

Anno I - n. 1 2016

NUOVO DIRITTO CIVILE

ESTRATTO

Margarita Castilla Barea

LA REIFICAZIONE DELLA PERSONA:
IL CORPO UMANO COME OGGETTO
NEI RAPPORTI GIURIDICO-CIVILI



Giuridica Editrice

OSSERVATORIO SUL DIRITTO COMPARATO E STRANIERO

MARGARITA CASTILLA BAREA

(Profesora titular en Universidad de Cádiz)

LA REIFICAZIONE DELLA PERSONA: IL CORPO UMANO COME OGGETTO NEI RAPPORTI GIURIDICO-CIVILI* **

Fin da tempo immemorabile si conoscono forme di disposizione del corpo umano alle quali il diritto ha risposto in maniere diverse, secondo le concezioni etiche, morali o religiose vigenti in ogni momento nella società in cui si sviluppavano. Attualmente, il continuo progresso della scienza e della tecnologia offre nuovi strumenti che ampliano le possibilità dei traffici con il proprio corpo e le sue funzionalità fisiologiche. Questo lavoro analizza il quadro giuridico in cui si evolvono gli atti ed i contratti sul corpo umano nell'ordinamento giuridico spagnolo, partendo dalla base della assenza di una regola generale formulata espressamente a livello positivo che contempli detti atti giuridici al fine di permetterli o proibirli.

Since unmemorable time, forms of disposition of the human body have been known and the law reacted to them in different ways, following the ethical, moral or religious concepts existing in every moment in the community in which they were developing. Currently, the ongoing progress of science and technology offers new instruments that amplify the possibility of trades with the own body and its physiological functionalities. This work analyses the legal framework in which acts and contracts are developing in the Spanish judicial system, starting from the absence of a general rule that is expressly formulated on the positive level and includes the said legal acts, in order to allow or prohibit them.

SOMMARIO: 1. Impostazione. – 2. Il quadro normativo degli atti e dei contratti di disposizione del corpo umano nell'ordinamento giuridico civile spagnolo. – 2.1. Lo stato della questione alla luce della Costituzione Spagnola e la non disponibilità

* Lo scritto riprende ed integra la relazione tenuta dall'Autrice nel seno del XII Simposio Internazionale dei Professori Universitari: "Una cultura per un nuovo Umanesimo", tenutosi presso la Università Lateranense di Roma nel giugno del 2015.

** Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di due referees.

dei beni della personalità come regola generale. – **2.2.** Lo stato della questione nel Codice Civile e nelle leggi ordinarie che regolano atti concreti di disposizione del corpo umano o dei suoi “prodotti”. – **2.3.** La validità dei contratti privati sul corpo umano secondo la prospettiva del Diritto delle Obbligazioni e dei Contratti spagnolo. – **3.** Come conclusione: la reificazione della persona è una realtà atemporale che esige una risposta sensibile a considerazioni di natura etica, però di carattere giuridico.

1. Impostazione

Secondo il Dizionario della Reale Accademia Spagnola della Lingua, “*cosificar*” è “*convertire qualcosa in cosa*”. Ciò costituisce una definizione molto neutra sotto l’aspetto della valutazione; però quella parola significa anche “*ridurre alla condizione di cosa ciò che non lo è*”. Ecco dunque come il verbo “ridurre” conferisca alla definizione una connotazione peggiorativa dal momento che ciò che viene reificato soffre una menomazione, una diminuzione, una riduzione nella sua qualità o condizione. Ed è in questa seconda accezione, con la quale si suole utilizzare la espressione “reificazione della persona”, che si fa abitualmente riferimento ad un insieme di situazioni in cui l’essere umano viene degradato o deriso, trattandolo alla stregua di un semplice oggetto e negandogli quella dignità superiore che lo pone al di sopra di qualsiasi animale o cosa. Parte di tale denigrazione sta nel considerare che il corpo sia separabile dalla sfera morale, spirituale o intellettuale che definisce l’essere umano. La contrattazione sul corpo e sulle sue funzionalità fisiologiche attiene alla integrità della persona e produce conseguenze non solo fisiche, ma anche psichiche, psicologiche e spirituali.

Logicamente, considerare in astratto il corpo umano come oggetto di un contratto, presuppone “reificare” la persona nel senso più ampio del termine: equivale ad equipararla a qualcosa che si può vendere, regalare, affittare o, in definitiva, a qualsiasi altra cosa od oggetto del quale si può disporre liberamente, sia dal punto di vista economico che giuridico. Tuttavia, risulta evidente come non ogni contratto in cui si considerino prestazioni o addirittura parti del corpo umano sia denigratorio per la persona: l’esempio più evidente è lo stesso contratto di lavoro, nel quale lo scambio tra le prestazioni personali del lavoratore e il denaro, non solo non si considera negativo o pregiudiziale per il dipendente, anzi – secondo la tradizione più diffusa – rende degna la persona. E neppure qualsiasi atto od accordo che permetta ad un soggetto

di manipolare od agire sul corpo di un altro individuo, può considerarsi per ciò solo come un atto denigratorio, per il solo fatto di esercitare tali prestazioni su di un corpo umano: si pensi, ad esempio, agli incarichi quotidiani per i servizi svolti da parrucchieri ed estetiste, con i quali affidiamo il nostro aspetto alle mani di altri, alla quantità di interventi chirurgici che si realizzano ogni giorno nel mondo o alle donazioni di sangue, che tante vite salvano.

Da quanto sopra esposto non si può sostenere, con carattere assoluto e senza distinzioni di sorta, che qualsiasi atto o contratto in cui si disponga del corpo umano o delle sue funzioni fisiologiche risulti non accettabile in quanto reifica la persona. Lo sarà solamente qualora gli venga attribuita la connotazione peggiorativa a cui ci si riferiva anteriormente: l'atto o il contratto saranno non accettabili se si denigra la persona, se si abbassa la sua dignità non considerandola come qualcosa di diverso e superiore a qualsiasi altro essere vivente od oggetto inerte. In questa considerazione, però, trovano uno spazio molto importante l'etica e la morale sociale, che devono risultare adeguatamente riflesse nelle norme giuridiche.

Il Diritto, nel momento di decidere se un determinato atto o contratto siano ammissibili giuridicamente parlando e, pertanto, leciti, si vede obbligato senza dubbio ad incorporare nelle norme giudizi di un peso che sarà mutevole secondo la società ed il momento storico concreto nel quale tali norme vengono elaborate e successivamente applicate. E gli atti ed i contratti sul corpo umano non costituiscono eccezione in questo processo: è un fatto che la persona ed il suo corpo sono stati oggetto di traffici economici e commerciali fin dai tempi più remoti e che attualmente continuano ad esserlo. Risulta evidente che sul piano della realtà delle cose si può disporre del proprio corpo e delle sue funzioni fisiologiche nei modi più svariati e che questi vanno aumentando di pari passo con il progresso della medicina, della biologia, della biotecnologia e delle scienze in generale. Però, fino a che punto lo ammette il Diritto? Dove le norme pongono i limiti, le frontiere fra l'ammissibile ed il proibito? In che misura tali norme incorporano i postulati etici e morali che sorreggono, in fin dei conti, questa questione?

