

A che punto siamo con l'autodeterminazione femminile?

Francesca Moretti*

WHERE ARE WE AT WITH WOMEN'S SELF-DETERMINATION?

ABSTRACT: The article examines the evolution of legislation and key constitutional jurisprudence regarding women's freedom of self-determination in choices concerning their bodies, with particular attention to the issues of abortion, medically assisted reproduction, prostitution and surrogacy. Specifically, it highlights how, despite progress, a paternalistic approach persists, hindering the full realization of women's rights and preventing them from freely exercising their self-determination.

KEYWORDS: Women's self-determination; abortion; medically assisted reproduction; prostitution; surrogacy

ABSTRACT: l'articolo esamina l'evoluzione della legislazione e della principale giurisprudenza costituzionale in merito alla libertà di autodeterminazione femminile nelle scelte riguardanti il proprio corpo, con particolare attenzione ai temi dell'aborto, della procreazione medicalmente assistita, della prostituzione e della gestazione per altri. In particolare, si evidenzia come, nonostante i progressi, persista un approccio paternalistico che ostacola la piena realizzazione dei diritti delle donne, impedendo loro di esercitare liberamente la propria autodeterminazione.

PAROLE CHIAVE: Autodeterminazione femminile; aborto; procreazione medicalmente assistita; prostituzione; gestazione per altri

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il corpo della donna nella società – 3. Il principio di autodeterminazione – 4. I risvolti dell'autodeterminazione sul corpo femminile – 5. Il boicottaggio della legge n. 194/197 – 6. L'avvento dell'autodeterminazione della donna sul proprio corpo nella PMA – 7. L'argomento della dignità oggettiva per reprimere qualsiasi discussione sull'autodeterminazione nella prostituzione e nella gestazione per altri – 8. Conclusioni.

chocce

* Dottoranda presso l'Università degli Studi dell'Aquila. Mail: francescamoretti3003@gmail.com. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.





1. Premessa

I panorama bioetico degli ultimi decenni è stato posto spesso al centro del dibattito pubblico, principalmente per le rilevanti implicazioni etiche¹.

La questione fondamentale concerne la possibilità di autodeterminazione dell'individuo nelle scelte riguardanti la propria corporeità, salute, sessualità e riproduzione, nonché i limiti che possono essergli opposti dall'ordinamento.

Sebbene questa linea di demarcazione fra libertà di autodeterminazione e vincoli estrinseci sia stata tracciata dal legislatore, dalla giurisprudenza costituzionale e da quella di legittimità, essa varia in base al settore in cui la suddetta libertà si esplica, al soggetto che pretende di esercitarla e al periodo storico-politico di riferimento.

In particolare, l'autodeterminazione femminile, nelle scelte riguardanti la propria sessualità e la propria libertà procreativa, viene ciclicamente messa in discussione da correnti politiche e giurisprudenziali che spesso attribuiscono al dibattito pubblico e giuridico valenze morali. Ciò dimostra che, in tema di libertà procreativa delle donne, le conquiste ottenute non possano dirsi ancora consolidate poiché risulta costantemente presente la minaccia di una loro restrizione o negazione².

Sebbene durante il Ventunesimo secolo siano stati fatti numerosi progressi³ sul mercato del lavoro, sull'occupazione femminile, sulla maternità, sul rafforzamento degli organismi di pari opportunità, sull'ampliamento della partecipazione femminile nelle rappresentanze politiche e sul superamento delle diseguaglianze di genere nel diritto di famiglia⁴, si continua a registrare un regresso in termini di «resistenza al cambiamento sociale progressista, un'involuzione rispetto ai diritti acquisiti o il mantenimento di uno *status quo non paritario*»⁵. Ne sono esempi lampanti l'attacco diretto al diritto di aborto in Polonia⁶, la situazione in Ungheria, la negazione della tutela costituzionale del diritto di aborto negli Stati Uniti ad opera della Corte Suprema⁷, l'America del Sud dove il diritto all'aborto è riconosciuto solamente

¹ Sul punto Valeria Giordano scrive «il nostro ordinamento ha sempre pagato un prezzo elevato l'influenza della posizione cattolica sulla natura e sulla fondazione dei valori da porre alla base della riflessione bioetica e delle scelte del legislatore, registrando una difformità giuridica notevole nelle tematiche di inizio e fine vita che ha accresciuto [...] fenomeni di turismo procreativo lesivi del principio di uguaglianza», in V. GIORDANO, *Le regole del corpo. Costruzioni teoriche e decisioni giudiziarie*, Torino, 2018, 54.

² F. ANGELINI, *Introduzione: perché parlare di aborto?*, in *Nomos*, 2, 2022, 1-2.

³ Veronica Valentini parla di «"nuova ondata" di femminismo», V. VALENTI, *Introduzione. La questione di genere: una sfida (ancora attuale) per le democrazie del XXI secolo*, in P. TORRETTA, V. VALENTI (a cura di), *Il corpo delle donne*, Torino, 2021, 21.

⁴ Si pensi ad esempio alla dichiarazione di incostituzionalità del patronimico e alla possibilità di attribuire al nascituro anche o solo il cognome materno. Per una ricognizione completa della vicenda v. C. BASSU, *Il diritto alla identità anagrafica. Il cognome materno tra personalità individuale e principio di uguaglianza*, Napoli, 2021; F. COVINO, *Identità personale e trasmissione del cognome ai figli nella prospettiva del diritto costituzionale. Eguaglianza morale e solidarietà nei rapporti genitoriali*, Napoli, 2023. Sull'evoluzione del diritto di famiglia v. M.R. BIANCA, P. SIRENA, *La Famiglia*, in C.M. BIANCA (a cura di), *Trattato di diritto civile*, Milano, 2.1, 2023.

⁵ Risoluzione del Parlamento europeo del 13 febbraio 2019 (2018/2684(RSP)) in merito al regresso dei diritti delle donne e dell'uguaglianza di genere nell'UE; v. anche V. VALENTI, *Introduzione. La questione di genere: una sfida (ancora attuale) per le democrazie del XXI secolo*, cit., 21 ss.

⁶ TRIBUNALE COSTITUZIONALE POLACCO, sent. 22 ottobre 2020 (K1/2020), il quale legittima una legge che, in concreto, elimina ogni possibilità di ricorrere all'IVG.

⁷ CORTE SUPREMA DEGLI STATI UNITI, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* del 24 giugno 2022.



in pochi Stati⁸. Si riflette ancora, volgendo lo sguardo all'Italia, sull'esistenza di un inquietante tasso di obiettori di coscienza tra i ginecologi, sulla presenza nei consultori delle associazioni pro-vita e, da ultimo, sull'introduzione del c.d. reato universale di gestazione per altri.

Si è detto che la regolamentazione giuridica della libertà di autodeterminazione femminile costituisce il «banco di prova»⁹ del grado di democraticità di un Paese, poiché le regole giuridiche sul corpo delle donne disegnano il ruolo che la società intende ad esse affidare¹⁰. Pertanto, la finalità del presente lavoro è quella di verificare il grado di democraticità del nostro Paese, facendo un punto della situazione sullo stato attuale della libertà di autodeterminazione della donna nelle scelte riguardanti il proprio corpo, la propria sessualità e la propria libertà procreativa, evidenziando le persistenti vulnerabilità, in particolare riguardo all'aborto, e come alcune di queste scelte, specie in tema di prostituzione e gestazione per altri, siano ricondotte in sede giurisprudenziale alla sfera della morale pubblica.

Si analizzeranno la legislazione e la giurisprudenza costituzionale in tema di interruzione volontaria di gravidanza (IVG), procreazione medicalmente assistita (PMA), gestazione per altri (GPA) e prostituzione, al fine di verificare se possa effettivamente dirsi attuata la libertà di autodeterminazione femminile e quali siano i suoi perimetri. L'indagine terrà conto delle fonti giurisprudenziali costituzionali più importanti, nonché delle fonti dottrinali che hanno influenzato e rafforzato il dibattito pubblico in materia¹¹.

2. Il corpo della donna nella società

Riflettere sul rapporto tra diritto e corpo delle donne consente una lettura della realtà sociale tutt'altro che anacronistica. Infatti, permangono ancora oggi delle criticità nella percezione sociale dell'importanza della questione di genere ed è necessario, dunque, continuare a parlare di questo tema al fine di mettere in luce le lacune e le ombre ancora presenti¹².

Ciò che accumuna le donne delle società occidentali è il fatto di essere state concepite e rappresentate attraverso lo sguardo maschile, che si è imposto come prospettiva neutrale e universale. Per lungo tem-

Chiaro

⁸ F. ANGELINI, *op. cit.*, 3.

⁹ P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, Milano, 2007, 97.

¹⁰ L. RONCHETTI, *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 2, 2006, 5.

¹¹ La metodologia adottata si fonda su un'analisi giurisprudenziale qualitativa, orientata alla ricostruzione dell'elaborazione costituzionale del principio di autodeterminazione in questi ambiti. In particolare, si è scelto di concentrare l'attenzione sulle pronunce più significative della Corte costituzionale, in quanto organo preposto al bilanciamento dei diritti fondamentali. La selezione delle pronunce è avvenuta secondo i criteri di: a) rilevanza tematica, includendo esclusivamente sentenze che affrontano in modo esplicito profili giuridici legati alla libertà di autodeterminazione della donna in rapporto al proprio corpo; b) autorevolezza istituzionale, privilegiando le decisioni della Corte costituzionale italiana; c) valenza interpretativa, includendo le pronunce che hanno inciso significativamente sull'interpretazione e sull'applicazione delle norme relative ai temi oggetto di indagine. L'analisi delle decisioni si è svolta con approccio argomentativo e sistematico, ponendo particolare attenzione alle motivazioni addotte dalla Corte e ai bilanciamenti tra interessi contrapposti.

¹² Veronica Valenti scrive «l'affermazione secondo cui il ruolo primario della donna sia quello di occuparsi della cura della casa e della famiglia, in Italia trova il consenso del 51% della popolazione (del 68% in Grecia e di circa l'80% in alcuni Paesi dell'Est, come Ungheria, Polonia, Repubblica Ceca. Sempre i dati statistici, infine, dimostrano come l'Italia sia il Paese in cui le donne, molto più degli uomini, abbiano interiorizzato questo stereotipo (il 53% delle donne a fronte del 44% degli uomini pensa ciò)» in V. VALENTI, *op. cit.*, 27.





po la donna è stata considerata come «*fragilitas sexus*»¹³, dotata di inferiorità naturale rispetto all'uomo a causa della sua debolezza fisica. Tale visione della donna ha ampiamente legittimato forme di patriarcato¹⁴ e creato un diritto imperniato sulla disparità di trattamento fra i due generi, relegando la donna al solo contesto familiare. La sua oppressione è stata assicurata da un pervasivo e costante controllo, attuato dall'ideologia patriarcale, attraverso specifiche modalità di normazione dei comportamenti e mediante una definizione culturale e sociale della donna confinata alla riproduzione e alla maternità, «categorizzandola quale soggetto subordinato all'uomo»¹⁵.

Nonostante l'avanguardia dell'intero impianto costituzionale e il rivoluzionario riconoscimento della parità di genere nell'ambito familiare e lavorativo, anche i Costituenti hanno risentito inevitabilmente del contesto socioculturale dell'epoca¹⁶.

