



L-JUS

RIVISTA SEMESTRALE DEL CENTRO STUDI ROSARIO LIVATINO

Fascicolo 1-2024

Anno VII

Direttore

Mauro Ronco

Direttore responsabile

Mauro Ronco

Coordinamento della redazione

Daniela Bianchini

Comitato di redazione

Chiara Airoma, Domenico Airoma, Daniela Bovolenta, Walter Brunetti, Francesca Carloni, Francesco Cavallo, Lorenzo Jesurum, Stefano Nitoglia, Daniele Onori, Margherita Prandi, Roberto Respinti, Angelo Salvi.

Comitato scientifico

Maria Pia Baccari, Ordinario di Diritto romano – LUMSA di Roma
Emanuele Bilotti, Ordinario di Diritto privato – Università Europea di Roma
Francisco Javier Borrego Borrego, già giudice della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo
Ilaria Amelia Caggiano, Ordinario di Diritto privato – UNISOB di Napoli
Riccardo Chieppa, Presidente emerito della Corte costituzionale
Mario Cicala, Presidente emerito di sezione della Corte di Cassazione
Federico Fernández de Bujan, Ordinario di Diritto romano – UNED di Madrid
Carlo Deodato, Presidente di sezione del Consiglio di Stato
M. Luisa Di Pietro, Direttore Centro Studi e Ricerche sulla Salute Globale – Università Cattolica di Roma
Giovanni Doria, Ordinario di Istituzioni di Diritto privato – Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”
Vincenzo Geraci, Avvocato Generale emerito della Corte di Cassazione
Mauro Giovannelli, Avvocato in Firenze
Paolo Maci, Avvocato e Docente di Legislazione scolastica – Università Telematica Pegaso
Giuseppe Marra, Magistrato dell’Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione
Carlos Fernando Mathias De Souza, Ordinario di Storia del diritto – Università di Brasilia (UnB)
Giacomo Rocchi, Presidente di Sezione della Corte di Cassazione
Armando Tursi, Ordinario di Diritto del lavoro – Università degli Studi di Milano

CRITERI REDAZIONALI

1. L'Autore di un'opera o di un articolo citato in nota va riportato indicando il cognome in carattere MAIUSCOLETTA, preceduto dall'iniziale del nome.
2. Il titolo dell'opera o dell'articolo citato va riportato con carattere corsivo.
3. La citazione delle Riviste va in corsivo.
4. L'indicazione dell'anno va in tondo.
5. L'indicazione del numero o di parti della Rivista va in tondo.
6. L'indicazione del numero della o delle pagine citate nella nota deve essere preceduta da "p." (pagina) o "pp." (pagine) o "c." (colonna); mentre, se le pagine proseguono oltre quella citata, si fa seguire "ss."
7. Nell'indicare un volume o un tomo, è possibile, rispettivamente, limitarsi al numero romano o al numero arabo, oppure far precedere i numeri da "vol." o "tomo".
8. Le particelle "cit." e "loc. cit.", indicative di pagine già citate, vanno in tondo; mentre vanno in corsivo la particella "*op. cit.*", indicativa di un titolo di volume o rivista già citato e le particelle "ivi" ed "ibidem".
9. Il luogo di edizione va in tondo.
10. È facoltativo citare la Casa Editrice.
11. I brani di altri Autori o il testo di disposizioni normative possono essere riportati, in carattere corsivo, utilizzando indifferentemente le caporali («.....») o gli apici doppi (".....").
12. Le parole straniere vanno in corsivo.
13. Per la citazione di opere scritte da più Autori, fermo restando quanto previsto al punto 1, i nomi devono essere separati dal trattino.

I contributi dovranno essere inviati al seguente indirizzo di posta elettronica: info@l-jus.it (in formato .doc), specificando nome e cognome dell'Autore, qualifica accademica e/o professionale, indirizzo di posta elettronica e recapito telefonico per eventuali comunicazioni.

Ciascun contributo dovrà recare il titolo sia in italiano che in inglese e dovrà essere completo di sommario, di un breve abstract (in italiano e inglese) e dell'indicazione di cinque parole chiave (in italiano e in inglese).

I contributi saranno pubblicati previa valutazione positiva da parte dei Valutatori. Il Direttore, in casi particolari (es. in caso di Autori di riconosciuto prestigio accademico o che ricoprono cariche istituzionali o in caso di relazioni tenute a Convegni o workshop organizzati o promossi dal Centro Studi Livatino), può escludere la procedura di valutazione, autorizzando la pubblicazione con la postilla "Contributo accettato dal Direttore".

IN QUESTO NUMERO

La rivoluzione antropologica in atto persegue due obiettivi che rappresentano notevole importanza teorica e pratica nell'itinerario che compie da lungo tempo: per un verso, l'affermazione sociale della "maternità surrogata" e, per altro verso, la "transizione di genere", ovvero la trasformazione in uomo di chi è geneticamente donna e viceversa.

La "maternità surrogata", detta anche "gestazione per altri" o "utero in affitto" a seconda delle angolazioni da cui si guarda il fenomeno, si realizza tramite un processo tecnologico che, scomponendo il processo generativo da parte femminile nel corpo di tre donne, decreta l'eclissi della madre. La transizione di genere, per sua parte, persegue l'obiettivo di far prevalere la "cultura" sulla "natura"; di cancellare il "sesso", come realtà biologica, che connota ineludibilmente in modo differente l'uomo e la donna, a favore del "genere", quale percezione soggettiva di un'identità diversa da quella inscritta nella struttura genetica.

Entrambe le questioni coinvolgono molteplici profili disciplinari: la biologia, la psicologia, la medicina, l'antropologia, la bioetica, l'etica, il diritto, l'economia e la politica.

Gli uomini e le donne pensosi dell'avvenire dell'umanità si adoperano per fornire risposte alle domande che sorgono in ordine all'intrinseca natura di tali processi, nonché alle conseguenze che potranno derivare dalla loro diffusione nell'intero mondo globalizzato. Una parte non piccola degli scienziati plaude alle varie discipline coinvolte; ha però abbandonato l'arduo compito di coscienza di porsi delle domande, aderendo senza remore all'imperativo dettato dall'ideologia scienziata, in virtù del quale è "lecito" e "buono" fare tutto ciò che la scienza riesce a ottenere tramite le sue applicazioni tecnologiche. Lo scrutinio circa la corrispondenza del fare tecnologico alla verità intrinseca che emerge dalle evidenze della natura è spesso considerato recessivo, quasi fosse un effetto della cecità di vedere i frutti del progresso.

Ancora maggiore amarezza desta la constatazione circa l'oblio del principio di precauzione in ordine agli eventuali costi che l'umanità potrebbe dover pagare nel futuro per aver disprezzato i limiti segnati dalla natura e dalla ragione.

Né va dimenticato che decisioni riguardanti l'avvenire dell'intera umanità sono assunte sotto la pressione insistente di gruppi ideologicamente organizzati che si avvalgono di immense dotazioni finanziarie. L'organizzazione della 'maternità surrogata' è inoltre alimentata dal convergere degli interessi economici di svariate categorie di operatori.

Motore dell'intero processo è la circolazione vorticoso del denaro al cui vertice stanno le imprese farmaceutiche e le società produttrici dei dispositivi tecnici necessari per la tecnologia riproduttiva. Il denaro avvolge in modo globale il mondo degli operatori della "maternità surrogata", tanto che la sua applicazione è soggetta completamente alle dinamiche del mercato. I centri di ricerca che sviluppano le ricerche biologiche ed elaborano i protocolli per l'attuazione della procedura e che dovrebbero monitorare il *follow-up* degli interventi eseguiti, dipendono integralmente, siano essi centri universitari od ospedalieri, dai finanziamenti dell'industria, che somministra le erogazioni in funzione del maggior lucro ricavabile dalla generalizzazione delle pratiche.

Gli studiosi facenti capo al Centro Studi Rosario Livatino si sono impegnati nei primi mesi del 2024 a studiare il tema della "maternità surrogata" in modo interdisciplinare, sottoponendo a scrutinio i vari profili scientifici, bioetici ed etici coinvolti nella programmazione ed esecuzione della pratica.

Il primo fascicolo del 2024 della rivista semestrale del Centro Studi Rosario Livatino – L-Jus è pertanto integralmente dedicato alla "maternità surrogata", secondo una partizione così articolata: i) studi di antropologia; ii) studi di diritto civile; iii) studi di diritto penale; iv) studi di diritto minorile; v) studi di medicina e di economia. Nell'insieme sono oggetto della pubblicazione 17 lavori, che manifestano, sotto varie angolature, le gravi storture della pratica, riconducibili alla violazione dei principi del diritto costituzionale, nonché del diritto civile, del diritto minorile e del diritto penale.

È evidente che la deviazione dai principi che reggono il nostro diritto costituzionale, nonché le varie branche del diritto postula il rovesciamento delle verità metafisiche relative all'antropologia umana basata sui dati della natura riconosciuti dalla ragione.

La prima serie di studi è di carattere antropologico. Il fascicolo si apre col commento, redatto da chi scrive, di un libro di Sylviane Agacinski, scrittrice e filosofa francese, dal titolo "L'homme désincarné. Du corps charnel au corps fabriqué", pubblicato nel 2019. Il testo dell'autrice descrive con chiarezza tipica dell'idioma francese l'inizio e il termine

di questo processo. Implicano la discussione di tematiche antropologiche gli importanti testi di Domenico Menorello, Antonio Casciano e Giuseppe Marra.

Il denso contributo di Menorello, avvocato e coordinatore del *network* “Ditelo sui tetti”, ha per titolo *Appunti sulla filigrana antropologica nei contratti di maternità surrogata*¹. L’autore approfondisce le ragioni assiologiche di tale procedura, che si ispirano a un modello antropologico diretto a rimuovere i limiti imposti alla donna dalla natura. L’orizzonte intenzionale è di reificare quali meri ‘oggetti’ la gestante e l’embrione in essa impiantato. Con la conseguenza che «*Donna, madre, maternità, generazione, gestazione, filiazione e figli divengono res*»².

Antonio Casciano, giurista, bioeticista e dottore di ricerca in etica e filosofia giuridica presso l’Università di Salerno, disvela in alcune pagine mirabili gli effetti devastanti provocati dalla ‘maternità surrogata’ sui soggetti coinvolti: sulla coppia o sul singolo committente; sulla madre gestante e sul nascituro, a causa della negazione teoretica di un *sensu oggettivo* delle cose e dalla adesione pratica al più cieco soggettivismo e al più contingente utilitarismo³.

Giuseppe Marra, magistrato dell’Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, evidenzia, alla luce del magistero del Pontefice Francesco e della giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione, che la “maternità surrogata” è gravemente lesiva della dignità, sia della donna che mette a disposizione il proprio corpo, sia del nascituro che si vedrà privato della madre naturale. L’essere umano non può e non deve divenire “oggetto” di un contratto, anche ove questo fosse a titolo gratuito e non derivasse da fenomeni di approfittamento della condizione di miseria o di povertà della donna gestante⁴.

La seconda serie di studi concerne i problemi complessi – spesso irresolubili ovvero risolubili in modo aporetico e contraddittorio per via di assunzioni convenzionali – che sorgono dai contratti di ‘maternità surrogata’ in ordine alla loro validità alla luce dei principi del diritto civile, con riguardo alla regolamentazione del recesso e del consenso

¹ D. MENORELLO, *Appunti sulla filigrana antropologica, nei contratti di maternità surrogata*, pp. 27-54.

² ID., *Ibidem*, parole terminali riportate nell’*abstract* in lingua italiana, p. 54.

³ Cfr. A. CASCIANO, *Altruismo, gratuità, solidarietà. L’insidioso lessico dell’antilingua nella legittimazione etica della maternità surrogata. Un’analisi della proposta di legge presentata dall’associazione Luca Coscioni*, pp. 55-77.

⁴ G. MARRA, *Inizio 2024: ancora in tema di maternità surrogata, dal Papa alla Corte di Cassazione*, pp. 78-84.

e all'apponibilità di clausole abortive. Di questi problemi hanno puntualmente trattato Stefano Nitoglia; Aldo Rocco Vitale e Mauro Paladini.

Stefano Nitoglia, avvocato in Roma, ha descritto i requisiti normalmente previsti nei contratti di “maternità surrogata” negoziati nei Paesi in cui la stessa è ammessa dalla legge, sostenendo la tesi della loro invalidità secondo i principi peculiari del diritto civile⁵.

Aldo Rocco Vitale, docente di Filosofia del diritto presso l'Università Europea di Roma, ha svolto un elaborato commento alla sentenza della Cassazione a Sezioni Unite civili n. 12193/2019 in tema di definizione dello *status filiationis*, in ipotesi di “maternità surrogata”, nonché dei suoi rapporti con l'istituto dell'adozione in casi particolari⁶.

Mauro Paladini, avvocato in Milano e professore ordinario di Diritto privato presso l'Università di Milano “Bicocca”, ha svolto una critica acuta della sentenza del Tribunale di Milano del 2023 relativa al caso di un bambino nato negli Stati Uniti e dichiarato nel certificato di nascita come figlio di due uomini, rimasto poi orfano del genitore biologico. La decisione del Tribunale di Milano, che ha accolto il ricorso del genitore d'intenzione e disposto la rettifica dell'atto di nascita del minore, appare assai discutibile proprio per aver riconosciuto il bambino quale figlio di due uomini⁷.

I profili penali sono stati compiutamente trattati da Francesco Farri, Carlo Introvigne e Cesare Parodi.

Francesco Farri, avvocato e professore associato di Diritto finanziario presso l'Università di Genova, ha evidenziato l'irrelevanza ai fini della punibilità dell'eventuale carattere gratuito del rapporto di surrogazione. Ha poi argomentato circa il fatto che l'erezione a “reato universale” della surrogazione di maternità è perfettamente conforme alla Costituzione e alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, soggiungendo infine che il tema è estraneo alle attribuzioni dell'Unione Europea⁸.

Carlo Introvigne, Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale Vercelli, ha svolto interessanti osservazioni sull'aggiramento in frode alla legge del divieto di ‘maternità surrogata’ previsto dal diritto interno. Ha esplorato alcune vie idonee affinché

⁵ S. NITOGLIA, *I contratti di maternità surrogata. Nozione, problemi di esecuzione, clausole abortive, diritto di recesso*, pp. 86-98.

⁶ A. R. VITALE, *La maternità surrogata nella sentenza delle Sezioni Unite Civili n. 12193/2019*, pp. 99-110.

⁷ M. PALADINI, *Maternità surrogata, morte del genitore biologico e trascrizione automatica dell'atto di nascita: una discutibile decisione del Tribunale di Milano*, pp. 111-117.

⁸ F. FARRI, *Il reato di surrogazione di maternità: profili giuridici*, pp. 119-130.

lo Stato non subisca la logica del fatto compiuto e affinché la legge penale svolga appieno la sua specifica finalità general-preventiva⁹.

Cesare Parodi, Procuratore Aggiunto della Repubblica presso il Tribunale di Torino, compiuta una esauriente disamina delle sentenze con cui le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione e la Corte costituzionale hanno statuito la legittimità del divieto di “maternità surrogata”, ha esposto con una serrata serie di argomenti le ragioni per cui tale pratica, lesiva della dignità umana, dovrebbe essere strutturata come “reato universale”. Ha infine osservato che il nocciolo del problema sta nell’assoluta necessità di fornire comunque e soprattutto tutela ai minori, disincentivando la pratica che ne offende la dignità, concludendo che *«la tutela dei minori già nati con il ricorso alla maternità surrogata dovrebbe andare di pari passo con la stigmatizzazione di coloro che hanno fatto ricorso ad una pratica lesiva della dignità umana»*¹⁰.

I temi di diritto minorile sono stati affrontati da quattro autori: Lorenzo Jesurum, Daniela Bianchini, Emanuele Bilotti e Arnaldo Morace Pinelli.

Lorenzo Jesurum, avvocato in Roma, ha inquadrato scientificamente il principio del supremo interesse del minore, rilevando che dottrina e giurisprudenza italiane, contrariamente a quelle di altri Paesi, hanno sempre escluso la possibilità di bilanciare tale interesse con altri potenzialmente in conflitto, per esempio con gli interessi dei genitori. Appoggiandosi su questo punto fermo ha dimostrato l’infondatezza della tesi circa l’esistenza di un diritto ad avere figli sulla base della mera volontà degli adulti. Richiamando un *dictum* profondo del grande familiarista italiano Alfredo Carlo Moro, ha ricordato che i bisogni di un soggetto in formazione non debbono mai *«essere sacrificati alle esigenze di un adulto che ha mezzi per rappresentare e difendere i propri interessi»*¹¹.

Daniela Bianchini, componente del Consiglio Superiore della Magistratura, compiuta una disamina articolata del principio del superiore interesse del minore e svelata la visione adultocentrica che si cela dietro la “maternità surrogata”, ha deplorato l’aggiramento del divieto tramite l’accettazione del fatto compiuto che i bambini restino con i genitori

⁹ C. INTROVIGNE, *La maternità surrogata è un crimine contro la dignità dell’uomo, ovunque sia commesso. Estendere la punibilità delle condotte, anche se commesse all’estero, è l’unica via per non rassegnarsi ipocritamente alla logica del fatto compiuto*, pp. 131-139.

¹⁰ C. PARODI, *La maternità surrogata come reato universale: comprendere prima di valutare*, pp. 140-150, in specie p. 147.

¹¹ A.C. MORO, *Manuale di diritto minorile*, Bologna, IV ed., p. 41 in L. JESURUM, *Il principio del superiore interesse del minore: inquadramento ed applicazione*, pp. 152-158.

d'intenzione. Ha pertanto messo in dubbio con argomentazioni logicamente inappuntabili che corrisponda davvero all'interesse dei bambini essere cresciuti da coloro che, prima ancora del loro concepimento, li hanno considerati alla stregua di oggetti con cui appagare il loro desiderio di genitorialità¹².

Emanuele Bilotti, professore ordinario di Diritto privato presso l'Università Europea di Roma, ha approfondito le ragioni per cui la "maternità surrogata solidale" non merita un trattamento più favorevole di quella "commerciale". Ha affermato poi con argomenti convincenti che il riconoscimento automatico della genitorialità intenzionale non realizza affatto il superiore interesse del minore. L'automatismo *«asseconderebbe piuttosto un "progetto genitoriale" che si realizza attraverso una pratica "degradante": una pratica che [...] non strumentalizza solo la donna, ma anche il nato. E che finisce perciò per compromettere anche il rapporto dei committenti con quest'ultimo»*¹³.

Lo scritto di Arnaldo Morace Pinelli, avvocato in Roma e professore ordinario di Diritto penale presso l'Università "Tor Vergata" di Roma, ha un'importanza decisiva perché dimostra che il divieto della "maternità surrogata" non confligge con l'insopprimibile esigenza di tutela di colui che nasce dalla pratica illecita. L'autore approfondisce lo statuto dei diritti del minore, il quale è titolare nell'ordinamento vigente di diritti soggettivi che lo Stato è chiamato a salvaguardare e promuovere. La centralità della posizione del minore quale titolare di diritti fondamentali garantiti dall'art. 2 Cost. segna un radicale mutamento dell'attuale diritto di famiglia italiano rispetto al passato: *«nel rapporto genitori/figlio l'ordinamento si colloca dalla parte del minore, in virtù del superiore interesse di cui questi è portatore»*¹⁴. Questo mutamento di prospettiva implica la protezione del minore anche di fronte a quegli automatismi che omettono l'accertamento sull'idoneità dei genitori d'intenzione di svolgere effettivamente i compiti fondamentali per l'educazione e la formazione equilibrata del figlio.

L'ultima parte della rivista è dedicata a studi di medicina e di economia. Il professor Filippo Maria Boscia, Presidente nazionale dell'Associazione Medici Cattolici Italiani e professore titolare della cattedra di fisiopatologia della riproduzione umana e bioetica

¹² D. BIANCHINI, *La maternità surrogata è lesiva dei diritti dei bambini e contrasta con il principio del superiore interesse del minore*, pp. 159-179.

¹³ E. BILOTTI, *Il riconoscimento automatico della genitorialità intenzionale non realizza l'interesse del minore, ma quello degli adulti*, pp. 180-187 e in particolare p. 185.

¹⁴ A. MORACE PINELLI, *Maternità surrogata: le ragioni di un divieto che non confligge con l'insopprimibile esigenza di tutela di colui che nasce dalla pratica illecita*, pp. 188-200 e in particolare p. 192.

presso l'Università di Bari, ha definito l'espansione delle tecniche di fecondazione artificiale, dalla "provetta" alla "maternità surrogata" con l'espressione: *«l'impossibile reso possibile»*¹⁵. Indi ha esposto le varie tecniche di procreazione medicalmente assistita per la produzione di embrioni; infine, ha chiarito quali siano le esigenze ineludibili e i protocolli aggiuntivi per procedere alla surrogazione. Nelle sue conclusioni egli denuncia che: *«In un grave silenzio, con la complicità delle organizzazioni femministe, si apre un capitolo, a mio avviso vergognoso, nel quale compaiono veri e propri contratti con committenti e contraenti, donatori e riceventi, ordinativi di ovociti, di gameti maschili, di embrioni per una nuova «umanità surrogata» con riduzione dell'utero da "casa dono" a "struttura locativa"»*¹⁶.

Il tema economico è stato trattato da Benedetto Rocchi in un'ottica strettamente mercatale e dal giurista Daniele Onori, principalmente in un'ottica diretta all'esame della contrattualistica internazionale.

Benedetto Rocchi, professore associato di Economia agraria presso l'Università di Firenze, ha esaminato la maternità surrogata quale espressione del mercato nel quadro della filiera procreativa. Indi ha chiarito le sequenze economiche del fenomeno secondo la logica mercatale, soffermando l'attenzione sulla proposta di regolamentazione basata su finalità altruistiche. Come osservato da Rocchi, la pratica, che lo stesso preferisce indicare come "gravidanza per conto terzi" usando l'acronimo "GCT", *«si è diffusa con finalità commerciali, all'interno di una filiera di produzione, quella procreativa, che nel tempo è andata configurandosi come una vera e propria industria globale»*¹⁷. Il processo procreativo può essere scomposto nelle sue varie fasi: produzione di gameti, fecondazione in vitro, conservazione e impianto di embrioni, gravidanza in utero preso in locazione: ogni fase genera dei veri e propri mercati di semilavorati, come testimoniato dai flussi di *import* ed *export* dei materiali utilizzati. Nel mercato integrato e in ogni singola filiera dello stesso avviene la fissazione dei prezzi delle transazioni, con variazioni che dipendono dall'incontro della domanda con l'offerta, nonché dal diverso costo dei fattori produttivi e dalle differenze nei sistemi di regolamentazione. Con una sapiente focalizzazione dei vari aspetti delle tecnologie procreative, Rocchi analizza, secondo la

¹⁵ F. M. BOSCIA, *Maternità surrogata*, pp. 202-224, in particolare p. 202.

¹⁶ *Ibidem*, p. 222.

¹⁷ B. ROCCHI, *Un'analisi della gravidanza per conto terzi "solidale" secondo la logica economica*, pp. 225-238, in particolare p. 226.

logica economica, la proposta di regolamentazione della maternità surrogata limitata ai casi in cui la prestazione venga fornita con finalità solidaristiche e senza finalità economiche, giungendo alla conclusione, anche alla luce dell'esperienza della legislazione del Regno Unito, che detta proposta appare di difficile applicazione e scarsamente efficace nel limitare le forme commerciali di surrogazione della maternità: *«Ci sono dunque buone ragioni, sul piano della logica economica, per ipotizzare un cattivo funzionamento di un sistema regolamentato di GCT di tipo puramente solidale. Il mercato solidale della GCT potrebbe collassare presto oltre che dare luogo a controversie e forzature nell'interpretazione della legge»*¹⁸. Come rilevato da Rocchi, *«sembra evidente che per fare funzionare la GCT è necessario contrattualizzarla, allontanandola dal “dono” per renderla più permeabile a forme di commercializzazione più o meno “nascosta”»*¹⁹. Rocchi non manca inoltre di segnalare le esternalità negative della procedura in pregiudizio del bambino e della donna: *«Per quanto possano essere messe in atto strategie di controllo psicologico durante la gravidanza, la forte e inevitabile intimità che si viene a creare tra la gestante e il bambino costituisce un'evidente fonte di rischio di stress emotivo per la donna sia prima del parto che, a maggior ragione, al momento del distacco post partum. Al rischio emotivo si aggiunge il rischio biologico intrinseco della gravidanza e del parto che, in quanto processi fisiologici naturali, sono in una certa misura imprevedibili nei loro esiti dal punto di vista della salute della donna»*²⁰.

Daniele Onori, infine, riferisce in un saggio ampio e documentato le caratteristiche empiriche del mercato globale della “maternità surrogata”, che si articola differentemente a seconda della legislazione dei vari Stati. L'autore sottolinea opportunamente il profilo, da tutti conosciuto – ma da molti sottovalutato – dello sfruttamento che i Paesi ricchi, tramite la “maternità surrogata”, quasi creando un sistema di vero colonialismo procreativo, esercitano su alcuni Paesi contrassegnati dall'indigenza di una larghissima parte della popolazione femminile²¹.

A conclusione di questa breve e incompleta carrellata sui contenuti dei vari capitoli relativi alla “maternità surrogata” – incompletezza che fa torto alla competenza di tutti

¹⁸ *Ibidem*, p. 231.

¹⁹ *Ibidem*, p. 237.

²⁰ *Ibidem*, p. 230.

²¹ D. ONORI, *Il mercato transnazionale dell'utero in affitto*, pp. 239-267.

gli autori e alla serietà scientifica del lavoro da ciascuno offerto – desidero esporre il rilievo che ebbi a fare nel 2014 nella Relazione all’atto di ammissione come socio corrispondente alla *Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires*: “Derechos enloquecidos; ¿Una nueva forma de totalitarismo?”

«La riproduzione artificiale» – osservavo – *«tende a diventare, per la logica a essa intrinseca, e per i vantaggi che essa promette, la via privilegiata per la generazione umana. Tra non moltissimi anni, se non si risveglierà la nostra coscienza assopita, coloro che si ostineranno a generare grazie all’incontro dei corpi maschio e femmina, saranno guardati con sospetto, come costituenti una minaccia al disordine pubblico costituito»* e soggiungevo: se il figlio è l’oggetto di un “diritto”, allora il diritto è *«il vestito che copra l’assoluta libertà di autodeterminazione del soggetto anomico della contemporaneità. Di conseguenza il “diritto” al genere esprime lo sforzo più radicale del soggetto di contrapporsi alle leggi della natura e della realtà. È questo, dunque, paradossalmente, il “diritto” per eccellenza, il “diritto” più meritevole di rispetto e di tutela!»*.

E ancora: il termine “genere”, che, quasi per incanto, ha sostituito il termine sesso nella legislazione e nel lessico delle Corti, esprime, nel linguaggio della *gender identity research*, l’opposizione al sesso. Come dice Reimut Reiche, psicoanalista tedesco di formazione marxista, *«[...] dove si parla di gender viene rimosso il sex»*. L’eliminazione del sesso va di pari passo con l’eliminazione della generazione eterosessuale, in forza della convinzione che, per distruggere il “primato dell’eterosessualità” – che ineludibilmente indica l’uomo essere “maschio e femmina” – occorre distruggere qualsiasi legame fra il sesso e la generazione. Non esiste il sesso, come sesso del corpo, né il “genere” come avente radice nel sesso; esiste soltanto il “genere”, come sesso costruito socialmente. Occorrerebbe lottare, dunque, contro la “priorità” della natura e, quindi, del sesso rispetto al genere. In questa lotta va individuato e sconfitto l’agente della protezione forzata della materialità, il sesso, che genera continuamente la costrizione esprimendosi nella forma “etero”. Contro la forma strutturante “etero” occorre non soltanto indurre la società al riconoscimento giuridico dei “diritti” delle minoranze sessuali, bensì mostrare che l’identità non è più il “maschio” o la “femmina”, bensì il “genere”, come incessante de-costruzione e ri-costruzione, come qualcosa di sempre nuovo, come indefinitamente plurale, come qualcosa che va al di là dell’uomo e della donna. Il “genere” non è un genere, ma molti generi. L’esito è l’ “io-per me stesso”, la

totale chiusura di ogni singolo individuo agli altri individui; la chiusura, soprattutto, dell'orizzonte nel quale la persona come "maschio" e la persona come "femmina" s'incontrano nell'atto generativo.

In questa prospettiva la generazione non dovrebbe più essere affare che si realizza nell'incontro sessuale delle persone. Alla generazione dovrebbe pensare la tecnologia, che garantirebbe altresì la "sanità riproduttiva". Il sesso, sradicato dalla realtà e dalla teleologia a esso intrinseca, non dovrebbe porsi al servizio della generazione, ma dovrebbe servire soltanto per l'esercizio ludico dell'infinita libertà dell'individuo.

Concludevo il mio intervento all'*Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires* esprimendo la speranza che la dottrina dei diritti umani potesse ben presto, con l'aiuto di Dio, rinsavire.

L'auspicio vale anche, ora e soprattutto, con riferimento alla diffusione della pratica della cosiddetta "maternità surrogata".

Mauro Ronco

PARTE PRIMA
STUDI DI ANTROPOLOGIA

MAURO RONCO

*Avvocato in Torino e Professore Emerito di Diritto penale
Università degli Studi di Padova*

“L’UOMO DISINCARNATO” DI SYLVIANE AGACINSKI*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. L’unità di mente e corpo – 3. La risurrezione dei corpi – 4. La testimonianza di Hannah Arendt – 5. L’esternalizzazione delle funzioni riproduttive – 6. La presenza del mercato – 7. Il mercato della maternità – 8. Il corpo umano non è un bene alienabile – 9. La testimonianza storica del diritto – 10. Il timore dell’accusa di essere omofobi – 11. La scomparsa dell’etica – 12. La trascrizione degli atti di nascita – 13. Il migliore interesse del bambino – 14. Il cambiamento di paradigma della filiazione – 15. L’incertezza di *status* del bambino – 16. La negazione della maternità naturale come negazione dell’identità della donna – 17. La vittoria del mercato sulla realtà riproduttiva.

1. Introduzione

Nel corso del dibattito apertosi in Francia intorno alle proposte di revisione della legge sulla bioetica del 2011 e a seguito dell’approvazione il 15 ottobre 2019 da parte dell’Assemblea Nazionale del Progetto di Legge del Governo, che ha esteso la fecondazione medicalmente assistita a coppie di donne e a donne single, Sylviane Agacinski, scrittrice, giornalista e filosofa francese, docente dal 1991 presso l’École des Hautes Études en Sciences Sociales di Parigi e autrice di numerose opere sulla sessualità, sui rapporti tra i sessi e sulla libertà della donna, ha pubblicato un breve testo – un “volantino”, come si denominano i testi della collana Tracts di Gallimard che lo ha pubblicato nel 2019 – dal titolo “L’homme désincarné. Du corps charnel au corps fabriqué”²².

Il testo è dedicato in particolare – ma non soltanto – al tema della “maternità surrogata” e sintetizza, secondo ciò che riferisce Francesca Izzo nella prefazione all’edizione italiana «[...] le tappe di un cammino intellettuale e politico che l’ha condotta, dalla militanza nel movimento femminista e dall’adesione convinta all’idea che la libertà delle donne si

* Contributo sottoposto a valutazione.

²² S. AGACINSKI, *L’homme désincarné. Du corps charnel au corps fabriqué*, Paris, 2019, tr. it., *L’uomo disincarnato. Dal corpo carnale al corpo fabbricato*, Vicenza, 2020. Le note al testo sono riferite all’edizione italiana.

fonda sul pieno riconoscimento dei due sessi eguali e differenti a lanciare l'allarme per il destino della libertà femminile. Il ricorso massiccio alle nuove tecnologie riproduttive sta aprendo un capitolo drammatico, dalle imprevedibili conseguenze, non solo per la dignità e integrità delle donne ma per la salvaguardia di una soglia di civiltà umana»²³.

Il testo si articola in 17 brevi punti – che nel seguito chiamerò “Appunti”, ciascuno senza un titolo specifico, numerati in modo progressivo. Al testo è premessa una pagina introduttiva. Darò brevemente conto degli Appunti più rilevanti dello scritto, insistendo in particolare sugli aspetti fondativi della questione che l’Autrice mette in luce.

2. L’unità di mente e corpo

La pagina introduttiva pone la questione cruciale, che riguarda il rapporto dell’uomo con il suo corpo. La concezione dualistica tra mente e corpo ha segnato, a partire da René Descartes, l’abbandono della tradizione metafisica aristotelica e cristiana, che concepiva l’uomo come unità inscindibile di mente e di corpo.

Se la mente è una sostanza separata dal corpo, allora essa può considerare il corpo come un oggetto su cui esercitare ogni tipo di potere di cui è capace, cambiandolo, modificandolo, ricostruendolo, vendendolo?

La radice della questione, come affiora da questa breve considerazione, è metafisica. Sylviane Agacinski ha il coraggio di riconoscerlo, gettandosi con tutta la sua scienza ed esperienza umana a sondare la questione, esaminandola a partire dalle sue conseguenze.

La constatazione di partenza dell’Autrice è, infatti, che «*L’uomo dei Tempi moderni si è, infatti, convinto di non essere altro che un prodotto della sua cultura e delle sue tecniche*»²⁴. Dunque, la cultura, cioè la forza socializzata della mente, si è convinta di essere «*il fabbricante di sé stesso*»²⁵, cioè del suo corpo e di quello dei suoi discendenti. Quali sono le conseguenze di questo pensiero?

3. La risurrezione dei corpi

Il primo Appunto sottolinea la novità radicale del cristianesimo, che proclama: il nostro corpo risorgerà. Quindi il corpo è indissolubilmente legato alla mente. L’inno alla

²³ F. IZZO, Prefazione a S. AGACINSKI, *L’uomo disincarnato*, cit., p. 11.

²⁴ S. AGACINSKI, *op. cit.*, p. 25.

²⁵ *Ibidem*.

risurrezione dei morti lo si legge nella prima Lettera ai Corinzi di San Paolo ed è fondata sul fatto certo della risurrezione di Cristo: «Ora, se si predica che Cristo è risuscitato dai morti, come possono dire alcuni tra voi che non esiste risurrezione dei morti? Se non esiste risurrezione dai morti, neanche Cristo è risuscitato! Ma se Cristo non è risuscitato, allora è vana la nostra predicazione ed è vana anche la Vostra fede»²⁶.

Il sogno degli antichi era invece di liberarsi dalla prigionia del corpo. Questo sogno, che nella sapienza antica anelava al ricongiungimento dell'anima con il suo Principio, si è nella modernità rovesciato nella frenesia di ricostruire il corpo rivolgendosi alla «sola potenza alla quale noi Moderni crediamo: la potenza tecno-scientifica»²⁷.

La conseguenza che «i nuovi credenti»²⁸ traggono da questo sogno è di scambiare il loro vecchio corpo con un «corpo ripristinato e migliorato, corpo senza padre né madre, e non più generato; corpo ricostruito e neutro, oltre l'uomo e la donna; corpo sempre meno vulnerabile ma sempre meno vivente»²⁹.

4. La testimonianza di Hannah Arendt

Il secondo Appunto è ricco di riferimenti a lezioni culturali di rilievo che già da tempo hanno messo in guardia profeticamente gli uomini contro questo desiderio della modernità. Ricordo solo la lezione di Hannah Arendt, la quale ne *La condizione umana* del 1958 ricordava lo sforzo dei ricercatori dei suoi tempi per «fabbricare degli esseri umani in provetta» come se, rivoltandosi contro la propria condizione naturale, l'uomo cercasse di fare della propria vita «un'opera frutto delle sue stesse mani»³⁰.

5. L'esternalizzazione delle funzioni riproduttive

Il terzo Appunto delinea le tappe di questo processo tecnico-scientifico: i) la fecondazione *in vitro* apre la strada alla «esternalizzazione di una parte delle funzioni riproduttive»³¹; ii) la soglia decisiva sarebbe quella di «fare» dei figli sostituendo il corpo materno. È la strada verso la esternalizzazione della «gestione dell'embrione servendosi

²⁶ SAN PAOLO, *Prima lettera ai Corinzi*, 15, 12-14.

