

VALENTINA CALDERAI

*La nottola di Minerva. Osservazioni sui  
fondamenti etico-politici dei modelli  
regolatori della surrogazione di maternità tra  
teoria e ideologia.*

ABSTRACT

L'articolo esamina i fondamenti ideologici dei diversi modelli di regolamentazione della maternità surrogata nei sistemi giuridici occidentali. L'analisi comparata della giurisprudenza americana ed europea mostra come queste differenze teoriche si manifestino in soluzioni giuridiche concrete, dall'esecuzione dei contratti al riconoscimento degli atti di nascita stranieri, e come la scelta tra i diversi modelli regolatori rifletta l'identità costituzionale 'profonda' e diverse concezioni del rapporto tra mercato e diritti fondamentali. L'analisi conclude esaminando come tali fondamenti ideologici influenzino l'applicazione dell'eccezione di ordine pubblico nel diritto internazionale privato, evidenziando la dimensione politica delle proposte di regolamento UE sul riconoscimento transfrontaliero della filiazione.

*This article examines the ideological foundations of different regulatory approaches to surrogate motherhood in Western legal systems. Through comparative analysis of American and European jurisprudence, it demonstrates how contrasting conceptions of human dignity manifest in concrete legal solutions, from contract enforcement to the recognition of foreign birth certificates. It argues that the choice between different regulatory models reflects deeper constitutional identities and conceptions of the relationship between market and fundamental rights. The analysis concludes by examining how these ideological foundations influence the application of public policy exception in private international law, highlighting the political dimension of proposed EU regulations on cross-border recognition of parentage.*

PAROLE CHIAVE

Surrogazione di maternità, Dignità umana, Diritto costituzionale, Regolamentazione del mercato, Diritto internazionale privato

KEY WORDS

*Surrogacy, Human dignity, Constitutional law, Market regulation, Private international law*



VALENTINA CALDERAI\*

LA NOTTOLA DI MINERVA.  
OSSERVAZIONI SUI FONDAMENTI ETICO-POLITICI DEI MODELLI  
REGOLATORI DELLA SURROGAZIONE DI MATERNITÀ TRA  
TEORIA E IDEOLOGIA

SOMMARIO: 1. All'ombra della competizione regolatoria. 2. Per un regolamento dei confini (tra diritto e non diritto). 3. (Segue) Un chiarimento sul concetto di dignità umana (*Auctoritas, non veritas*). 4. (Segue) Un *caveat*. 5. I fondamenti ideologici dell'eccezione di ordine pubblico. 6. Tre conclusioni.

## 1. All'ombra della competizione regolatoria

I problemi giuridici sollevati dal mercato della riproduzione umana non si prestano alle analisi chiuse nel cerchio del metodo sistematico civilistico classico. Le ragioni trascendono l'«interferenza» tra diritto, etica e politica<sup>1</sup>, che pure è cruciale, ma toccano la questione più generale e al tempo stesso profonda del condizionamento reciproco tra economia e diritto<sup>2</sup>. La libera circolazione di beni e servizi in un'economia globalizzata presuppone la libera circolazione delle regole nazionali<sup>3</sup>, alla stregua di «uno dei fattori della produzione verso i quali si concentra la scelta dell'operatore economico»<sup>4</sup>, nel quadro della lotta tra gli Stati per attrarre

---

\* Università di Pisa.

<sup>1</sup> M. DELLACASA, *Una riflessione sulla gestazione per altri: tra accordo e stato*, in *Liber Amicorum per Paolo Zatti*, II, Napoli 2023, 1627-1646.

<sup>2</sup> D. KENNEDY, *Three Globalization of Legal Thought: 1850-2000*, in D. TRUBEK, A. SANTOS (eds.), *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, New York 2006, 19-73.

<sup>3</sup> K. PISTOR, *The Code of Capital. How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton-Oxford 2019, 132 ss.

<sup>4</sup> Così A. ZOPPINI, *La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici*, in ID. (a cura di), *La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici*, Roma-Bari 2004, 5-40, 5; ID., *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna 2020.

investimenti e conquistare quote del mercato delle regole e dei diritti<sup>5</sup>. In assenza di strumenti complessi e costosi di unificazione normativa, la funzione di cerniera tra (i pochi) *rule-makers* e (la maggioranza di) *rule-takers* è assolta dal diritto internazionale privato, che determina le condizioni per il riconoscimento e l'efficacia *extra ordinem* del diritto straniero<sup>6</sup>. All'insegna della massimizzazione delle opportunità individuali, e al prezzo del sacrificio dei *losers* della globalizzazione<sup>7</sup>, circolano così assetti societari, regole della concorrenza e dei tributi, del lavoro, del consumo, del credito, dell'ambiente e, naturalmente, status familiari<sup>8</sup>: «Capital coded in portable law is footloose; gains can be made and pocketed anywhere and the losses can be left wherever they fall»<sup>9</sup>.

La competizione regolatoria trasforma la dialettica tra cambiamento sociale e sistema giuridico, inteso nel senso contemporaneo di «orizzonte di controllo del 'problema', ovvero del conflitto che è oggetto dell'analisi giuridica»<sup>10</sup>. Nel secolo passato, le tensioni tra nuove identità sociali e il soggetto astratto delle codificazioni civili si consumavano nella cornice imperfetta, ma unitaria, dell'ordinamento dello Stato nazionale (e poi costituzionale e sociale) di diritto. Perduto, col monopolio delle regole, il monopolio delle qualificazioni giuridiche, gli Stati contemporanei

---

<sup>5</sup> Sui potenziali effetti distorsivi dei “*law markets*” H.W. SINN, *The New System Competition*, Oxford 2003; R. MICHAELS, *Make or Buy – a Public Market for Legal Transplants?*, in H. EIDENMÜLLER (ed.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution*, München 2013, 45-55; J. STARK, *Law for Sale*, Oxford 2019, specialmente i capitoli 4 e 5; A. NICOLUSSI, *Europa e cosiddetta competizione tra ordinamenti giuridici*, in A. PLAIA (a cura di), *La competizione tra ordinamenti giuridici*, Milano 2007, 21-72. Con particolare riferimento al *forum shopping* e ai limiti del diritto internazionale privato di fronte al mercato transnazionale della riproduzione: I. PRETELLI, *La gouvernance du ius shopping en matière de santé reproductive. Entre droit international privé et déclinaisons culturelles des droits humains*, in I. PRETELLI, G.P. ROMANO, T. ROSSI (éds.), *Tui memores. La dimension culturelle du droit international privé*, Genève-Zurich 2017, 241-275, 266 ss.

<sup>6</sup> E.A. O'HARA, L.E. RIBSTEIN, *The law market*, Oxford-New York 2009, 37-64.

<sup>7</sup> A. ROBERTS, N. LAMP, *Six Faces of Globalization: Who Wins, Who Loses, and Why it Matters*, Cambridge (Mass.) 2021; D. RODRIK, *Straight Talk on Trade. Ideas for a Sane World Economy*, Princeton 2018.

<sup>8</sup> O'HARA, RIBSTEIN, *Law market* cit., 161-181.

<sup>9</sup> PISTOR, *Code of Capital* cit., 9.

<sup>10</sup> U. BRECCIA, *Discorsi sul diritto*, Pisa 2018, 387, svolgendo un tema classico di L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus* 5 (1976) 4-40.

attingono nuova legittimazione dal ruolo di garanti del funzionamento del mercato<sup>11</sup> e dalla partecipazione ai *network* regolatori transnazionali<sup>12</sup>. Come per magia, i conflitti distributivi delocalizzati spariscono dall'agenda politica e sociale, per riaffiorare nella forma de-politicizzata della tutela degli *human rights* secondo le regole del diritto internazionale e della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

La devoluzione delle tutele dal diritto nazionale al diritto internazionale, tuttavia, non accade perché nel secondo i diritti individuali siano più tutelati, o tutelati a un livello più alto, rispetto al primo<sup>13</sup>, ma per ragioni in un certo senso opposte, inscritte nell'architettura di un sistema «realizzato da e per gli Stati»<sup>14</sup>. Uno standard universale di tutela dei diritti individuali contro le violazioni perpetrate dai poteri pubblici di un gran numero di Parti aderenti, diverse per storia, istituzioni, cultura, necessariamente dev'essere minimo, vale a dire, deve astrarre da considerazioni di natura sistematica, politica, economica, etica e quant'altro possa giustificare, oltre il margine di apprezzamento nazionale, la conformazione dei diritti umani come «espressione di un compromesso tra beni sociali in competizione tra di loro all'interno della comunità politica di riferimento»<sup>15</sup>.