La relazione di dominio maschile nei confronti delle donne viene riassunta nel termine «sessismo», il quale inizia ad essere utilizzato all'interno dei movimenti femministi di seconda ondata¹⁷. Il significato di questa espressione è stato delineato parallelamente a quello del razzismo: come quest'ultimo

«fa riferimento al falso mito del primato della razza bianca, per giustificare il dominio dei bianchi sui neri, così il sessismo giustifica il dominio degli uomini sulle donne sulla base di una presunta superiorità maschile. Il sessismo non rimanda semplicemente ad un trattamento differenziato, ma ad una diseguale considerazione a svantaggio del sesso femminile»¹⁸.

Questa relazione di dominio ha abbracciato anche il rapporto con il corpo femminile. La capacità di procreare è sempre stata considerata il potere esclusivo e unico delle donne. Invero, una volta avvenuta la fecondazione, solamente il corpo femminile può consentire il dispiegarsi del processo riproduttivo. Tale

¹³ M. GRAZIOSI, "Fragilitas sexus". Alle origini della costruzione giuridica dell'inferiorità delle donne, in N. M. FILIPPINI, T. PLEBANI, A. SCATTIGNO (a cura di), *Corpi e storia. Donne e uomini dal mondo antico all'età contemporanea*, Viella, Roma, 2002, 19-38.

¹⁴ Sulla persistenza del patriarcato ancora oggi v. F. ANGELINI, *Parlare di aborto per rimettere al centro la libertà delle donne. Ripartire dal principio di autodeterminazione come responsabilità della gestante*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2023, 208 e ss.

¹⁵ T. CASADEI, *Uno sguardo (imprevisto) sull'esperienza giuridica: il giusfemminismo*, in P. TORRETTA, V. VALENTI (a cura di), *op. cit.*, 5.

¹⁶ Si fa riferimento al ruolo della donna-lavoratrice delineato nell'art. 37 della Costituzione. Sul punto v. F. COVINO, *Donna lavoratrice (dir. cost.)*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Digesto delle discipline pubblististiche. Aggiornamento*, Torino, 2015, la quale afferma che, al fine di superare la latente prospettiva paternalistica e dare effettiva tutela al duplice ruolo della donna, l'art. 37 Cost. deve continuare ad essere sottoposto ad un'interpretazione evolutiva significativa, alla luce anche delle altre disposizioni costituzionali che entrano in gioco. Originariamente, la formulazione dell'articolo rifletteva un contesto sociale e culturale in cui la donna era considerata principalmente nel suo ruolo di madre e lavoratrice, con una tutela che combinava protezione e rispetto della tradizionale divisione dei ruoli. La giurisprudenza ha progressivamente adattato il significato dell'articolo ad una parità sul lavoro effettiva tra uomini e donne, giungendo sino a riconoscere il diritto alla parità salariale, il divieto di discriminazioni di genere, la promozione di pari opportunità e il diritto al congedo parentale. In particolare, le direttive europee sulla parità di genere hanno contribuito a rendere le azioni positive uno strumento centrale nel tentativo di superare le disparità di genere. Invero, leggi come il Codice delle Pari Opportunità hanno reso concreto lo spirito dell'articolo 37, trasformandolo in uno strumento dinamico che rispecchia i cambiamenti sociali.

¹⁷ Si considerano movimenti femministi della seconda ondata quelli degli anni Settanta e Ottanta del secolo scorso, mentre i movimenti femministi della prima ondata sono quelli sviluppatisi all'inizio del Novecento a tutela del raggiungimento dell'eguaglianza formale.

¹⁸ B. CASALINI, *Rappresentazioni della femminilità, postfemminismo e sessismo*, in *Iride*, I, 2011, 44.





assunto trova conferma nella considerazione che le nuove tecnologie consentono di riprodurre artificiosamente solamente il momento fecondativo, non potendo ancora prescindere dal corpo della donna per l'intero ciclo procreativo.

Tale irrinunciabile funzione riproduttiva delle donne, difesa oggi dal riconoscimento dell'essenziale funzione familiare della donna-madre all'art. 37 Cost., ha contribuito a creare ruoli sociali di genere, avallando, in passato, il pensiero secondo cui «se solo il corpo della donna può procreare, cioè compiere l'insieme degli atti e dei processi che consentono di trasmettere la vita, la gestione del corpo della donna e del suo potere di procreare è funzionale al controllo della società che si riproduce attraverso il corpo femminile»¹⁹.

«L'intreccio indissolubile tra gestione del corpo femminile e riproduzione della società è alla base dei permanenti tentativi da parte dei pubblici poteri e della società stessa di disciplinare il corpo femminile»²⁰, talvolta tentando di sottrarre alle donne l'autonomia procreativa e la piena disponibilità sui loro corpi mediante regole di condotta morali, religiose, mediche e giuridiche.

Il diritto ha tentato di controllare la capacità di autodeterminazione della donna «quasi come se la gestione della maternità fosse un affare troppo serio per lasciarlo alla discrezionalità delle donne/madri»²¹. Emblematico esempio è stato il delitto di procurato aborto, volto a tutelare l'interesse demografico dello Stato.

Nel corso del tempo, la regolamentazione giuridica del corpo femminile si è evoluta: da un'impostazione paternalistica che attribuiva al corpo della donna una funzione pubblica, si è giunti a un riconoscimento dell'autoresponsabilità femminile nelle scelte sul corpo, sulla maternità e sulla sessualità.

I movimenti femministi degli anni Settanta e Ottanta hanno avuto un ruolo cruciale nella promozione di questo mutamento sociale e giuridico, denunciando la disegualanza di genere nella rappresentanza politica, nel mondo del lavoro e, soprattutto, accusando la riproduzione costante di stereotipi e pregiudizi che subordinavano le donne agli uomini in ogni ambito della vita²². Il grande lascito di questi movimenti è stato lo sviluppo di pratiche di «“autocoscienza” e del “partire da sé”»²³, proponendo una ricostruzione dell'esperienza individuale scevra da narrazioni imposte dal genere maschile. Non è un caso, quindi, che la legge sull'IVG sia stata promulgata nel 1978 e la legge sulla PMA nel 2004, entrambe a seguito di riflessioni giuridiche già consolidate nella giurisprudenza degli anni precedenti.

In tempi recenti, si è finalmente giunti a considerare che la differenza fra uomo e donna non è circoscritta solamente all'aspetto riproduttivo. Per lungo tempo, infatti, la prevenzione delle malattie e la loro cura venivano studiate avendo esclusivo riguardo al corpo maschile, per poi estenderne i risultati a qua-

¹⁹ L. RONCHETTI, *op. cit.*, 5.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ F. RESCIGNO, *Medicina di genere e autodeterminazione femminile: un percorso giuridico accidentato*, in A. LORENZETTI, B. PEZZINI, *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza: una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, Torino, 2019, 209.

²² M. MILLEFIORINI, *L'autodeterminazione della libertà sessuale nell'ordinamento italiano. Prospettive sul consenso*, in *Nomos*, 1, 2024, 10.

²³ *Ibidem*.





lunque essere umano senza considerare le differenze biologiche-ormonali e anatomiche esistenti con il corpo femminile²⁴.

L'identità femminile, in linea con il contesto sociale e la paternalistica visione della donna, è stata a lungo affermata solo specularmente all'identità maschile, compromettendo e viziando *ab origine* le cure mediche e farmacologiche rivolte alle donne²⁵.

3. Il principio di autodeterminazione

Nel binomio dignità-libertà della persona si fondono gli Stati costituzionali del dopoguerra, inclusa la Costituzione italiana. A differenza delle costituzioni dell'Ottocento, che tutelavano una generica libertà individuale, i moderni ordinamenti tendono a tutelare specifiche situazioni di libertà, riconoscendo al cittadino, quale corollario del principio di legalità, una sfera generale di libertà che consiste nel fare ciò che la legge non vieta puntualmente²⁶.

Il principio di autodeterminazione consiste nella «connaturata capacità di cui gode ogni persona nel poter disporre autonomamente di sé»²⁷ e di divenire «il centro decisionale sovrano delle scelte che riguardano la sua esistenza»²⁸. Tuttavia, esso è un diritto polimorfo e di difficile definizione giuridica, in quanto cerca di tradurre l'importanza esistenziale che assumono decisioni individuali²⁹.

Sebbene la Costituzione italiana non preveda testualmente ed esplicitamente alcun diritto all'autodeterminazione della persona, tanto la Corte costituzionale italiana quanto la Corte di Strasburgo³⁰ lo hanno valorizzato costantemente, al punto da poter essere definito un diritto di creazione giurisprudenziale, suscitando ampio dibattito dottrinale sulla sua esistenza e sul suo fondamento costituzionale implicito³¹.

Le riflessioni inerenti al principio di autodeterminazione sono nate a causa di un sempre più profondo dibattito giuridico sulla libertà di disposizione del proprio corpo, alla luce dei progressi scientifici in cam-

²⁴ A. APOSTOLI, "questioni di genere" tra Costituzione e corpo delle donne, in A. APOSTOLI, *Donne, corpo e mercato di fronte alle categorie del diritto costituzionale*, Torino, 2021, 7.

²⁵ Sulla medicina di genere v. F. RESCIGNO, *Per un habeas corpus "di genere"*, Napoli, 2022, 469 ss.; F. RESCIGNO, *Medicina di genere e autodeterminazione femminile: un percorso giuridico accidentato*, cit., 206 ss.

²⁶ A. BARBERA, *Un moderno "Habeas corpus"?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 27 giugno 2013, 2; la Costituzione italiana rifiuta l'accoglimento del principio liberale secondo il quale «*su sé stesso, sulla sua mente e sul suo corpo, l'individuo è sovrano*» enunciato da J. S. MILL, *Saggio sulla libertà*, traduzione italiana (a cura di) S. MAGISTRETTI, *Il Saggiatore*, Milano, 1981, 33.

²⁷ F. BUZZI, *I limiti del principio di autodeterminazione*, 2009, in *Iustitia*, 2, 2009, 145.

²⁸ V. MARZOCCO, *Il diritto ad autodeterminarsi e il "governo di sé". La "vita materiale" tra proprietà e personalità*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, Napoli, 2012, 33.

²⁹ A. G. GRASSO, *Per un'interpretazione costituzionalmente orientata del divieto di maternità surrogata*, in *Teoria e Critica della Regolazione Sociale*, II, 17, 2020, 159.

³⁰ CORTE EDU, Sent. 29 aprile 2002, n. 2346/02 *Pretty c. Regno Unito* in materia di suicidio assistito; CORTE EDU, Sent. 11 luglio 2002, n. 28957/95 *Goodwin c. Regno Unito* in tema di transgenderismo.

³¹ Sul punto F. Rescigno scrive «è pur vero che nella nostra carta costituzionale non si menziona espressamente l'autodeterminazione, tuttavia tale omissione appare imputabile più a finezze linguistiche piuttosto che corrispondente ad una effettiva volontà di limitazione della persona, anche perché sarebbe stato singolare, se non schizofrenico, un Costituente che da un lato avesse rivoluzionato l'intero impianto normativo funzionalizzandolo rispetto all'individuo e costituzionalizzando la persona, mentre dall'altro avesse espresso una riserva di controllo sulla stessa persona e sui suoi diritti inviolabili, impedendogli di utilizzarli secondo la propria volontà per rispondere ad un superiore ed indefinibile idea di dignità», in F. RESCIGNO, *Per un habeas corpus "di genere"*, cit., 142.



po medico degli ultimi decenni. A questo si sono affiancati i movimenti per il riconoscimento dei diritti civili, il movimento femminista e le lotte per la libertà sessuale e di genere, che sono stati il grande motore degli attuali approdi in tema di autodeterminazione. Inoltre, i mutamenti dei valori religiosi e familiari delle società occidentali hanno determinato, soprattutto nel diritto di famiglia e nel biodiritto, nuovi scenari inimmaginabili ai Costituenti.