²⁷ S. AGACINSKI, *op. cit.*, p. 28.

²⁸ *Ibidem*, p. 29.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Le citazioni di Hannah Arendt sono tratte da S. AGACINSKI, *op. cit.*, p. 31.

³¹ *Ibidem*, p. 31.

di una specie di macchina chiamata Utero Artificiale»³². Compiendo questo passo si riuscirebbe a “disincarnare” i processi di embriogenesi e lo sviluppo del feto fino al suo concepimento³³.

6. La presenza del mercato

Il quarto Appunto accosta al tema tecnologico quello mercantile.

Il corpo e le parti del corpo mai hanno costituito nella storia oggetto di commercio. Le risorse biologiche possono essere, a certe condizioni, oggetto di un dono volontario e gratuito. Ma la domanda di organi, per sostituirli a quelli di coloro che li hanno perduti o che sono diventati malati, ha la forza di creare un nuovo mercato.

Il rifiuto della sterilità e dell’infertilità crea una domanda volta a ottenere la disponibilità di «materiali biologici, gameti o ventri femminili, di cui le biotecnologie hanno bisogno»³⁴. È sorto così un mercato del corpo umano, o di parti di esso, destinato a soddisfare la domanda che l’industria tecnologica alimenta. Il rilievo di Agacinski è drammatico: «Emerge perciò un’economia estremamente redditizia, alimentata dalla carne e dal sangue»³⁵. In questo mercato si colloca il *Baby Business*, «a spese di quelle donne indotte a venderse, con la complicità del corpo medico e la compiacenza, più o meno dichiarata, degli Stati»³⁶.

7. Il mercato della maternità

Il quinto Appunto inizia col riferimento al mercato del sesso, la prostituzione, del cui sfruttamento ormai in varie parti del mondo occidentale si chiede la legalizzazione in nome della libertà. L’Autrice osserva che questa libertà è dei consumatori, non certo delle donne.

Il «mercato della maternità»³⁷ presenta, secondo Agacinski, alcune analogie con il mercato del sesso. La funzione di “madre surrogata” consiste, infatti, nel mettere a disposizione i suoi organi riproduttivi a disposizione dei clienti denominati “genitori

³² *Ibidem*, p. 33.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*, p. 36.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*, p. 37.

³⁷ *Ibidem*, p. 39.

d'intenzione" (*intended parents*). La messa a disposizione degli organi riproduttivi della donna a vantaggio di terzi costituisce «una spaventosa rivoluzione che concerne i fondamenti stessi della genitorialità»³⁸.

Le evidenze tratte dai *media* dimostrano che si stanno sviluppando un'industria e un mercato organizzato soggetto alle regole della concorrenza tra aziende commerciali in un universo globalizzato, in cui le leggi di ciascun singolo Stato perdono completamente vigore. Richiamando il rilievo di Marx a proposito di un mondo in cui ogni realtà è ridotta al valore di merce di scambio, Agacinski osserva che: «Portare al mercato il corpo umano è portarci la persona stessa»³⁹.

8. Il corpo umano non è un bene alienabile

Il sesto Appunto è una digressione filosofico-giuridica. Il nostro corpo ci appartiene, perché senza corpo non c'è la persona; dunque, il corpo non è un bene di cui ci si possa disfare come di una cosa alienabile. L'ideologia ultraliberale – scrive Agacinski – ci inganna quando sostiene che, siccome il corpo “ci appartiene”, noi saremmo liberi di alienarlo. Ammonisce l'Autrice: soltanto il diritto «può definire i beni» e «stabilire che il corpo umano non è affatto un bene»⁴⁰.

Ciò è ben detto, ma anche il diritto può essere mercificato. Affinché dia buoni frutti occorre considerarlo nel suo fondamento metafisico e non svilirlo a mera regola convenzionale che lo Stato promulga o il giudice dichiara nel suo provvedimento.

9. La testimonianza storica del diritto

Il settimo Appunto è dedicato alla testimonianza del diritto nel tempo. Le leggi dei tempi moderni (per la verità anche quelle del tempo cristiano) «sottraggono il corpo umano al regime di proprietà»⁴¹. L'appropriazione dell'uso degli organi di una donna e del bambino che ne è il frutto configura l'appropriazione «della vita della persona stessa durante l'intero periodo della gravidanza»⁴². Ciò equivale a una forma inedita di

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*, p. 42.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 44.

⁴¹ *Ibidem*, p. 45.

⁴² *Ibidem*, p. 46.

riduzione in schiavitù, che taluno in ambito anglosassone ha definito, “etica” perché è «*ben disciplinata*»⁴³ dalla legge dello Stato.

Sylviane Agacinski non si capacita di come sia possibile che in un tempo in cui si dichiara di volere lottare contro ogni forma di violenza contro le donne⁴⁴, quote non indifferenti di classi politiche e di persone ben acculturate mostrino accondiscendenza nei riguardi della pratica che taluni annunci propagandistici definiscono crudamente come “utero in affitto”⁴⁵.

L’Autrice rileva che probabilmente tale accondiscendente disponibilità è provocata dall’insistente e trentennale propaganda che presenta tale pratica come una semplice «*tecnica di procreazione assistita*»⁴⁶, ovvero, addirittura, «*come un dono accordato generosamente da donne che “amano essere incinte”*»⁴⁷. La magia delle parole ha occultato il fatto che il travaglio del parto presenta un’intrinseca pericolosità e che la gestazione e il parto non possono essere trasformati in una funzione che si esercita per denaro o anche per altruismo⁴⁸.

10. Il timore dell’accusa di essere omofobi

L’ottavo Appunto avanza l’ipotesi che la relativa passività dell’opinione pubblica nei confronti dello sfruttamento delle donne si spieghi con il fatto che «*la surrogata è rivendicata come un diritto da una parte militante della comunità gay*»⁴⁹. L’omessa disapprovazione della pratica sarebbe conseguenza del timore di incorrere «*nell’accusa di omofobia – accusa particolarmente penosa e ingiusta per tutti (e tutte) coloro che si sentono estranei a un sentimento così basso e spregevole*»⁵⁰.

11. La scomparsa dell’etica

Il nono Appunto contiene una critica alla scomparsa dell’etica dal discorso pubblico e, in particolare, dal Comitato Consultivo Nazionale di Etica (CCNE) il cui presidente nel

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 47.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 48.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 49.

⁵⁰ *Ibidem*.

marzo 2018 ha scritto: «*La nozione di valore è relativa. [...] Non so cosa siano il bene e il male*»; o ancora: «*Il CCNE non esiste certo per indicare dove stiano il bene e il male*»⁵¹.

Ma allora, se l'etica scompare, osserva Agacinski: «*Tutto è giustificato in nome degli interessi individuali e delle "richieste della società", che il diritto è tenuto a non ostacolare. Questo individualismo è in perfetta armonia con l'ultraliberismo, che vuole che le leggi "non si immischino" con gli accordi conclusi tra individui e lascino che a regolare i rapporti sociali sia la sola legge della domanda e dell'offerta*»⁵².

12. La trascrizione degli atti di nascita

Il decimo Appunto concerne il «*turismo procreativo*»⁵³.

La Corte Suprema della California, ove da molti decenni i contratti di maternità surrogata sono validi, ha statuito che il bambino è considerato come appartenente (*belong to*) a chi l'ha progettato (decisione del 1993, *Johnson v. Calvert*)⁵⁴.

Il suddetto principio ha indotto molti *intended parents* ad avviare battaglie legali per ottenere la trascrizione degli atti di nascita formati all'estero nel registro dei paesi ove la maternità surrogata è vietata.

Questa strategia, osserva Agacinski, si è dimostrata straordinariamente efficace perché fa leva sul rispetto che ciascuno deve alla dignità e ai diritti dei bambini, nonché al desiderio comune alle persone civili che i bambini non soffrano per una situazione da loro non provocata.

Senonché Agacinski osserva che l'argomento non tiene conto che: «*Il vero danno inflitto a questi bambini non è legale: è di essere nati in condizioni crudeli per esclusiva volontà dei loro futuri genitori*»⁵⁵.

Le preoccupazioni in ordine agli interessi particolari di un bambino – che, dico io, vanno tutelati con rimedi *ex post* che ne garantiscano integralmente la piena cittadinanza e la completa partecipazione a tutti i diritti di cui gode qualunque bambino – rischiano di pregiudicare «*gli interessi del bambino in generale*»⁵⁶.

⁵¹ *Ibidem*, p. 51.

⁵² *Ibidem*, p. 53.

⁵³ *Ibidem*, p. 55.

⁵⁴ Citata in S. AGACINSKI, *op. cit.*, p. 54.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 56.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 59.

13. Il migliore interesse del bambino

L'undicesimo Appunto concerne la contraddizione intrinseca del Rapporto del 2019 denominato *Mission d'information* sulla revisione della legge relativa alla bioetica.

Da un lato il Rapporto suggerisce di andare oltre i limiti della procreazione e di mettere la biotecnologia al servizio delle richieste della società⁵⁷. È evidente l'accoglimento del principio californiano secondo cui decisiva è l'intenzione di far nascere il bambino, onde tale decisione stabilisce lo stato di filiazione.

Da un altro lato, il Rapporto ammette che la gestazione per altri integri una violazione grave del principio di indisponibilità del corpo umano, con conseguente sfruttamento della donna e con la riduzione del bambino oggetto della cessione «*allo stato di una cosa*»⁵⁸.

Secondo l'Autrice la contraddizione è frutto di una strategia deliberata: lasciare che le cose accadano per soddisfare il "diritto" alla maternità surrogata e, al contempo, mostrarsi politicamente equilibrati per non perdere il contatto sociale con tutti coloro che la considerano umanamente intollerabile.

A questo punto Agacinski ha la lucidità e il coraggio di porre la questione fondamentale: «*[...] se sia conforme all'interesse di un bambino in generale nascere da una donna che si è impegnata a cederlo ad altri alla nascita (col rischio di essere rifiutato dai suoi "genitori d'intenzione" nel caso in cui non sia conforme alle loro aspettative, come si è visto più di una volta). Se, inoltre, sia conforme allo status del bambino essere oggetto di una transazione commerciale. / Di fronte all'alleanza tra tecnocrazia e mercato, non è sufficiente proteggere gli interessi dei bambini già nati. Bisogna anche cercare di prevenire le violazioni degli "interessi" e dei diritti del bambino in generale, violazioni che potrebbero derivare dalle condizioni artificiali della sua nascita*»⁵⁹.

14. Il cambiamento di paradigma della filiazione

Il dodicesimo Appunto mette in luce l'ulteriore contraddizione del Rapporto circa il fatto che, mentre riconosce che il ricorso alla procreazione medicalmente assistita e alla donazione dei gameti costituisce un rimedio all'infertilità di una coppia, tuttavia si duole

⁵⁷ Così il Rapporto nella lettura di S. AGACINSKI, *op. cit.*, p. 61.

⁵⁸ S. AGACINSKI, *op. cit.*, p. 62.

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 63-64.

che l'accesso alla maternità surrogata sia negata a una parte della popolazione «*a causa del suo orientamento sessuale*»⁶⁰.

Senonché: «[...] *la procreazione (assistita o no) non ha nulla a che vedere con l'orientamento sessuale, dato che ha, al contrario, a che fare con l'asimmetria dei due sessi, che non sono, sotto questo aspetto, né equivalenti né uguali. In quest'ambito, una coppia dello stesso sesso non equivale a una coppia sessualmente mista e il principio di uguaglianza di fronte alla legge non impedisce al legislatore di regolamentare diverse situazioni in maniera differente [...]*»⁶¹.

La maternità surrogata integra un cambiamento di paradigma in ordine all'istituto della filiazione.

Se il suo *rationale* è l'assolutezza della libertà individuale, diventa trascurabile la differenza sessuale dei genitori: «*Infatti, la volontà è indipendente dall'esistenza carnale e sessuale degli individui. La nozione neutra di "genitore" può sostituire quella di padre o madre*»⁶².

Da qui sorge l'ulteriore domanda: se nell'ordinamento divenisse centrale il *diritto al bambino*, quale sarebbe allora lo *status* del bambino?

15. L'incertezza di *status* del bambino

Nel tredicesimo Appunto è trattata la questione grave e veramente cruciale dello *status* del bambino.

Tra i vari punti fondamentali della Convenzione Internazionale sui Diritti del Fanciullo è menzionato il principio che: «[...] *la responsabilità di allevare il fanciullo e di provvedere al suo sviluppo incombe innanzi tutto ai genitori [...]*» (Convenzione Internazionale, 20 novembre 1989, New York, art. 18).

Nella grandissima parte dei casi di fecondazione medicalmente assistita i genitori che utilizzano questo metodo sono anche i genitori biologici del bambino. Una situazione analoga riguarda anche i casi di filiazione tramite la donazione di sperma o di ovociti da parte di persona terza estranea alla coppia, in quanto la madre è la donna che ha portato in grembo il bambino e il padre è colui che si è impegnato con lei nella procedura di

⁶⁰ *Ibidem*, p. 66.

⁶¹ *Ibidem*, pp. 66-67.

⁶² *Ibidem*, p. 68.

filiazione medicalmente assistita. Si assiste a una sorta di simulazione di un matrimonio tradizionale, che ha per effetto la presunzione di paternità dello sposo.

Agacinski osserva tuttavia che la cancellazione del “donatore-genitore” «*procura profondo malessere*»⁶³ ad alcuni bambini «*nati da sperma sconosciuto*»⁶⁴.

Ancora più problematica è la condizione dei bambini nati dalla fecondazione medicalmente assistita che sia stata praticata da una donna *single* o da una coppia di donne. In questi casi il bambino viene privato del tutto del padre e della linea di filiazione paterna. Dalla mancata conoscenza della propria origine possono sorgere questioni di uguaglianza; i bambini senza linea paterna potrebbero provare sentimenti di sofferenza e di incompletezza e sentirsi perciò vittime di una ingiustizia che li ha colpiti fin dal momento della nascita.

Nella maternità surrogata alla genitorialità biologica si sostituisce la genitorialità intenzionale, infatti madre e padre surrogati vengono semplicemente cancellati: in questo caso la condizione di incompletezza del bambino può diventare drammatica.

Osserva al riguardo Agacinski: «*[...] il collegamento di un bambino a due linee parentali non equivalenti significa per lui l'iscrizione nel genere umano, universalmente misto. Gli permette di accettare la sua incompletezza, in altre parole la sua appartenenza a un sesso. Al contrario, istituire un modo di procreazione e un regime di filiazione basato sulla volontà di genitori di qualsivoglia sesso o desessualizzati, presuppone appunto che i due sessi siano intercambiabili*»⁶⁵.

16. La negazione della maternità naturale come negazione dell'identità della donna

L'Appunto quattordici approfondisce la solidarietà tra i discorsi che pretendono di «*[...] neutralizzare l'asimmetria dei sessi nella procreazione e quelli che contestano la distinzione stessa tra i sessi, al punto da vederli solo una costruzione sociale*»⁶⁶.

Comune denominatore alle due linee di pensiero è «*definire l'identità personale attraverso la sessualità, indipendentemente dal sesso*»⁶⁷.

⁶³ *Ibidem*, p. 68.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 74-75.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 76.

⁶⁷ *Ibidem*.

Sylviane Agacinski descrive allora lucidamente il pensiero di alcuni autori significativi del movimento culturale secondo cui la distinzione sessuale non è un qualcosa di “naturale”, in quanto costituisce soltanto una sovrastruttura culturale; ribatte che la negazione dell’alterità sessuale reale non soltanto è irrazionale, ma ci toglie addirittura il nostro *status* di appartenenza ai viventi, in quanto ci priva anche «[...] di ogni mezzo per analizzare le forme sociali e storiche dell’alienazione femminile in quanto tali»⁶⁸. Il mercato della maternità, secondo l’Autrice, è una nuova modalità di «egemonia maschile»⁶⁹.

Concordo sul punto: privare la donna della maternità naturale costituisce una forma crudele di negazione della sua identità di donna.

Questo discorso si inserisce all’interno della sostituzione all’identità sessuale di una “identità di genere”, completamente soggettiva per tutti, di tal che «[...] ognuno dovrebbe essere libero di sentirsi maschio, femmina o né l’uno né l’altro. Ridotta a una rappresentazione di sé e a un sentimento soggettivo, l’identità di genere ha congedato il principio di realtà»⁷⁰.

17. La vittoria del mercato sulla realtà riproduttiva

Negli Appunti quindici, sedici e diciassette l’Autrice trae alcune conseguenze dal discorso svolto lungo la linea di pensiero di femminismo autentico di cui ella si fa espressione.

Sostiene Agacinski l’ipotesi che: «[...] il desiderio di essere liberati dalla carne – dalla natura, dall’animalità, dalla vita e quindi dalla morte – non sia altro che l’espressione di un desiderio maschile, il desiderio di liberarsi da questa carne femminilizzata»⁷¹.

Non concordo del tutto su tale conclusione. Il desiderio di liberarsi dalla carne corrisponde all’espressione del desiderio, comune all’uomo e alla donna che hanno rifiutato la loro condizione di dipendenza creaturale da Dio, di liberarsi dalla loro natura carnale.

Concordo invece sull’ultima conclusione di Agacinski. In attesa dell’Utero Artificiale, soluzione ideale perché metterebbe finalmente termine alla differenza sessuale,

⁶⁸ *Ibidem*, p. 78.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 79.

⁷¹ *Ibidem*, p. 88.

l'obiettivo modernista di garantire una «*completa uguaglianza degli individui di fronte alla procreazione*»⁷² è concedere «*a ciascuno la libertà di procreare in maniera autonoma e volontaria*»⁷³.

Si tratta, secondo l'Autrice, di una ben strana libertà, «*che dovrebbe essere esercitata a costo della disponibilità di corpi altrui*»⁷⁴. Questa ultra libertà, conseguenza dell'autodeterminazione assoluta e del rifiuto della creaturalità, apre il campo a una serie di disuguaglianze, sproporzioni, asimmetrie, in sostanza ingiustizie, prevalentemente indotte dalla sperequazione nella distribuzione della ricchezza e dalla maggiore o minore capacità di prevaricazione del singolo, maschio soprattutto, ma anche femmina, sugli altri.

⁷² *Ibidem*, p. 89.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Ibidem*.

Abstract

MAURO RONCO, “L’uomo disincarnato” di Sylviane Agacinski

L’Autore affronta il tema della maternità surrogata a partire dalle riflessioni di Sylviane Agacinski contenute nello scritto “L’uomo disincarnato”, ripercorrendo i 17 punti attraverso cui si sviluppa il saggio. Riflessioni sul valore del corpo umano, sull’uso della tecnica per la riproduzione, sui cambiamenti del paradigma della filiazione e sul concetto di interesse dei minori.

Parole chiave: Sylviane Agacinski, maternità surrogata, libertà, filiazione, trascrizione degli atti di nascita.

MAURO RONCO, “*The disincarnated man*” by Sylviane Agacinski

The Author addresses the topic of surrogate motherhood starting from Sylviane Agacinski’s reflections contained in the book “The Disincarnate Man”, retracing the 17 points through which the essay develops. Reflections on the value of the human body, on the use of reproductive technology, on changes in the paradigm of parentage and on the concept of the interest of child.

Key words: surrogacy, freedom, filiation, transcription of birth certificates.

**APPUNTI SULLA FILIGRANA ANTROPOLOGICA
NEI CONTRATTI DI MATERNITÀ SURROGATA ***

SOMMARIO: 1. Vite “sotto contratto” – 2. Nel “cambio d’epoca” ovvero nella scomparsa di un’etica pubblica comune – 3. La maternità surrogata come paradigma della pretesa del trans-umano – 4. Il livello della questione – 5. Il criterio per scegliere fra Prometeo e Francesco.

1. Vite “sotto contratto”

Il dibattito attorno a quella pratica che la stessa legge n. 40/2004, oltre che un’ampia letteratura, chiama “*maternità surrogata*” (altrimenti denominata anche “*utero in affitto*” o “*gestazione per altri-GPA*”) solitamente si sofferma per lo più sull’esame di aspetti medici, sociali e psicologici.

Nella presente sede, si intende, invece, attirare l’attenzione sull’aspetto giuridico di tale fenomeno, cosicché le riflessioni che seguono si prefiggono l’obiettivo di fornire – seppur stentati – spunti per una lettura, per così dire, in controluce, che cerchi di scorgere da quale concezione dell’umano, da quale antropologia abbia origine la pretesa, che va diffondendosi in un tempo assai recente, di una normazione giuridica della stessa maternità surrogata, e che, per converso, si oppone all’estensione dei divieti anche penali attualmente vigenti.

Vi è in effetti un ineliminabile fattore giuridico per poter ottenere prole, delegando la gravidanza e il parto a una terza donna che non è geneticamente correlata al feto che cresce.

Come si avrà modo di approfondire *infra*, pretendendo il committente di conformare il comportamento della gestante in senso opposto alla fisiologia delle relazioni madre/figlio, solo un vincolo contrattuale può assicurare l’immediata separazione del bimbo dalla partoriente e la consegna del neonato a chi ha commissionato la gravidanza.

* *Contributo sottoposto a valutazione.*

Altresì, l'osservazione del fenomeno, per come si conosce nella pratica, evidenzia condizioni sensibilmente gravose, cui deve sempre essere sottoposta la donna che ospita una “gestazione per altri”, imposte e regolate da parte dei committenti e dalle agenzie proprio con strumenti contrattuali ritenuti vincolanti, i quali dispongono, appunto, la fecondazione, la gestazione, i doveri della gestante, i divieti della partoriente verso il neonato e così via. Durante la gravidanza le donne possono, ad esempio, essere obbligate a stare in dormitori *ad hoc* o in case in affitto con altre donne “*surrogate*”, e comunque sono indotte a portare braccialetti con un *transponder* per il continuo controllo dei loro comportamenti, atteso che viene chiesto loro di seguire regimi dietetici e abitudini quotidiane severe per allinearsi allo stile di vita dei genitori intenzionali¹.

«Le regole quando sei incinta sono molto stringenti e dure da sopportare. Viene consegnato un decalogo che spesso arriva ben oltre le dieci voci: attenersi scrupolosamente alla dieta della nutrizionista, vietato fumare, non accarezzare la pancia, non cantare sotto la doccia, non dare soprannomi al feto, non parlare o contare al feto ... Oltre a questo è prevista un'ora di psicoterapia al giorno: serve per costruire un distacco mentale dal bambino che la donna porta in grembo. La madre surrogata non viene messa al corrente di nulla rispetto al bambino, non conosce i suoi dati biometrici. Soltanto ai controlli chiede se va tutto bene e le viene risposto di sì. Nient'altro ... la donna spesso nemmeno sa se partorisce un maschietto o una femminuccia ...»².

Peraltro, durante la gestazione, i genitori intenzionali potrebbero richiedere una riduzione selettiva degli embrioni impiantati in base al numero di bambini che si desiderano effettivamente ottenere, nonché pretendere di abortire i feti con malattie, decisione rispetto alla quale l'opinione della madre surrogata non ha alcun rilievo, nonostante il fatto che il feto stia crescendo nel suo corpo. Altresì, la letteratura medica mostra che la GPA (nella misura in cui implica fecondazione in vitro, impianto di embrioni con DNA diverso da quello del portatore, trattamenti farmacologici per ovuli “donatori” e portatori, nella maggioranza dei casi impianto multi embrione e riduzioni

¹ Cfr., per la sintesi descrittiva riportata, D. BANDELLI (LUMSA), E. DI LEO (Steadfast), S. GENNARINI (Center for Family and Human Rights (C-Farm)), *Raising Awareness on Gestational Surrogacy Among Vulnerable Women in Developing Countries*, in *Sociological Debates on Gestational Surrogacy*, ed. Springer, 2021, anche in www.lumsa.it/sites/default/files/link/Raising-Awareness-on-Gestational-Surrogacy-3.16.21.pdf.

² Intervista a un giurista serbo che ha operato per anni nel *business* dell'utero in affitto, in *Il Timone*, n. 228 del maggio 2023, cit., p. 10 e ss.

selettive, parto cesareo) è la gravidanza a più alto rischio per la gestante, essendo particolarmente esposta a complicazioni quali il diabete gestazionale, la limitazione della crescita fetale, la pre-eclampsia, il parto prematuro, la pressione intracranica, varie malformazioni, il ritardo nella crescita delle ossa, l'infertilità e il cancro. Si consideri, altresì, che l'accesso alle cure postnatali e ai servizi sanitari in caso di complicazioni dopo il parto è spesso inaccessibile per le donne nei paesi in via di sviluppo. Dunque, nella prassi tali *contratti* dispongono letteralmente delle condizioni dell'esistenza della donna, nonché della vita del futuro bimbo in senso amplissimo, al punto che le madri surrogate debbono persino dichiararsi consapevoli dei rischi medici, inclusa la morte, appena accennati, che accettano di correre³.

Le gravi condizioni fisiche ed esistenziali che devono essere sopportate dalle donne utilizzate per una gravidanza per altri forniscono immediata spiegazione del perché i mercati della maternità surrogata riguardino di fatto ambiti e donne in situazioni di povertà, che sopportano simili disumani sacrifici per un prospettato corrispettivo.

Siamo di fronte a scenari che solo qualche anno fa sarebbero stati imputati alla letteratura fantascientifica o fantapolitica di ispirazione *orwelliana* e che ora sono resi materialmente possibili dalla tecnica, ma per i quali si dibatte soprattutto attorno alla possibilità di addivenire lecitamente a contratti che impongano le prestazioni necessarie al fenomeno in esame, possibilità a sua volta dipendente dalla rimozione, variamente modulabile, dei divieti presenti in molti ordinamenti nazionali, di cui in particolare, al delitto previsto dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, che il Parlamento italiano sta per assurgere a reato perseguibile anche all'estero⁴.

Sul punto, giova attirare l'attenzione, seppur *ex multis*, sulla discesa in campo a tale scopo addirittura della Corte di Cassazione, che con l'ordinanza della Prima Sezione civile della Cassazione 21 gennaio 2022, n. 1842⁵, ha rimesso alle Sezioni Unite⁶ la decisione sulla possibilità, appunto, di ottenere una immissione, anche indiretta o parziale, nell'ordinamento italiano dei contratti sottoscritti all'estero per "maternità affittate".

³ Cfr. D. BANDELLI e altri, cit.

⁴ Cfr. Proposte di legge Camera dei deputati n. 887-342-1026, XIX legislatura.

⁵ <https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Giurisprudenza/Corte-di-Cassazione-ordinanza-interlocutoria-n.-1842-2022-riconoscimento-di-entrambi-i-genitori-nell-atto-di-nascita-del-minore-nato-tramite-maternita-surrogata>.

⁶ Cfr. SS.UU. civ., sentenza n. 38162 del 30 dicembre 2022, pp. 9 e ss.

Per quale ragione uno strumento giuridico, quale un contratto, viene considerato tanto prioritario nella contemporaneità per promuovere fenomeni inediti sul piano delle relazioni intersoggettive, quale è quello della c.d. maternità surrogata? La domanda impone di indugiare brevemente su alcuni tratti del contesto storicamente corrente, al fine di comprendere come la vera posta in gioco del dibattito attorno alla richiesta di liceità giuridica per i contratti aventi ad oggetto una GPA sia innanzitutto antropologica.

2. Nel “cambio d’epoca” ovvero nella scomparsa di un’etica pubblica comune

Il *sentiment* comune di fronte all’incalzare delle cronache dalle frontiere del transumano è un *mix* di perplessità, incertezza e disorientamento. Un *sentiment* che, inconsciamente, coglie nel segno, visto che su un fenomeno quale l’“utero in affitto” solo pochi anni fa si sarebbe invece alzata una diffusa, netta e pressoché unanime opposizione. Ora, non solo non vi è una siffatta massiccia reazione oppositiva, ma, all’opposto, non sono poche le voci che, come si vedrà, vorrebbero consentire, contrattualizzandola, una simile pratica⁷.

Cosa è cambiato nel frattempo? È mutata, come si vedrà osservando la metamorfosi assiologica “nel e del” diritto, la stessa epoca storica.

a) *L’antropologia comune dell’epoca di prima. Di poco prima.*

Negli anni Novanta, don Luigi Giussani notava la persistenza di una «*traiettoria iniziata secoli prima*»⁸, che era stata caratterizzata «*dalla prevalenza dell’etica sull’ontologia*». Infatti, «*gran parte della Chiesa si era attestata su quello che anche gli altri – detrattori inclusi – potevano capire o dovevano ammettere: l’etica fondamentale, valori morali, lasciando sullo sfondo il contenuto dogmatico del cristianesimo, la Sua ontologia, cioè l’annuncio che Dio si è fatto uomo e che questo avvenimento permane nella storia ... Sembrava più facile appellarsi alla morale cattolica per conservare una presa sulle persone*» e «*non si riteneva necessario offrire ragioni adeguate per seguire la Chiesa*»⁹.

⁷ I sondaggi demoscopici, ad esempio pubblicati sulla stampa nel marzo 2023 (https://www.corriere.it/politica/23_marzo_25/sondaggio-maternita-surrogata-65percento-contrario-ma-c-si-riconoscimento-figli-c11da9b6-cad4-11ed-837f-eb79d7be2937.shtml) evidenziano una significativa percentuale di non contrari alla pratica in parola anche fra la popolazione.

⁸ Cfr. anche L. GIUSSANI, *Il senso di Dio e l’uomo moderno*, BUR, 1994.

⁹ Cfr. L. GIUSSANI, *L’uomo e il suo destino. In cammino*, Marietti, 1999, pp. 63-74, citato in L. GIUSSANI, *Dare la vita per l’opera di un altro*, a cura di Julian Carron, BUR, 2021, pp. I, II.

In effetti, fino a tempi non lontani resisteva, magari stancamente, una “morale” socialmente condivisa (forse solo apparentemente condivisa), ma che permaneva almeno nella prospettiva per così dire “esterna” della società italiana, ovvero nelle affermazioni che potevano avere un tono di sintesi nelle comunicazioni istituzionali e politicamente apicali o, più ancora, nella patina di ordine valoriale dell’impianto dell’ordinamento giuridico.

Esemplificativamente, nel gennaio 1995 “Famiglia Cristiana” e “L’Unità” ospitavano un dialogo fra Carlo Casini e Massimo D’Alema, nel quale, sul tema dell’eutanasia, persino l’esponente politicamente più esposto del fronte asseritamente “progressista” si proclamava comunque contrario «*all’arresto deliberato di una vita*»¹⁰, con ciò implicitamente affermando un valore intangibile anche a circostanze di vita fragili, quali sono i momenti di malattia, di grave dolore e di prossimità alla fine dell’esistenza.

Con maggior evidenza, tale matrice culturale veniva esplicitata nella giurisprudenza della Corte costituzionale, che più volte ha ribadito due tratti antropologici fondamentali: 1) la vita deve essere tutelata come inviolabile in ogni circostanza, specie se fragile; 2) l’umano viene valorizzato in un contesto relazionale e sociale, inscindibile nello sviluppo della singola persona. Ad esempio, seguendo una significativa narrazione costituzionale (cfr. sentenze n. 54 del 1979 e n. 223 del 1996), ancora il recente arresto della Consulta 15 febbraio 2022, n. 50 riteneva che «*il diritto alla vita, riconosciuto implicitamente dall’art. 2 Cost., è “da iscriversi tra i diritti inviolabili, e cioè tra quei diritti che occupano nell’ordinamento una posizione, per dir così, privilegiata, in quanto appartengono – per usare l’espressione della sentenza n. 1146 del 1988 – all’essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana” (sentenza n. 35 del 1997). Esso “concorre a costituire la matrice prima di ogni altro diritto, costituzionalmente protetto, della persona» (sentenza n. 238 del 1996)”, essendo, cioè, il “primo dei diritti inviolabili dell’uomo” (sentenza n. 223 del 1996), in quanto “presupposto per l’esercizio di tutti gli altri», ponendo altresì in evidenza come da esso discenda “il dovere dello Stato di tutelare la vita”», «senza distinzione di condizioni individuali e sociali», come recita l’art. 1 della legge n. 833/1978 di istituzione del servizio sanitario nazionale.*

¹⁰ Cfr. *L’Unità*, 25 gennaio 1995.

In estrema sintesi, *«al centro della Costituzione c'è la persona, cioè, sempre un "noi". Non c'è l'individuo. È una concezione evangelica che è stata fatta propria da tutti i padri costituenti, di ogni credo e sensibilità politica»*¹¹.

Questa “concezione” dell’umano, perciò, è stata la protagonista pressoché unica dell’ordinamento giuridico italiano in quanto generalmente riconosciuta nella società, fino al permanere di un ordinamento giuridico coerente con l’impianto costituzionale.

b) Il diritto: alert della scomparsa di una koiné.

Se l’impianto assiologico per così dire “costituzionale” corrispondesse ancora alla cultura prevalente della società italiana, potrebbe davvero aprirsi un dibattito tanto esteso e intenso quale quello in corso, circa la possibile liceità di contratti per l’uso da parte di terzi di un corpo di una donna in situazioni di povertà e per la disponibilità della vita di un neonato?

Per quale motivo i tentativi di legittimazione di “affitto” addirittura della maternità non vengono subito stoppati, allo scopo bastando richiamare l’art. 5 del Codice civile che, proprio a tutela di ogni condizione di fragilità, con chiarezza *«vieta gli atti di disposizione del proprio corpo quando siano contrari alla legge, al buon costume o all’ordine pubblico»*, il che sarebbe sufficiente *«per ritenere impossibile in Italia la pratica della maternità surrogata»*¹².

Invece, come si è visto, si tratta di certezze giuridiche smarrite persino dalla prima sezione della Corte di Cassazione¹³, il che consiglia di tornare all’origine del fenomeno normativo.

In particolare, Tommaso d’Aquino da secoli insegna che una legge, una norma *«non [è] che una prescrizione della ragione, in ordine al bene comune, promulgata dal soggetto alla guida della comunità»*¹⁴. Una decisione normativa, dunque, “sceglie” – sempre! – qualcosa ritenuto un “bene per tutti” e indirizza – sempre! – l’intera comunità civile verso quello stesso ritenuto “valore”. Ce lo indica, con molta immediatezza, anche il linguaggio, che utilizza l’aggettivo “legale” come sinonimo di “buono”, di “positivo”. La larga, forse larghissima condivisione sociale di “valori” comuni nel dopoguerra ha

¹¹ M. ZUPPI, *Lettera alle istituzioni*, in *Avvenire*, 1° giugno 2022.

¹² S. NITOGGLIA, *I contratti di maternità surrogata: nozione, problemi di esecuzione, clausole abortive, diritto di recesso*, in <https://www.centrostudiliviatino.it/i-contratti-di-maternita-surrogata-nozione-problemi-di-esecuzione-clausole-abortive-diritto-di-recesso/>, 19 giugno 2023.

¹³ Cfr. Ordinanza 1842/2022, cit.

¹⁴ TOMMASO D’AQUINO, *Somma teologica*, I pars, q. 90, a. 4.

dato linfa ai ricordati canoni costituzionali, cosicché tale *plafond* assiologico è, poi, sopravvissuto nel diritto e nella legislazione più di quanto lo stesso fosse rimasto esperienza viva e diffusa nella società dei decenni successivi, come accade quando il tepore rimane in una stanza anche dopo che il fuoco che l'aveva generato si sia spento.

Rimanendo, dunque, nel rapporto strutturale rilevato dall'Aquinate fra diritto e *koiné* sociale, esso, da un lato e come si è visto per la “precedente epoca”, consente di osservare principi e valori nel corpo normativo presumendo che essi rivelino ideali socialmente condivisi, ma, per un altro speculare verso, qualora invece accada che nel corpo giuridico vadano sensibilmente mutando parametri precedentemente consolidati, tale fenomeno deve essere avvertito (anche) come un chiaro sintomo che nella società è avvenuto un previo mutamento nella cultura del popolo.

In Italia sta accadendo esattamente la seconda dinamica.