Nel modello dello Stato costituzionale di diritto, per contro, la tutela dei diritti fondamentali nei rapporti privati resta ancorata alla rilevanza dei conflitti d'interesse e alla determinazione di criteri di valutazione delle situazioni giuridiche in conflitto. Forse in nessun luogo del diritto italiano dei rapporti familiari il processo di ridefinizione dei criteri che limitano

---

<sup>11</sup> H.W. MICKLITZ, *Social Justice and Access Justice in Private Law*, in *Persona e Mercato* (2012) 73-95.

<sup>12</sup> A. AFILALO, D. PATTERSON, *Statecraft and the Foundations of European Union Law*, in J. DICKSON, P. ELEFTHERIADIS (eds.), *Philosophical Foundations of European Union Law*, Oxford 2012, 275-276.

<sup>13</sup> Per la prospettiva che invita a leggere diritto convenzionale e diritti nazionali come parti coerenti di un processo di espansione delle libertà individuali: R.G. CONTI, *Il sistema di tutela multilivello e l'interazione tra ordinamento interno e fonti sovranazionali*, in *Questione Giustizia* 4 (2016) 89 ss.

<sup>14</sup> J.H.H. WEILER, *Diritti umani, costituzionalismo ed integrazione: iconografia e feticismo*, in *Quaderni Costituzionali* 3 (2002), 521-536. Adde: P. RESCIGNO, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto privato (famiglia, proprietà, lavoro)*, in *Rivista di diritto civile* 48 (2002) 325-331.

<sup>15</sup> WEILER, *Diritti umani* cit., 534.

l'esercizio dei poteri di autonomia è evidente come nelle relazioni tra genitori e figli<sup>16</sup>. In un sistema «paidocentrico»<sup>17</sup>, l'espansione dell'autonomia è per forza cose limitata ai rapporti simmetrici, mentre i rapporti asimmetrici tra figli e genitori rimangono presidiati da norme inderogabili di tutela e dalla perdurante significanza dello *status* filiale come posizione giuridica indisponibile all'autonomia privata<sup>18</sup>.

Le considerazioni che precedono toccano il cuore del problema etico e politico del mercato della surrogazione di maternità. Nelle decisioni relative all'*an* e al *quomodo* del riconoscimento del provvedimento straniero costitutivo dello status, l'interesse dell'istante entra in tensione con valori di rango costituzionale, radicati in intuizioni storicamente situate della giustizia. Per questo aspetto, il senso della richiesta (*de iure condito*) di trascrizione automatica e integrale del titolo dello stato straniero e delle iniziative (*de iure condendo*) di regolamentazione del mercato per mezzo di

---

<sup>16</sup> Secondo un'opinione largamente condivisa, al «logoramento della relazione logica e giuridica tra la famiglia e gli individui/soggetti che ne fanno parte» (C. CAMARDI, *Diritti fondamentali e status delle persone*, in *Rivista critica del diritto privato* [2015] 8) non corrisponde nel diritto interno il puro e semplice rafforzamento dell'autonomia, quanto la redistribuzione delle responsabilità, con eventuale espansione e aggravio dei vincoli di eteronomia (R. SENIGAGLIA, *Genitorialità tra biologia e volontà, tra fatto e diritto, tra essere e dover essere*, in *Europa e diritto privato* 3 [2017] 953-1010). Rispetto al passato è cambiata insomma la norma di riconoscimento degli interessi in conflitto, che più non protegge la famiglia in quanto tale, né tollera discriminazioni fondate sull'appartenenza all'istituzione familiare (V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dell'unità d'Italia a oggi. I, Dalla «famiglia istituzione» alla «famiglia comunità»: centralità del «rapporto» e primato della «persona»*, in *Rivista di diritto civile* 5 [2013] 1043-1061; A. RENDA, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Milano 2013, 67) ma restano i conflitti d'interesse, che in un ordinamento pluralistico delle relazioni private del resto non possono mai venire meno. Sull'interesse degli adulti alla genitorialità quale posta in gioco della trascrizione automatica del titolo dello stato straniero, mascherato dalla «formula suadente» della tutela del minore: A. RENDA, *Ancora sulla surrogazione di maternità. Ragioni del divieto e tecniche di tutela del nato*, in *Europa e diritto privato* (2023) 281-350, 326-327.

<sup>17</sup> Così A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU, G. MESSINEO, L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, Milano 2007-2013, 547; M. PARADISO, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, in *Rivista di diritto civile* (2016) 1306-1318, 1310.

<sup>18</sup> L. LENTI, *Status*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, 19, Torino 1999, 29 ss., 34; SENIGAGLIA, *Genitorialità* cit., 959. Sulla trasformazione degli status nel diritto contemporaneo: F. CAGGIA, *Modelli e fonti del diritto di famiglia*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da N. LIPARI, P. RESCIGNO, *La famiglia*, 2, Milano 2009, 42 ss.

standard internazionali condivisi non è mai soltanto l'istanza di giustizia del caso singolo, impersonata nella tutela dell'interesse del nato alla conservazione dello stato attribuito all'estero<sup>19</sup>, ma indirettamente la *mise en question* di un modello di società. È impossibile escludere che alla prova del confronto libero e pubblico delle idee le intuizioni della giustizia espresse nel modello si rivelino irrimediabilmente legate a valori superati nella realtà sociale: è accaduto in un passato recente a proposito del rifiuto di riconoscere dignità di famiglia alle unioni omosessuali<sup>20</sup>. Ma non è possibile neppure *a priori* negare il contrario: nel nostro caso, che la risposta alla questione tecnica dei modi di riconoscimento dello stato filiale costituito all'estero sia intimamente legata alla risposta a un problema ideologico, nel senso alto della parola, di identità costituzionale<sup>21</sup>. In entrambi i casi, la posta in gioco della competizione regolatoria è il rispetto del principio di legalità e l'esercizio di un controllo democratico sulle implicazioni costituzionali, sistematiche, sociali del mercato globale delle regole.

Nella prospettiva indicata, è legittimo leggere i modelli regolatori e gli orientamenti giurisprudenziali in materia di surrogazione di maternità come più o meno proibizionisti o libertari, attraverso le lenti del discorso etico, politico, economico. Tuttavia, il nesso tra queste ampie categorie e le regole tecniche che controllano l'accesso alla riproduzione mediata dalla tecnica e i modi di riconoscimento della filiazione secondo il diritto

---

<sup>19</sup> Sul punto, nella dottrina italiana, in diversa prospettiva: F. AZZARRI, *I diritti dei nati da gestazione per altri e i limiti costituzionali dell'ordine pubblico*, in *Nuove leggi civili commentate* (2020) 1153-1188; V. CALDERAI, *Ordine pubblico internazionale e Drittwirkung dei diritti dell'infanzia*, in *Rivista di diritto civile* (2022) 478-506. Cui *adde* la lucida riflessione critica di L. LENTI, *Diritto della famiglia*, Milano 2021, 74-77, a proposito di una formula — l'interesse «superiore» del minore — «confusa e ambigua, indeterminata e sfuggente» e per questo incline al «conflitto con il principio di legalità, mantenendo in vita situazioni di fatto consolidate e premiando nei fatti condotte illegali degli adulti».

<sup>20</sup> F. AZZARRI, *Unioni civili e convivenze (diritto civile)*, in *Annali dell'Enciclopedia del Diritto* 10 (2017) 997-1028, 1023 ss.