Sono questi i temi che affronterò secondo l'ottica del Diritto Civile spagnolo, tracciando una cornice giuridica generale all'interno della quale si sviluppano le relazioni private che hanno per oggetto il corpo umano e che possono trarre origine da un atto giuridico, che disponga dei diritti della personalità, o dalla conclusione di un contratto.

2. Il quadro normativo degli atti e dei contratti di disposizione del corpo umano nell'ordinamento giuridico civile spagnolo

Nell'ambito del Diritto Civile spagnolo non esiste alcuna regola di carattere generale che contempli esplicitamente la disposizione del corpo umano, né per consentirla, né per proibirla, né per costringere la sua ammissibilità alla ricorrenza di qualche requisito. In questo contesto si rende necessario definire l'ambito di applicazione da attribuire alle norme che regolano, in senso permissivo o restrittivo, determinati atti e contratti riguardanti la disposizione del corpo umano. È altresì necessario valutare se gli strumenti tradizionali del Diritto Civile patrimoniale, atti a determinare la validità dei contratti, siano adeguati al fine di giudicare la liceità delle convenzioni private sul corpo umano.

2.1. *Lo stato della questione alla luce della Costituzione Spagnola e la non disponibilità dei beni della personalità come regola generale*

Per quanto concerne la Costituzione Spagnola del 1978, la regola generale sulla non disponibilità del corpo umano non è espressa come tale, però si è tradizionalmente attenuta al rispetto dei diritti della persona e della sua dignità che gode del massimo livello di tutela costituzionale sotto forma di diritto fondamentale che accorpa molti altri valori e diritti: la vita, la integrità fisica e morale, la libertà etc. Però la Costituzione non definisce quel concetto giuridico indeterminato che è la “*dignità della persona*”, né definisce quali atti si considerino adeguati o contrari ad essa, limitandosi ad erigerla a “*fondamento dell'ordine politico e della pace sociale*” (art. 10 C.E.)¹, alla stregua del libero sviluppo della personalità, menzionato nello stesso precetto.

Si intende, tuttavia, che i diritti e le libertà fondamentali riconosciuti nei precetti costituzionali susseguenti sono manifestazioni concrete della dignità della persona. Da qui, mentre l'articolo 15 C.E. riconosce il diritto alla vita ed alla integrità fisica e morale, l'articolo, 16 C.E. sancisce il diritto

¹ L'art. 10 C.E., sulla scia della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'uomo e coerentemente con la Corte europea dei diritti dell'uomo, stabilisce che: «1. La dignità della persona, i diritti inviolabili inerenti ad essa, il libero sviluppo della personalità, il rispetto della legge e dei diritti del prossimo costituiscono il fondamento dell'ordine politico e della pace sociale. 2. Le norme relative ai diritti fondamentali ed alle libertà che la Costituzione riconosce, si interpreteranno in conformità con la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani ed i trattati ed accordi internazionali circa le stesse materie ratificati in Spagna».

alla libertà personale nelle sue più varie manifestazioni: religiosa, ideologica, sessuale etc. Però fra questi diritti, che godono di uguale riconoscimento e protezione costituzionale, si possono verificare conflitti che la Costituzione non risolve a favore del prevalere di nessuno di essi di modo che la *libertà personale* può giustificare il fatto che un individuo decida di sacrificare *la propria integrità fisica e morale*², come accade, ad esempio, quando un testimone di Geova rifiuta di ricevere una trasfusione di sangue, o quando qualcuno si prostituisce volontariamente. Si evidenzia come in questi casi la invocazione della dignità della persona – cui si richiamano entrambi i diritti – non dirime la questione.

La delimitazione del contenuto essenziale e lo sviluppo concreto dei diritti costituzionali fanno rinvio alle leggi organiche, ed è in questo ambito, dove viene stabilita espressamente una regola di indisponibilità di certi diritti morali della personalità³, che, per analogia, sono stati eretti nel corso degli anni a principio generale di validità universale per tutti, anche per coloro i quali fanno riferimento alla sfera fisica e corporale della persona⁴. Orbene, la *Legge Organica 1/1982, del 5 Maggio, sulla Protezione Civile*

² Ovviamente, il conflitto fra questi due diritti si presenta solo nel caso in cui vi sia il consenso del titolare del corpo destinatario dell'eventuale atto o contratto preso in considerazione. L'art. 15 C.E., protegge la persona dal danno che altri vogliano infliggere alla sua integrità fisica o morale, vietando qualsiasi comportamento inumano o degradante verso altra persona. Diversamente, la libertà personale (art. 16 C.E.) è quella che entrebbe in conflitto con la integrità fisica o morale nel caso in cui gli atti o i contratti che possano sminuire quest'ultima siano consentiti dalla persona stessa.

³ A titolo puramente didattico, noi civilisti siamo soliti distinguere fra beni e diritti della personalità relativi alla sfera fisica o corporale dell'essere umano (diritto alla vita, all'integrità fisica, alla libertà di spostamento, etc.) e quelli che riguardano più propriamente la sua sfera spirituale o intellettuale (diritto all'onore, riservatezza, immagine, libertà ideologica e religiosa etc.), ciò che non significa necessariamente ammettere la separabilità di tali elementi tradizionalmente appartenenti alla persona. La contrattazione sul corpo e le sue funzionalità fisiologiche non solo concernono la integrità fisica della persona, ma anche la sua integrità morale e, di conseguenza, da entrambe le prospettive è possibile compromettere la sua dignità come essere.

⁴ Sotto questa ottica, il Diritto Civile moderno è giunto a considerare la persona come un tutt'uno fra corpo e spirito, indipendentemente dal fatto che si possa identificare con il concetto religioso di "anima" o, distaccandosi da considerazioni religiose, con quell'"*homo*" intimo ed intellettuale che permette di identificare la persona come tale, anche quando il suo corpo soffre importanti menomazioni, deficienze o malattie. Allo stesso modo, sia per quanto riguarda i diritti della personalità relativi alla sfera spirituale, sia relativamente alla sfera corporale, si è giunti a considerare come principio generale la indisponibilità; si è partiti, tradizionalmente in forma tacita, dall'assioma secondo cui la persona è soggetto e non oggetto dei diritti e che qualsiasi possibilità di disposizione giu-

dei diritti all'onore, alla intimità ed alla propria immagine, riconosciuti nell'art. 18 C.E., stabilisce il carattere irrinunciabile, inalienabile ed imprescrittibile dei diritti della personalità (art. 1.3), dichiarando nulla la rinuncia del titolare alla protezione giuridica che la legge gli conferisce.

Nonostante ciò, allo stesso tempo, la Legge permette alla persona una certa discrezionalità in questi diritti, dando la possibilità di consentire determinate intromissioni estranee alla stessa anche verso un corrispettivo pecuniario, ciò che ha dato luogo al riconoscimento da parte del Tribunale Costituzionale spagnolo di un "versante patrimoniale" dei diritti all'onore, alla riservatezza ed alla propria immagine che permette il loro scambio conformemente alle regole del Diritto Civile patrimoniale e che rimane escluso dalla massima tutela giuridica che deriva dal ricorso alla protezione.

Da quanto sopra esposto, la indisponibilità dei diritti della personalità rimane interdetta e con essa la possibilità ad estenderla come regola di applicazione generale della indisponibilità del corpo umano.