Infatti, da circa una decina di anni (seppur con qualche anticipazione, quale, ad esempio, la legge n. 194/1978) l'ordinamento giuridico conosce una sorta di costante e progressiva “fibrillazione valoriale”, riferibile proprio al frequente venire meno di “certezze” di impianto costituzionale che per decenni non erano mai state poste in discussione. Per oltre sessant'anni, cioè, il Parlamento ha legiferato pressoché solo su materie amministrative, fiscali, economiche, del welfare *et similia*, mai invadendo lo statuto delle convinzioni esistenziali più profonde, in particolare non ponendo in discussione l'assolutezza del valore della vita in qualsiasi condizione essa si trovi, nonché rispetto a un paradigma dell'umano intrinsecamente connotato da una dimensione relazionale con l'altro da sé e con il reale. Tali valori antropologici venivano considerati socialmente acquisiti, cosicché il diritto non è intervenuto per decenni se non per confermare, magari solo formalmente, l'impianto assiologico tradizionale.

Invece, tale antropologia costituzionale è stata, poi, improvvisamente contestata da un impressionante incalzare di leggi, provvedimenti e sentenze apparsi nell'ultimo decennio, che in questa sede basterà solo accennare, al fine di comprendere l'emersione, nel diritto, di pretese proprie di una matrice antropologica radicalmente diversa, che ora perviene a ipotizzare persino la legittimazione della maternità surrogata.

Ne citiamo solo alcune.

- 2015: la legge n. 55/2015 contesta la responsabilità (anche) sociale del matrimonio, rendendone facilissima la risoluzione del legame matrimoniale, e

derubricandolo a mero fatto privato, giacché può essere sciolto anche senza ricorrere al Giudice;

- 2016: la legge n. 76/2016 crea modelli intitolati alla “famiglia”, negando però la necessità di relazioni tendenzialmente fedeli, stabili e reciprocamente responsabili, nonché vocate strutturalmente alla nascita di nuove vite;
- 2017: la legge n. 219/2017 per la prima volta spezza l’assioma costituzionale, secondo cui la “vita” ha valore assoluto in qualsiasi circostanza, introducendo la tutelabilità solo della “vita dignitosa”, altresì lasciando il perimetro di tale “dignità” al mero soggettivismo¹⁵;
- 2018 e 2019: la Consulta (ordinanza n. 207/2018 e sentenza n. 242/2019) per due volte intima al Parlamento di introdurre per legge il suicidio medicalmente assistito, dunque accettando il principio di tutela prioritaria da parte del SSN della sola «vita dignitosa»¹⁶;
- 2020: con la Circolare del 12 agosto 2020, il Ministero della Salute inizia la “privatizzazione” dell’aborto, favorendo la soluzione chimica domiciliare con la pillola RU486 e relegando la donna in uno spazio solitario, privo persino del sostegno ospedaliero; nell’ottobre del 2020 l’AIFA elimina la prescrizione medica per le minorenni per l’assunzione della pillola antinidatoria Ellaone, il cui conclamato effetto è di impedire all’ovulo fecondato di impiantarsi nell’endometrio, ma senza che di tale realtà vi siano coscienza e responsabilità, né sostegno; il 4 novembre 2020 la Camera licenzia il c.d. “Ddl Zan”, con il tentativo di imporre il soggettivismo e il relativismo verso il reale propri dell’ideologia “gender”¹⁷;
- 2021: la Camera dei deputati approva il 9 dicembre 2021 la Pdl per il “suicidio assistito” negli ospedali per vite considerate “non dignitose” (c.d. “Pdl Bazoli”), che ha poi assunto, nel 2022, il n. ddl 2553 al Senato, decaduto per l’anticipato scioglimento del Parlamento¹⁸, mentre nello stesso periodo era stato richiesto il *referendum* per legittimare l’omicidio del consenziente, dichiarato inammissibile dalla Corte costituzionale¹⁹;

¹⁵ Cfr. P. BINETTI (a cura di), *Servono ancora i cattolici in politica? Testimonianze dal dibattito parlamentare sul valore della vita e sul testamento biologico*, Edizioni Magi, Roma, 2017.

¹⁶ Cfr. D. MENORELLO (a cura di), *Diritto o condanna a morire per vite inutili?*, Edizioni Cantagalli, Siena, 2019.

¹⁷ Cfr. A. MANTOVANO (a cura di), *Legge omofobia: perché non va*, Edizioni Cantagalli, Siena, 2021.

¹⁸ Cfr. A. MANTOVANO (a cura di), *Eutanasia; le ragioni del No*, Edizioni Cantagalli, Siena, 2021.

¹⁹ Cfr. <https://www.centrostudilivaitino.it/?s=referendum+omicidio+consenziente; sentenza Corte costituzionale 15 febbraio 2022, n. 50>.

• Nel settembre 2021, dopo la legge 2 dicembre 2016, n 242, *Disposizioni per la promozione della coltivazione e della filiera agroindustriale della canapa*, e la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 12348 del 19/12/2019 sull'uso personale di sostanze tossicodipendenti²⁰, le Commissioni riunite Giustizia e Affari sociali approvano il testo unificato *Disposizioni in materia di produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope nei casi di lieve entità (C. 2307 Magi e C. 2965 Licatini)*²¹, per la legalizzazione di sostanze stupefacenti, accompagnata da un'omogenea iniziativa referendaria nel 2022, anch'essa respinta dalla Corte costituzionale²².

c) Il portato antropologico del “nuovo diritto”: il neo-individualismo

Non è più, evidentemente, l'umano della costituzione il nerbo culturale sotteso a un sì sensibile fenomeno di produzione normativa, amministrativa e giurisprudenziale.

Questo “nuovo diritto” appare piuttosto contrassegnato, come si vedrà di seguito dai tratti del modello antropologico di un “neo-individualismo”, del quale, come vedremo la pretesa della maternità surrogata propone una sintesi particolarmente potente.

La prima evidenza antropologica di tale “nuovo diritto” è quella indicata da Alfredo Mantovano dal 2019, ovvero la affermata equivalenza fra la “dignità” della vita e una assoluta “autodeterminazione”²³. Ma se il valore della vita risiede nella capacità del singolo di essere totalmente autodeterminato, autonomo, possessore del reale, allora quando la persona non è in queste condizioni, ma nella fragilità, nella debolezza, nella malattia irreversibile, il suo valore e il suo significato diminuiscono e la sua vita può essere scartata. Così, l'esistenza non ha più un valore assoluto in ogni circostanza, dunque sempre, ma diviene a “*dignità variabile*”: quando l'esistenza diviene debole, la sua dignità viene meno, fino ad essere negata, e lo sbandierato mito dell'autodeterminazione si risolve nella logica e nella “*cultura dello scarto*”, secondo l'ulteriore acutissima intuizione di Papa Francesco²⁴.

²⁰ D. AIROMA, *Sezioni Unite e “modica coltivazione” della cannabis*, 24 aprile 2020, in <https://www.centrostudilivativo.it/sezioni-unite-e-modica-coltivazione-della-cannabis/#more-770>; sentenza Corte costituzionale 15 febbraio 2022, n. 51.

²¹ Cfr. AA.VV., *Droga, le ragioni del No*, a cura di Alfredo Mantovano, ed. Cantagalli, 2022.

²² Cfr. <https://www.centrostudilivativo.it/il-comitato-per-il-no-alla-droga-legale-si-costituisce-nel-giudizio-di-ammissibilita-costituzionale-del-referendum-col-supporto-del-centro-studi-livativo/>.

²³ Cfr. D. MENORELLO (a cura di), *Diritto o condanna a morire per vite inutili?*, Edizioni Cantagalli, Siena, 2019, cit.

²⁴ FRANCESCO, *Udienza generale*, Roma, 5 giugno 2013.

La seconda evidenza antropologica è un corollario di tratti derivati dalla cifra individualista della prima. Se conta solo la “autoreferenzialità”, come ha indicato il Presidente dei Vescovi Italiani, Card. Matteo Zuppi nel messaggio per la festa dell’Assunta del 2022²⁵ ripreso, sul punto, anche nell’intervista del 3 settembre successiva del Segretario di Stato, Card. Pietro Parolin²⁶, la realtà, gli altri, i legami umani diventano fattori negativi, pregiudicanti la cifra dell’autodeterminazione, unica leva del valore del singolo, e quindi i condizionamenti naturali, le relazioni con i propri simili, e le relative responsabilità vanno negati, rimossi o almeno limitati il più possibile. Illuminante, sul punto, Stefano Zamagni: «Noi viviamo l’epoca della seconda secolarizzazione. La prima era comportarsi etsi deus non daretur. Oggi siamo entrati nella seconda secolarizzazione di cui però nessuno vuol parlare. Questa seconda secolarizzazione è ben resa da quest’altro aforisma: bisogna comportarsi etsi communitas non daretur, come se la comunità non esistesse»²⁷.

Quindi, se nella concezione dell’umano della Costituzione la relazione umana era percepita come volano di sviluppo della persona, essa nel campo neo-individualista dell’esaltata autodeterminazione diviene invece un grave “limite” per la libertà, così come le stesse condizioni del reale e della natura umana²⁸ appaiono ostacoli da rimuovere per le sempre più indeterminate pretese soggettive di misurare tutto e di pretendere tutto.

Perciò la vita è libera se non deve “dipendere” da un “altro da sé” per potersi *autodeterminare*, cioè per affermarsi quale unica e suprema misura di tutte le cose. Viene, insomma, alla luce una sorta di «non-antropologia, costruita sul rifiuto sistematico di ogni categoria, definizione o conoscenza previa, percepite come inaccettabili imposizioni»²⁹.

In realtà, e paradossalmente, un uomo solo, senza appartenenza, si autodetermina secondo la mentalità dominante. Le iperboli soggettive in effetti mutano i modelli dai canoni più radicati di un atteso “successo”. Così la dignità finisce per diventare sinonimo

²⁵ M. ZUPPI, *Riaprire ora vita e speranza. Disincanto, valori e scelte forti*, *Avvenire*, 13 agosto 2022.

²⁶ M. ZUPPI, intervista a *L’Osservatore romano*, cit.

²⁷ S. ZAMAGNI, *Intervista all’Osservatore Romano*, 22 maggio 2019.

²⁸ Per la “natura” intesa solo come “ambiente naturale”, si assiste, invece, nella contemporaneità ad una esaltazione dello stesso, affermato, però, nel senso di prefigurare una tendenziale condizione ottimale ambientale senza il fattore umano, considerato come il principale fattore di disequilibrio. Tutto torna, dunque.

²⁹ P. PAROLIN, *Incontro con le Associazioni Cattoliche*, Biblioteca della Segreteria di Stato, 9 giugno 2021, in <https://www.suitetti.org/2021/06/09/sui-tetti-incontro-con-s-e-r-card-pietro-parolin/>.

di *efficienza*, di capacità di essere performanti, che diviene, in questa parabola, il parametro concreto della *dignità*. Chi non “riesce” ovvero, in pratica, non ha più “successo” per fallimenti, inabilità, povertà, fragilità diviene uno *scarto*. Può essere scartato. Anzi, viene indotto a desiderare di essere scartato.

L'altra faccia dello scarto è la reificazione della persona. Chi è debole, piccolo, bisognoso ha un valore ridotto ed è così alla mercé del più forte, del più ricco, che per affermare sé stesso e i suoi desideri lo può dominare, secondo quella dinamica possessiva che si riversa più propriamente verso le *res*.

Il crinale di questa idea ridotta di uomo è efficacemente scolpito nella Laudato si: *“Quando l'essere umano pone sé stesso al centro, finisce per dare priorità assoluta ai suoi interessi contingenti, e tutto il resto diventa relativo. Perciò non dovrebbe meravigliare il fatto che, insieme all'onnipresenza del paradigma tecnocratico e all'adorazione del potere umano senza limiti, si sviluppi nei soggetti questo relativismo, in cui tutto diventa irrilevante se non serve ai propri interessi immediati. Vi è in questo una logica che permette di comprendere come si alimentino a vicenda diversi atteggiamenti che provocano al tempo stesso il degrado ambientale e il degrado sociale”*³⁰.

d) Il ruolo proattivo, nel cambio d'epoca, della leva del diritto per l'antropologia del neo-individualismo e del trans-umano.

Se è vero che “diritto” e “valore sociale” si specchiano sempre e si alimentano reciprocamente, appare di particolare evidenza che massimamente all'antropologia del neo-individualismo è necessaria la leva giuridica, non solo come riverbero di tale concezione antropologica, ma anche come strumento di promozione della stessa.

In effetti, il protagonista dell'autodeterminazione, che pretende la libertà dai legami umani e dai condizionamenti della sua natura umana, si fa spazio nel “cambio d'epoca” utilizzando due strumenti privilegiati: *«la tecnica e il diritto sono diventati gli strumenti fondamentali per “tagliare” i legami. E per questo diritto e tecnica oggi sono i baluardi della libertà moderna»*³¹.

Per un primo aspetto, dunque, è la tecnica e in particolare la bio-tecnica a suggerire al novello *Prometeo* coniato dal neo-individualismo una strada prima inimmaginabile per

³¹ A. SIMONCINI, *Intervista all'Osservatore Romano*, 30 maggio 2019.

farsi “creatore”, contestando le leggi naturali e facendo prevalere la propria volontà potendosi addirittura svincolare i condizionamenti della sua natura.

Per un secondo aspetto, se l’individuo viene affermato come proiezione proprietaria sul reale e se la libertà è percepita come assenza di condizionamenti e di legami, allora la norma, la legge, il diritto divengono straordinari strumenti per recidere ogni vincolo di responsabilità verso gli altri e, addirittura, per disconoscere l’oggettività della realtà, disegnando dei “diritti” a essa sovrapposti e dominanti.

Ora ci appare più semplice comprendere perché addirittura la prima sezione civile della Cassazione, oltre che gli assordanti cantori del *politically correct*, tambureggino affinché la maternità surrogata -frutto dell’iperbole dell’autodeterminazione e dunque del preteso valore di chi è in posizione dominante- possa essere recepita in sede giuridica, auspicando l’eliminazione o l’attenuazione degli attuali vincoli, per riconoscere almeno in parte liceità ai relativi, essenziali contratti.

Tale pretesa corrisponde con l’avanzare stesso di una prospettiva antropologica che ricerca il pieno utilizzo delle nuove frontiere delle bio-tecniche attraverso la liberazione dai divieti vigenti, cosicché si chiedono novellazioni normative, affinché l’autodeterminazione di chi non ha debolezze né fragilità non incontri ostacoli alla propria affermazione e dunque al proprio ritenuto valore.

e) Il “cambio d’epoca” e la compresenza di più matrici antropologiche.

Un tanto massiccio utilizzo di un diritto, condizionato e portatore al tempo stesso, di valori antropologici quali quelli accennati, impone di prendere atto che uno scenario di generale condivisione di una “etica fondamentale” di impianto costituzionale non esiste più. Dunque, quel dialogo fra Carlo Casini e Massimo D’Alema di meno di 30 anni fa viene “sentito” molto più lontano nel tempo di quanto effettivamente sia, proprio perché nella contemporaneità è appena intervenuto un fatto sociale eccezionale, che Papa Francesco nel 2015 ha riconosciuto quale quel particolare “cambio d’epoca”, per cui «non siamo più nella cristianità»³².

In effetti, sempre un “cambio d’epoca” è connotato proprio dalla scomparsa, dalla caduta verticale di “certezze” valoriali nel sentimento sociale comune. Perciò, se la “precedente epoca”, durata almeno fino alla Costituzione e trascinatasi ancora per qualche

³² FRANCESCO, *Incontro con i rappresentanti del V convegno nazionale della Chiesa italiana*, Firenze, 10 novembre 2015.

ulteriore decennio, si fondava sulla condivisione diffusa dell'antropologia cristiana, proprio nella crisi e nello smarrimento dello sguardo sull'uomo portato e sviluppato dal cristianesimo sta la cifra del tempo che viviamo.

Di conseguenza, mancando quella *koiné* socialmente condivisa, nel guazzabuglio identitario proprio di ogni cambio d'epoca vengono ora pubblicamente proposte (*rectius*: sovente “imposte”, magari opportunamente imbellettate con gli stereotipi del *politically correct*) diverse matrici antropologiche. Non ha più alcun senso, perciò, riferirsi sbrigativamente a un’*“etica fondamentale”*³³, semplicemente perché non esiste più alcuna etica condivisa, cosicché il profetico invito di don Giussani a lasciarsi interrogare dall'ontologia diventa ineludibile³⁴.

Quindi, i tratti nuovi del dibattito pubblico, le pretese derivanti da una filiera inaudita di tentativi normativi e giurisprudenziali distonici rispetto all'impianto costituzionale, così come nell'urto del galoppante evolversi delle bio-tecnologie, impongono come *«necessario definire cosa è l'umano»*³⁵, con ciò facendoci acquisire consapevolezza della sfida più importante che il “cambio d'epoca” offre a tutti: comprendere e farsi provocare, “interrogare”, dalle diverse concezioni antropologiche davanti a cui ciascuno si trova, per esercitare una rinnovata capacità di giudizio e scelta³⁶.

È una avventura della ragione e del cuore umani straordinaria, cui siamo chiamati dopo secoli di (almeno formale) compattezza valoriale. Per noi, davvero *«occorre perforare»* le *«immagini indotte dal clima culturale in cui si è immersi, scendere a prendere in mano le proprie esigenze ed evidenze originali e in base a queste giudicare e vagliare ogni proposta, ogni suggerimento esistenziale»*³⁷.

Così, urge “perforare” e vagliare anche ciò che la mentalità dominante propone come “diritti”, che vanno così tanto estendendosi da pretendere persino di poter appropriarsi, con un contratto, di una maternità e di una nuova vita.

³³ L. GIUSSANI, *L'uomo e il suo destino. In cammino*, cit.

³⁴ Cfr. annotazione precedente di L. GIUSSANI, *L'uomo e il suo destino. In cammino*, cit.

³⁵ A. MORRESI, *Tra Provette e algoritmi, cos'è oggi l'umano*, in *Avvenire*, 22 giugno 2023.

³⁶ In ciò consiste lo scopo del nuovo lavoro culturale di tante persone singole e associate, fra cui anche il network di circa cento associazioni “Ditelo sui tetti”, che sviluppano una riflessione operosa e condivisa per accorgersi della filigrana dell'umano di nuovo conio trascinata dal “cambio d'epoca” e per proporre a tutti, “sui tetti” appunto, un giudizio su quale proposta antropologica sia più ragionevole (www.suitetti.org).

³⁷ L. GIUSSANI, *Il senso religioso-Volume primo del percorso. Con prefazione di Jorge Maria Bergoglio*, BUR, 2023, cap. I, par. 7.

3. La maternità surrogata come paradigma della pretesa del trans-umano

Tenendo conto del cambio d'epoca in cui siamo ormai pienamente immersi e nel quale si appaiano concezioni dell'umano ontologicamente differenti senza più alcuna *koiné* socialmente prevalente, si è osservato come la pretesa che vengano riconosciuti come leciti “contratti” aventi quale proprio oggetto negoziale la gestazione per altri e la vita che nasce, riveli gli inequivoci tratti della specifica *silhouette* antropologica che è apparsa con costanza nell'ordinamento da almeno un decennio, dominata dal mantra della “autodeterminazione” come paradigma assoluto di valore.

Più ancora. La maternità surrogata esplicita gli esiti del modello neo-individualista, che possono definirsi trans-umani o post umani, in quanto si risolvono nel voler legittimare posizioni dominanti e possessive sui più deboli, con la relativa regressione del perimetro di tutela per i secondi, fino a negare, per essi, il principio di indisponibilità della vita e dell'umano. E i *tratti* antropologici dai quali si coglie il passaggio a un orizzonte culturale trans-umano si rinvergono con chiarezza soprattutto osservando il fondamentale ruolo delle leve giuridiche, su cui si sviluppa quella “*riflessione*” sulla “*gestazione per altri*”, che i “documenti politici” dei vari “*pride days*” che si susseguono nella penisola vorrebbe «*lontana da pregiudizi che la rendono ostaggio di ideologie*»³⁸, proprio per ottenere il riconoscimento dei contratti di GPA.

Tali “tratti” del *novello Prometeo* sembrano, cioè, essere almeno tre.

a) Primo tratto antropologico: i vincoli contrattuali alla maternità esaltano il dogma dell'autodeterminazione, superando tutti i limiti strutturali della natura per la procreazione.

L'assolutizzazione della “autodeterminazione” come unico parametro di valore dell'esistenza implica – come detto – la rimozione di ciò che, in natura e nelle relazioni umane, la limita, usando gli strumenti della *tecnica* e del *diritto*.

Si è avuto modo, infatti, di osservare come numerose iniziative normative dell'ultimo decennio abbiano cercato la “liberazione” da legami e vincoli umani tradizionalmente rilevanti, quali quelli coniugali e familiari.

L'ideologia *gender* ha, poi, evidenziato, quanto rilievo attribuisca il neo-individualismo alla rimozione dei limiti propri della natura umana. Il *gender*, infatti,

³⁸ Cfr., per documenti pressoché sempre identici, il Documento politico Lazio Pride 2023, www.laziopride.com/documento-politico-lazio-pride-2023/.

contesta l'oggettività della realtà in una delle macroscopiche e strutturali differenze che essa propone, quale è la articolazione dell'essere in due sessualità, diverse ma complementari tanto fisicamente, quanto psicologicamente e spiritualmente. Probabilmente, tale struttura "binaria" dell'essere umano viene così tanto avversata dal neo-individualismo con ascendente *gender*, in quanto in essa appare lo stigma della vocazione ontologica della persona verso la diversità ovvero verso "l'altro da sé", addirittura rendendo evidente che la dinamica strutturale dell'esistenza (per cui le sessualità differenti si attraggono persino reciprocamente) non contiene affatto l'autosufficienza del singolo vivente, su cui si fonda, invece, lo stesso modello neo-individualista.

Per tale impostazione ideologica, la fecondazione in vitro, estesa all'impianto eterologo per mezzo della sentenza della Corte costituzionale 8 aprile 2014, n. 162³⁹, è apparsa funzionale agli scopi di liberazione dalla natura umana, avendo (anche) consentito di superare, sotto il profilo bio-tecnico, il sempre ritenuto invalicabile limite della diversità sessuale nella coppia generante, e ciò almeno per i rapporti omogenitoriali femminili.

Tuttavia, anche nella frontiera della PMA eterologa, rimaneva l'ulteriore limite naturale dell'unicità della maternità, che ogni cultura non ha mai dubitato essere il rapporto inscindibile della donna con il bimbo che cresce nel suo grembo.

Per individuare, allora, l'inedito *proprium* della maternità surrogata soccorre la consapevole prosa della Cassazione, nella già incrociata sentenza della Sezioni Unite 30 dicembre 2022, n. 38162 (anche solo Sezioni Unite): «*Nel quadro delle metodiche di procreazione medicalmente assistita, la maternità surrogata riveste una posizione del tutto peculiare rispetto alle ordinarie procedure di fecondazione artificiale, omologa o eterologa, postulando la collaborazione di una donna estranea alla coppia, che presta il proprio corpo per condurre a termine una gravidanza e partorire un bambino non per sé ma per un'altra persona*».

Con ciò, si ottiene il superamento completo, almeno sul piano dei risultati, dell'originario limite naturale relativo all'impossibilità di ottenere prole sulla base di legami omoaffettivi maschili.

³⁹ Cfr. <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2014&numero=162>

Si badi bene. La “liberazione” del vincolo naturale fra la madre e il figlio che partorisce (*id est*: la maternità surrogata) utilizza le medesime tecniche di PMA eterologa già note. Ciò significa che la possibilità che il bambino possa putativamente e convenzionalmente divenire “figlio” dei committenti omosessuali maschi viene ottenuta esclusivamente con l’utilizzo di uno strumento giuridico, un “contratto”, con il quale la puerpera, sul cui corpo sia stato impianto un embrione con tecniche di PMA eterologa, si obbliga a interrompere la sua relazione materna con il bimbo partorito e a consegnarlo ai committenti. Poi, in base al luogo di stipula del contratto e del parto, si potrà dare corso alle pratiche per la trascrizione o la iscrizione anagrafica da parte dei committenti del bambino così ottenuto.

A mezzo del “diritto”, pertanto, le ragioni e le dinamiche, che sono state osservate come proprie del “cambio d’epoca” in cui ci troviamo, trovano nel contratto di maternità surrogata una tanto nuova quanto potente affermazione, “liberando” del tutto il soggetto da vincoli della realtà umana che si credevano consustanziali all’essere, quali quelli della diversità fra i sessi come condizione per ottenere una “filiazione”, così consentendogli una grandiosa estensione della propria “autodeterminazione”.

La prospettiva promessa all’uomo dal serpente nel giardino dell’Eden⁴⁰ diviene finalmente ottenibile, perché appare nello scenario della storia umana un novello creatore di vita, con dinamiche che sembrano innovare quelle proprie della natura.

Un nuovo Prometeo può tornare, con straordinarie forza e suggestione, a competere con gli dèi, dotato di un inedito e mai immaginato “*fuoco simbolo di energia creativa legato al divino, alla Conoscenza suprema, forse all’immortalità*”⁴¹, perché addirittura dirompenti strutturali limiti naturali, che mai prima erano stati contestati.

b) Secondo tratto antropologico: il contratto di maternità surrogata crea relazioni asimmetriche e rompe l’unità propria della maternità.

Se, con riferimento ai condizionamenti della realtà, il contratto di maternità surrogata ottiene l’obiettivo di allargare l’“autodeterminazione” oltre ogni confine della natura umana, rispetto invece alle relazioni e ai legami con gli altri soggetti umani, i contenuti specifici di detto “contratto” propongono un predominio “proprietario” del soggetto

⁴⁰ Cfr. *Genesi* 3, 4-5: «Ma il serpente disse alla donna: «Non morirete affatto! Anzi, Dio sa che quando voi ne mangiaste, si aprirebbero i vostri occhi e diventereste come Dio, conoscendo il bene e il male».

⁴¹ S. SAPORITO, *Il mito di Prometeo ci svela i segreti del nostro fuoco interiore*, in www.eticamente.net, 3 gennaio 2022.

committente, che, in una grave asimmetria relazionale, equipara la gestante e il bimbo a “sue” cose.

In tal senso, e in primo luogo, sono le stesse Sezioni Unite ad accorgersi che l’obbligo contrattuale, che viene fatto assumere dalla gestante, di abbandonare il bimbo da lei nato, *«tende a cancellare il rapporto tra la donna e il bambino che porta in grembo, ignorando i legami biologici e psicologici che si stabiliscono tra madre e figlio nel lungo periodo della gestazione e così smarrendo il senso umano della gravidanza e del parto»*⁴².

In altri termini, il contratto per l’utero in affitto spezza l’ancestrale sicurezza circa la unicità e sicurezza del rapporto di maternità/filiazione, perché *«parcellizza la maternità, programmando una rottura violenta tra il bambino e la gestante»*⁴³. Con la GPA, cioè, e a dispetto di una fra le più inveterate e proverbiali convinzioni, anche *mater numquam certa est*. La storia umana conosce per la prima volta la inedita possibilità che la puerpera non sia la madre del nato e che la madre biologica non sia anche la “culla” corporea da cui la vita si alimenta e in cui inizia la percezione del suo essere nel reale⁴⁴.

Secondariamente, il contratto di maternità surrogata evidenzia ulteriori conseguenti aspetti, che corrispondono a caratteristiche proprie della matrice antropologica sviluppata sull’assioma dell’“autodeterminazione” e delle dinamiche intersoggettive che vengono in essere.

Infatti, il piano proprio in cui opera un “contratto” realizza la presenza di un “creditore” (la parte più forte), di un “debitore” (la parte più debole) e l’“oggetto” o gli “oggetti” della prestazione.

Ecco, allora, venire in rilievo una relazione strutturalmente asimmetrica, in cui le parti non sono sullo stesso piano, e la parte più debole sacrifica una parte della propria esistenza fisica, affettiva e spirituale al volere della parte più forte. Proprio in ragione del “contratto”, d’altro canto, la gestante rinuncia a un ampio tratto della propria libertà e della propria personalità per sottomettere la propria esistenza a una “controparte” dominante e solo grazie a tale strumento giuridico, precisano acutamente le Sezioni Unite,

⁴² Cass., SS. UU., sentenza n. 3892/2022, cit.

⁴³ Cfr. L. ZANELLA, *Il Dubbio*, intervista del 28 giugno 2023.

⁴⁴ Cfr. C.V. BELLINI, *L’alba dell’«io»*. *Dolore, desideri, sogno, memoria del feto*, Soc. editrice fiorentina, 2004.

«il desiderio di una persona di avere un figlio» può, asimmetricamente, «realizzarsi al costo dei diritti di altre persone»⁴⁵.

Più esattamente, l'asservimento contrattuale si ordina rispetto a due "oggetti", cioè il corpo fertile della parte debole e il feto/bambino, che sono entrambi oggetto di vere e proprie disposizioni negoziali, venendo perciò "reificati".

Sono ancora le Sezioni Unite a precisare gli effetti del contratto di maternità surrogata sulla dimensione soggettiva delle "madre" e del "figlio", «riducendo la prima a mero servizio gestazionale e il secondo ad atto conclusivo di tale prestazione servente». La Suprema Corte indugia nel ricordare che un siffatto contratto, oltre a pretendere, come si è visto, la «rescissione immediata di ogni rapporto con il bambino», sottopone la gestante «durante la gravidanza ... a una serie di limiti e di controlli sulla sua alimentazione, sul suo stile di vita, sulla sua astensione dal fumo e dall'alcol e subito dopo il parto è oggetto di limitazioni altrettanto pesanti». Con efficace sintesi, la Cassazione osserva ancora che il committente, quale parte dominante «pretende di essere soddisfatto attraverso il corpo di un'altra persona utilizzato come mero supporto materiale per la realizzazione di un progetto altrimenti irrealizzabile», con ciò altresì asseverando il dirimente ruolo che l'antropologia neo-individualista assegna al "diritto" per affermarsi⁴⁶.

D'altronde, se si afferma il dogma dell'autodeterminazione assoluta e se questa intraveda nello sfioramento dei limiti naturali e nella negazione delle relazioni umane l'unica possibilità di affermare il proprio valore, tale specifica prospettiva antropologica non potrebbe ammettere una alterità da sé, salvo negare lo scopo stesso della sua azione, cosicché tale assunto ideologico impone di disconoscere la dignità di "esistenza" alle parti deboli, perciò degradando, come stigmatizzato dalle Sezioni Unite, la gestante a un mero "supporto materiale" alla volontà della committenza, nonché pure il bambino che deve nascere a una vera e propria *res*, della quale si dispone persino nel senso di imporre il distacco immediato e radicale dalla donna che lo ha partorito, senza in nulla considerare le sofferenze drammatiche che ciò comporta sia per la puerpera che per il neonato.

Se, dunque, l'immediato profilo antropologico della maternità surrogata è l'iperbole assoluta dell'autodeterminazione, il successivo aspetto attinente la concezione dell'umano e insito nella pretesa contrattuale, con la quale viene regolata e imposta la

⁴⁵ Cass. SS.UU. 3 dicembre 2022, n. 3892, citando nel passaggio, il Tribunal Supremo spagnolo, sentenza n. 277 del 2022.

⁴⁶ Cfr. Cass. SS.UU., cit.

GPA, sono la rottura dell'unità fra madre e figlio, nonché, con buona pace dell'art. 3 della Costituzione, l'ineliminabile disassamento asimmetrico delle relazioni soggettive, per offrire alla posizione dei più forti un dominio sul più debole, reificando gli altri soggetti, che divengono meri strumenti per il desiderio del *novello Prometeo*.

Si è di fronte a una architettura relazionale che contraddice *tout court* la “giuridicità”, atteso che *«la reciprocità delle esigenze e richieste è la condizione di un ordine simmetricamente giusto che presuppone (e conferma) la uguaglianza ontologica tra i soggetti»*⁴⁷.

Il corollario di una simile, consustanziale asimmetrica postura relazionale è che la posizione dominante troverà più facili terreni di espansione laddove le condizioni sociali della donna prescelta per la GPA siano deboli e, cioè, povere, condizionate cioè da una situazione di bisogno, sì da opporre meno resistenza alla proiezione appropriativa dell'autodeterminazione del più forte. Infatti, la stessa *«Corte costituzionale ha rilevato che “gli accordi di maternità surrogata comportano un rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate; situazioni che, ove sussistenti, condizionerebbero pesantemente la loro decisione di affrontare il percorso di una gravidanza nell'esclusivo interesse di terzi, ai quali il bambino dovrà essere consegnato subito dopo la nascita” (sentenza n. 33 del 2021)»*⁴⁸.

Appare allora particolarmente adeguata la imputazione (anche) delle pretese di cui al contratto di maternità surrogata a un “*antropocentrismo deviato*”, per cui *«l'essere umano pone sé stesso al centro»*, finendo *«per dare priorità assoluta ai suoi stessi interessi contingenti, e tutto il resto diventa relativo»*, cosicché tale *«cultura del relativismo ... spinge una persona ad approfittare di un'altra e a trattarla come un mero oggetto, ... riducendola in schiavitù»*⁴⁹.

c) Terzo tratto antropologico: la cesura fra vita e gratuità, con la contestazione della dipendenza.

«Gratuitamente avete ricevuto, gratuitamente date» (Matteo 10, 8).

Fino al confine ontologico su cui si è affacciato per la prima volta il fenomeno del contratto di maternità surrogata, ogni riflessione sulla “vita” doveva riconoscere che l'esistenza nel suo inizio, nel suo apparire è determinata da una dinamica di *gratuità*.

⁴⁷ S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza, Linee di ontofenomenologia giuridica*, Giuffrè, Milano, 1991.

⁴⁸ Cass. SS. UU., sent. n. 3892/2022, cit.

⁴⁹ FRANCESCO, Enciclica *Laudato si'*, paragrafi 122, 123.

L'abbrivio della vita è, cioè, oggettivamente un *avvenimento*. Accade come “dono”, come un fatto che si riceve, non come risposta a una misura e ad azioni addirittura contrattualizzate.

Più ancora. Constatere e riconoscere che l'*incipit* dell'esistenza è un “dato” impone il considerare un altro consustanziale fattore ovvero che l'essere umano vivendo, dipende. La “dipendenza” da altro da sé consente la vita dell'uomo, che non ha la capacità di decidere di sussistere nemmeno per un solo istante, atteso che «*vulnerabilità e dipendenza sono caratteristiche ineludibili della realtà umana*»⁵⁰. Tale aspetto «*trova conferma empirica nel vivere umano -proprio- a partire dalla nascita biologica (il venire da che manifesta per eccellenza la dipendenza da altri)*», che «*si rivela come l'aspetto ontologico primario dell'uomo. Non è soltanto un esserci “per mezzo” dell'altro, ma un “essere-con-l'altro”: “l'uomo si conosce quale ente-in-relazione, per cui, fuori dalla relazione, si può ben dire, l'io non è”*»⁵¹.

Per converso, anche paternità e maternità sono fenomeni relazionali intrinsecamente concepiti o attesi – almeno nel sussulto iniziale degli stessi – come una “gratuità”, come un'offerta e una tensione amorose prive di misura e calcoli verso la nuova vita che accade.

Ebbene, l'archetipo e la originaria esperienza della gratuità, della reciproca dipendenza e interrelazione che caratterizzano la vita nel suo accendersi sono offerti esperenzialmente dall'unità del concepito e del feto con il corpo della madre.

Ma, come si è letto nella sentenza 30 dicembre 2022 delle SS.UU., con la maternità surrogata, per la prima volta nella storia umana, si pretende addirittura di «*cancellare il rapporto tra la donna e il bambino che porta in grembo, ignorando i legami biologici e psicologici che si stabiliscono tra madre e figlio nel lungo periodo della gestazione e così smarrendo il senso umano della gravidanza e del parto*». Così, si perviene a incidere in quel livello originario di “gratuità” dell'esistenza che è sempre apparso innanzitutto come “avvenimento”, negando, conseguentemente, che la vita è “data” e che i primi moti dell'animo e dell'intelligenza verso un uomo che nasce sono uno stupore, un'attesa e una tensione gratuiti, i quali offrono la prima evidenza esistenziale quale “dipendenza” dell'io da altro da sé.