<sup>21</sup> S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Rivista di Diritto Commerciale* (1967) 83-99. Sul ruolo ambivalente delle prassi sociali: E. BILOTTI, *Un nuovo diritto della famiglia*, in *Famiglia e diritto* (2022) 1038-1042, 1041, che osserva come nelle prassi sociali «è sempre all'opera una sintesi culturale [...] capace di imporsi all'agire dei singoli e dei gruppi e di orientarlo in una direzione precisa. Ma allora è questa sintesi culturale a determinare, in ultima istanza, quale tipo di esperienza siamo destinati a vivere nella società: se un'esperienza di emancipazione o di alienazione».

internazionale privato rimane incerto e tortuoso. Quel che segue è un tentativo di promuovere una discussione aperta su un tema che testardamente resiste alle semplificazioni unilaterali e alle formule stereotipe, improntate alla criminalizzazione indiscriminata o alla ratifica acritica di un “prodotto” tecnico-giuridico fondato su atti negoziali coercibili di disposizione di diritti inviolabili. Proporrò quindi una definizione dei confini, seguita da un chiarimento e da un *caveat*, per analizzare poi la clausola di ordine pubblico e avanzare alcune considerazioni conclusive.

## 2. Per un regolamento dei confini (tra diritto e non diritto)

Per prima l'*actio finium regundorum*. In queste note il tema del fondamento etico-politico dei modelli di regolamentazione della surrogazione di maternità è indagato con attitudine il più possibile descrittiva. Non si tratta, in altre parole, di analizzare i modelli regolatori dal punto di vista di una concezione del Bene e del Giusto, ma di considerare il diritto come è, non come vorremmo che fosse. Questa scelta è l'opposto di un atteggiamento *wertneutral*<sup>22</sup>: proprio perché un'analisi giuridica rigorosa non può fare a meno di considerare il ruolo delle ideologie nella legislazione e nella giurisprudenza, la distinzione tra valori etico-politici e valutazioni giuridiche è un antidoto al riduzionismo del diritto all'etica e, insieme, uno strumento di controllo della razionalità e della coerenza degli argomenti utilizzati da giudici e legislatori<sup>23</sup>.

Questa precisazione metodologica spiega la citazione, tratta dalla *Vorrede ai Grundlinien der Philosophie des Recht* di Hegel, nel titolo di questo lavoro: «die Eule der Minerva beginnt erst mit der einbrechenden Dämmerung ihren Flug»<sup>24</sup>. L'interpretazione convenzionale di questo passo celebre e oscuro è che la filosofia arriva sempre quando è troppo tardi per cambiare le cose. Ma una filosofa morale contemporanea, la

<sup>22</sup> R. DREIER, R. ALEXI, *The Concept of Jurisprudence*, in *Ratio Juris* 3 (1990) 1-13.

<sup>23</sup> V. CALDERAI, *I valori presi sul serio. Il circolo ermeneutico di argomentazione e interpretazione nelle strategie di produzione del diritto*, in G. COMANDÉ (a cura di), *Persona e tutele giuridiche*, Torino 2003, 119-151.

<sup>24</sup> G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Leipzig 1911, 17.

grande e compianta Mary Midgley, ha suggerito una lettura diversa, a mio avviso molto più perspicace<sup>25</sup>:

When [Hegel] talks of having to wait till night, I think he is pointing out that philosophy has to work indirectly, by changing peoples' outlook as it makes certain things clearer, not by immediately ordering particular actions.

La filosofia, in questa prospettiva, ha il compito critico, non dogmatico, di chiarire i punti oscuri e le implicazioni inesprese del linguaggio (giuridico), così da aprire prospettive inattese su questioni controverse del diritto positivo: se, e fino a che punto, il corpo umano e le sue funzioni possano essere assimilati a «capitale umano» e attratti nella logica della disponibilità sul mercato; se, e fino a che punto, la libertà di autodeterminazione riproduttiva risponda alla figura del diritto soggettivo in senso tecnico; se, e fino a che punto, la pretesa di un ordinamento di valutare la circolazione sul proprio territorio di pretese fondate sull'esercizio di una libertà protetta dal diritto di un ordinamento straniero trovi un limite nella considerazione di altre pretese, fondate sulla tutela di interessi (individuali o di gruppi) estranei al rapporto *sub iudice*, i quali potrebbero essere pregiudicati dall'esercizio di quella libertà.

Il diritto delle tecnologie riproduttive è attraversato da tensioni ideologiche dalle radici sociali profonde. La teoria etico-politica può far luce sulla connessione tra ideologia e diritto, a patto di riuscire a dare un significato sufficientemente preciso al vago concetto di “fondamento”.

### **3. (Segue) Un chiarimento sul concetto di dignità umana (*Auctoritas, non veritas*)**

La parola «fondamento» riferita a una regola di diritto denota i principi, non solo giuridici, che spiegano e giustificano l'esistenza della regola o una sua particolare interpretazione. Con l'eccezione dei sistemi di diritto naturale, dei quali la dottrina della Chiesa cattolica sulle tecnologie riproduttive rappresenta forse l'esempio più notevole, sarebbe problematico d'altra parte stabilire un nesso causale tra una visione etica e

---

<sup>25</sup> M. MIDGLEY, *The owl of Minerva: a memoir*, New York 2005, XII.

politica del mondo e il diritto che si esprime nelle leggi e nelle sentenze. Giudici e legislatori, va da sé, sono mossi anche da intuizioni e convinzioni ideologiche, ma questo non significa che sia possibile attribuire una particolare ideologia a un organo legislativo o giudiziario. Ammesso che esista, la connessione deve essere più indiretta e sottile.

Consideriamo l'idea di "dignità umana", invocata da amici e nemici della maternità surrogata. Nelle teorie etiche di matrice libertaria o utilitarista, il concetto di dignità è definito in termini di *self-ownership*<sup>26</sup>: ogni essere umano ha il diritto di disporre liberamente di ciò che "possiede"<sup>27</sup>, ivi inclusa la libertà personale e gli status filiali, e proprio tale libertà incarna in ultima analisi il principio altrimenti sfuggente alla base della tutela giuridica della dignità umana. Le parole di Tristram Engelhardt restituiscono l'idea dell'estensione del concetto<sup>28</sup>:

dato che vendersi liberamente a un altro non comporta una violazione del principio di autonomia, questi scambi, sulla base di tale principio, dovrebbero rientrare nella sfera protetta della *privacy* di individui liberi.

Nelle teorie etiche di matrice comunitaria e deontologica, per contro, la dignità è costruita come un attributo inalienabile e indisponibile degli esseri umani: la libertà, l'integrità corporea, l'intimità personale e gli status

---

<sup>26</sup> L'imponente letteratura sul tema dei diritti di *ownership* sul corpo umano, le sue funzioni, i suoi prodotti, s'intende alla luce dalla crescente rilevanza del corpo umano come materia prima e mezzo di produzione nella filiera medica e riproduttiva: A. KERNOHAN, *Capitalism and Self-Ownership*, in *Social Philosophy and Policy* 6 (1988) 60-76; J. CHRISTMAN, *Self-Ownership, Equality, and the Structure of Property Rights*, in *Political Theory* (1991) 28-46; G.A. COHEN, *Self-Ownership, Freedom, and Equality*, Cambridge 1995; J. HARRIS, *Who owns my body*, in *Oxford Journal of Legal Studies* 16 (1996) 55-84; C. PATEMAN, *Self-Ownership and Property in the Person: Democratization and a Tale of Two Concepts*, in *The Journal of Political Philosophy* 10 (2002) 20-53; M. COOPER, C. WALDBY, *Clinical labor: tissue donors and research subjects in the global bioeconomy*, Durham-London 2014; M. QUIGLEY, *Self-Ownership, Property Rights and the Human Body. A Legal and Philosophical Analysis*, Cambridge 2018; B. VAN DER VOSSEN, B. CHRISTMAS, *Libertarianism*, in E.N. ZALTA, U. NODELMAN (eds.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2023 Edition), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2023/entries/libertarianism/>>.

<sup>27</sup> R. NOZICK, *Anarchy, State, Utopia*, New York 1974, 331 ss.

<sup>28</sup> H.T. ENGELHARDT JR., *The Foundations of Bioethics*, New York 1986; tr. it. S. RINI, *Manuale di Bioetica*, Milano 1991, 170.

familiari non possono essere comprati e venduti come merci su un mercato, neppure col consenso pieno e non estorto dei diretti interessati<sup>29</sup>. Le parole di Roger Brownsword catturano perfettamente il senso del contrasto<sup>30</sup>:

Human dignity is an elusive concept, used in many senses by moral and political philosophers. In bioethical debates as they are now shaping up, however, it is an idea that appears in two very different roles, in the one case acting in support of individual autonomy (human dignity as empowerment) and, in the other case, acting as a constraint on autonomy (human dignity as constraint).

