best interest* del minore, all'adozione in casi particolari), nel diverso secondo caso il principio della *primauté* del diritto europeo ne impone invece un (quantomeno) *parziale riconoscimento* al(l'esclusivo) fine di garantire l'effettività dei diritti e delle libertà attribuiti dal medesimo sistema eurounitario⁹. In termini inversi, nella misura in cui il mancato riconoscimento dello *status*, per incompatibilità con l'ordine pubblico internazionale, si traduce in una compressione dei diritti e delle libertà del cittadino europeo, la primazia del diritto europeo impone che, *allo specifico fine* di

Unione ma anche nell'esercizio da parte di quest'ultima delle proprie limitate (in relazione ai rapporti familiari) competenze. In dottrina si sono individuate tre evidenti “spie” di tale situazione: l'articolo 81 par. 3 TFUE, l'articolo 27 della direttiva 2004/38/CE e gli articoli 22 e 23 del Regolamento 2201/2003. Il primo esprime la tutela del particolarismo in chiave procedurale imponendo l'unanimità in seno al Consiglio dell'Unione e quindi la necessità di raggiungere un compromesso che tenga conto di ogni specifica visione nazionale per l'adozione di nuovi atti legislativi relativi agli aspetti transnazionali del diritto di famiglia. La seconda disposizione consente agli Stati di limitare il diritto di circolare e soggiornare sul loro territorio da parte di cittadini di altri Stati membri e dei loro familiari per motivi, tra gli altri, di ordine pubblico. Ancora, per ragioni di ordine pubblico il Regolamento 2201/2003 - come anche altri regolamenti in materia familiare - pone un limite al riconoscimento e alla esecutività di decisioni giudiziarie emesse da altro Stato membro dell'Unione in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale».

⁷ Cfr. A.G. GRASSO, *op. cit.*, 23 ss.

⁸ R. SENIGAGLIA, *op. cit.*, 1294 (enfasi nel testo).

⁹ Osserva ancora R. SENIGAGLIA, *op. ult. cit.*, 1296 s., richiamando V. SCALISI, «Famiglia» e «famiglie» in *Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 12 s.: «il principio di ordine pubblico nazionale comporta “l'arresto del riconoscimento diretto” dello *status familiae* costituito nell'ordinamento non nazionale, ma non è di ostacolo a un “riconoscimento c.d. indiretto, quanto meno in tutti i casi in cui il modello familiare non accolto dall'ordinamento di destinazione non possa, ciononostante, non venire preso in considerazione e come tale riconosciuto rilevante in quanto presupposto necessario per l'attribuzione di determinati diritti, che il principio di non discriminazione non consentirebbe di disattendere né di privare della relativa tutela”».

garantire l'esercizio di quei diritti e libertà *ed entro quei limiti*¹⁰, lo status sia invece riconosciuto¹¹. In sintesi, «si può dire che l'ordine pubblico europeo funge da eccezione all'eccezione dell'ordine pubblico internazionale (all'identità nazionale degli Stati membri)»¹².

Paradigmatica in questo senso la sentenza della Corte di Giustizia resa nel “caso *Pancharevo*”¹³. Respinta dal Comune di Sofia, per contrarietà all'ordine pubblico, la domanda di rilascio di un atto di nascita (propedeutico al rilascio di un documento di identità) di una minore nata in Spagna ed ivi registrata come figlia di due donne, il Tribunale amministrativo chiamato a decidere sul ricorso della madre cittadina bulgara, interroga la Corte UE ravvisando nella fattispecie una possibile violazione, tra l'altro, dell'art. 21 TFUE e della dir. 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

Ricordato che «allo stato attuale del diritto dell'Unione, lo status delle persone [...] è una questione di competenza degli Stati membri [...] i quali sono quindi liberi di prevedere o meno, nel loro diritto nazionale, il matrimonio tra persone dello stesso sesso e la genitorialità di queste ultime»¹⁴, la Corte europea chiarisce che «tuttavia, nell'esercizio di tale competenza, ciascuno Stato membro deve rispettare il diritto dell'Unione e, in particolare, le disposizioni del Trattato FUE relative alla libertà riconosciuta a ogni cittadino dell'Unione di circolare e di soggiornare nel territorio degli Stati membri, *riconoscendo, a tal fine, lo status* delle persone stabilito in un altro Stato

¹⁰ «La stretta *finalità* a cui è vincolato il riconoscimento integra [...] la cifra di compatibilità tra il principio del primato del diritto dell'Unione europea, il principio di attribuzione e quello del rispetto dell'identità nazionale. Allo Stato membro, in sostanza, non è richiesto di modificare la propria disciplina in materia di filiazione [...], ma soltanto di riconoscere lo *status* (ad esempio con il rilascio del documento di identità, come in taluni casi decisi dalla Corte di Giustizia), al fine di garantire l'esercizio delle libertà fondamentali del diritto UE e di evitare discriminazioni basate sulla nazionalità»; così R. SENIGAGLIA, *op. ult. cit.*, 1297.

¹¹ Cfr. anche O. FERACI, *Il riconoscimento “funzionalmente orientato” dello status di un minore nato da due madri nello spazio giuridico europeo: una lettura internazionalprivatistica della sentenza Pancharevo*, in *Riv. dir. int.*, 2022, 564 ss.

¹² R. SENIGAGLIA, *op. cit.*, 1298, che aggiunge oltre: «il limite dell'ordine pubblico internazionale al riconoscimento dello *status filiationis*, nel momento in cui si attiva per operare nei confronti di cittadini dell'Unione europea, deve misurarsi con gli assetti dell'ordine pubblico europeo, bilanciando, come preteso dal processo di integrazione europea, la necessaria condivisione di valori comuni con il rispetto delle specificità degli ordinamenti dei singoli Stati» (1302).

¹³ Corte giust., 14.12.2021, causa C-490/20, *V.M.A. c. Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 2002 ss. Per una compiuta ricostruzione e commento, cfr., tra gli altri, O. FERACI, *op. cit.*, 564 ss.; F. MAOLI, *La sentenza Pancharevo della Corte di giustizia UE sul riconoscimento del rapporto di filiazione e diritti connessi alla cittadinanza europea*, in *Ord. int. e dir. um.*, 2022, 555 ss.; S. DE VIDO, *op. cit.*, 42 ss. Sulla stessa “linea”, seppure in materia matrimoniale e non di filiazione, si veda anche Corte giust., 5.6.2018, causa C-673/16, *Coman e altri c. Inspectoratul General pentru Imigrări, Ministerul Afacerilor Interne*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, 146 ss.

¹⁴ Corte giust., 14.12.2021, causa C-490/20, *V.M.A. c. Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»*, cit., § 52.

membro conformemente al diritto di quest'ultimo»¹⁵. Sebbene, allora, dall'un lato certo non si «impone allo Stato membro [...] di prevedere nel suo diritto interno la genitorialità di persone dello stesso sesso o di riconoscere, a fini diversi dall'esercizio dei diritti che a tale minore derivano dal diritto dell'Unione, il rapporto di filiazione»¹⁶; la Corte, in virtù di quanto detto, giunge cionondimeno a concludere che: «nel caso di un minore, cittadino dell'Unione il cui atto di nascita rilasciato dalle autorità competenti dello Stato membro ospitante designi come suoi genitori due persone dello stesso sesso, lo Stato membro di cui tale minore è cittadino è tenuto [...] a riconoscere, come ogni altro Stato membro, il documento promanante dallo Stato membro ospitante che consente a detto minore di esercitare, con ciascuna di tali due persone, il proprio diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri»¹⁷.

In luce di quanto sopra, del tutto evidente appare, allora, la contrarietà al sistema dei diritti eurounione di una disposizione quale quella in esame che vuole rendere “reato universale” una pratica lecita in taluni Stati membri dell'UE: se è vero, infatti, che la richiesta di riconoscimento dello *status filiationis* effettuata al rientro in Italia dai genitori che hanno all'estero, nel territorio dell'Unione, fatto ricorso alla maternità surrogata equivale ad un'*autodenuncia*, la disposizione in parola - è appunto evidente - si traduce in una *limitazione* all'esercizio della libertà di circolazione sia dei genitori che del minore.

2. Il fondamento del divieto di maternità surrogata: la tutela della dignità intesa “in senso oggettivo”.

Tanto rilevato, come si diceva in apertura, l'obiettivo precipuo delle presenti riflessioni è in ogni modo quello, in certo senso più radicale, di testare la “capacità di tenuta” del divieto di surrogazione di maternità di cui all'art. 12, co. 6, l. n. 40/2004, a prescindere dalla novella di cui si è appena riferito. Più in particolare, dopo avere sottoposto a critica analisi il fondamento giustificativo della disposizione, si giungerà a ipotizzare l'esistenza di taluni “*casistici spazi di liceità*”, che devono ritenersi esulare dall'ambito applica-

¹⁵ Corte giust., 14.12.2021, causa C-490/20, *V.M.A. c. Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»*, cit., § 52. (enfasi aggiunta).

¹⁶ Corte giust., 14.12.2021, causa C-490/20, *V.M.A. c. Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»*, cit., § 57 (enfasi aggiunta).

¹⁷ Corte giust., 14.12.2021, causa C-490/20, *V.M.A. c. Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»*, cit., § 70. Certo, un'obiezione potrebbe stagliarsi: il ragionamento è destinato a “cadere” se, non riconoscendosi ai sensi del diritto domestico lo *status filiationis*, venisse conseguentemente meno, “a monte”, anche il riconoscimento al minore della cittadinanza europea dalla quale discende la titolarità dei diritti e delle libertà attribuiti dal diritto unione. La possibile obiezione è tuttavia agilmente superabile nella misura in cui la stessa Corte afferma che «un minore il cui status di cittadino dell'Unione non sia stato accertato e il cui atto di nascita rilasciato dalle autorità competenti di uno Stato membro designi come genitori due persone dello stesso sesso, una delle quali sia cittadina dell'Unione, deve essere considerato, da tutti gli Stati membri, come un discendente diretto di tale cittadina dell'Unione, ai sensi della direttiva 2004/38, ai fini dell'esercizio dei diritti conferiti dall'articolo 21, paragrafo 1, TFUE e dagli atti di diritto derivato connessi» (*ivi*, § 68).



tivo del divieto in parola, in quanto concretamente inoffensivi del bene giuridico che quello intende salvaguardare. Ancora, segnatamente, all'esito del ragionamento critico che sarà condotto intorno al principio-valore fondamentale della dignità della persona umana, saranno individuate le condizioni al ricorrere delle quali la vietata pratica della surrogazione di maternità non pare invero ledere né la dignità della gestante né quella del minore: si giungerà conseguentemente ad affermare, in conclusione, tanto la non punibilità sul piano penale di quelle condotte quanto la possibilità di trascrivere l'atto di nascita formato all'estero nel rispetto di quelle medesime condizioni.

Volendo procedere con ordine, occorre dunque anzitutto concentrare l'attenzione intorno al bene giuridico che la norma intende tutelare, il quale viene, come detto, indiscussamente individuato nella dignità della persona, e anzi, più precisamente, nella dignità da intendersi "in senso oggettivo".