⁵⁰ C. NAVARINI, E. RICCI, *La sofferenza di fine-vita: cure palliative simultanee, virtù e fioritura morale nella fragilità*, in *Bioetica Rivista interdisciplinare*, n. 4/2021.

⁵¹ M. DAVERIO, *Perché le torture? Un'interpretazione filosofica*, Giappichelli, Torino, 2023, citando S. COTTA, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Studium, Roma, 1981.

Siamo probabilmente di fronte alla contestazione più radicale della natura dell'Essere, giacché il contratto per la GPA pretende di misurare l'essere stesso e di progettare per il soggetto dominante azioni serventi della gestante corrispondenti alla proiezione dell'"io", nelle quali non vi è spazio per il "tu", né per l'irrompere fenomenologico di una nuova vita come imperscrutabile "avvenimento".

Dunque, con il contratto di maternità surrogata il "*Prometeo*" committente afferma la potenza della propria autodeterminazione contro i limiti della natura umana, nonché contro ogni riconoscimento di *gratuità e relazionalità* dell'esistenza. Con ciò reificando gli altri soggetti di cui si serve e opponendosi alla dinamica per cui nell'Essere la vita viene donata senza una previa misura, senza condizionamenti, e si struttura come dipendenza da altro da sé.

4. Il livello della questione

Quanto sin qui osservato, conduce ad osservare che la posta in gioco nel dibattito sulla maternità surrogata non sono innanzitutto i tecnicismi circa i limiti di trascrivibilità di atti compiuti all'estero a seconda delle non poche combinazioni possibili del trans-umano, come accade nelle cronache che si occupano delle decisioni dei tribunali sul punto. Nemmeno il senso del dibattito può consistere nella "misura" con cui dare ingresso a presunti "diritti" per le genitorialità trans-naturali a scapito di quelli -di cui assai poco si parla- del concepito e del neonato.

Piuttosto, il livello della questione è sulla stessa concezione di "uomo" che si ritiene più ragionevole, cioè più corrispondente alla propria umanità. Solo una volta compresa e valutata la scelta antropologica sottesa alla pratica della maternità surrogata, si potrà comprendere se sia o meno un "bene" considerare leciti i contratti di GPA e ogni eventuale conseguenza discendente dagli stessi, anche in ordine ai vari profili anagrafico-amministrativi ovvero a consequenziali posizioni di presunti "diritti" degli adulti "autodeterminantesi", che sono meri corollari di un'opzione assiologica neo-individualista.

È la stessa Corte di Cassazione, nella più volte citata sentenza del 30 dicembre 2022, a fissare a questa altezza l'asticella. «*Le Sezioni Unite*» – si legge – «*non ignorano che la lettura suggerita dall'ordinanza di rimessione trova sostegno in una parte significativa del pensiero giuridico e culturale del nostro Paese, che prende le distanze dall'idea dei*

valori della persona che si impongono alla persona medesima, anche oltre quanto da questa voluto in maniera assolutamente libera, consapevole, integra e non condizionata. In questa prospettiva, il limite dell'ordine pubblico internazionale non sarebbe destinato ad operare quando la lex loci salvaguardi il diritto alla libertà e all'autodeterminazione della donna, alla quale soltanto sarebbe rimesso, in ultima istanza, il potere di individuare i tempi e i modi di realizzazione della sua personalità, sicché anche la scelta di accogliere l'embrione per aiutare altri a realizzare il loro progetto di genitorialità potrebbe rappresentare per la gestante un modo per realizzare la propria personalità»⁵².

Dunque, il Giudice della nomofilachia si accorge con chiarezza del nucleo antropologico della questione: il protagonista culturale e il modello su cui si fonda la richiesta di validità dei contratti di maternità surrogata derivano dal dogma assoluto della autodeterminazione, al fine di consentire al soggetto più forte di estendere il proprio dominio, negando dignità ai soggetti più deboli che vengono “reificati”, dunque contestando la legge della gratuità e della dipendenza originaria dell'esistenza umana, all'opposto affermando la disponibilità dell'esistenza in capo alla parte dominante.

Qualora, invece, si ritenga di considerare la diversa prospettiva antropologica, per cui *«tutti i capelli del capo sono contati»⁵³*, ove, cioè, ogni circostanza di vita viene assunta con un valore assoluto, non potrà che riconoscersi la indisponibilità dell'esistenza, con la necessaria preclusione giuridica all'asservimento di qualcuno rispetto ad altri, specie se in condizioni di fragilità e debolezza. Dunque, per riutilizzare le parole della Suprema Corte, in questa seconda prospettiva antropologica, una donna non potrà mai divenire “*mero servizio gestazionale*” e il parto ovvero il bambino nato non potranno essere annichiliti ad “*atto conclusivo di tale prestazione servente*”, né potrà ammettersi *«la riduzione del corpo della donna ad incubatrice meccanica, a contenitore di una vita destinata ad altri»*, senza violare oggettivamente la “*dignità della donna*”. È ancora la Cassazione a ricordare che *«in termini analoghi si è espressa la Corte costituzionale, sottolineando che la pratica della maternità surrogata “offende in modo in tollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane” (sentenza n. 272 del 2017 e, da ultimo, sentenze n. 33 del 2021 e n. 79 del 2022)»*, relazioni che vengono addirittura recise nell'esempio più significativo di unità fra le stesse, quale è la maternità.

⁵² Cfr. Cass. SS.UU. n 3892/2022, cit.

⁵³ Cfr. Luca, 12, 1-7.

Di qui, la presa di distanza dall'assolutizzazione del principio di autodeterminazione come unico parametro assiologico, atteso che *«la dignità ha una dimensione non solo soggettiva, ancorata alla sensibilità, alla percezione e alle aspirazioni del singolo individuo, ma anche oggettiva, riferita al valore originario, non comprimibile e non rinunciabile di ogni persona»*⁵⁴. Tale criterio “oggettivo” del valore dell'esistenza ha fatto, peraltro, ancora riflettere le Sezioni Unite anche circa l'ipotesi di una gestazione per altri non onerosa. Al riguardo, *«il Collegio delle Sezioni Unite ritiene che non possa essere seguita la proposta interpretativa della Sezione rimettente di escludere il contrasto con l'ordine pubblico, e quindi di ammettere la delibazione, là dove la pratica della gestazione per altri sia considerata lecita nell'ordinamento di origine, in quanto frutto di una scelta libera e consapevole, revocabile sino alla nascita del bambino e indipendente da contropartite economiche. Il legislatore italiano, infatti, nel disapprovare ogni forma di maternità surrogata, ha inteso tutelare la dignità della persona umana nella sua dimensione oggettiva, nella considerazione che nulla cambia per la madre e per il bambino se la surrogazione avviene a titolo oneroso o gratuito. Indipendentemente dal titolo, oneroso o gratuito, e dalla situazione economica in cui versa la madre gestante (eventuale stato di bisogno), la riduzione del corpo della donna ad incubatrice meccanica, a contenitore di una vita destinata ad altri, ne offende la dignità, anche in assenza di una condizione di bisogno della stessa e a prescindere dal concreto accertamento dell'autonoma e incondizionata formazione del suo processo decisionale»*. Nella medesima direzione, il filosofo Massimo Cacciari ritiene *«veramente difficile stabilire la differenza tra consenso e sfruttamento ai fini economici, rischio infatti è che si crei un mercato dei più ricchi che sfruttano i più deboli»*⁵⁵.

Dalla prospettiva antropologica che ritiene non disponibile l'esistenza, riconoscendo alla stessa un valore e una dignità non comprimibili in ogni circostanza, si registra un ampio fronte di pensiero che riconosce l'impossibilità, per il bene comune, di ritenere leciti i contratti di maternità surrogata. Netta, *in primis*, è *«la condanna»* – come ricordano ancora le Sezioni Unite della Suprema Corte n. 3982/2022 – di *«qualsiasi forma di maternità surrogata a fini commerciali»* espressa anche dal Parlamento

⁵⁴ Cass. SS.UU., sentenza n. 3892/2022, cit.

⁵⁵ M. CACCIARI, intervista a *La Verità*, riportata il 12 giugno 2023 su <https://www.ilsussidiario.net/news/utero-in-affitto-cacciari-e-linferno-in-terra-cosi-le-donne-diventeranno-merce/2551019/>.

europeo nella propria risoluzione del 13 dicembre 2016 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea nel 2015". Altresì significativo l'esteso spettro culturale e politico che si oppone a tale pratica, al riguardo bastando ricordare gli appelli⁵⁶ che vanno succedendosi da tempo contro il fenomeno in parola, che «*offende i diritti dei bambini*» e «*mina la dignità della donne, soprattutto le più vulnerabili, mercificando i loro corpi*», come si legge si legge in una petizione *on line* contro l'utero in affitto lanciata nel gennaio 2021, fra gli altri, da Marina Terragni, Cristina Comencini, Silvia Costa, Francesca Izzo, Simonetta Matone, Giovanna Melandri, Susanna Tamaro, Paola Tavella, Livia Turco⁵⁷.

Dalle riportate prospettive valoriali, ne discende la necessità della permanenza anzi dell'allargamento del divieto giuridico, penalmente sanzionato, di gestazione per altri, da cui deriva, *more geometrico*, la nullità assoluta di ogni contratto per la maternità surrogata.

5. Il criterio per scegliere fra Prometeo e Francesco

Se si accetta che il dialogo tocchi davvero il fondo della questione, allora vanno anche indagati i criteri grazie ai quali ci si può confrontare, al fine di proporre, in base a essi, anche una scelta fra l'una o l'altra delle opzioni antropologiche che sono fatte emergere, quasi l'una di fronte all'altra, dalla questione dibattuta.

Ma abbiamo gli strumenti per giudicare ciò che viene proposto/imposto dal “cambio d'epoca” nella pretesa metamorfosi giuridica cui si è accennato? Soccorre, icastico, don Giussani: «*Questa è la prima cosa che corrisponde al cuore: io non c'ero, se voglio esserci devo seguire un altro. E chi mi parla dell'uomo in questo modo ha ragione. E chi*

⁵⁶Cfr. <https://laboratoriodonnae.wordpress.com/2020/01/12/lettera-alle-forze-di-governo/>; cfr. anche “L'appello. 500 firme a sinistra per dire no alla maternità surrogata”, in *Avvenire*, 30 maggio 2023. <https://www.libriadedelledonne.it/puntodivista/dallarete/lappello-500-firme-a-sinistra-per-dire-no-alla-maternita-surrogata/>; Alla petizione hanno aderito, infatti, molti esponenti delle aree del centro e del centro destra, ma anche personalità della sinistra quali Matteo Renzi, Nicola Zingaretti, Luigi Di Maio.

⁵⁷ Nello stesso senso, e fra i molti esempi possibili, già dal 2016 anche una personalità politica progressista quale Anna Finocchiaro dichiarava in aula al Senato che «*la mia contrarietà alla maternità surrogata non si fonda solo sull'inaccettabilità dello sfruttamento del corpo di una donna ... la mia ostilità si fonda anche su un'altra ragione: quella secondo cui la maternità surrogata è finalizzata alla produzione di corpi destinati allo scambio, spesso economico. Si tratta di bambini destinati ad essere prodotti da madre surrogata, su commissione, per essere destinati allo scambio: questo è il punto!*».

mi parlasse invece, dell'uomo come padrone del suo destino, capace di essere – “Vollí, sempre vollí, fermissimamente vollí” alla Alfieri –, mi inganna: è un inganno»⁵⁸.

Per questo, *«la parola coscienza sulla bocca del cristiano»* – sovvieni ancora don Giussani – *«è totalmente l'opposto di quella sulla bocca dell'uomo moderno. Sulla bocca dell'uomo moderno la parola coscienza significa il luogo dove uno genera i suoi pareri, i suoi pensieri, e ha il diritto di affermare quel che pensa e sente, perché intende sé come la sorgente di tutto: la coscienza è concepita come la sorgente dei criteri e dei pareri. Per l'uomo cristiano, – ma potremmo più in generale dire per l'homo religiosus⁵⁹ – invece, la coscienza è il “luogo di sé dove uno cerca e ascolta la verità di un Altro”»⁶⁰.*

Ecco il punto.

L'osservazione dell'umano, per come ci appare all'esperienza esistenziale propria di ciascuno, ci fa riconoscere – per usare l'efficacissima immagine di un pensatore laico quale Dario Antiseri – che *«l'uomo non è un costruttore di senso, bensì un mendicante di senso»⁶¹.*

Ciò significa che le “cose”, la bellezza del creato, la realtà, la natura e soprattutto le persone sono segno di Altro da sé, promessa e presentimento di un atteso Significato, poiché -come suggestivamente ricorda il poeta Montale, *«sotto l'azzurro fitto / del cielo qualche uccello di mare se ne va / né sosta mai: perché tutte le immagini portano scritto: “più in là!”»⁶².*

È uno sguardo che, di fronte al rilucere naturale dell'Essere nella maternità e nella vita nascente, si inchina commosso, rispettoso e teneramente grato per il dono di segni di tale grandezza e bellezza. È lo sguardo di Francesco d'Assisi, che guarda, con stupore, ogni aspetto dell'esistenza non come limite, come nemico del proprio valore, ma *«considerando che tutte le cose hanno un'origine comune, chiamava le creature, per quanto piccole, con il nome di fratello o sorella»⁶³,* percependole verso uno stesso destino buono, che riluce nel creato e nelle relazioni con gli altri uomini.

⁵⁸ L. GIUSSANI, *Si può (veramente?!) vivere così?* BUR, 1996, pag. 222, cit. in J. CARRON, *C'è speranza? Il fascino della scoperta*, Edizioni Mondo Nuovo, Pescara, p. 40.

⁵⁹ M. ELIADE, *Il sacro e il profano*, Boringhieri, Torino, 1973 (1956).

⁶⁰ L. GIUSSANI, *La convenienza umana delle fede*, citata in J. CARRON, *Il brillio degli occhi-Che cosa ci strappa dal nulla*, Edizioni Tracce, Roma, 2020.

⁶¹ D. ANTISERI, *Perché l'uomo continua a credere*, Morcelliana, Brescia, 2020.

⁶² E. MONTALE, *Maestrale*, in *Ossi di Seppia*, 1925.

⁶³ FRANCESCO, *Laudato si*, par. 11.

«Se noi ci accostiamo alla natura ... senza questa apertura allo stupore e alla meraviglia, se non parliamo più il linguaggio della fraternità e della bellezza nella nostra relazione con il mondo», afferma Papa Francesco nell'apertura della *Laudato si*, «i nostri atteggiamenti saranno quelli del dominatore, del consumatore o del mero sfruttatore delle risorse naturali, incapace di porre un limite ai suoi interessi immediati. Viceversa, se noi ci sentiamo intimamente uniti a tutto ciò che esiste, la sobrietà e la cura scaturiranno in maniera spontanea. La povertà e l'austerità di san Francesco non erano un ascetismo solamente esteriore, ma qualcosa di più radicale: una rinuncia a fare della realtà un mero oggetto di uso e di dominio»⁶⁴.

Tale postura antropologica diffida della tentazione di Prometeo, che pretende invece di riforgiare le fattezze e le dinamiche della vita, persino negando, con i contratti di maternità surrogata, l'originaria unità fisica e spirituale della maternità. Altresì, appare gravemente irragionevole ogni riduzione di tali Segni e delle persone che li incarnano a *res* di un soggetto che non si fa scrupolo di un dominio prepotente contro i più fragili.

Anzi, la “piccolezza” e la “fragilità”, come sono i tratti propri di un nascituro o di una madre tutta tesa verso lo straordinario “altro da sé” che custodisce fisicamente secondo la dinamica della natura, sono guardate come valore assoluto, e proprio simili circostanze “deboli” sono occasione per una accoglienza e una cura umane particolarmente intense, non per una appropriazione.

Così, possiamo constatare questa “epoca cambiata” appare paradossalmente un tempo privilegiato, perché ci provoca soprattutto a «difendere la ragione», anche «per esser cattolici»⁶⁵, come profetizzava il card. Newman all'unisono con la speranza espressa dalle parole del già citate di don Giussani, quando, allo spirare del secolo scorso, riteneva imprescindibile saper «offrire ragioni adeguate per seguire la Chiesa» e quello sguardo di speranza così umano sull'uomo, che veicola da oltre due millenni⁶⁶. Il che chiede sempre più, specie di fronte a pratiche come la GPA, «un lavoro su di sé che ci renda coscienti che concepire l'io come il tutto della vita – perché questo è il problema dell'individualismo: concepire l'io come il dio, l'idolo della propria vita – non è una

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ J.H. NEWMAN: «È venuto il tempo in cui i cattolici, che vivono di fede, per essere tali devono difendere la ragione», cit.

⁶⁶ Cfr. L. GIUSSANI, *L'uomo e il suo destino*. In cammino, Marietti Editore, Bologna, 1999, cit.

*posizione che porta alla felicità»⁶⁷. D'altronde, come ricorda con sincerità il cantautore italiano Roberto Vecchioni, nella tragedia di Eschilo è quello stesso emulo degli dei, Prometeo, ad ammettere di aver «*immesso nel cuore degli uomini speranze cieche*»⁶⁸.*

⁶⁷ M. G. LEPORI, *Cristo, vita della vita-Esercizi della fraternità di Comunione e liberazione*, Edizioni Mondo Nuovo, Pescara, 2022, p. 50.

⁶⁸ R. VECCHIONI, intervista a *Il Corriere della Sera*, 25 giugno 2023, citando Eschilo, *Il prometeo incatenato*.

Abstract

DOMENICO MENORELLO, Appunti sulla filigrana antropologica nei contratti di maternità surrogata

Lo scritto intende comprendere le radici culturali e antropologiche di numerose inedite e attuali pretese di veder riconosciuta validità giuridica a contratti di maternità surrogata, della cui radicale illiceità e nullità non si dovrebbe invece dubitare, in applicazione dei canoni ermeneutici tradizionali.

Vengono perciò approfondite le ragioni assiologiche di un uso tanto ardito della leva giuridica, innanzitutto brevemente ripercorrendo il ruolo del “diritto” nella indicazione sociale di valori, con particolare riferimento all’attuale “cambio d’epoca”. La volontà di rendere lecito il contratto di maternità surrogata corrisponde all’affermazione di un modello umano caratterizzato dalla pretesa di rimuovere ogni condizionamento naturale, nonché di dominare a tal punto il proprio simile, da reificare quali meri “oggetti” la gestante e l’embrione impiantato nella stessa. Donna, madre, maternità, generazione, gestazione, filiazione e figli divengono *res*.

Parole chiave: maternità surrogata, contratti, antropologia, filiazione, gestazione.

DOMENICO MENORELLO, Notes on the anthropological watermark in surrogacy contracts

The article intends to understand the cultural and anthropological roots of numerous unpublished and current claims to have surrogacy contracts recognized as legal validity, whose radical illegality and nullity should not be doubted, in application of traditional hermeneutical canons.

The axiological reasons for such a bold use of the legal lever are therefore explored in depth, first of all by briefly retracing the role of “law” in the social indication of values, with particular reference to the current “change of era”. The desire to make the surrogacy contract legal corresponds to the affirmation of a human model characterized by the claim to remove all natural conditioning, as well as to dominate one’s peers to such an extent as to reify the pregnant woman and the embryo as mere “objects”. implanted in it. Woman, mother, motherhood, generation, gestation, filiation and children become *res*.

Key words: surrogacy, contracts, anthropology, filiation, gestation.

ANTONIO CASCIANO

*Giurista, Bioeticista e Dottore di ricerca in Etica e Filosofia politico-giuridica
Università degli Studi di Salerno*

**ALTRUISMO, GRATUITÀ, SOLIDARIETÀ.
L'INSIDIOSO LESSICO DELL'ANTILINGUA
NELLA LEGITTIMAZIONE ETICA DELLA MATERNITÀ SURROGATA.
UN'ANALISI DELLA PROPOSTA DI LEGGE PRESENTATA
DALL'ASSOCIAZIONE LUCA COSCIONI***

SOMMARIO: 1. Il credo assiologico negazionale della modernità – 2. Una disamina della Proposta di legge dell'Associazione Luca Coscioni – 3. Attualità del dibattito – 4. L'intrinseca illiceità della pratica – 5. Il carattere reificante e spersonalizzante della maternità surrogata – 6. Quale libertà per i soggetti coinvolti? – 7. Disporre liberamente del proprio corpo? – 8. La donna e il suo preteso "potere" procreativo – 9. Il desiderio di genitorialità della coppia committente: quali confini? – 10. Conclusioni.

1. Il credo assiologico negazionale della modernità

Il paradosso della modernità sta tutto nell'incessante e sistematica opera di delegittimazione ideologica e destrutturazione anomica dei paradigmi della normatività etica, opera portata avanti, ad ogni latitudine, da agenti morali in obbedienza ad un sorta di *credo assiologico negazionale* al quale rendere l'omaggio di una fede incondizionata: l'universo post-morale in cui è immerso l'uomo moderno inibisce ogni disciplina o esercizio di tipo nomo-poietico e insieme determina l'obnubilamento della dimensione noetica postulata dal conoscere, sfociando in una forma di irrazionalismo epistemologico di cui è figlio il generalizzato esistenzialismo contemporaneo. Se questo non impedisce di accedere alle grandi risorse tecnico-investigative offerte dalle scienze moderne, tuttavia, in mancanza di un orizzonte assiologico positivo condiviso, tale accesso si rivela cieco, autoreferenziale, disorientante, sostanzialmente incapace di indirizzare la ricerca ad un *sensu* che non sia la mera formulazione di paradigmi utili a spiegare il mondo nella forma di un incessante progresso apparente, che sovente e sotto molteplici aspetti appare, invece, acriticamente regressivo.

* *Contributo sottoposto a valutazione.*

L'*homo faber*, modello archetipico dell'uomo rinascimentale, ha prodotto una progressiva eclissi della morale classica, che, seppur controversa, ha offerto per secoli un modello ordinamentale di riferimento per il mondo. Da allora, l'esposizione ossessiva, ipertrofica, incontrollata all'incedere sempre nuovo di pulsionalità desideranti, macchiniche, per dirla con Deleuze¹, pur rimarcando la "tolemaica"² ed egolatrica centralità cosmica dell'uomo moderno, nulla dice in merito al rapporto Soggetto-Oggetto, al nuovo *sensu* da dare al tutto, che non sia puramente destrutturante, negazionale, individuo-centrico.

La negazione teoretica di un *sensu oggettivo* delle cose implica, in fondo, che ciascuno può dare ad esse il significato (epistemologico) ed il senso (ontologico) che preferisce. Eppure, l'univoco, incontrovertibile postulato dell'esperienza pratica, non empirica, il dato a partire dal quale la ragione coglie l'ordine essenziale dell'universo è quello per cui *ogni cosa tende al bene che più conviene alla sua natura*, una regolarità causale e teleologica in forza della quale il mondo risulta *massimamente ordinato*³. Ma perché l'uomo, seguendo la naturale inclinazione che lo determina verso un comportamento che ha come fine il suo *bene*, tenda ad esso, deve *in primis conoscere* in cosa il suo *vero bene* consista e poi riconoscerlo anche in tutte quelle cose ulteriori che in qualche modo ad esso conducono come *mezzi*. Ecco perché il problema morale non può mai prescindere dal problema della verità, come l'etica non può fare a meno del discorso teoretico. C'è uno stretto legame tra libertà e verità, perché l'intelletto pratico postula sempre l'operatività previa di quello speculativo.

Da qui, il rifiuto, professato e qui argomentato, di ogni cornice *etica soggettivista*, di ogni morale di tipo *auto-nomo*, in ragione del fatto che un paradigma siffatto muove sempre dal mal funzionamento di quell'intelletto che, per *essere malato di soggettivismo*, non è più capace di cogliere il vero bene e ne coglie uno che è tale solo agli occhi della sua singolare individualità. In questo caso, *non si sceglie una cosa perché è veramente buona, ma è veramente buona perché la si è scelta*. Del pari, il rifiuto di ogni cornice *etica utilitaristica* in ragione del fatto che un modello simile legittima «*il mal funzionamento di quella volontà che, per essere guidata nelle sue scelte da ciò che è a sé utile, finisce per comandare all'intelletto di ritenere lecito tutto ciò che è appunto*

¹ Cfr. J. DELEUZE, F. GUATTARI, *L'Anti-edipo*, trad. it di A. Fontana, Einaudi, Torino, 2002.

² Cfr. S. COTTA, *L'uomo tolemaico*, Rizzoli, Milano, 1975.

³ Cfr. AGOSTINO DI IPPONA, *Il libero arbitrio*, Città Nuova, Roma, 2011.

funzionale a sé. In questo secondo caso, *la scelta non è guidata dalla verità in sé della cosa scelta, vista nel suo valore oggettivo, ma dall'utilità, per il soggetto, della cosa scelta*»⁴.

I paradigmi offerti dai modelli etici *soggettivista* ed *utilitarista* – assunti nel discorso morale contemporaneo a riferimenti meta-normativi esclusivi, universali ed indiscussi – assurgeranno, in questa sede, ad assi cartesiani in vista dell'inquadramento concettuale e morale della pratica della maternità surrogata (indicata con l'acronimo MS o GPA-*gestazione per altri*), in particolare, nella forma in cui essa è stata concepita e proposta dall'Associazione Luca Coscioni, la quale il 30 settembre 2020 (testo aggiornato al 26 gennaio 2021) presentava ufficialmente una Proposta di legge così rubricata: “*Gravidanza solidale ed altruistica per altri*”, i contenuti dispositivi del cui testo, poi depositato presso la Camera dei deputati, sono tornati prepotentemente di attualità negli ultimi giorni.

I problemi bio-etico-antropologici che, a partire da tale Proposta, si impongono alla nostra considerazione critica concernono i soggetti coinvolti nella pratica della MS, dalla *coppia committente*, con la sua richiesta di veder realizzato il desiderio di genitorialità per mezzo della disposizione del corpo di un'altra donna, alla *madre gestante*, con le ripercussioni fisiche e psichiche derivanti dal ruolo svolto nel contratto di surrogazione, insieme ai rischi di sfruttamento e reificazione connessi alla sua posizione, al *nascituro*, con il suo diritto a crescere con la certezza delle sue relazioni parentali e a veder preservato il suo equilibrio psico-fisico, affettivo e relazionale.

L'importanza cruciale di tali questioni, in uno alla diffusione crescente di questa pratica nel mondo, interpella con insistenza la nostra coscienza morale⁵.

⁴ Cfr. F. FIORENTINO, *Temi di filosofia Aristotelico-tomista. Verità, Bellezza e Scienza*, Vol. I, Editrice Domenicana Italiana, Napoli, 2008, pp. 153-154.

⁵ L'espressione “*gestazione per altri*” è quella più ampia ed indica tutte le forme in cui si ha una donna che porta avanti la gravidanza per conto di quelli che saranno i genitori legali del nascituro. L'ovulo che le viene impiantato può essere sia di una donatrice terza alla coppia committente, sia della futura madre legale (come succede in caso di donne che non possono portare avanti una gravidanza). In tutti i casi di gestazione per altri, comunque, gli ovuli non sono mai quelli della donna che porta avanti la gravidanza. In altri termini il bambino che nascerà non ha mai legami genetici con lei. L'espressione “*maternità surrogata*” è sostanzialmente un sinonimo di gestazione per altri (è una traduzione del termine *surrogacy*, con cui si definisce la pratica in inglese). Tuttavia, la differenza è che viene usato il termine «maternità» anche per indicare la gestazione, mentre quest'ultima – come detto – non è legata ad un'assunzione di responsabilità genitoriale da parte di chi si occuperà del nascituro. L'espressione “*utero in affitto*”, infine, allude espressamente all'idea che il corpo della donna possa venire usato per trarre profitti o essere sfruttato economicamente. In questa sede, le tre espressioni, per quanto adombrano le distinzioni semantiche ora accennate, verranno usate sostanzialmente come sinonimi.

Da qui, l'attenzione particolare rivolta in questa sede alla già menzionata Proposta di legge dell'Associazione Luca Coscioni, che pare assurgere a paradigma normativo per quanti, a diversi livelli, si stanno facendo propugnatori e propalatori di questa particolare forma di gestazione per altri, la quale dovrebbe trovare nel preteso suo carattere *solidale*, *altruistico* ed asseritamente *gratuito*, i presupposti della sua liceità sul piano morale e della sua legittimazione su quello giuridico ed ordinamentale.

2. Una disamina della Proposta di legge dell'Associazione Luca Coscioni

Il testo, organizzato in nove articoli, ripropone i contenuti dispositivi a partire dai quali giungere alla legittimazione, giuridica ed indirettamente morale, di un duplice assunto: 1) la liceità della pratica della MS "solidale ed altruista", comunque e da chiunque praticata, fra cui anche coppie omosex e single; 2) la legalizzazione dei percorsi di riconoscimento del rapporto di filiazione legittima per i nati, tutti, per mezzo del ricorso alla MS. Così nella presentazione che accompagna il testo della proposta: *«Ai fini della presente proposta di legge si definisce "gravidanza solidale e altruistica" la gestazione di una donna che sceglie manifestando la propria volontà autonomamente e liberamente formatasi, di accogliere nel proprio utero un embrione a seguito di fecondazione di gameti tramite tecniche di fecondazione in vitro e di favorirne lo sviluppo fino alla fine della gravidanza, al parto. Il percorso che si intende regolamentare, dunque, rappresenta una soluzione per i soggetti, singoli o per le coppie, che, a causa della loro sterilità e/o infertilità, non possono concepire o portare a termine una gravidanza per ragioni medico-fisiologiche o per situazioni personali».*

L'articolo 3 stabilisce i criteri soggettivi e oggettivi di accesso alla gravidanza solidale e altruistica, ferme restando la valutazione medica circa l'opportunità per il genitore singolo o per la coppia di ricorrere a tale percorso, da avviare quando le parti abbiano manifestato il loro consenso informato in forma scritta, e la valutazione psicologica, a seguito di un colloquio con lo psicologo-psicoterapeuta della struttura presso la quale si effettuano le procedure mediche di fecondazione in vitro.

È, altresì, previsto l'obbligo (comma 4) per i committenti di stipulare, prima del trasferimento dell'embrione in utero, una polizza in favore della gestante, per la copertura

di tutti i rischi connessi alla gravidanza e al parto, polizza che potrà essere estinta non prima di sei mesi successivi al parto, prorogabili di ulteriori sei mesi, in caso di complicazioni mediche sorte a seguito della gravidanza. È infine previsto l'obbligo (comma 5) per il genitore singolo o per la coppia di versare su un conto corrente dedicato un importo congruo a coprire tutti i costi relativi alla gravidanza solidale e altruistica, comprese le spese che saranno sostenute dalla gestante durante la gravidanza.

Nel definire poi la liceità dell'accordo di gravidanza solidale, fornendone, altresì, una definizione (commi 1 e 2), l'articolo 5 prescrive, al comma 3, la forma e le modalità di conclusione dell'accordo. In caso di controversie tra le parti, la competenza è attribuita, secondo quanto stabilito dal comma 5, al Tribunale del luogo in cui si sono svolte le procedure mediche di fecondazione in vitro. I commi 6, 8 e 9 disciplinano gli strumenti di tutela accordati alle parti, nonché l'obbligo del genitore singolo o della coppia (comma 8) di sostenere le spese, dirette e indirette, sostenute dalla gestante a motivo della gravidanza.

A regolamentare lo *status* giuridico dei nati a seguito di un accordo di gravidanza solidale e altruistica, anche in applicazione della legge straniera, compresi i Paesi dove è ammessa la gravidanza per altri a fini commerciali, è l'articolo 7 che, ai commi 1 e 2, prevede, rispettivamente, a tutela dei nati a seguito di tale accordo, anche all'estero, l'acquisizione dello *status* di figlio legittimo o riconosciuto del genitore singolo o della coppia, nonché la totale liceità della condotta di chi accede a tale percorso, anche all'estero, oltre che la regolare trascrizione nel registro del comune di residenza dei genitori degli atti di nascita legalizzati, apostillati prodotti dall'autorità straniera competente.

Infine, l'articolo 9 contiene un espresso rinvio, per quanto non espressamente previsto o disciplinato, alle norme vigenti in materia di procreazione medicalmente assistita, salva la liceità dell'accordo di gravidanza solidale e altruistica, anche se sottoscritto all'estero in applicazione del modello giuridico della gravidanza a fini commerciali o di altri modelli.

3. Attualità del dibattito

Le disposizioni contenute nella menzionata Proposta, qui sinteticamente riportate, permettono di evidenziare l'attualità, sociale, politica e mediatica, che il dibattito sul tema

sta assumendo e che pare aver radicalizzato l'opposizione tra quanti puntano a una legislazione uniforme in materia e quanti, al contrario, vedendo in questa pratica uno strumento di violazione sistematica dei diritti fondamentali, rifiutano qualsiasi tentativo di legalizzazione della stessa⁶.

In ogni caso, tutte le volte in cui la nascita sia stata la conseguenza di un contratto di surrogazione, possono sorgere questioni legali inerenti, ad esempio, all'acquisto e all'esercizio delle responsabilità genitoriali, all'applicazione delle norme in materia di filiazione legittima e successione, all'attribuzione della paternità legale, o, infine, alla titolarità di alcuni diritti fondamentali del nascituro, relativi alla nazionalità, alla residenza, o all'ingresso nei Paesi di origine dei committenti.

Orbene, sgombrando il campo dalle questioni giuridiche, che non saranno oggetto di trattazione in questa sede, la nostra attenzione sarà rivolta a una serie di aspetti che, riguardanti la *madre gestante*, ovvero l'altro soggetto debole – contrattualmente, personalmente e materialmente – oltre al *nascituro*, nella complessa vicenda umana implicata dalla pratica della MS, emergono in tutta la loro criticità, ovvero: 1) i meccanismi di selezione del capitale umano da impiegare nella surrogazione, al fine di evidenziarne l'invasività rispetto alla persona, alla *privacy*, alla dignità della candidata⁷ alla gestazione per altri; 2) l'infondatezza delle argomentazioni⁸ di quanti rifiutano l'idea di una deriva *reificante* ontologicamente propria di detta pratica; 3) le ragioni impiegate

⁶ Cfr., all'uopo, la Risoluzione del Parlamento Europeo del 17 dicembre 2015 sulla relazione annuale in tema di “*Diritti umani e democrazia nel mondo nell'anno 2014*”, e sulle politiche dell'Unione Europea in materia. In particolare nel par. 115, si legge: «*Condanna la pratica della gestazione per sostituzione che è contraria a la dignità umana della donna, giacché il suo corpo e le sue funzioni riproduttive si utilizzano come una materia prima; considera che debba proibirsi questa pratica, che implica lo sfruttamento delle funzioni riproduttive e l'utilizzazione del corpo con fini economici o di altro tipo, in particolare nel caso delle donne vulnerabili nei Paesi in via di sviluppo, e chiede che si esamini con urgenza nell'ambito degli strumenti dei diritti umani*».

⁷ Nella valutazione del fatto in sé del portare avanti una gravidanza per un'altra donna, possono essere desunti dalla Convenzione di Oviedo (Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e la biomedicina del 4 aprile 1997), importanti principi in relazione al compimento di atti di disposizione del corpo, che devono caratterizzarsi per la assoluta gratuità, l'autodeterminazione del disponente e l'affidamento delle parti coinvolte. Secondo l'interpretazione corrente della Convenzione, i singoli casi di maternità surrogata devono garantire il rispetto della libertà e della consapevolezza del consenso liberamente espresso dalle parti, che richiede una puntuale informazione e una tendenziale revocabilità della volontà sino all'ultimo momento utile. Sulla base della Carta di Nizza (Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata nel corso del Consiglio Europeo di Nizza del 20 dicembre 2000), poi, gli atti dispositivi del corpo vengono ritenuti contrari ai principi fondamentali di dignità e libertà, sulla base di una valutazione di immoralità riferita prevalentemente al carattere oneroso, cioè compiuto dietro corrispettivo, dell'atto di disposizione (art. 3 comma 2).