Le intuizioni giuridiche della dignità tra Europa e Stati Uniti ricalcano la dicotomia *empowerment vs. constraint* nel discorso etico e politico. Esistono due culture giuridiche della dignità, così come esistono due culture giuridiche della *privacy*<sup>31</sup>, con radici profonde in visioni diverse della società: «American privacy law is a body caught in the gravitational orbit of liberty values, while European law is caught in the orbit of dignity»<sup>32</sup>.

A ben vedere, il pomo della discordia transatlantica potrebbe essere proprio la relazione tra *privacy* e *dignity*. Il diritto statunitense guarda alla

---

<sup>29</sup> R. DWORKIN, *Life's Dominion*, New York 1983, 166 ss.; J. HABERMAS, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem weg einer liberalen Eugenik?*, Frankfurt am Main 2001; tr. it. L. CEPPA, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Torino 2002; M. SANDEL, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge 1998, 133 ss.

<sup>30</sup> R. BROWNSWORD, *Bioethics Today, Bioethics Tomorrow: Stem Cell Research and the "Dignitarian Alliance"*, in *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy* 17 (2003) 15-51, 20, cui adde ID., *Stem Cells and Cloning: Where the Regulatory Consensus Fails*, in *New England Law Review* 39 (2005) 535-572.

<sup>31</sup> J.Q. WHITMAN, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty*, in *Yale Law Journal* 113 (2004) 1151-1221; ID., *Enforcing Civility and Respect: Three Societies*, in *Yale Law Journal* 109 (1999-2000) 1279-1398; R.C. POST, *Data Privacy and Dignitary Privacy. Google Spain, the Right to Be Forgotten and the Construction of the Public Sphere*, in *Duke Law Journal* 67 (2018) 981-1072; G. RESTA, "How to Do Things with Words". *Three Uses of Human Dignity*, in *Rivista di filosofia del diritto* 8 (2019) 67-80. Nella prospettiva storica e filosofica v., rispettivamente, S. HENNETTE-VAUCHEZ, *A Human Dignitas? Remnants of the Ancient Legal Concept in Contemporary Dignity Jurisprudence*, in *International Journal of Constitutional Law* 9 (2011) 32-57 e J. WALDRON, *Dignity, Rank, and Rights. The Tanner Lectures on Human Values*, Oxford-New York 2012.

<sup>32</sup> WHITMAN, *Two Western Cultures* cit., 1160.

dignità attraverso le lenti della tutela della *privacy*, assunta nella valenza originaria (ma non esclusiva<sup>33</sup>) di libertà negativa<sup>34</sup>, modellata sullo *ius excludendi alios*<sup>35</sup>.

Quando in *Johnson v. Calvert*, la decisione che ha letteralmente creato *ex nihilo* l'infrastruttura legale del mercato della surrogazione gestazionale<sup>36</sup>, la Corte Suprema di California afferma che il riconoscimento del potere giudiziario di inibire l'accesso alle tecnologie riproduttive «would raise serious questions in light of the fundamental

---

<sup>33</sup> V. la teoria della *privacy* proposta dal più autorevole studioso contemporaneo della materia nel solco di Dewey e di Wittgenstein: D.J. SOLOVE, *A Taxonomy of Privacy*, in *University of Pennsylvania Law Review* 154 (2006) 477-560; ID., *Understanding Privacy*, Cambridge (Mass.) 2008, 171-172.

<sup>34</sup> Cfr. *Union Pacific Railway Company v. Botsford*, U.S. 141 (1891) 250-251: «No right is held more sacred, or is more carefully guarded by the common law, than the right of every individual to the possession and control of his own person», in correlazione con la inviolabilità del domicilio («sanctity of man's home»); *Boyd v United States*, U.S. 116 (1886) 616, 630: «The Fourth Amendment, and the personal rights which it secures, have a long history. At the very core stands the right of a man to retreat into his own home and there be free from unreasonable governmental intrusions»; *Payton v. New York*, U.S. 445 (1980) 573, 589: «In none is the zone of privacy more clearly defined than when bounded by the unambiguous physical dimensions of an individual's home»; *Silverman v. United States*, U.S. 365 (1961) 505-511. Dalla inviolabilità del domicilio alle scelte procreative nel matrimonio, *Griswold v. Connecticut*, U.S. 381 (1965) 479, all'autonomia riproduttiva individuale, *Eisenstadt v. Baird*, U.S. 405 (1972) 438-453, alla libertà sessuale, *Lawrence v. Texas*, U.S. 539 (2003) 558-578. In questo *fallgruppe* non rientra l'interruzione della gravidanza: la *majority opinion* in tal senso di *Roe v. Wade*, U.S. 410 (1973) 113 era stata in parte sconfessata in favore della *Due Process Clause in Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, U.S. 505 (1992) 833-846, prima di essere *overruled* da *Dobb's v. Jackson Women's Health Organization*, U.S. 597 (2022) 215. Nella considerazione retrospettiva, la radicalizzazione del discorso pubblico sull'aborto negli U.S.A., culminata nella cancellazione della tutela federale in *Dobb's*, corrobora le critiche rivolte alla scelta di J Blackmun in *Roe* di ancorare la facoltà di abortire nella tutela della *privacy*, anziché nel diritto anti-discriminatorio: R. B. GINSBURG, *Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to Roe v. Wade*, in *North Carolina Law Review* 63 (1985) 375; G. CALABRESI, *Ideals, Beliefs, Attitudes and the Law*, Syracuse (N.Y.) 1985, 87-115; C.A. MACKINNON, *Reflections on Sex Equality Under Law*, in *Yale Law Journal* 100 (1991) 1281; M.A. GLENDON, *Abortion and Divorce in Western Law: American Failures, European Challenges*, Cambridge (Mass.) 1987, 36-38.

<sup>35</sup> M.A. GLENDON, *Rights Talk*, New York 1991, 51: «Privacy was thus, quite literally, pulled from the hat of property».

nature of the rights of procreation and privacy»<sup>37</sup>, attinge alla grande tradizione americana della tutela della vita privata come libertà negativa, nella sua forma più pura<sup>38</sup>. Così pura e incondizionata che la *majority opinion* rifiuta di prendere in considerazione l'interesse dei nati come limite alla tutela della vita privata e parametro delle decisioni sullo stato filiale<sup>39</sup>:

The dissent would decide parentage based on the best interests of the child. Such an approach raises the repugnant specter of governmental interference in matters implicating our most fundamental notions of privacy.

Nella tradizione giuridica europea, per converso, la tutela della vita privata è una dimensione della dignità della persona, intesa principalmente (ma non esclusivamente) come attributo di ogni essere umano, considerato come individuo e insieme come rappresentante della specie: *Gattungswesen*<sup>40</sup>. Questa duplice apertura del principio di dignità si

---

<sup>36</sup> E. SCOTT, *Surrogacy and the Politics of Commodification*, in *Law and Contemporary Problems* 72 (2009) 109-146.

<sup>37</sup> *Johnson v. Calvert*, 5 Cal. 4th 84 (1993).

<sup>38</sup> *Johnson v. Calvert* cit., 101. Cfr. J. A. ROBERTSON, *Embryos, Families and Procreative Liberty: The Legal Structures of the New Reproduction*, in *Southern California Law Review* 59 (1986) 939-1041; ID., *Procreative Liberty and the Styaie's Burden of Proof in Regulating Noncoital Reproduction*, in *Law, Medicine and Healthcare* 16 (1988) 18-26; ID., *Children of Choice: Freedom and the New Reproductive Technologies*, Princeton 1994.

<sup>39</sup> *Johnson v. Calvert* cit., 10, in risposta alla *dissenting opinion* di J. Kennard, unica donna nel *bench*: «[T]he majority has articulated a rationale for using the concept of intent that is grounded in principles of tort, intellectual property and commercial contract law. But, as I have pointed out, we are not deciding a case involving the commission of a tort, the ownership of intellectual property, or the delivery of goods under a commercial contract; we are deciding the fate of a child. In the absence of legislation that is designed to address the unique problems of gestational surrogacy, this court should look not to tort, property or contract law, but to family law, as the governing paradigm and source of a rule of decision» (*ivi*, 119-120).

