

Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore

Barbara Sgorbati*

SURROGACY, WOMAN'S DIGNITY AND THE INTEREST OF THE CHILD

ABSTRACT: This paper tries to explore the many ethical, social and legal issues surrounding surrogacy, focusing in particular on the implications concerning the interest of the minor involved, respect of women's dignity and the evolving definition of parenthood.

KEYWORDS: surrogacy, women's dignity, best interest of the child, parenthood.

SOMMARIO: 1. Introduzione. La maternità surrogata tra scienza, etica e diritto – 2. Il quadro normativo in Italia e all'estero (cenni) – 3. Il rapporto negoziale tra coppia committente e madre gestante – 4. Surrogazione di maternità e interesse del minore – 5. Surrogazione di maternità e dignità della donna – 6. Il nuovo volto della genitorialità può essere considerato ancora un volto umano?

1. Introduzione. La maternità surrogata tra scienza, etica e diritto

Si rendono opportuni, in primo luogo, alcuni chiarimenti terminologici. I mezzi di comunicazione di massa, che di recente sembrano aver “scoperto” il fenomeno, ci hanno abituato a sentir parlare indifferentemente di c.d. “maternità surrogata” o di “sostituzione” (detta anche surrogazione di maternità o, all'inglese, *surrogacy*) “gestazione per altri” e “utero in affitto”.

Benché tutte queste espressioni facciano riferimento alla stessa pratica - che si inserisce nell'ambito delle tecniche di PMA (procreazione medicalmente assistita) e che richiede la collaborazione di una donna che si renda disponibile ad accogliere nel proprio utero l'embrione concepito da una coppia committente (con gameti della coppia o forniti in tutto o in parte da soggetti esterni, talvolta anche dalla stessa gestante) e a portare a compimento la gravidanza, rinunciando, al momento del parto, ad ogni pretesa di un ruolo genitoriale nei confronti del neonato per consegnarlo ai c.d. *intended parents* - le diverse terminologie sopra citate non sono, in realtà, del tutto equivalenti.

“Maternità surrogata” è, per così dire, la locuzione più “neutra” e semplicemente descrittiva; chi utilizza l'espressione “gestazione per altri”, invece, intende generalmente attribuire a tale fenomeno un'accezione positiva, accentuando il suo aspetto altruistico (come sottolinea opportunamente Camilla Chini, tale terminologia ha però il difetto di porre in secondo piano la figura della madre surrogata nonché di connotare a priori come altruistica una pratica che non sempre è tale¹); chi invece preferisce parlare di “utero in affitto” (locuzione che propriamente indicherebbe solo i casi in cui la

* *Avvocato del Foro di Piacenza. Il contributo, anonimizzato, è stato selezionato dal Comitato di Direzione nell'ambito della call for papers dedicata al tema della Gestazione per altri.*

¹ C. CHINI, *Maternità surrogata: nodi critici tra logica del dono e preminente interesse del minore*, in *Rivista di BioDiritto*, n. 1/2016, p. 174.

donna che porta avanti la gravidanza riceva un compenso economico) tende a darne un giudizio negativo, sottolineando il rischio di mercificazione del corpo della donna.

Accanto a queste differenze linguistiche, è bene ricordare la *surrogacy* può declinarsi in molte modalità e sfumature diverse: molto cambia nella sostanza - e dovrebbe probabilmente cambiare anche a livello di disciplina giuridica - a seconda che tra la gestante e la coppia committente vi sia un precedente rapporto familiare/affettivo oppure che la stessa venga selezionata tramite un'apposita agenzia, che vengano utilizzati gameti dei genitori committenti (che quindi sono anche genitori biologici), in tutto o in parte esterni alla coppia o addirittura della gestante (che in tal caso è anche madre biologica del nascituro); ancora, non è del tutto indifferente che alla maternità surrogata faccia ricorso una coppia tradizionale (coniugata o non), una coppia omosessuale o una persona singola.

Tutte queste variabili, infatti, incidono sia sui legami biologici tra il nascituro e i genitori, sia sulle sue prospettive di una serena crescita futura, e pertanto una seria disciplina della materia non dovrebbe ignorare le differenze tra le diverse manifestazioni del fenomeno in esame.

A parere di chi scrive, risulterebbe, infatti, non conforme al principio di uguaglianza una normativa che disciplini tutti questi fenomeni in modo identico, soprattutto qualora il legislatore decida di legittimare la pratica in questione.

Si vedranno in seguito le ragioni che hanno spinto il legislatore italiano, fra gli altri, a prevedere un divieto assoluto di ricorrere alla maternità surrogata; si può certamente discutere se la scelta di una proibizione totale, con sanzioni severe, sia la più efficace, ma laddove si ritenga di consentire il ricorso a tale tecnica di PMA non sembra ragionevole una liberalizzazione indiscriminata, in nome dell'autodeterminazione dei singoli, senza tenere conto delle diverse conseguenze individuali, familiari, sociali e giuridiche derivanti dalle sue varieguate applicazioni.

Nel prosieguo del presente scritto si cercherà di illustrare le più importanti questioni etico-sociali, ma anche giuridiche, sollevate dal tema della maternità surrogata; si cercherà anche di affrontare l'ulteriore, delicato tema delle soluzioni adottate e da adottare quando un divieto come quello previsto dal legislatore italiano venga violato, sia all'interno del territorio nazionale, sia (come più spesso accade) ricorrendo alla pratica in questione in Paesi dove essa non è espressamente proibita o dove addirittura è regolata dalla legge.

Si pongono, al riguardo, problemi di non poco rilievo circa la tutela del bambino nato tramite surrogazione, nonché importanti questioni di coordinamento tra le diverse normative nazionali in un mondo sempre più globalizzato.

2. Il quadro normativo in Italia e all'estero (cenni)

Di recente i media italiani sembrano dare l'impressione che il divieto assoluto di ricorrere alla maternità surrogata renda il nostro un Paese "arretrato", incapace di riconoscere una piena autodeterminazione dei singoli nelle loro scelte affettive e di vita.

Non ci si soffermerà qui sull'inconsistenza di un'idea di "progresso" che si limita a recepire acriticamente come positive tutte le nuove possibilità fornite dalla scienza e dalla tecnica, o sullo scarso spessore di un concetto del diritto come mero regolatore di fenomeni di fatto e non come espressio-

ne dei valori fondamentali di una società civile; ci si limiterà ad osservare che l'Italia non è affatto isolata nella scelta di una "linea dura" di fronte al fenomeno di cui si discute.

Se è vero, infatti, che la legge n. 40 del 2004, con l'art. 12 che punisce con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro (oltre a sanzioni accessorie) "chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza" la surrogazione di maternità, adotta una posizione particolarmente severa, è vero che anche molti altri Paesi europei, in genere indicati (non senza provincialismo) come modello di apertura ai "nuovi diritti", hanno fatto altrettanto.

In Francia, la maternità surrogata è tuttora vietata, benché a partire dallo scorso anno si sia registrato un deciso mutamento nell'orientamento della Corte di Cassazione circa l'iscrizione nei registri dello stato civile dei minori nati all'estero attraverso tale pratica: all'interpretazione molto rigorosa che fino a poco tempo fa considerava la pratica "fraudolenta" e pertanto non suscettibile di produrre effetti nell'ordinamento interno, è subentrata una tesi che ritiene opportuno, nell'interesse del minore, riconoscere il legame biologico con il padre che è ricorso alla gestazione per altri all'estero, seppure non automaticamente, bensì attraverso la verifica giudiziale della paternità².

In Svezia le conclusioni di una recente inchiesta ordinata dal Governo (che il Parlamento dovrebbe approvare nel corso dell'anno), si orientano nel senso del divieto di ogni forma di surrogazione, sia commerciale che altruistica (anche alla luce del fatto che per la legge svedese – come per quella italiana – la madre "legale" è la donna che partorisce) e dell'adozione di misure volte ad evitare che i cittadini svedesi si rivolgano a cliniche all'estero; l'inchiesta si è soffermata in particolare sul rischio che la legalizzazione della surrogazione "altruistica" possa indirettamente favorire quella "commerciale" e si è espressa criticamente sulla pratica in sé, in relazione alle delicate questioni mediche, etiche e giuridiche che solleva³.