Quando si entra nei discorsi della copiosa dottrina che ha dedicato le proprie riflessioni al tema della dignità¹⁸, ci si può immediatamente avvedere del fatto che tra le ineludibili questioni che esso impone di affrontare v'è quella dei suoi rapporti con l'autonomia privata e, dunque, della sua *disponibilità* da parte dell'individuo che ne è titolare. Volendo risalire all'essenziale "nodo critico" di una questione che certo meriterebbe una ricostruzione ben più approfondita, si può dire che essa chiama, in definitiva, a definire «la complessa dialettica tra i concetti di "dignità" e di "libertà"»¹⁹, i quali, inscindibilmente legati, possono essere riguardati, secondo un'efficace immagine suggerita da autorevole dottrina, come un «prisma di

¹⁸ La bibliografia è amplissima. Ci si limita ad alcuni riferimenti: H. HOFMANN, *La promessa della dignità umana. La dignità dell'uomo nella cultura giuridica tedesca*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1999, 620 ss.; A. GORGONI, *Rassegna sul principio di dignità umana nei documenti internazionali*, in G. VETTORI (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati*, Padova, 2002, 1 ss.; G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della carta dei diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 801 ss.; M.R. MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 67 ss.; G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 14.03.2008; G. CRICENTI, *Il lancio del nano. Spunti per un'etica del diritto civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 21 ss.; P. ZATTI, *Maschere del diritto, volti della vita*, Milano, 2009, 29 ss.; L. LONARDO, *Il valore della dignità della persona nell'ordinamento italiano*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 761 ss.; A. RUGGERI, *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2011, 1 ss.; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012, 179 ss.; F. VIOLA, *Lo statuto normativo della dignità umana*, in A. ABIGNENTE e F. SCAMARDELLA (a cura di), *Dignità della persona. Riconoscimento dei diritti nelle società multiculturali*, Napoli, 2013, 283 ss.; G.M. FLICK, *Elogio della dignità (se non ora quando?)*, in *Pol. dir.*, 2014, 515 ss.; G. RESTA, *Dignità, persone, mercati*, Torino, 2014; E. RIPEPE, *Sulla dignità umana e su alcune altre cose*, Torino, 2014; C.M. MAZZONI, *Dignità*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2016, 157 ss.; A. RUGGERI, *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in *consulta online*, 2018, 392 ss.; V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, Milano, 2018; F.D. BUSNELLI, *Le alternanti sorti del principio di dignità della persona umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1071 ss.; P. PERLINGIERI, *Principio personalista, dignità umana e rapporti civili*, in *Annali Sisdic*, 2020, 1 ss.; A. GORGONI, *Autodeterminazione, dignità e vita nel suicidio assistito e nell'eutanasia*, in *Persona e mercato*, 2023, 242 ss.

¹⁹ G. RESTA, *La disponibilità*, cit., 833, a sua volta rinviando alle riflessioni di B. JORION, *La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif*, in *Rev. dr. pub.*, 1999, 197 ss., spec. 218.

valori»: facendolo «ruotare davanti agli occhi», «ogni volta uno dei valori sembrerà collocarsi al centro»²⁰. Fuor di metafora, se “al centro” è la libertà della persona, di cui la dignità va a costituire attributo, allora quest’ultima non potrà essere invocata a definirne il limite, poiché diversamente apparterrà a quella stessa “libera” persona di definire i confini della “propria” dignità, la quale, perciò, a sua volta sarà intesa quale fondamento di un’autonomia privata appunto “libera” di esprimersi²¹; laddove, viceversa, la libertà sia riguardata come ancillare a una dignità della persona umana, la quale, eteronomamente pre-definita, determina perciò i confini entro i quali quella può svolgersi, all’autonomia privata non può che rimanere sottratta la possibilità di esprimersi in violazione di quella medesima dignità che, nel fondarla, ne disegna altresì, appunto, l’ampiezza²².

Ora, si anticipa fin da subito che una simile nettamente dicotomica ricostruzione, pur descrittivamente efficace, non pare invero del tutto appagante su di un piano prescrittivo per le conseguenze radicali cui entrambi i citati “modelli” conducono: nel corso del presente breve scritto si cercherà di argomentare l’esigenza di una re-impostazione “irenica” del discorso²³ (declinandolo, evidentemente, nella specifica materia della maternità surrogata), la quale sappia meglio “integrare” e “bilanciare” tali (apparentemente, secondo quanto detto, antagoniste) categorie, ambedue costituendo irrinunciabili valori e attributi fondamentali della persona²⁴.

²⁰ P. ZATTI, *op. cit.*, 45.

²¹ «Poiché ciascun soggetto, proprio in virtù della sua dignità di persona, è libero di definire il suo orizzonte valoriale, dovrà per ciò solo essere ritenuto anche libero di determinare che cosa sia per lui suscettibile di arrecare danno alla propria “dignità”»; così G. RESTA, *La disponibilità*, cit., 833. Come ricorda A.G. GRASSO, *op. cit.*, 71, nota 119, si tratta di concezione che trova le proprie radici nel pensiero di Giovanni Pico della Mirandola, in particolare espresso nel suo celebre *Oratio de hominis dignitate* (v. G. PICO DELLA MIRANDOLA, *Oratio de hominis dignitate*, Firenze, 1942).

²² «Se il prisma è ruotato in modo da porre in primo piano l’indisponibilità “intrinseca” dell’essere umano, il nucleo che rende la sola dignità valore *intangibile*, allora la dignità segna il *limite dell’autonomia*»; così P. ZATTI, *op. cit.*, 45 (enfasi nel testo). Evidenzia la derivazione kantiana della dignità umana così intesa A.G. GRASSO, *op. loc. ult. cit.*, nota 122, rinviando a I. KANT, *La metafisica dei costumi, I. I principi metafisici della dottrina del diritto 2.1.49 D* (1797), Roma-Bari, 1970.

²³ Giacché come insegnato da autorevole Maestro, «Libertà e dignità sono indissolubilmente complementari, reciprocamente necessarie»; così P. PERLINGIERI, *op. cit.*, 14. Incisivo anche A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 10 s., là dove ricorda che, rispetto al «rischio che si determini un conflitto disgregante tra *liberty* e *dignity*, [...] tra *Menschenwürde* e *freie Entfaltung der Persönlichkeit* per usare le espressioni della Costituzione tedesca, la quale collocando, forse troppo rigidamente, le due categorie in norme separate può forse suggerire l’idea dell’alternatività», «invece la Costituzione italiana, istituendo all’art. 2 il nesso tra diritti e doveri di solidarietà, sembra concepire più chiaramente libertà individuale e dignità della persona umana come valori da integrare e non da contrapporre l’uno all’altro».

²⁴ D’altra parte, se risponde a un autorevole diffuso convincimento che la dignità, costituendo «superprincipio» (E. RIPEPE, *op. cit.*, 24) o principio «superfondamentale» (A. RUGGERI, *Appunti*, cit., 3), si sottrae a bilanciamento in quanto «bilancia medesima», «criterio di bilanciamento di valori» (così G. SILVESTRI, *op. cit.*), secondo la più pregnante ricostruzione di P. PERLINGIERI, *op. cit.*, *passim* è più precisamente nella *persona umana* (e quindi nel principio personalista, «cardine del sistema ordinamentale, [che] ne costituisce l’anima, ne garantisce l’unitarietà»), nella tutela del suo pieno e libero sviluppo che va

Tanto premesso, volendo però, per il momento, rimanere ancora su di un piano prettamente descrittivo, si dirà che laddove nel primo modello, quello che privilegia la libertà individuale, si può rinvenire la c.d. “concezione soggettiva” della dignità, nel secondo si ritrova, per converso, quella c.d. “oggettiva”. Ed è appunto a questo secondo paradigma che pare preminentemente ispirata e orientata la concezione giuridica europeo-continentale della dignità²⁵; così come - si diceva poco sopra - è appunto su tale concezione che nel nostro ordinamento pare, in particolare, trovare fondamento il divieto di maternità surrogata.

Questa è, infatti, l’indicazione che arriva dalle inequivoche parole della più recente Cass., S.U., n. 38162/2022²⁶: «il legislatore italiano, nel disapprovare ogni forma di maternità surrogata, ha inteso tutelare la dignità della persona umana nella sua dimensione oggettiva, nella considerazione che nulla cambia per la madre e per il bambino se la surrogazione avviene a titolo oneroso o gratuito. Indipendentemente dal titolo, oneroso o gratuito, e dalla situazione economica in cui versa la madre gestante (eventuale stato di bisogno), la riduzione del corpo della donna ad incubatrice meccanica, a contenitore di una vita destinata ad altri, ne offende la dignità, anche in assenza di una condizione di bisogno della stessa e a prescindere dal concreto accertamento dell’autonoma e incondizionata formazione del suo processo decisionale. Nella maternità surrogata il bene tutelato è la dignità di ogni essere umano, con evidente preclusione di qualsiasi possibilità di rinuncia da parte della persona coinvolta»²⁷. Nessuno spazio, insomma, viene lasciato a una possibilità ricostruttiva che, nel dare rilievo all’autodeterminazione della gestante, faccia salva la pratica in parola nelle ipotesi in cui riesca ad essere accertata una genuinamente libera scelta di quest’ultima, non viziata né influenzata da qualsivoglia “condizione di vulnerabilità”²⁸.

identificato quell’insacrificabile «superprincipio», per cui «anche la dignità, in forma congiunta alla persona, non può sottrarsi al bilanciamento» (ivi, 3).

²⁵ Cfr. G. RESTA, *Dignità*, cit., 18 ss. e G.M. FLICK, *op. cit.*, 518 ss.

²⁶ Cass., S.U., 30.12.2022, n. 38162, in *Fam. dir.*, 2023, 408 ss., con note di M. SESTA, *Nota introduttiva*; G. RECINTO, *Le “istruzioni” per il futuro delle Sezioni Unite in tema di genitorialità*; M. DOGLIOTTI, *Maternità surrogata e riforma dell’adozione piena. Dove va la Cassazione? E che farà la Corte Costituzionale? Commento a Cass., SS.UU., 30 dicembre 2022, n. 38162 e a Cass. 5 gennaio 2023, n.230*; A. SPADAFORA, *Irriducibilità del totalitarismo “minoricentrico”?*. Per un’analitica ricostruzione della pronuncia e delle differenti opinioni con cui la stessa è stata accolta dalla dottrina, cfr. anche M. SESTA, *La maternità surrogata: il perfetto equilibrio delle sezioni unite*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 387 ss. Per alcune considerazioni critiche, cfr., tra gli altri, M. MANTOVANI, *Sullo status dei bambini nati da gestazione per altri all’estero. Nihil novi? Riflessioni a margine di Cass., Sez. un., 30 dicembre 2022 n. 38162*, in AA.VV., *Liber amicorum per Paolo Zatti*, vol. II, Napoli, 2023, 1746 s.

²⁷ Cass., S.U., 30.12.2022, n. 38162, cit., § 18.

²⁸ L. BOZZI, *Maternità surrogata, le ragioni del divieto e le proposte di regolamentazione: un cerchio che non si chiude*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, 3322 osserva invero (volendo poi, però, offrire argomenti a smentita di tale possibilità) come un simile spazio argomentativo potesse apparire residuare dalle pieghe delle precedenti sentenze della Consulta n. 272/2017 e n. 33/2021 - entrambe riguardanti casi di surrogata c.d. “commerciale” - ove si ritrova affermato 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

Come peraltro si accennava, deve invero riconoscersi - e quindi appunto assumersi a ineludibile dato dal quale avviare e intorno al quale svolgere il ragionamento - che le riportate parole della Suprema Corte non riflettono una isolata posizione, giacché, diversamente, una simile oggettiva concezione della dignità non solo può essere espressamente ritrovata anche in altra pronuncia di pochi anni addietro della Corte Costituzionale in tema di favoreggiamento della prostituzione²⁹, ma appare alquanto radicata altresì in altri sistemi vicini al nostro quali quello tedesco e quello francese: del tutto emblematici, in questo senso, rispettivamente, i noti casi del “*Peep-Show Fall*” (deciso dal *Bundesverwaltungsgericht* nel 1981) e del “gioco del lancio del nano” (deciso dal *Conseil d’État* nel 1995)³⁰, ove, appunto, il perno del modello decisionale applicato va individuato in una dignità intesa come «valore oggettivo ed inderogabile, sottratto alla libera disponibilità dell’individuo che ne è portatore»³¹, al quale è pertanto altresì preclusa la possibilità di determinarne il contenuto, ovvero di decidere, in chiave “soggettivistica”, in cosa consista la (“sua”) dignità³².

Sul punto, si ritengono particolarmente interessanti le considerazioni di un autore³³, il quale, precisamente commentando il caso francese del nano che acconsente a farsi lanciare «a mò di “proiettile umano”»³⁴, rileva come l’«espediente» attraverso il quale riesce a giuridicamente argomentarsi la sussistenza di una lesione della dignità, per il tramite di una sua oggettivizzazione, trovi centrale snodo in un artificiale «sdoppiamento» del soggetto, capace di fare salva la ineliminabile «struttura relazionale del diritto», la quale richiede una alterità tra colui che cagiona un danno e colui che lo subisce. In virtù di tale «sdoppiamento», l’imperativo di origine kantiana che impone di trattare l’uomo «mai come mezzo, ma sempre come fine» viene così calato anche a disciplinare i “rapporti con se stessi”: «si scopre allora che i doveri verso se stessi sono doveri verso l’umanità che c’è in noi, verso

decisione di affrontare il percorso di una gravidanza nell’esclusivo interesse dei terzi, ai quali il bambino dovrà essere consegnato subito dopo la nascita. Tali preoccupazioni stanno verosimilmente alla base della condanna di “qualsiasi forma di maternità surrogata a fini commerciali” espressa dal Parlamento europeo nella propria Risoluzione del 13 dicembre 2016 sulla situazione dei diritti fondamentali nell’Unione europea nel 2015».