<sup>40</sup> HABERMAS, *Die Zukunft* cit., 76; H. JONAS, *Cloniamo un uomo: dall'eugenetica all'ingegneria genetica*, in ID., *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio di responsabilità*, Torino 1997, 122 ss. *Gattungswesen* già in Marx significa l'uomo in quanto «fa della sua attività vitale l'oggetto stesso della sua coscienza»: K. MARX, *Ökonomisch-philosophischen Manuskripte aus dem Jahre 1844*, tr. it. N. BOBBIO, *Manoscritti economici-filosofici del 1844*, Torino 1968, 74.

specchia nel regime giuridico bifronte della tutela della persona — diritti della personalità e diritti fondamentali — e nello statuto ambivalente del corpo umano: sostrato biologico delle scelte individuali e limite all'impossessamento della «nuda vita» da parte di poteri pubblici e privati.

Così, quando nella seconda pronuncia a sezioni unite sulla surrogazione di maternità la Corte di Cassazione italiana osserva<sup>41</sup>:

Nella gestazione per altri non ci sono soltanto i desideri di genitorialità, le aspirazioni e i progetti della coppia committente. Ci sono persone concrete. Ci sono donne usate come strumento per funzioni riproduttive, con i loro diritti inalienabili annullati o sospesi dentro procedure contrattuali. Ci sono bambini esposti a una pratica che determina incertezze sul loro status e, quindi, sulla loro identità nella società [...].

o quando il *Tribunal Supremo* spagnolo, in una decisione per tanti versi gemella, afferma<sup>42</sup>:

Tanto la madre gestante como el niño a gestar son tratados como meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad [...].

tutto il ragionamento poggia su una premessa implicita: l'inalienabilità dell'intimità e dell'integrità fisica appartiene alla «configurazione *politica* di un diritto (soggettivo-naturale) dell'uomo ad essere "persona" nel diritto

---

<sup>41</sup> Cass. civ. S.U. 30.12.2022, n. 38162, in *Foro Italiano* (2023) 83 ss., nota De Marzo, cui *adde*: 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 Giurisprudenza Civile Commentata* 39 (2023) 668-677; G. FERRANDO, *Lo stato del bambino che nasce da maternità surrogata all'estero. I "piccoli passi" delle Sezioni Unite*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 39 (2023) 377-385; A. RENDA, *Ancora sulla surrogazione di maternità. Ragioni del divieto e tecniche di tutela del nato*, in *Europa e diritto privato* (2023) 281-350.

<sup>42</sup> STS, 31 de marzo de 2022 (1153/2022). F. AMORÓS, *La gestación por sustitución de nuevo ante el Tribunal Supremo: la STS, 1.a (Pleno), de 31 de marzo de 2022, como ejemplo de la encrucijada actual*, in *Anuario de derecho civil* 75 (2022) 1281.

positivo»<sup>43</sup> alla base di tutte le costituzioni e le dichiarazioni dei diritti dell'Europa occidentale.

Le sensibilità divergenti tra le sponde dell'Atlantico vanno al cuore del problema habermasiano della «interpenetration of law and morality» nella famiglia eterogenea delle società liberali<sup>44</sup>. La complessa interazione tra la morale e il diritto impedisce di ridurre la pratica giuridica alle intuizioni prevalenti nella società, quand'anche "validate" nel senso di Habermas: stabilite in conformità al principio della considerazione imparziale di tutti i soggetti coinvolti<sup>45</sup>. In questo gli ordinamenti secolarizzati sono figli della massima di Thomas Hobbes: *Doctrinae quidem verae esse possunt, sed auctoritas, non veritas, facit legem*<sup>46</sup>. Nello sforzo di concretizzare direttive costituzionali vaghe e controverse in relazione agli sviluppi delle tecnologie riproduttive, il diritto non si limita insomma a conferire effettività e certezza alle conclusioni raggiunte nella teoria politica, etica, economica, come un terminale passivo di idee formulate altrove, ma è invece parte attiva dell'universalizzazione del significato di concetti altrimenti «elusivi», come la dignità umana.

*Johnson v Calvert* illustra nuovamente in modo esemplare l'interazione complessa che si instaura tra diritto, etica, economia<sup>47</sup>:

Because two women each have presented acceptable proof of maternity, we do not believe this case can be decided without enquiring into the parties' intentions as manifested in the surrogacy agreement [...] «Intentions that are voluntarily chosen, deliberate, express and bargained-for ought presumptively to determine legal parenthood».

---

<sup>43</sup> P. CAPPELLINI, "Status" accipitur tripliciter. Postilla breve per un'anamnesi di 'capacità giuridica' e 'sistema del diritto romano attuale', in *Studi in memoria di Mario E. Viora*, Roma 1990, ora in ID., *Storie di concetti giuridici*, Torino 2010, 95.

<sup>44</sup> J. HABERMAS, *Law and Morality. The Tanner Lectures on Human Values*, Cambridge (Mass.) 1986, 219-279, 246.

<sup>45</sup> *Ivi*, 242 ss., 278.

<sup>46</sup> TH. HOBBS, *Leviathan, sive, De materia, forma, et potestate civitatis ecclesiasticae et civilis*, Amstelodami 1668; tr. it. R. SANTI, *Leviatano*, Milano 2001, 448.

<sup>47</sup> *Johnson v. Calvert* cit., 93-94. Il passo riportato tra virgolette nel testo della motivazione è tratto da M. MAGUIRE SCHULTZ, *Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood: An Opportunity for Gender Neutrality*, in *Wisconsin Law Review* (1990) 297-398, 323.

Nell'affermazione che il contratto, la promessa «*bargained-for*» assistita dalla *consideration* della repromissione, invece della semplice volontà di essere genitore, risuona l'analisi utilitarista della famiglia promossa dalla *new household economics* di Gary Becker<sup>48</sup> nel quadro di una critica serrata del *welfare state*<sup>49</sup>.

A sua volta, il tentativo di Becker di ripensare le istituzioni sociali alla luce degli assunti fondamentali della teoria neoclassica —«maximizing behaviour, market equilibrium, and stable preferences»<sup>50</sup> —è alla base di un saggio celebre e discusso di Richard Posner e Elisabeth Landes sull'adozione nel quale si afferma che il mercato è un sistema di allocazione della risorsa-prole più efficiente rispetto alla regolamentazione pubblica, perché permette alle famiglie migliori — in senso economico, *scil.* disposte a pagare di più — di ottenere i figli migliori<sup>51</sup> e investire sul loro futuro<sup>52</sup>:

[W]illingness to pay money for a baby would seem on the whole a reassuring factor from the standpoint of child welfare. Few people buy a car or a television set in order to smash it. In general, the more costly a purchase, the more care the purchaser will lavish on it. Recent studies suggest that the more costly it is for parents to obtain a child, the greater will be their investment in the child's quality attributes, such as health and education.

Di lì a pochi anni, la stessa analisi applicata al mercato della maternità surrogata permetterà di assimilare il rifiuto della donna di consegnare il

---

<sup>48</sup> Una delle prime applicazioni del paradigma è lo studio del 1960 dedicato alle dinamiche della fertilità, dove i figli sono considerati alla stregua di una «source of psychic income or satisfaction and [...] a consumption good»: A.S. BECKER, *An Economic Analysis of Fertility, in Demographic and Economic Change in Developed Countries*, Princeton 1960, 209-210; ID., *A Treatise on the Family*, Cambridge (Mass.) 1993 (1981).

<sup>49</sup> M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, Milano 2005, 184 ss.

<sup>50</sup> BECKER, *A Treatise* cit., 1: a cominciare dalla famiglia, «the most influential of all institutions» (*ivi*, 19).

<sup>51</sup> E.M. LANDES, R.A. POSNER, *The Economics of Baby Shortage*, in *The Journal of Legal Studies* 7 (1978) 323-348, 343-344.