2.2. Lo stato della questione nel Codice Civile e nelle leggi ordinarie che regolano atti concreti di disposizione del corpo umano o dei suoi "prodotti"

D'altro canto, la possibilità di realizzare accordi giuridici nei quali si disponga del corpo umano o delle sue funzioni fisiologiche non è considerata con carattere generale, né in senso permissivo né in senso proibitivo sul piano legislativo infracostituzionale. Il Codice Civile spagnolo, a differenza dei suoi omologhi europei, non fa alcun riferimento alla questione, nonostante dedichi il suo Libro I alla Persona, di modo che questo *corpus* legale permette unicamente di affrontare la questione dal punto di vista del Diritto dei Contratti, al quale farò riferimento più avanti.

Per quanto riguarda le restanti leggi e norme che regolano atti concreti di disposizione del corpo umano, ci si limita a stabilire regole che delimitano la frontiera fra il lecito e l'illecito però solo in casi specifici, senza appoggiarsi né completarsi con nessuna regola espressa, permissiva o proibitiva, alla quale si possa riconoscere alcun valore di eccezione legale. Tuttavia, per induzione, si possono estrarre da queste norme due principi base suscettibili di una generalizzazione più o meno ampia e che potrebbero servire come limite generale alle facoltà dispositive di una persona sul proprio corpo:

ridica circa gli elementi che contraddistinguono l'essere umano in quanto tale deve essere espressamente assoggettata alla legge, perché si tratta in tutti i casi di beni *extra commercium*.

a) Il primo principio è quello della *gratuità* di detti atti. L'ordinamento vede di buon occhio la disposizione altruistica del corpo umano, però nega frequentemente la sua protezione ogni qualvolta il contratto sia realizzato verso il corrispettivo di un prezzo. Così avviene con la donazione di organi⁵, di cellule e tessuti umani⁶, inclusa quella di gameti o cellule riproduttive⁷, di sangue umano e suoi derivati⁸. In tutti questi casi si impone la gratuità della donazione, essendo illecito l'ottenimento di qualsiasi remunerazione⁹, il che costituisce quanto meno una

⁵ La *Ley 30/1979, de 27 de octubre, de extracción y trasplante de órganos* stabilisce il quadro legale entro il quale si può produrre la cessione, estrazione, conservazione, scambio e trapianto di organi umani a fini terapeutici, disponendo che tali atti si potranno realizzare unicamente in ottemperanza di quanto da essa stabilito nelle sue disposizioni di sviluppo (art. 1) e ciò significa che, al di fuori del contesto indicato da questa normativa, il traffico di organi umani deve considerarsi illecito.

⁶ Come indica l'art. 1 il *Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio, que establece las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y aprueba las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos*; questa norma regola «*las actividades relacionadas con la utilización de células y tejidos humanos y los productos elaborados derivados de ellos, cuando están destinados a ser aplicados en el ser humano. Las actividades reguladas incluyen su donación, obtención, evaluación, procesamiento, preservación, almacenamiento, distribución, aplicación e investigación clínica.*»

⁷ La *Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida* stabilisce inoltre espressamente la gratuità della donazione di gameti e preembrioni al suo art. 5, comma 1 e 3.

⁸ I principi ispiratori della Legge 30/1979 dovevano suggerire le norme di regolazione della donazione di sangue, a tenore della sua Disposizione Addizionale 2ª: «*La presente Ley no será de aplicación a la utilización terapéutica de la sangre humana y sus derivados; sin embargo, su Reglamentación se inspirará en los principios informadores de esta Ley.*» E così è stato, vedendosi altresì plasmato nel *Real Decreto 1088/2005, de 16 de septiembre, por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión*, che regola le condizioni giuridiche e tecniche per la estrazione e verifica del sangue umano e dei suoi componenti, indipendentemente dal suo destino, così come il trattamento, immagazzinamento e distribuzione degli stessi qualora il suo successivo utilizzo siano la trasfusione o la autotrasfusione.

⁹ La remunerazione della donazione di organi viene espressamente proibita nell'art. 2 della *Ley 30/1979*, secondo cui: «*No se podrá percibir compensación alguna por la donación de órganos. (...) En ningún caso existirá compensación económica alguna para el donante, ni se exigirá al receptor precio alguno por el órgano trasplantado.*» La gratuità ed il carattere non lucrativo si impongono anche per la donazione di cellule e tessuto umano, secondo l'art. 3 del *Real Decreto-Ley 9/2014, de 4 de julio*: «*1. La donación de células y tejidos será, en todo caso, voluntaria y altruista, no pudiéndose percibir contraprestación económica o remuneración alguna ni por el donante ni por cualquier otra persona física ni jurídica.*» Anche l'attività degli stabilimenti di produzione di tessuti deve essere non lucrativa, permettendo esclusivamente che possano «*repercutirse los costes efectivos de los servicios prestados por el desarrollo de las actividades autorizadas*» (ex art. 3.5). D'altronde, nella introduzione del *Real Decreto 1088/2005, de 16 de septiembre*, si dichiara testualmente che: «...

infrazione amministrativa grave passibile di sanzione¹⁰ o, addirittura, delitto punibile per via penale¹¹. Esigere il carattere gratuito degli atti nei quali si dispone di parti o dei prodotti del corpo equivale ad escludere la possibilità di attribuire ad essi un valore patrimoniale, ciò che a sua volta, e per via indiretta, costituisce il riconoscimento del vecchio principio secondo cui il corpo umano rappresenta *res extra commercium* e quindi al di fuori (al di sopra) dei commerci fra uomini¹².

el altruismo y la voluntariedad de la donación de sangre son la mejor garantía de calidad y seguridad para el donante y el receptor...» e l'altruismo si eleva alla categoria di principio nel suo art. 4: «Principio de altruismo. La donación de sangre y componentes sanguíneos son actos voluntarios y altruistas. A estos efectos, se define la donación voluntaria y altruista como aquella en la que la persona dona sangre, plasma o componentes celulares por su propia voluntad y no recibe ningún pago por ello, ya sea en efectivo o en alguna especie que pueda ser considerada sustituto del dinero. Pequeños presentes como reconocimiento o el reembolso de los costes directos del desplazamiento son compatibles con una donación voluntaria no remunerada».

¹⁰ Costituiscono illeciti amministrativi – infrazioni molto gravi – la non ottemperanza dei principi di volontarietà ed altruismo cui si riferisce l'art. 4 del *Real Decreto 1088/2005* relativo alla donazione di sangue secondo l'art. 46.4 lettera d), in relazione con l'art. 35 c), 1^a e 2^a della *Ley 14/1936, de 25 de abril, General de Sanidad*, cui similmente si attiene l'art. 38 del *Real Decreto-Ley 9/2014, relativo a la donación de células y tejidos humanos*. Inoltre, e senza pregiudizio della eventuale responsabilità penale che ne possa conseguire, l'art. 26.2.b) 6^a della *Ley 14/2006, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida* qualifica come infrazione grave la retribuzione o compensazione economica della donazione di gameti e pre-embrioni contrariamente a quanto disposto negli art. 5.3 e 11.6 della stessa legge.