²⁹ Il riferimento è a Corte cost., 7.6.2019, n. 141 (v. spec. § 7), in *Consulta online*, 2019, V., tra gli altri, il commento di L. VIOLINI, *La dignità umana al centro: oggettività e soggettività di un principio in una sentenza della Corte Costituzionale (sent. 141 del 2019)*, in *dirittifondamentali.it*, 2021, 444 ss. Si tratta di concezione ben radicata anche nella giurisprudenza di legittimità: cfr., *ex multis*, Cass. pen., 17.11.2017, n. 14593, in banca dati *one legale*: «Il bene protetto dalla normativa in materia di prostituzione è costituito dalla tutela della dignità della persona esplicita attraverso l’attività sessuale [...] pertanto, ai fini della configurabilità dei reati connessi alla prostituzione, è irrilevante l’atteggiamento soggettivo della persona offesa e la sua eventuale adesione al compimento di atti prostitutivi».

³⁰ Circa entrambi (e altri casi analoghi), v. G. RESTA, *La disponibilità*, cit., 831 ss.

³¹ G. RESTA, *op. ult. cit.*, 840.

³² «l’individuo non è libero di scegliere ciò che per lui è degno o non lo è; ciò che è degno per lui fare o non fare del proprio corpo e di se stesso è l’esito di un giudizio altrui, giudici o altri interpreti, cosicché il contenuto del concetto di dignità e del tutto etero determinato» così, in chiave però critica, proprio partendo dall’analisi del caso francese, G. CRICENTI, *op. cit.*, 36.

³³ G. CRICENTI, *op. ult. cit.*, 25 ss.

³⁴ Così G. RESTA, *La disponibilità*, cit., 839.

ciò che di umano c'è in noi»³⁵; «il nano, ledendo la sua dignità, offende l'umanità che c'è in lui»³⁶.

Ed è precisamente a questa medesima logica che invero appare improntato l'argomento sviluppato dalla pronuncia delle Sezioni Unite sopra richiamata nella parte in cui espressamente afferma che «nella maternità surrogata il bene tutelato è la *dignità di ogni essere umano*, con evidente preclusione di qualsiasi possibilità di rinuncia da parte della persona coinvolta»: l'irrinunciabilità pare così discendere appunto dalla *alterità* che il bene giuridico in parola manifesta rispetto al soggetto titolare del medesimo; il bene tutelato non è, infatti, pianamente identificato nella “dignità della madre surrogata”, bensì nella “dignità di ogni essere umano”, di cui la prima altro non sarebbe che “periferica”, per così dire, declinazione³⁷. Senz'altro si può allora concordare con quella dottrina che conclude che il principio di tutela della dignità «non ha nulla a che vedere con la dignità dell'uomo o della donna concretamente interessati, bensì si riferisce al genere umano complessivamente inteso, o ad un aggregato più ristretto di soggetti bene identificabile al suo interno»³⁸ (le persone affette da nanismo, le donne ...).

Ebbene, nel prosieguo, precisamente partendo da tale ineludibile assunto, il quale - come si ribadirà - va senz'altro tenuto fermo, si cercherà, dall'un lato, di darvi più definito contenuto, e, dall'altro lato, di dimostrare come quel medesimo principio-cardine che pone la dignità (oggettivamente intesa) quale intrinseco, o “interno”, limite della libertà di autodeterminazione consenta di identificare *a contrario* dei “singolari spazi di libertà” rispetto ai quali un assoluto e categorico divieto penalmente sanzionato non giustifica più di esprimersi.

3. La dignità oggettiva come limite “interno” alla libertà di autodeterminazione della madre surrogata (e il limite “esterno” della dignità del minore).

I tradizionali sistemi costruiti dai codici ottocenteschi e, quindi poi, dai loro “discendenti” del ventesimo secolo, fondati sul «modello antropologico [...] definito dal concetto dell’“individualismo possessivo”» e destinati a «una società di proprietari intenti ad aumentare la loro ricchezza mediante il

³⁵ G. CRICENTI, *op. cit.*, 25.

³⁶ G. CRICENTI, *op. ult. cit.*, 31, criticamente aggiungendo subito dopo: «qui il soggetto “terzo” è inventato, grazie alla retorica della dignità umana. Ma si dimentica che il terzo danneggiato è nel diritto un soggetto che non può essere moralmente costruito».

³⁷ Si spiegherebbe così, peraltro, l'apparente paradosso dato dalla punibilità (inferibile dall'art. 12, co. 8, l. n. 40/2004) della madre surrogata, “vittima” e “autrice” al tempo stesso del reato sanzionato dall'art. 12, co. 6, l. n. 40/2004.

³⁸ G. RESTA, *La disponibilità*, cit., 841, il quale poco oltre aggiunge: «Il che implica, più precisamente, che in tal modo: a) ciascun soggetto è reso non già “creditore”, bensì “debitore” del dovere di rispetto della propria dignità nei confronti dell'intero genere umano o di una determinata collettività di persone; b) ne risulta sensibilmente ampliato il potere di intervento del giudice [...], posto che nelle sue mani viene rimesso sia il compito di fissare il contenuto dello standard di « dignità », sia quello di effettuare il sindacato nel merito circa l'effettiva rispondenza del singolo atto d'autonomia al parametro valutativo così individuato» (843).

libero scambio di beni sul mercato»³⁹, si erigono sulla centrale categoria astratta del soggetto di diritto, “contenitore” di per se stesso “vuoto di contenuti”, il quale, per il tramite della (a sua volta formale-astratta) categoria della capacità, si fa centro di imputazione di situazioni giuridiche⁴⁰. Affrancato l’individuo «dalle servitù del ceto, del mestiere, del sesso, che fondavano la società della gerarchia, della disuguaglianza»⁴¹ dell’*ancien regime*, la *libertà* del soggetto di diritto della «rivoluzione dell’eguaglianza»⁴² formale portata dal codice napoleonico si celebra tutta all’insegna del «mito dell’onnipotenza della volontà»⁴³: «l’esercizio del diritto soggettivo è consegnato al potere del singolo, a una libertà il cui limite - fatta eccezione per quello formale sancito dalla legge e deferito a un criterio di *tipicità* - è segnato soltanto dalla integrità del consenso»⁴⁴. Il soggetto di diritto capace può tutto ciò che vuole, può incidere e modificare la propria sfera giuridica come meglio ritiene; questa la *libertà portata dalla rivoluzione dell’uguaglianza*.

Con l’avvento della Costituzione (o meglio, con la - ben meno immediata, a partire dagli anni ’60 - affermazione di un pensiero che invoca la necessità di una lettura in chiave unitaria e, dunque, anzitutto “costituzionale”, del sistema, e quindi anche delle - non più asettiche - categorie del diritto civile)⁴⁵, si assiste a una seconda «rivoluzione»⁴⁶, che conduce alla istituzione di una nuova antropologia, non più incentrata sull’eguale, ma disincarnato, vuoto e indefinito, “soggetto di diritto”, bensì edificata sulla singolarità della “persona umana”: è la rivoluzione del principio personalista e del principio di dignità, veri e propri architravi assiologici dell’impianto costituzionale⁴⁷ che pervade di sé l’intero sistema⁴⁸. Come esemplarmente sintetizzato da illustre dottrina, «la persona come valore, cioè la personalità, rappresenta la parte caratterizzante l’ordinamento giuridico sì da garantirne

³⁹ Così L. MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell’uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, 1119.

⁴⁰ L. MENGONI, *op. ult. cit.*, 1135.

⁴¹ S. RODOTÀ, *op. cit.*, 144.

⁴² S. RODOTÀ, *op. ult. cit.*, 184.

⁴³ Cass., 24.9.1999, n. 10511, in *Foro it.*, 2000, I, 1929.

⁴⁴ R. SENIGAGLIA, *Pieno e libero sviluppo della persona*, relazione tenuta al 18° Convegno Nazionale Sisdic, *Il diritto civile italo-europeo tra regole e principi. In ricordo di Franco Anelli e Nicola Lipari*, in date 16, 17 e 18 gennaio 2025, presso l’Università La Sapienza di Roma.

⁴⁵ Cfr. P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, spec. 7 ss. Per una sintetica, ma senz’altro esaustiva ed efficace ricostruzione dell’avvento della c.d. “stagione costituzionale del diritto civile”, cfr. G. CARAPEZZA FIGLIA, *Attualità di un Manifesto del personalismo costituzionale. A cinquant’anni da «La personalità umana nell’ordinamento giuridico» di Pietro Perlingieri*, in *Rass. dir. civ.*, 2022, 1237 ss.

⁴⁶ V. ancora S. RODOTÀ, *op. cit.*, 183 ss.

⁴⁷ Autorevole Maestro osserva: «l’art. 2 della Costituzione, a saperne estrarre tutti gli umori e i significati di cui è permeato, può concretamente costituire la chiave interpretativa dell’intero sistema costituzionale vigente»; così G.B. FERRI, *Persona umana e formazioni sociali*, in *Iustitia*, 1977, 75.

⁴⁸ «Il libero e pieno sviluppo della persona umana è norma *fondamentale* e funzione *essenziale*, è principio che *fonda* e *orienta* il sistema ordinamentale nella sua unitarietà, è *valore universale* irriducibile»; così R. SENIGAGLIA, *Pieno e libero*, cit.

l'unitarietà»⁴⁹; «la Repubblica assume una funzione servente rivolta a garantire e promuovere il pieno e libero sviluppo dell'uomo, elevato a unico interesse superiore, quale “superprincipio”»⁵⁰. E la nozione di persona, pur non definitivamente afferrabile proprio in luce della singolarità che la connota, della unicità e irripetibilità che essa esprime⁵¹, non può essere letta se non anzitutto attraverso quella categoria universale di cui *ogni persona in quanto tale, in quanto essere umano*, è portatrice, ovvero appunto la dignità umana⁵².

Il principio di dignità della persona integra, «in una logica di indivisibilità» e «imponendone una reinterpretazione»⁵³, i (diversamente “sterili”, nella “onnipotenza” cui conducono) principi di libertà e di eguaglianza. Senz'altro emblematico in questo senso il passaggio che si registra dall'art. 1 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, secondo il quale «gli uomini nascono e rimangono liberi ed eguali nei diritti», all'art. 1 della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948, ove libertà ed eguaglianza trovano «denominatore comune»⁵⁴ nella dignità: «tutti gli esseri

⁴⁹ P. PERLINGIERI, *La persona*, cit., 5, il quale altresì significativamente afferma poco oltre: «in una concezione nella quale l'individuo si trova in una situazione primaria rispetto all'interesse della collettività, lo Stato (e quindi l'ordinamento giuridico) costituirà il mezzo mediante il quale il soggetto può effettivamente realizzare se stesso. [...] in questa prospettiva, proprio la tutela della personalità assume, nel sistema giuridico attuale, significato di principio d'ordine pubblico» (6).

⁵⁰ P. PERLINGIERI, *Principio personalista*, cit., 7 s. Efficace anche A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *federalismi.it*, 2013, 3: «il c.d. “principio personalista” – com'è usualmente chiamato – in realtà non è un “principio” al pari degli altri che pure sono a fondamento dell'ordine repubblicano; semmai, è il principio [...]. Di qui, poi, la conseguenza per cui non v'è, non può esservi una sola norma che in sé racchiuda ed esprima il “principio” in parola; la qual cosa, sarebbe la negazione della sua naturale, incomprimibile attitudine a pervadere l'intero campo costituzionale lasciando in ogni sua parte (e persino nei suoi ambiti più reconditi) il segno marcato della propria *vis* qualificatoria e prescrittiva. Lo stesso usuale riferimento all'art. 2 della Carta quale luogo espressivo del principio può, dunque, tutt'al più valere a connotare la norma che più e meglio di ogni altra concorre (ma è, appunto, un concorso) a dare l'indicazione del principio ma che certo non è la sola. E il vero è che il principio di cui qui si discorre esprime – per riprendere, con adattamenti, la nota immagine bettiana – una naturale “eccedenza assiologica” rispetto agli stessi principi fondamentali restanti, debordando dunque dai confini, pure in modo assai largo, segnati dall'enunciato costituzionale che si ritiene farvi menzione e distendendosi senza limitazione alcuna per l'intero dettato costituzionale, per quindi da esso discendere ai gradi sottostanti e coprire tutto l'ordinamento e l'esperienza sulla sua base formatasi».