⁸ Cfr. A. CASCIANO, *La subrogación en la maternidad. Fenomenología de una interacción humana despersonalizadora*, in *Cuadernos de Bioética*. 2018, 29 (95), pp. 39-56.

per giustificare la liceità morale di questa pratica, nella sua forma solidale ed altruistica; 4) l'esposizione dei motivi che fondano la proposta di una proibizione giuridica a livello globale della MS⁹.

4. L'intrinseca illiceità della pratica

Ebbene, rispetto a un quadro così complesso, va subito chiarito come l'eventuale sentimento di altruismo e/o solidarietà che ispirasse ed animasse, anche per l'intera durata della gravidanza, la madre gestante nei confronti dei committenti, nulla toglie all'intrinseca illiceità di questa pratica per tutta una serie di logiche, meccanismi e prassi da essa implicati e che paiono tali da attentare alla dignità morale dei soggetti coinvolti, specie di quelli più deboli. Mi riferisco a: 1) le asimmetrie di *status* sociale tra coppia committente e madre gestante, quasi sempre presenti; 2) le dinamiche di separazione forzata previste ed attuate, in particolare tra madre gestante e nascituro; 3) le fasi di raccolta, elaborazione e archiviazione dei dati sensibili, tanto dei donatori di gameti, quanto delle candidate alla surrogazione, in vista della classificazione del relativo capitale umano, che consenta alla coppia committente una scelta personalizzata tra molte opzioni possibili.

L'invasività di tali accertamenti si spinge al punto di prevedere, nella quasi totalità dei casi, indagini relative alle relazioni affettive, familiari e di coppia della gestante, per escludere soggetti la cui instabilità emotiva potrebbe dar vita a complicazioni nella fase gestazionale, o in quella di consegna del neonato alla coppia committente, dopo il parto. La fase del *counseling* psicologico, poi, implica di norma che siano discussi con la candidata *topics* relativi a: 1) i rischi di legami affettivi con il feto che potrebbero insorgere durante la gravidanza; 2) l'impatto della gravidanza sul matrimonio, gli equilibri di coppia, la carriera lavorativa della futura gestante; 3) il difficile bilanciamento

⁹ Il 15 marzo del 2016, la Commissione per gli Affari sociali, la salute e lo sviluppo sostenibile, rifiutava di adottare la relazione presentata dalla senatrice belga e membro dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa Petra de Sutter, intitolata: "*Diritti umani e questioni etiche connesse con la surrogazione*" e che puntava al riconoscimento legale e alla regolamentazione minima di questa pratica in Europa. La raccomandazione proponeva di affidare al Comitato dei Ministri il compito di «*considerare l'opportunità e le possibilità di attuazione di linee guida a livello europeo per garantire i diritti dei bambini in relazione agli accordi di maternità surrogata*», nonché di «*collaborare con la Conferenza dell'Aja di Diritto Internazionale Privato (HCCH) in punto di status giuridico dei bambini, inclusi i problemi relativi ai rapporti di genitorialità in relazione ad accordi internazionali di surrogazione, con lo scopo di portare e garantire la posizione del Consiglio d'Europa all'interno degli eventuali strumenti multilaterali elaborati dal HCCH*».

tra diritto alla *privacy* della futura gestante e diritti ad essere informati della coppia committente.

I test di natura clinica, infine, finalizzati alla ricostruzione anamnestica di tutte le informazioni concernenti lo stato di salute fisica della candidata¹⁰, includono di regola un *focus* necessario sia sulle sue abitudini sessuali, al fine di limitare rischi di contagio del feto con malattie sessualmente trasmissibili, sia sulle dinamiche di precedenti gravidanze, al fine di accertare l'eventuale tasso di abortività spontanea della donna, la cui eventuale incidenza diviene criterio di esclusione dalla lista delle "candide ideali".

Costituiscono, ancora, di norma, cause di esclusione della candidata: a) l'accertamento di pregressi e certificati stati depressivi, ansiosi, psicotici; b) uno stile di vita "caotico" o eccessivamente stressante; c) una fragilità emotiva che potrebbe creare problemi in fase di separazione, alla nascita, dal feto; d) eventuali precedenti problemi nei rapporti con la giustizia e l'autorità costituita.

La scelta della futura madre, insomma, dovrà risultare sempre il più possibile in linea con i gusti della coppia committente, che non a caso potrà contare sulle garanzie offerte da un vero e proprio contratto, così esplicitamente definito dall'art. 5 comma 1 della Proposta di legge qui in discussione: in forza contratto di surrogazione, si legge, la *«gestante esprime il consenso alla rinuncia della maternità con conseguente riconoscimento dei diritti genitoriali nei confronti del nascituro in favore della persona singola o della coppia. Tale rinuncia deve essere espressa, in forma scritta, prima dell'avvio delle procedure mediche di fecondazione in vitro, e controfirmata anche della persona con cui la gestante è eventualmente sposata, unita civilmente o convivente ai sensi dell'articolo 1, commi da 37 a 67, della legge 20 maggio 2016, n. 76 e comporta l'automatica esclusione della presunzione di paternità di cui all'art. 232 comma 1 del codice civile»*.

¹⁰ L'art. 4 comma 4 della proposta di legge qui discussa, così dispone: *«La gestante è tenuta a sottoporsi ad accurati controlli medici, presso una struttura sanitaria, al fine di accertare l'assenza di patologie che rappresentino un rischio per la gravidanza, nonché per la salute della stessa gestante e tale condizione deve essere attestata per scritto, tramite il rilascio di una certificazione, da parte della struttura ove sono stati effettuati i controlli. Il trasferimento dell'embrione in utero può essere effettuato solo dopo l'avvenuto rilascio di tale certificazione e la verifica del possesso dei requisiti previsti dall'articolo 3. La gestante e la persona con cui la gestante è sposata, convivente o unita civilmente ai sensi dell'articolo 1, commi da 37 a 67, della legge 20 maggio 2016, n. 76, nonché la persona singola o la coppia sono tenuti a sottoporsi, prima del trasferimento dell'embrione in utero, a tutti gli esami clinici previsti dalla normativa vigente per i donatori di gameti, ferma restando la valutazione medica circa l'opportunità di effettuare ulteriori esami clinici, nel rispetto del benessere delle parti»*.

Ma l'invasività della pratica della MS nella vita della madre gestante si può altresì cogliere nella serie ampia di prescrizioni che la stessa è tenuta normalmente ad osservare nella fase della gestazione¹¹. Le limitazioni potrebbero teoricamente andare dalle normali precauzioni tese a garantire la preservazione della salute del feto – ad esempio, divieto di fumare, di assumere alcool o droghe – fino a tutta una serie di prescrizioni che possono incidere profondamente sullo stile di vita della medesima, alla quale potrebbero essere indicati, a titolo di esempio: la dieta da osservare, gli *hobby* o gli sport che può praticare, le regole della vita sessuale con il partner durante la gravidanza. La sorveglianza può essere attuata in forme più o meno stringenti, addirittura con visite o telefonate periodiche, da parte di legali e/o psicologi, la cui presenza non potrà non alterare profondamente la naturale dinamica delle relazioni familiari della gestante, oltre che di quelle intrauterine con il feto.

5. Il carattere reificante e spersonalizzante della maternità surrogata

Le modalità attuative della MS qui descritte, permettono a ragione di parlare di un processo di reificazione in detrimento delle madri gestanti, tenuto conto di: 1) le limitazioni gravi imposte alla vita della madre gestante durante il tempo della gravidanza; 2) le asimmetrie informazionali, culturali e sociali esistenti tra i committenti da un lato e la madre gestazionale¹² dall'altro; 3) i rischi per la salute psichica della madre gestante, specie nella fase post-parto, una volta avvenuta la separazione¹³ dal nascituro; 4) l'obbligo di dichiarare in anticipo di rinunciare a qualsiasi diritto parentale sul bambino, obblighi che incidono anche sulla sfera giuridica del marito della gestante, tenuto a sua volta a dichiarare, fin dal principio, che compirà ogni atto necessario a respingere la presunzione¹⁴ di paternità; 5) la sostanziale iniquità delle somme corrisposte, che mai

¹¹ L'art. 5 comma 6 della proposta di legge qui discussa, così dispone: «*La gestante si impegna ad astenersi dall'assumere qualsiasi condotta che possa essere considerata pregiudizievole o non idonea al suo stato di gravidanza e, dunque, potenzialmente dannosa per la salute del feto e a sottoporsi a tutti gli accertamenti medici previsti nel corso di una gravidanza*».

¹² J. DAMELIO, K. SORENSEN, *Enhancing autonomy in paid Surrogacy*, in *Bioethics*, 5, 2008, pp. 269-270.

¹³ L'art. 5 comma 7 della proposta di legge qui discussa, così dispone: «*L'accordo di gravidanza per altri solidale esclude qualsiasi relazione giuridica tra la gestante e i nati, ad eccezione dell'ipotesi in cui, al verificarsi di una controversia in merito al riconoscimento del rapporto di genitorialità con i nati, ai sensi dell'articolo 7, comma 8, il tribunale del luogo in cui sono state effettuate le procedure mediche di fecondazione in vitro adito dalle parti decida di riconoscere la genitorialità in favore della gestante*».

¹⁴ L'art. 5 comma 1 della proposta di legge qui discussa, così dispone: «*La gestante esprime il consenso alla rinuncia della maternità con conseguente riconoscimento dei diritti genitoriali nei confronti del nascituro in favore della persona singola o della coppia. Tale rinuncia deve essere espressa, in forma*

possono vedersi come eque controprestazioni, considerando che i rischi implicati in questa pratica per la gestante.

Da tutto quanto appena descritto, si evince facilmente come quelli della reificazione, della strumentalizzazione, della spersonalizzazione della madre gestante siano effetti e caratteri ontologicamente propri, *costitutivi* della MS, cioè non legati solo all'eventualità di abusi perpetrati ai danni della parte contrattualmente più debole dell'accordo di surrogazione nei Paesi dove più facile appare vulnerare le prerogative giuridiche fondamentali di una persona¹⁵, ma piuttosto insiti ad ogni forma di surrogazione nella maternità, sia essa attuata dietro corrispettivo economico, o in assenza di esso.

Sebbene il profilo etico di queste due ultime ipotesi appaia differente, un giudizio di inaccettabilità morale le accomuna, dacché nel primo caso è operata la cessione di un bambino in cambio di denaro, così riducendo un essere umano ad oggetto di una transazione economica; nel secondo caso, sebbene in assenza di una controprestazione di natura economica, si attua comunque tanto un'arbitraria disposizione della vita di un essere umano, quale quella del nascituro – questa volta trasformato nell'oggetto di un preteso atto di liberalità – quanto un arbitrario utilizzo del corpo femminile, trasformato dalla madre gestante in un *quid* che, lungi dal continuare ad essere la «*ipostatizzazione di quella dimensione razionale e spirituale propriamente umana cui diamo il nome di dignità*»¹⁶, viene ridotto a strumento di assoggettamento personale, ancorché volontario.

Né vale controbattere al primo punto osservando che ad essere ceduta è invero la mera potestà giuridica sul bambino e non il bambino stesso, ovvero solo i cosiddetti diritti parentali, dal momento che la potestà è solo la forma astratta della cessione, laddove l'oggetto concreto dell'interesse, tanto del cedente come del cessionario, rimane il bambino. L'oggetto del contratto sinallagmatico di compravendita, che al pari della donazione, rientra nel novero dei contratti reali, non può mai essere l'astratto concetto di proprietà, dovendo identificarsi necessariamente con un bene, una *res* scambiata in concreto appunto, qual è il nascituro¹⁷.

scritta, prima dell'avvio delle procedure mediche di fecondazione in vitro, e controfirmata anche della persona con cui la gestante è eventualmente sposata».

¹⁵ A. DONCHIN, *Reproductive tourism and the quest for global justice*, in *Bioethics*, 24, 2010, pp. 323-332.

¹⁶ A. APARISI MIRALLES, *El principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho global*, in *Cuadernos de Bioética*, XXIV, 2013/2^a, pp. 201-221.

¹⁷ A. TRABUCCHI, *Il figlio, nato o nascituro*, inestimabilis res, e non soltanto res extra commercium, in *Rivista di diritto civile*, 1, 1992, p. 218.

La natura eminentemente economica dell'accordo sotteso alla surrogazione solidale per altri, secondo la lettera della Proposta qui in esame, emerge in tutta la sua consistenza se solo si consideri non solo l'obbligo per i committenti di accollarsi le spese, mediche e non, sostenute dalla gestante, *«il cui importo è stabilito nell'accordo tenendo conto dell'impegno fisico ed emotivo sostenuto dalla gestante nel corso della gravidanza e della perdita di capacità reddituale della stessa a partire dal periodo che precede la gestazione, nel corso della stessa e successivamente al parto, compreso il periodo di astensione obbligatoria dal lavoro previsto dalla legislazione vigente»*¹⁸, ma anche gli ulteriori esborsi di cui gli stessi dovranno farsi carico, allorché *«la gestante sia lavoratrice autonoma o lavoratrice atipica»*, ai cui fini si dovrà tener conto *«altresì, conto del danno economico a essa derivante dalla differenza tra il reddito percepito nell'anno precedente a quello in cui ha stipulato l'accordo di gravidanza per altri solidale e l'anno in cui ha iniziato la gestazione, assicurando il rimborso del mancato guadagno»*.

Non solo, ma a sottolineare la natura assolutamente non gratuita, né liberale della gestazione oggetto dell'accordo qui esaminato, è altresì previsto che *«ai fini del rimborso delle spese sostenute, a causa della gestazione, dalla gestante, nonché dalla persona con cui la stessa è sposata, unita civilmente o convivente ovvero da una persona accompagnatrice, di cui al presente comma, tali spese devono essere documentate in forma scritta, certificate e approvate dall'avvocato dinanzi al quale è stipulato l'accordo di gravidanza per altri solidale»*. Dunque, rimborso *obbligatorio* a carico della coppia committente di tutte le spese sostenute dalla gestante e dal suo partner a motivo della gravidanza, non solo in termini di danno emergente, ma anche di eventuale lucro cessante, secondo una logica riparatoria normalmente invalente nel giudizio civile di risarcimento del danno.

Inoltre, è previsto che i legali delle parti, alla cui presenza l'accordo di surrogazione dovrà necessariamente essere sottoscritto, prima ancora dell'avvio delle procedure mediche di fecondazione *in vitro*, debbano verificare che *«a) il reddito della gestante sia conforme a quanto previsto dall'articolo 4, comma 3: b) sia stato aperto il conto corrente dedicato di cui all'articolo 3, comma 6, mediante il versamento dell'importo stabilito dall'accordo di gravidanza per altri solidale, idoneo a coprire tutti i costi relativi alla gravidanza e al parto, comprese le spese di cui al comma 8 del presente articolo; c) sia*

¹⁸ Così nell'art. 5 comma 8 della Proposta di legge in discussione.

stata stipulata la polizza assicurativa di cui all'articolo 3, comma 5, in favore della gestante, per la copertura di tutti i rischi connessi alla gravidanza e al parto»¹⁹.

Infine, oltre all'obbligo di stretta segretezza dell'accordo, cui la parti devono prestare consenso, è previsto che «*al fine di tutelare gli interessi dei nati in caso di morte della persona singola o della coppia ovvero di impossibilità degli stessi di esercitare, per altre cause, la responsabilità genitoriale, la persona singola o la coppia devono procedere, mediante testamento, atto pubblico o scrittura privata autenticata, alla designazione di un tutore*»²⁰.

6. Quale libertà per i soggetti coinvolti?

Orbene, alla luce di simili obbligatorie e stringenti misure che devono assistere le parti coinvolte nell'accordo – come accade in ogni tipo di accordo sinallagmatico, a prestazioni corrispettive passibili di valutazione propriamente economica – sono molti quelli che credono che simili garanzie valgano ad assicurare la prestazione di un consenso autenticamente libero da parte delle gestante, fuggendo il rischio di uno sfruttamento legalizzato perpetrato ai suoi danni, magari indotto dal contesto di povertà e/o di privazione nel quale essa realmente vive. Così, a detta di questi, mancherebbero di una volontà autenticamente libera le sole gestanti provenienti da situazioni di povertà assoluta, mentre la scelta compiuta in un contesto libero da necessità impellenti, come nel caso di una donna occidentale media che offrisse il suo utero in un accordo di surrogazione solidale e altruistica, potrebbe considerarsi fatta mediante una volontà non viziata²¹. Invero, l'esclusione – peraltro mai reale, come visto – di una transazione economica nel caso della MS solidaristica, non esclude (semmai conferma) la logica mercificante di tale pratica, laddove si consideri che a poter essere donati sono sempre e solo degli oggetti, non certamente delle persone, e che la logica stessa del dono sembra implicare una quantificazione/quantificabilità del donato in vista di un possibile ritorno²².

Ebbene, ci si chiede, quale stima si potrebbe fare della vita di un essere umano ridotta in questo caso ad oggetto del dono stesso?

¹⁹ Così nell'art. 5 comma 3 della Proposta di legge in discussione.

²⁰ Così nell'art. 5 commi 10 e 11 della Proposta di legge in discussione.

²¹ R.A. POSNER, *The Ethics and Economics of Enforcing Contracts of Surrogate Motherhood*, in *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, 21, 1989, p. 24.

²² Cfr. M. MAUSS, *Saggio sul dono. Forma e motivo dello scambio nelle società arcaiche*, (trad. it. di F. Zannino), Einaudi, Torino, 2002.

Il fatto che la madre gestante si limiti a mettere a disposizione l'utero, e non anche il gamete femminile, provverebbe, per alcuni, che il figlio sarebbe invero della madre committente, titolare, insieme al marito ugualmente donante, del patrimonio genetico del nascituro, e non certamente della gestante, la quale dunque non donerebbe nè venderebbe alcunché, ma solo metterebbe a disposizione il suo utero per la gestazione. Ma anche una simile osservazione rinvia alle relazioni di dominio iscritte in tale pratica: il figlio non può, in forza della dignità che gli è propria, appartenere ad alcuno, ma solo essere un *soggetto di diritto autonomo* da qualsiasi altro, in forza della sua dignità speciale ed inalienabile, ancorché calato in una rete di relazioni significanti e plasmanti fin dalla nascita.

In ogni caso, e in ultima istanza, il fatto che una donna accetti, coscientemente e razionalmente di essere madre per surrogazione, potrebbe descriversi come un caso nel quale ella starebbe scegliendo secondo *arbitrio*, ma non secondo una volontà autenticamente *libera*. Questa è la distinzione sottesa all'elaborazione moral-filosofica di Sant'Agostino prima e San Tommaso poi, per i quali la *libertà maggiore* dell'uomo²³, la sua *volontà*²⁴, ovvero il tendere razionalmente e scientemente verso beni ultimi e non negoziabili, che la coscienza morale suggerisce ad ognuno, fa tutt'uno con la realizzazione del bene universale.

Quest'ultimo aspetto sembra mancare nella pratica della MS, anche solidale, nella misura in cui non si considerano né il bene effettivo del bimbo – obbligato a nascere fuori da una relazione naturale tra i suoi genitori, come frutto di un accordo che implica la presenza, che permarrà durante tutta la sua vita, di una persona terza rispetto alla coppia –, né al bene della gestante – portata a pensarsi come uno strumento per il soddisfacimento di un desiderio altrui –, né, probabilmente, della coppia committente – che semplicemente pensa al soddisfacimento di un impellente desiderio di genitorialità. Per questo si può affermare che la gestante può giungere a scegliere *arbitrariamente*, ma mai *liberamente*.

Le azioni che un uomo compie possono dirsi veramente *sue* solo quando ha scelto *liberamente* di compierle, scelta che sarà possibile considerare moralmente giusta o ingiusta solo se operata, si ripete, in una completa libertà di autodeterminazione²⁵.

²³ Cfr. AGOSTINO DI IPPONA, *Il libero arbitrio*, Città Nuova, Roma, 2011.

²⁴ TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 13, a. 1

²⁵ G.G. GRISEZ, *The way of Lord Jesus. Christian Moral Principles*, Vol. I, Franciscan Herald Press, Chicago, 1983, p. 41.

A sua volta, una scelta libera presuppone una triplice istanza: 1) un'alternativa reale tra opzioni possibili; 2) l'esigenza di eleggerne una; 3) l'esclusiva personalità della deliberazione, senza che nulla dall'esterno possa averne condizionato la dinamica. Una scelta così fatta, rivela l'identità propriamente umana e morale di una persona, «*l'identità esistenziale integra di un individuo, l'individuo completo in tutte le sue manifestazioni, guidato dal bene morale e da cattive scelte, ma pur sempre disposto a fare ulteriori scelte*»²⁶. La libertà dell'agente morale incontra il suo limite, ma anche la sua fonte esattamente qui, nella responsabilità verso chi ha di fronte, con la sua intangibile libertà morale, il quale fa tutt'uno col nostro Io, rendendolo un Io responsabile dell'altro: «*L'Altro, assolutamente altro – Altri – non limita la libertà del Medesimo. Chiamandola alla responsabilità, la instaura e la giustifica*»²⁷.

Ebbene, i soggetti coinvolti nella pratica della MS sono obbligati, contrattualmente, ad ignorare gli appelli che un'etica della "responsabilità" rivolge a ciascuno di essi e in particolare alla gestante, che dunque mai potrà dire di aver agito *liberamente* fin quando avrà scelto obliando l'obbligo morale di *rispondere* prima a se stessa – quanto alla mercificazione, reificazione, monetizzazione del proprio corpo che attenta alla sua dignità²⁸ – e poi al figlio che nascerà, costretto a portare per sempre lo stigma, personale, morale, culturale, di essere stato concepito, portato in grembo, dato alla luce e ceduto dietro un corrispettivo sinallagmatico, contrattualmente fissato, ovvero per effetto di un atto di liberalità che in nessun momento lo libera da una dinamica reificante²⁹.

L'assenza di una volontà veramente libera nella determinazione della madre gestante, ovvero la sua falsa coscienza, il suo "difettivo consenso"³⁰, permetterebbero di parlare della coercizione come di un carattere proprio della MS e come il presupposto per argomentarne un aspetto costitutivo ulteriore, quello cioè dello *sfruttamento* indotto da tale pratica, come confermato dai fattori di vessazione, a livello di pratiche socio-sanitarie, già elencati sopra e divenuti emblematici della surrogazione praticata in Paesi particolarmente poveri. Né vale obiettare che tali caratteri inumani della MS potrebbero essere vinti semplicemente eliminando le cause sociali del disagio, o disciplinando ogni

²⁶ *Ivi*, p. 59.

²⁷ E. LÉVINAS, *Totalità e Infinito. Saggio sull'esteriorità*, (trad. it. di A. Dell'Asta), Jaca Book, Milano, 1980, p. 202.

²⁸ A. DWORKIN, *Right-wing Women*, Perigee Book, New York, 1983, p. 184.

²⁹ M.J. RADIN, *Market-Inalienability*, in *Harvard Law Review*, 8, 1987, p. 1849.

³⁰ A. WOOD, *Exploitation*, in *Social Philosophy and Policy*, 12, 1995, p. 137.

aspetto dei possibili accordi di surrogazione, così da assicurare una tutela legale più stringente della madre gestante³¹.

In realtà, il carattere reificatorio della pratica di MS sta non solo nel difetto di una volontà libera della candidata, o nelle condizioni ambientali nelle quali matura la sua scelta, o ancora nelle asimmetrie relazionali tra le parti coinvolte, ma soprattutto nel fatto che l'offerta *pro aliis*, gratuita oppure no, di un servizio riproduttivo, come di un servizio sessuale, implica sempre una strumentalizzazione della donna, ovvero una lesione ineludibile della sua dignità, quali che siano le condizioni nelle quali si perfeziona l'accordo³².

7. Disporre liberamente del proprio corpo?

Parlando delle pratiche implicanti la reificazione, la spersonalizzazione/mercificazione di una persona, Martha Nussbaum argomenta sostenendo che esisterebbero almeno sette diversi modi di comportarsi, concettualmente distinti, sottesi al termine "oggettificazione" – nessuno dei quali implica necessariamente l'altro, anche se ci sono molte connessioni complesse tra di essi – ciascuno dei quali appare agli occhi dell'autrice grandemente problematico sul piano morale: «1) Strumentalità: il soggetto strumentalizzante tratta l'oggetto come uno strumento per i suoi scopi; 2) Negazione dell'autonomia: il soggetto strumentalizzante tratta l'oggetto come privo di autonomia e autodeterminazione; 3) Inerzia: il soggetto strumentalizzante tratta l'oggetto come privo di agency e forse anche di attività; 4) Fungibilità: il soggetto strumentalizzante considera l'oggetto intercambiabile: (a) con altri oggetti dello stesso tipo e/o (b) con oggetti di altri tipi; 5) Violabilità: il soggetto strumentalizzante tratta l'oggetto come qualcosa che è lecito rompere, frantumare, infrangere; 6) Proprietà: il soggetto strumentalizzante tratta l'oggetto come qualcosa che è di proprietà di un altro, che può essere comprato o venduto, ecc.; 7) Negazione della soggettività: il soggetto strumentalizzante tratta l'oggetto come qualcosa la cui esperienza e i cui sentimenti (se ci sono) non devono essere presi in considerazione»³³.

³¹ S. WILKINSON, *The exploitation argument against commercial surrogacy*, in *Bioethics*, 2, 2003, p. 186.

³² Sulla "dignità" come concetto fondamentale della biogiuridica, si veda A.M. GONZÁLEZ, *La dignidad de la persona, presupuesto de la investigación científica*, in J. BALLESTEROS, A. APARISI (a cura di), *Biotecnología, dignidad y derecho: bases para un dialogo*, EUNSA, Pamplona, 2004, pp. 17-42.

³³ M.C. NUSSBAUM, *Objectification*, in *Philosophy and Public Affairs*, Fall. 1995, 24, 4, in *Research Library Core*, pp. 249-291, e spec. p. 257. Nostra la traduzione.

Ebbene, appare chiaro come il trattare le *cose* come oggetti non costituisca di per sé un'ipotesi di oggettificazione, poiché l'oggettificazione/reificazione implica il trasformare in una cosa, il trattare come una cosa, qualcosa che una cosa non è, ovvero una *persona* : «*L'oggettificazione consiste nel trattare un essere umano in uno o più di questi modi [...]. Nel complesso, mi sembra che "oggettificazione" sia un termine cluster relativamente libero, per la cui applicazione a volte consideriamo sufficiente una qualsiasi di queste caratteristiche, anche se più spesso una pluralità di caratteristiche è presente quando il termine viene applicato. Chiaramente [...], abbiamo qualche ragione di pensare che questi sette elementi siano almeno dei segnali di ciò che molti hanno trovato moralmente problematico*»³⁴.

Dunque, considerando:

1) la visione *strumentale* del corpo della gestante da parte dei committenti, che lo considerano come funzionalmente assoggettato alla realizzazione del loro desiderio di genitorialità;

2) il negare rilevanza e dignità alla capacità di decisione *autonoma* della gestante rispetto al feto che porta in grembo;

3) il concepire la gestante in un'ottica di pura *fungibilità* strumentale, rispetto al solo obiettivo che rileva in un accordo di surrogazione, ancorché solidale ed altruistico;

4) l'idea della liceità dell'interruzione del legame comunicativo intrauterino, estremamente significativo per lo sviluppo del feto e non solo, che si è instaurato tra la gestante ed il feto;

5) l'idea della *violazione/violabilità* delle relazioni familiari e coniugali in cui la gestante è calata;

6) la concezione inesorabilmente *proprietaria* che accompagna i committenti rispetto al feto, specie quando ad essi geneticamente legato;

7) il disinteresse contrattualizzato verso ogni forma di sentimento e stato d'animo *soggettivo* provato dalla gestante, i cui stati d'animo non meritano menzione alcuna nell'accordo di surrogazione,

non si può non concludere nel senso di ritenere lo *sfruttamento* , la *coercizione* , la *reificazione* , la *mercificazione* , l' *oggettificazione* come effetti tipici della MS, solidale o non, effetti che possono variare in quantità o combinarsi variamente a seconda del luogo

³⁴ *Ivi*, p. 258. Nostra la traduzione.

nel quale tale pratica viene effettuato, ma che appaiono sostanzialmente identici sotto il profilo qualitativo e, dunque, propri di tale tecnica³⁵.

8. La donna e il suo preteso “potere” procreativo

E tuttavia, l’armamentario dialettico cui si continua a ricorrere per giustificare l’accesso e la legalizzazione, giuridica e morale, di tale pratica, si serve essenzialmente di tre argomenti principali: 1) la libera disponibilità del proprio corpo da parte della madre gestante; 2) il libero esercizio del “potere” procreativo intrinsecamente legato al corpo della donna, presupposto di emancipazione sociale della stessa; 3) la libera interazione tra soggettività desideranti, ovvero il desiderio della madre gestante di corrispondere al desiderio di genitorialità della coppia committente³⁶.

Ora, proprio sul corpo visto come nudità biologica, organica, materiale, sembrano appuntarsi i desideri, le rivendicazioni, le aspirazioni dei soggetti coinvolti nella pratica della MS: il corpo gestante della madre surrogata; il legame biologico che deve esistere tra il padre, ed eventualmente, la madre committente e il figlio; il corpo del neonato, da assicurare immediatamente alle braccia della coppia appaltante una volta separato dal grembo della madre surrogata. In tutti questi casi, assistiamo ad una dazione commerciale, o almeno sinallagmatica – “*Ti do, perché tu mi dia*” – e dunque strumentalizzante del corpo umano, o almeno di alcune sue parti: il ventre, lo sperma, gli ovuli, il feto.

Nel caso della madre gestante, poi, l’indisponibilità a se stessa del suo proprio corpo, in vista della realizzazione dei desideri riproduttivi della coppia committente, l’*impossibilità* cioè di mettere a disposizione, a titolo oneroso o gratuito, il proprio utero per fini procreativi altrui, riposa su una visione del corpo umano da intendersi come *totalità donata*, prima ancora che donante: dal momento che nessuno può liberamente determinarsi nel nascere, ne segue che il corpo non dovrebbe mai considerarsi come oggetto di una proprietà personale, sul quale poter accampare diritti, ma essere visto come un *quid* ricevuto, come un dono offerto appunto³⁷. La *visione del corpo come dono* fatto

³⁵ A. WERTHEIMER, *Two Questions About Surrogacy and Exploitation*, in *Philosophy and Public Affairs*, 21, 1992, pp. 71-92.

³⁶ C. SHALEV, *Birth Power: The Case for Surrogacy*, Yale University Press, New Haven, 1991.

³⁷ A. MALO, *Il corpo umano tra indisponibilità e autodeterminazione: un caso di giustizia asimmetrica*, in *Metodologia, Didattica e Innovazione Clinica – Nuova Serie*, 19, 2011, p. 12.

ad ogni persona in maniera *sostanzialmente*, non *accidentalmente*, identica, permette di parlare di “corpo personale”, da accettarsi nell’adesione ad un’etica della cura e della corresponsabilità, dimensioni che ci introducono all’idea del limite nella disponibilità del corpo stesso.

Contro l’idea della piena autonomia nella disposizione del corpo, la logica del dono ci impone di rifiutare tutto ciò che appare in distonia con le sue leggi, l’uso utilitaristico del corpo per fini di “produzione”, ad esempio, come nel caso della MS tanto commerciale, quanto solidaristica. Quando la *generazione* umana è assimilata alla *produzione*, quantunque non commerciale, di feti da scambiare o anche donare, il corpo viene necessariamente *oggettificato*, smarrendo quella determinante dimensione personale e soggettiva cui si accennava sopra, cosa che non si verifica nel caso io sceglessi di donare, in maniera *veramente e pienamente gratuita*, solo un mio organo – un rene, per esempio – in vista della necessità di tenere in vita una persona che diversamente non avrebbe possibilità di sopravvivere.

L’oggettificazione del corpo umano sottesa alla messa a disposizione degli organi di riproduzione ha un’immediata ricaduta in termini di perdita di valore assoluto della persona umana – la cui dignità è apparsa essere quella di una soggettività da intendersi nella duplice dimensione spiritual-corporale – e ciò perché solo gli oggetti, come insegnava Kant, possono essere scambiati dietro la corresponsione di un prezzo³⁸. Nel caso della MS il processo di reificazione investirebbe tanto la madre gestante quanto il neonato, entrambi fatalmente attratti in una logica di riduzionismo oggettificante che attende alla dignità morale di entrambi, come abbiamo avuto modo di acclarare sopra³⁹.

Dunque le preclusioni maggiori all’indiscriminata disponibilità del corpo umano – di quello della gestante nel caso di specie – crediamo riposino su: 1) l’esistenza di limiti previsti legislativamente, all’interno degli ordinamenti positivi delle civiltà giuridiche più avanzate, alla libera disposizione contrattuale del corpo umano⁴⁰; 2) l’assenza di un consenso autenticamente libero all’accordo di surrogazione da parte della candidata alla gestazione, come visto sopra; 3) la latente ed ineludibile logica di reificazione che la pratica della MS porta con sé, reificazione che sembra investire tanto la gestante – portata

³⁸ I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, (trad. it. di F. Gonnelli), Laterza, Roma-Bari, 1997, p. 103.

³⁹ N. LOPEZ MORATALLA, *El cigoto de nuestra especie es cuerpo humano*, in *Persona y Bioética*, 12, 2010, p. 122.

⁴⁰ A. MUSUMECI, *Costituzione e bioetica*, Aracne Editrice, Roma, 2005, pp. 78-81.

a concepire il suo corpo come strumento per l'attuazione di finalità ri-produttive etero-indotte ed etero-dirette – quanto la creatura che darà alla luce – vista come oggetto del soddisfacimento dell'altrui desiderio di genitorialità.

9. Il desiderio di genitorialità della coppia committente: quali confini?

La seconda argomentazione usata per giustificare la liceità dell'accesso alla MS fa leva, come visto, sulla presunta libertà di esercizio del “potere” procreativo, intrinsecamente legato al corpo della donna, da parte della madre gestante, libertà che assurgerebbe in tale pratica a presupposto di emancipazione sociale della medesima. La recente speculazione filosofico-politica, in particolare, ha riflettuto sull'opportunità di considerare la pratica della MS quale nuovo paradigma prestazionale nel bio-lavoro globale⁴¹. I mercati della riproduzione assistita sono, del resto, in costante crescita a livello globale, come prova il numero sempre maggiore di coppie che, intente a veder realizzato il loro desiderio di genitorialità, ricorre alla fecondazione *in vitro* come alla MS. Il lavoro clinico, in queste pratiche, sfrutta brevetti che sono tra i più redditizi dell'intera economia post-industriale, ma relega la forza-lavoro coinvolta in tali processi, la madre gestante in particolare, a livelli di inquadramento tra i più bassi e in-formalizzati, livelli che includono e attingono per lo più a classi sociali ed economiche marginalizzate⁴².

La critica di due autrici, Cooper e Waldbly, ha assunto come bersaglio polemico la caratteristica del bio-mercato globale di riprodurre i meccanismi di assoggettamento e soggettivazione che l'economia di stampo capitalista ha dimostrato di alimentare e perpetuare. Con il sistema del bio-lavoro globale, cioè, l'alienazione umana prodotta dal capitale non sparisce affatto, ma si trasforma: l'investimento si privatizza nella figura dell'imprenditrice di se stessa, ora impegnata nella valorizzazione della sua persona per mezzo dello sfruttamento di parti del suo corpo⁴³. La proprietà del brevetto da parte delle cliniche, poi, del lavoro cioè non fisico ma intellettuale, garantisce il ritorno di un profitto che, lungi dall'essere socializzato, appare privatizzato, esclusivo, speculativo. Insomma, l'*economia dei corpi* ha portato alla creazione di cornici disciplinari e governamentali che

⁴¹ M. COOPER, C. WALDBY, *Biolavoro globale. Corpi e nuova manodopera*, (trad. it. di A. Balzano), DeriveApprodi, Roma, 2015.

⁴² *Ivi*, pp. 157-159.