¹¹ Il traffico illegale di organi umani è oggetto di assimilazione a delitto nell'art. 156 bis del Codice Penale spagnolo che recita: «1. Los que promuevan, favorezcan, faciliten o publiciten la obtención o el tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o el trasplante de los mismos serán castigados con la pena de prisión de seis a doce años si se tratara de un órgano principal, y de prisión de tres a seis años si el órgano fuera no principal. // 2. Si el receptor del órgano consintiera la realización del trasplante conociendo su origen ilícito será castigado con las mismas penas que en el apartado anterior, que podrán ser rebajadas en uno o dos grados atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable. // 3. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31-bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quintuple del beneficio obtenido. // 4. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33». Dal canto suo l'art. 177 bis dello stesso Codice Penale condanna anche il traffico di esseri umani, contemplando che si realizzi, fra gli altri, con il fine di estrarne gli organi.

¹² Il divieto della “patrimonializzazione” del corpo umano, nonostante ne permetta la sua disposizione a titolo gratuito, viene elevato a regola generale dal legislatore francese il quale nel 2006 introdusse nel *Code Civil* un precetto legale che proibisce di conferire un valore economico al corpo umano e di renderlo oggetto di un diritto patrimoniale. Il Primo Libro del *Code Civil* francese, rubricato come “*Delle persone*”, tratta al suo Titolo I “*Dei diritti civili*” ed al Capitolo II dello stesso, “*Del rispetto del corpo umano*”. In questa sede, l'art. 16, co. 1, proclama la inviolabilità del corpo umano, allo stesso tempo in cui stabilisce come regola che: «Il corpo umano, i suoi elementi ed i suoi prodotti non possono essere oggetto

b) Il secondo principio che si deve identificare è quello secondo cui sono permessi in forma generalizzata tutti gli atti che risultino benefici per la persona¹³ o il principio che, in senso contrario, determina la *proibizione degli atti lesivi o pregiudizievoli per la sua integrità e salute*, non solo fisica, ma anche psichica e psicologica¹⁴. Questo criterio, esigibile ad esempio per la sottomissione della donna alle tecniche di procreazione medicalmente assistita¹⁵, presenta un maggior grado di indeterminazione e risulta più difficile da generalizzare¹⁶. La sua operatività dipenderà, in molte

di un diritto patrimoniale». Come conseguenza necessaria di questa regola, l'art. 16, co. 5, dispone che: «I contratti che abbiano come oggetto il conferire un valore patrimoniale al corpo umano, ai suoi singoli elementi o ai suoi prodotti, sono nulli». Ed infine, se dovesse esserci alcun dubbio circa il carattere imperativo ed inderogabile di questi precetti e della loro importanza per l'ordinamento giuridico francese, l'art. 16, co. 9, del *Code Civil* stabilisce in modo perentorio che: «Le disposizioni del presente capitolo sono di ordine pubblico».

¹³ In questo senso si può accettare, in termini generali, la riflessione di L. MAZEAUD, («*Los contratos sobre el cuerpo humano*», in *Annuario de Derecho Civil*, 1953, I, pp. 81-93; in concreto, pag. 86: «...continua essendo indiscutibile che i patti che ricadano sopra la persona sono validi quando non perseguano un fine pregiudizievole. Collocare la persona al di fuori del traffico, al di sopra delle convenzioni, non implica certamente la nullità di quelle convenzioni che le siano utili»).

¹⁴ Circa il limite del pregiudizievole per la persona, intendo che valutare esclusivamente la ripercussione fisica degli atti di disposizione non dà la corretta dimensione della importanza che il corpo ha per l'essere umano; separare la dimensione fisica e psicologica, intellettuale, dello stato d'animo o spirituale, mi sembra una semplificazione che costituisce un altro modo di "reificare" la persona. Mi sembra contraddittorio che nell'ambito puramente patrimoniale del Diritto delle Obbligazioni e dei Contratti si rivendichi in una moltitudine di casi la valorizzazione e il risarcimento dei danni morali e che poi, nell'ambito della disposizione sul corpo umano – si tratti o no di "contratti" nel senso tecnico o di "atti di disposizione" – si pretenda mettere a tacere o negare la ripercussione metafisica che tali contratti giuridici possano avere sull'essere umano.

¹⁵ Questo criterio è presente, ad esempio, nella *Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, al cui art. 3.1 si legge quanto segue «*3er o la posible descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos y de las condiciones de dicha aplicación*».

¹⁶ Nonostante queste difficoltà, il legislatore italiano stabilisce nella diminuzione permanente dell'integrità fisica della persona il limite di validità degli atti di disposizione sul proprio corpo, anche se questo criterio si combina con il rinvio alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume per determinare l'ambito della proibizione. L'art. 5 del Codice civile italiano, ubicato nel Titolo I «*Delle persone fisiche*» del Primo Libro «*Delle persone e della famiglia*», stabilisce la regola degli «*Atti di disposizione del proprio corpo*», secondo la quale: «Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume». Intendo che, in realtà, applicando letteralmente e rigorosamente il primo parametro – proibizione degli atti di disposizione che diminuiscano perma-

occasioni, da una adeguata ponderazione degli interessi in gioco, da circostanze che potrebbero giustificare ed ammettere il sacrificio della integrità fisica di una persona (che, senza dubbio, procura un pregiudizio oggettivo), se in cambio si ottiene un bene maggiore per un altro essere umano¹⁷.

La presenza di entrambi questi principi potrebbe servire a determinare con un più ampio margine di sicurezza l'ambito dei contratti leciti ed ammissibili sul corpo umano, soprattutto quando si tratti di disporre di parti dello stesso o di materiale biologico previamente separato dallo stesso. Più complessa appare la trattazione della disposizione sulle funzionalità del corpo, ambito nel quale la gratuità, ad esempio, non costituisce elemento di legittimazione della condotta. In questo senso, è bene menzionare il caso della cosiddetta "maternità surrogata", che nel diritto spagnolo costituisce un atto o un contratto radicalmente nullo, tanto se fatto a titolo oneroso, quanto se la rinuncia della donna al riconoscimento del nascituro sia a titolo gratuito¹⁸.

2.3. *La validità dei contratti privati sul corpo umano secondo la prospettiva del Diritto delle Obbligazioni e dei Contratti spagnolo*

Ignorando le possibili differenze fra gli atti di disposizione riguardanti i beni e i diritti della personalità ed i contratti, intesi come scambi giuridici per antonomasia dal Diritto Civile patrimoniale, la legislazione più recente ha utilizzato la parola "contratto" per definire, ad esempio, i contratti di maternità surrogata e la donazione di gameti e preembrioni¹⁹.

nentemente l'integrità fisica della persona –, diverrebbero nulli atti logicamente permessi nell'ordinamento italiano, come la donazione gratuita di organi *inter vivos*. Da qui che, in realtà, il parametro decisivo sia il secondo e, particolarmente – come succede anche nel Diritto spagnolo –, la rimessione alla legge e all'ordine pubblico.

¹⁷ Sarebbe il caso, ad esempio, in cui la donazione di un rene da parte di una persona sana salva la vita gravemente compromessa di un malato. Ovviamente il donante sacrifica la sua integrità fisica ed assume una situazione oggettivamente pregiudizievole per il suo corpo rispetto al suo stato fisico anteriore, però il beneficio ottenuto dal ricevente malato appare maggiore dal momento che si ottiene di salvare la sua vita.