Negativa pare anche la valutazione del Comitato Nazionale di Bioetica, che con la mozione del 18 marzo 2016 (seppure esprimendosi solo con riferimento alla maternità surrogata a titolo oneroso e rimandando ad altro parere l'esame della questione della gestazione per altri senza corrispettivo economico) ha ricordato che «la maternità surrogata è un contratto lesivo della dignità della donna e del figlio sottoposto come un oggetto a un atto di cessione. Il CNB ritiene che tale ipotesi di commercializzazione e di sfruttamento del corpo della donna nelle sue capacità riproduttive, sotto qualsiasi forma di pagamento, esplicita o surrettizia, sia in netto contrasto con i principi bioetici fondamentali» che emergono dalla Convenzione di Oviedo e dalla Carta Europea dei diritti fondamentali⁴.

Neanche le istituzioni europee sono immuni da forti perplessità sui risvolti etici della c.d. gestazione per altri.

² S. LAURENT, *Comment la France évolue sur la gestation pour autrui*, http://www.lemonde.fr/lesdecodage/article/2015/05/20/gpa-pour-y-voir-clair_4636991_4355770.html (ultima visita 28.04.2016).

³ M. COOK, *Sweden could ban surrogacy*, <http://www.bioedge.org/bioethics/sweden-could-ban-surrogacy/11772> (ultima visita 26.04.2016); K. EKIS EKMAN, *All surrogacy is exploitation – the world should follow Sweden's ban*, <http://www.theguardian.com/commentisfree/2016/feb/25/surrogacy-sweden-ban> (ultima visita 26.04.2016).

⁴ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Mozione Maternità Surrogata a Titolo Oneroso*, http://presidenza.governo.it/bioetica/mozioni/Mozione_Surrogata_materna.pdf (ultima visita 28.04.2016).

Nel dicembre 2015, il Parlamento Europeo ha espressamente condannato la “pratica della maternità surrogata che è contraria alla dignità umana della donna, il cui corpo e le cui funzioni riproduttive sono utilizzati come delle merci”, considerando che tale pratica debba essere proibita.

E' interessante notare come il testo del rapporto⁵, nel primo periodo, non distingue tra gestazione per altri gratuita e g.p.a. a pagamento, condannando genericamente di «the practice of surrogacy»: non è chiaro se queste fossero le intenzioni dei redattori del rapporto, ma tale scelta sembra far intendere che si sia voluta esprimere una certa diffidenza verso la pratica in generale; nella seconda parte del paragrafo, invece, si chiede espressamente la proibizione della pratica quando comporti «reproductive exploitation» e l'uso del corpo umano «for financial or other gain», riferendosi quindi, a prima vista, alla sola surrogazione a pagamento. Peraltro, a parere di chi scrive, occorrerebbe tenere presente che il fatto che la gestante non riceva un compenso (e che quindi la surrogazione, in sé, sia gratuita o avvenga dietro rimborso delle sole spese effettivamente sostenute) non esclude che altri soggetti possano trarne un profitto economico e che quindi la pratica rientri tra quelle che, secondo il Parlamento Europeo, dovrebbero essere vietate.

Il 15 marzo 2016 la Commissione Affari Sociali del Consiglio d'Europa è stata chiamata ad esprimersi su un rapporto sui diritti umani e i problemi etici connessi alla surrogazione di maternità, la cui redazione era stata affidata alla ginecologa transgender e senatrice verde, di nazionalità belga, Petra De Sutter (la cui obiettività rispetto alle questioni da discutere è stata peraltro oggetto di forti riserve, dato che la stessa dirige in Belgio un'unità dove la *surrogacy* viene già praticata e collabora con una clinica indiana attiva in tale settore). A sorpresa, la relazione, che consigliava un'apertura almeno alla surrogazione c.d. “altruistica”, è stata bocciata, seppure sul filo del rasoio (16 voti a 14)⁶.

Curiosamente, mentre varie autorità nazionali e internazionali si orientano verso una valutazione quanto meno critica del fenomeno, i media italiani (i quali sembrano aver “scoperto” il tema solo di recente, in relazione al dibattito sul riconoscimento delle unioni civili tra coppie dello stesso sesso) sembrano “normalizzare” sempre di più una pratica che non solo nel nostro Paese costituisce tuttora un illecito penale, ma solleva interrogativi etici e giuridici di non poco rilievo.

Sovente, l'argomentazione preferita è quella secondo cui, poiché la c.d. gestazione per altri, sebbene vietata, viene di fatto praticata, la soluzione dovrebbe essere quella di eliminare il divieto.

Tale assunto, spesso condito da banale retorica “antiproibizionista”, ha naturalmente poco peso, in quanto è del tutto evidente che il fatto che un divieto imposto dalla legge venga ripetutamente violato o aggirato non è, in sé, ragione sufficiente ad abolire il divieto medesimo, quando questo (come in genere avviene per i precetti di tipo penale) sia stato posto a tutela di beni giuridici di importanza fondamentale.

⁵ EUROPEAN PARLIAMENT, *Annual Report on Human Rights in the World 2014 and the European Union's policy on the matter*, al paragrafo 114 “Condemns the practice of surrogacy, which undermines the human dignity of the woman since her body and its reproductive functions are used as a commodity; considers that the practice of gestational surrogacy which involves reproductive exploitation and use of the human body for financial or other gain, in particular in the case of vulnerable women in developing countries, shall be prohibited and treated as a matter of urgency in human rights instruments”.

⁶ M. RICCI SARGENTINI, *A sorpresa il Consiglio d'Europa boccia la relazione pro-surrogacy*, <http://27esimaora.corriere.it/articolo/a-sorpresa-il-consiglio-d-europa-boccia-la-relazione-pro-surrogacy/> (ultima visita 16/03/2016).

Si può e si deve, se mai, discutere di cosa debba accadere quando il divieto non viene rispettato e come possano o debbano essere regolati i rapporti tra i soggetti coinvolti, tutelando soprattutto il minore che si trovi suo malgrado ad essere il frutto di un'operazione che, almeno fino ad oggi, resta illecita.

Ulteriore tema è quello di quale sia la disciplina applicabile nel caso in cui il divieto venga aggirato da una coppia la quale si rechi in un Paese straniero in cui la maternità surrogata è consentita, per poi fare rientro in Italia e chiedere il riconoscimento giuridico del rapporto genitoriale con il figlio così concepito.

Esistono, infatti, numerosi Paesi, anche europei, che riconoscono come legittima la pratica della gestazione per altri: nel Regno Unito, ad esempio, la maternità surrogata è lecita solo se effettuata a titolo gratuito e sono previste sanzioni per le attività di promozione, pubblicità o intermediazione; in Grecia è richiesta una preventiva autorizzazione da parte di un giudice che deve verificare la sussistenza dei requisiti di legge e l'assenza di benefici economici per la gestante; alcuni Stati facenti parte degli USA, come la California, hanno una disciplina di carattere prettamente giurisprudenziale piuttosto permissiva.⁷ Il c.d. utero in affitto è, poi, consentito o comunque praticato in diversi Paesi dell'Est Europa, come l'Ucraina, e dell'Asia, come India, Nepal e Thailandia.

Si pone, pertanto, il problema delle conseguenze giuridiche del c.d. turismo procreativo.

Premesso che non sembra risultare applicabile a questo tipo di fattispecie l'art. 12 L. 40/2004, in quanto l'art. 7 c.p. non lo contempla tra i reati commessi all'estero e perseguibili in Italia⁸, potrebbe eventualmente configurarsi il reato di alterazione di stato di cui all'art. 567 c. 2 c.p. con riferimento all'indicazione, nel certificato di nascita rilasciato nel Paese estero, della madre committente anziché della gestante.

Al riguardo, gli indirizzi dottrinali e giurisprudenziali non sono omogenei.

La dottrina maggioritaria, infatti, resta ad ammettere la possibilità di attribuire la qualità di madre alla donna non gestante (ravvisando in ciò un'insanabile contraddizione rispetto alla regola generale dell'art. 269 c.c. secondo cui, com'è noto, è madre la donna che ha partorito), ritenendo che il concetto di madre non sia limitato al mero dato biologico ma comprenda anche lo stretto legame instaurato durante la gestazione, tende a ritenere configurabile il reato in questione; non così quella parte della dottrina che preferisce riferire l'attribuzione della qualifica di madre al dato biologico o quella che ritiene necessario, oltre all'apporto biologico, anche la decisione di generare una nuova vita e assumersene la responsabilità⁹.

Altrettanto variegata risultano le soluzioni adottate dalla giurisprudenza.