⁴³ *Ivi*, p. 139.

riproducono meccanismi di s-oggettivazione nuovi, perché basati su elementi di assoggettamento bio-politico inediti, quali appunto l'ordine della salute, della privacy, dei ruoli di genere e delle strutture etero-normative in cui siamo immersi.

Una simile impostazione critica, postula, anche se non menziona, il dramma di una cultura antropologica nuova, che punta sempre più a normalizzare i processi di separazione simbolico-culturale e pratico-effettuale tra la donna e la sua capacità riproduttiva, legittimando letture riduzionistiche che, attentando alla sua dignità, alimentano forme sempre nuove di schiavitù, di assoggettamento, il superamento delle quali passa necessariamente per la riabilitazione di una visione che riproponga il dato *dell'incommerciabilità ed inalienabilità di alcune funzioni propriamente femminili*, oltre che autenticamente umane, quali quelle sessuali e riproduttive.

Uno sguardo integrale rivolto alla condizione ontologica della donna, ci introduce al mistero di un'unità profonda tra la sua corporeità, la sua sessualità e la sua capacità generativa. Ogni tentativo di separare queste dimensioni, favorendo l'assolutizzazione di una di esse a scapito delle altre, sarebbe causa di forzature strumentalizzanti che attentano alla sua dignità.

10. Conclusioni

La terza ed ultima obiezione, inerisce alla possibilità che la madre gestante giustifichi la sua adesione ad un accordo di surrogazione con l'intenzione di voler corrispondere al desiderio genitoriale della coppia committente. È forse il caso di soffermarsi a considerare più da vicino la fisionomia di questo desiderio, che sembra implicare dinamiche di razionalità ed affettività che il ricorso alla tecnica e il prevalere dell'emotività hanno radicalmente pervertito. Il corto circuito dipende dal fare della paternità e della maternità essenzialmente un progetto della ragione, la realizzazione di una volontà libera, di un mero desiderio di genitorialità appunto, realizzabile attraverso una serie di atti ed espedienti tecnici in sequenza, da considerarsi quali altrettanti *steps* in vista del conseguimento del risultato atteso. È questa la mentalità spesso sottesa allo stesso desiderio di genitorialità, ad oggi sempre più vissuto come portato emozionale di un non meglio definito timore della diversità a causa di una mancanza – in questo caso di un figlio – o come supporto prospettico ad una relazione di coppia che difetta dei numeri necessari a rimanere in piedi e a camminare da sola, o ancora come volontà di riscatto e

prevaricazione contro limiti che, posti dalla natura, sono scambiati per insopportabili tare culturali.

L'emotività autoreferenziale di questa volontà di omologazione spesso fonda un desiderio di genitorialità che, potendo contare *on demand* sul potere prometeico della tecnica, ripropone il corto circuito di una narrazione che non riuscendo più a scorgere i nessi profondi tra i poli di sessualità ed affettività, di concepimento e generazione, di maternità e femminilità, di capacità generativa e dignità, pensa di poterli porre, scomporre, ricomporre, eventualmente deporre, *ad nutum*, incurante del fatto che l'identità di ogni soggetto è plasmata all'interno di necessari legami di generazione e riconoscimento.

Introdurre logiche di corresponsione economica, logiche di scambio, di reciprocità valutabili, all'interno di tali dinamiche significa obbedire ad impulsi ispirati da una progettualità puramente autoreferenziale, soggettivista, sostanzialmente dimentica del fatto che la relazione tra soggettività ugualmente libere e degne non può essere resa *asimmetrica* da condizionamenti imposti iniquamente, sfruttando cioè posizioni di predominio che sempre finiscono col generare prevaricazioni, inautenticità, assoggettamenti. E questo sembra essere esattamente il caso del desiderio di genitorialità sotteso alla pratica della MS, solidale e non, dove i desideri personali ordiscono prevaricazioni ai danni dei più deboli e i singoli processi di soggettivazione, originati da preesistenti asimmetrie relazionali, producono stigmi esistenziali che segneranno per sempre la vita dei soggetti in essa coinvolti. Nella costellazione fatta di femminilità, maternità, generazione, famiglia, nella quale la pratica della MS ci proietta, si avverte la sistematica assenza dell'attenzione sensibile all'altro, l'algida freddezza di un proceduralismo bio-medico e tecnico che impone l'abdicazione cosciente al *darsi conto* della presenza dell'altro. Nella pratica della MS si assiste, cioè, ad un'interazione *monadica* tra le parti, che innesca un'accurata *profilassi emotiva del vissuto altrui*, presupposto irrinunciabile dell'efficacia disgregativa che è chiamata ad operare tra soggettività distinte, eppure rese prossime dalla profondità di legami biologici destinati ad essere soppiantati dall'artificialità dei vincoli giuridici⁴⁴.

⁴⁴ Sull'aspetto creativo dell'artificio giuridico in tema di procreazione assistita, si veda G. DURANTE, *L'artificio giuridico e il fantasma della natura*, in A. CATANIA, F. MANCUSO (a cura di), *Natura e artificio. Norme, corpi e soggetti, tra diritto e politica*, Mimesis, Milano, 2011, pp. 143-158; M. IACUB, *Dal buco della serratura. Una storia del pudore pubblico dal XIX al XXI secolo*, (trad. it. di G. Durante), Dedalo, Bari, 2010, in particolare pp. 5-37.

La descritta esclusione della ragione *empatica*, l'adesione inopinata a modelli etici ispirati ad un *emotivismo soggettivista*, l'assunzione di una cornice di riferimento meta-morale di stampo *utilitarista, funzionalista, edonista*, come denunciato in apertura del presente contributo, annichiliscono il portato umano delle relazioni presenti nella pratica della MS, inaridendo la capacità di tutti i soggetti coinvolti di penetrazione introspettiva. Nella pratica della MS, l'assenza di uno sguardo empatico tra i soggetti tutti coinvolti genera cioè lacerazioni – tra madre gestante e bambino; tra madre gestante e coppia committente; tra questi soggetti e gli eventuali donatori esterni di gameti – che, occultate dai successi rivendicati dall'efficientismo della tecnica, ammantano di normalità pratiche di prevaricazione e assoggettamento, reificazione e spersonalizzazione, generando logiche inumane di sfruttamento e strumentalizzazione.

Né pare che questi rischi possano essere evitati, scongiurati, superati per mezzo di norme giuridiche più stringenti, le quali, per un lato finirebbero con il garantire la coercibilità di molte prestazioni incluse negli odierni contratti di surrogazione e ad oggi non esigibili (si pensi, ad esempio, all'obbligo di abortire feti malformati, o di consegnare il feto appena nato in ogni caso, anche quando la madre abbia maturato una scelta differente), per un altro lato offrirebbero una cornice legale di protezione e tutela giuridica e giudiziaria a quanti commettono abusi, vessazioni, prevaricazioni in danno delle parti contrattualmente più deboli, ossia la madre gestante e il feto appunto.

Abstract

ANTONIO CASCIANO, Altruismo, gratuità, solidarietà. L'insidioso lessico dell'antilingua nella legittimazione etica della maternità surrogata. Un'analisi della Proposta di legge presentata dall'Associazione Luca Coscioni

La proposta di legge presentata dall'Associazione Luca Coscioni per il riconoscimento giuridico in Italia della pratica della maternità surrogata – qui assunta a modello di una concezione antropologica spersonalizzante che pervade tutte le proposte volte a legittimare tale pratica nel mondo – pone una serie di importanti problemi bio-etico-antropologici che si impongono alla nostra considerazione critica e che concernono i soggetti coinvolti nella pratica della MS, dalla coppia committente, con la sua richiesta di veder realizzato il desiderio di genitorialità per mezzo della disposizione del corpo di un'altra donna, alla madre gestante, con le ripercussioni fisiche e psichiche derivanti dal ruolo svolto nel contratto di surrogazione, insieme ai rischi di sfruttamento e reificazione connessi alla sua posizione, al nascituro, con il suo diritto a crescere con la certezza delle sue relazioni parentali e a veder preservato il suo equilibrio psico-fisico, affettivo e relazionale. L'importanza cruciale di tali questioni, in uno alla diffusione crescente di questa pratica nel mondo, interpella e sollecita un giudizio radicalmente critico in ordine a tale pratica, che ne imporrebbe una moratoria a livello internazionali per tutta una serie di ragioni che si è cercato di mettere a fuoco nella riflessione che segue.

Parole chiave: maternità surrogata, sfruttamento, spersonalizzazione, contratto di surrogazione, libera scelta, gratuità e solidarietà.

ANTONIO CASCIANO, Altruism, gratuitousness, solidarity. The insidious lexicon of anti-language in the ethical legitimation of surrogacy. An analysis of the legislative proposal presented by the Luca Coscioni Association

The bill presented by the Luca Coscioni Association for the legal recognition in Italy of the practice of surrogacy – here assumed as a model of a depersonalizing anthropological conception that pervades all the proposals aimed at legitimizing this practice in the world – poses a series of important problems bio-ethical-anthropological aspects that impose on our critical consideration and which concern the subjects involved in the practice of MS, by the commissioning couple, with their request to see their desire for parenthood realized through the disposition of another woman's body, to the pregnant mother, with the physical and psychological repercussions deriving from the role played in the surrogacy contract, together with the risks of exploitation and reification connected to her position, to the unborn child, with its right to grow up with the certainty of its parental relationships and to see it preserved his psycho-physical, emotional and relational balance. The crucial importance of these issues, in conjunction with the growing diffusion of this practice throughout the world, calls for and urges a radically critical judgment regarding this practice, which would impose a moratorium on it at an international level for a whole series of reasons that have been sought to focus on in the following reflection.

Key words: surrogacy, exploitation, depersonalization, subrogation contract, free choice, gratuitousness and solidarity.

GIUSEPPE MARRA

Magistrato dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione

INIZIO 2024: ANCORA IN TEMA DI MATERNITÀ SURROGATA, DAL PAPA ALLA CORTE DI CASSAZIONE*

SOMMARIO: 1. Le parole di Papa Francesco sulla maternità surrogata – 2. La posizione della Corte di Cassazione – 3. La maternità surrogata offende la dignità della donna – 4. La gestazione per altri “altruistica” non esiste nella realtà.

1. Le parole di Papa Francesco sulla maternità surrogata

Nel corso dell'incontro con gli ambasciatori degli Stati accreditati presso la Santa Sede svoltosi il giorno 8 gennaio 2024, il Santo Padre, all'interno di un più ampio discorso sulla pace, ha affermato anche importanti parole nei riguardi della cosiddetta maternità surrogata, tra cui: *«la via della pace esige il rispetto della vita, di ogni vita umana, a partire da quella del nascituro nel grembo della madre, che non può essere soppressa né diventare oggetto di mercimonio»*. Nello specifico, ha poi aggiunto: *«Ritengo deprecabile la pratica della cosiddetta maternità surrogata, che lede gravemente la dignità della donna e del figlio....Essa è fondata sullo sfruttamento di una situazione di necessità materiale della madre. Un bambino è sempre un dono e mai oggetto di un contratto»*. Di seguito l'appello agli ambasciatori dei 184 Stati invitati alla cerimonia: *«Auspicio un impegno della comunità internazionale per proibire a livello universale tale pratica»*¹.

Già due anni prima, rivolto alle associazioni familiari cattoliche, aveva denunciato: *«la pratica inumana e sempre più diffusa dell'utero in affitto, in cui le donne, quasi sempre povere, sono sfruttate, e i bambini sono trattati come merce»*.

Non può sfuggire l'importanza delle nette parole utilizzate da Papa Francesco, soprattutto quelle contenenti l'invito rivolto alla comunità internazionale per vietare a livello universale la pratica della cosiddetta maternità surrogata. Il concetto di divieto si accompagna necessariamente alla previsione di una sanzione in caso di violazione del

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Il contenuto dell'intervento del Papa è descritto da Michele Morsa sul sito di informazione *Euronews.com* del 08/01/2024. Gli stessi concetti sono stati poi ribaditi nel documento “*Dignitas Infinita*” redatto dal Dicastero per la dottrina della Chiesa in data 8 aprile 2024.

divieto stesso, pena l'inefficacia di qualsivoglia normativa impeditiva; che poi sia una sanzione penale ovvero solo amministrativa, è certamente questione di non poco conto, soprattutto dal punto di vista tecnico-giuridico.

Tuttavia, pur nella consapevolezza che l'intervento del Papa è stato incidentale e non specifico sul tema della maternità surrogata, ci sia consentito svolgere una minima osservazione critica, laddove pare venga rappresentata la pratica del cosiddetto "utero in affitto" come collegata inscindibilmente a fenomeni di sfruttamento di donne in situazione di grave difficoltà economica, soprattutto ove ciò avvenga in paesi dove esiste davvero, ed in termini drammatici, la povertà per fasce significative della popolazione.

Questa rappresentazione è vera, ma, purtroppo, non copre tutti i casi che è possibile osservare nella realtà. Infatti, ci sono paesi sicuramente ricchi come il Canada e gli Stati Uniti, dove è possibile trovare giovani donne disponibili alla gestazione per altri non perché costrette dalla miseria, ma perché desiderose di guadagnare un bel po' di soldi, per pagarsi l'università o per comprarsi una casa più confortevole, tanto per fare esempi molto concreti.

Si è, quindi, fuori dal campo dello sfruttamento in senso stretto, entrando, invece, nelle ipotesi di maternità surrogata come scelta libera e consapevole della donna, volta ad ottenere un'importante remunerazione economica a fronte dell'utilizzo del proprio corpo per fini procreativi altrui. Si potrebbe fare un parallelismo, certamente forte ma utile a comprendere la realtà, con il fenomeno della prostituzione, che per secoli è stata associata alle condizioni di povertà delle donne costrette dalla necessità economica a vendere il proprio corpo, per giungere, in alcuni casi riscontrabili soprattutto nelle società occidentali degli ultimi anni, alla prostituzione come scelta volontaria e per nulla costretta, finalizzata ad avere guadagni "facili".

Vi è poi una terza ipotesi, la cosiddetta gestazione per altri solidaristica o gratuita, quella che verrebbe fatta come gesto di amore o di donazione altruistica in favore della coppia che non può avere figli, sulla cui verificabilità nella realtà, però, è più che lecito dubitare.

2. La posizione della Corte di Cassazione

La Corte di Cassazione, con l'ordinanza, Sez. 1 civ., n. 85 del 03/01/2024, è tornata a pronunciarsi sul tema della surrogazione di maternità compiuta all'estero, ribadendo i

principi espressi dalla nota sentenza delle Sez. Un. civ., n.1842 del 30.12.2022, Rv.666544, che, con ampia e approfondita motivazione, hanno affermato la non trascrivibilità dell'originario atto di nascita che indichi il genitore d'intenzione quale genitore del bambino, insieme al padre biologico che ne ha voluto la nascita ricorrendo alla surrogazione nel Paese estero, sia pure in conformità della "lex loci".

Il 2024 inizia perciò con il consolidamento del filone giurisprudenziale della Suprema Corte che vede la pratica della maternità surrogata compiuta all'estero come contraria all'ordine pubblico internazionale perché idonea ad offendere in modo intollerabile la dignità della donna.

Nella citata ordinanza si riafferma testualmente quanto segue:

1. *«Il ricorso ad operazioni di maternità surrogata, quali che siano le modalità della condotta e gli scopi perseguiti, offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane; non è, pertanto, automaticamente trascrivibile in Italia il provvedimento giurisdizionale straniero, e di conseguenza l'originario atto di nascita, che indichino il genitore d'intenzione quale genitore del bambino, insieme al padre biologico che ne ha voluto la nascita ricorrendo alla surrogazione nel Paese estero, sia pure in conformità della "lex loci"»;*

2. *«Il minore nato all'estero mediante il ricorso alla surrogazione di maternità ha un diritto fondamentale al riconoscimento, anche giuridico, del legame sorto in forza del rapporto affettivo instaurato e vissuto con il genitore d'intenzione; tale esigenza è garantita attraverso l'istituto dell'adozione in casi particolari, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. d) della l. n. 184 del 1983 che, allo stato dell'evoluzione dell'ordinamento, rappresenta lo strumento che consente, da un lato, di conseguire lo "status" di figlio e, dall'altro, di riconoscere giuridicamente il legame di fatto con il "partner" del genitore genetico che ne ha condiviso il disegno procreativo concorrendo alla cura del bambino sin dal momento della nascita».*

3. *«In tema di riconoscimento delle sentenze straniere, l'ordine pubblico internazionale svolge sia una funzione preclusiva, quale meccanismo di salvaguardia dell'armonia interna dell'ordinamento giuridico statale di fronte all'ingresso di valori incompatibili con i suoi principi ispiratori, sia una funzione positiva, volta a favorire la diffusione dei valori tutelati, in connessione con quelli riconosciuti a livello internazionale e sovranazionale, nell'ambito della quale, il principio del "best interest*

of the child” concorre a formare l’ordine pubblico che, in tal modo, tende a promuovere l’ingresso di nuove relazioni genitoriali, così mitigando l’aspirazione identitaria connessa al tradizionale modello di filiazione, in nome di un valore uniforme rappresentato dal miglior interesse del bambino»;

4. *«Il riconoscimento dell’efficacia di un provvedimento giurisdizionale straniero, con il quale sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all’estero mediante il ricorso alla gestazione per altri e il genitore d’intenzione munito della cittadinanza italiana, trova ostacolo nel divieto assoluto di surrogazione di maternità, previsto dall’art. 12, comma 6, della l. n. 40 del 2004, volto a tutelare la dignità della persona umana nella sua dimensione non solo soggettiva, ma anche oggettiva; ne consegue che, in presenza di una scelta legislativa dettata a presidio di valori fondamentali, non è consentito al giudice, mediante una valutazione caso per caso, escludere in via interpretativa la lesività della dignità della persona umana e, con essa il contrasto con l’ordine pubblico internazionale, anche laddove la pratica della surrogazione di maternità sia il frutto di una scelta libera e consapevole della donna, indipendente da contropartite economiche e revocabile sino alla nascita del bambino».*

3. La maternità surrogata offende la dignità della donna

Non si intende in questa sede commentare i quattro principi sopra riportati, dato che la sentenza delle Sezioni Unite n.1842/2022, ribadita dall’ordinanza n. 85/2024, è stata già commentata da molteplici ed eccellenti giuristi.

Ci si limita a sottolineare un punto della decisione: la Suprema Corte ritiene che la pratica della maternità surrogata contrasti con l’ordine pubblico internazionale, *«anche laddove sia il frutto di una scelta libera e consapevole della donna, indipendente da contropartite economiche e revocabile sino alla nascita del bambino».*

Nel caso di specie, i due uomini che hanno proposto ricorso per Cassazione avverso la sentenza della Corte di appello di Palermo (che aveva ritenuto legittima la decisione dell’Ufficiale dello Stato civile di Trapani di negare la richiesta di rettifica dell’atto di nascita trascritto in Italia al fine di indicare anche il genitore di intenzione come secondo genitore accanto al padre naturale), hanno dedotto, tra i vari motivi, proprio l’argomentazione della mancanza di lesione della dignità della madre naturale. Si è affermato a tal fine *«che il ricorso alla gestazione per altri – laddove essa sia disciplinata*

in maniera rigorosa, in modo tale da non ledere la libera autodeterminazione, la dignità e la salute della gestante, come sarebbe avvenuto nel caso in esame – soddisferebbe il desiderio umano e insopprimibile, tutelato anche dalla Costituzione italiana ex artt. 30 e 31, di formare una famiglia».

In altre parole, secondo i ricorrenti, laddove la gestazione per altri venga praticata fuori da situazioni di sfruttamento della miseria altrui, come si può immaginare avvenga negli Stati Uniti, nell'ambito di un trasparente contratto con la donna, la quale scelga liberamente e consapevolmente come utilizzare il proprio corpo, con possibilità di poter revocare fino all'ultimo il suo consenso al contratto di "cessione" del nascituro, non vi sarebbe alcuna lesione della dignità della donna, venendo, così, meno ogni profilo di immeritevolezza di tutela giuridica della pratica *de qua*.

La Cassazione, come sottolineato, è di contrario avviso, anche se, forse, la motivazione sul punto avrebbe potuto esplicitare meglio le ragioni di fondo di tale contrarietà. Si sarebbe potuto affermare con maggior nettezza che la violazione della dignità umana, e quindi dell'art. 2 della Costituzione, sta nel fatto che ogni essere umano, quindi anche il nascituro, non può mai diventare l'oggetto di un contratto; l'essere umano non può mai essere una "cosa", "un bene", una merce che si vende e neppure che si "regala", concludendo magari un bel contratto di donazione.

Solo se si riafferma con forza questa verità ontologica, che prescinde quindi dal possibile sfruttamento della donna in condizioni di povertà, si uscirà definitivamente dall'equivoco, per nulla casuale, per cui accanto alla maternità surrogata "cattiva" perché oggetto di una compravendita, vi sarebbe, invece, la gestione per altri "buona", perché fatta gratuitamente, per spirito altruistico, come gesto di amore in favore della coppia richiedente, che magari neppure si è mai conosciuta prima e si è incontrata solo tramite una delle tante agenzie che si occupano di questa pratica.

Basterebbe ricordare uno dei capisaldi dei valori morali dell'Occidente, l'imperativo categorico indicato da Immanuel Kant, nella seconda formulazione, che dice «*agisci in modo da trattare l'umanità, sia nella tua persona sia in quella di ogni altro, sempre anche come fine e mai semplicemente come mezzo*»².

² «L'imperativo pratico sarà dunque il seguente: "agisci in modo da trattare l'umanità, sia nella tua persona sia nella persona di ogni altro, sempre anche come scopo, né mai come semplice mezzo": I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, Milano, 1995, pp. 169-171.

4. La gestazione per altri “altruistica” non esiste nella realtà

Quanto all’ipotesi della gestazione per altri cosiddetta *altruistica*, non è difficile comprendere, anche in base a semplici ragionamenti razionali, che quest’ultima ipotesi non esiste nella realtà (se non nel caso di scuola della donna che dona alla sorella sterile un bambino come gesto di amore fraterno), e che dietro la facciata di un contratto a titolo gratuito vi sarebbero, invece, ricchi rimborsi spese o remunerazioni e compensazioni camuffate o occulte, che celerebbero in realtà la vera natura sinallagmatica degli accordi contrattuali, in modo da aggirare gli eventuali divieti di gestazione per altri a titolo oneroso³.

Come detto, il tema non può essere affrontato nella semplicistica e nichilistica dicotomia tra contratto a titolo oneroso ovvero a titolo gratuito. Riprendendo le sintetiche ma efficaci parole di Papa Francesco, «*un bambino è sempre un dono e mai oggetto di un contratto*», neppure se ciò sia utile a soddisfare il legittimo desiderio di genitorialità di una coppia, che ben potrebbe scegliere, invece, di adottare un bambino che, per uno dei vari eventi del destino, non può avere l’amore dei propri genitori naturali.

³ Per un approfondimento metagiuridico sulla cd. gestazione per altri a fine solidaristico si veda A.R. VITALE, *Rilievi biogiuridici su onerosità e gratuità della maternità surrogata*, in *L-JUS*, 2018, fasc.1.

Abstract

GIUSEPPE MARRA, Inizio 2024: ancora in tema di maternità surrogata, dal Papa alla Corte di Cassazione

L'autore prendendo spunto dalle parole di Papa Francesco e dal contenuto di una decisione della Corte di Cassazione, fatti avvenuti entrambi all'inizio del 2024, ha evidenziato che la pratica della cosiddetta maternità surrogata è gravemente lesiva della dignità sia della donna che mette a disposizione il proprio corpo sia del nascituro che si vedrà privato della madre naturale, e ciò a prescindere dal fatto che alla base ci sia un accordo economico con la coppia di genitori intenzionali, in quanto un essere umano non dovrebbe mai diventare "l'oggetto" di un contratto, anche ove questo fosse a titolo gratuito e non derivante da fenomeni di eventuale approfittamento della situazioni di miseria della gestante. Si evidenzia, peraltro, che la cd. gestazione per altri per finalità altruistiche è un'ipotesi nella realtà inesistente, e che essa, in verità, è utilizzata per aggirare i divieti di maternità surrogata a pagamento celando, invece, ricchi rimborsi spese o remunerazioni camuffate o occulte.

Parole chiave: maternità surrogata, Corte di Cassazione, dignità umana della donna, dignità del nascituro, Papa Francesco.

GIUSEPPE MARRA, Early 2024: still on the topic of surrogacy, from the Pope to the Court of Cassation

The author taking inspiration from the words of Pope Francesco and the content of a decision of the Supreme Court of Cassation, both events which occurred at the beginning of 2024, highlighted that the practice of so-called surrogacy is seriously detrimental to the dignity of both the woman who makes her body available and the unborn child who will be deprived of his natural mother, and this regardless of the fact that there is an economic agreement with the couple of intended parents, as a human being should never become the "object" of a contract, even if it is free of charge and not the result of any exploitation of the pregnant woman's misery. It should also be noted that the so-called gestation for others for altruistic purposes is a non-existent hypothesis in reality, and that it is actually used to circumvent the prohibitions on paid surrogacy by concealing rich reimbursement of expenses or camouflaged or hidden remuneration.

Key words: surrogacy, Court of Cassation, human dignity of women, dignity of the unborn child, Pope Francesco.

PARTE SECONDA
STUDI DI DIRITTO CIVILE

STEFANO NITOGLIA

Avvocato in Roma

**I CONTRATTI DI MATERNITÀ SURROGATA.
NOZIONE, PROBLEMI DI ESECUZIONE,
CLAUSOLE ABORTIVE, DIRITTO DI RECESSO***

SOMMARIO: 1. La procreazione medicalmente assistita – 2. La maternità surrogata – 3. I contratti di maternità surrogata – 4. I contratti di maternità surrogata sono validi? – 5. La giurisprudenza in materia – 6. Recesso e revoca del consenso – 7. Clausole abortive – 8. Considerazioni finali.

1. La procreazione medicalmente assistita

La questione della maternità surrogata si inserisce in quella della procreazione medicalmente assistita. Questa, in Italia è regolata dalla legge 19 febbraio 2004, n. 40 intitolata “*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*”, che è stata oggetto di diverse pronunce della Corte costituzionale e di numerosi interventi della magistratura cosiddetta “creativa”.

In attuazione della suddetta normativa sono stati emanati, ex art. 7 della legge citata, diversi decreti: il decreto del Ministero della Salute 21 luglio 2004, recante “*Le linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita*”, successivamente sostituito dal decreto del Ministero della Salute dell’11 aprile 2008 e, infine, dal decreto del Ministero della Salute del 1° luglio 2015.

Secondo l’articolo 1 della legge cit., il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è ammesso quando non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità. Il carattere residuale del procedimento emerge ancor meglio dall’articolo 4, primo comma, legge cit., secondo il quale tale ricorso è consentito solo se sia accertata l’impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto «*ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico*».

* *Contributo sottoposto a valutazione.*

A seguito di diverse pronunce della Corte costituzionale è caduto il divieto originario di ricorso a tecniche di procreazione di tipo eterologo, nella quale, cioè, si utilizzano gameti di donatori esterni alla coppia. Tale possibilità ora è espressamente riconosciuta anche dalle linee guida elaborate dal Ministero della Salute con il decreto del 1° luglio 2015, di cui sopra.

2. La maternità surrogata

Diversamente dalla fecondazione eterologa, nella quale il procedimento si risolve all'interno della coppia con il solo ausilio di donatori esterni, nella surrogazione di maternità si ha l'intervento di una donna estranea alla coppia, la quale presta il proprio corpo alla coppia medesima (o anche a persone singole), provvedendo alla gestazione e al parto, ma rinunciando a ogni diritto nei confronti del nato. Tale pratica per questo è anche volgarmente denominata "utero in affitto".

La maternità surrogata è un *genus* che si esplicita in diverse tipologie di procedure (*species*), nelle quali vengono tecnicamente usati termini crudi di tipo economico, quali "committenti", "mettere a disposizione", "noleggio", eccetera.

Alcuni distinguono tra surrogazione tradizionale e surrogazione gestazionale¹.

a) Maternità surrogata per concepimento e gestazione o surrogazione tradizionale.

In essa la gestante mette a disposizione dei committenti non solo il proprio utero ma anche il proprio gamete o ovulo. Essa sarà sempre eterologa, in quanto l'ovulo appartiene alla madre uterina. Può essere eterologa parziale o totale. Parziale: quando il gamete maschile proviene da uomo (o uomini) della coppia committente; totale: quando il gamete maschile proviene da terzo donatore estraneo.

b) Maternità surrogata per sola gestazione o surrogazione gestazionale.

In essa la gestante mette a disposizione dei committenti il solo utero. Essa può essere omologa: impianto di embrione formato da gameti maschili e femminili della coppia committente; oppure eterologa la quale, a sua volta, si divide in: parziale, quando un gamete proviene dalla coppia committente e un gamete da terzo donatore; totale, quando entrambi i gameti sono estranei sia alla coppia committente sia alla madre uterina.

¹ Cfr. M. P. FAGGIONI, *La Maternità surrogata*, in E. SGRECCIA, A. TARANTINO, *Enciclopedia di Bioetica e Scienza Giuridica*, vol. VIII, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli-Roma, 2015, pp. 251-266.

Tutte le suddette pratiche in Italia sono espressamente vietate dall'art. 12, comma 6, della legge 40 del 2004, che dispone: *«chiunque, in qualsiasi forma realizza organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro»*.

Tale articolo ha superato il vaglio della Corte costituzionale la quale, nella sentenza 272 del 2017, nel rigettare le censure mosse alla norma ha stabilito che la pratica della sostituzione *«offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»*. La stessa Corte costituzionale, chiamata a decidere nuovamente sulla disciplina della legge 40 del 2004, con sentenza n. 33 del 2021 ha rigettato nuovamente le censure contro il divieto di maternità surrogata.

Anche il Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), con la mozione intitolata *“Maternità surrogata a titolo oneroso”* del 18 Marzo 2016², sulla base dell'assunto che *«il corpo umano e le sue parti non debbono essere, in quanto tali, fonte di profitto»* e che *«la maternità surrogata è un contratto lesivo della dignità della donna e del figlio sottoposto come un oggetto a un atto di cessione»* ha ritenuto, con la sola *dissenting opinion* del prof. Carlo Flamigni, che la fattispecie di *«commercializzazione e di sfruttamento del corpo della donna nelle sue capacità riproduttive»*, indipendentemente dalla forma del pagamento, sia in *«netto contrasto con i principi bioetici fondamentali»*.

C'è, tuttavia, chi *«ha negato l'illeceità morale della predetta pratica, ove sia mossa dal fine benefico della nascita di un nuovo essere umano, e da motivazioni oblativo»*³, senza considerare tutte le importanti questioni pratiche ed etiche che una tale nascita comporta.

Per aggirare il divieto posto nei confronti della procedura di maternità surrogata in Italia, diverse coppie sono ricorse e ricorrono a tale tipo di procedura all'estero, dove, invece, essa è consentita. Alla fine del procedimento, però, queste coppie si trovano di fronte all'impossibilità di trascrivere nei registri di stato civile italiani il rapporto di filiazione con il cosiddetto “genitore di intenzione”, ovvero colui il quale non ha

² COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, mozione *Maternità surrogata a titolo oneroso*, 18 Marzo 2016. Il testo del parere è reperibile al seguente indirizzo: http://bioetica.governo.it/media/1408/m17_2016_surroga_materna_it.pdf.

³ G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, decima edizione aggiornata, Utet, Torino, 2022, p. 321.

contribuito con il proprio patrimonio genetico (gamete) a concepire il minore, ma che con esso ha intenzione di instaurare un rapporto familiare.

Le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione (sentenza n. 12193 del 2019), infatti, hanno ritenuto che il divieto, previsto dal sesto comma dell'art 12 legge citata, sia qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità della gestante e l'istituto dell'adozione.

3. I contratti di maternità surrogata

Pur essendo, come detto, espressamente vietata tale pratica in Italia, pur tuttavia, per l'esistenza di una campagna mediatico-culturale in favore della maternità surrogata e di diversi progetti di legge in materia giacenti in Parlamento, nonché per il comune riconoscimento della pratica all'estero, il problema dei contratti di maternità surrogata non può essere eluso.

Vi è chi definisce l'accordo di maternità surrogata quello nel quale: *«una donna, per soddisfare esigenze di maternità e di paternità altrui, dietro corrispettivo, o a titolo gratuito, contrattualmente noleggia, con il richiesto consenso del marito se sposata, il proprio utero ad una coppia di coniugi impossibilitata ad avere figli per sterilità della partner, impegnandosi a farsi fecondare artificialmente con il seme del marito di quest'ultima, a condurre a termine la gravidanza, nel rispetto di determinate norme di comportamento, ed a consegnare alla predetta coppia di coniugi committenti il figlio così concepito, rinunciando ad ogni diritto su di esso»*⁴. Questa nozione, però, riguarda solo una delle modalità di effettuazione della maternità surrogata.

Secondo altri *«l'accordo di surrogazione è (...) un esercizio del diritto alla procreazione da parte di più soggetti, che determina la costituzione di un rapporto parentale riconosciuto dal diritto già in epoca anteriore al concepimento, e benché la paternità sociale non possa essere assunta dai genitori committenti prima del momento della nascita, costoro hanno già con il feto un legame giuridico, formalizzato dal rapporto contrattuale con la madre surrogata»*⁵.

⁴ A. B. FARAONI, *La maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 21.

⁵ C. SHALEV, *Nascere per contratto*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 139.

A tale proposito vi è chi osserva, però, «che il diritto preminente nel rapporto tra genitori e figli non è quello del genitore ad avere un legame parentale col figlio, ma quello del figlio ad avere il rapporto col genitore. In via esemplificativa, in questo senso, si ricorda che l'adozione è un istituto la cui finalità è quella di tutelare i bambini e offrire loro una soluzione a eventuali mancanze da un punto di vista familiare e genitoriale. Il genitore, quindi, non può disporre di un diritto – del quale peraltro è non solo discutibile, ma esclusa, la reificabilità e disponibilità – che sta in capo al figlio. Il prezzo di questa lettura invertita del rapporto genitore-figlio, de facto, sarebbe la reificazione del figlio, che da soggetto di diritto diverrebbe un oggetto di diritto. A nulla vale l'argomentazione che tale diritto starebbe sì in capo al bambino una volta nato, ma non in capo al concepito»⁶.

4. I contratti di maternità surrogata sono validi?

A nostro sommo avviso occorre inquadrare la questione nel sistema codicistico del nostro ordinamento, basato su norme ben precise e stabilite, diversamente da quello dei Paesi anglosassoni, caratterizzati dal *common law*, nel quale assumono importanza preminente i precedenti e l'elaborazione giurisprudenziale; anche se, sia detto per inciso, con la cosiddetta “giurisprudenza creativa” anche noi stiamo certamente debordando verso quest'altro sistema, con tutti i gravi problemi che derivano dall'innesto di un sistema “alterato” dalla detta creatività in un corpo giuridico completamente estraneo.

Si può parlare, nel nostro sistema, di contratti di maternità surrogata e, se sì, essi sono leciti, quindi validi, oppure illeciti e, pertanto, nulli o annullabili?

Va preliminarmente detto che il contratto si inserisce nella più ampia figura del negozio giuridico. L'art.1321 del cod. civ. italiano, lo definisce un «*accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*». Caratteristica del contratto è, quindi, la patrimonialità, ovvero esso è un accordo avente sempre natura patrimoniale.

Sempre secondo il nostro sistema codicistico, il contratto ha degli elementi essenziali e degli elementi accessori. Come dice la parola, gli elementi essenziali sono quelli che, se mancano o sono illeciti, rendono invalido e inefficace il contratto. Gli elementi

⁶ Cfr. M. DI BENEDETTO, *La maternità surrogata: le principali questioni bioetiche*, in https://www.diritto.it/la-maternita-surrogata-le-principali-questioni-bioetiche/#_ftn10.

essenziali sono definiti dall'articolo 1325 cod. civ. e sono: l'accordo, la causa, l'oggetto e la forma, quando essa è richiesta *ad substantiam*. Ai fini di questo studio è sufficiente soffermarsi sugli elementi essenziali del contratto e, tra questi, sull'oggetto e sulla causa.