¹⁸ *Ex art. 10.1 della Ley 14/2006, de 26 de mayo*, che recita: «Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero». I contratti di affitto di utero, o di madri in affitto, sono altresì proibiti espressamente in Italia, concretamente dall'art. 12, co. 6 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (*Norme in materia di riproduzione assistita*). Anche nel *Code Civil* francese si dichiarano nulli i contratti di maternità surrogata; l'art. 16, co. 7, dispone che: «Ogni contratto relativo alla procreazione o alla gestazione per conto di altri sarà nullo»

¹⁹ È il caso della *Legge 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humanas Asisti-*

Se, generalizzando questo presupposto, si ammette come ipotesi la possibilità di stipulare dei contratti sul corpo umano e di costituire su questa base dei diritti di credito – con riferimento alle stesse regole su cui si basa la contrattazione su qualsiasi altra cosa o bene –, gli elementi essenziali di tali contratti dovrebbero riunire gli stessi requisiti di validità e liceità che si esigono con carattere generale nel Codice Civile. Nella dogmatica classica del Diritto delle Obbligazioni e dei Contratti propria dei sistemi causalistici – fra i quali si inquadra oggi il Diritto spagnolo –, gli elementi essenziali del contratto sono tre: il consenso, l'oggetto e la causa (art. 1261 c.c.).

Per ciò che riguarda il consenso, è chiaro che l'unico elemento in questione è la efficacia del consenso libero della persona che dispone del proprio corpo, la cui sussistenza costituirà in ogni caso una esigenza ineludibile al fine di affermare la liceità dei contratti in questione²⁰. Però in alcuni casi – come nel caso di maternità surrogata, ad esempio – il consenso è irrilevante, non avendo efficacia per prescrizione normativa; il che dimostra che l'ampiezza della portata della libertà di decisione di una persona sul proprio corpo dipende anche dal legislatore²¹. La privazione dell'efficacia del consenso della persona a disporre del proprio corpo rappresenta spesso un elemento necessario al fine di proteggerlo da una contrattazione perniciosa per se stessa. Come può sostenersi sul piano dogmatico, ad esempio, la validità del consenso emesso e basato sulle clausole più

da. Nell'art. 10, co. 1 – come esposto nella nota precedente – si proibiscono espressamente i contratti di maternità surrogata, mentre nell'art. 5 si regolano con ogni dettaglio i requisiti che devono sussistere nei contratti di donazione di gameti e preembrioni, che sempre devono essere gratuiti.

²⁰ In un altro caso, l'incostituzionalità di questi contratti scaturirebbe dall'essere in opposizione all'art. 15 C.E., al quale già abbiamo fatto riferimento anteriormente. Eliminando ogni ombra di dubbio al riguardo, il terzo inciso del 16, co. 3 del *Code Civil* francese enfatizza l'importanza del consenso negli atti leciti di disposizione del proprio corpo, affermando che: «Il consentimiento dell'interessato dovrà ottenersi con anteriorità, salvo nel caso in cui il suo stato renda necessario un intervento terapeutico che non è in condizioni di consentire». A tal proposito, l'art. 5 del Codice Civile italiano, pur non contenendo alcun riferimento esplicito al consenso del titolare, esclude implicitamente la possibilità che un terzo possa disporre del corpo altrui, riferendosi agli atti di disposizione *sul proprio corpo* (il corsivo è nostro).

²¹ Nel trattamento penale delle distinte condotte che costituiscono delitto in questo ambito – tratta di esseri umani, traffico illegale di organi, etc. –, il consenso del titolare non legittima la condotta del reo, di modo che si priva di rilevanza il consenso della persona danneggiata, in alcuni casi con effetto assoluto, ed in altri relativo, diminuendo la pena senza arrivare però ad escluderla.

complesse di un contratto di maternità surrogata da parte di una donna completamente analfabeta? Dov'è la sua libertà e fino a dove arriva la consapevolezza dell'impegno che si sta assumendo?²²

La prova provata della efficacia del consenso è, in effetti, la possibile esistenza di vizi della volontà e la difficoltà di ottenere la libertà di decisione in molti dei contesti sociali ed economici nei quali si celebrano buona parte dei suddetti contratti. Nessuno di noi ignora che dietro la prostituzione, la cessione di utero per la cosiddetta maternità surrogata o la compravendita di organi di persone viventi, stanno la povertà, la emarginazione e la mancanza di opportunità delle persone che acconsentono in maniera ipoteticamente libera. Non appare difendibile che il dogma della libertà debba sostenere da solo tali contratti in un contesto giuridico come l'attuale, in cui la libera formazione del consenso viene posta in questione continuamente, sia a causa della disegualianza degli attori dei contratti sia da altri e più diversi fattori come accade, ad esempio, nell'ambito del diritto dei consumatori.

È altresì vero che il grado di libertà con cui si consente è cosa molto soggettiva ed esistono casi nei quali, a fronte dell'assenza di una norma giuridica che privi di efficacia il consenso a disporre del proprio corpo, si può ammettere che la persona consenta liberamente e volontariamente a fronte di un beneficio economico ottenibile come accade, ad esempio, con la prostituta di lusso non sfruttata da altri la quale decide liberamente di vendere il proprio corpo perché ravvede come compensatorio il beneficio economico che da tale transazione le deriva. Risulta chiaro come, in questi casi, la validità del contratto attraverso il quale si dispone del proprio corpo non sarebbe attaccabile adducendo la presenza di un consenso inesistente o viziato.

Di qui deriva la circostanza che la possibilità di concludere validamente i contratti in esame, incontra nel diritto spagnolo gli ostacoli normativi più forti nel momento in cui si faccia riferimento all'oggetto e alla causa del contratto, che rappresentano gli altri due elementi essenziali dello stesso. La liceità di questi elementi si determina, fondamentalmente, in funzione della sua conformità alle leggi ed alla morale, di modo che il consenso che possa essere emesso non avrebbe alcun valore nel caso in cui l'oggetto o

²² Logicamente, non ci stiamo riferendo in questa sede al contesto spagnolo, né all'italiano o al francese, dove la maternità surrogata è proibita. Per quanto riguarda la Spagna si tratta, inoltre, di una condotta punibile penalmente. Cfr. al proposito gli artt. 220 e 221 Codice Penale spagnolo.

la causa della transazione giuridica violassero direttamente le leggi vigenti o la morale. Ciò si evince dagli art. 1255, 1271 e 1275 del Codice Civile spagnolo che erigono la legge, la morale e l'ordine pubblico come limiti alla libertà dei contraenti e danno la misura della liceità dell'oggetto e della causa nei contratti privati.

Da un lato, l'art. 1255 c.c. sanziona la libertà delle parti contraenti per stabilire i patti, le clausole e le condizioni considerate convenienti, sempre e quando «non siano contrarie alle leggi, alla morale, o all'ordine pubblico».

In secondo luogo, l'art. 1271 c.c., impedisce che si possano celebrare con efficacia giuridica contratti su “cose” che sono al di fuori del commercio degli uomini, e contemporaneamente esclude come oggetto di contratto tutti i servizi che «siano contrari alle leggi o ai buoni costumi».