In una pronuncia abbastanza recente, la Corte di Cassazione¹⁰ ha, ad esempio, affermato che la c.d. surrogazione di maternità è vietata nell'ordinamento italiano perché contraria all'ordine pubblico, dichiarando di conseguenza lo stato di adottabilità del minore nato da madre surrogata ucraina su commissione di una coppia italiana; il caso oggetto della sentenza era particolarmente grave, in

⁷ L. MAZZANTI E G. PAVAN, *La surrogazione di utero all'estero: profili di responsabilità penale*, http://www.studiocataldi.it/news_giuridiche.asp/news_giuridica_11416 (ultima visita 15/03/2016), p. 2.

⁸ In questo senso L. MAZZANTI E G. PAVAN, op. cit., p. 3.

⁹ Per un'analisi delle varie posizioni, si veda ancora L. MAZZANTI E G. PAVAN, op. cit., p. 4.

¹⁰ Cass. 11 novembre 2014, n. 24001.

quanto la coppia aveva violato anche la legge ucraina, la quale prescrive che il figlio concepito mediante *surrogacy* debba avere almeno il 50% del patrimonio genetico della coppia committente (ovvero che debba essere figlio biologico di almeno uno dei due), ed aveva evidentemente fatto ricorso alla gestazione per altri per eludere la legge italiana sulle adozioni, essendo ormai troppo anziana per adottare un bambino in tenera età ed essendosi già vista più volte rifiutare l'idoneità all'adozione per motivazioni di carattere psicologico.

La Corte rilevava che nel nostro ordinamento madre è colei che partorisce e che la surrogazione di maternità si pone in conflitto con l'istituto dell'adozione, unico strumento a cui il legislatore demanda la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato¹¹.

In altri casi, sono state adottate soluzioni molto diverse: varie pronunce di merito¹² hanno fatto riferimento al concetto di ordine pubblico internazionale per dare riconoscimento al ruolo di genitori "sociali" in capo a soggetti che si erano avvalsi della maternità surrogata all'estero.

Recentemente, poi, la Corte di Cassazione¹³ ha assolto dai reati di cui agli artt. 12 l. 40/2004, 495, 476 e 567 c.p. una coppia italiana il cui figlio era nato a seguito di maternità surrogata in Ucraina, con spermatozoi dell'imputato e ovuli di donatrice ignota, ritenendo non configurabili i reati contestati in quanto gli imputati si erano limitati a chiedere la trascrizione di un certificato di nascita emesso in conformità alla legge del Paese in cui il bambino era nato¹⁴.

Al riguardo si deve osservare che, sebbene risulti ammirevole l'intento di tutelare il più possibile i minori venuti al mondo mediante maternità surrogata, non sembra opportuno, alla luce del principio di uguaglianza, trattare in maniera uniforme tutte le ipotesi di "turismo procreativo".

Se, infatti, può ritenersi giustificato riconoscere comunque la maternità o paternità legale al genitore che abbia un legame biologico con il bambino, decisamente più problematico appare un riconoscimento generalizzato della genitorialità in capo a chi ricorra alla gestazione per altri all'estero servendosi di gameti non propri, in quanto ciò rischierebbe di comportare una ridefinizione della titolarità del legame parentale al di là della tradizionale alternativa tra genitorialità biologica e genitorialità adottiva.

Certamente tale binomio risulta già in parte superato a seguito dell'introduzione della possibilità di ricorrere alla fecondazione eterologa, ma in quel caso l'estraneità alla coppia dei gameti utilizzati può considerarsi in qualche modo "compensata" dal fatto che a portare avanti la gravidanza è la donna che poi sarà riconosciuta come "madre sociale"; con una legittimazione generalizzata della maternità surrogata, invece, una coppia o una persona singola potrebbe, di fatto, acquisire il ruolo genitoriale nei confronti di un minore senza aver con lo stesso alcun legame né biologico né gestazionale e senza ricorrere ad un procedimento di adozione.

¹¹ Si veda il commento di B. SALONE, *Contrarietà all'ordine pubblico della maternità surrogata e dichiarazione di adottabilità del minore*, <http://dirittocivilecontemporaneo.com/2014/12/contrarieta-allordine-pubblico-della-maternita-surrogata-e-dichiarazione-di-adottabilita-del-minore> (ultima visita 15.06.2016).

¹² Tribunale di Napoli, sent. 01.07.2011; Corte d'Appello di Bari, 13 febbraio 2009.

¹³ Cass. Pen., Sez. V, sent. n. 1325 del 10.03.2016 (dep. 05.04.2016).

¹⁴ Si veda il commento di L. IZZO, *Utero in affitto: se nel paese estero è legale non c'è reato*, <http://www.studiocataldi.it/articoli/21658-utero-in-affitto-se-nel-paese-estero-e-legale-non-c-e-reato.asp> (ultima visita 07.04.2016).

Si tratta di un'innovazione di non poco rilievo, che meriterebbe di essere considerata più approfonditamente.

Pare opportuno segnalare, tuttavia, che una risposta al fenomeno del c.d. "turismo procreativo" sembra arrivare proprio dai Paesi che ne sono meta: di recente ad es. la Thailandia (anche sull'onda emotiva di alcuni casi particolarmente controversi) ha emanato una legge che consente il ricorso alla maternità surrogata solo a coppie sposate thailandesi o a coppie in cui uno dei coniugi sia thailandese, purché sposate da almeno tre anni, vietando del tutto la surrogazione "commerciale"¹⁵. Resta da vedere se tale normativa risulterà efficace allo scopo, perseguito dal legislatore locale, di evitare alla Thailandia di continuare ad essere chiamata "l'utero del mondo".

3. Il rapporto negoziale tra coppia committente e madre gestante

Discussa in dottrina è anche la natura del rapporto negoziale tra la coppia che aspira a realizzare il proprio desiderio di genitorialità e la donna che mette a disposizione il proprio utero per portare a compimento tale progetto.

Alcuni Autori¹⁶ correttamente rilevano la difficoltà di inquadrare come contratti (ovvero ex art. 1321 c.c., come accordi volto a costituire, regolare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale) gli accordi aventi ad oggetto la maternità surrogata, non potendo ricondurli ad un vero e proprio scambio economico e per le perplessità inerenti la disponibilità dei beni oggetto della transazione, ovvero gli embrioni e la messa a disposizione del corpo della gestante.

In questo senso si sono orientate anche alcune sentenze di merito¹⁷ (per la verità piuttosto risalenti), che hanno ritenuto nulli i contratti di surrogazione perché in contrasto con la Costituzione e con il principio di indisponibilità degli status personali, nonché per illiceità della causa e frode alla legge; accanto ad esse, tuttavia, altre pronunce¹⁸ (comunque precedenti alla positivizzazione del divieto oggi espressamente contenuto nella L. 40/2004) hanno adottato soluzioni assai meno rigorose, considerando il contratto di maternità surrogata come un contratto atipico da valutarsi secondo la meritevolezza degli interessi perseguiti, quali l'aspirazione della coppia alla realizzazione come genitori.

Parte della dottrina¹⁹ fa riferimento alla tradizionale discussione filosofica sulla indisponibilità del corpo umano e all'idea Kantiana per cui l'uomo non può essere proprietario di se stesso (perché se potesse essere oggetto di proprietà, sarebbe cosa e non persona), idea giunta fino a noi attraverso l'articolo 21 della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la Biomedicina del 1997 (ai sensi del quale il corpo umano e le sue parti non possono essere fonte di profitto), per ritenere che la pratica della maternità surrogata debba considerarsi senz'altro illecita quando si configuri uno sfruttamento economico, un vero e proprio mercato (c.d. "utero in affitto").

¹⁵ *Thailand bans commercial surrogacy for foreigners*, <http://www.bbc.com/news/world-asia-31546717> (ultima visita 29.04.2016).

¹⁶ G. BATIA E ALESSANDRO PIZZO, *Il contratto di maternità per surrogazione. Profili giuridici*, <http://www.diritto.it/docs/22952-il-contratto-di-maternita-per-surrogazione-profil-giuridici> (ultima visita 15.03.2016).

¹⁷ Si veda ad es. Tribunale di Salerno, 15 novembre 1991.

¹⁸ Ord. Tribunale di Roma, 17 febbraio 2000.

¹⁹ C. CHINI, op. cit., p. 180.