Non è da sottovalutare che, a partire dagli anni Novanta, la riflessione sui diritti della persona è aumentata esponenzialmente, confluendo in innumerevoli trattati internazionali, come la Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata in Italia con la legge del 27 maggio 1991, n. 176, la Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997 e ratificata dall'Italia con legge 28 marzo 2001, n. 145 e la Carta di Nizza del 7 dicembre 2000.

In definitiva, il grande motore del diritto risulta essere la modificazione della coscienza sociale, che spinge a riflettere sull'emersione di nuovi diritti e impone riletture evolutive di quelli di stampo tradizionale. In questo contesto, l'autodeterminazione è divenuta paradigma interpretativo della Costituzione e argomento per la creazione di nuovi diritti. Tuttavia, la sua configurazione come principio costituzionale si è rivelata tutt'altro che pacifica, emergendo posizioni nettamente contrapposte in dottrina.

La tesi prevalente ritiene che il diritto all'autodeterminazione tragga il proprio fondamento normativo dalle diverse disposizioni costituzionali che, di volta in volta, entrano in gioco. Nel corso degli anni Ottanta, l'argomento dell'autodeterminazione era stato utilizzato per superare la visione proprietaria e mercatista legata al tradizionale concetto di autonomia privata, consacrato nella disciplina degli atti di disposizione del proprio corpo *ex art. 5 c.c.*³². Successivamente, nella Costituzione italiana e nelle carte internazionali e sovranazionali, si è individuato un generale diritto all'autodeterminazione come espressione della sovranità su di sé e sul proprio corpo³³, declinato nelle varie accezioni di autodeterminazione informativa, autodeterminazione biologica, autodeterminazione terapeutica e diritto a togliersi la vita³⁴. Una ricostruzione minoritaria, esprimendosi la Costituzione solo in termini di libertà e di diritti, ritiene che assumano rilevanza giuridica solo le scelte che l'individuo compie, non potendosi ravvisare un generico e unitario diritto all'autodeterminazione dell'individuo. L'autodeterminazione assume valenza giuridica solo poiché riconduce i diversi aspetti delle decisioni individuali ad una disposizione puntuale, che contempla una determinata situazione e la qualifica giuridicamente³⁵.

Nonostante tali ricostruzioni, la Corte costituzionale ha da tempo riconosciuto un autonomo diritto fondamentale all'autodeterminazione, declinato differentemente in base al contesto in cui opera. Nell'ambito dell'attività medica, in riferimento al consenso informato e alle scelte sul fine vita, il diritto all'autodeterminazione viene ricavato dagli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione³⁶, essendo *ivi* legato più indissolubilmente al diritto alla salute. Invece, in relazione alle scelte procreative, concernendo la sfera

³² A. BARBERA, *op. cit.*, 3.

³³ v. anche S. RODOTÀ, *Habeas Corpus*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di Biodiritto*, I, *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010 il quale afferma che il diritto all'autodeterminazione come diritto alla libera disposizione del proprio corpo si tradurrebbe in un moderno *Habeas corpus*.

³⁴ A. BARBERA, *op. cit.*, 3.

³⁵ S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, Roma, 2009, 3.

³⁶ La sentenza n. 438/2008 afferma che il consenso informato sintetizza il diritto all'autodeterminazione e il diritto alla salute, entrambi definiti come diritti fondamentali; l'ordinanza n. 207/2018 afferma «la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze».





privata e familiare della persona, la libertà di autodeterminazione trova fondamento negli articoli 2, 30 e 31 della Costituzione³⁷.

È necessario sottolineare che la Consulta fa un uso peculiare e mai uniforme del principio di autodeterminazione³⁸: talvolta lo configura come un fondamentale e autonomo diritto estraibile da diverse combinazioni di disposizioni costituzionali³⁹; in altri casi lo configura come una componente essenziale di quei diritti cui si lega indissolubilmente⁴⁰; in altre occasioni ancora, è utilizzato come argomento generale per sintetizzare e troncare risolutivamente discorsi giuridici, senza procedere a un reale confronto⁴¹.

Emerge in modo evidente la complessità del diritto in questione: problematica non è solamente l'individuazione del suo contenuto, rischiando talvolta di naufragare in un contenitore vuoto, ma anche l'individuazione dei limiti opponibili al suo potenziale dispiegarsi in modo illimitato. Si rischia di avere a che fare con un diritto potenzialmente incontrollabile, il quale potrebbe deragliare verso derive «narcistiche e isolazionistiche»⁴².

Tuttavia, alla luce del generale principio enunciato dalla Corte costituzionale nel caso ILVA, sintetizzabile nella ormai famosa espressione «non esistono diritti tiranni»⁴³, è possibile escludere qualsivoglia espansione illimitata del diritto *de quo*. Rifiutando l'esistenza di una rigida gerarchia tra diritti costituzionali fondamentali ed essendo l'autodeterminazione un diritto fondamentale della persona di rango costituzionale⁴⁴, non può prevalere automaticamente sugli altri diritti costituzionali né può espandersi illimitatamente a discapito delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette. La sua tutela deve essere sempre garantita mediante un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi, secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale.

Inoltre, occorre sottolineare una lettura del diritto all'autodeterminazione alla luce del principio personalista, del principio pluralista⁴⁵ e della dignità della persona⁴⁶: accogliendo un modello pacificamente antipaternalista, la Carta costituzionale non legittima un'esplicazione assoluta, priva di limiti, del principio di autodeterminazione, poiché la massimizzazione dell'estensione possibile della sfera individuale di

³⁷ Cfr. CORTE COST., sent. n. 162/2014 sulla PMA.

³⁸ Sul punto v. P. VERONESI, *Fisionomia e limiti del diritto fondamentale all'autodeterminazione*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2, 2019, 28 ss.

³⁹ v. CORTE COST., sent. n. 438/2008; CORTE COST., sent. n. 253/2009; CORTE COST., ordinanza n. 207/2018 sul consenso informato; CORTE COST., sent. n. 162/2014 sulla PMA.

⁴⁰ v. CORTE COST., sent. n. 561/1987 e n. 325/2005 sull'autodeterminazione della libertà sessuale della vittima di violenza sessuale di gruppo.

⁴¹ v. CORTE COST., sent. n. 141/2019 e n. 278/2019 sulla prostituzione.

⁴² P. VERONESI, *op. cit.* 31.

⁴³ v. CORTE COST., sent. 85/2013 sul caso ILVA, punto 9 del *Considerato in diritto*: «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 «sistematica 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, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona».

⁴⁴ v. CORTE COST., sent. n. 438/2008

⁴⁵ Sul punto v. P. VERONESI, *op. cit.* 32; R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, 25.

⁴⁶ Sul rapporto tra dignità e autodeterminazione v. F. RESCIGNO, *Per un habeas corpus "di genere"*, *cit.*, 103 ss.



ognuno trova il proprio limite nelle ipotesi in cui ciò possa confliggere con altri beni fondamentali destinati ragionevolmente a prevalere⁴⁷.

Tra i compiti dello Stato, una posizione privilegiata è assegnata alla necessaria eliminazione di ogni situazione in conflitto con la dignità della persona e di ogni circostanza che potrebbe comprometterla. La dignità consiste

«nel diritto ad ottenere rispetto per ogni essere umano da parte di ogni altro essere umano, nel diritto a non subire interventi indebiti nella propria sfera personale dai terzi e dal potere pubblico ed infine, ma non certo meno rilevante, nel diritto ad essere posto nelle migliori condizioni possibili per poter pienamente sviluppare la propria personalità»⁴⁸.

In tal senso, la dignità sancisce la centralità del diritto all'autodeterminazione della persona, che deve potersi liberamente autodeterminare senza che ciò costituisca un arbitrio egoistico ai danni della collettività: se gli effetti delle scelte dell'individuo si esauriscono nella sua sfera giuridica, è imprescindibile affermare la prevalenza dell'autodeterminazione su qualsiasi ordine morale istituzionale; invece, se l'esercizio della propria libertà di autodeterminazione interferisce con la sfera giuridica altrui è necessario bilanciare le diverse situazioni in virtù dell'aspetto relazionale della dignità⁴⁹.

Concludendo, si può affermare che oggi la tendenza è quella di riconoscere un generale diritto all'autodeterminazione della persona, espressione della sovranità su di sé e sul proprio corpo, declinato in varie *species*: autodeterminazione informativa, autodeterminazione terapeutica, autodeterminazione procreativa, autodeterminazione nel cambiamento di genere, autodeterminazione sessuale, ecc.

4. I risvolti dell'autodeterminazione sul corpo femminile

Il discorso sull'autodeterminazione ha abbracciato, soprattutto, il rapporto fra diritto e corpo delle donne in relazione alle loro scelte sessuali e riproduttive. Infatti, dagli anni Settanta si iniziò ad intraprendere una profonda riflessione sul diritto alla salute, assumendo la prospettiva secondo cui «tutto ciò che attiene al corpo e alla sfera privata» è «tendenzialmente libero da decisioni imposte in modo autoritativo e autoreferenziale dalle istituzioni»⁵⁰, con l'obiettivo di plasmare una cultura politica e giuridica fondata sulla non ingerenza ingiustificata della legge nella vita privata.

Quelle riflessioni hanno influenzato anche il legislatore italiano, che ha introdotto alcune leggi importanti, come la legge n. 405 del 1975 istitutiva dei consultori familiari e la legge n. 194 del 1978 sull'interruzione volontaria della gravidanza, cominciando non solo a promuovere una visione innovativa della genitorialità, della maternità e della procreazione, ma anche impegnando i pubblici poteri a garantire, attraverso campagne d'informazione e strutture pubbliche, l'interesse dei singoli alla realizzazione di un approccio consapevole e responsabile alla genitorialità e il pieno esercizio dei diritti riproduttivi.

⁴⁷ P. VERONESI, *Fisionomia e limiti del diritto fondamentale all'autodeterminazione*, cit., 32; v. anche A. BARBERA, *op. cit.*, 6 ss. il quale afferma che la dignità della persona è strettamente collegata alla sua libertà e ne costituisce, al contempo, fondamento e limite.

⁴⁸ F. RESCIGNO, *Per un habeas corpus "di genere"*, cit., 118.

⁴⁹ *Ivi*, 122-124.

⁵⁰ L. RONCHETTI, *op. cit.*, 3.





Questa normativa, più in generale, ha cercato di costituire le basi per una procreazione cosciente e responsabile⁵¹.

È evidente come l'autodeterminazione si leggi sempre più alla libertà personale e alla salute di ogni individuo: oggi si parla di autodeterminazione rispetto a situazioni in relazione alle quali, un tempo, si parlava di tutela del diritto alla salute.

Al pensiero femminista⁵² si deve l'attenzione per la specificità sessuale e biologica del corpo femminile nella riproduzione, giungendo ad affermare il principio in base al quale «a una donna non si può imporre di essere o non essere madre [...] di usare o non usare il suo corpo a fini riproduttivi»⁵³. Per ricostruire il legame fra autodeterminazione e corpo femminile bisogna prendere le mosse dall'idea che «il corpo di una donna non può essere oggetto di regolamentazione pubblica, poiché questa offende, a un tempo, l'egualanza e la libertà di ciascuna, e mette a repentaglio tutte le coordinate di una convivenza civile»⁵⁴.

I precetti costituzionali dialogano con il corpo femminile in due direzioni: da un lato, impedendo di ridurre il corpo a mero strumento di profitto; dall'altro, tutelando l'autonomia dell'individuo, il quale non deve essere limitato da decisioni imposte, da condizionamenti economici e dalla sottomissione al volere altrui⁵⁵.