<sup>52</sup> *Ivi*, 343. Lo studio citato dagli Autori è G. S. BECKER, N. TOMES, *Child Endowments and the Quantity and Quality of Children*, in *Journal of Political Economy* 84 (1976) 143-162. *Adde*: R.A. POSNER, *The Regulation of the Market in Adoptions*, in *Boston University Law Review* 67 (1987) 59-72.

bambino ai committenti a un'estorsione<sup>53</sup>, soggetta al rimedio dell'adempimento in forma specifica<sup>54</sup>, e di riformulare l'oggetto della prestazione da atto di *baby selling* di un bambino alla prestazione di servizi di fertilit : «Fertility is just another asset, like a professional degree or other job-market human capital»<sup>55</sup>. L'analisi economica, d'altro canto, non avrebbe potuto giustificare l'istituzione *praeter legem* di un nuovo modo di costituzione del rapporto di filiazione, senza il sostegno della *doctrine* costituzionale della tutela della vita privata come libert  negativa: *freedom from governmental intrusion*. La *privacy*   la parola magica che ha permesso alla Corte di *Calvert* aprire le porte del diritto dei contratti al mercato della riproduzione assistita.

A parti rovesciate, quando il *Tribunal Supremo* deduce dalla *cosificaci n* dei bambini e delle donne la contrariet  all'ordine pubblico dei contratti di surrogazione di maternit , immediatamente avverte la necessit  di corroborare il giudizio con un'analisi puntigliosa dell'invalidit  secondo il diritto nazionale delle clausole contrattuali che dettano alimentazione e stili di vita<sup>56</sup>, limitano la libert  sessuale e la libert  di movimento<sup>57</sup>, sospendono il diritto all'intimit  e alla riservatezza dei trattamenti sanitari e nel rapporto medico-paziente<sup>58</sup>, impongono prescrizioni mediche, esami e interventi chirurgici *ad nutum* e nell'interesse esclusivo di terzi<sup>59</sup>, regolano il trasferimento degli embrioni e l'interruzione (selettiva) della

---

<sup>53</sup> R.A. POSNER, *Sex and Reason*, Cambridge (Mass.) 1992, 423; ID., *The Ethics and Economics of Enforcing Contracts of Surrogate Motherhood*, in *Journal of Contemporary Health Law and Policy* 5 (1989) 21-31.

<sup>54</sup> R.A. EPSTEIN, *Surrogacy: The Case for Full Contractual Enforcement*, in *Virginia Law Review* 81 (1995) 2305-2341.

<sup>55</sup> POSNER, *Sex* cit., 425. SCOTT, *Surrogacy* cit., 140 ss.

<sup>56</sup> Cfr. STS 1153/2022 cit.; Cláusula Decima Tercera B, C, D: obblighi dietetici e relativi agli stili di vita.

<sup>57</sup> *Ivi*, B, F, G, H: astensione da attivit  sessuale sportiva, lavorativa, obblighi relativi al domicilio e limiti alla libert  di movimento.

<sup>58</sup> *Ivi*, Cl usola Decima E; Cláusula Decima Tercera A, B, E: sottoposizione a esami medici anche invasivi su richiesta, rinuncia alla riservatezza, diritto di condurre ispezioni senza preavviso.

<sup>59</sup> *Ivi*, Cláusula Decima Sexta D: obbligo di sottoporsi a cesareo.

gravidanza<sup>60</sup>, in un crescendo parossistico culminante nel potere di vita e di morte<sup>61</sup>:

En caso que la gestante sustituta sufriera cualquier enfermedad o lesión potencialmente mortal (como por ejemplo muerte cerebral) la futura madre tiene el derecho a mantenerla con vida con un soporte vital médico, con el objetivo de salvar al feto hasta que el médico tratante determine que está listo para el nacimiento [...].

Nel quadro dell'analisi giuridica della causa e dell'oggetto del contratto, la critica etico-politica della reificazione delle gestanti e dei nati è tradotta nel principio di inalienabilità dei diritti costituzionalmente protetti. Il fondamento del ripudio della surrogazione di maternità, in questa giurisprudenza, non è la mercificazione del corpo in quanto tale, da sempre del resto variamente *in commercio*, ma la mercificazione dei diritti inviolabili che hanno come riferimento il corpo-persona.

#### 4. (Segue) Un *caveat*

L'analisi del concetto di dignità umana e del suo ruolo nel diritto richiede tuttavia una ulteriore, importante precisazione metodologica, un *caveat* o un invito a non sopravvalutare l'apporto dell'etica nella formazione del diritto positivo. Le considerazioni introdotte nel paragrafo precedente giustificano infatti un motivato scetticismo nei confronti della ricerca dei fondamenti etico-politici delle regole giuridiche. Non basta chiedere se e come il diritto delle tecnologie riproduttive soddisfi certi valori costituzionalmente rilevanti considerati in astratto: libertà *contro* dignità. È necessario comprendere come quei valori siano codificati in regole e istituti che vanno oltre la lista dei soliti sospetti — riproduzione,

---

<sup>60</sup> *Ivi*, Cláusula Decima A, B: obligación de «llevar a cabo tantas transferencias embrionarias sean necesarias», in misura di «3 (tres) embriones por cada ciclo de reproducción asistida»; Cláusula Decima Octava A, B.

<sup>61</sup> *Ivi*, Cláusula Decima Cuarta B. Per un'attenta lettura dei contratti di surrogazione di maternità in relazione alla violazione dei diritti fondamentali, sotto il profilo in particolare della salute: A. RENDA, *Maternità surrogata all'estero e status del nato: le Sezioni Unite confermano l'intrascrivibilità e ribadiscono la via dell'adozione in casi particolari*, in *Giurisprudenza Italiana* (2023) 1-29, 10 ss.

sessualità, fine vita — e includono il diritto alla salute, il diritto del lavoro, il diritto antidiscriminatorio.

La tesi secondo la quale dalle libertà costituzionali discendono direttamente “nuovi” diritti individuali, da questo punto di vista, è il frutto di una semplificazione eccessiva. I principi scritti nella Costituzione esprimono bensì ragioni di decisione, ma lasciano al giudice il compito di «procedere a un bilanciamento “mirato” degli interessi confliggenti»<sup>62</sup>. Per questo la giurisprudenza per principi non può fare a meno di costruire con i materiali presenti nell’ordinamento, evitando di scindere la domanda di tutela dai testi di legge e dal contesto sistematico in cui la regola di decisione dovrebbe inserirsi, per un’esigenza epistemica di razionalità della giurisdizione che ha un preciso contrappunto politico-costituzionale nel postulato di riproducibilità della norma giudiziale, a garanzia dell’eguaglianza di fronte alla legge e della conoscibilità del diritto<sup>63</sup>. Non ha senso, insomma, se non come manifesto politico, auspicio, iperbole, discorrere della surrogazione di maternità come espressione del diritto di autoderminazione, astraendo dalle norme di diritto oggettivo che dovrebbero giustificarla, pena la cancellazione del confine tra *ought* e *is*, interesse giuridicamente protetto e possibilità tecnica.

Il richiamo ai “fondamenti etico-politici”, in questo contesto, è forse più una sintesi verbale per un complesso di tecniche argomentative che una *Letztbegründung* di leggi e sentenze. In questa versione debole della relazione tra il diritto e i sottosistemi dell’etica, della politica, dell’economia, le ideologie assolvono tipicamente al ruolo di dispositivi di interpretazione generalizzante e analogica. Gli argomenti dei giuristi nel discorso pubblico sulle tecnologie riproduttive presentano una omologia strutturale con le argomentazioni utilizzate in altri settori del diritto, segnate dal disaccordo in merito al significato di principi e concetti

---

<sup>62</sup> F.D. BUSNELLI, *Solidarietà: aspetti di diritto privato*, in *Iustitia* (1999) 435-452, 440, 446.

<sup>63</sup> E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e Diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino 2017, 172: «il principio stabilisce un obiettivo assiologico, non il *quomodo* della sua realizzazione, così come il diritto rivendica un bisogno di tutela, non il mezzo tramite cui realizzarla». Cfr. la distinzione tra regole e principi del massimo teorico dell’argomentazione costituzionale: R. DWORKIN, *The Model of Rules 1*, in *Id.*, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.) 1978, 14 ss.

«essentially contested»<sup>64</sup>. A loro volta, questi procedimenti discorsivi si accordano, o viceversa entrano in collisione, con altri argomenti, relativi alla giustizia delle istituzioni: se, e fino a che punto, il corpo umano e le sue funzioni possano essere assimilati a «capitale umano» e attratti nella logica della libera disponibilità sul mercato; se, e fino a che punto, la libertà di autodeterminazione (riproduttiva) sia traducibile in una serie di diritti soggettivi in senso tecnico; se, e fino a che punto, la pretesa di uno Stato di valutare la circolazione sul proprio territorio di pretese fondate sull'esercizio di libertà garantite da un ordinamento straniero sia suffragata o viceversa ostacolata dalla considerazione di interessi estranei al rapporto, tutelati dal diritto interno.