Peraltro, il fatto che la donna si offra volontariamente di portare in grembo un figlio altrui non è sufficiente a garantire che la stessa abbia compiuto una scelta effettivamente libera e consapevole: come giustamente si osserva in dottrina²⁰, «il consenso (...) non garantisce, di per sé, l'assenza di strumentalizzazione».

Occorrerebbe, infatti, tenere sempre presente che di frequente le donne che si prestano a tali pratiche si trovano in una situazione di squilibrio economico e culturale rispetto ai committenti: non di rado si tratta di donne che vivono in Paesi in via di sviluppo o del c.d. Terzo Mondo (India, Thailandia, Nepal), non scolarizzate, spinte dal bisogno di provvedere alla propria famiglia²¹; anche quando la surrogazione viene praticata in Paesi occidentali quali gli Stati Uniti, si tratta frequentemente di madri single (o, per l'ovodonazione, studentesse), o comunque di donne che vivono in condizioni socio-economiche non paragonabili a quelle delle coppie committenti.

Un interessante studio del 2010²², basato su dati statistici relativi ai diversi Stati americani, riferisce che molte delle donne che scelgono di diventare madri surrogate probabilmente non hanno le risorse finanziarie né le conoscenze per avere un'adeguata assistenza legale e vengono rappresentate da un legale incaricato dall'agenzia, con il rischio di potenziali conflitti di interessi. Lo stesso rapporto (sebbene non possa fare riferimento a studi statistici adeguatamente dettagliati sul punto; altre fonti invece riportano addirittura che le *military wives* costituirebbero dal 15 al 20% delle madri surrogate²³) rileva l'elevata diffusione della gestazione per altri tra le mogli dei militari: donne che a causa dei frequenti trasferimenti dei partner hanno spesso difficoltà a trovare e mantenere un lavoro e che hanno l'esigenza di contribuire al bilancio di famiglie classificate come "low income"²⁴.

Talvolta, quindi, queste donne possono non essere in grado di comprendere tutte le implicazioni degli accordi stipulati, e certamente non sono in condizione di pagare le pesanti penali generalmente previste dai contratti nel caso in cui non adempiano a quanto pattuito.

Vi è da chiedersi se sia ragionevole, in simili circostanze, affidarsi alla libertà negoziale assoluta.

A parere di chi scrive, una soluzione orientata alla pura e semplice libertà di autodeterminazione delle parti, se può essere considerata accettabile in un sistema giuridico come quello americano, risulta incompatibile con la nostra tradizione giuridica, che prevede, in materie quali quella del lavoro, limiti alla contrattazione individuale proprio in ragione della disuguaglianza di conoscenze e di risorse economiche tra le parti e a tutela della parte più debole.

Sarebbe alquanto singolare, per non dire incoerente, scegliere una diversa strada per una materia che coinvolge ancora più profondamente la dignità e i diritti delle persone.

È stata suggerita, proprio in considerazione della disparità di condizioni economiche fra committenti e gestanti, una possibile similitudine con il contratto di baliatico, ovvero con il contratto, diffuso in

²⁰ C. CHINI, op. cit., p. 182.

²¹ P. SAXENA, A. MISHRA E S. MALIK, *Surrogacy: Ethical and Legal Issues*, in *Indian Journal of Community Medicine*, 2012 Oct. Dec; 37 (4): 211-213, analizzando i vari aspetti problematici della surrogacy, la descrivono espressamente come un mezzo con cui "a poor surrogate mother gets very much needed money".

²² M. GUGUCHEVA, *Surrogacy in America*, p. 23/40, consultabile all'indirizzo <http://www.councilforresponsiblegenetics.org/pagedocuments/kaevej0a1m.pdf> (ultima visita 10.06.2016).

²³ L.M. STEINER, *Who Becomes a Surrogate?*, *The Atlantic*, 25 novembre 2013, consultabile all'indirizzo <http://www.theatlantic.com/health/archive/2013/11/who-becomes-a-surrogate/281596/> (ultima visita 17.06.2016).

²⁴ M. GUGUCHEVA, cit., p. 25.

tempi passati, con cui una donna si obbligava, dietro compenso, a svolgere un'attività di allattamento e cura corporale e materiale di bambini altrui, presso la propria casa o quella dei genitori che la assumevano.

Tuttavia, per quanto l'allattamento e la cura di un infante coinvolgono una sfera intima e delicata delle relazioni interpersonali, chi scrive non ritiene che tale fattispecie possa essere paragonabile a quella della surrogazione di maternità.

Ciò, innanzitutto, perché alla balia veniva delegata una funzione di nutrimento e accudimento di un figlio che chiaramente (senza che vi fosse alcuna possibilità di confusione) non era suo: altri lo aveva concepito, portato in grembo e partorito.

La *surrogacy*, al contrario, va a ridefinire il concetto stesso di maternità; e ciò che viene richiesto alla donna non è di "avere cura" di un bambino altrui, di svolgere una funzione "simbolicamente" o "praticamente" materna, come quella della balia, ma di crescerlo e nutrirlo all'interno del proprio corpo, di dargli la vita, di esserne, in sostanza, madre rinunciando ad esserlo: si tratta, con tutta evidenza, di una situazione alquanto diversa.

Ci si permette, inoltre, di osservare che il contratto di baliatico è andato in disuso non solo per ragioni economico-sociali, ma anche in conseguenza dell'acquisizione di una maggiore consapevolezza circa l'importanza del contatto diretto e della relazione tra la madre e il bambino nei primi anni di vita, anche attraverso l'allattamento (che difficilmente una madre oggi accetterebbe di delegare ad un'altra donna); sembra configurare una sorta di "regresso" rispetto a tali conoscenze e conquiste, allora, il fatto che con la maternità surrogata ci troviamo di fronte a donne che partoriscono per altri e non hanno quasi nessun contatto con il bambino che per nove mesi hanno portato in grembo; la prassi, in genere, prevede anzi di evitare l'allattamento al seno da parte della gestante, proprio per evitare la formazione di un attaccamento "indesiderato" da parte del bambino.

Si è già detto della difficoltà di inquadrare la maternità surrogata negli schemi contrattuali, anche per le perplessità relative alla previsione di un compenso e quindi alla mercificazione di qualcosa che fa parte della sfera più intima della persona e che si carica di significati psicologici, antropologici ed esistenziali di non poco rilievo.

Non a caso, diversi ordinamenti consentono la surrogazione di maternità solo se effettuata a titolo gratuito, eventualmente ammettendo la possibilità di un mero rimborso delle spese sostenute dalla gestante nel corso della gravidanza.

Secondo parte della dottrina²⁵, tuttavia, l'assenza di un corrispettivo non sarebbe dirimente rispetto alla questione della qualificazione giuridica dell'accordo come contratto o come negozio non patrimoniale, posto che la natura del negozio dipenderebbe non tanto dall'onerosità o meno della prestazione, quando dagli interessi e dai rapporti coinvolti; trattandosi in questo caso di rapporti familiari, l'accordo di maternità surrogata dovrebbe essere ricondotto alla figura del negozio familiare "atipico".

Tuttavia, in giurisprudenza²⁶ è stato affermato che tale accordo dovrebbe considerarsi nullo per mancanza del requisito dell'oggetto possibile e lecito, dato che il "contratto" avrebbe ad oggetto non

²⁵ B. SALONE, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, in *Rivista di BioDiritto*, n. 2/2014, pp. 162-163.

²⁶ Trib. Monza, 27 ottobre 1990, in *Giur. It.*, 1990, 5.

tanto la messa a disposizione dell'utero ai fini della gestazione, quanto la consegna del bambino e la rinuncia da parte della surrogata al riconoscimento del rapporto di filiazione, mentre è evidente che il nascituro non può essere considerato un bene giuridico e che gli status personali sono, a loro volta, indisponibili. Si tratta di una pronuncia risalente nel tempo ma che pare ancora attuale, in quanto fa luce sul significato dell'espresso divieto contenuto nella L. 40/2004, il quale peraltro sembra portare a ritenere la nullità di tale tipo di accordi anche per violazione di norme imperative²⁷.

Si deve comunque osservare che, qualora il legislatore decidesse di ammettere la sola gestazione per altri "altruistica", di fatto, potrebbe risultare non agevole verificare che non vi sia comunque, tra le parti, uno scambio economico al di là della mera compensazione delle spese; non solo, ma anche negli Stati in cui la gestazione per altri è ammessa solo se gratuita, le coppie committenti versano generalmente somme piuttosto ingenti ad agenzie e cliniche, con il rischio che, essendo coinvolti rilevanti interessi economici, vi sia comunque una mercificazione del ruolo della gestante.