Attualmente, ed in accordo con le parole di questo precetto, la considerazione del corpo umano e delle sue funzioni fisiologiche come oggetto di contratto lecito e valido dovrebbe superare due scogli principali: da un lato, il suo trattamento come una cosa in più, imponendo una distanza invalicabile fra il corpo e la persona di cui forma parte – che è soggetto e non oggetto delle relazioni giuridiche²³-, ed in un passo successivo, la dichiarazione di un libero commercio su di esso²⁴; e, dall'altro lato, la considerazione se i servizi che si prestano ad altri attraverso il proprio corpo si-

²³ Nella dogmatica civilistica, la persona è soggetto e non oggetto dei diritti. Di fatto, ai requisiti tipici che esige la legge di possibilità, liceità e determinazione o determinabilità dell'oggetto del contratto, la dottrina suole aggiungere la esigenza che sia “suscettibile di valutazione economica o patrimoniale”. È chiaro che nella realtà quotidiana si dà un valore economico al corpo però ciò non è sufficiente a renderlo ammissibile giuridicamente. Il dubbio è risolto – come abbiamo visto – nell'ordinamento giuridico francese, con la proibizione di conferire al corpo umano un valore economico e di convertirlo in oggetto di diritti patrimoniali.

²⁴ La regola della extracomerciabilità della persona sembra darsi per scontata fin dalla era della Codificazione. È evidente che il legislatore del 1889, anno in cui si promulga il Codice Civile spagnolo – fortemente imbevuto degli ideali della rivoluzione francese con la sua rivendicazione delle libertà personali e dei diritti individuali –, non avesse pensato neppure per un momento che dentro questa formula rientrassero i contratti sul corpo umano. La riflessione del deputato civilista francese L. MAZEAUD, *op. cit.*, pp. 82-83, a proposito delle cause che propiziavano la mancanza di riconoscimento esplicito della regola nel testo originario del *Code Civil*, è estrapolabile al caso spagnolo; «... il fatto è che la regola appare tanto evidente, che nessuno pensa ad enunciarla (...). Nessuno discute il principio, nessuno sente la necessità di giustificarlo, neppure di analizzarlo. Come già indicato precedentemente, in Francia tale situazione è cambiata e la regola si è esplicitata attraverso la proibizione di fare del corpo umano oggetto di diritto patrimoniale, *ex art. 16 Code Civib.*

ano contrari alle leggi o ai buoni costumi. Il rinvio alla legge pone alcuni di questi contratti in un chiaro piano di illecito – come nel caso di alienazione onerosa di organi-, però in altri casi la mancanza di una norma giuridica specifica che lo proibisca espressamente, lascia irrisolta la questione della sua considerazione come contraria o no ai “buoni costumi”, trasferendo la decisione del problema a posture di carattere etico, più mutevoli e meno sicure dal punto di vista giuridico, come accade concretamente nel caso della prostituzione, cui farò immediatamente riferimento.

Infine, l'art. 1275 c.c. taccia di illiceità la causa del contratto «quando sia in opposizione alle leggi o alla morale».

Ovviamente, il limite costituito dalle leggi offre maggiore sicurezza giuridica al momento di giudicare la validità dei contratti nei quali si dispone del proprio corpo: al margine dei problemi concreti di interpretazione, il proibito non otterrà il sostegno giuridico che meriterà il consentito.

E quando un atto od un contratto risultino proibiti dalla legge, per il giurista non è imprescindibile porsi il problema se tale atto o contratto attenga o no “alla morale”, dal momento che si parte dal presupposto che la legge costituisca il riflesso delle concezioni morali preponderanti in una società e che risponde, in modo più o meno fedele, a ciò che si considera socialmente ammissibile o no. Tuttavia che accade negli altri casi i quali, per qualsivoglia ragione, non siano espressamente contemplati dalle leggi, senza che si salvi quindi la loro validità o si sanziona la loro nullità? In queste evenienze, *de lege data*, non è possibile prescindere dal giudizio etico e morale su questi contratti, fintanto che tutto ciò si costituisce come elemento normativo e si erige ad unico ostacolo in grado di contenere la sua assoluta equiparazione con il resto dei contratti stipulati su qualsiasi animale o cosa. Il problema si radica sul fatto che la definizione di ciò che è morale è molto più mutevole, eterea e per certi aspetti ambigua che la determinazione di ciò che è permesso o proibito dalla legge. Tale è la situazione in cui si trova in Spagna la prostituzione, alla quale unicamente fanno riferimento le norme penali e, in alcuni casi, le amministrative. L'esercizio della prostituzione non è sanzionato penalmente nei confronti della persona che si prostituisce, al contrario di quanto accade con gli sfruttatori che obbligano altre persone a prostituirsi o che ottengono un beneficio economico diretto da tale attività.

Tuttavia, nell'ambito puramente civile, si può dire che la prostituzione si trovi, in certa misura, in una specie di “limbo legale” e ciò dal momento che non vi è nessuna norma di diritto privato che espressamente stabilisca la validità o la nullità del contratto in virtù del quale una persona cede il

proprio corpo ad un terzo per il mantenimento di relazioni sessuali in cambio di denaro.

E similmente non esiste alcuna sanzione giuridica per la condotta dei clienti i quali pagano per l'uso del corpo di altra persona.

Non si può affermare, indubbiamente, che il cosiddetto “contratto di servizio di prostituzione” liberamente consentito infranga alcuna norma imperativa, soprattutto se si tiene presente la massima secondo cui, in principio, «ciò che non è espressamente proibito dalla legge, è consentito». Come conseguenza, siccome la controversia circa la liceità o illegalità di questi contratti non si può affrontare in termini legali, si passa all'ambito della morale e dell'etica dal momento che, se l'esercizio della prostituzione non infrange la legge, tali contratti saranno nulli solo nel caso in cui risultino contrari alla morale ed all'ordine pubblico²⁵, e quindi si impone la domanda: la prostituzione è contraria alla morale ed all'ordine pubblico? E a che morale?²⁶ Tanto quello morale, quanto quello dell'ordine pubblico, sono concetti giuridici indeterminati e che in buona misura coincidono fra di loro.

In uno Stato laico come quello spagnolo, il concetto di morale non può identificarsi con postulati religiosi, né tantomeno con la religione principale che in Spagna è, oggigiorno, quella Cattolica.

Si intende che il riferimento degli articoli. 1255, 1271 e 1275 c.c. sono da ricondurre alla morale collettiva, all'insieme dei principi etici ed alle regole di convivenza maggiormente accettati dalla società e che vanno a coincidere con l'insieme dei diritti e delle libertà individuali riconosciuti nella Costituzione. Però con tutto ciò non si dà risposta alla domanda precedente, perché se la prostituzione non è proibita e se addirittura la si deve concepire come un atto di esercizio della libertà

²⁵ Avverte R. DOMINGO, *Despenalización e inmoralidad civil*, in *Revista Iberoamericana de Derecho*, vol. 24, 3, 1997, pp. 525-530; in concreto, p. 529, che il fatto che una condotta sia depenalizzata e che addirittura conti con una autorizzazione amministrativa, consente che dal punto di vista civile possa reputarsi nulla all'essere contraria alla morale. “Tale sarebbe il caso del contratto della pratica della prostituzione fra maggiori di età in un postribolo autorizzato da un atto amministrativo. Naturalmente, almeno in Spagna, l'atto amministrativo sarebbe valido, però non lo sarebbero i contratti di prostituzione. È mia opinione che l'atto amministrativo si accordi con il fatto della depenalizzazione – tale atto sarebbe valido in virtù della depenalizzazione –, però non intaccherebbe il principio di invalidità civile dei contratti immorali, come neppure il Diritto Penale”.