⁵¹ «l'uomo, per quanto lo si voglia classificare per categorie, [...] presenta pur sempre [...] un nucleo non riconducibile ad alcuna categoria, né catalogabile alla stregua di alcun parametro. L'indagine, la ricerca devono fermarsi ad un punto in cui l'uomo è soltanto se stesso, realtà unica e irriproducibile»; così G.B. FERRI, *op. cit.*, 75 s.

⁵² Circa il “simbiotico” legame esistente tra persona e dignità, cfr. P. PERLINGIERI, *Principio personalista*, cit., 1 s.: «Il nesso inscindibile tra persona umana e dignità rende superfluo qualsiasi tentativo di stabilire tra esse una separazione che legittimi l'esistenza, accanto al principio personalista, di un autonomo principio di dignità. Il primo ingloba il secondo, escludendo che la dignità abbia giuridicamente una consistenza indipendente. [...] Secondo la legalità costituzionale, la dignità richiede esclusivamente che sia riconosciuta la qualità di persona della quale è aspetto essenziale e costitutivo. Persona è di per sé *nomen dignitatis*».

⁵³ S. RODOTÀ, *Editoriale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2016, 4.

⁵⁴ S. RODOTÀ, *Il diritto*, cit., 184.

umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti». Ancora paradigmatico del ruolo che la dignità assume nel *fondare* lo statuto normativo della persona nel contemporaneo sistema eurounitario è l'art. 1 della Carta UE, che aprendo il capo I precisamente ad essa dedicato e *anteposto* al capo II sulle «libertà»⁵⁵, sancisce: «La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata».

È dunque questo un ineludibile evidente caposaldo: non può esservi libertà senza dignità, o meglio non può esservi esercizio di libertà se non entro gli invalicabili confini della indisponibile (appunto, sottratta a libertà) dignità dell'uomo. Se certo, dall'un lato, il principio che impone di garantire il pieno e libero sviluppo della persona chiama all'«affermazione della piena autodisponibilità delle possibilità proprie a ciascun uomo»⁵⁶ e quindi alla tutela della pur fondamentale istanza all'autodeterminazione, dall'altro lato quest'ultima non può tuttavia essere concepita alla stregua di quella “onnipotente volontà” di cui si diceva, poiché «autodisponibilità [...] non significa arbitrio di se stesso, del proprio corpo o della propria mente, ma (auto)disponibilità nell'interesse proprio, anche contro la propria volontà»⁵⁷. Una illimitata, assoluta e “tirannica” libertà di autodeterminazione, peraltro, finirebbe finanche per negare, insieme alla dignità, pure se stessa, sfociando nella sopraffazione e nell'asservimento della stessa persona che quella medesima libertà pretende di esprimere: uno spazio di *categorica indisponibilità*, insomma, è fisiologicamente necessario e richiesto per mettere al riparo dal rischio «che ognuno di noi possa trasformarsi in un potenziale tiranno di se stesso»⁵⁸.

Ebbene, volendo allora ritornare allo specifico tema di diretto interesse, al fine di concretizzare quanto sin qui detto e di riempire, appunto rispetto alla questione della surrogazione di maternità, di più puntuale, prescrittivo contenuto i discorsi svolti, un significativo punto di partenza va senz'altro rinvenuto nel divieto espresso dall'art. 3, par., 2, lett. c, Carta UE - quale *limite* alla possibilità di autodeterminazione terapeutica della persona riconosciuta dallo stesso art. 3, par. 2, lett. a, Carta UE - di fare del proprio corpo una fonte di lucro⁵⁹.

Se pure, dunque, una disponibilità del corpo umano può immaginarsi⁶⁰, questa, riferisce anzitutto - su di un piano meramente letterale - la norma ci-

⁵⁵ F.D. BUSNELLI, *La persona alla ricerca dell'identità*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 17.

⁵⁶ P. PERLINGIERI, *La persona*, cit., 26.

⁵⁷ P. PERLINGIERI, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁸ V. SCALISI, *L'ermeneutica*, cit., 38.

⁵⁹ Come bene osserva G. RESTA, *La disponibilità*, cit., 809: «Già il riferimento alla Convenzione di Oviedo, ove si prevede all'art. 21 che “il corpo umano e le sue parti non devono, in quanto tali, essere fonte di profitto”, sta ad indicare che quella introdotta dalla Carta dei Diritti non è una regola isolata, ma si inserisce perfettamente in un quadro normativo piuttosto univoco ed omogeneo non solo sul piano europeo (e non poteva essere altrimenti, dato il carattere di “codificazione” a diritto costante della Carta), ma anche su quello internazionale». Cfr. anche S. RODOTÀ, *La costruzione del corpo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2019, 166 ss.

⁶⁰ E certo tanto può ricavarsi dall'art. 5 c.c., che vieta gli atti di disposizione del proprio corpo solo «quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume».

tata, non può che esprimersi all'insegna della gratuità⁶¹. Ma, si ritiene, v'è di più. Invero, a volere meglio vedere, da tale espressa indicazione pare di potersi trarre, in sistematica coerenza con quanto appena sopra argomentato, un significato ben più ampio. Tale principio di *extrapatrimonialità del corpo*, per cui ad esso non può essere dato un prezzo - non potendogli appartenere una lettura attraverso le lenti della categoria dell'"avere" in quanto invece esclusivamente riguardabile per il tramite della categoria dell'"essere"⁶² - può invero trovare due *rationes*, rispettivamente corrispondenti ai due "volti" della dignità di cui già si è detto.

La prima è strettamente legata al principio di autodeterminazione, per cui ciò che, appunto, vuole esser tutelata è l'autodeterminazione delle persone più vulnerabili, le quali precisamente in ragione della loro condizione di vulnerabilità economica potrebbero essere indotte a una scelta di disposizione del proprio corpo per una "contropartita monetaria" che diversamente non avrebbero preso⁶³. Ed è esattamente da tale "soggettivistico" angolo visuale che il divieto di maternità surrogata può in ogni caso trovare giustificazione, come bene evidenzia la richiamata pronuncia Cass., S.U., n. 38162/2022, nella c.d. logica della «china scivolosa»: «il nostro sistema - osserva la Suprema Corte - vieta qualunque forma di surrogazione di maternità, sul presupposto che solo un divieto così ampio è in grado, in via precauzionale, di evitare forme di abuso e sfruttamento di condizioni di fragilità. [...] punendo la surrogazione di maternità in via assoluta, cioè a prescindere dalle modalità della condotta o dagli scopi perseguiti, [...] si tende a prevenire, secondo la logica della china scivolosa, eventuali derivate estreme di manifestazione del fenomeno, espresse da deprecabili forme di sfruttamento di donne in condizioni di bisogno economico, vulnerabili e presuntivamente prive di apprezzabili margini di autonomia decisionale»⁶⁴. In via

⁶¹ Ancora G. RESTA, *La disponibilità*, cit., 812 segnala, infatti: «il corpo e le sue parti risultano sempre più frequentemente protetti da una regola di *market-inalienability* e non di *inalienability* in senso stretto». V. anche A.G. GRASSO, *op. cit.*, 109 ss.

⁶² Interessanti le riflessioni di A. NICOLUSSI, *op. cit.*, 22, il quale, su di un piano più generale, segnala come il «problema che il biodiritto mette in particolare evidenza è quello di una rivisitazione dell'autonomia privata, la quale è categoria nata sul terreno dell'avere mentre le gran parte delle questioni poste dalle biotecnologie riguarda l'essere stesso di una persona». Sulla dialettica tra "avere" ed "essere", patrimonialità e personalità, e sulla subordinazione funzionale della prima alla seconda, si rinvia, su tutti, a P. PERLINGIERI, *La persona*, cit., *passim*.

⁶³ «Che cosa risponderrebbe l'immigrato clandestino al quale si chiedesse se preferisce lavorare in nero e rischiare la vita su ponteggi senza le protezioni necessarie per evitare infortuni mortali o vendere pulitamente un organo, con rischi ridottissimi per la sua integrità fisica, riuscendo così a vivere meglio per un certo periodo, libero dalle immediate angosce economiche? Sono proprio queste domande a mostrare che la tutela della libertà e dell'autonomia delle persone non passa attraverso il loro abbandono, obbligandole a "scelte tragiche", in cui il dominio del bisogno è forte a tal punto da escludere ogni traccia di consenso libero»; così S. RODOTÀ, *La costruzione*, cit., 168 V. anche G. RESTA, *La disponibilità*, cit., 816 s.

⁶⁴ Cass., S.U., 30.12.2022, n. 38162, cit., § 18. Come pure spiega A.G. GRASSO, *op. cit.*, 91 (per poi, però, smentire tale medesima affermazione) «il divieto di maternità surrogata potrebbe essere considerato esteso anche alla forma solidale [...] per l'elevato rischio che dietro la natura apparentemente altruistica si nascondano in realtà ragioni di carattere, anche

precauzionale, si pone, insomma, un divieto generale che limita l'autodeterminazione “di tutti” per la tutela *preventiva* di coloro che, in quanto vulnerabili, potrebbero essere indotti, in ipotesi di assenza di quel divieto, a compiere una decisione non effettivamente libera.

Ma, come si diceva, sembra fondato ritenere che sotto a quel divieto di cui all'art. 3, par. 2, lett. c, Carta UE - così come alla base del divieto di maternità surrogata sancito dall'art. 12, co. 6, l. n. 40/2004 - si ponga altresì un'ulteriore *ratio*, che, trascendendo la sola tutela della libertà di scelta della persona, pare invece interessare quel diverso “volto” della “dignità” che coincide con la dignità di “ogni essere umano”⁶⁵, la quale non può tollerare un “apprezzamento”, una considerazione in termini economico-patrimoniali del corpo, che lo degradi a “cosa”, a “merce” (e che dunque lo traduca, come poco sopra si diceva, dalla categoria dell'essere a quella dell'avere)⁶⁶.

Il che appunto conduce a un ordine di considerazioni più ampio: nel divieto di patrimonializzazione del corpo si scorge l'esistenza di un limite alla possibilità di autodeterminazione della persona che le impedisce non solo di “dare un prezzo” a se stessa, ma più in generale di “oggettificarsi”, di rinunciare alla “propria umanità”, disponendo «di quella dimensione esistenziale dell'essere umano, senza la quale [...] lo stesso cessa di essere persona per diventare cosa»⁶⁷: la libertà di autodeterminazione non può esprimersi fino al punto di negare a se stessa quella dignità oggettiva, nella quale «si racchiude ed emblematicamente esprime l'*humanitas* di ciascun soggetto, [che] si rende apprezzabile nella sua genuina essenza come di *ciò che è proprio di ogni uomo in quanto uomo*»⁶⁸; la persona non può, per il tramite della libertà di autodeterminazione, rinunciare alla propria umanità, *la “persona” non può disporre dell'“essere umano”*. Questo, dunque, un primo, inscalfibile punto fermo riguardante il piano dei rapporti della persona con se stessa, o meglio con la sua umanità: la dignità oggettivamente intesa limita la libertà della persona (della surrogata, nel presente caso) impedendole di (disporre

indirettamente, economico, con pericolo di sfruttamento della donna (principio di precauzione)».