A titolo meramente esemplificativo, si pensi che dal già citato studio del 2010²⁸ emerge che le madri surrogate negli Stati Uniti ricevono in genere un compenso che va dai 12.000,00 ai 25.000,00 dollari a gravidanza, mentre il costo per i genitori committenti può variare da 40.000,00 a 120.000,00 dollari, con evidenti ed ingenti guadagni per le cliniche o le agenzie che gestiscono i rapporti tra le parti.

Consultando il sito internet di una delle tante società che si occupano di maternità surrogata²⁹, si può leggere (in un italiano imperfetto dovuto al fatto che la società ha base nell'Est Europa) che i compensi per la madre surrogata si aggirano intorno ai 30.000,00 Euro, ma che sono previsti circa 12.000,00 Euro di spettanze per attività di consulenza, organizzazione etc. svolte dall'agenzia, oltre a tutti i costi per i servizi medico-sanitari.

Una famosa agenzia americana, Extraordinary Conceptions³⁰ propone alle surrogate *benefit packages* da 40.000,00 a 50.000,00 dollari e, di recente, ha offerto un bonus di 1.250,00 dollari alle aspiranti surrogate che si sarebbero registrate entro il mese di giugno, nonché una *gift-card* di 1.000,00 dollari a coloro che avrebbero "presentato un'amica" interessata a diventare una surrogata: simili "promozioni" lasciano quanto meno sospettare che per l'agenzia siano in gioco interessi economici rilevanti e danno all'intera operazione un tono "commerciale" poco rassicurante in un'ottica di rispetto della dignità delle donne coinvolte.

Un possibile strumento per evitare tali rischi di mercificazione potrebbe consistere in una previsione normativa la quale esiga che tra la coppia committente e la donna gestante vi sia un precedente legame di carattere familiare o affettivo (si pensi ad una donna che si presti a portare a termine una gravidanza per conto della sorella o di una cara amica); in questo modo si potrebbe evitare l'insorgere di una sorta di "mercato" in cui far incontrare domanda e offerta, come già accade, invece, soprattutto negli Stati Uniti.

Tuttavia vi è da chiedersi se sia sufficiente, per rendere lecito e ammissibile un accordo di maternità surrogata, che non vi sia alcun tipo di scambio economico: anche in sua assenza, infatti, non si può

²⁷ In questo senso B. SALONE, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, p. 165.

²⁸ M. GUGUCHEVA, cit., p. 26.

²⁹ <http://surrogacymed./maternita-surrogata/prezzi.html>.

³⁰ <http://extraconceptions.com>.

prescindere da un'ulteriore valutazione concernente quello che è e deve restare un bene preminente, ovvero la tutela dell'interesse del nascituro.

Correttamente parte della dottrina³¹ richiama, al riguardo, la letteratura scientifica sulla relazione che si instaura durante la gravidanza tra gestante e nascituro (indipendentemente dal legame genetico) e sui possibili rischi di disturbi derivanti dalla rottura di tale relazione: appare evidente che qualsiasi scelta legislativa non potrà prescindere dalle considerazioni circa il fondamentale interesse del minore a conservare uno dei legami più importanti della sua vita.

4. Surrogazione di maternità e interesse del minore

Una seria discussione sul tema della maternità surrogata non può prescindere dalla considerazione degli interessi del soggetto più debole (e pertanto, per definizione, più meritevole di tutela) tra quelli coinvolti, ovvero il bambino concepito mediante surrogazione.

Certamente, tutte le tecniche di PMA, inclusa la maternità surrogata, consentono di concepire e dare alla luce bambini che, altrimenti, non sarebbero mai nati; si potrebbe, pertanto, ritenere rilevante, ai fini della discussione, l'interesse di questi futuri/potenziati bambini a venire ad esistenza.

Tuttavia, a parere di chi scrive, un tale interesse, seppure non irrilevante dal punto di vista etico, non può essere considerato dirimente da un punto di vista giuridico, in vista della disciplina della pratica della surrogazione.

Si deve tenere presente, infatti, che nel nostro ordinamento il concepito non ancora nato gode di uno *status* giuridico particolare³², caratterizzato dalla "speranza di divenire persona" e dal riconoscimento di alcune aspettative legittime e di alcuni diritti (quali quello a nascere sano, con diritto ad ottenere – una volta nato – il risarcimento di eventuali danni subiti in gravidanza), ma non è ancora titolare di una piena soggettività giuridica (benché la L. 40/2004 si proponga di assicurare «i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito»), che acquisirà solo con la nascita.

Ebbene, a maggior ragione non sembra potersi attribuire un'autonoma rilevanza agli interessi di chi ancora non è stato concepito, ma potrebbe potenzialmente essere concepito laddove si acconsentisse all'utilizzo di una determinata tecnica di PMA.

Peraltro, tra gli stessi figli nati da maternità surrogata, si registrano le voci di chi, come la blogger americana Jessica Kern³³, afferma che sia possibile essere grati di essere vivi ma allo stesso tempo avere seri dubbi etici sui metodi utilizzati per il proprio concepimento.

Concentrando l'attenzione sul tema dell'interesse del minore, poi, non si può non rilevare come con le tecniche di procreazione assistita eterologa, prima, e con la surrogazione di maternità poi, si siano diffuse nuove ipotesi di separazione dello status dal dato biologico, con conseguenti nuove necessità di riflessione sul tema del diritto del minore alla conoscenza delle proprie origini.

Le soluzioni adottate dai vari ordinamenti differiscono enormemente (si va da Francia e Spagna che garantiscono fortemente l'anonimato dei donatori di gameti, al Regno Unito che non ammette più le

³¹ C. CHINI, op. cit., pp. 186-187.

³² G. BUFFONE, *La tutela della vita nascente. Lo statuto giuridico del concepito al confine tra Soggetto e Persona*, consultabile all'indirizzo <http://www.altalex.com/documents/news/2007/11/15/vita-nascente-statuto-giuridico-del-concepito-e-confine-tra-soggetto-e-persona> (ultima visita 10.06.2010).

³³ <http://theothersideofsurrogacy.blogspot.it/>.

donazioni anonime, alla Germania che attribuisce al minore concepito con eterologa il diritto ad ottenere l'accertamento di uno status conforme al dato biologico³⁴), tuttavia non si può non osservare che tali tecniche (e a maggior ragione la maternità surrogata) rischiano di compromettere il diritto del minore ad un sereno sviluppo della propria personalità, proprio a partire dalla conoscenza delle proprie origini.

Nel tempo, infatti, si è acquisita una sempre maggiore consapevolezza dell'importanza per la persona di conoscere le proprie radici e la propria identità: ne è prova l'evoluzione della normativa italiana sulle adozioni.

Nel 2001 è stato introdotto nella L. 184/1983 l'obbligo per i genitori adottivi di informare il figlio (con i tempi e i modi ritenuti più opportuni) circa la sua condizione di adottato, nonché la possibilità per lo stesso, raggiunta l'età di venticinque anni (o di diciotto anni, per comprovate ragioni attinenti la sua salute psico-fisica), di accedere alle informazioni riguardanti la sua origine e l'identità dei propri genitori biologici, dietro autorizzazione del Tribunale per i minorenni. L'accesso a tali informazioni restava, tuttavia, precluso nel caso in cui la madre avesse dichiarato, al momento della nascita, di non voler essere nominata.

Anche a seguito della sentenza CEDU 25.09.2012 (Godelli c. Italia), che ha riconosciuto il diritto alla conoscenza delle proprie origini come elemento del diritto alla vita privata ex art. 8 CEDU, la Corte Costituzionale³⁵ ha dichiarato parzialmente illegittimo l'art 28 settimo comma della Legge 184/1983, invitando il legislatore a prevedere disposizioni volte a consentire la verifica della perdurante attualità della scelta della madre naturale di non essere nominata, salvaguardandone nel contempo l'anonimato.