La determinazione ondivaga del principio di autodeterminazione trae fondamento dal fatto che viene ricostruito dalla giurisprudenza come un principio multiforme, che si declina differentemente (e talvolta incoerentemente e paternalisticamente, come nel caso dell'IVG, nell'originaria disciplina della PMA e in tema di prostituzione) in base al settore di riferimento. Il diritto si è concentrato sul potere procreativo delle donne e sulla sfera sessuale, dove l'autonomia femminile si nutre dell'uso libero e responsabile del proprio corpo. Tuttavia, l'inviolabilità del corpo femminile non è stata ricondotta alla libertà personale, bensì alla tutela della salute psicofisica della persona ex art. 32 Cost.⁵⁶.

Questo emerge chiaramente nell'ambito dell'IVG e della PMA, le cui discipline hanno il pregio di entrare nel vivo della relazione fra i corpi delle donne e il diritto: la prima riguarda il desiderio di non accogliere una gravidanza indesiderata, mentre la seconda il desiderio di maternità. In entrambi i casi il presupposto è un comportamento volitivo della donna nei confronti della propria attitudine alla procreazione⁵⁷. Il punto nevralgico, però, è quello per cui, nonostante l'IVG e la PMA siano dei trattamenti sanitari ricompresi nell'ambito dei LEA (Livelli Essenziali di Assistenza)⁵⁸, emerge in modo evidente la differenza di

⁵¹ F. ANGELINI, *La Corte costituzionale mette al centro nei percorsi di PMA il corpo della donna e conferma l'irreversibilità del consenso dell'uomo dopo la formazione degli embrioni. Commento alla sentenza n. 161 del 2023*, in *Nomos*, 3, 2023, 7 ss.

⁵² Sul punto v. A. DI MARTINO, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive. Autodeterminazione, salute, dignità*, Milano, 2020.

⁵³ M. G. GIAMMARINARO, *Diritto leggero e autonomia procreativa. La maternità di sostituzione*, in *Democrazia e diritto*, 1, 1996, 100.

⁵⁴ S. NICCOLAI, *La legge Merlin e i suoi interpreti*, in D. DANNA, S. NICCOLAI, L. TAVERINI, G. VILLA (a cura di), *Né sesso né lavoro. Politiche sulla prostituzione*, Milano, 2019, 70.

⁵⁵ A. APOSTOLI, "questioni di genere" tra Costituzione e corpo delle donne, cit., 5.

⁵⁶ L. RONCHETTI, *op. cit.*, 3.

⁵⁷ *Ibidem*, 7.

⁵⁸ Dal 2017 la PMA omologa ed eterologa è ricompresa nei LEA; pertanto, le cure e le prestazioni per la PMA sono garantite dal SSN in tutto il territorio italiano, gratuitamente o dietro pagamento di un ticket regionale, v. E. TURIL-





trattamento dell'autodeterminazione femminile nell'ambito delle due leggi: nel primo caso l'interruzione volontaria di gravidanza viene ricondotta esclusivamente al diritto alla salute della donna, senza minimamente affermare una vera e propria autodeterminazione femminile, a causa della logica paternalistica sottesa alla legge; al contrario, nell'ambito della PMA, grazie all'opera di *restyling* effettuata nel corso degli anni dalla giurisprudenza, si è giunti ad affermare compiutamente il principio di autodeterminazione della donna in relazione al proprio corpo e alla propria maternità (negato dalla disciplina originaria della legge).

Nell'ambito della gestazione per altri e della prostituzione, come si vedrà più avanti, il legislatore e la giurisprudenza, invece, hanno perentoriamente escluso che possa trovare spazio una qualsivoglia forma di libertà di autodeterminazione della donna sul proprio corpo.

Sul tema della prostituzione, il pensiero femminista ha prediletto due prospettive: da una parte, è ancora presente l'idea della prostituzione come forma di contrattualizzazione del corpo umano, la quale costituisce un'operazione di mercificazione della persona con conseguente esclusione di qualsiasi intervento statale volto a regolarizzare tale attività; dall'altra, il femminismo liberale privilegia l'autodeterminazione dei *sex workers* e considera l'attività di meretricio alla stregua di qualsiasi altra attività lavorativa economica, ripudiando l'idea di oggettificazione della donna. Le elaborazioni femministe spaziano, dunque, dal concepire la prostituzione come emblema del modello di prevaricazione patriarcale al rivendicarla come legittima forma di emancipazione e mezzo di sovversione culturale⁵⁹.

In Italia, la Legge Merlin n. 75/1958 ha adottato un modello abolizionista, la cui *ratio* si ispira alla tutela della libertà della donna. Nella concezione dell'epoca la scelta di prostituirsì era sempre intrinsecamente legata ad una condizione di vulnerabilità individuale e sociale tale da rendere la donna un soggetto inevitabilmente debole e vittima destinata a rimanere ai margini della società, da proteggere e risocializzare⁶⁰. Al fine di sottolineare questa debolezza, la legge Merlin non criminalizza la prostituta né il cliente che fruisce della prestazione sessuale, anch'egli inquadrato come soggetto debole (salvo i casi di prostituzione minorile). Ad essere punite sono le condotte collaterali all'attività di meretricio che avallano la condizione di debolezza e vulnerabilità delle prostitute⁶¹.

Sia il legislatore dell'epoca che la più recente giurisprudenza costituzionale non considerano l'uso del proprio corpo e della propria sessualità come una modalità di espressione della libertà di autodeterminazione sessuale e, pertanto, l'attività di meretricio, anche se consapevolmente scelta, non è riconducibile al diritto fondamentale ed inviolabile alla libertà sessuale perché non costituisce una delle modalità

LAZZI, A. ALESSI, M. OTTAVIANI, D. MORENA, V. FINESCHI, *Procreazione medicalmente assistita e consenso bigenitoriale: l'inconveniente di essere nati? Una recente sentenza dei giudici delle leggi evidenzia le contraddizioni tuttora esistenti in merito alla legge n. 40/2004*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 1, 2024, 356.

⁵⁹ I. POLLINI, *Prostituzione volontaria e giurisprudenza costituzionale europea in una prospettiva comparata di costituzione aperta*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1, 2023, 82 ss.

⁶⁰ F. RESCIGNO, *Riflessioni in ordine sparso tra mercificazione del corpo, dignità, autodeterminazione e tentazioni moralistiche*, in (a cura di) A. APSTOLI, *Donne, corpo e mercato di fronte alle categorie del diritto costituzionale*, cit., 235.

⁶¹ La legge Merlin nasce con l'obiettivo di abolire il mercato del sesso attraverso l'incriminazione non della condotta prostitutiva in sé, ma delle c.d. condotte parallele di agevolazione e intermediazione realizzate da soggetti terzi. La convinzione sottesa a tale impianto legislativo consiste nel porre fine all'attività di meretricio proprio per il tramezzo dell'eliminazione di queste condotte.



di realizzazione della persona⁶². Tuttavia, è evidente che l'impianto normativo della legge Merlin si fonda su una *ratio* paternalistica che strida rispetto all'attuale fenomeno della prostituzione, il quale è composto da un numero di persone che scelgono liberamente e incondizionatamente di svolgere l'attività di meretricio e che, per ciò solo, non possono essere considerate vulnerabili e deboli. A ciò è necessario aggiungere che la prostituzione non abbraccia più solamente l'universo femminile, bensì anche quello maschile.

Il quadro che emerge delinea la donna come un soggetto intrinsecamente debole e incapace di autodeterminarsi. A tal proposito, sarebbe necessario domandarsi se effettivamente esercitare l'attività di meretricio «sia sintomo di debolezza e, in caso affermativo, se questa debolezza sia caratteristica comune a chiunque scelga di prostituirsi, si tratti di uomini o donne»⁶³.

Nonostante i numerosi interventi legislativi degli ultimi settant'anni per attenuare la subordinazione della donna all'uomo, permangono numerosi ostacoli alla completa realizzazione dell'autodeterminazione femminile, intesa come la possibilità di disporre del proprio corpo. Invero, lo stato complessivo della disciplina è ancora insufficiente, esposto a vulnerabilità e ciclicamente rimesso in discussione in base alle bandiere politiche.

Tranne in materia di PMA, in cui l'istituto dell'irrevocabilità del consenso materno e paterno è stato finalmente interpretato in linea con il bilanciamento degli interessi costituzionali, ma sul cui punto si auspica un intervento normativo, negli altri settori permangono gravi nodi gordiani. Basti pensare, infatti, alla difficoltà immensa nell'accesso all'IVG, a causa del massiccio ricorso all'obiezione di coscienza e all'opera di decostruzione della legge volta a svuotarla di significato, permessa e avallata dalla sua debolezza intrinseca. Il problema più grande risiede nel fatto che si è legittimata la creazione del diritto all'obiezione di coscienza come un diritto tiranno, precludendo alle donne, talvolta in modo assoluto, di poter esercitare le loro scelte in modo libero e senza ostacoli. Questa è la conseguenza della precisa scelta legislativa di ancorare l'interruzione volontaria di gravidanza a una visione meramente terapeutica, non riconoscendone la dimensione relazionale e lasciando in ombra l'autodeterminazione della donna.

In materia di gestazione per altri e prostituzione, la Corte costituzionale, continuando a fare riferimento al contenitore vuoto della dignità oggettiva, sembra nascondere una visione velatamente connotata da una moralità pubblica che rievoca la vecchia concezione etica del buon costume, evitando, inoltre, un reale e serio dibattito giuridico sull'autodeterminazione femminile.

5. Il boicottaggio della legge 194/1978

L'interruzione volontaria della gravidanza non viene esplicitamente ricondotta al principio di autodeterminazione della donna né dalla legge n. 194/1978 né dalla giurisprudenza, nonostante il compromesso politico sotteso a tale impianto normativo consista nel conciliare il riconoscimento dell'autodeterminazione procreativa della donna con una disciplina paternalistica.

La legge *de quo* ha segnato un momento storico importante per tutte le donne, riconoscendo loro, per la prima volta, la scelta esclusiva in merito alla prosecuzione della gravidanza. Tuttavia, non è stato pos-

⁶² F. RESCIGNO, *Riflessioni in ordine sparso tra mercificazione del corpo, dignità, autodeterminazione e tentazioni moralistiche*, cit., 241.

⁶³ *Ibidem*, 247.





tivizzato un vero e proprio diritto all'aborto⁶⁴: l'interruzione volontaria di gravidanza è stata concepita dal legislatore come una prestazione sanitaria affidata in via esclusiva alle strutture pubbliche del sistema sanitario nazionale, facente parte dei c.d. LEA e rientrante nel nucleo essenziale del diritto alla salute⁶⁵. Di conseguenza, l'accesso all'IVG è garantito a tutte le donne, sia cittadine che straniere.

Lo scopo è assicurare l'egualianza sostanziale nell'accesso ai servizi per l'interruzione di gravidanza, indipendentemente dalle condizioni personali e sociali, in modo uniforme sul territorio nazionale⁶⁶. Pertanto, il Governo è legittimato a intervenire, *ex art. 120 Cost.*, nei confronti delle Regioni e delle singole aziende sanitarie inadempienti all'obbligo di garantire l'IVG e le prestazioni mediche specialistiche, diagnostiche e terapeutiche necessarie alla consulenza, al supporto psicologico e all'assistenza all'aborto.