²⁶ Ovviamente, il giudizio di moralità è superfluo laddove la prostituzione sia completamente regolata ed ammessa la validità giuridica dei contratti di prestazione dei servizi della prostituzione, come accade in Paesi come l'Olanda e la Germania.

sessuale della persona (affermata nell'art. 16, co. 3 C.E.), il problema rimane senza soluzione.

La applicazione della morale come limite di validità di un contratto incontra oggi giorno un ostacolo previo e di maggior portata: determinare che cosa si possa considerare morale e cosa no. I Tribunali di Giustizia spagnoli evitano di pronunciarsi sulla moralità dei servizi offerti attraverso la prostituzione²⁷. E neppure ne trovano l'opportunità dal momento che

²⁷ Non conosciamo alcuna sentenza della Prima Aula del Tribunale Supremo (Del Civile) che qualifichi giuridicamente i contratti di prostituzione. In compenso, la STS del 30 Settembre del 1985 (RJ 1985/4583), emessa dall'Aula del Criminale, in un caso in cui un omosessuale prostitutosi sottrasse al suo cliente alcuni beni di fronte al rifiuto di quest'ultimo di pagarlo per i suoi servizi, affronta la questione nel FJ Quarto nel quale si può leggere quanto segue: «No es tarea grata la de ocuparse de la naturaleza jurídica de la prostitución, así como de sí, el denominado «pretium carnis», constituye o no crédito exigible que, caso de satisfacerlo, el acreedor, apoderándose con violencia de la cosa de su deudor, pueda engendrar un delito de realización del propio derecho. Ante la falta de regulación legal de los efectos civiles de tan marginal y clandestina relación, fruto de los más bajos instintos humanos, puede definirse, tanto la prostitución masculina como la femenina, como la cesión, indiscriminada o a cualquiera que lo solicite y reúna determinadas condiciones o cualidades exigidas, a veces, por el que se prostituye, a otro, de las propias cualidades sexuales, de modo venal o mercenario; y en el intento de construir su naturaleza civil y su régimen jurídico, no parece convenirle el arrendamiento de servicios, tratándose más bien de un convenio, acuerdo o pacto innominado y perteneciente al grupo de los «do ut facias» o «facio ut des», consensual, bilateral, oneroso, conmutativo y principal; sin embargo, exigiendo, el artículo 1261 del Código Civil, para que haya contrato, consentimiento de las partes contratantes, objeto cierto que sea materia de contrato y causa de la obligación que se establece, lo cierto es que, el artículo 1271 del referido cuerpo legal, dispone que pueden ser objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres, el artículo 1275 del mismo, prescribe que, los contratos con causa ilícita no producen efecto alguno, siendo ilícita la causa cuando es contraria a las leyes o a la moral, el artículo 1255, previene que, los contratantes, pueden establecer todas las cláusulas o condiciones que tengan por conveniente siempre que no sean contrarias a la Ley, a las buenas costumbres o al orden público, coligiéndose, de lo dispuesto en los artículos 1290 y siguientes, que son nulos los contratos con causa torpe, aunque no constituyan delito – artículo 1306-. Y como, a pesar de la transigencia y permisividad actuales, no puede dudarse que, el ejercicio de la prostitución máxime si se trata de prostitución masculina de signo uranista, es actividad contraria a la moral y a las buenas costumbres, es claro que un convenio que tenga por objeto la cesión, mediante precio, de las cualidades sexuales propias, es ilícito y con causa torpe no pudiendo generar ni engendrar crédito y deuda válida y exigibles ni justifica una calificación de realización arbitraria del propio derecho cuando el titulado acreedor, toma violentamente la cosa perteneciente al denominado deudor para hacerse pago con ella, debiéndose añadir que, aun cuando no fuera así y se entendiera que, las prestaciones recíprocamente convenidas y no cumplidas voluntariamente, constituyen deudas válidas, lícitas y exigibles, en el caso analizado, la solución sería la misma pues, dado el contenido del último párrafo del artículo 1100 del Código Civil, que consagra legislativamente, para los contratos bilaterales, los efectos de la denominada «compensatio mora», es indudable que, no habiendo cumplido, el recurrente, lo que le incumbía, ni habiéndose allanado a cumplirlo – consta que desistió de lo pactado tan pronto supo que, el ofendido, carecía de dinero para retribuir sus servicios uranistas-, el mencionado ofendido, no incurrió en mora, careciendo, su prestación, de las indispensables notas de vencida y exigible, procediendo, en consecuencia, y sin necesidad de mayores razonamientos, impropios de un tema tan escabroso e indigno,

non approdano nei tribunali denunce di clienti insoddisfatti per prestazioni non soddisfacenti di tali servizi, né reclami per onorari non pagati da parte di coloro i quali offrono il proprio corpo a cambio di denaro. Ovviamente, viene dichiarato pregiudizievole della dignità umana della persona tutto ciò che viene condannato penalmente in riferimento alla prostituzione: la induzione, lo sfruttamento etc. Comunque il dubbio circa l'ambito della libertà personale sul disporre del proprio corpo, come manifestazione di quella stessa dignità della persona, offusca la possibilità di distinguere chiaramente fra ciò che è morale o immorale. E ciò, alla fine, fa sì che il limite della moralità, come criterio di liceità, sia in buona misura inefficace. La conclusione che pare si debba estrapolare da tutto ciò è che gli strumenti più tipici e caratteristici del Diritto Civile patrimoniale, per giudicare circa la validità dei contratti con oggetto il corpo umano, risultano obsoleti e non si possono considerare sufficientemente operativi al fine di risolvere i problemi che tali contratti possano procurare nella pratica.

3. Come conclusione: la reificazione della persona è una realtà atemporale che esige una risposta sensibile a considerazioni di carattere giuridico

In termini di certezza giuridica, è mia opinione che sarebbe necessaria e raccomandabile la creazione di una norma, con rango di legge, che definisse nell'ordinamento giuridico spagnolo i limiti della disponibilità giuridica (ed economica) del corpo umano come parte integrante della persona; una regola che, se si pronunciasse in termini proibitivi – per coprire, almeno preventivamente, le possibili lacune legali e la rapida incorporazione al “mercato” del corpo delle nuove possibilità che senza dubbio andrà offrendo la Scienza – potrebbe perfettamente accompagnarsi alla creazione di eccezioni previste dalla legge, nei casi e con le condizioni che le stesse leggi potrebbero stabilire. L'esistenza di una regola di questo tipo permetterebbe di conciliare la fattibilità giuridica di pratiche che sono oggi giorno completamente lecite ed eticamente accettate – come accade con la donazione di organi di persone decedute – con la sicurezza giuridica fornita dal fatto di sapere che qualsiasi atto di disposizione del corpo

la desestimación del segundo y último motivo del recurso, sustentado en el número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida de los artículos 500 y 501-5.º del Código Penal e inaplicación del artículo 337 del referido Cuerpo Legab.

umano o delle sue funzionalità, non espressamente permesso, dovrebbe considerarsi come illecito fintanto che non fosse esplicitamente ammesso o regolato dalla legge. Certamente non si può affermare che la reificazione della persona sia un fenomeno recente o proprio delle società attuali e più sviluppate, dal momento che alcune forme di sfruttamento del corpo, come la schiavitù o la prostituzione, affondano le loro radici in tempi molto lontani e in civiltà molto antiche. Quel che è certo è che il progresso scientifico e tecnologico ha reso possibile che a tali manifestazioni della considerazione del corpo umano come oggetto di traffico economico e commerciale, se ne uniscano altre che si possono considerare come una conseguenza diretta dello sviluppo, dal momento che si possono realizzare quando si possa contare con determinate risorse e ritrovati tecnologici dei quali si dispone in forma generalizzata nelle società moderne. Così, realtà come la maternità surrogata, la clonazione²⁸, l'utilizzazione di alcuni tessuti e materiali biologici umani, o la donazione di organi *inter vivos* sarebbero impensabili senza l'enorme progresso sperimentato dalla biologia, dalla biotecnologia e dalla medicina a partire dalla seconda metà del secolo XX passato. Le sfide per il Diritto, rappresentate dal dover dare una risposta adeguata a queste realtà possono, quindi, considerarsi come “figlie del nostro tempo”²⁹.