Ci si è quindi, evidentemente mossi nel senso di una sempre maggiore valorizzazione del legame con le proprie origini biologiche e del diritto a poterle conoscere, finalizzato ad un pieno sviluppo dell'identità e della personalità dell'individuo; una tale esigenza, se ritenuta importante per i figli adottivi, sembra dover essere tenuta in considerazione anche nel caso dei figli nati attraverso le diverse tecniche di PMA, concepiti e/o partoriti da persone diverse dai genitori "sociali". Con la rilevante distinzione che, mentre nel caso dell'adozione il minore si trova a dover fare i conti con l'esperienza dell'abbandono, nel caso della PMA dovrà elaborare il fatto di essere stato generato con un procedimento "artificiale" e, nel caso della maternità surrogata, saprà di essere stato portato in grembo e partorito da una donna con cui, nella maggioranza delle ipotesi, non avrà mai avuto alcun contatto o avrà avuto contatti limitati.

Qualunque siano le opinioni concernenti le tecniche di fecondazione artificiale in genere e la gestazione per altri in particolare, non appare conforme al principio di uguaglianza (laddove la legislazione nazionale ammetta e regoli le pratiche in questione) che non venga contemplata la possibilità, per i figli così concepiti, di conoscere le proprie origini, conformemente a quanto previsto per i figli adottivi.

Un altro elemento interessante riguardante l'impatto della maternità surrogata sull'interesse del minore emerge da uno studio piuttosto recente del Centre for Family Research dell'Università di Cam-

³⁴ Sul tema E. BILOTTI, *Il diritto alla conoscenza delle proprie origini*, <http://dimt.it/2014/0610/il-diritto-alla-conoscenza-delle-proprie-origini/> (ultima visita 29.02.2016).

³⁵ Corte Costituzionale, sentenza 22 novembre 2013, n. 278 (in Gazz.Uff., 27 novembre, n. 48).

bridge³⁶, realizzato esaminando nel corso degli anni famiglie che avevano fatto ricorso alla maternità surrogata o alla fecondazione eterologa (con donazione di ovociti o di gameti maschili) e famiglie avevano concepito naturalmente, il quale sembra evidenziare maggiori problemi psicologici nei bambini nati mediante g.p.a. rispetto a quelli concepiti con gameti di donatori, «suggesting that the absence of a gestational connection between parents and their child may be more problematic for children than the absence of a genetic relationship» Alla luce delle conoscenze scientifiche attuali, infatti, non appare di poco rilievo il fatto che, nella surrogazione di maternità, venga interrotto il rapporto di simbiosi sviluppato con la madre nel corso della gravidanza, periodo in cui (com'è noto) la gestante non si limita ad "ospitare" e nutrire il feto, ma instaura una serie di contatti e scambi di fondamentale importanza per lo sviluppo del feto e il benessere del bambino. Come ebbe a dire ormai non pochi anni fa Miriam Mafai³⁷, «si rompe così definitivamente un legame naturale, unico, nutrito di sangue e di sogni tra le madre e quello che una volta si chiamava "il frutto del ventre tuo"»

Un ulteriore tema da prendere in considerazione con riguardo all'impatto della surrogazione di maternità sull'interesse del minore concerne il rischio che essa venga utilizzata per aggirare le norme in materia di adozioni.

Non si può non rilevare che, tramite maternità surrogata, possono diventare genitori soggetti che non solo non sarebbero in grado di diventarli naturalmente, ma che non sarebbero nemmeno idonei all'adozione in base alle leggi nazionali e/o agli accordi in materia di adozioni internazionali: non solamente persone che non hanno i requisiti di età, vincolo matrimoniale, diversità di sesso attualmente previsti dalla legge italiana, ma anche (e questo è certamente il rischio più grave) soggetti non ritenuti idonei per ragioni di carattere psicologico o comportamentale.

Giungono alla mente alcuni gravi casi che hanno suscitato ampio dibattito in altri Paesi, come quello di un uomo di nazionalità australiana che ha confessato di aver concepito due bambine tramite maternità surrogata (in un Paese asiatico, con ovuli di una donatrice Ucraina) appositamente allo scopo di abusarne sessualmente³⁸ o quello della piccola concepita in Thailandia da una coppia australiana a cui è stato concesso l'affidamento nonostante le precedenti condanne del padre per abusi su minori³⁹.

Risulta del tutto evidente che un individuo con condanne per pedofilia, o affetto da gravi disturbi psichici o comportamentali, non verrebbe mai dichiarato idoneo all'adozione; allo stato, invece, non pare che un simile *screening* sia previsto in quei Paesi dove la maternità surrogata è consentita.

³⁶ S. GOLOMBOK, L. BLAKE, P. CASEY, G. ROMAN, E V. JADVA, *Children Born Through Reproductive Donation: A Longitudinal Study of Psychological Adjustment*, 23 novembre 2012, consultabile all'indirizzo <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3586757/>.

³⁷ M. MAFAI, *La donna-cosa*, pubblicato da la Repubblica il 07.03.2007, consultabile all'indirizzo <http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/1997/03/07/la-donna-cosa.html> (ultima visita 16.06.2016).

³⁸ N. BUCCI, *Man pleads guilty to sexually abusing his twin surrogate babies*, <http://www.smh.com.au/national/man-pleads-guilty-to-sexually-abusing-his-twin-surrogate-babies-20160421-goc83m.html> (ultima visita 28.04.2016).

³⁹ M. SAFI, *Baby Gammy's twin can stay with Australian couple despite father's child sex offences*, <http://www.theguardian.com/lifeandstyle/2016/april/14/baby-gammys-twin-sister-stays-with-australian-couple-court-orders> (ultima visita 26.04.2016).

Ciò appare quanto meno contraddittorio, in quanto se è vero che la legge non può impedire ad un soggetto macchiatosi di gravi reati contro minori di concepire naturalmente un figlio (potendo solamente intervenire *ex post* in caso di comportamenti pregiudizievoli per il minore), essa può invece (e deve) intervenire quando il soggetto in questione intenda diventare genitore attraverso un procedimento che va al di là della mera natura, procedimento che gli affida un figlio non suo, concepito/partorito da altri.

Sotto questo aspetto, la maternità surrogata ha un esito simile a quello dell'adozione, pertanto non sembra irragionevole ipotizzare un analogo sistema di "filtro" delle richieste di accedervi, proprio al fine di evitare che la gestazione per altri diventi uno strumento per aggirare le norme in materia di adozione.

Si deve anche segnalare che, considerato che (com'è noto) *iter* e tempi per adottare un minore sono estremamente gravosi, potrebbe esservi il rischio che una maggiore facilità nell'accesso alla surrogazione di maternità ne favorisca la diffusione a scapito dell'adozione, con un evidente pregiudizio per i minori abbandonati in Italia e soprattutto all'estero.

Ad una più attenta analisi, peraltro, sembra di poter dire che la surrogazione di maternità (così come, in certa misura, la fecondazione eterologa, e ogni combinazione delle due pratiche di PMA) trovi le sue radici in una mentalità ben diversa da quella che fonda l'idea stessa dell'adozione: mentre infatti l'adozione è un rimedio volto a dare una famiglia ad un minore che ne è privo, le procedure di PMA sono volte a dare un figlio a dei genitori che lo desiderano, nell'ottica di quel "diritto alla procreazione" che (avvallato dalla Corte Costituzionale nella nota sentenza che ha eliminato il divieto di fecondazione eterologa) rischia di trasformarsi in un "diritto al figlio" ad ogni costo, con il grave pericolo di trasformare il (futuro) figlio da soggetto di diritti a oggetto di un diritto di altri.

Occorre vigilare attentamente, affinché il legittimo desiderio di realizzare le proprie aspirazioni ad una vita affettiva e familiare soddisfacente non si traduca in un arretramento rispetto alle conquiste di civiltà che hanno portato al riconoscimento del superiore interesse del minore come principio cardine del diritto.

5. Surrogazione di maternità e dignità della donna

Un punto centrale della discussione sulla c.d. gestazione per altri è se tale pratica possa essere considerata compatibile con il pieno rispetto della dignità della donna.

Occorre innanzitutto considerare che la *surrogacy* espone la gestante ad una serie di rischi non irrilevanti per la sua salute⁴⁰, rischi di cui non sempre la donna viene adeguatamente informata, soprattutto quando si tratta di una persona con un basso livello di istruzione e che vive in un Paese in via di sviluppo; non solo, ma vi è un reale rischio di sfruttamento delle donne da parte di partner e/o di organizzazioni senza scrupoli, attratti dai profitti creati dal mercato internazionale della P.M.A.

Anche nei Paesi più sviluppati, dove le condizioni della donna sono migliori e dove sono meno probabili casi estremi di sfruttamento, si deve comunque rilevare che vi è, in genere, una disparità socio-economica non irrilevante tra committenti e gestanti.