Tuttavia, l'intera legge si fonda su un rapporto conflittuale e oppositivo fra il diritto alla salute della donna e l'aspettativa di vita del concepito⁶⁷, tralasciando completamente il vero senso dell'autodeterminazione femminile e cancellando di fatto la condizione naturale per cui madre e concepito sono «“due e tutt’uno” (unità duale)»⁶⁸, «legati in una condizione data per natura, in cui l’uno vive nella volontà dell’altra, cioè della madre, di voler diventare tale»⁶⁹. La legge *de quo* positivizza una costruzione irreale perché, senza la libera volontà della madre e il suo corpo, non vi è possibilità di vita futura per l'embrione⁷⁰.

L'originaria debolezza di tale impianto normativo risiede nella contrapposizione fra donna e concepito, che ha impedito di riconoscere la libertà delle donne come precondizione al desiderio di maternità. Si è costruita una disciplina dell'aborto basata su una logica fortemente paternalistica, in cui i soggetti protagonisti vengono considerati deboli e bisognosi di aiuto esterno⁷¹: «è debole l'embrione, che va difeso dalla madre; è debole la madre che viene a trovarsi in posizione di difficoltà per la sua salute»⁷².

⁶⁴ Cfr. E. OLIVITO, *L’ultima parola e la prima. “Per il desiderio di chi [non] sono rimasta incinta? per il desiderio di chi [non] sto abortendo?”*, in *Nomos*, 2, 2022.

⁶⁵ L. BUSATTA, *L’interruzione volontaria di gravidanza entro i primi novanta giorni: una prestazione sanitaria a contenuto costituzionalmente vincolato*, in *Nomos*, 2, 2022, 9-10.

⁶⁶ *Ibidem*, 8.

⁶⁷ Già individuati come interessi di rango costituzionale meritevoli di tutela nella sentenza della Corte costituzionale n. 27/1975, in cui si è affermato che «la liceità dell’aborto deve essere ancorata ad una previa valutazione della sussistenza delle condizioni atte a giustificarle».

⁶⁸ B. PEZZINI, *Nascere dal corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall’analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2017, 191 ss.

⁶⁹ F. ANGELINI, *Introduzione. La questione di genere: una sfida (ancora attuale) per le democrazie del XXI secolo*, cit., 8.

⁷⁰ *Ibidem*, 9.

⁷¹ L'art. 5 comma 1 l. 194/1978 afferma che «Il consultorio e la struttura socio-sanitaria, oltre a dover garantire i necessari accertamenti medici, hanno il compito in ogni caso, e specialmente quando la richiesta di interruzione della gravidanza sia motivata dall’incidenza delle condizioni economiche, o sociali, o familiari sulla salute della gestante, di esaminare con la donna e con il padre del concepito, ove la donna lo consenta, nel rispetto della dignità e della riservatezza della donna e della persona indicata come padre del concepito, le possibili soluzioni dei problemi proposti, di aiutarla a rimuovere le cause che la porterebbero alla interruzione della gravidanza, di metterla in grado di far valere i suoi diritti di lavoratrice e di madre, di promuovere ogni opportuno intervento atto a sostenere la donna, offrendole tutti gli aiuti necessari sia durante la gravidanza sia dopo il parto.».

⁷² F. ANGELINI, *Introduzione. La questione di genere: una sfida (ancora attuale) per le democrazie del XXI secolo*, cit., 9.





La libertà di interrompere la gravidanza risulta spesso subordinata a verifiche sulla gestazione e all'esistenza di condizioni di fragilità della donna che in alcuni casi legittimano anche interventi esterni, quali aiuti occasionali di carattere economico e psicologico, volti esclusivamente ad interferire con la determinazione di abortire⁷³. Tale visione paternalistica dell'aborto sminuisce e limita, ancora una volta, la capacità delle donne di autodeterminarsi riguardo al proprio corpo e alla propria maternità, insinuando che esse non siano in grado di prendere tali decisioni né di assumersene la responsabilità⁷⁴.

Il riconoscimento della centralità della volontà della donna non è giustificato soltanto dall'esigenza di escludere ogni tipo di manipolazione sul suo corpo e sulla sua libertà, ma anche dal riconoscerle una maggiore consapevolezza e responsabilità nella scelta della nascita⁷⁵, ammettendo la realtà biologica della procreazione, ossia che «nessun bambino può nascere senza la volontà della madre, e quella giuridica, e cioè che l'aborto dovrebbe avere a che fare solo con la libertà della donna di autodeterminare le proprie scelte procreative, libertà che si lega al suo senso di responsabilità per sé e per il feto»⁷⁶.

Nonostante l'impianto normativo tenti di valorizzare l'autodeterminazione della donna in relazione alla maternità, tale obiettivo non si è concretizzato a causa di ulteriori punti nevralgici della legge, che ne ostacolano l'effettivo riconoscimento.

In primis, l'art. 5, comma 4 l. 194/1978 afferma che, dopo aver ottemperato all'onere informativo, il medico inviti la paziente a sopraspedere per sette giorni, trascorsi i quali la donna può procedere con l'IVG. La *ratio* di questa disposizione è consentire alla donna di sopesare la sua scelta. Occorre, tuttavia, riflettere sulla ragionevolezza di tale assunto⁷⁷ poiché potrebbe tradursi in un ostacolo, sia materiale che psicologico, al percorso che la donna deve affrontare, rischiando di farle perdere del tempo prezioso sia per accedere alla pratica sia per poterne usufruire, avvicinandola pericolosamente «al muro dei 90 giorni»⁷⁸.

In secundis, l'aspetto che più ostacola l'autodeterminazione femminile, realizzando un vero sabotaggio all'attuazione della legge, è la previsione dell'obiezione di coscienza per il personale sanitario e ausilia-

⁷³F. ANGELINI, *Parlare di aborto per rimettere al centro la libertà delle donne. Ripartire dal principio di autodeterminazione come responsabilità della gestante*, cit., 209.

⁷⁴ Elisa Olivito afferma che «occorre sgombrare il campo dallo strisciante biasimo e dalla paternalistica vittimizzazione che spesso si annidano nelle pieghe delle legislazioni sull'aborto, sulla base della convinzione che la donna, incapace di decidere da sé, abbia bisogno di altri che decidano per lei. Per farlo, bisogna ritornare alla "prima parola", nel senso di ribadire con forza che il problema dell'aborto non può essere affrontato indipendentemente dall'esperienza delle donne, dei loro corpi e di come esse vivono e sentono la gravidanza.», in E. OLIVITO, *op. cit.*, 6.

⁷⁵ F. ANGELINI, *Introduzione. La questione di genere: una sfida (ancora attuale) per le democrazie del XXI secolo*, cit., p. 10; cfr. E. OLIVITO, *op. cit.*

⁷⁶ F. ANGELINI, *Parlare di aborto per rimettere al centro la libertà delle donne. Ripartire dal principio di autodeterminazione come responsabilità della gestante*, cit., 210.

⁷⁷ Questo requisito si pone in contrasto con le più recenti linee guida sull'aborto, pubblicate dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) l'8 marzo 2022 che raccomandano fermamente agli Stati di evitare o rimuovere la previsione per legge di «*mandatory waiting periods*» tra la richiesta di interrompere la gravidanza e l'accesso al servizio. L'OMS rileva che, negli ordinamenti che prevedono tale requisito, esso si traduce in un ostacolo effettivo all'accesso alle procedure, impedendolo o ritardandolo, a scapito delle donne in posizioni di maggiore vulnerabilità (per ragioni economiche o sociali, per età, per appartenenza a particolari gruppi etnici, o per motivi geografici), Organizzazione Mondiale della Sanità, *Abortion Care Guidelines*, pubblicate l'8 marzo 2022 e disponibili a questo link: <https://www.who.int/publications/item/9789240039483> (ultima consultazione 22/03/2025); cfr. L. BUSATTA, *op. cit.*

⁷⁸ P. VERONESI, *Il forum. La legge 194 non si tocca?*, in *La Rivista del "Gruppo di Pisa"*, 3, 2022, 180.



rio, accompagnato da un ricorso massiccio, qualificabile come abuso, che lo ha reso un diritto tiranno rispetto agli altri interessi costituzionali in gioco. Invero, il fatto che l'IVG sia stata concepita dal legislatore come una prestazione sanitaria garantita all'interno del SSN, crea un'obbligazione in capo alle strutture pubbliche nella garanzia del servizio. Mentre per il personale sanitario la legge prevede espressamente l'istituto dell'obiezione di coscienza, senza alcun controllo sull'effettività del contrasto etico interiore e senza previsione di attività alternative che compensino il rifiuto di attuare una legge a contenuto costituzionalmente vincolato⁷⁹, altrettanto non è per le strutture pubbliche, alle quali compete *ex lege* la garanzia del servizio⁸⁰ che, stando ai dati, non è adeguatamente assicurato. La Relazione del 2024 del Ministro della salute sull'attuazione della legge 194/78⁸¹, così come quelle precedenti sino al 2017, non presenta il numero di obiettori di coscienza in Italia, rendendo di difficile accertamento la portata del fenomeno. Le sedi ospedaliere e case di cura autorizzate con reparto di ginecologia e/o ostetricia che effettuano IVG sono il 61,1% del totale sul territorio nazionale. Dal Rapporto Legge 194 «Mai dati» del 2022⁸² è emerso che: in 11 Regioni c'è almeno un ospedale con il 100% di obiettori; sono 31 le strutture sanitarie con il 100% di medici ginecologi, anestesiisti, infermieri o operatori sociosanitari obiettori di coscienza; sono quasi 50 le strutture con una percentuale superiore al 90; oltre 80 strutture hanno, infine, un tasso di obiezione superiore all'80%⁸³. Per far fronte a questi dati allarmanti e garantire l'accesso all'IVG, alcune Regioni e ospedali hanno pubblicato bandi per l'assunzione di personale sanitario non obiettore di coscienza⁸⁴.

Infine, contraddittorio è il ruolo delle associazioni di volontariato pro-vita nei consultori pubblici, legitimate dall'art. 2 della legge sull'IVG. Il Parlamento ha approvato l'emendamento all'art. 44 del PNRR in tema di «riorganizzazione dei servizi consultoriali», il quale apre di fatto le porte dei consultori pubblici alle associazioni anti-abortistiche che, in fase di colloqui, potranno incontrare le donne che hanno manifestato la volontà di avvalersi dell'IVG al fine di dissuaderle. Nonostante l'art. 5 della legge *de quo* preveda che i consultori, le strutture sociosanitarie e il medico di fiducia agiscano nel rispetto della dignità e della libertà della donna, a tutela della sua integrità fisica e psichica, non esiste alcun controllo né alcuna indagine conoscitiva sul concreto operare di queste associazioni.

6. L'avvento dell'autodeterminazione della donna sul proprio corpo nella PMA

La contrapposizione fra interesse del concepito e quello della donna, alla base della legge n. 194/1978, era presente anche nell'originaria disciplina della fecondazione assistita dettata dalla legge n. 40/2004⁸⁵.

⁷⁹ *Ivi*, 179.

⁸⁰ L. BUSATTA, *op. cit.*, 11.

⁸¹ <https://www.salute.gov.it/portale/donna/dettaglioPubblicazioniDonna.jsp?lingua=italiano&id=3493> (ultima consultazione 22/03/2025).

⁸² <https://www.maidati.it/2024/11/24/mai-dati-2024/> (ultima consultazione 22/03/2025).

⁸³ Cfr. L. RONCHETTI, *Il forum. La legge 194 non si tocca?*, in *La Rivista del "Gruppo di Pisa"*, 3, 2022, 175.

⁸⁴ Si pensi ai bandi delle Regioni Puglia, Liguria, Emilia-Romagna e Campania, al bando dell'Azienda ospedaliera San Camillo-Forlanini di Roma nel 2015 e, da ultimo, alla legge della Regione Sicilia n. 738/2025.