⁶⁵ Come rileva, infatti, L. BOZZI, *op. cit.*, 3327: «La autodeterminazione della donna non sembra cioè di per sé compromessa dalla previsione di un corrispettivo e se è vero che alcune (forse molte) potrebbero essere indotte a scegliere di portare avanti una gravidanza per conto di altri spinte dal bisogno economico è pur vero che questo potrebbe per loro tradursi in una fonte di legittimo guadagno, che loro stesse (a loro insindacabile giudizio, esercitando la loro autonomia decisionale) potrebbero ritenere preferibile ad altre ritenute (sempre da loro) più degradanti. Quasi inevitabile a questo punto il sospetto che la contrarietà verso la ms [*n.d.a.*: maternità surrogata] effettuata a fronte del pagamento di un corrispettivo sia, almeno parzialmente, ascrivibile a ragioni che trascendono l'esigenza di tutela della autodeterminazione della donna e coinvolgono la (diffusa e) istintiva avversione a “tradurre” in termini economici, ad attribuire cioè un valore economico e quindi inevitabilmente a mercificare, quello che, o almeno alcuni profili di quello che riguarda il corpo e che non a caso nel linguaggio comune è non di rado qualificato “senza prezzo”».

⁶⁶ «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 prezzo, e dunque non ammette alcun equivalente, ha una *dignità*»; così C.M. MAZZONI, *op. cit.*, 158 (enfasi nel testo), a sua volta citando I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi (1785)*, traduzione e introduzione di Filippo Gonnelli, Bari, 1997, 103.

⁶⁷ V. SCALISI, *L'ermeneutica*, cit., 15.

⁶⁸ A. RUGGERI, *Il principio personalista*, cit., 10 (enfasi nel testo).

del proprio corpo in modo tale da) rinunciare alla propria essenza umana, *oggettificandosi*. Su tale approdo, che in definitiva risolve il divieto di surrogata in un divieto di oggettificazione della donna (a prescindere da una sua volontà, che su tale terreno per quanto detto non può trovare spazio di espressione), si tornerà oltre, a breve, per esaminarlo un poco più criticamente nelle sue “nervature di dettaglio”.

Prima di ciò, però, appare opportuno rilevare l’esistenza di un secondo ineludibile limite che rispetto alla tematica in parola incontra la libertà di autodeterminazione, il quale limite non riguarda, dall’“interno” i rapporti della persona con se stessa, bensì origina, “esternamente”, dalla inevitabile *relazionalità*⁶⁹ con le altre situazioni soggettive coinvolte, e in particolare con quella del minore.

Come, infatti, autorevolmente insegnato, «non è possibile essere soltanto essenza, ma anche coesistenza. La tutela della persona umana si pone come “sfera” d’interpersonalità, non solamente di personalità»⁷⁰; l’art. 2 cost. ci restituisce l’immagine di una «persona umana che non si fonda sull’idea di un individuo tutto chiuso nel suo egotismo o nel suo narcisismo, ma - al contrario - si fonda sull’idea di un individuo che [...] esce da sé, dalla sua sfera individuale, per entrare in *comunicazione* con gli altri»⁷¹. Il principio personalista, in breve, come ancora richiede l’art. 2 cost., non può essere letto disgiuntamente da quello solidarista⁷²: la persona non è solo individuo, è essere umano inserito in una comunità; il che impone un netto rifiuto di una solipsistica autodeterminazione incapace di vedere e considerare le ragioni dell’altro⁷³.

Nelle ipotesi in esame, in particolare, la scelta della surrogata - e dei genitori c.dd. “committenti” - è tutt’altro che destinata a risolversi e riverberarsi nella sua - loro - esclusiva sfera personale, diversamente incidendo direttamente anche sul minore destinato ad essere “consegnato” a terzi (appunto, i committenti)⁷⁴. Più precisamente, il dubbio che si solleva è che oltre

⁶⁹ «La dignità umana non è una proprietà a sé stante, ma ha un carattere relazionale in quanto ci parla della posizione dell’essere umano nei confronti dei suoi simili (e nei confronti del mondo). [...] la dignità ha sempre un carattere “sociale”»; così F. VIOLA, *op. cit.*, 289.

⁷⁰ P. PERLINGIERI, *La persona*, cit., 26.

⁷¹ G.B. FERRI, *op. cit.*, 76. Cfr. anche D. CASTELLANO, *Il problema della persona umana nell’esperienza giuridico-politica: (I) profili filosofici*, in *Dir. soc.*, 1988, 129, che, riportando il pensiero di R. GUARDINI, *Persona e libertà*, Brescia, 1987, 201, ricorda: «La persona radicalmente solitaria, infatti, non si dà. Dunque la persona deve diventare relazione. Essa si attua esclusivamente nella relazione».

⁷² A. RUGGERI, *Il principio personalista*, cit., 11 s. V. altresì P. PERLINGIERI, *Principio personalista*, cit., *passim*.

⁷³ Al contrario, come rileva H. HOFMANN, *op. cit.*, 634 (con riferimento all’art. 1, co. 1, della costituzione tedesca), «la dignità deve essere compresa come una categoria del “prossimo”, della comunanza con l’altro che è di ogni individuo. [...] la dignità non può essere pensata svincolata da una comunità concreta di riconoscimento e significazione».

⁷⁴ «il “servizio di gestazione” si caratterizza in tale ipotesi proprio per essere finalizzato non solo a far nascere ma a “consegnare” un bambino. Il momento della “consegna” rappresenta un tratto caratterizzante della figura e il fatto che si possa (e per alcuni si debba) prevedere che spetti alla gestante il diritto di ripensare e tenere infine con sé il nato, paradossalmente (per la stessa necessità di prevedere come una sorta di deroga quello che naturalmente avviene), enfatizza la centralità della “consegna” piuttosto che sminuirla»; così L. BOZZI, *op. cit.*, 3329 s.

a venire in considerazione, per le ragioni anzi argomentate, la dignità della gestante, ad esser lesa dall'accordo (oneroso o gratuito che sia) di surrogata possa altresì essere la dignità del minore, egli pure reso "oggetto" di uno "scambio" che nella mera ("pretesa di onnipotenza" della) volontà altrui trova la propria esclusiva fonte. In altre parole, da tale prospettiva, anche ammettendo - come si proverà ad elaborare nel prosieguo - che si riesca ad immaginare l'esistenza di singolari ipotesi che meritano di essere considerate "oltre" il cono d'ombra del divieto in quanto non *concretamente* lesive della dignità della gestante, comunque residuerebbe l'ineludibile problema rappresentato, appunto, dalla lesione della dignità di un minore "trasferito" da un genitore a un altro in virtù di nulla più che una nuda volontà.

Ebbene, rispetto a tale criticità, appare allora in definitiva necessario che, sottratta alla sola (e niente affatto "onnipotente") autonomia privata la costituzione dello *status filiationis*⁷⁵, essa sia invece *in ogni caso* rimessa alla valutazione di un'autorità terza che abbia competenza a valutare se il voluto trasferimento dello *status* genitoriale dalla madre surrogata alla coppia committente *concretamente corrisponda al best interest del minore*⁷⁶. In questo senso, del tutto insoddisfacente appare, quindi, la soluzione adottata in diversi ordinamenti anglosassoni⁷⁷ che, pur rimettendo l'instaurazione del rapporto di filiazione ad un momento successivo alla nascita attraverso l'emissione di un c.d. "*post-birth order*" o di un provvedimento adottivo pronunciato da un'autorità terza alle parti dell'accordo di surrogata, preveda tuttavia che quest'ultima si limiti a verificare che la gestante abbia acconsentito «liberamente e "*with full understanding of what is involved*" all'emissione del provvedimento»⁷⁸, senza preoccuparsi di accertare altresì - questo il punto - che quanto voluto dai soggetti coinvolti corrisponda e realizzi effettivamente il miglior interesse del minore⁷⁹. Più in particolare, ai

⁷⁵ Senz'altro, dunque, si concorda con V. CALDERAI, *Il dito e la luna. I diritti fondamentali dell'infanzia dopo Corte cost. n. 33/2021*, in *Giur. it.*, 2022, 308, quando afferma che «l'espansione dell'autonomia nelle relazioni familiari è circoscritta ai rapporti simmetrici, laddove i rapporti tra figli e genitori sono presidiati da norme inderogabili di tutela e dalla perdurante significanza dello status filiale come sintesi di situazioni giuridiche indisponibili ai privati».

⁷⁶ Rimettendo la decisione in merito alla costituzione dello *status* all'autorità di un terzo imparziale, ovvero "esterno", e competente alla valutazione del *best interest* del nato, si ripara all'eventuale, diversamente fondata, obiezione di chi rifiuta «l'instaurazione per contratto di un potere quasi proprietario di controllo sulla vita, l'identità personale e genetica, lo stato familiare di chi non può consentire, né argomentare in prima persona, secondo una proiezione dell'interesse del minore dal punto di vista di adulti non neutrali»; così V. CALDERAI, *op. ult. cit.*, 305. Cfr. anche EAD., *Ordine pubblico internazionale e drittwerking dei diritti dell'infanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 491 ss.

⁷⁷ Peralto evidentemente ispirati alla diversa logica che, ponendo al centro una nozione soggettiva di dignità, finisce per farla coincidere con una ("onnipotente") capacità di autodeterminazione; cfr. sul punto, tra gli altri, G. RESTA, *Dignità*, cit., spec. 16 ss.

⁷⁸ A.G. GRASSO, *op. cit.*, 25.

⁷⁹ Precisamente in questa direzione si esprime invece l'ordinamento israeliano, ove l'effetto costitutivo del rapporto di filiazione è dipendente da un successivo controllo da parte del Tribunale, chiamato a emettere un "*parenthood order*", appunto subordinato alla verifica che la costituzione dello *status* corrisponde al migliore interesse del minore; cfr. E. MARTINELLI, *Procreazione e biotecnologie nel pensiero ebraico e nel sistema giuridico israeliano*, Torino, 2023, 169 ss.

fini della valutazione del *best interest* e per escludere che vi sia, dunque, stata lesione della dignità oggettiva del nato, sarebbe opportuno che tale “autorità terza” rispetto alle parti (che potrebbe, in ipotesi, consistere in un organo dalla composizione eterogenea come il nostro Tribunale per i minorenni) tenga in considerazione dei criteri da un lato attinenti all’instaurando rapporto tra la coppia committente e il nato quali, tra l’altro, l’età e l’idoneità dei genitori di intenzione a educare, istruire e mantenere il minore, e, dall’altro lato, relativi alla complessiva “operazione” posta in essere, valutando ad esempio se non vi sia stato scambio di denaro con la madre surrogata e se quest’ultima non intenda tenere con sé il minore⁸⁰.

4. Oltre la (sola) “dignità dell’essere umano” per una valorizzazione (altresi) della “dignità della persona” (nella singolare concretezza del caso concreto).

In ragione di tutto quanto sopra argomentato, si può per il momento concludere che il divieto posto dall’art. 12, co. 6, l. n. 40/2004 (“al netto” della già in apertura criticata “universalità” del medesimo) senz’altro si giustifica pur nella sua categoricità in luce del fondamentale bene giuridico che intende presidiare. E tuttavia, nella prospettiva della ricerca di una soluzione “irenica” del conflitto tra dignità oggettiva e dignità soggettiva (o, più semplicemente, tra dignità e libertà) che si è preannunciato di volere perseguire, non si tratta di una conclusione che può ritenersi esaustivamente definitiva⁸¹. Sebbene senz’altro legittimo e fondato, un simile divieto, nella sua onnicomprensiva *rigidità*, rischia cionondimeno di rivelarsi eccessivo e “stretto” in talune ipotesi, che potrebbero, in luce delle peculiari caratteristiche che presentano, esigere una differente soluzione.

Se deve, insomma, certamente rigettarsi la possibilità di una “onnipotente” libertà il cui spazio di azione possa esser definito da altro che dalla volontà della persona, nemmeno vuole essere per converso accolto un paradigma normativo che si esprime all’insegna di una altrettanto assoluta e tirannica concezione oggettiva della dignità dell’uomo: come autorevolmente affermato, invero, «non possono essere accolte quelle prospettive di ricostruzione del biodiritto che assolutizzano un solo punto di vista, qualunque esso sia - non soltanto l’autodeterminazione individuale, che concepita senza limiti implicherebbe già di per sé la destituzione di ogni altro valore -, dato che tutti i valori corrono il rischio di essere sovraccaricati. Del resto, per-

⁸⁰ Come ritiene, infatti, A.G. GRASSO, *op. cit.*, 85, «il rischio di mercificazione del nato è escluso dalla natura solidale della pratica e l’inserimento di quest’ultimo nella famiglia della coppia intenzionale potrebbe risultare la soluzione più confacente all’interesse del minore, dal momento che la madre surrogata non ha mai inteso svolgere funzioni materne nei suoi confronti».