L'analisi dei fondamenti ideologici, da questo punto di vista, è in ultima istanza una questione di usi dell'argomentazione e del modo in cui tali argomenti possano essere integrati nelle istituzioni e in un modello di società. In breve, l'ordine pubblico costituzionale.

## 5. I fondamenti ideologici dell'eccezione di ordine pubblico

Nell'ultima parte di questo lavoro la relazione debole tra diritto e ideologie ipotizzata nel paragrafo precedente è messa alla prova dell'eccezione di ordine pubblico, sollevata in molte giurisdizioni dell'Europa occidentale per bloccare l'istanza di trascrizione immediata e integrale del titolo dello stato formato all'estero in esecuzione degli accordi di surrogazione.

L'industria transnazionale della discendenza è un fenomeno intensamente regolato, sia pure da un *puzzle* di fonti eterogenee — leggi, giurisprudenza, diritto convenzionale, comitati di esperti, standard contrattuali — gradualmente coagulatesi sotto la spinta della tecnologia e del mercato. Le risposte dei diritti nazionali, da questo angolo visuale, possono essere distribuite lungo un *continuum*: a un capo, legislazioni fermamente permissive, o libertarie, conferiscono *ex ante* efficacia ai contratti di surrogazione di maternità autorizzati dal giudice, senza restrizioni collegate all'identità dei committenti, all'esistenza di un legame

---

<sup>64</sup> Cfr. J. WALDRON, *Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues*, in *California Law Review* 82 (1994) 509-540, 529 ss.

genetico tra il nato e la committenza, alla natura gratuita o onerosa dell'accordo; al capo opposto, legislazioni rigorosamente proibizioniste, o repressive, sanzionano penalmente l'intero spettro delle condotte comunque riconducibili alla programmazione e all'esecuzione degli accordi di surrogazione di maternità nel diritto interno e, di riflesso, negano qualsivoglia effetto al titolo dello stato costituito all'estero. Lo spazio intermedio tra queste soluzioni "pure" è diviso gli ordinamenti che adottano una prospettiva di regolamentazione del mercato — sistemi di autorizzazione e controllo delle cliniche della fertilità, restrizioni all'accesso alla domanda e all'offerta di «gestational services», controllo giudiziale sulle clausole del contratto tra parte committente e madre gestazionale — e ordinamenti che si limitano a regolare *a posteriori* i presupposti in presenza dei quali il titolo dello stato straniero, in tutto o in parte invalido nel diritto interno, può essere integrato da altri elementi, al fine di costituire il rapporto di filiazione, secondo la logica propria delle fattispecie a formazione progressiva.

Per ragioni radicate nella complessità ideologica degli ordinamenti contemporanei, sarebbe problematico trarre da queste classificazioni conclusioni generali in merito all'*ethos* generale — più o meno liberale o conservatore — di un sistema giuridico. Questa conclusione si impone con immediatezza considerando che gli stessi vincoli presenti in alcune legislazioni liberali o permissive alle organizzazioni imprenditoriali e alle parti dell'accordo di surrogazione discendono dalle considerazioni più diverse: volontà di tutelare i soggetti più vulnerabili e prevenire i rischi del cosiddetto turismo procreativo<sup>65</sup>, riaffermazione del paradigma eterosessuale della riproduzione<sup>66</sup>, stereotipi patriarcali e sessisti sulla

---

<sup>65</sup> Per es. nel *Child-Parent Security Act* (S.2071-B) dello Stato di New York, su cui: R. ZAMPERINI, *Surrogacy: the next generation. Il futuro della maternità surrogata è il mercato regolato?*, in *Rivista Critica del Diritto Privato* (2021) 560-598.

<sup>66</sup> Così, la legge russa del 2011 limita l'accesso alle tecnologie di riproduzione assistita alle coppie eterosessuali e alle donne single: O. KHAZOVA, *Russia*, in K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT (eds.), *International Surrogacy Agreements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford 2013, 311-324. Di recente peraltro la Russia ha novellato la propria legislazione per vietare l'accesso ai committenti stranieri: EAD., *Recent changes in Russian law on surrogacy in the Eastern European Context*, in K. TRIMMINGS, S. SHAKARGY, C. ACHMAD (eds.), *Research Handbook on Surrogacy and the Law*, Cheltenham 2024, 353-375. Un'approfondita indagine economico-politica sul mercato della surrogazione nell'est Europa si legge ora in V. SIEGL, *Intimate Strangers: Commercial Surrogacy in Russia e*

maternità come dono altruistico<sup>67</sup>. Per converso, non tutte le regolamentazioni “proibizioniste” sono ispirate da odiose pulsioni discriminatorie e repressive. In molti ordinamenti le conseguenze più aspre del divieto nel diritto interno sono temperate da dispositivi — la trascrizione del titolo dello stato straniero nei confronti del genitore biologico in combinazione con l'adozione del genitore puramente intenzionale — che in nome del rispetto della vita privata e familiare dei bambini nati da madri surrogate permettono di conseguire gli stessi effetti della trascrizione integrale del titolo dello stato, in un quadro di tutela della vita familiare che non ammette distinzioni fondate sull'orientamento sessuale o sulla condizione di infertilità<sup>68</sup>.

Con un'immagine tratta da un celebre saggio di Duncan Kennedy sul significato politico delle regole «meramente tecniche» del diritto dei contratti, l'interpretazione delle regole del diritto internazionale privato che regolano il riconoscimento del titolo dello stato negli ordinamenti proibizionisti europei potrebbe essere rappresentata come l'esito di un campo di forze: «a force field model of conflicting considerations rather than a pyramidal deductive order model»<sup>69</sup>. L'analisi condotta fin qui può far luce sul modo in cui le considerazioni in conflitto sono bilanciate per essere integrate nell'ordinamento interno e, per così dire, giuridificate.

---

*Ukraine and the Making of Truth*, Ithaca 2023.

<sup>67</sup> La surrogazione su base esclusivamente altruistica è ammessa in alcuni Paesi del Commonwealth (Regno Unito, Canada, Australia, Nuova Zelanda, Sud Africa), in alcuni Stati della Federazione Statunitense e, in Europa, in Belgio, nei Paesi Bassi e Portogallo. Sul tema v. il documentato studio di A. GRASSO, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Torino 2022, 193 ss. favorevole a una interpretazione costituzionalmente orientata dell'ordine pubblico italiano, basata sull'elemento della gratuità. A giudizio di chi scrive, è difficile comprendere come l'assenza di corrispettivo per la gestante sia una risposta adeguata all'istanza di non mercificazione, ove l'accordo (asseritamente) a titolo gratuito tra madre surrogata e committenti sia preparato, programmato, eseguito, nella cornice di organizzazioni imprenditoriali che operano a fini di lucro, per mezzo di una pluralità di contratti: tutti - beninteso - a titolo oneroso: cfr. CALDERAI, *La dignità umana* cit., 671 s.; RENDA, *Maternità surrogata all'estero* cit., 16 s.

<sup>68</sup> È il modello che si è affermato in Italia, Francia, Spagna, nei Paesi scandinavi, confermato dal Parere consultivo della Corte Eur. Dir. Uomo, grande camera, 10.4.2019, ric. P16- 2018-001, in Nuova Giurisprudenza Civile e Commerciale (2019) 764.

<sup>69</sup> D. KENNEDY, *The Political Stakes in “Merely Technical” Issues of Contract Law*, in *European Review of Private Law* 10 (2001) 7-28, 17.