⁸⁵ Per un *excursus* sul tema v. F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Napoli, 2020.





Inizialmente la donna era estromessa dalla gestione del proprio corpo, considerato un «mero contenitore del concepito»⁸⁶.

La Corte costituzionale ha progressivamente eroso il dettato normativo, adeguando la legge al dettato costituzionale e all'autodeterminazione della coppia in ambito procreativo mediante un percorso scaglionato in tre fasi: a) rimozione del divieto di produrre gli embrioni in numero superiore a tre, esclusione dell'obbligo di impianto simultaneo degli embrioni prodotti e abolizione del divieto di crioconservazione⁸⁷; b) soppressione del divieto di fecondazione eterologa⁸⁸; c) estensione della diagnosi preimpianto alle coppie portatrici di malattie genetiche gravi, anche in assenza di problemi di infertilità⁸⁹.

Si è, dunque, passati da un sistema in cui la fecondazione prevedeva la creazione di un massimo di tre embrioni da impiantare contestualmente, stante l'originario divieto di crioconservazione, a un sistema in cui la crioconservazione è la regola e l'impianto può avvenire anche molto tempo dopo il consenso prestato, consacrando la possibilità di una scissione temporale fra la fecondazione e l'impianto, che sembra oramai costituire la prassi⁹⁰.

Nella sentenza n. 162/2014 la Corte ha riconosciuto che la scelta di una coppia di divenire genitori e formare una famiglia con dei figli costituisce «*espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi*», riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 della Costituzione, interessando la sfera privata e familiare della persona. Ha aggiunto, inoltre, che «la determinazione di avere o meno un figlio [...] concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, [...] anche quando sia esercitata mediante una procreazione di tipo eterologo»⁹¹.

Recentemente, nella sentenza n. 161/2023, la Corte costituzionale è andata addirittura oltre, riconoscendo, per la prima volta in modo esplicito e assoluto, il principio di autodeterminazione della donna in ordine alla procreazione, utilizzando tale argomento per ribadire la legittimità dell'irrevocabilità del consenso paterno alla PMA e del successivo impianto degli embrioni nell'utero, anche quando viene unilateralmente richiesto dalla donna⁹² e ostacolato dall'uomo che abbia ritirato *ex post* il consenso a causa dell'avvenuta interruzione della relazione affettiva.

La Corte ha escluso la violazione del principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.* sostenendo che l'uomo e la donna sono in due situazioni completamente differenti, che esigono di essere trattate in modo diverso. Dopo la fecondazione e la creazione di un embrione solo la donna resta esposta all'azione medica, che può sempre rifiutarsi di subire sulla base dell'incoercibilità del trattamento sanitario e in nome del supe-

⁸⁶ F. RESCIGNO, *Riflessioni in ordine sparso tra mercificazione del corpo, dignità, autodeterminazione e tentazioni moralistiche*, cit., 245.

⁸⁷ CORTE COST., sentenza n. 151/2009.

⁸⁸ CORTE COST., sentenza n. 162/2014.

⁸⁹ CORTE COST., sentenza n. 96/2015 e n. 229/2015.

⁹⁰ MINISTERO DELLA SALUTE – Relazione annuale 2023 sullo stato di attuazione della legge 40/2004, Anno 2023, <https://www.biодiritto.org/Biolaw-pedia/Docs/Ministero-della-Salute-Relazione-annuale-2023-sullo-stato-di-attuazione-della-legge-40-2004> (ultima consultazione 22/3/2025).

⁹¹ Punto n. 6 del *considerato in diritto*.

⁹² Con decreto ministeriale del 20 marzo 2024 recante le «Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita», si afferma che «La donna ha sempre il diritto ad ottenere il trasferimento degli embrioni crioconservati», <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2024/05/09/24A02320/sg> (ultima consultazione 22/03/2025).



riore diritto all'integrità psico-fisica e alla libertà di autodeterminazione⁹³. Al contrario, l'autodeterminazione dell'uomo a non avere figli è considerato un principio recessivo rispetto a quella della donna a proseguire nel trattamento sanitario⁹⁴.

La Corte costituzionale ha posto al centro il corpo della donna, coinvolto «in forma incommensurabilmente più rilevante rispetto a quanto accade per l'uomo» poiché, per lei, il percorso di PMA si traduce nel «grave onere di mettere a disposizione la propria corporalità, con un importante investimento fisico ed emotivo in funzione della genitorialità che coinvolge rischi, aspettative e sofferenze, e che ha un punto di svolta nel momento in cui si vengono a formare uno o più embrioni»⁹⁵.

In particolare, per realizzare il comune progetto genitoriale, la donna si sottopone a impegnativi cicli di stimolazione ovarica, relativamente ai quali non è possibile escludere l'insorgenza di patologie, anche gravi. Successivamente, in caso di fecondazione *in vitro*, si sottopone al prelievo dell'ovocita che, a differenza di quanto accade per l'uomo, consiste in un trattamento sanitario particolarmente invasivo, tanto da essere normalmente praticato in anestesia generale. Inoltre, possono essere necessari, successivamente alla fecondazione dell'embrione e alla sua crioconservazione, ulteriori trattamenti farmacologici e analisi, nonché interventi medici. Le suddette ripercussioni sarebbero ancora più gravi qualora, a causa dell'età o delle condizioni fisiche (che incidono sulla produzione di gameti femminili in misura nettamente diversa rispetto alla produzione di gameti maschili), la donna non avesse più alcuna possibilità di iniziare un nuovo percorso di PMA, con una preclusione assoluta della propria libertà di autodeterminazione in ordine alla procreazione⁹⁶.

Appare evidente la ragionevolezza della diversa assunzione di responsabilità tra uomo e donna nei percorsi di PMA, poiché ciò riflette quanto avviene nella riproduzione naturale in cui, ad ogni rapporto sessuale libero da contraccettivi, la responsabilità per la paternità è implicita nel rapporto sessuale ed è irreversibile, dipendendo, in caso di gravidanza, dalla decisione della donna di continuare o interrompere la gestazione⁹⁷.

Nella PMA l'assunzione di responsabilità è ancora più cogente perché si esplica in un percorso esclusivamente finalizzato alla genitorialità e connotato da peculiari garanzie, che si concretizzano nel consenso esplicito e rafforzato alla paternità, che genera nella donna un affidamento sul comune progetto genitoriale, spingendola a sottoporsi a trattamenti medici invasivi della sua integrità psicofisica⁹⁸. Inoltre, la previsione normativa di un consenso irrevocabile risulta finalizzata all'obiettivo di formare nell'uomo la consapevole e irreversibile assunzione di responsabilità nei confronti della procreazione e delle sue conseguenze giuridiche. Nel momento in cui presta il consenso, l'uomo accetta responsabilmente la creazione di un nuovo *status filiationis*, che potrebbe realizzarsi anche a distanza di apprezzabile tempo.

⁹³ Nella sentenza n. 229/2015 la Corte costituzionale aveva già affermato che il divieto di soppressione dell'embrione non implica l'impianto coattivo nell'utero della gestante.

⁹⁴ A. FIGONE, *Dopo la formazione dell'embrione. Il consenso alla PMA non può essere revocato: lo ribadisce la Corte costituzionale*, in *IUS Familiae*, 8 agosto 2023, 4.

⁹⁵ Punto n. 12.1 del *considerato in diritto*.

⁹⁶ Punto n. 12.1 del *considerato in diritto*.

⁹⁷ F. ANGELINI, *La Corte costituzionale mette al centro nei percorsi di PMA il corpo della donna e conferma l'irreversibilità del consenso dell'uomo dopo la formazione degli embrioni. Commento alla sentenza n. 161 del 2023*, 9.

⁹⁸ *Ivi*, 10.





Informato e consci di ciò, egli assume la responsabilità di divenire padre anche se dovesse interrompersi il rapporto di coppia, consapevole che, in ogni caso, il consenso prestato non potrà più revocarlo. La tragica scelta compiuta dalla Corte costituzionale compensa il mancato adeguamento della disciplina originaria del consenso al mutato contesto normativo disegnato dagli interventi costituzionali già citati. Infatti, la legge n. 40/2004 è stata completamente rivoluzionata dalla giurisprudenza della Consulta che ha consentito la scissione temporale tra il prelievo dell'ovocita e l'impianto, nonostante il rischio di una crisi fra la coppia, a cui non ha mai fatto seguito un intervento normativo di adeguamento da parte del legislatore.

7. L'argomento della dignità oggettiva per reprimere qualsiasi discussione sull'autodeterminazione nella prostituzione e nella gestazione per altri

Rimanendo in tema di maternità, la gestazione per altri è vietata dall'art. 12, comma 6 della legge n. 40/2004 e dalla giurisprudenza costituzionale. Non si può parlare di autodeterminazione materna perché, come nel caso dell'aborto, la donna non accoglie la maternità. Nemmeno il principio di autodeterminazione, *latu sensu* riferito alle scelte riguardanti il corpo femminile, trova alcuno spazio di manovra poiché, stante il divieto sottoforma di reato «universale», è escluso che in Italia si possa compiere la gestazione per altri.

Il divieto si fonda, in primo luogo, sul principio *mater semper certa est ex art. 269 c.c.*, secondo cui madre è sempre colei che partorisce. Tale principio è generalmente elevato a regola fondamentale di ordine pubblico, espressione di un diritto inviolabile della persona volto alla tutela della dignità umana e dell'identità personale del figlio⁹⁹.

La Corte costituzionale, affermando «l'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità», che «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»¹⁰⁰, utilizza l'argomento della c.d. dignità oggettiva della gestante come fondamento costituzionale del divieto, facendolo prevalere aprioristicamente su ogni altro interesse e valutazione in gioco. La Corte stabilisce, in modo puramente generalizzato, «che gli accordi di maternità surrogata comportano un rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate; situazioni che, ove sussistenti, condizionerebbero pesantemente la loro decisione di affrontare il percorso di una gravidanza nell'esclusivo interesse dei terzi, ai quali il bambino dovrà essere consegnato subito dopo la nascita»¹⁰¹. In effetti, nei Paesi più poveri e meno emancipati, la

⁹⁹ v. M.R. MOTTOLA, *Art. 269*, in P. CENDON (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Milano, 2010, 404. In senso analogo si veda anche F. ANGELINI, *Il divieto di maternità surrogata ai fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un percorso giurisprudenziale irragionevolmente interrotto*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità Filiazione Genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017. Per una differente ricostruzione dell'art. 269 c.c., in chiave di principio privo di rango costituzionale, v. A. PALAZZO, *La filiazione*, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2013, 242; M. RIZZUTI, *Pater semper certus, mater numquam? Dalla crisi delle certezze "naturali" allo scenario della "agenitorialità"*, in *Maternità Filiazione Genitorialità*, cit., 168.

¹⁰⁰ Corte cost. sentenza n. 272/2017, punto 4.2 del *considerato in diritto*. Tale passaggio viene ripreso dalle Sezioni Unite della Cassazione nella sentenza n. 38162/2022 in merito al problema della trascrizione dell'atto di nascita del figlio nato da gestazione per altri, v. M. R. BIANCA – S. PATTI, *Le Sezioni Unite e la maternità surrogata. Riflessioni a confronto*, in *Rivista Familia*, 21 marzo 2023.

¹⁰¹ Corte cost. sentenza n. 33/2021, punto 5.1 del *considerato in diritto*.



gestazione per altri nasconde una realtà di sfruttamento economico del corpo femminile che costituisce la *ratio* del divieto dal legislatore italiano.