⁴⁰ Per una sintesi, si veda <http://www.cbc-network.org/pdfs/What-is-Wrong-with-Surrogacy-Center-for-Bioethics-and-Culture.pdf> (ultima visita 29.04.2016).

Un interessante studio (di taglio prettamente economico) sui diversi fattori che influiscono sul “mercato” dei contratti di maternità surrogata negli Stati Uniti⁴¹, evidenzia tra l'altro come la maggior parte delle coppie committenti abbiano un buon livello di istruzione (il 91% ha frequentato il *college*, il 54% una *grad school*) e un buon livello di reddito (per il 64%, superiore a 50.000,00 dollari), mentre l'83% delle surrogate guadagna tra i 15.000,00 e i 50.000,00 dollari l'anno e solo il 39% ha frequentato il *college* (solo il 4% una *grad school*). Lo studio evidenzia come i compensi previsti per le gestanti (da 10.000,00 a 15.000,00 dollari, ma abbiamo visto che altri studi⁴² riportano dati differenti) non siano abbastanza elevati da costituire l'unica motivazione che spinge le donne a prestarsi come surrogate, ma siano sufficientemente elevati da rafforzare il convincimento di donne mosse da motivazioni altruistiche. Altre fonti⁴³ riportano che «the profile of a typical surrogate is a stay at home mom or part-time worker looking to contribute to her family's income, which is usually under \$60,000 a year».

Non è da escludere che anche un compenso non molto elevato possa essere sufficiente a motivare una donna che si trovi in una condizione di particolare difficoltà economica; non si può considerare del tutto irrilevante, inoltre, che tra le parti vi sia comunque, generalmente, una disparità non solo socio-economica ma anche culturale, che influisce sulla concreta capacità della parte “debole” (la surrogata) di valutare tutte le implicazioni, sia medico-sanitarie che legali, del contratto che sta stipulando.

Ecco allora riaffacciarsi il rischio che quella che viene talvolta rivendicata come una scelta di autonomia e libertà della donna possa invece trasformarsi in un'ulteriore occasione di strumentalizzazione e mercificazione del corpo femminile.

Se ne erano, per la verità, accorte già verso la fine degli anni '80 alcune femministe americane,⁴⁴ le quali sottolineavano come le madri surrogate rischiarono di essere sfruttate, disumanizzate e ridotte a mere *commodities* nel mercato della riproduzione.

Non solo, ma a livello antropologicamente più profondo, quando a fare ricorso alla maternità surrogata sia un uomo single o una coppia di uomini, si assiste ad una totale rimozione del ruolo della madre e la donna viene ridotta a strumento per “dare figli” a figure esclusivamente maschili⁴⁵, con un forte rischio di svilire la dignità della figura femminile nella sua specificità e dignità, rendendola facilmente “sostituibile”: la femminista francese Geneviève Duché, ad esempio, arriva a paragonare la gestazione per altri alla prostituzione, sostenendo che siano entrambe «le produit de cette ancienne,

⁴¹ C.E.C.P. ZIL, *The Effects of Compensation on the Supply of Surrogate Mothers*, p. 22, consultabile all'indirizzo <http://econweb.ucsd.edu/~v2crawford/Zil06Essay.pdf>.

⁴² M. GUGUCHEVA, cit., p. 26.

⁴³ C. WHITE, *Surrogate Parenthood For Money Is A Form Of Human Trafficking*, Forbes, aprile 2014, consultabile all'indirizzo <http://www.forbes.com/sites/realspin/2014/04/04/surrogate-parenthood-for-money-is-a-form-of-human-trafficking/#130b88995749> (ultima visita 16.06.2016).

⁴⁴ J.F. SULLIVAN, *Brief by Feminists Opposes Surrogate Parenthood*, The New York Times, 31.07.1987, consultabile all'indirizzo <http://www.nytimes.com/1987/07/31/nyregion/brief-by-feminists-opposes-surrogate-parenthood.html> (ultima visita 16.06.2016).

⁴⁵ GLOSSWITCH, *The feminist history of surrogacy: should pregnancy give a woman rights over a baby?*, <http://www.newstatesman.com/politics/2015/05/feminist-history-surrogacy-how-much-right-should-pregnancy-give-woman-over-baby> (ultima visita 16.06.2016) sottolinea il rischio di «reinforce the age-old tradition of downplaying women's contribution to the creation of life while exaggerating men's».

très ancienne appropriation du corps des femmes par les hommes sur laquelle s'appuie le patriarcat et la domination masculine. Elles sont le contraire de la liberté et de l'autonomie des femmes. Elles s'inscrivent dans leur assujettissement et leur assignation au plaisir des hommes, qu'il soit plaisir sexuel ou celui d'être père sans femme». ⁴⁶ Duché cita Carole Pateman ⁴⁷, secondo cui la donna che stipula un contratto di maternità di sostituzione è remunerata non per aver portato in grembo un bambino, bensì per aver fornito a un uomo un "servizio" tramite l'uso del suo utero, ridotto ad un mero ricettacolo vuoto, suscettibile di essere ceduto. Ecco allora che in quest'accezione torna adeguata l'espressione "utero in affitto" (altrove considerata poco "politicamente corretta").

Altre studiosse ⁴⁸ hanno rilevato che la «surrogacy is likely to increase the commodification of all women», pur interrogandosi se non sia opportuno prevedere contratti legalmente applicabili per tutelare quelle «poor women with few economic options», per i quali la surrogazione potrebbe rappresentare un'opportunità economica, evitando che vengano sfruttate.

Un altro aspetto da tenere in considerazione è che gli accordi di maternità surrogata non si limitano a prevedere la "messa a disposizione" dell'utero della gestante, ma regolano in modo molto pervasivo la sua vita nel corso della gravidanza, giungendo a limitarne la libertà personale con modalità che appaiono poco compatibili con la dignità della donna.

Il quotidiano "Avvenire" ha di recente pubblicato un contratto firmato in una clinica dell'Est Europa e che si ha effettivamente portato alla nascita di un bambino ⁴⁹. Tale documento (una sorta di contratto-standard, simile a quelli in uso in molti Paesi) dimostra come questo genere di contratti siano molto dettagliati e stringenti per la donna, con una serie di prescrizioni riguardanti il luogo di residenza, i contatti con la coppia committente, lo stile di vita, l'alimentazione, le cure mediche etc. a fronte di un solo obbligo da parte dei committenti, ovvero quello di pagare il compenso pattuito. Obbligo che, peraltro, decade se il bambino nasce con «malformazioni fisiche o mentali causate da un comportamento colpevole della madre»; è facile immaginare che, in caso di problemi di salute del figlio, possa essere agevole per i committenti attribuirne la responsabilità alla gestante.

Non solo, ma questo tipo di contratti prevede, in genere, la possibilità per i genitori committenti di "ordinare" di fatto alla donna di abortire in caso di malformazioni o patologie oppure addirittura a discrezione del committente, con l'alternativa per la donna, in caso di rifiuto di abortire, di doversi fare carico del nascituro o abbandonarlo e probabilmente di ritrovarsi a pagare penali e indennizzi ⁵⁰; tutto ciò risulta in palese contrasto con l'autonomia della donna nelle scelte concernenti la salute riproduttiva.

⁴⁶ G. DUCHÉ, *Abolition de la GPA et de la prostitution, même combat contre le patriarcat*, consultabile al sito <http://sisyphe.org/spip.php?article5252> (ultima visita 10.06.2016).

⁴⁷ C. PATEMAN, *Le contrat sexuel*, Editions La Découverte, Textes à l'Appui, Parigi, 2010.

⁴⁸ M.E. BECKER, *Four Feminist Theoretical Approaches and the Double Bind of Surrogacy*, University of Chicago Law School, 1993, consultabile all'indirizzo http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=11455&context=journal_articles.

⁴⁹ V. DALOISO, "Così si sfrutta una madre surrogata", *Avvenire*, 06.03.2016.

⁵⁰ Per un caso esemplificativo, si veda S.J. EVANS, *Hired surrogate pregnant with triplets is threatened with financial ruin by the babies' father unless she has one of the fetuses aborted after he paid her \$33,000*, <http://www.dailymail.co.uk/news/article-3333318/Surrogate-pregnant-triplets-claims-babies-father-demanding-one-fetuses-aborted.html> (ultima visita 29.04.2016).