Le diverse concezioni della dignità umana che abbiamo analizzato si riflettono direttamente nel modo in cui i giudici articolano gli argomenti a favore o contro il riconoscimento del titolo dello stato formato all'estero. Nella scelta della soluzione all'interno di uno spettro di risultati astrattamente possibili, le Corti prendono posizione *pro* o *contra* in merito all'*an* e al *quomodo* del riconoscimento della filiazione. Nel solco di una tradizione antichissima, risalente alla dottrina delle *staseis* nella retorica giudiziale, questi argomenti possono essere organizzati in coppie di proposizioni contrapposte che riflettono le tensioni fondamentali del dibattito sulla dignità<sup>70</sup>. L'elenco che segue, incompleto, considera le coppie più importanti dal punto di vista dell'ordinamento europeo e italiano:

- A) Argomenti dignitari *vs.* argomenti libertari: pro o contro la disponibilità dei diritti fondamentali.
- B) Argomenti sistematici: pro o contro le implicazioni in termini di coerenza del diritto interno del riconoscimento del titolo dello status stabilito all'estero in seguito all'esecuzione di un contratto di surrogazione di maternità.
- C) Argomenti sostanziali (o del bilanciamento degli interessi): pro o contro la prevalenza dell'interesse del nato da maternità surrogata nel confronto ponderato con altri interessi.
- D) Argomenti fondati divisione dei poteri: creatività giudiziaria contro deferenza alla legge.

La tesi che intendo sostenere è duplice. In primo luogo, la scelta tra argomenti dignitari e argomenti libertari (A) controlla la scelta dei criteri di interpretazione sistematica (B), in forza dell'applicazione dell'argomento *ex analogia* dai principi generali alle norme di settore.

Così, se un ordinamento giuridico conosce un principio che vieta «nel campo della medicina e della biologia, di trattare il corpo umano e le sue parti in quanto tali come fonte di profitto» (art. 3 della *Carta Europea dei Diritti Fondamentali*, nel capitolo intitolato *Dignità*), e se tale principio trova un riscontro nell'insieme delle disposizioni speciali che regolano la pratica medica, non c'è ragione, *prima facie*, di escludere le tecnologie riproduttive dal raggio di applicazione del divieto. Per ragioni eguali e

---

<sup>70</sup> K.N. LLEWELLYN, *Remarks on the Theory of Appellate Decision and The Rules or Canons About How Statutes are to be Construed*, in *Vanderbilt Law Review* 3 (1951) 395 ss.

contrarie, in un ordinamento aperto alla commercializzazione del corpo e delle sue funzioni<sup>71</sup>, come gli Stati Uniti, è necessario un supplemento di motivazione per escludere la gravidanza e il parto dal novero dei “prodotti” offerti sul mercato della fertilità<sup>72</sup>. Analogamente, se un ordinamento conosce una disposizione di rango costituzionale che limita l’iniziativa economica privata in relazione al principio di dignità umana (art. 41, secondo comma, Cost. It.), e se una tale norma è attuata nei regimi giuridici speciali del diritto del lavoro e della salute, è coerente con tale impostazione sottrarre al mercato i diritti inviolabili coinvolti nella gravidanza. Per converso, in un ordinamento che non conosce il principio dell’efficacia orizzontale dei diritti fondamentali, come gli Stati Uniti, la regola di *default* sarà piuttosto la libera contrattazione<sup>73</sup>.

In secondo luogo, la scelta gli argomenti *sub* A) e B) controlla, omeostaticamente se così si può dire, il bilanciamento degli argomenti *sub* C) e D).

Così, un ordinamento che vieta la surrogazione di maternità perché in contrasto con la dignità umana verosimilmente (ma non necessariamente, nel caso ad es. della Repubblica federale tedesca) negherà la trascrizione automatica e integrale del titolo dello stato straniero. Poiché tuttavia non si tratta di un ordine geometrico, ma di valutazioni ponderate di interessi in conflitto, quello stesso ordinamento disporrà di strumenti di riconoscimento del rapporto di filiazione costituito all’estero e di correzione delle legge (ad esempio, le norme procedurali e sostanziali in materia di adozione), ove sia richiesto dalla tutela di un interesse di rango costituzionale<sup>74</sup>.

Anche in questo caso, naturalmente, la conclusione sarebbe diversa ragionando sulla base di premesse libertarie. Al di là di queste

---

<sup>71</sup> K.W. SWANSON, *Banking on the Body: The Market in Blood, Milk, and Sperm in Modern America*, Cambridge (Mass.) 2014.

<sup>72</sup> SCOTT, *Surrogacy* cit., 158.

<sup>73</sup> S. GARDBAUM, *The “Horizontal Effect” of Constitutional Rights*, in *Michigan Law Review* 102 (2003) 387-459; M. TUSHNET, *The Issue of state action/horizontal effect in comparative constitutional law*, in *International Journal of Constitutional Law* 1 (2003) 79-98.

<sup>74</sup> Cfr. Cass. civ. S.U., 30.12.2022, n. 38162 cit., che ha superato il potere di interdizione attribuito ai «genitori esercenti la responsabilità genitoriale» all’adozione in casi particolari (art. 46, c. 2, l. n. 183/1984) in forza di una interpretazione «funzionale», modellata sull’attuale art. 250, c. 4, c.c.

considerazioni ovvie, è importante sottolineare che un'argomentazione basata sul contrasto ideologico tra etica libertaria e etica comunitaria, o peggio tra Stato etico e Stato liberale, non soddisfa gli standard minimi di completezza e coerenza dell'argomentazione giuridica. A tal fine, infatti, è necessario dimostrare il collegamento strutturale tra i cosiddetti fondamenti etico-politici del ragionamento e le fonti costituzionali e infra-costituzionali.

## 6. Tre conclusioni

L'analisi svolta fin qui, dall'inquadramento del problema nel contesto della competizione regolatoria all'esame dei fondamenti dell'eccezione di ordine pubblico, permette di trarre alcune conclusioni significative sulla relazione tra ideologie e modelli regolatori della surrogazione di maternità. La lettura della giurisprudenza rivela come le diverse concezioni della dignità umana non siano confinate al piano teorico, ma plasmino concretamente gli ordinamenti giuridici. Nella tradizione americana, la dottrina della *privacy* come libertà negativa ha permesso alla Corte Suprema della California di costruire praticamente *ex nibilo* l'infrastruttura legale del mercato della surrogazione. Nella tradizione europea, l'interpretazione del principio di tutela della dignità umana come limite all'autonomia negoziale ha condotto il Tribunale Supremo spagnolo a un'analisi puntuale dei diritti inalienabili violati dai contratti di surrogazione di maternità. Questi diversi orientamenti riflettono qualcosa di più profondo di una semplice divergenza interpretativa: incarnano due diverse concezioni del ruolo del diritto nella società e del rapporto tra mercato e diritti fondamentali. Di qui è possibile trarre alcune conclusioni sul rapporto tra ideologia e diritto nella surrogazione di maternità.

Prima conclusione. La grande varietà di soluzioni sperimentate dagli ordinamenti contemporanei riflette la complessità ideologica del discorso pubblico sulla surrogazione di maternità. Al punto estremo di uno spettro ideale, un sistema giuridico "proibizionista" puro non lascerebbe alcuno spazio al riconoscimento delle filiazioni stabilite all'estero. All'estremo opposto, un sistema di *laissez-faire* garantirebbe l'esecuzione di tutti i contratti conformi alla legge interna o straniera, vietando soltanto le pratiche non consensuali.

Seconda conclusione. Nei sistemi giuridici europei i modelli puri non hanno molta fortuna. Tuttavia, il modello californiano è prossimo a un libero mercato della discendenza, mentre il nostro Paese si è avvicinato a un modello proibizionista con l'approvazione del disegno di legge che punisce penalmente i genitori committenti che si recano all'estero. L'orientamento "liberale" e l'orientamento "restrittivo/proibizionista" espressione dei principi costituzionali che governano il ruolo e i limiti del mercato in una società liberale e stretta correlazione col diritto antidiscriminatorio, il diritto del lavoro, la regolamentazione del sistema sanitario nazionale e dell'accesso alle cure mediche.

Terza conclusione. L'analisi delle decisioni dei giudici italiani e spagnoli mostra che il limite dell'ordine pubblico costituzionale nella trascrizione degli atti dello stato filiale formati all'estero è irriducibile a una questione «meramente tecnica» di diritto privato internazionale, ma attiene all'identità costituzionale e sociale di un sistema giuridico.

Infine, la proposta di regolamento sul riconoscimento della filiazione in Europa per questo aspetto ha un'evidente dimensione politica: nel decidere le modalità del riconoscimento e la portata dell'eccezione di ordine pubblico, sarà necessario operare un confronto con altri sistemi europei, considerando le eventuali ripercussioni sull'intero spettro delle politiche pubbliche e sul sistema costituzionale.