Emerge *prima facie* l'assenza di un reale dibattito giuridico sul tema dell'autodeterminazione della donna sul proprio corpo, negata in radice in nome di una dignità oggettiva a cui non viene dato alcun contenuto concreto. Inoltre, la giurisprudenza e il legislatore parlano di divieto di gestazione per altri *tout court*¹⁰², senza distinguere adeguatamente le diverse ipotesi di gestazione per altri dietro compenso economico e gestazione per altri solidale¹⁰³.

In modo non dissimile all'approccio costituzionale in tema di prostituzione, si configura una presunzione assoluta di vulnerabilità della gestante. Non è ammessa alcuna distinzione rispetto alla fattispecie solidale, nonostante, sulla base delle stesse argomentazioni adottate dalla Consulta, la condizione di vulnerabilità della gestante sia legata a situazioni economiche disagiate che non potrebbero essere ontologicamente la causa della scelta di offrire una gestazione solidale. In quest'ultimo caso, è evidente che la logica del dono fuoriuscirebbe dalla *ratio legis* del divieto poiché, sulla base della spontaneità del gesto e dell'assenza di lucro, non sussisterebbero i profili problematici relativi alla lesione della dignità della donna e al rischio di mercificazione e sfruttamento del suo corpo¹⁰⁴.

Il principio di dignità oggettiva è reso intangibile poiché esclude di poter prendere in considerazione qualsiasi altro interesse o diritto. Non viene considerato, ad esempio, il desiderio di genitorialità e di formare una famiglia, definito già dalla Corte come espressione della fondamentale libertà di autodeterminarsi riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., le cui limitazioni devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango¹⁰⁵.

Lo stesso *escamotage* è stato utilizzato dalla Corte costituzionale anche nella sentenza n. 141/2019, confermata dalla successiva sentenza n. 278/2019, in tema di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione c.d. volontaria¹⁰⁶.

¹⁰² In dottrina, è stata proposta un'interpretazione restrittiva della disposizione, secondo cui il divieto includerebbe solamente la fattispecie onerosa. Sul punto, F. CONSORTE, *La procreazione medicalmente assistita*, in *I reati contro la persona, I, Reati contro la vita e l'incolmabilità individuale*, Torino, 2006, 233; A. G. GRASSO, *op. cit.*

¹⁰³ La gestazione per altri solidale ricomprende le fattispecie in cui una donna decide di portare a termine una gravidanza, esclusivamente per finalità altruistiche, verso la coppia genitoriale committente, senza ottenere alcun profitto economico. Tale volontà è riscontrabile, principalmente, in persone legate da un vincolo di parentela o di stretta amicizia con la coppia intenzionale.

¹⁰⁴ F. ANGELINI, *Profilo costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, cit., 171.

¹⁰⁵ CORTE COST. sentenza n. 162/2014, punto 6 del *considerato in diritto*: «la determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali».

¹⁰⁶ L'ordinanza di rimessione riguarda la compatibilità a costituzione, assumendo come parametri l'art. 2 e l'art. 41 Cost., della punibilità delle ipotesi di favoreggiamento e reclutamento della prostituzione nei casi in cui l'attività di prostituzione riguardi le c.d. escort, ossia donne che scelgono questo lavoro consapevolmente, liberamente e volontariamente. L'emergenza del fenomeno della prostituzione professionale delle escort sembra aver capovolto «il concetto di libertà all'esercizio prostitutivo», da intendersi non più come libertà da forme di asservimento all'altrui potere organizzativo, bensì come modalità autoaffermativa della persona umana, «che percepisce il proprio sé in termini di erogazione della propria corporeità e genitalità [...] verso o contro la dazione di diversa utilità», in Ordinanza di rimessione, 6 febbraio 2018, Corte d'appello di Bari, III Sezione Penale, par. 7. Pubblicata in Giurisprudenza Penale, 7 maggio 2018; v. I. POLLINI, *op. cit.*





L'urgenza di salvare la legge Merlin dalla messa in discussione da parte delle nuove frontiere del *sex work*¹⁰⁷, sembra aver indotto la Consulta a qualificare il fenomeno prostitutivo in una prospettiva esclusivamente vittimistica e paternalistica, negando l'autonomia di chi decide liberamente di prostituirsi e impedendo l'affermazione dei diritti dei/delle *sex workers*¹⁰⁸.

La Corte è giunta a stabilire che i reati in tema di prostituzione tutelano la dignità umana, in luogo del precedente bene giuridico della libertà di autodeterminazione in materia sessuale¹⁰⁹, salvando così le fattispecie incriminatrici della legge Merlin quando si innestano in un'attività di meretricio volontariamente e liberamente esplicata¹¹⁰. Con la sentenza n. 141/2019, la Corte costituzionale ha affermato che la prostituzione, anche quella volontaria, è un'attività che degrada e svilisce l'individuo poiché la libertà sessuale è un diritto inviolabile *ex art. 2 Cost.* solo se consiste nell'esplicazione positiva di un libero desiderio, inteso come mezzo di espressione della propria personalità sotto il profilo sessuale e nel rispetto dei diritti e delle libertà altrui¹¹¹, o la protezione negativa da una coazione esterna, intesa come divieto di intrusioni nella propria sfera di libertà sessuale ad opera di terzi¹¹².

Secondo la Corte anche la prostituzione volontaria non è mai frutto di una scelta libera della donna perché, nella maggior parte dei casi, è determinata da fattori economici e/o situazioni di disagio familiare, sociale o affettivo che condizionano e limitano la libertà di autodeterminazione dell'individuo, riducendo il ventaglio delle sue opzioni esistenziali. La «scelta di vendere sesso», secondo la Corte, «nella larghissima maggioranza dei casi» (quindi ammettendo l'esistenza di casi in cui ciò non è veritiero) è frutto di scelte non liberamente autodeterminate poiché vi sono fattori di varia natura che possono indebolire «la naturale riluttanza verso una scelta di vita quale quella di offrire prestazioni sessuali contro mercato»¹¹³.

¹⁰⁷ L'ordinanza di rimessione definisce la figura professionale dell'escort come «scelta di autodeterminazione autentica, funzionale all'esercizio della libertà sessuale e imprenditoriale».

¹⁰⁸ I. POLLINI, *op. cit.*, 63.

¹⁰⁹ Sul punto v. A. CADOPPI, *Dignità, prostituzione e diritto penale. Per una riaffermazione del bene giuridico della libertà di autodeterminazione sessuale nei reati della legge Merlin*, in *Archivio Penale*, 1, 2019, secondo l'autore, essendo la dignità umana un bene giuridico difficilmente definibile e sfuggente, non dovrebbe in astratto essere utilizzato in materia penale poiché i beni giuridici dovrebbero avere il carattere della c.d. afferrabilità.

¹¹⁰ Occorre sottolineare che la sentenza *de quo*, consapevole dell'astrattezza del bene giuridico della dignità umana oggettiva, rimette al giudice l'indagine sull'offensività in concreto, potendosi quindi escludere la tipicità delle condotte prive di ogni potenzialità lesiva, come ad esempio nei casi di prostituzione volontaria. Sul punto, cfr. F. PACELLA, *Dignità umana e libertà fondamentali nella prostituzione e nell'aiuto al suicidio*, in *AIC*, 3, 2020, 458 ss. L'autrice afferma che il ricorso alla nozione di dignità oggettiva e il riconoscimento di una sostanziale presunzione di vulnerabilità della prostituta sembrano essere espressione di un paternalismo penale indiretto di tipo forte. Invero, tale scelta è reputata contraria alla morale sociale, giungendo a considerare la *sex worker* incapace di autodeterminarsi e bisognosa di protezione anche da sé stessa. Tuttavia, il *test* dell'offensività in concreto, orientato all'accertamento dell'effettiva libertà di scelta, conduce a svilire la portata oggettiva e assoluta della dignità, traducendosi in un paternalismo di tipo debole e in una presunzione relativa di vulnerabilità.

¹¹¹ A. ANSELMO, *Il corpo delle donne innanzi alla Consulta: consumo o libertà?*, in *giudicedonna.it*, 1, 2019, 5. Nel 1987 la Corte costituzionale, con la sentenza n. 561/1987, aveva sancito che la sessualità fosse «uno degli essenziali modi di espressione della persona umana» e che «il diritto di disporsi liberamente è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto, che va ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadramento tra i diritti inviolabili della persona umana che l'*art. 2 Cost.* impone di garantire» (punto 2 del considerato in diritto).

¹¹² Come nella sentenza n. 561/1987 la quale riguardava un caso di violenza sessuale.

¹¹³ Punto 6.1 del considerato in diritto.



In definitiva, la Corte nega il riconoscimento della libertà di autodeterminazione sessuale della prostituta di cui all'art. 2 Cost. affermando che, anche ove esercitata scientemente, tale attività risulta comunque contraria alla dignità umana¹¹⁴.

Il nodo centrale della questione è la «grande ipocrisia»¹¹⁵ dell'approccio al tema della prostituzione. Essa è ricondotta formalmente nell'alveo della libertà sessuale, la quale implica che ciascun individuo possa fare libero uso della sessualità come mezzo di esplicazione della propria personalità¹¹⁶ purché nel rispetto dei diritti e delle libertà di terzi. Infatti, è lecito esercitare l'attività di meretricio e acquistare le prestazioni offerte mentre sono vietate penalmente le condotte agevolatrici realizzate da terzi (sfruttamento, favoreggiamento e reclutamento della prostituzione), mediante le quali «il legislatore ha inteso creare una “cintura protettiva” attorno al soggetto»¹¹⁷. Tuttavia, la prostituzione non beneficia dello *status* dell'art. 2 Cost. perché non costituisce uno strumento di tutela e di sviluppo della persona umana essendo una forma di attività economica in contrasto con la dignità della persona, con conseguente ulteriore esclusione della tutela di cui all'art. 41 della Costituzione¹¹⁸.

Non può negarsi l'esistenza di un cortocircuito in materia poiché, da una parte, l'ordinamento giuridico permette lo svolgimento dell'attività di prostituzione ma, dall'altra, priva tali individui di ogni protezione in nome della violazione della dignità oggettiva¹¹⁹, che consiste in un *quid esterno* alla volontà del soggetto derivante da parametri di tipo sociale e/o morale¹²⁰.

¹¹⁴ Quest'ultimo concetto viene abusato al fine di negare l'autonomia di chi decide liberamente di prostituirsi, basandosi su luoghi comuni più che su verità evidenti. Roberto Bin afferma che viene usato l'argomento dell'*id quod plerumque accidit*, in R. BIN, *La libertà sessuale e prostituzione (in margine alla sent. 141/2019)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 26 novembre 2019, 10.

¹¹⁵ M. LUCIANI, *Il lavoro autonomo della prostituta*, in *Quaderni Costituzionali* 2002, 401.

¹¹⁶ R. BIN, *La libertà sessuale e prostituzione (in margine alla sent. 141/2019)*, cit., 2.

¹¹⁷ F. PACELLA, *op. cit.*, 449.

¹¹⁸ La dignità cui fa riferimento l'art. 41, comma 2 Cost. non è la dignità soggettiva concepita dal singolo imprenditore o il singolo lavoratore, bensì è «il legislatore che – facendosi interprete del comune sentimento sociale in un determinato momento storico – ravvisa nella prostituzione, anche volontaria, una attività che degrada e svilisce l'individuo in quanto riduce la sfera più intima della corporeità a livello di merce a disposizione del cliente». Tuttavia, sul punto va osservato che la dignità è sì richiamata dalla norma costituzionale, ma mira in realtà ad impedire che una persona svolga un'attività economica sfruttando l'altrui lavoro e violandone la dignità. Invero, A. Cadoppi afferma che «se una persona intende prostituirsi e attua in libertà tale iniziativa non lede la dignità di alcuno, perché non sfrutta l'altrui lavoro né obbliga altri a svolgere attività degradanti», in A. CADOPPI, *op. cit.*, 32.