²⁸ La clonazione negli esseri umani con fini riproduttivi é espressamente proibita nell'art. 1.3 della *Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida*.

²⁹ Nonostante ciò, che il progresso della scienza e della tecnologia ci fornisca nuovi modi e strumenti per reificare la persona, non significa che le antiche forme di sfruttamento sfuggano al dibattito giuridico attuale. Nel mio Paese, la Spagna, la campagna politica che ha preceduto le elezioni autonome e municipali del passato mese di Maggio, affrontò apertamente il dibattito sulla convenienza di regolare o meno, giuridicamente, la prostituzione in tutti i suoi aspetti. L'iniziativa, promossa da “Ciudadanos” (uno dei nuovi partiti politici emergenti in contrapposizione al bipartitismo classico fra conservatori – rappresentato dal Partito Popolare, al governo e progressisti, raccolti attorno al Partito Socialista Operaio Spagnolo) ha promosso la discussione su tutti i mezzi di comunicazione ed ha trasferito il dibattito sulle strade e nelle aule. Le argomentazioni sui benefici di ogni tipo – fiscale, lavorativo, sanitario e sociale – che, secondo ciò che si afferma potrebbe offrire una regolamentazione giuridica completa della prostituzione, si sono contrapposte alle ragioni principalmente etiche ed umanitarie che pongono l'accento sul valore intrinseco e prevalente della dignità della persona, sulla considerazione prioritaria che l'essere umano deve avere e che lo eleva al di sopra di qualsiasi oggetto di contrattazione, ragioni le quali, alla fine, si oppongono a che il corpo umano e le sue funzioni fisiologiche possano essere oggetto di contrattazione giuridica ed economica in quanto non equiparabile a qualsiasi altro oggetto; la persona non è un animale o una cosa, ma qualcosa di superiore. Nonostante tutto, passata la bufera del confronto alle urne, la questione è tornata a dormire fra le lenzuola dei letti pagati a ore.

La verità è che tutte le forme di reificazione della persona presentano molti e svariati problemi giuridici che si aggravano per il fatto che al momento di valutare le possibili soluzioni o risposte giuridiche è impossibile prescindere da postulati e posizioni etiche. Di fatto, l'unico elemento che può limitare o impedire la totale equiparazione come oggetto di un contratto fra una persona e qualsiasi altra cosa suscettibile di traffico economico e giuridico, sono le concezioni etiche e morali che si consacrano attraverso delle norme giuridiche che ne reggono la contrattazione, perché è evidente che la reificazione della persona è possibile da qualsiasi altro punto di vista: si può giustificare e legittimare con argomenti economici, sociali e addirittura di utilità per il Diritto; si può anche giustificare sotto la prospettiva di molte morali individuali. Però il Diritto risponde – almeno ipoteticamente – ai valori predominanti di una società in un momento concreto, anche se in alcuni casi sono i precetti adottati dalle leggi che terminano favorendo la ammissione generalizzata di certe realtà e fenomeni sociali. Conseguentemente è prevedibile che ciò che è eticamente accettabile da una società, si converta in giuridicamente permesso da essa stessa e, al contrario, che ciò che viene stabilito come lecito dalle sue leggi, termini influenzando la concezione etica imperante in quella stessa società. Per questo auspico che i legislatori debbano essere particolarmente sensibili verso il sentire sociale e non mantenersi estranei ai giudizi etici sul modo in cui si debbano regolare questioni tanto sensibili come tutte quelle che possono sfociare nella reificazione dell'essere umano.

Da parte nostra, in quanto giuristi non possiamo nemmeno rimanere al margine del dibattito etico mentre sembra, però, che ci sentiamo più tranquilli e sicuri quanto minore sia il peso che si debba attribuire a questo tipo di argomenti. Secondo la mia opinione, la nostra più specifica funzione non è di riflettere la coscienza sociale o crearne una nuova e determinata, bensì analizzare le leggi ed il Diritto con criteri eminentemente tecnici. Per questo credo che trattandosi di questioni con conseguenze tanto importanti e trascendenti che il dibattito che suscitano arriva al punto di porre in questione se debbano essere permesse o proibite dalla legge *in toto*, dovrà essere il legislatore ad assumersi il rischio di consacrare legalmente la opzione scelta, senza il pregiudizio che i giuristi possano influire più o meno – come molti altri collettivi di cittadini – nelle decisioni di politica legislativa. Per il giurista, la esistenza di norme giuridiche che espressamente dichiarano la validità di determinati atti o contratti o che, al contrario, esprimano una proibizione chiara del legislatore di concluderli

con efficacia giuridica, facilita molto le cose, anche se non risolve con un singolo colpo di penna tutti i problemi giuridici che la realtà presenta. E le facilita perché non si rende patente l'effetto giuridico della posizione etica o ideologica che ognuno mantenga rispetto ad una questione concreta³⁰.

Dando quindi per scontato che dietro le norme giuridiche soggiacciono determinati atteggiamenti etici ed ideologici sulle questioni ed i conflitti di interesse che codeste vogliono regolare, spetta al potere legislativo incorporare alle norme giuridiche la sensibilità sociale dominante rispetto alle questioni etiche che sottostanno ai problemi che le norme giuridiche devono regolare.

³⁰ Da qui, ad esempio, la considerazione che i contratti di affitto di utero siano sanzionati con la nullità in un ordinamento giuridico concreto – come ad esempio lo spagnolo, l'italiano ed il francese – e che si reputi madre la donna che dà alla luce un altro essere col parto, diluisce la necessità del giurista di chiedersi, in ogni caso specifico, se la gestante fu mossa da fini altruistici o da motivazioni economiche a contrattare con chi voleva in questo modo stabilire una relazione padre-figlio con il neonato e, pertanto, se il contratto aveva o no una causa più o meno degna di tutela da parte dell'ordinamento. Tuttavia non si impedisce che nascano bambini attraverso questa modalità e tale realtà propone nuove sfide etiche: il Diritto non deve occuparsi di questi bambini sulla base del fatto che un contratto nullo non produce alcun effetto e, giuridicamente parlando, essi sono la conseguenza di un contratto nullo? Evidentemente no, perché questo supporrebbe un nuovo passo avanti della reificazione della persona, che è precisamente ciò che si vuole evitare con la decisione di proibire i contratti di affitto di utero.