⁸¹ Condivisibile A. RUGGERI, *La dignità*, cit., 394, quando afferma che «né il punto di vista soggettivo né quello oggettivo possono puntare, insensatamente, ad affermarsi in modo pieno l’uno sull’altro».

sino con riguardo alla dignità umana, [...] quest'ultima se sovraccaricata potrebbe a sua volta mortificare spazi di libertà individuale»⁸².

Ebbene, tanto premesso, occorre allora far ripartire il discorso dalle sue “fondamenta”, ovvero dal già evocato principio personalista, il quale pure non ha un solo volto, ma chiama invece il giurista ad esercitare un'arte che nel rifuggire le semplificazioni monolitiche sia capace di accogliere la *complessità del reale dei casi della vita*.

Ciò che qui più in particolare preme di mettere in evidenza, tornando alle considerazioni da cui si è sopra avviato il ragionamento, è che, invero, uno degli snodi focali intorno ai quali si consuma il passaggio dal “soggetto di diritto” della modernità alla “persona” della contemporaneità giuridica precisamente consiste in una rinnovata attenzione dell'ordinamento per la *concretezza della vita materiale* in cui il soggetto (ora, persona) è inserito⁸³. La persona, quale «struttura di valore», «essere assiologico»⁸⁴, nulla ha più della formale-astratta, “vuota e neutra ontologia” del soggetto di diritto, al quale diversamente restituisce «un corpo e un anima»⁸⁵. La persona, nuovo «paradigma di riferimento nella costruzione della giuridicità»⁸⁶, è «l'essere umano in concreto, ossia in carne e ossa, considerato nei suoi effettivi bisogni, nelle sue reali necessità di vita, nella sua irripetibile singolarità»⁸⁷. In quel dovere che l'art. 3, co. 2, cost. impone alla Repubblica di garantire le effettive, concrete condizioni di ordine economico e sociale affinché la persona possa liberamente perseguire il proprio pieno sviluppo si coglie a pieno la «dimensione vitale»⁸⁸ all'interno della quale la nostra Carta costituzionale la intende prescrittivamente collocare. Ancora, come è stato efficacemente ed autorevolmente affermato, in estrema sintesi il principio personalista «è inteso a soddisfare una precisa esigenza: l'*esigenza* che l'ordine giuridico si

⁸² A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 727 s., che efficacemente aggiunge: «alla dignità umana si dovrebbe ricorrere più come uno scudo giuridico, a un mezzo di tutela, che come ha una spada. Essa dovrebbe valere, in altre parole, soprattutto quando è attaccata dall'esterno e in generale a difesa dei più deboli, più che come uno strumento per limitare la libertà individuale. Certo, poiché la libertà, come gli altri diritti dell'uomo, si fonda sulla dignità, quest'ultima può entrare in gioco anche per giustificare l'indisponibilità di certi diritti, ma occorre grande cautela». Cfr. anche P. PERLINGIERI, *Principio personalista*, cit., 14 s. Più in generale, è lo stesso “sistema dei diritti fondamentali” che rifiuta la possibilità di concepire l'esistenza di principi-valori assoluti. Emblematiche in questo senso le parole di Corte cost., 9.5.2013, n. 85, § 9: «Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre “sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro” (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette». Più in generale, sul ruolo svolto dai principi nel sistema giuridico contemporaneo, si rinvia in particolare, oltre agli autori già richiamati, a G. VETTORI, *Regole e principi. Un decalogo*, in *Persona e mercato*, 2015, 51 ss.; ID., *La forza dei principi. Ancora un inizio*, ivi, 2019, 3 ss.; ID., *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020, 11 ss.

⁸³ Tra i molti, si rinvia specialmente a S. RODOTÀ, *Il diritto*, cit., 140 ss.

⁸⁴ L. MENGONI, *op. cit.*, 1135.

⁸⁵ A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo*, cit., 3.

⁸⁶ V. SCALISI, *L'ermeneutica*, cit., 66.

⁸⁷ V. SCALISI, *op. ult. cit.*, 8.

⁸⁸ L. MENGONI, *op. cit.*, 1136.

faccia carico e garante della massima espansione e realizzazione possibile della personalità individuale di ciascun essere umano dal punto di vista sia del suo pieno e integrale sviluppo sia delle sue fondamentali e insopprimibili prerogative e istanze di vita»⁸⁹.

Di qui, allora, l'evidente necessità di riempire di concretezza, di vita appunto, la stessa categoria della dignità, così inscindibilmente legata, come già osservato, alla persona e dunque di intenderla, riconoscerla e tutelarla oltre che alla stregua di “*dignità dell'essere umano*”, altresì come “*dignità della persona*” nella sua concretezza, assumendo, cioè, un nuovo, o meglio ulteriore (non sostitutivo), angolo visuale, che riguardi quest'ultima come titolare di dignità non solo in quanto (astrattamente) appartenente al genere umano (come dalla prospettiva della c.d. dignità oggettiva), ma anche in quanto (concreto) individuo singolare e irripetibile, con le sue specifiche esigenze, aspirazioni, inclinazioni (assumendo, dunque, la prospettiva della c.d. dignità soggettiva)⁹⁰. Ancora e in altri termini, insomma, la determinazione del contenuto di significato della dignità non può essere esclusivamente rimessa a una definizione che, assumendo a proprio unico referente un “ideale”, astratto “essere umano”, risulti rigidamente ed eteronomamente “data” come valida “in via definitiva” una volta e per sempre e per tutti; al contrario, l'esigenza di individualizzazione cui chiama quel principio cardine, nervatura fondamentale del sistema, che è il principio personalista impone che non si possa prescindere, anche nella definizione della dignità, dalla considerazione delle singolari condizioni in cui la persona che ne è titolare “esiste”, del concreto assetto materiale e valoriale all'insegna del quale la persona stessa, «non come parte di una moltitudine o come essere appartenente a un genere, ma [...] nella sua unicità e straordinarietà»⁹¹, ha definito la propria vita⁹².

⁸⁹ V. SCALISI, *L'ermeneutica*, cit., 23 (enfasi nel testo).

⁹⁰ Esemplari le parole di G.M. FLICK, *op. cit.*, 528: «Nel passaggio dalla definizione astratta del concetto alla concretezza della sua interpretazione, il legame tra la dignità e l'idea di persona costituisce la prima direttrice di sviluppo e di riflessione. La dignità può essere intesa cioè come un attributo e una qualificazione della persona in quanto tale, di tutte le persone; esse per definizione non possono non avere una dignità intrinseca ed uguale per tutti, a prescindere dalle condizioni concrete di ciascuno. La seconda direttrice di sviluppo della dignità è costituita dalla sua concretezza nel riferimento a ogni persona. È (e deve essere) un riferimento specifico alle caratteristiche e alle condizioni di essa; alle sue relazioni con gli altri; ai diritti che le vengono riconosciuti o negati ed ai doveri loro correlati; alle scelte di vita che la persona compie e ai loro riflessi sulla valutazione degli altri e quindi sulla dignità in concreto di quella persona».

⁹¹ W. HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi*, 2007, 65

⁹² Paradigmatico in questo senso il noto arresto della Suprema Corte nel c.d. “caso Englaro” (Cass., 16.10.2007, n. 21748, in *Corriere giur.*, 2007, 1676 ss., con nota di E. CALÒ, *La Cassazione “vara” il testamento biologico*; in *Nuove leggi civ. comm.*, 2008, 100 ss., con nota di A. VENCHIARUTTI, *Stati vegetativi permanenti: scelte di cure e incapacità*): «chi versa in stato vegetativo permanente è, a tutti gli effetti, persona in senso pieno, che deve essere rispettata e tutelata nei suoi diritti fondamentali, a partire dal diritto alla vita e dal diritto alle prestazioni sanitarie [...]. La comunità deve mettere a disposizione di chi ne ha bisogno e lo richiede tutte le migliori cure e i presidi che la scienza medica è in grado di apprestare per affrontare la lotta per restare in vita [...]. Lo reclamano tanto l'idea di una universale eguaglianza tra gli esseri umani quanto l'altrettanto universale dovere di solida-

Se, in conclusione, è certo dal principio personalista che può dirsi derivare quel limite della dignità umana che giustifica l'esistenza del divieto di maternità surrogata, è tuttavia in luce di tale medesimo principio che deve imporsi l'adozione di «un'ermeneutica di tipo casistico, la quale può giungere a derogare alla regola quando i tratti contestuali del caso concreto eccedono i suoi postulati applicativi e le sue *rationes*»⁹³.

Il che, sia chiaro, si ribadisce, non significa affatto rinnegare il limite della dignità oggettiva per nuovamente cadere nella fallacia di una onnipotente, egocentrica e solitaria volontà individuale, che si ritenga da sola capace di rimuovere disvalore a una pratica degradante per il mero fatto che il sottoporvisi non è ritenuto lesivo della “propria dignità”. Diversamente, quel che si intende dire è che, affermato e tenuto fermo quell'inderogabile limite, al quale corrisponde una generale regola di divieto, non è detto non si possano individuare dei *singolari casi* che, non vedendo violata la dignità della gestante oggettivamente intesa, chiamano, nella luce della *complessità* che connota ogni fattispecie concreta, a dare riconoscimento giuridico, attraverso una valutazione di liceità, ad una libera scelta che possa dirsi a sua volta capace di dare forma e sostanza alla dignità (soggettiva) di una persona che, nel compierla, altro non fa che praticare i valori all'insegna dei quali ha deciso di svolgere la propria personalità.

Si pensi al caso della sorella o comunque di una persona della cerchia familiare⁹⁴ o dell'amica “stretta” che per puro spirito di solidarietà, mossa da sincero, genuino e incondizionato sentimento di affetto, cogliendo con eccezionale sensibilità la lacerante sofferenza della coppia che non può avere figli (in quanto omosessuale o in quanto sterile) decida (libera, evidentemente, da qualsivoglia pressione o condizionamento), di renderle il “dono”

rietà nei confronti di coloro che, tra essi, sono i soggetti più fragili. Ma – accanto a chi ritiene che sia nel proprio miglior interesse essere tenuto in vita artificialmente il più a lungo possibile, anche privo di coscienza – c'è chi, *legando indissolubilmente la propria dignità alla vita di esperienza e questa alla coscienza, ritiene che sia assolutamente contrario ai propri convincimenti sopravvivere indefinitamente in una condizione di vita priva della percezione del mondo esterno. Uno Stato, come il nostro, organizzato, per fondamentali scelte vergate nella Carta costituzionale, sul pluralismo dei valori, e che mette al centro del rapporto tra paziente e medico il principio di autodeterminazione e la libertà di scelta, non può che rispettare anche quest'ultima scelta. [...] la ricerca della presunta volontà della persona in stato di incoscienza – ricostruita, alla stregua di chiari, univoci e convincenti elementi di prova, non solo alla luce dei precedenti desideri e dichiarazioni dell'interessato, ma anche sulla base dello stile e del carattere della sua vita, del suo senso dell'integrità e dei suoi interessi critici e di esperienza – assicura che la scelta in questione non sia espressione del giudizio sulla qualità della vita proprio del rappresentante, ancorché appartenente alla stessa cerchia familiare del rappresentato, e che non sia in alcun modo condizionata dalla particolare gravosità della situazione, ma sia rivolta, esclusivamente, a dare sostanza e coerenza all'identità complessiva del paziente e al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona» (enfasi aggiuntata).*

⁹³ R. SENIGAGLIA, *Pieno e libero*, cit.