¹¹⁹ Si pensi, ad esempio, alla questione giuridica afferente alla nullità del contratto avente ad oggetto prestazioni sessuali che, di fatto, priva di qualsivoglia tutela giuridica i *sex workers* nonostante la piena liceità dell'attività di prostituzione.

¹²⁰ Si suole distinguere fra dignità oggettiva e dignità soggettiva. La dignità oggettiva corrisponde ad un autonomo valore che permea l'ordinamento giuridico, quasi come una virtù superindividuale da tutelare anche contro l'individuo stesso. La dignità soggettiva consiste nella libertà di scelta individuale, esercitabile da ogni soggetto capace di autodeterminarsi. La dignità soggettiva viene violata solo se la prostituzione è imposta contro la volontà della persona, la quale si trova in uno stato di costrizione determinato da circostanze e/o dall'opera di altri soggetti che ne comprimono la libertà di autodeterminazione. Pertanto, se la prostituzione è frutto di una scelta libera e consapevole, non vi è alcun contrasto con la dignità soggettiva. Sul punto v. A. CADOPPI, *op. cit.*, 22 e R. BIN, *La libertà sessuale e prostituzione (in margine alla sent. 141/2019)*, cit., 6. Emblematica affermazione del primato assoluto della dignità umana, anche rispetto alla libera autodeterminazione del titolare, venne sancita dal *Conseil d'État* francese nella famosa vicenda del c.d. lancio dei nani (CONSEIL D'ÉTAT, sent. n. 136727, 27 ottobre 1995, req. n. 136-727, *Commune de Monsang-Sur-Orge*, e req. n. 143-578, Ville d'Aix-en-Provence). Sul punto v. P. RIDOLA, *Il principio libertà nello Stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, Giappichelli, Torino,





La Corte costituzionale pone al centro della sua decisione la dignità in senso oggettivo, assumendolo come valore assoluto e prevalente¹²¹ e stabilendo che non spetta più alla donna decidere come «vivere dignitosamente, ma è la morale comune che le impone di non far uso delle qualità del suo corpo se così offende il buon costume»¹²².

La Consulta utilizza l'argomento della dignità umana per connotare negativamente un mestiere che oramai ha innegabilmente cambiato volto. Questo concetto di dignità sembra nascondere i tratti tipici della moralità pubblica e del buon costume, sfociando in un paternalismo morale che punisce il modo di essere delle persone e l'esercizio della libertà di autodeterminazione in materia sessuale.

8. Conclusioni

L'attuale stato complessivo della disciplina dell'autodeterminazione femminile in merito alle scelte riguardanti il proprio corpo si presenta ancora insufficiente e vulnerabile, connotato da un innegabile e latente approccio paternalistico, riscontrabile in quasi ogni settore affrontato nel presente lavoro. I più gravi attentati alla libertà di autodeterminazione della donna emergono in tre ambiti: IVG, prostituzione e gestazioni per altri.

Emblematico è l'esempio dell'aborto, la cui legge è stata oggetto, sin dalla sua entrata in vigore, di continui sabotaggi. Si pensi all'abuso dell'obiezione di coscienza, alla presenza delle associazioni *pro-vita* nei consultori, all'inaccettabile ritardo con cui è stato introdotto in Italia l'aborto farmacologico mediante la RU486 che, oltre a offrire modalità meno invasive e dolorose per la donna, limita i problemi legati all'obiezione di coscienza. Ancora, si pensi alla politica di progressivo depotenziamento dei consultori e la marginalizzazione del loro ruolo di presidio sociosanitario territoriale, nonostante quasi il 50% degli interventi di IVG passi per queste strutture¹²³.

2018, 284-285, il quale sottolinea l'importanza del passaggio della decisione «che costruisce la divaricazione tra concezione oggettiva della dignità e libertà di autodeterminazione dell'individuo coinvolto in termini palesemente «comunitari», laddove si legge che il rispetto delle libertà di lavoro, di commercio e di industria non riesce a fare da ostacolo ad una misura giustificata da motivi prevalenti di rispetto della dignità umana. Un passaggio nel quale il profilo della libertà di autodeterminazione e di autorealizzazione, nel suo aspetto economico, resta in sostanza contrapposto alla dignità della persona considerata nella sua oggettività, e dunque sostanzialmente avulsa da criteri di graduazione fondati sulla libertà e sulla responsabilità dell'individuo coinvolto»; F. RESCIGNO, *Per un habeas corpus "di genere"*, cit., 132 ss., nota 110.

¹²¹ F. Rescigno afferma che «Il paternalismo giuridico che conduce a sindacare e a stigmatizzare i comportamenti dell'individuo verso se stesso è fuorviante e pericoloso perché tende a configurare la dignità quale limite per alcune libertà individuali in virtù del fatto che tali attività possono ledere ciò che di umano c'è nell'uomo [...] il soggetto insomma non può decidere liberamente ciò che è più o meno degno di fare o non fare nella e della propria esistenza e la dignità diviene un concetto estraneo all'individuo stesso, qualcosa di eterodeterminato da chi in quello specifico momento e contesto avoca a sé il potere di scegliere per il bene altrui. [...] così facendo l'ordinamento giuridico dello Stato non appare più neutrale rispetto alle differenti visioni del bene, ma impone una propria visione di ciò che è considerato giusto – e quindi umanamente dignitoso – e di ciò che, all'opposto, non lo è, per cui verranno compresse e stigmatizzate tutte le versioni della dignità che non appaiono allineate con quella considerata ideale dal potere pubblico del momento.», in F. RESCIGNO, *Per un habeas corpus "di genere"*, cit., 135-136.

¹²² R. BIN, *La libertà sessuale e prostituzione (in margine alla sent. 141/2019)*, cit., 6.

¹²³ F. ANGELINI, *Introduzione. La questione di genere: una sfida (ancora attuale) per le democrazie del XXI secolo*, cit., 7.



Permane un controllo sul corpo della donna, esercitato attraverso le storture legislative ampiamente citate (*v. supra*, §4), che impedisce di garantire condizioni realmente dignitose e sicure per l'esercizio del diritto all'aborto.

L'approccio paternalistico emerge chiaramente anche nella disciplina della prostituzione. La visione delle prostitute (attività declinata ancora al femminile¹²⁴) come donne vulnerabili e bisognose di aiuto richiama la prospettiva analoga che, talvolta, si ha delle donne che scelgono di abortire e di quelle che impiegano il proprio corpo per la gestazione per altri, come se la scelta della donna in relazione alla propria autodeterminazione non possa mai dirsi scientemente ponderata poiché contraria ai dettami sociali e morali, che da sempre connotano l'ordinamento italiano e che sono frutto di una visione patriarcale ancora permanente¹²⁵.

Una concezione paternalistica della persona che si prostituisce, quale soggetto vulnerabile da proteggere, disvela una lettura parziale del fenomeno prostitutivo e rischia di corroborare il pregiudizio che colpisce i/le *sex workers*, equiparando situazioni completamente diverse, quali la prostituzione volontaria e quella per necessità e/o sfruttamento¹²⁶.

Interessante è il parallelismo fra prostituzione e gestazione per altri, tanto per l'uso dell'argomento della dignità oggettiva quanto per la presunzione di vulnerabilità della donna.

Sotto il primo profilo, la Corte, talvolta, gioca «la carta della briscola»¹²⁷ della dignità umana quando vengono in rilievo questioni eticamente sensibili, che minano alcuni valori di fondo dell'ordinamento ma rispetto cui non sono individuabili precisi profili discriminatori.

In materia di gestazione per altri e prostituzione, la Corte costituzionale continua a fare riferimento al contenitore vuoto della dignità oggettiva al fine di nascondere una visione velatamente connotata da una moralità pubblica che rievoca la vecchia concezione etica del buon costume, evitando, inoltre, un reale e serio dibattito giuridico su queste tematiche. L'utilizzo di un tale argomento sembrerebbe un *escamotage* per imporre alla donna un determinato modo di vivere, conforme a una moralità pubblica anacronistica e avulsa dal reale contesto sociale odierno. Inoltre, l'argomento della dignità oggettiva sembra essere usato come scudo a protezione di una seria e profonda riflessione giuridica sul perché la gestazione per altri non possa aver luogo in Italia, neppure in forma solidale e gratuita, e sul motivo per cui non potrebbe parlarsi di libertà di autodeterminazione e di libertà sessuale quando una donna sceglie liberamente e scientemente di svolgere l'attività di prostituta.

In relazione al secondo profilo, la dignità oggettiva viene utilizzata per garantire protezione alle persone in condizioni di vulnerabilità.

In tema di prostituzione si introduce una presunzione relativa di vulnerabilità della donna, anche nel caso in cui quel mestiere sia frutto di una scelta libera e consapevole. Tuttavia, grazie al vaglio

¹²⁴ «la reputazione sessuale raggiunta da chi è promiscuo è ben diversa da quella che stigmatizza chi è promiscua», in D. DANNA, *Sesso e genere*, in *Asterios*, I, 2020, 13.

¹²⁵ F. Rescigno pone la seguente riflessione: «Bisognerebbe però riflettere su cosa renda effettivamente le donne "deboli" e quindi non pienamente capaci di decidere per sé: sarà perché le donne possono divenire madri, sarà perché normalmente presentano una minor prestanza fisica rispetto al sesso maschile, o sarà perché sono state tenute a lungo lontane dal potere e dal circuito rappresentativo, ma soprattutto questa posizione di subalternità dipende effettivamente dalla loro innata debolezza o piuttosto da una società patriarcale e maschilista?», in F. RESCIGNO, *Per un habeas corpus "di genere"*, cit., 145 ss.

¹²⁶ I. POLLINI, *op. cit.*, 92.

¹²⁷ R. BIN, *La libertà sessuale e prostituzione (in margine alla sent. 141/2019)*, cit., 12 ss.





dell'offensività in concreto delle condotte collaterali all'attività di meretricio, svolto dal giudice caso per caso, può essere accertata un'effettiva libertà nella formazione della volontà della donna tale da escludere la tipicità delle condotte collaterali, venendo quindi in rilievo la prostituzione volontaria.

Nel caso della gestazione per altri, invece, tale presunzione è assoluta, venendo negata in radice ogni possibile indagine sulla condizione di vulnerabilità della gestante. È perentoriamente escluso, quindi, che possa rilevare la gestazione solidale.

La realtà dimostra che donne in condizioni di vulnerabilità ancora esistono ed è compito del legislatore fornire le adeguate tutele e gli strumenti idonei affinché gli ostacoli di ordine economico e sociale vengano rimossi. Tuttavia, la realtà svela anche una metamorfosi sociale incessante, fatta di situazioni non adeguatamente recepite dal diritto che rischiano di non ricevere un'equa tutela.

Il patriarcato è nato nella famiglia per poi imporsi come potere di controllo sull'autodeterminazione della donna, a cominciare da quella procreativa¹²⁸. Non smettere mai di monitorare l'attuazione del principio di autodeterminazione femminile è quindi uno degli strumenti essenziali per continuare a individuare e contrastare il patriarcato.

¹²⁸ F. ANGELINI, *Parlare di aborto per rimettere al centro la libertà delle donne. Ripartire dal principio di autodeterminazione come responsabilità della gestante*, cit., 216.