Rilievi analoghi hanno spinto, nel febbraio del 2016, femministe del movimento “Stop Surrogacy Now” e attiviste per i diritti umani da ogni parte del mondo a riunirsi a Parigi per firmare la “Carta per l’abolizione universale della maternità surrogata”⁵¹ rifiutando la mercificazione del corpo delle donne e dei bambini e chiedendo ai Paesi europei di rispettare le convenzioni internazionali per la protezione dei diritti umani e del bambino di cui sono firmatari e di opporsi fermamente a tutte le forme di legalizzazione della maternità surrogata sul piano nazionale e internazionale.

Si tratta di una presa di posizione molto netta, che non dovrebbe essere ignorata dal legislatore che voglia intervenire a disciplinare la materia.

6. Il nuovo volto della genitorialità può essere considerato ancora un volto umano?

«Se da un canto le tecniche di fecondazione artificiale omologa determinano una prima cesura tra sessualità e procreazione, dall’altro quelle di PMA eterologa introducono una prima scissione tra le figure parentali, determinando una dissociazione tra la genitura “genetica” e quella “sociale”. La maternità surrogata, a sua volta, rende possibile un’ulteriore scissione fra procreazione, gravidanza e parto, così producendo, all’interno della stessa maternità in tesa in senso naturalistico, un’inedita separazione tra le figure della madre generica (colei che mette a disposizione gli ovociti) e della madre uterina o biologica (colei che porta avanti la gestazione e partorisce il figlio): figure, quelle anzidette, che si affiancano a quella della madre “committente” o sociale (vale a dire colei che ha espresso, insieme al proprio partner, la volontà di assumere in propri e integralmente, la responsabilità genitoriale sul figlio nato)»: quest’efficace sintesi di Bartolo Salone⁵² illustra chiaramente come la maternità surrogata (come e più delle altre tecniche di procreazione medicalmente assistita), lungi dal limitarsi a fornire agli aspiranti genitori nuovi strumenti “tecnici” per realizzare i propri progetti di vita affettiva e familiare, vada a ridefinire il concetto stesso di maternità, destrutturando l’identità materna fino a configurare (nella figura della madre genetica ma non gestante) una sorta di “paternità femminile”, con implicazioni tutt’altro che di poco rilievo anche dal punto di vista psicologico.

Giustamente è stato osservato in dottrina⁵³ che «la maternità, che in passato era vista come un “gioco a due”, passa oggi ad essere un gioco con tre partecipanti, mutamento delineato dalla possibilità, dovuta al progresso medico scientifico, di scindere la maternità stessa nei diversi ruoli genetici, gestazionali e sociali (...) una tale possibilità ostacola quel principio tradizionale secondo cui *mater semper certa*, come conseguenza dell’identificazione naturale della madre in colei che partorisce»

La “gestazione per altri” soprattutto se praticata servendosi di gameti estranei alla coppia committente, non solo va a incidere sull’idea stessa di maternità ma, di fatto, cambia completamente il presupposto della responsabilità genitoriale, che finisce con l’essere attribuita non più sulla base del fatto storico e biologico della procreazione, bensì sulla base della volontà.

⁵¹ Consultabile in italiano all’indirizzo <https://abolition-gpa.org/charte/italiano/> (ultima visita 29.04.2016)

⁵² B. SALONE, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, p. 159.

⁵³ C. CHINI, op. cit.

Alcuni autori⁵⁴ giustamente osservano che, nell'ambito delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, il criterio di riferimento non è più soltanto il dato biologico, bensì il “principio di responsabilità procreativa”, per cui responsabile del figlio è chi ha tenuto un comportamento tale da provocarne la nascita, eventualmente anche servendosi di tecniche di riproduzione artificiale: per cui, ad es. l'uomo che abbia dato il consenso alle procedure di fecondazione eterologa non ha più, ai sensi della L. 40/2004, la possibilità di disconoscere la paternità, poiché il suo consenso “tiene luogo” del rapporto naturale con la madre.

Tale ricostruzione è naturalmente corretta; tuttavia, a parere di chi scrive, è necessario tenere conto anche dei mutamenti culturali prodotti dalla progressiva diffusione delle tecniche di P.M.A.: nell'opinione corrente sembra affermarsi l'idea per cui non è più genitore chi genera (attraverso il legame biologico o la gestazione e il parto), ma chi desidera, vuole, manifesta la volontà di essere riconosciuto come tale.

Una genitorialità non più fatta “di carne”, quindi, ma “di pensiero”, di volontà, con il rischio di trascurare i fondamentali aspetti “materiali” insiti nei legami biologico-affettivi e di sangue⁵⁵.

Una tale *forma mentis* rischia di produrre, paradossalmente, effetti contrari a quelli auspicati da chi ha formulato il principio di responsabilità procreativa.

Se, infatti, genitore è solo chi consapevolmente sceglie di diventarlo, che cosa impedirebbe a chi diventa genitore “per sbaglio” di rifiutare l'assunzione di ogni responsabilità? Se alla base della genitorialità c'è la volontà e non la biologia, che cosa impedisce ad una coppia che si avvale della maternità surrogata di “cambiare idea” e non farsi carico del bambino una volta nato?

Possono sembrare ipotesi azzardate, ma casi analoghi sono già stati oggetto dell'attenzione dei media in Paesi dove la maternità surrogata è ormai diffusa. Si cita, a titolo meramente esemplificativo, il caso di una nota conduttrice televisiva americana che, dopo aver stipulato, d'intesa con il marito, un accordo di maternità surrogata (con ovodonazione), in seguito all'insorgere di una crisi coniugale che ha portato al divorzio ha rifiutato di assumersi ogni responsabilità nei confronti del bambino che nel frattempo era venuto al mondo⁵⁶.

Ebbene, a parere di chi scrive pare quanto meno preoccupante che possa affermarsi un'idea di genitorialità *on demand* che consenta agli adulti di affermare o negare il proprio status di madre o di padre a seconda dei propri desideri e aspirazioni, indipendentemente dal fatto di avere (naturalmente o mediante PMA) contribuito a generare una nuova vita.

Senza contare che in molti contratti di maternità surrogata, come nel modello già sopra citato⁵⁷, si leggono clausole secondo cui i genitori hanno «la facoltà di rifiutare i doveri genitoriali nel caso [il figlio] abbia congenite malformazioni fisiche e aberrazioni mentali»; in questo caso il bambino - peraltro malato - a cui la madre surrogata ha già rinunciato per contratto, si ritroverebbe abbandonato dai genitori committenti, presumibilmente in qualche istituto dell'Est europeo non esattamente noto per

⁵⁴ B. SALONE, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, p. 173-174.

⁵⁵ Così ancora B. SALONE, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, p. 183.

⁵⁶ N.H. SODOMA, *Surrogacy & Sherri Shepherd: A Troubling Case*, http://www.huffingtonpost.com/nicole-h-sodoma/surrogacy-sherri-shepherd_b_9152642.html (ultima visita 29.04.2016).

⁵⁷ V. DALOISO, op. cit.

i suoi elevati standard di assistenza. Si rammenta il caso di “Baby Gammy”, il piccolo nato da una coppia australiana e da una surrogata thailandese, che i genitori committenti avrebbero rifiutato perché affetto da sindrome di Down (mentre hanno puntualmente “ritirato” la gemella sana)⁵⁸; in quel caso, il bambino è rimasto affidato alla madre surrogata. Il rischio, insomma, in un'idea di genitorialità che è tale perché “voluta”, è di aumentare il rischio che a subirne un pregiudizio sia chi non è (o non è più) desiderato.

In conclusione, questo contributo non ha certo la pretesa di risolvere, in poche pagine, i molti e delicati problemi sollevati dalla c.d. gestazione per altri; tuttavia sembra di poter dire che la materia merita un attento e scrupoloso esame che tenga conto di tutte le possibili implicazioni, non solo giuridiche, ma anche etiche e culturali, in particolar modo con riferimento a quello che dovrebbe essere sempre l'obiettivo primario, ovvero la tutela degli interessi dei minori coinvolti.

⁵⁸ *Bimbo down scartato dai genitori. La madre surrogata: «Rifiutato»*
http://www.corriere.it/esteri/14_agosto_04/neonato-down-separato-gemello-madre-surrogata-rifiutato--03d06ba-1bd5-11e4-91c9-c777f3f2edee.shtml (ultima visita 29.04.2016)