Per *oggetto* si intende la cosa o il comportamento oggetto, appunto, dello scambio, della promessa o del conferimento dell'una all'altra parte. A norma dell'art. 1346 del cod. civ. l'oggetto del contratto deve essere *possibile*: ciò significa che se si tratta di una cosa deve essere esistente, anche solo potenzialmente, mentre laddove si tratti di un comportamento umano questo deve essere compatibile con le caratteristiche di chi è chiamato ad attuarlo. La possibilità, oltre che naturale deve essere anche giuridica, cioè legittimamente realizzabile secondo i canoni dell'ordinamento. L'oggetto deve essere altresì *lecito*, nel senso che non deve essere contrario a norme imperative, ordine pubblico e buon costume; Deve inoltre essere *determinato* o *determinabile*, vale a dire che deve essere certo, individuato o quantomeno individuabile nel momento di esecuzione del contratto.

La causa è la funzione economico-sociale del contratto (ad esempio nella compravendita è lo scambio tra bene e prezzo, nella locazione è il godimento del bene contro un corrispettivo). Essa deve essere lecita, cioè non contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume (art. 1343 cod. civ.); si reputa altresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa (cosiddetto contratto in frode alla legge, art. 1344 cod. civ.).

Abbiamo quindi gli elementi per dare una risposta all'interrogativo che ci siamo posti.

In proposito si può dire che il contratto di maternità surrogata è nullo perché va a confliggere per molteplici aspetti con l'art. 1418 cod. civ. e non solo, per come vedremo.

In primo luogo, perché esso è contrario a norme imperative di legge (art. 1418, comma 1, cod. civ.) stabilite, in particolare, dal citato art. 12, comma 6, della legge 40 del 2004, presidiato da una sanzione di carattere penale; nonché dall'art. 269, comma 3, cod. civ., nella parte in cui stabilisce che madre è colei che partorisce (v. infra Cassazione civile n. 24001/2014), essendo tale norma posta dal legislatore a presidio della certa identità del nato sin dai tempi antichi (*mater semper certa est*).

In secondo luogo, per illiceità della causa (art. 1418, comma 2, cod. civ.), in quanto contraria, come detto, a norme imperative e all'ordine pubblico (come riconosciuto dalla citata sentenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione n. 12193 del 2019).

In terzo luogo, per mancanza dei requisiti di possibilità dell'oggetto (1418, comma 2, cod. civ. e 1346 cod. civ.), atteso che non possono essere oggetto di un contratto le parti del corpo, il nascituro o il suo *status*, che non sono beni in senso giuridico (v. anche art. 5 cod. civ., *infra*).

Infine, per essere il contratto in frode alla legge (1344 cod. civ.), essendo diretto a eludere le norme sulla adozione.

A ciò si aggiunga che l'art. 5 del cod. civ. vieta gli atti di disposizione del proprio corpo quando contrari alla legge, al buon costume o all'ordine pubblico; ulteriore motivo per ritenere attualmente impossibile in Italia la pratica della maternità surrogata.

5. La giurisprudenza in materia

Se per il Tribunale di Roma «*il contratto atipico di maternità surrogata, con cui una donna si assume l'obbligazione di portare a termine una gravidanza per conto di una coppia che riceverà e terrà come proprio il neonato, persegue un interesse meritevole di tutela della coppia stessa all'autorealizzazione genitoriale, ed è valido se la madre "surrogata" non sia spinta da motivi di lucro, ma dall'intento solidale di soddisfare il bisogno di maternità dell'altra donna*»⁷, la Cassazione a Sezioni Unite ha, invece, recentemente stabilito che tale pratica, «*quali che siano le modalità della condotta e gli scopi perseguiti, offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane*»⁸; mentre, con un arresto più risalente nel tempo, sempre la Suprema Corte aveva statuito: «*L'ordinamento italiano – per il quale madre è colei che partorisce, secondo quanto disposto dall'art. 269, comma 3, c.c. – contiene, all'art. 12, comma 6, l. n. 40 del 2004 un espresso divieto, rafforzato da sanzione penale, della surrogazione di maternità, ossia della pratica secondo cui una donna si presta ad avere una gravidanza e a partorire un figlio per un'altra donna; tale divieto non è stato travolto dalla declaratoria d'illegittimità costituzionale parziale dell'analogo divieto di fecondazione eterologa, di cui all'art. 4, comma 3, della medesima legge, pronunciata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 162 del 2014. Il divieto di pratiche di surrogazione di maternità è di ordine pubblico e non si pone in contrasto con la tutela del superiore*

⁷ Cfr. Per leggere il provvedimento, si veda la rivista *Famiglia e diritto*, 2000, p. 151; la rivista *Giust. civ.*, 2000, I, p. 1157.

⁸ Cfr. Cass. civ. SS. UU., sentenza n. 38162 del 30 dicembre 2022, in *Diritto & Giustizia*, 2014, 12 novembre e in *Guida al diritto*, 2015, 2, p. 34.

interesse del minore, atteso che il legislatore ha considerato che tale interesse si realizzi attribuendo la maternità a colei che partorisce e affidando all'istituto dell'adozione, realizzata con le garanzie proprie del procedimento giurisdizionale, piuttosto che al semplice accordo della parti, la realizzazione di una genitorialità disgiunta dal legame biologico»⁹.

6. Recesso e revoca del consenso

Da quanto affermato poc'anzi sulla invalidità di un siffatto tipo di accordo, deriva la possibilità, per le parti, di recedere da esso in qualsiasi momento, senza incorrere in alcun tipo di responsabilità contrattuale, mentre, nell'interesse del nascituro, i genitori committenti non potranno revocare il consenso alla maternità surrogata, una volta formatosi l'embrione, in base a quanto stabilito dal terzo comma dell'articolo 6 della citata legge 40 del 2004 (*«La volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma fino al momento della fecondazione dell'ovulo»*). Al contrario, la madre surrogata potrà rifiutare l'impianto dell'embrione, anche se il rifiuto sia successivo ad un precedente consenso, ciò in quanto non è ipotizzabile un trattamento sanitario obbligatorio in tale senso.

7. Clausole abortive

Cosa succede se i committenti o la gestante vogliono rinunciare al frutto del concepimento? I motivi di tale rinuncia possono essere molteplici: un figlio in esubero, ho "commissionato" un bambino ma la gestante aspetta due gemelli; uno scambio di materiale genetico; una diagnosticata sindrome di down o anche altre malformazioni genetiche, ed altri. Sono valide eventuali clausole abortive stabilite dalle parti?

Anche se la questione, almeno per il momento, è soltanto accademica, a motivo della nullità dei contratti di maternità surrogata, come sopra rappresentata, nondimeno essa va affrontata.

Riportiamo alcune considerazioni in merito trattate dalla giurisprudenza, la quale, ovviamente, si inserisce, purtroppo, nella ormai ritenuta liceità giuridica di tale pratica moralmente illecita e contraria al diritto naturale.

⁹ Cfr. Cass. civ, sez. I, sentenza n. 24001 dell'11 novembre 2014, in *Giustizia Civile Massimario*, 2023.

La prima decisione in merito, della quale si ha notizia, è quella stabilita nel 1979 dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, nella causa Bellotti vs. Baird, nella quale si è decretato che la decisione relativa all'aborto spetta esclusivamente alla donna gestante, nonostante ogni normativa in senso contrario che prescriva il consenso dei committenti, la quale sarebbe invalida¹⁰. In questa decisione, come in tutte le questioni legate al triste fenomeno dell'aborto, l'unica prospettiva considerata è stata quella della madre, senza alcun riferimento ai diritti del nascituro, il soggetto più debole del rapporto, che viene declassato da soggetto a oggetto di diritto.

Diversamente altri sostengono che nel *«caso della (...) anomalia del feto (...) il potere giuridico di decidere debba essere riconosciuto alle persone committenti, in quanto sono costoro che saranno responsabili per la cura del bambino dopo il parto»*¹¹.

Nel caso di contrasto tra le parti committenti e la parte gestante sul destino del nascituro si aprirebbe la questione della possibilità o meno della esecuzione forzata della clausola abortiva nonché quella del risarcimento del danno a favore dei committenti. *«Una impostazione del genere, laddove avallata nella parte relativa alla possibilità di esecuzione forzata del contratto, configurerebbe la maternità surrogata come una vera e propria forma di servitù volontaria, perché per via contrattuale la madre rinuncia ai diritti sul proprio corpo»*¹².

La possibilità dell'esecuzione forzata del contratto di maternità surrogata, sebbene ripugnante, perché considera una cosa il prodotto del concepimento, viene, nondimeno, giustificata da alcuni, tra i quali l'economista e giudice federale statunitense Richard Posner, *«da un lato in una lettura economicista del diritto e dall'altro in una visione storicista della vita, tale per cui non bisogna preoccuparsi, perché quello che oggi sembra a noi strano o innaturale, domani sarà accettato dalle prossime generazioni»*¹³.

Tale aberrante ipotesi è stata giustamente criticata da Aldo Rocco Vitale, giurista bioeticista, che sostiene che, nel nostro diritto, una clausola che prevedesse la possibilità di esecuzione forzata del contratto di maternità surrogata sarebbe inficiata per nullità di

¹⁰ Cfr. Corte Suprema degli Stati Uniti nel 1979, Bellotti vs Baird, reperibile al seguente indirizzo: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/443/622.html>.

¹¹ C. SHALEV, *op. cit.*

¹² Cfr. M. DI BENEDETTO, *op. cit.*

¹³ Vedi R.A. POSNER, *The Ethics and economics of enforcing contracts of surrogate motherhood*, in *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, n. 5, University of Chicago Law School Chicago Unbound, Chicago, 1989, pp. 21-31., cit. in M. DI BENEDETTO, *op. cit.*

due elementi essenziali, la causa e l'oggetto del contratto, nonché confliggerebbe anche con la Costituzione italiana, che in forza dell'art. 32 garantisce l'impossibilità di trattamenti coattivi in tal senso¹⁴.

8. Considerazioni finali

Al di là di ogni problematica giuridica, che lascia il tempo che trova in quanto una successiva legge potrebbe abrogare il divieto, di carattere imperativo, della surrogazione di maternità, lasciando così cadere ogni questione di nullità del relativo contratto per i motivi sopra esaminati, la questione che ci occupa, a mio sommesso avviso, è eminentemente antropologica e culturale.

Nel nostro sistema, improntato fortemente al positivismo giuridico, che considera unico diritto quello posto dal legislatore, indipendentemente da ogni questione morale o di diritto naturale, va da sé che ogni battaglia basata esclusivamente su un punto di vista giuridico è perdente in partenza.

Fino a quando si riterrà che tutto è lecito e che ogni desiderio, seppur proveniente da una infima minoranza di persone, meriti accoglimento e, quindi, si possa tradurre in disposizioni normative cogenti (e di esempi di tale fatta in questi ultimi tempi ne abbiamo a bizzeffe), ci si può aspettare di tutto. Basta guardarsi intorno e vedere quello che accade in diversi Paesi.

Per limitarsi a uno dei tanti esempi che viene dagli Stati Uniti, lasciamo parlare il sito on line TGCOM 24 del 27 marzo 2023¹⁵, che riferisce di «*una nota agenzia della California che offre ai futuri genitori, meglio definiti “genitori intenzionali”, la possibilità di scegliere etnia, colore degli occhi e dei capelli, altezza delle donatrici pronte a offrire i propri ovuli per la gravidanza per altri. Un'opzione da subito visibile sul sito: “Se sei un futuro genitore che sta cercando un donatore di ovociti e / o una madre surrogata per aiutarti a completare la tua famiglia – si legge sulla homepage – fai clic qui sotto per registrarti per visualizzare i nostri donatori e surrogati disponibili”.* – *L'agenzia in questione è Extraordinary Conceptions. Stando alla ricostruzione del Messaggero (che con i suoi cronisti ha finto di essere una coppia per sperimentare l'iter)*

¹⁴ A. R. VITALE, *Escursioni biogiuridiche in tema di maternità surrogata*, p. 181; cit. in M. DI BENEDETTO, *op. cit.*

¹⁵ Cfr. https://www.tgcom24.mediaset.it/mondo/utero-in-affitto-maternita-surrogata-usa-catalogo-online_62744770-202302k.shtml.

è tutto molto semplice e veloce. Ci si iscrive compilando dei moduli online e poi si viene contattati da un referente che così spiega ai genitori intenzionati cosa fare. “La nostra agenzia vanta più di tremila donatrici” – dice una responsabile dell’agenzia – “per il vostro futuro bambino potete scegliere il colore dei capelli, quello degli occhi, della pelle; addirittura, vi possiamo aiutare a prevedere le attitudini di vostro figlio: il nostro database include informazioni sulla personalità del nostro donatore. Che tu stia cercando una donatrice che ami ridere, che dia la priorità all’istruzione o che abbia un’abilità musicale, possiamo aiutarti a trovarla”.

I viaggi organizzati in Italia. Extraordinary Conceptions si trova a San Diego e porta avanti questa tecnica dal 2005. La società periodicamente organizza dei tour in Italia. Almeno una volta l’anno degli incontri per lo più segreti in hotel di lusso a cinque stelle nei pressi della Stazione Termini per spiegare quali servizi offre. La sua agenzia offre il pacchetto completo: visite mediche, prelievo dello sperma, test di fertilità, cliniche di donatrici di ovuli con tanto di schedario e infine le mamme surrogate. Una commercializzazione punita dalla legge 40 con pene che vanno dai tre mesi a due anni di detenzione.

Le donatrici. Il sito dell’agenzia americana offre anche due percorsi separati per chi vuole diventare donatrice di ovuli o madre surrogata. Nel primo caso è richiesta un’età tra i 18 e i 29 anni e bisogna rispondere a un questionario che prevede – oltre a quesiti attinenti il quadro sanitario – domande del tipo: “Hai in famiglia qualcuno con sindrome di Down? Hai subito stupri o molestie sessuali? Se tutte le risposte escludono l’evenienza di qualunque tipo di malattia allora bisogna inviare 15 fotografie tra cui – obbligatoriamente – alcune che risalgono al periodo dell’infanzia così che, spiega l’agenzia, i futuri genitori possano immaginare come diventerà il loro bambino”. Per diventare donatore si firma un contratto che prevede un trattamento a base di iniezioni giornaliere per aiutare a stimolare lo sviluppo delle uova. Dieci giorni dopo il prelievo viene effettuato il primo bonifico. In totale riceverà seimila dollari (se è donatore per la prima volta).

I compensi. La pratica della maternità surrogata (o utero in affitto) è ovviamente la più costosa e ha un costo che parte dai centoquarantamila euro e può lievitare oltre i duecentocinquantomila euro in caso di gravidanza gemellare. Anche le caratteristiche della madre sono diverse. L’età della donna deve essere compresa tra i ventuno e i

quarantacinque anni, deve essere americana, non aver subito più di cinque cesarei ed essere finanziariamente stabile. Una volta incontrata la domanda con l'offerta si stipula un contratto tra i genitori intenzionali e la gestante. È previsto un bonifico pre-gravidanza e, dopo la conferma del battito cardiaco del bimbo, iniziano gli emolumenti mensili da parte dei genitori intenzionali per un totale che oscilla tra i quarantanovemila e i settantacinquemila dollari a cui vanno aggiunti rimborsi spese fino a ventisette mila dollari e una polizza assicurativa sulla vita. Per un parto gemellare si superano i duecentomila euro. La referente contattata da Il Messaggero assicura che gli embrioni sono testati geneticamente per cui "molte anomalie vengono viste in questa fase ma c'è sempre un margine di errore". Per questo anche l'evenienza di un aborto è regolata per contratto.

La consulenza legale. Uno dei passaggi più delicati, a gravidanza conclusa, è far rientrare in Italia i figli nati da maternità surrogata visto che da noi è una pratica illegale. A richiesta, l'agenzia americana offre anche la consulenza legale che si paga a parte. In America l'avvocato incaricato dai genitori intenzionali deve chiedere un "parentage order" ossia un'ordinanza con cui il tribunale conferma che i genitori previsti sono anche i genitori legali di un bambino che alla nascita risulta americano. Al rientro in Italia il certificato dovrebbe essere trascritto nei registri dell'Anagrafe del comune di residenza ma non tutti i municipi lo consentono. In caso di diniego della trascrizione viene riconosciuto solo il genitore biologico mentre l'altro genitore "intenzionale" dovrà ricorrere all'adozione in casi particolari».

Questo orribile scenario è quello che potrebbe verificarsi anche in Italia, se non si impostasse la questione non solo sul piano giuridico ma anche sul significato e sui valori della vita. Quindi, ben venga una battaglia sul piano dei principi legali, che va certamente e doverosamente combattuta, come si fa anche con questo scritto e con altri analoghi, ben consci, però, che la vera battaglia è quella antropologica e culturale.

Abstract

STEFANO NITOGLIA, I contratti di maternità surrogata. Nozione, problemi di esecuzione, clausole abortive, diritto di recesso

Il presente articolo affronta il tema dei contratti di maternità surrogata, volgarmente definita “*utero in affitto*”, che si inserisce nella più ampia questione della procreazione medicalmente assistita, regolata in Italia dalla legge 19 febbraio 2004, n. 40 e dai successivi decreti di attuazione. Dopo aver affrontato il tema della procreazione medicalmente assistita, l’articolo passa ad esaminare i contratti di maternità surrogata i quali, pur essendo vietati in Italia sulla base di quanto dispone la legge n. 40 del 2004, trovano all’estero abbondante diffusione ed applicazione. La questione della validità, in Italia, di eventuali contratti che venissero comunque stipulati, viene inquadrata nel sistema codicistico del nostro ordinamento, basato su norme ben precise e stabilite, diversamente da quello dei paesi anglosassoni, caratterizzati dal *common law*. Citando diversi articoli del codice civile e la giurisprudenza in materia, l’autore conclude che il nostro sistema, allo stato, non consente la validità dei contratti di maternità surrogata. Vengono, infine, affrontati i temi del recesso e della revoca del consenso delle parti che avessero concluso tali contratti e quello delle cosiddette clausole abortive. Seguono considerazioni finali.

Parole chiave: maternità surrogata, utero in affitto, recesso e revoca del consenso, clausole abortive.

STEFANO NITOGLIA, Surrogacy contracts. Notion, implementation problems, abortive clauses, right of withdrawal

This article addresses the topic of surrogate motherhood contracts, commonly defined as “*wombs for rent*”, which is part of the broader issue of medically assisted procreation, regulated in Italy by law no. 19 February 2004. 40 and subsequent implementing decrees. After having addressed the topic of medically assisted procreation, the article moves on to examine surrogacy contracts which, despite being prohibited in Italy on the basis of the provisions of law no. 40 of 2004, find widespread diffusion and application abroad. The question of the validity, in Italy, of any contracts that are nevertheless stipulated is framed in the code system of our legal system, based on very precise and established rules, unlike that of Anglo-Saxon countries, characterized by common law. Citing various articles of the civil code and the jurisprudence on the matter, the author concludes that our system, at present, does not allow the validity of surrogacy contracts. Finally, the issues of withdrawal and revocation of the consent of the parties who have concluded such contracts and that of the so-called abortive clauses are addressed. Final considerations follow.

Key words: surrogacy, uterus for rent, withdrawal and revocation of consent, abortive clauses.

ALDO ROCCO VITALE
Docente di Filosofia del diritto
Università Europea di Roma

LA MATERNITÀ SURROGATA
NELLA SENTENZA DELLE SEZIONI UNITE CIVILI N. 12193/2019*

SOMMARIO: 1. Lo scenario – 2. La posizione delle Sezioni Unite – 3. Rilievi critici – 4. Il problema del fondamento dello *status filiationis* – 5. La cornice normativa internazionale – 6. L'adozione in casi particolari – 7. Conclusioni.

1. Lo scenario

Con la sentenza 12193/2019 le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione hanno posto l'ulteriore – e almeno per ora definitivo – tassello giurisdizionale nel più vasto e fin troppo complesso mosaico giuridico relativo al problema della maternità surrogata che, nonostante l'espresso divieto normativo sancito dal comma 6 dell'articolo 12 della legge 40/2004¹, sempre più di fatto si diffonde, sollecitando non soltanto sforzi di carattere interdisciplinare, ma altresì coinvolgendo all'interno di ciascuna disciplina, contemporaneamente molteplici profili tra loro interconnessi, come quelli di carattere costituzionalistico (per esempio, i diritti della famiglia o la tutela della salute riproduttiva), o civilistico (per esempio, la determinazione dello *status filiationis* o la configurazione della *stepchild adoption* per coppie del medesimo sesso), o penalistico (per esempio, l'effettività del piano sanzionatorio della legge 40/2004 o l'integrazione della fattispecie di reato di falsa dichiarazione a un pubblico ufficiale sull'identità propria o altrui), o internazionalistico (per esempio, la definizione dei rapporti tra ordine pubblico internazionale e nazionale o l'ampiezza territoriale della giurisdizione penale italiana)².

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro».

² La letteratura su tutti i predetti temi è praticamente sterminata; *ex pluribus* cfr. F. PASTORE, *Il diritto di procreare: orientamenti di giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi.it*, 1/2017; E.A. EMILIOZZI, *L'adozione da parte di partners di unioni civili*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1/2018; L. D'AVACK, *La maternità surrogata: un divieto "inefficace"*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1/2017; C. TROISI, *Dall'adozione in casi particolari alla tutela della coppia omoaffettiva*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1/2017; C. TRANQUILLO, *Contributo allo studio del reato di*

Difficoltà che, con tutta evidenza, si producono non soltanto assecondando la cosiddetta “funzione creativa” della giurisprudenza che sempre più estesamente si afferma tanto in ambito nazionale quanto internazionale portando a compimento una vera e propria “rivoluzione clandestina”³, che segna il passaggio dallo Stato di diritto democratico a quella che potrebbe definirsi come una vera e propria “giuristocrazia”, ma anche e soprattutto allorquando, come purtroppo da parte di molti ci si augura invocando la tutela di una fraintesa concezione (laicistica) dell’ordinamento, si intende negare risolutamente ogni cittadinanza «*a beni eticamente fondati, quali la “naturalità della procreazione” ovvero la conservazione della generazione umana all’interno di modelli di famiglia tradizionali basati sul matrimonio e sulla discendenza biologica e genetica*»⁴, dimenticando, tuttavia, che proprio su questo assunto si assiste al tradimento della matrice antropologica strutturale del diritto, e altresì, specialmente e speciosamente, alla reificazione (perfino commerciale) del figlio, poiché, come è stato acutamente precisato, «*la radicale separazione che la legge impone tra il legame giuridico e il legame biologico può spianare a sua volta la strada a un delirio tecnologico, consistente nel fare del “progetto parentale” il fondamento esclusivo dell’identità del figlio e nel considerare il suo essere biologico come un semplice supporto materiale della realizzazione della volontà dei genitori*»⁵.

2. La posizione delle Sezioni Unite

La suddetta pronuncia delle Sezioni Unite, salutata con vivace soddisfazione sia da parte di coloro che sostengono la pratica della maternità surrogata⁶, sia da parte di coloro

alterazione di stato tramite surrogazione di maternità, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 17 novembre 2015; V. BARBA, *L’ordine pubblico internazionale*, in *Rassegna di Diritto Civile*, 2/2018; T. TRINCHERA, *Limiti spaziali all’applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all’estero*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 4/2017.

³ «*Il senso della mia provocatoria formulazione della rivoluzione ‘clandestina’ sta nel fatto di portare a consapevolezza nel suo significato la inquietante trasformazione dello Stato di diritto nello Stato dei giudici. Si tratta qui non più di interpretazione giudiziale, ma della (consapevole o inconsapevole?) immissione di nuovi criteri di giudizio sviluppati dalla giurisdizione e operanti in maniera simil-legale*»: B. RÜTHERS, *La rivoluzione clandestina. Dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici*, Mucchi Editore, Modena, 2018, p. 154.

⁴ S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2015, p. 27.

⁵ A. SUPLOT, *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto*, Mondadori, Milano, 2006, p. 173.

⁶ Cfr. <https://www.ilfattoquotidiano.it/2019/05/08/coppie-omosessuali-no-della-cassazione-atrascrizione-allanagrafe-di-figlio-nato-da-madre-surrogata/5161845/>.

che vi si oppongono⁷, presenta dei chiaroscuri che, anticipando le conclusioni delle presenti riflessioni, possono riassumersi affermando che con la medesima suddetta sentenza la Corte fa rientrare dalla finestra ciò che ha fatto uscire dalla porta.

La Corte di Cassazione è stata adita nell'ambito della vicenda processuale incentrata sul riconoscimento in Italia del provvedimento emesso il 12 gennaio 2011 dalla *Superior Court of Justice* dell'Ontario, in Canada, tramite il quale si sancì la genitorialità di entrambi i componenti maschi di una coppia del medesimo sesso in relazione ad un minore nato tramite donazione di ovociti e maternità surrogata: provvedimento straniero di cui nel 2016 la coppia italiana chiese la trascrizione all'ufficiale di stato civile presso il Comune di Trento il quale oppose il suo rifiuto nel procedere alla trascrizione.

Tralasciando, per brevità, gli aspetti processuali (come, per esempio, la qualità di litisconsorte necessario del Pubblico Ministero che nei giudizi aventi ad oggetto il riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento giurisdizionale straniero con il quale sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero ed un cittadino italiano è pur privo della legittimazione ad impugnare la relativa decisione, non essendo titolare del potere di azione, neppure ai fini dell'osservanza delle leggi di ordine pubblico), meritano attenzione i punti sostanziali sui cui le Sezioni Unite hanno focalizzato la propria attenzione.

In primo luogo: la Corte di Cassazione ha ribadito la cristallizzazione del passaggio da una concezione “difensiva” dell'ordine pubblico, oramai circoscritta a una ermeneutica giuridica superata, volta a filtrare l'ingresso nell'ordinamento italiano di atti o norme di origine straniera ritenuti in contrasto con il diritto interno, a una concezione “promozionale” volta a collegare sempre di più l'ordinamento nazionale con quello internazionale, anche perché, a detta degli ermellini, *«caratteristica essenziale della nozione di ordine pubblico è infatti la relatività e mutevolezza nel tempo del suo contenuto, soggetto a modificazioni in dipendenza dell'evoluzione dei rapporti politici, economici e sociali, e quindi inevitabilmente destinato ad essere influenzato dalla disciplina ordinaria degli istituti giuridici e dalla sua interpretazione, che di quella evoluzione costituiscono espressione, e che contribuiscono a loro volta a tenere vivi e ad arricchire di significati i principi fondamentali dell'ordinamento»*.

⁷ Cfr. <https://www.avvenire.it/famiglia-e-vita/pagine/cassazione-no-alla-trascrizione-in-italia-per-bambini-con-due-papa>.

In secondo luogo: pur essendo acquisita la consapevolezza per cui l'ordinamento italiano non fonda il rapporto genitoriale in maniera esclusiva sul legame biologico tra genitore e prole, occorre pur riconoscere che, nell'ambito della cosiddetta progettualità genitoriale, vi è una differenza tra una coppia di persone dello stesso sesso composta da donne, e una coppia di persone dello stesso sesso composta da maschi, poiché nel primo caso le due donne possono concorrere alla genitorialità secondo la via biologica, per esempio donando gli ovociti l'una, e conducendo la gravidanza l'altra, mentre nel caso dei due uomini occorre necessariamente ricorrere alla surrogazione di maternità espressamente vietata dall'ordinamento italiano.

In terzo luogo: richiamando la sentenza 162/2014 della Corte costituzionale, le Sezioni Unite hanno puntualizzato che il divieto di maternità surrogata contemplato dalla legge 40/2004 costituisce un principio di ordine pubblico, ben fondato non soltanto in quanto la volontà di diventare genitori non può essere priva di limiti, ma anche perché rientra nella discrezionalità riconosciuta agli Stati e ai singoli ordinamenti la facoltà di escludere la liceità della surrogazione di maternità, come già espressamente stabilito dalla stessa Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso *Menesson e Labassee c. Francia* nel 2014.

In quarto luogo: il riconoscimento del provvedimento straniero che dichiara lo *status filiationis* (la cui conservazione incontra comunque un *favor* da parte dell'ordinamento italiano) di un soggetto nato tramite maternità surrogata trova ostacolo nel divieto espressamente previsto dall'ordinamento italiano, in quanto quest'ultimo tutela la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione, pur dovendosi temperare con la tutela dell'interesse del minore.

In quinto luogo: sebbene il rapporto genitoriale non possa essere instaurato tramite il riconoscimento dell'atto straniero in Italia per via del divieto della maternità surrogata, si può tuttavia fare ricorso alla adozione in casi particolari ai sensi della disciplina della lettera "d" del primo comma dell'articolo 44 della legge 184/1983 che costituisce una «*clausola di chiusura volta a consentire il ricorso a tale strumento tutte le volte in cui è necessario salvaguardare la continuità della relazione affettiva ed educativa*».

3. Rilievi critici

Alla luce di questi punti enucleati dalla decisione delle Sezioni Unite, si possono proporre alcuni rilievi. Sebbene la nozione di ordine pubblico possa in una certa misura

essere ritenuta relativa e mutevole, come molti altri concetti giuridici, è anche pur vero che un minimo nucleo essenziale non soggetto all'erosione temporale deve pur essere riconosciuto, per esempio nella inviolabilità dei diritti umani fondamentali, primi fra tutti il diritto alla vita e la dignità umana.

Se è vero che la prospettiva cosiddetta "difensiva" dell'ordine pubblico, dunque, è oramai superata, è pur vero che anche nella prospettiva cosiddetta "promozionale" non si può abdicare all'orizzonte teleologico costitutivo della fenomenologia giuridica, cioè l'inviolabilità della persona umana in quanto indisponibile.

Anche la mutevolezza e la relatività della concezione dell'ordine pubblico, non possono essere assolute, dunque, incontrando nel principio personalistico, che del resto informa la stessa Costituzione italiana, un limite invalicabile⁸.

Se così non fosse, sarebbe difficile apporre una reale giustificazione giuridica ai divieti di determinate pratiche che potrebbero diventare, con il tempo, con i decenni, prassi sociali in cerca di legittimazione legale anche in Occidente, come, per esempio, la mutilazione genitale religiosa, la poligamia o la compravendita di organi umani a fini di trapianto.

La prospettiva per cui vi possa essere una differenza tra coppie del medesimo sesso composte da donne, a cui si applicherebbe la logica della fecondazione eterologa, e coppie del medesimo sesso composte da uomini a cui sarebbe impedito l'accesso alla maternità surrogata, presenta dei punti deboli, proprio in ragione delle pregresse pronunce della Corte costituzionale che la medesima Corte di Cassazione a Sezioni Unite richiama, ma non in modo completo.

È ben verosimile, infatti, che potrebbe trascorrere ben poco tempo – specialmente alla luce della mutevolezza della concezione dell'ordine pubblico e del raccordo tra ordinamento nazionale e ordinamenti stranieri – prima che una simile prospettazione possa essere accusata di violare non soltanto il principio di uguaglianza ex art. 3 della Costituzione, ma anche e soprattutto il diritto alla procreazione degli individui alla luce

⁸ «Alla base sta il rovesciamento del rapporto fra Stato e cittadino. Posto quest'ultimo al centro del sistema politico e all'origine del potere politico, come portatore di diritti inviolabili che a lui competono come uomo prima che come cittadino, e che formano oggetto di riconoscimento, da parte della Repubblica, piuttosto che risultato di una attribuzione, lo Stato diventa mezzo e non fine, strumento dello svolgimento e dello sviluppo della personalità e della persona umana», cfr. G. CORSO, *L'ordine pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1979, p. 125.

dei parametri di ragionevolezza e proporzionalità, che nel tempo si sono consolidati andando a fondare l'impalcatura ermeneutica su cui si erigono le statuizioni della Corte costituzionale⁹, come è accaduto, del resto, con la stessa sentenza 162/2014 in virtù della quale, infatti, *«lo scrutinio di ragionevolezza, in ambiti connotati da un'ampia discrezionalità legislativa, impone[...] di verificare che il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti non sia stato realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale»*.

Se il divieto di accesso alla fecondazione eterologa è stato in passato giudicato costituzionalmente illegittimo, in futuro anche una tale preclusione alla maternità surrogata per coppie del medesimo sesso composte da uomini, oggi pur professata dalle Sezioni Unite della Cassazione, potrebbe essere intesa come una lesione della libertà fondamentale della coppia di formare una famiglia con dei figli, senza che la sua assolutezza sia giustificata dalle esigenze di tutela del nato.

4. Il problema del fondamento dello *status filiationis*

Si consideri inoltre che anche ammettendo che la genitorialità biologica non costituisca un criterio assoluto trovando oramai ampia tutela anche la genitorialità sociale, è anche pur vero che la Corte costituzionale ha precisato per un verso che *«non si può contrapporre al favor veritatis il favor minoris, dal momento che la falsità del riconoscimento lede il diritto del minore alla propria identità»*¹⁰, e altresì che pur facendo salvo il necessario bilanciamento degli interessi tra *favor veritatis* e interesse del minore, occorre riconoscere che, *«la verità biologica della procreazione costituisce una componente essenziale dell'interesse del medesimo minore»*¹¹.

Da ciò consegue che se è vero, come è vero, che il divieto di maternità surrogata costituisce un principio di ordine pubblico, è altresì pur vero che la sua violazione andrebbe impedita anche avendo riguardo agli effetti che da tale eventuale violazione trovassero scaturigine, sanzionando tali effetti sia civilmente che penalmente.

⁹ Cfr. Corte costituzionale n. 1130/1988 e Corte costituzionale n. 87/2012.

¹⁰ Cfr. Corte costituzionale n. 112/1997.

¹¹ Cfr. Corte costituzionale n. 7/2012.

Sarebbe del resto ben vano pretendere di sanzionare penalmente associazioni di tipo mafioso, o atti di evasione delle normative fiscali, o comportamenti tesi alla tortura o ai trattamenti disumani e degradanti se non si sanzionassero anche gli effetti e i benefici – magari economici – che i loro esecutori potrebbero trarre dagli stessi.

Ecco perché la stessa Cassazione con la sentenza 24001/2014 ha dichiarato i contratti di maternità surrogata nulli (cioè colpiti dalla più radicale delle sanzioni civili relativamente ai negozi) per contrarietà all'ordine pubblico, ed ecco perché la stessa Cassazione (penale) con la recente sentenza 2173/2019 ha sancito che l'accordo intercorso tra il medico e la coppia committente, in esecuzione di un superiore contratto di maternità surrogata, con cui si intende dichiarare che il nato da madre surrogante è figlio della madre committente integra la fattispecie di corruzione stante la qualifica di esercente di pubblico servizio del medico ginecologo che all'operazione si presta.

Insomma: sarebbe mero *flatus vocis* dichiarare l'accordo di maternità surrogata (civilmente e penalmente) nullo e contrario alla dignità della persona se non si impedisse altresì che il suddetto accordo potesse esplicare i suoi effetti, così come sarebbe vano impedire l'eventuale riduzione in schiavitù dichiarandone la mera contrarietà alla dignità umana se poi non si colpisse anche il profitto da questa eventualmente tratto o se, ancor peggio, non si liberasse colui che in schiavitù è ridotto.

Da un punto di vista di categorie generali del diritto civile¹², a cui le Sezioni Unite non sembra abbiano posto sufficiente attenzione, se un accordo è nullo non può esplicare la propria efficacia e quindi non si può ragionare sulla tutela di ulteriori posizioni giuridiche che da ciò discendono seguendo la linea sostanzialmente immaginaria di un binario giuridicamente morto, anzi mai nato contro cui l'ordinamento reagisce¹³.

Occorre chiarire, infatti, che se realmente è nullità quella che colpisce gli accordi o i contratti di maternità surrogata, da essi non potranno giammai prodursi effetti, come fatti o atti ulteriori, di alcun tipo (nemmeno invocando la teoria degli effetti indiretti del contratto nullo o il generale principio di conservazione dell'esecuzione materiale del contratto nullo), non soltanto in ossequio al principio generale e fondamentale per cui *quod nullum est nullum producit effectum*, ma anche e soprattutto perché, come ha

¹² «La situazione giuridica preesistente al negozio non è modificata dal negozio nullo, improduttivo per sé di effetti» cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 2002, p. 246.