⁹⁴ Cfr. A. RUGGERI e 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*, 2017, spec. 142 ss. e A. RUGGERI, *La maternità surrogata, ovverosia quando fatti e norme urtano col dettato costituzionale e richiedono mirati e congrui interventi riparatori da parte di giudici e legislatore*, in *Genius*, 2017, 60 ss.

della genitorialità⁹⁵. Ci si domanda, forse retoricamente, come può in tale atto non vedersi la manifestazione di una profonda *umanità*, ovvero di un profondo sentimento di comprensione del dolore dell'altro e di vicinanza, il quale sentimento conduce, quindi, a una libera decisione di compiere il “bene per l'altro”? Come può una simile libera scelta di svolgimento della propria persona⁹⁶ per il bene altrui non rappresentare una “*scelta degna*”?⁹⁷ E volendo “azzardare” a spingersi anche oltre, perché limitarsi al solo caso della persona legata da un rapporto di parentela o di amicizia? Non appare del tutto inconcepibile che un tale gesto possa essere finanche compiuto da un'estranea. Se invero lo stesso ordinamento contempla - seppure, certo, in diverso (e tuttavia affatto meno “tragico”) ambito - che per puro spirito di solidarietà una persona non appartenente alla cerchia familiare del ricevente possa decidere di donare da vivente un rene o parte del fegato (c.d. “donazione samaritana”)⁹⁸, perché non può essere altresì contemplata come possibile l'ipotesi che una persona, pur in alcun modo legata alla coppia, possa liberamente decidere di “donarle” la possibilità di essere genitori?

In verità, parrebbe agilmente replicabile, perché vi osta, come detto, la dignità oggettivamente intesa: come affermato dalle Sezioni Unite, «la riduzione del corpo della donna ad incubatrice meccanica, a contenitore di una vita destinata ad altri» costituisce *già di per se stessa* irreparabile offesa alla dignità umana della donna, *a prescindere* dalle ragioni che muovono la decisione di prestarsi alla pratica surrogata. Al riconoscimento delle ipotesi di cui sopra pare, insomma, tornare a fraporsi, invalicabile, il divieto di “oggettificazione” della donna (o meglio, della umanità di cui essa è portatrice).

E tuttavia, non si riesce a placare l'idea che, in fondo, qualcosa “strida” in tale ultima conclusione, la quale in definitiva conduce ad una “*assoluta*” prevalenza di una nozione di dignità oggettiva che si erge *a totale sopraffazione* di una dignità soggettivamente intesa, che rimane, in tale quadro, appunto completamente sacrificata. Richiamando in soccorso le parole di autorevole dottrina⁹⁹, quel che in particolare lascia insoddisfatti nella «analogia tra corpo della surrogata e macchina incubatrice» è il fatto che (ed è precisamente in ciò che si riesce a cogliere la totale prevalenza di una nozione oggettiva della dignità che tirannicamente annichilisce quella soggettiva) si «attribuisce un ruolo determinante ad un aspetto materialistico [...] del tutto, e artificialmente, separato dai contenuti emotivi e dai valori per i quali si presta». Invero, «se guardassimo con gli stessi occhi al trapianto tra vivi, dovremmo dire che si lede la dignità perché il corpo del donante è trattato come un deposito di pezzi di ricambio», ma «la dignità della condotta uma-

⁹⁵ A.G. GRASSO, *op. cit.*, *passim*.

⁹⁶ A.G. GRASSO, *op. ult. cit.*, 131.

⁹⁷ Cfr. V. SCALISI, *Maternità surrogata: come «far cose con regole*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1100.

⁹⁸ «Si tratta di una “estraneità totale” tra donatore e ricevente, non solo fisica (genetica o di consanguineità), ma anche psicologica (in assenza di legame affettivo o di conoscenza) senza nessuna forma di “ritorno” o “compenso” (anche indiretto)»; così il COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *La donazione da vivo del rene a persone sconosciute (c.d. donazione samaritana)*, 23.04.2010, 4. Cfr. anche I. AMBROSI e M. D'AURIA, *La donazione «samaritana» di organi*, in *Fam., pers. e succ.*, 2010, 558 ss.

⁹⁹ P. ZATTI, *op. cit.*, 222.

na non risiede [*n.d.r.*, esclusivamente] nei suoi connotati materiali, e neppure nelle sue funzionalità oggettive, ma [*n.d.r.*, altresì] nei valori che cerca di esprimere».

Come sopra già anticipato, occorre, allora, tornare a quell'invalicabile divieto di "oggettificazione", che impone di essere meglio e più precisamente definito, non apparendo, per quanto detto, condivisibile l'assolutistica conclusione che finisce con l'apoditticamente considerarvi sussumibile il *solo fatto in se stesso* della gestazione per altri, con irrecuperabile sacrificio di qualsivoglia considerazione per il contesto materiale e valoriale nell'ambito e all'insegna del quale quella scelta sia stata compiuta.

Se, come detto, il rapporto tra dignità e libertà va anzitutto ricostruito nei termini per cui la prima costituisce limite alla seconda in tanto in quanto si esprime nella impossibilità per la persona di negare la propria umanità facendo di se stessa "oggetto", ebbene, alla luce della già rilevata *indivisibilità* che lega le due categorie in parola¹⁰⁰, affatto peregrino appare determinare il più preciso significato di tale ultimo approdo (il divieto di oggettificazione) appunto secondo la prospettiva di una "biunivoca visione integrata" tra dignità e libertà: ricostruendo la libertà a sua volta come attributo insopprimibile della persona umana e della sua dignità, invero, "farsi oggetto" riesce, in tale luce, ad essere senza difficoltà ricostruito nel significato di "privare di libertà la propria persona assoggettandola a un volere altrui"¹⁰¹ (con inammissibile rientro della "logica dell'avere" nello "spazio dell'essere"). Ecco che allora quel che appare violare il divieto di oggettificazione non è tanto la decisione in sé di disporre il proprio corpo ad una gestazione per conto di altri, quanto invece, più precisamente, quella di "impegnare" la propria persona a svolgere la gestazione medesima *nella cornice di un rapporto obbligatorio*¹⁰². Il divieto in parola, può, insomma, meglio definirsi come divieto di *contrattualizzazione* della pratica surrogata, il che peraltro, è bene precisare, costituisce concetto senz'altro più ampio del mero divieto di patrimonializzazione espresso dal richiamato art. 3, par. 2, lett. c, Carta UE: se non è, dall'un lato, la gestazione in se stessa ciò che appare inaccettabile violazione della dignità, indisponibile alla libertà di autodeterminazione della sua stessa titolare, dall'altro lato certo non basta la gratuità dell'operazione a definirne lo spazio di liceità, essendo più rigorosamente

¹⁰⁰ Si rinvia, tra gli altri, a S. RODOTÀ, *Editoriale*, cit., 4.

¹⁰¹ «io posso dirmi padrone di me solo in ragione e nei limiti della dignità, che esige (o piuttosto coincide) con la condizione in cui non si può essere fatti strumento di scopi e oggetto di decisioni altrui»; così P. ZATTI, *op. cit.*, 46.

¹⁰² Si rinvia più diffusamente alle riflessioni di A.G. GRASSO, *op. cit.*, 109 ss., spec. 121 s., ove si parla di «condotta ontologicamente inidonea a formare oggetto di un vincolo obbligatorio giuridicamente coercibile», la quale tuttavia – del tutto evidentemente – costituisce «ad un tempo il necessario presupposto affinché i genitori intenzionali possano conseguire la posizione giuridica oggetto dell'accordo iniziale». «Non è, peraltro, dubbio [aggiunge l'a.] che la maternità surrogata relazionale presupponga nei fatti un progetto o un programma condiviso, se si preferisce un'intesa, (che potrebbe anche assumere le vesti "grafiche" di una promessa), la quale non attribuisce però posizioni giuridiche formali, apprezzandosi, piuttosto, quale "sintesi di comportamenti individuali che reagiscono reciprocamente in funzione di uno scopo pratico determinato": intesa connotata da quell'imprescindibile elemento di spontaneità che la rende inidonea a far sorgere obbligazioni, tanto civili quanto naturali» (enfasi nel testo).

imposto, affinché non sia violato il divieto di oggettificazione a presidio della dignità oggettiva, che la libera scelta, espressione della dignità soggettiva della gestante surrogata, non si sia espressa nella forma di un rapporto obbligatorio. Il che, dunque, si traduce a sua volta nella non vincolatività (e, quindi, nella impossibilità di coattiva esecuzione) di qualsivoglia “accordo” di maternità surrogata (dovendo sempre restare libera la gestante di “ripensare” l’“impegno” preso)¹⁰³, e, altresì di conseguenza, nella inesistenza di un diritto al risarcimento in capo ai genitori committenti per l’ipotesi in cui la surrogata (appunto, libera di “ripensarci”) decida di esercitare il suo diritto ad essere riconosciuta come madre¹⁰⁴.

Dentro a questi più precisi confini, si ritiene, può intravedersi, nella luce di quanto già sopra argomentato, uno spazio per il riconoscimento di situazioni singolari che non hanno ragione di cadere nel cono d’ombra del divieto¹⁰⁵.

5. Sintesi, due corollari e due “provocatorie suggestioni” conclusive.

Al netto della sua “universalistica” portata, la cui problematicità è stata esposta in apertura, un primo punto fermo inferibile dall’analisi svolta è anzitutto da rinvenire nel fatto che il divieto categorico sancito dall’art. 12, co. 6, l. n. 40/2004 può senz’altro dirsi legittimo in quanto posto a tutela della dignità oggettiva, principio-valore¹⁰⁶ fondamentale derivante dalla centrale preminenza della persona umana nell’ordinamento, che, come tale, si pone quale irrinunciabile limite alla libertà di autodeterminazione della medesima persona che ne è titolare, alla quale è intrinsecamente sottratta la possibilità di disporre della propria “umanità”. Il divieto, si è peraltro avuto modo di osservare, terrebbe anche nell’ipotesi in cui vi si volesse diversamente porre

¹⁰³ Cfr. A. RUGGERI e C. SALAZAR, *op. cit.*, 146.

¹⁰⁴ A.G. GRASSO, *op. cit.*, 182.

¹⁰⁵ Certo, va altresì con onestà riconosciuto, non infondate appaiono, rispetto alla ricostruzione di cui sopra, le obiezioni mosse da V. CALDERAI, *La dignità umana, legal irritant del XXI secolo. Note minime sulla (in)disponibilità dei diritti inviolabili dopo S.U. 38162/2022*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 672, la quale riporta: «in tutto il mondo il modello cosiddetto altruistico arretra di fronte all’avanzata della surrogazione commerciale. Le ragioni di questo scacco si annidano nei costi di transazione insostenibili di una maternità di sostituzione autenticamente altruistica e ispirata al principio della extra-patrimonialità del corpo e degli status: in assenza di incentivi economici adeguati, non abbastanza donne sono disposte a farsi carico dell’onere fisico e psicologico di una gravidanza; in mancanza di efficaci garanzie *ex ante* in merito all’esecuzione di accordi esposti a un gran numero di sopravvenienze, troppi aspiranti genitori preferiscono andare all’estero, piuttosto che sottostare alla discrezionalità di una sconosciuta e a pervasivi controlli giurisdizionali e amministrativi». Sulla stessa linea, la medesima a. parla altrove di uno «scarto tra la surrogazione di maternità come vorremmo che fosse, espressione altruista e relazionale di autodeterminazione procreativa, e quale è veramente: un prodotto estremo e rischioso della convergenza tra tecnologie riproduttive, individualismo possessivo, competizione regolatoria»; così V. CALDERAI, *Il dito*, cit., 302.

¹⁰⁶ G. ALPA, *Attuazione e attualità della Costituzione: il caso dei diritti della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, 416.

a fondamento una nozione di dignità soggettivamente intesa¹⁰⁷: affatto irragionevole, invero, nella c.d. logica della «china scivolosa», potrebbe dirsi una simile generale preclusione posta in via preventiva e precauzionale a salvaguardia di quei soggetti più vulnerabili che, in assenza di quello stesso divieto, potrebbero essere indotti a compiere una decisione non effettivamente libera.

Epperò, questo un secondo passaggio, da quanto argomentato è altresì emerso che non si tratta di un divieto del tutto inscalfibile. Come osservato, infatti, è lo stesso principio personalista (inscindibilmente legato a quello di dignità) che può imporre, attraverso l'adozione di un approccio casistico, di guardare oltre la rigidità della immutabile soluzione preconstituita dalla fattispecie astratta a tutela della *dignità dell'essere umano*, per non trascurare la complessità multiforme dei casi concreti della vita, che vedono coinvolta la *dignità di persone "in carne e ossa"*. Ecco che, allora si è rilevato, negli intercapedini del divieto si possono aprire degli "spazi di liceità", alle precise condizioni che sono state individuate a più puntuale declinazione dell'invalidabile limite della dignità oggettiva: *i)* dal divieto di "oggettificazione" della gestante, si è argomentata l'esistenza non solo di un (peraltro, espresso, "codificato") divieto di patrimonializzazione della prestazione di gestazione per altri, ma, più radicalmente, di una sua deduzione nei canoni di un vincolante rapporto obbligatorio; *ii)* dal divieto di "oggettificazione" del minore, si è rilevata in ogni caso la necessità di una verifica da parte di un'autorità terza che la costituzione dello *status filiationis* con i genitori intenzionali effettivamente corrisponda al suo concreto *best interest*¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Come nella ricostruzione (poi, come noto, non accolta dalla citata Cass., S.U., 30.12.2022, n. 38162) di cui all'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, Cass., 21.1.2022, n. 1842, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 1047 ss., con nota di A. FEDERICO, *La «maternità surrogata» ritorna alle Sezioni Unite* e in *Giur. it.*, 2022, 1825, con nota di U. SALANITRO, *Maternità surrogata e ordine pubblico: la penultima tappa?*: «non può non ritenersi che la donna, che accetta di portare a termine una gravidanza anche nella prospettiva di non diventare la madre del bambino che partorirà, è in una condizione di soggezione che può essere considerata non lesiva della sua dignità solo se sia il frutto di una scelta libera e consapevole, indipendente da contropartite economiche e se tale scelta sia revocabile sino alla nascita del bambino. Se queste condizioni non sussistono e non sono effettive nell'ordinamento del paese in cui avviene la procreazione mediante gestazione per altri la violazione della dignità della donna assume un rilievo talmente importante da consentire il rifiuto della delibazione (e della trascrizione) sempre però in una ottica di valutazione, caso per caso, della soluzione che rispetti anche gli interessi del minore. Al contrario se queste condizioni sono esistenti e sono state rispettate il bilanciamento basato sul diniego aprioristico di riconoscimento degli effetti della sentenza straniera (o dell'atto formato all'estero) assume una connotazione di non inerenza alla soluzione di un concreto e attuale conflitto perché inconfidente rispetto all'esigenza di tutela della dignità donna cui l'ordinamento straniero ha riconosciuto una libertà di scelta su una decisione che coinvolge la sua sfera personalissima di autonomia decisionale». V. anche A. GORGONI, *Surroga di maternità all'estero e stato di figlio in Italia: la parola ancora alle sezioni unite*, in *Persona e mercato*, 2022, 1 ss. Per una lettura critica dell'ordinanza citata, cfr. V. CALDERAI, *La tela strapata di Ercole. A proposito dello stato dei nati da maternità surrogata*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 1109 ss.

¹⁰⁸ Al ricorrere di tali stringenti condizioni, si ritengono scongiurati i timori e le obiezioni espressi da V. CALDERAI, *Il dito*, cit., 303, secondo cui «la surrogazione di maternità presuppone atti negoziali coercibili di disposizione di status familiari e diritti inviolabili, direttamente efficaci nei confronti di terzi *extranei* agli accordi e massimamente vulnerabili, nei

Nel rispetto di tali invalicabili condizioni e laddove, quindi, il limite della dignità oggettiva non possa dirsi violato, si apre spazio alla possibilità di valorizzazione di una scelta di solidarietà che, costituendo manifestazione della dignità soggettivamente intesa, della libertà di svolgimento della persona, appare, da un lato, *in concreto inoffensiva* rispetto al bene giuridico tutelato dal divieto e, dall'altro lato, *meritevole di riconoscimento e tutela*.

In altri termini, due sono, anzitutto, i corollari che, dal ragionamento svolto, pare di poter fare discendere rispetto alle pratiche di maternità surrogata svolte all'estero: l'uno si esplica sul piano dell'applicabilità della sanzione penale, l'altro su quello della valutazione di conformità all'ordine pubblico internazionale dell'atto di nascita o comunque del provvedimento da cui risulta lo *status* genitoriale.

Dalla prospettiva penalistica può sostenersi, in virtù di quanto sopra, la non punibilità di quelle condotte che, pur corrispondenti al fatto tipizzato dall'art. 12, co. 6, l. n. 40/2004, risultino, in quanto svolte nel perimetro delle condizioni puntualmente individuate, in concreto inoffensive. Se è vero, infatti, come ricorda la stessa Corte costituzionale, che, pur ammessa la non contrarietà al principio di offensività della fattispecie astratta, «resta d'altra parte ferma, in ogni caso, l'operatività del principio di offensività nella sua proiezione concreta e, dunque, il potere-dovere del giudice comune di escludere la configurabilità del reato in presenza di condotte che, in rapporto alle specifiche circostanze, si rivelino concretamente prive di ogni potenzialità lesiva»¹⁰⁹, allora ben potrà escludersi, appunto per mancanza di offensività nella fattispecie concreta, la punibilità per il reato di cui all'art. 12, co. 6, l. n. 40/2004 in tutti i casi in cui risultino rispettate le condizioni di cui si è detto¹¹⁰.

Dalla prospettiva internazionalprivatistica della riconoscibilità dell'atto formato all'estero attestante la costituzione dello *status filiationis*¹¹¹: se è vero che la ragione per cui viene in linea generale negata la trascrivibilità automatica dell'atto risiede in una valutazione di incompatibilità con l'ordine pubblico internazionale in quanto il riconoscimento medesimo si esprimerebbe in violazione del valore fondante della dignità (oggettivamen-

cui confronti la sola garanzia giurisdizionale si riduce nel migliore dei casi a un vaglio meramente formale sul contratto».

¹⁰⁹ Corte cost., 7.6.2019, n. 141, cit., § 7.3.

¹¹⁰ In termini più precisi, in presenza di un fatto tipico ma inoffensivo, la formula assolutoria sarà quella per cui “il fatto sussiste ma non costituisce reato”. In alternativa, può altresì immaginarsi l'applicabilità della causa di non punibilità di cui all'art 131 *bis* c.p., ai sensi del cui 1° co., infatti, «nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel minimo a due anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'articolo 133, primo comma, anche in considerazione della condotta susseguente al reato, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale» (l'applicazione dell'art. 131 *bis* c.p., tuttavia si noti, comporta l'assoluzione con formula di minore favore: “perché il fatto non è punibile”).

¹¹¹ Per una più che esaustiva ricognizione dell'evoluzione dell'annosa questione in parola fino a (prima della) più recente Cass., S.U., 30.12.2022, n. 38162, cfr. A.G. GRASSO, *op. cit.*, 193 ss.

te intesa)¹¹², ebbene nella misura in cui sia accertabile il rispetto delle condizioni di cui si è detto, e dunque ancora l'inoffensività della condotta rispetto al bene tutelato, in concreto *non lesa*, pare cadere l'obiezione di contrarietà all'ordine pubblico internazionale e quindi, con essa, l'intrascrivibilità dell'atto¹¹³.

Due ulteriori considerazioni (o provocazioni, se si vuole) pare di poter, infine, svolgere.

La “delimitazione” del divieto di maternità surrogata al “divieto di oggettificazione” dell'essere umano (inferibile dalla critica analisi del bene giuridico, la dignità, che il medesimo categorico divieto intende salvaguardare) e, conseguentemente, la più specifica declinazione del secondo nelle più puntuali condizioni individuate, consentono, come visto, di illuminare, seppure solo “in controluce”, gli spazi entro i quali quello stesso divieto, non intaccato nella sua *ratio* fondante, può conoscere delle casistiche eccezioni. Ma volendo speculativamente spingersi oltre, le riflessioni svolte possono finanche condurre ad affermare “qualche cosa di più”, ovvero la astratta possibilità, la “pensabilità”, di una disciplina della maternità surrogata che non si esaurisca in un (pur legittimo) categorico divieto, ma che invece elevi a “regola” quel definito “spazio di liceità” qui “ritagliato” per la sola soluzione di singolari fattispecie concrete che, per le ragioni dette, paiono appunto collocarsi fuori dalla *ratio* giustificativa del divieto. Se si riesce a concordare con le argomentazioni esposte, il passo successivo è, in altri termini, la smentita dell'assunto alla stregua del quale il divieto di surrogata costituirebbe, in luce del bene che vuole tutelare, un divieto “costituzionalmente vincolato”¹¹⁴, giacché, diversamente, una disciplina della maternità surrogata *nel rispetto delle condizioni di cui si è detto* non parrebbe potersi tacciare di incostituzionalità, risultandone in ogni caso tutelato il principio-valore fondante della dignità umana.

La seconda considerazione è ancor più provocatoriamente speculativa; invero, non è più di una “suggerzione”, la quale richiede una certo più ampia e dedicata indagine a sé, che ci si propone di svolgere nel futuro. Tutta l'analisi condotta ha avuto come unico (benché “sdoppiato”) centro di attenzione la dignità: la categoricità del divieto di maternità surrogata, si è avuto più volte modo di ribadire, si giustifica in quanto a tutela di tale bene fon-

¹¹² «Il riconoscimento *ab initio*, mediante trascrizione o delibazione del provvedimento straniero di accertamento della genitorialità, dello *status filiationis* del nato da surrogazione di maternità anche nei confronti del committente privo di legame biologico con il bambino, finirebbe in realtà per legittimare in maniera indiretta e surrettizia una pratica degradante»; così Cass., S.U., 30.12.2022, n. 38162, cit., § 21.1.

¹¹³ A nulla rilevando, ancora, la “universalità” della condotta tipizzata dall'art. 12, co. 6, l. n. 40/2004 di cui già si è detto: per quanto appena sopra argomentato, infatti, al ricorrere di quelle medesime condizioni individuate, ben si ritiene esservi spazio per una valutazione concreta conducente alla non punibilità; in altri termini, alquanto contraddittoria apparrebbe da un lato la non punibilità della condotta, accertata la inoffensività concreta della medesima, e dall'altro lato il non riconoscimento dello *status* costituito all'estero in seguito a quella stessa condotta inoffensiva di quel medesimo bene giuridico per la tutela del quale è posto il divieto interno ed è affermata l'intrascrivibilità dell'atto straniero.

¹¹⁴ Cfr. E. BILOTTI, *La tutela dei nati a seguito di violazione dei divieti previsti dalla l. n. 40/2004. Il compito del legislatore dopo il giudizio della Corte costituzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 928.

damentale, restando per converso implicito (non abbisognando, nell'economia del discorso, di essere evidenziato) che *alcun altro interesse fondamentale della persona parrebbe venire in rilievo* nelle fattispecie in esame. Ebbene, precisamente sotto tale angolo visuale, il quadro ricostruito cambia, o forse addirittura “crolla”, potendo quel divieto, in quanto *categorico*, non apparire più ragionevole, se e nella misura in cui riuscisse ad essere positivamente dimostrata la “equivalenza valoriale” - la quale chiamerebbe alla necessità di un bilanciamento (e quindi, appunto, di un rifiuto di un divieto categorico) - del contrapposto interesse in gioco (mai, fino ad ora, qui espressamente menzionato), ravvisabile nel “desiderio di genitorialità” della coppia che ricorre alla maternità surrogata: se invero, allo stato, salda sembra la posizione che nega l'esistenza di un “diritto alla genitorialità”¹¹⁵ (relegando tale interesse precisamente a mero desiderio, di per se stesso non tutelabile), laddove si riuscisse diversamente ad argomentarne la natura di diritto fondamentale della persona, certo si imporrebbe l'esigenza di una riflessione più articolata e complessa.

¹¹⁵¹¹⁵ Cfr. Corte cost., 23.10.2019, n. 221, in *Corr. giur.*, 2019, 1460 ss., con nota di G. RECINTO, *La legittimità del divieto per le coppie same sex di accedere alla PMA: la Consulta tra qualche “chiarimento” ed alcuni “revirement”*, e Corte cost., 20.10.2020, n. 230, in *Fam. dir.*, 677 ss., con nota di M. DOGLIOTTI, *Due madri e due padri: qualcosa di nuovo alla Corte costituzionale, ma la via dell'inammissibilità è l'unica percorribile?*. Sul punto, v. anche il commento di M. BIANCA, *La genitorialità d'intenzione e il principio di effettività. Riflessioni a margine della decisione della Corte Costituzionale n. 230 del 2020*, in *Giustizia insieme*, 2020, 1 ss.