¹³ «La nullità è una forma di reazione dell'ordinamento, che opera a carico dei contraenti, perché essi hanno violato una norma imperativa» cfr. F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, Giuffrè, Milano, 1972, Vol. 2, p. 170.

ben evidenziato Francesco Carnelutti, il carattere della nullità è tale che può definirsi come «*inefficacia diffusiva o, anche, contagiosa*»¹⁴.

5. La cornice normativa internazionale

Anche focalizzando maggiormente l'attenzione sul tema della coordinazione del diritto nazionale e di quello internazionale, risulta che, proprio alla luce della griglia delle carte e delle dichiarazioni internazionali¹⁵, l'ordinamento italiano non soltanto non può accettare la liceità dei contratti di maternità surrogata, ma neanche gli effetti che da questi potrebbero prodursi in modo diretto o indiretto.

Si pensi in tal senso al Principio VI e al Principio IX della Dichiarazione dei Diritti del Fanciullo del 20 novembre 1989 ai sensi dei quali, rispettivamente, «*il fanciullo, per lo sviluppo armonioso della sua personalità ha bisogno di amore e di comprensione. Egli deve, per quanto è possibile, crescere sotto le cure e la responsabilità dei genitori e, in ogni caso, in atmosfera d'affetto e di sicurezza materiale e morale. Salvo circostanze eccezionali, il bambino in tenera età non deve essere separato dalla madre*», e «*il fanciullo deve essere protetto contro ogni forma di negligenza, di crudeltà o di sfruttamento. Egli non deve essere sottoposto a nessuna forma di tratta*».

In questo senso appare legittima la configurabilità dell'esercizio dell'azione penale anche oltre i confini italiani.

Sotto il profilo più strettamente penalistico, infatti, non mancano le pronunce di merito¹⁶ e di legittimità¹⁷ che, nonostante anche sentenze di senso contrario¹⁸, affermando l'esistenza della giurisdizione italiana pur in caso di reato commesso fuori del territorio nazionale, lasciano intendere che determinate fattispecie criminose, a causa della grave violazione della dignità umana che esse costituiscono, sono perseguibili “universalmente” e incondizionatamente¹⁹, potendosene, anzi dovendosene, impedire la causa, lo svolgimento e gli effetti nocivi e lesivi.

¹⁴ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Roma, 1951, pp. 333-334.

¹⁵ Molto chiaramente si esprime, per esempio, tra i tanti, l'articolo 35 della Dichiarazione dei Diritti del Fanciullo del 20 novembre 1959 ai sensi del quale «*gli Stati parti devono prendere ogni misura appropriata sul piano nazionale, bilaterale e multilaterale per prevenire il rapimento, la vendita o il traffico di fanciulli a qualsiasi fine o sotto qualunque forma*».

¹⁶ Cfr. Corte di Assise di Lecce 10/01/2017.

¹⁷ Cfr. Cassazione Penale n. 18354/2014 e Cassazione Penale n. 20503/2015.

¹⁸ Cfr. Cassazione Penale n. 13525/2016.

¹⁹ Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova, 2009, pp. 894-895.

La maternità surrogata, dunque, potrebbe e dovrebbe rientrare nell'alveo di quelle fattispecie civilmente e penalmente illecite che potrebbero e dovrebbero essere perseguite incondizionatamente e di cui si dovrebbero in tutti i casi impedire gli effetti proprio per una reale e compiuta tutela di quella dignità umana di cui il divieto dovrebbe costituire il presidio normativo, anche e soprattutto nell'ottica della concezione promozionale dell'ordine pubblico alla luce di espresse normative internazionali, come, per esempio, l'art. 21 della Convenzione di Oviedo del 1997²⁰, o l'art. 6 della Dichiarazione di Istanbul del 2008²¹. E in tal senso si attende un intervento del Legislatore.

6. L'adozione in casi particolari

Alla luce di ciò, appare dunque singolare che le Sezioni Unite, alla fine del loro iter argomentativo, ritengano che, sebbene non si possa riconoscere il provvedimento straniero che instaura lo *status filiationis* a seguito di maternità surrogata, si possa invece ricorrere alla adozione in casi particolari.

Con questa previsione, infatti, le Sezioni Unite non soltanto vanificano l'enunciata qualificazione del divieto di maternità surrogata quale principio inderogabile di ordine pubblico, poiché avallano *post hoc* la stessa maternità surrogata "ratificandone" gli effetti tramite il ricorso alla adozione in casi particolari, ma per di più stravolgono la natura, la funzione e la *ratio iuris* dell'istituto dell'adozione in casi particolari.

L'adozione in casi particolari, infatti, come le stesse Sezioni Unite ammettono rappresenta una "clausola" di chiusura del nostro ordinamento per garantire una "copertura" della responsabilità genitoriale del minore in carenza delle condizioni naturali per procedere alla normale adozione, costituendo, in sostanza, l'ultima estrema ratio non già per garantire agli adulti il diritto al figlio, ma per garantire al minore il diritto ai genitori.

Non sembra potersi rilevare, quindi, che casi analoghi a quelli portati all'attenzione della Corte possano essere inquadrati, come invece, incautamente, la Corte suggerisce, nell'ambito dell'adozione in casi particolari, poiché uno dei requisiti per l'applicazione

²⁰ «Il corpo umano e le sue parti non debbono essere, in quanto tali, fonte di profitto».

²¹ «Il traffico di organi e il turismo del trapianto violano i principi di equità, di giustizia e di rispetto per la dignità umana e dovrebbero essere vietati. Dal momento che il commercio di trapianti colpisce donatori impoveriti e altresì vulnerabili, conduce inesorabilmente a iniquità e ingiustizia, e dovrebbe essere vietato. Con la risoluzione 44.25, l'Organizzazione Mondiale della Sanità ha invitato gli Stati a impedire l'acquisto e la vendita di organi umani per trapianti».

di quest'ultimo istituto è lo stato di abbandono del minore che non ricorre in presenza del rapporto genitoriale del medesimo con l'altro genitore.

Viene insomma snaturata non soltanto la funzione della adozione in casi particolari, ma quella dell'adozione in se stessa considerata, almeno come storicamente determinatasi a partire dal diritto romano.

Nel diritto romano, infatti, soprattutto dopo l'intervento di Giustiniano, l'*adoptio* trova la sua ragion d'essere nella esigenza di garantire una continuità all'asse patrimoniale nel caso di assenza di discendenti o di perdita prematura degli stessi. Proprio per questo si richiedeva anche il consenso del genitore naturale che, infatti, non interrompeva l'esercizio della patria potestà nei confronti del figlio ormai adottato dal terzo adottante.

Si trattava di una "finzione" in funzione sostanzialmente patrimoniale.

Anche nel diritto romano, tuttavia, la funzione dell'adozione, oltre che patrimoniale nel caso in cui ad essere adottato fosse un maggiorenne, emerse ben presto come solidaristica nel caso in cui ad essere adottato fosse un minore, garantendo così a quest'ultimo l'assistenza secondo lo schema della famiglia naturale.

Non a caso si descrive lo spirito di questo secondo tipo di adozione con il brocardo latino "*adoptio naturam imitatur*", cioè "l'adozione imita la natura", nel senso che con l'adozione si instaura un rapporto di filiazione che dovrebbe ricalcare quello che si sarebbe instaurato con la naturale procreazione.

Ecco quindi come spiegarsi alcuni requisiti essenziali dell'istituto dell'adozione ordinaria: il consenso; la differenza di età tra adottante e adottato; che la coppia adottante sia sposata e, soprattutto, formata da soggetti di sesso diverso.

Questi due ultimi elementi sono la traduzione a livello normativo del suddetto principio per cui la adozione imita la natura, in quanto in natura non si può avere filiazione senza procreazione, e quest'ultima è possibile solo tra soggetti di sesso diverso. Il requisito del matrimonio si spiega in quanto solo con il matrimonio si crea quella stabilità socio-giuridica che rappresenta un presupposto per la adeguata assistenza del minore.

Il ricorso all'adozione in casi particolari, come soluzione per l'impossibilità del riconoscimento del provvedimento straniero che riconosce lo *status filiationis* in seguito a maternità surrogata, rappresenta insomma un vero e proprio aggiramento²², una elusione del divieto di maternità surrogata, con l'aggravante che viene messa in

²² Cfr. G. CRICENTI, *I giudici e la bioetica*, Carocci, Roma, 2017, p. 60.

essere *ope iudicis*, cioè con la legittimazione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

7. Conclusioni

La Cassazione, nonostante la legge 76/2016 non estenda la disciplina dell'adozione alle coppie del medesimo sesso, si sostituisce, insomma, al legislatore varando spontaneamente la liceità della cosiddetta “*stepchild adoption*” suggellando tramite la solennità delle Sezioni Unite un proprio precedente e solitario pronunciamento in tale direzione²³, innovando la propria vocazione *nomofilattica* con una inedita deviazione *autofilattica*.

Sotto questo profilo la statuizione in oggetto delle presenti riflessioni appare non soltanto contraddittoria con se stessa e opposta al quadro normativo, ma anche e soprattutto in controtendenza con quanto sancito dalla Grande Chambre della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia* del 24 gennaio 2017 allorquando la Corte EDU conclude il suo ragionamento precisando che «*se la Convenzione non sancisce alcun diritto di diventare genitore, la Corte non può comunque ignorare il dolore morale che sentono coloro il cui desiderio di genitorialità non è stato o non può essere soddisfatto. Tuttavia, l'interesse generale in gioco ha un grande peso sul piatto della bilancia mentre, in confronto, si deve accordare una importanza minore all'interesse dei ricorrenti ad assicurare il proprio sviluppo personale proseguendo la loro relazione con il minore. Accettare di lasciare il minore con i ricorrenti, forse nella prospettiva che questi diventassero i suoi genitori adottivi, sarebbe equivalso a legalizzare la situazione da essi creata in violazione di norme importanti del diritto italiano*».

La suddetta pronuncia delle Sezioni Unite, anche alla luce di un rapido e sintetico esame come quello contenuto in queste scarse riflessioni, rivela tutte le fragilità e le antinomie su cui si fonda lasciando intendere che sarà foriera di incertezze giuridiche maggiori di quelle che invece, probabilmente, intendeva risolvere.

²³ Cfr. Cassazione Civile n. 12962/2016.

Abstract

ALDO ROCCO VITALE, La maternità surrogata nella sentenza delle Sezioni Unite civili n. 12193/2019

L'articolo propone una lettura critica della sentenza delle Sezioni Unite Civile in tema di maternità surrogata. Partendo dall'esame del concetto di ordine pubblico, si focalizza l'attenzione sulla definizione dello *status filiationis* e sui rapporti con l'adozione in casi particolari.

Parole chiave: bioetica, maternità surrogata, ordine pubblico, *status filiationis*, adozione.

ALDO ROCCO VITALE, Surrogacy in the ruling of the United Civil Sections n. 12193/2019

The paper proposes a critical reading of the ruling of the United Civil Sections on the subject of surrogacy. Starting from the examination of the concept of public order, attention is focused on the definition of the *status filiationis* and on the relationships with adoption in particular cases.

Key words: bioethics, surrogacy, public order, *status filiationis*, adoption.

MAURO PALADINI

*Avvocato in Piacenza e Professore Ordinario di Diritto privato
Università degli Studi di Milano "Bicocca"*

**MATERNITÀ SURROGATA, MORTE DEL GENITORE BIOLOGICO E
TRASCRIZIONE AUTOMATICA DELL'ATTO DI NASCITA:
UNA DISCUTIBILE DECISIONE DEL TRIBUNALE DI MILANO***

SOMMARIO: 1. Il caso – 2. Il diritto vivente in punto di adozione in casi particolari del nato da surrogazione di maternità – 3. La decisione del Tribunale di Milano.

1. Il caso

Il problema del riconoscimento in Italia dello *status* di genitori, ottenuto all'estero mediante la pratica di surrogazione di maternità, si è recentemente posto in un caso deciso dal Tribunale di Milano, particolarmente interessante sia per la peculiarità della fattispecie sia per la soluzione a cui i Giudici pervengono. Si trattava di una surrogazione di maternità realizzata negli Stati Uniti da una coppia di uomini, l'uno cittadino italiano e l'altro con doppia cittadinanza italiana e statunitense, che aveva contratto matrimonio a New York e aveva successivamente trascritto nel Comune italiano di residenza tale matrimonio come unione civile, in seguito all'entrata in vigore della legge n. 76/2016.

Il minore veniva registrato in Italia come figlio del solo cittadino italiano, posto che soltanto nei confronti di quest'ultimo sussisteva il legame biologico. Tuttavia, il genitore biologico decedeva nel 2022. Su ricorso dei genitori del defunto e con il consenso della sorella, il Giudice Tutelare di Milano nominava tutore il c.d. genitore intenzionale, il quale proponeva successivamente ricorso al Tribunale per ottenere la rettifica dell'atto di nascita del minore, sulla base del certificato di nascita americano recante la doppia paternità, deducendo l'illegittimità e la contrarietà all'interesse del minore dell'originaria trascrizione nella parte in cui non riportava l'indicazione anche del "genitore d'intenzione".

Il Tribunale di Milano si è pronunciato con il decreto n. 562 del 24 aprile 2023, accogliendo il ricorso e ordinando all'Ufficiale di Stato Civile di trascrivere integralmente

* *Contributo sottoposto a valutazione.*

nei registri dello stato civile l'atto di nascita del minore con l'indicazione quale genitore anche del genitore "intenzionale" ricorrente.

2. Il diritto vivente in punto di adozione in casi particolari del nato da surrogazione di maternità

Com'è noto – esaminando il problema del riconoscimento dell'atto di nascita formato all'estero in Stati in cui la maternità surrogata è ritenuta lecita – le Sezioni Unite n. 38162 del 2022¹ hanno escluso che il rapporto di genitorialità possa essere automaticamente riconosciuto nei confronti del genitore privo di alcun legame biologico col minore, posto che la surrogazione di maternità è «una pratica che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»² e deve ritenersi, pertanto, contraria all'ordine pubblico.

Nonostante affermazioni così nette, tuttavia, le Sezioni Unite, con la sentenza n. 38162/22, hanno confermato il precedente orientamento³ per cui il rapporto di filiazione col genitore non biologico può essere comunque costituito col procedimento di adozione in casi particolari, ai sensi dell'art. 44, lett. d), legge n. 184/83. È vero, infatti, che la disciplina dell'adozione in casi particolari richiede, ai fini del perfezionamento della procedura, l'assenso del genitore biologico (art. 46, legge n. 184 del 1983) il quale potrebbe non prestarlo in situazioni di sopravvenuta crisi della coppia, ma occorre tuttavia considerare – avverte la Suprema Corte – che, qualora l'assenso sia negato, il tribunale, sentiti gli interessati, su istanza dell'adottante può, ove ritenga il rifiuto ingiustificato o contrario all'interesse dell'adottando, pronunciare ugualmente l'adozione.

Secondo questa interpretazione, è possibile, quindi, superare il dato letterale della norma dell'art. 46 (che parrebbe attribuire rilevanza ostativa al dissenso del genitore biologico), affidando al giudice la soluzione del contrasto tra genitore biologico e genitore intenzionale, mediante la valutazione in concreto dell'interesse del minore. Il rifiuto

¹ Cass. SS.UU. 30 dicembre 2022 n. 38162, sul sito web del Centro Studi Livatino con commento di D. BIANCHINI, *Sezioni Unite della Cassazione: la maternità surrogata offende la dignità umana anche se gratuita*, 5 gennaio 2023, in <https://www.centrostudilivatino.it/sezioni-unite-della-cassazione-la-maternita-surrogata-offende-la-dignita-umana-anche-se-gratuita/>; il testo del provvedimento è reperibile anche in *Giur. It.*, 2023, I, p. 1 ss., con nota di A. RENDA, *Maternità surrogata all'estero e status del nato: le Sezioni Unite confermano l'intrascrivibilità e ribadiscono la via dell'adozione in casi particolari*.

² In questo passaggio testuale della motivazione, la Suprema Corte conferma, peraltro, quanto già affermato da Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in *Dir. Fam. Pers.*, 2018, 1, I, p. 15.

³ Cass. SS.UU. 8 maggio 2019 n. 12193, in *Dir. Fam. Pers.*, 2020, 2, I, p. 392.

dell'assenso all'adozione da parte del genitore biologico può essere ragionevole, quindi – ad avviso della Suprema Corte – soltanto in casi eccezionali, ad esempio nell'ipotesi in cui il richiedente non abbia intrattenuto alcun rapporto di affetto e di cura nei confronti del nato, oppure abbia partecipato solo al progetto di procreazione ma abbia poi abbandonato il *partner* e il minore.

In definitiva, pur negando del tutto correttamente la trascrizione automatica dell'atto di nascita formato all'estero, la decisione delle Sezioni Unite spalanca le porte all'instaurazione del rapporto genitoriale col genitore non biologico attraverso un'interpretazione metaletterale delle norme sull'adozione in casi particolari, che finirà col rendere in concreto marginale l'eventualità che tale rapporto non venga riconosciuto dai tribunali.

Anche la pronuncia della Corte EDU del 31 agosto 2023⁴ – emessa in una vicenda di maternità surrogata compiuta da cittadini italiani, ai quali era stata successivamente negata la trascrizione dell'atto di nascita sia nei confronti del padre biologico sia della “aspirante” madre – ha sostanzialmente avallato la soluzione delle Sezioni Unite, affermando che, da una parte, l'art. 8 della Convenzione richiede che il diritto interno preveda la possibilità di riconoscimento del rapporto giuridico tra il bambino e il padre biologico, ma che, invece, rispetto al c.d. genitore intenzionale la scelta dei mezzi con cui consentire il riconoscimento del rapporto giuridico con l'aspirante genitore rientra nella discrezionalità degli Stati. La Convenzione non impone, quindi, alcun riconoscimento automatico del rapporto genitoriale con colui che sia privo di vincolo biologico; di conseguenza, la via dell'adozione particolare – indicata dalla giurisprudenza italiana – non viola alcun diritto né del nato né dell'aspirante genitore.

3. La decisione del Tribunale di Milano

Orbene, nel descritto contesto normativo e giurisprudenziale, il Tribunale di Milano – dopo aver riportato ampi passaggi della motivazione delle Sezioni Unite n. 38162 del 2022 ed aver preso atto, quindi, del “diritto vivente” relativo alla necessità di instaurare un procedimento di adozione in casi particolari (*ex art. 44, lett. d, legge n. 184/83*) per la costituzione dello *status filiationis* col genitore non biologico – ritiene che, nel caso in

⁴ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sez. I, 31 agosto 2023, n. 47196, in *Familia*, 2023, vol. VIII, pp. 1-6, con nota di M. PICCHI.

esame, l'impossibilità di ottenere il consenso del genitore biologico, a causa della sua prematura morte, consenta di pervenire direttamente alla trascrizione integrale dell'atto di nascita formato all'estero. In altri termini, l'impossibilità di ottenere il consenso del genitore biologico deceduto consente al genitore non biologico di aggirare il procedimento adottivo e di ottenere la trascrizione diretta dell'atto di nascita formatosi all'estero.

Non potrebbe il consenso – afferma il Tribunale – essere manifestato dagli eredi del genitore deceduto, posto che *«il consenso/dissenso è un diritto personalissimo che non può certo trovare equipollenti nel consenso degli eredi del genitore defunto e che non può, peraltro, neppure essere desunto dal solo consenso originariamente prestato al percorso procreativo di maternità surrogata che potrebbe anche prescindere da un successivo progetto di condivisione di vita e di crescita di quel minore»*. Di conseguenza, il Tribunale trae dall'impossibilità di espressione del consenso del genitore nell'ambito del procedimento di adozione la conseguenza della stessa inutilità del procedimento di adozione e dell'ammissibilità della trascrizione diretta dell'atto di nascita.

Si tratta di una conclusione, tuttavia, per molti aspetti criticabile.

a) Anzitutto, il Tribunale di Milano non tiene conto del dettato normativo dell'art. 46, comma 2, ultima parte, legge n. 184 del 1983, che prevede che *«...Parimenti il tribunale può pronunciare l'adozione quando è impossibile ottenere l'assenso per incapacità o irreperibilità delle persone chiamate ad esprimerlo»*: sebbene la nozione di morte sia diversa da quella di incapacità, sarebbe assai meno avulsa dal dato normativo un'interpretazione dell'art. 46 che estendesse il concetto di "incapacità" a quello di "impossibilità", in modo da ricomprendere anche l'estrema ipotesi della morte del genitore. D'altra parte, si è sopra illustrato come le Sezioni Unite, nel riconoscere il sindacato del giudice in caso di dissenso ingiustificato del genitore biologico, abbiano adottato un'interpretazione dell'art. 46 tutt'altro che letterale e conforme alle originarie intenzioni del legislatore.

b) In secondo luogo, la soluzione del Tribunale di Milano finisce col disporre la trascrizione diretta dell'atto di nascita, senza sindacato in ordine all'interesse del minore, proprio nell'ipotesi in cui, stante la mancanza fisica del genitore biologico, tale sindacato dovrebbe essere più approfondito nella direzione della verifica del progetto genitoriale,

dell'avvenuta instaurazione della relazione affettiva e della sussistenza, in definitiva, dell'interesse del minore all'instaurazione del rapporto di filiazione.

c) Inoltre, la trascrizione diretta dell'atto di nascita è proprio quell'esito che – secondo i principi affermati dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 38162 del 2022 – è contraria all'ordine pubblico, sicché non si comprende la ragione per cui, in nome dell'interesse del minore, nella situazione di maggiore fragilità di quest'ultimo, l'opzione interpretativa sia proprio quella categoricamente “bocciata” dalle Sezioni Unite⁵.

d) Infine, non può non notarsi il paradosso logico della decisione del Tribunale di Milano. Infatti, il dissenso eventualmente espresso dal genitore biologico può essere oggetto di valutazione da parte del giudice, il quale, in funzione dell'interesse del minore, può addivenire a una decisione difforme dalla volontà del genitore biologico; al contrario, ove tale consenso o dissenso non possa essere espresso, si prescinde completamente da ogni valutazione e si conclude aprioristicamente per la conformità all'interesse del minore (il quale, altrimenti – si legge nel decreto – «*resterebbe allo stato privo di genitori, di fatto orfano*») dell'automatica costituzione del rapporto genitoriale col genitore “d'intenzione”.

e) Nella parte finale della pronuncia si nota, peraltro, una sorta di aperto dissenso nei confronti di tale intervento nomofilattico, poiché il Tribunale espressamente afferma una “*condizione di vuoto normativo*”, negata invece dai Supremi Giudici, e si conclude la motivazione definendo la trascrizione dell'atto di nascita straniero «*l'unica modalità di approntare, anche alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale, una risposta che assicuri al minore nato da maternità surrogata una posizione di tutela dei propri diritti costituzionali di figlio non deteriore rispetto ai diritti della donna gestante e dell'adottato che, nell'attuale contesto normativo, non può che essergli assicurato se non con la trascrizione dell'atto di nascita*».

In definitiva, una decisione non soltanto discutibile sul piano dell'itinerario logico-giuridico, ma chiaramente ostile al diritto vivente, così come, a torto o a ragione, configurato dalla giurisprudenza di legittimità, e che dimostra la necessità che il legislatore sancisca limiti ancor più netti, per contenere e respingere la pratica della

⁵ Nulla dice il Tribunale sulla Circolare del Ministero dell'Interno n. 3 del 19 gennaio 2023, che ha richiamato i prefetti a comunicare ai Sindaci, quali ufficiali di stato civile, a non dare corso – proprio a seguito del pronunciamento delle Sezioni Unite – alla trascrizione degli atti e dei provvedimenti stranieri ricognitivi della genitorialità del partner del genitore biologico del nato da surrogazione all'estero.

maternità surrogata, di cui non si sottolineano mai abbastanza gli aspetti della mercificazione e dello sfruttamento economico del corpo umano e, di conseguenza, la grave violazione dei diritti fondamentali della donna e del bambino.

Abstract

MAURO PALADINI, Maternità surrogata, morte del genitore biologico e trascrizione automatica dell'atto di nascita: una discutibile decisione del Tribunale di Milano

L'Autore affronta il tema della maternità surrogata partendo dall'esame di un caso particolare relativo ad un bambino nato negli USA dichiarato nel certificato di nascita come figlio di due uomini, rimasto poi orfano del genitore biologico. L'Autore si sofferma sulla decisione del Tribunale di Milano, che nel 2023 ha accolto il ricorso del genitore d'intenzione e disposto la rettifica dell'atto di nascita del minore.

Parole chiave: maternità surrogata, morte del genitore biologico, Tribunale di Milano, rettifica atto di nascita, adozione in casi particolari.

MAURO PALADINI, Surrogacy, death of the biological parent and automatic transcription of the birth certificate: a questionable decision of the Court of Milan

The Author addresses the topic of surrogate motherhood starting from the examination of a particular case relating to a child born in the USA declared on the birth certificate as the son of two men; the child was subsequently left an orphan of his biological parent. The Author focuses on the decision of the Court of Milan, which in 2023 accepted the appeal of the intentional parent and ordered the rectification of the child's birth certificate.

Key words: surrogacy, death of the biological parent, Court of Milan, birth certificate rectification, adoption in particular cases.

PARTE TERZA
STUDI DI DIRITTO PENALE

IL REATO DI SURROGAZIONE DI MATERNITÀ: PROFILI GIURIDICI*

SOMMARIO: 1. Il reato di surrogazione di maternità – 1.1. I soggetti punibili – 1.2. Le condotte punibili – 1.3. La punibilità del delitto tentato – 1.4. La punibilità dei concorrenti nel reato – 1.5. Il bene giuridico protetto – 2. Il requisito di territorialità e la possibile configurazione di un reato universale – 3. Le conseguenze sull'ordine pubblico internazionale italiano – 4. La compatibilità del sistema italiano con il diritto internazionale e, in particolare, con la CEDU e l'estraneità del tema alle attribuzioni dell'Unione Europea.

1. Il reato di surrogazione di maternità

L'articolo 12, comma 6 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, stabilisce che «*chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro*».

Concentrando l'attenzione sulla fattispecie relativa alla surrogazione di maternità, essa presenta i seguenti contenuti e le seguenti caratteristiche giuridiche.

1.1. I soggetti punibili

La surrogazione di maternità, secondo la classificazione penalistica, è un *delitto comune* e in quanto tale può essere integrato per effetto della condotta di chiunque, non soltanto di soggetti dotati di speciali qualificazioni giuridiche. In particolare, nessuna rilevanza presenta, ai fini dell'integrazione del soggetto attivo del reato, se il soggetto che richieda o pratichi la surrogazione sia affettivamente singolo o inserito in una realtà di coppia e, in questo secondo caso, se si tratti di una coppia eterosessuale oppure omosessuale. Del resto, una simile differenziazione produrrebbe una violazione del principio di uguaglianza, ossia risulterebbe discriminatoria, nella misura in cui

* *Contributo sottoposto a valutazione.*

conferirebbe rilevanza a un elemento (l'orientamento sessuale di alcuni soggetti) del tutto irrilevante rispetto al bene giuridico protetto dalla norma, ossia la dignità della persona umana e l'interesse del nascituro. Il reato è punibile, pertanto, sia che la surrogazione sia commissionata da eterosessuali che da omosessuali.

1.2. Le condotte punibili

La surrogazione di maternità è un delitto cd. "di pura condotta": il reato viene integrato per il sol fatto di realizzare, organizzare o pubblicizzare la maternità surrogata, non essendo necessario, ai fini sanzionatori, che la maternità sia portata a compimento con il parto. Tanto meno la punibilità è subordinata al fatto che il nato sia assegnato di fatto o di diritto ai committenti.

Nel dettaglio, il delitto si configura con condotte alternative. Tre sono, infatti, le condotte incriminate ed è sufficiente il compimento di anche una soltanto di esse affinché il reato sia consumato.

(A) La prima possibile condotta è rappresentata dalla realizzazione di pratiche di surrogazione di maternità, ossia condurre una gestazione per conto di un terzo, con l'impegno di consegnare il nato al terzo stesso (o altro soggetto dal medesimo indicato). La condotta è, quindi, caratterizzata da un duplice elemento: la conduzione di una gestazione da parte di una donna; l'impegno della gestante a consegnare il nato a un soggetto, per conto del quale ha portato avanti la gestazione, privandosi di tutti o alcuni diritti ordinariamente riconosciuti alla partoriente. In ciò si traduce quel fenomeno di sostituzione che della surrogazione costituisce etimologicamente parte.

La condotta risulta tipicamente integrata mediante l'utilizzo di tecniche mediche (fecondazione artificiale dell'ovulo della gestante con il gamete del committente o di un terzo, impianto nella gestante di un ovulo del committente o di un terzo), ma trattandosi di un reato a forma libera («*in qualsiasi forma*», recita la fattispecie) non deve escludersi che la surrogazione possa essere realizzata tramite condotte naturali laddove sussista l'impegno a consegnare il nato a un terzo che lo ha commissionato (traffico di bambini) o eventualmente allo stesso genitore biologico privandosi dei diritti che l'ordinamento di regola riconosce alle partorienti. In questi ultimi casi, il delitto di surrogazione di maternità si pone in rapporto di specialità reciproca rispetto ai delitti in materia di affidamenti illeciti dei minori (art. 71 e seguenti della legge n. 184/1983), trovando la

propria specificità nell'essere l'affidamento illecito a un terzo programmato fin da prima della nascita e risultando, dunque, le altre fattispecie applicabili agli affidamenti illeciti decisi dopo il parto. Non rileva, a tal fine, la circostanza che la consegna del nato possa eventualmente avvenire a una certa distanza di tempo dopo la nascita, al fine di consentire se del caso alla madre surrogante l'allattamento del nato: laddove l'impegno alla consegna sia programmato fin da prima della nascita. Il reato di surrogazione di maternità, invece, può concorrere con quello di alterazione di stato, laddove la vicenda non venga esattamente dichiarata in sede di formazione di atto di nascita (art. 567, comma 2 cod. pen.).

La fattispecie incriminatrice non conferisce alcuna rilevanza al fatto che l'impegno della gestante a consegnare il nato al committente o a un terzo avvenga a titolo oneroso o non oneroso: il carattere commerciale o meno della surrogazione di maternità risulta, quindi, del tutto irrilevante ai fini dell'integrazione della fattispecie di reato. Il maggior disvalore connesso ai casi di impegno prestato a titolo commerciale (utero in affitto) rileverà in sede di graduazione della pena: a tal riguardo, nessuna distinzione sussiste tra i casi in cui il carattere commerciale dell'impegno abbia luogo per effetto di un rapporto sinallagmatico (corrispettivo per la gestione condotta per conto del terzo) oppure di rimborso delle spese (che, peraltro, al corrispettivo di regola si avvicina e deve ritenersi fiscalmente trattabile in modo identico).

(B) La seconda possibile condotta è rappresentata dalla realizzazione di atti volti a rendere concretamente possibile un fatto di surrogazione di maternità di cui al punto (A), ad esempio mettendo in contatto la gestante con il committente o adoperandosi per dare veste giuridica all'impegno della gestante di consegnare il nato al terzo. Anche in questo caso, il carattere commerciale o meno, occasionale o professionale, dell'organizzazione di pratiche di surrogazione di maternità risulta del tutto irrilevante ai fini dell'integrazione della fattispecie di reato, che in tutti i casi sarà consumato.

(C) La terza possibile condotta è rappresentata dalla divulgazione al pubblico di informazioni circa la possibilità di organizzare un fatto concreto di surrogazione di maternità di cui al punto (B), ad esempio segnalando al pubblico la presenza di agenzie che mettono in contatto soggetti interessati a commissionare la maternità con soggetti interessati a condurre una gestazione per conto di terzi o di agenzie che realizzano le pratiche mediche a tal fine necessarie. Anche in questo caso, nessuna differenza sussiste

per il caso in cui la pubblicità avvenga a titolo gratuito od oneroso, occasionale o professionale. In questa prospettiva, la tolleranza di fenomeni di pubblicità di surrogazione di maternità, che talora vengono addirittura posti a base di fiere e *convention*, risulta contraria all'obbligo costituzionale di esercizio dell'azione penale da parte della Procura della Repubblica territorialmente competente e si presta all'intervento delle Procure Generali presso le Corti d'Appello in sede di avocazione delle indagini ai sensi dell'art. 412 cod. proc. pen.

1.3. La punibilità del delitto tentato

Secondo le regole generali del codice penale (art. 56 del cod. pen.), il reato deve considerarsi punibile anche a titolo di tentativo, ossia laddove vengano posti in essere atti idonei e diretti in modo non equivoco a compiere le condotte incriminate, anche se la surrogazione non viene conclusivamente effettuata, la sua organizzazione non viene portata a termine e la pubblicità non sia divulgata.

1.4. La punibilità dei concorrenti nel reato

Tutti i soggetti coinvolti nella realizzazione, organizzazione o pubblicizzazione della surrogazione, a qualsiasi titolo, risultano punibili, in base ai generali principi di cui all'art. 110 del codice penale, a condizione che sussista l'elemento soggettivo del dolo, ossia della consapevolezza e volontà di realizzare, organizzare o pubblicizzare una surrogazione di maternità.

In particolare, nei casi della prima condotta (realizzazione della surrogazione di maternità), concorrono certamente nel reato il committente della maternità surrogata e la donna che mette a disposizione il suo corpo per condurre la gestazione con l'impegno di privarsi di tutti o alcuni diritti regolarmente spettanti alla partoriente. Al riguardo, è bene osservare che non opera la causa speciale di non punibilità di cui al comma 8 del medesimo articolo 12 della l. n. 40/2004, in forza della quale per altre fattispecie previste dalla legge stessa è esclusa la punibilità dei soggetti sui quali sono praticate le tecniche vietate dalla legge. Inoltre, potranno risultare punibili, qualora consapevoli che la propria opera si inserisca in un contesto di surrogazione di maternità: l'eventuale professionista che compia la fecondazione artificiale dell'ovulo della gestante o che impianti nella gestante l'ovulo proveniente da un terzo; il terzo destinatario del bambino, laddove

diverso dal committente, quando consapevole che la surrogazione è stata commissionata nel suo interesse.

Non si riscontrano ostacoli a configurare la punibilità per concorso anche a titolo omissivo, da parte dei soggetti su cui eventualmente incomba un obbligo giuridico di garanzia che il bene giuridico protetto non venga leso. Si pensi, in particolare, ai responsabili delle cliniche ove vengano praticati atti funzionali alla surrogazione di maternità ovvero ai soggetti investiti dall'ordinamento dall'obbligo di verifica sulle pubblicità e sugli eventi promozionali che si svolgono sul loro territorio, ove necessario autorizzandoli, come in particolare i Sindaci.

1.5. Il bene giuridico protetto

Alla luce della configurazione data dall'ordinamento al delitto di surrogazione di maternità, è possibile affermare che il bene giuridico protetto è la dignità della persona umana, segnatamente la dignità della donna gestante e la dignità del bambino, che le pratiche di surrogazione di maternità ledono per le ragioni sostanziali che verranno dettagliatamente illustrate nei successivi contributi che verranno pubblicati sul tema.

In questa prospettiva, la prima condotta prevista e punita dall'art. 12, comma 6 della legge n. 40/2014, ossia la realizzazione di una surrogazione di maternità, determina la compiuta lesione del bene giuridico tutelato, dando vita a un *delitto di danno*.

La seconda e la terza condotta, ossia l'organizzazione e la pubblicità di pratiche di surrogazione di maternità, danno invece luogo a reati di pericolo: con esse, i beni giuridici tutelati dalla norma non sono ancora lesi, ma si creano le condizioni affinché la lesione si produca. Si tratta di un'anticipazione della tutela giustificata, a livello concreto nella seconda condotta (organizzazione) e a livello di pericolo astratto nella terza (pubblicità), legittime alla luce della speciale importanza dei beni giuridici tutelati. Il diverso livello di disvalore delle diverse condotte potrà esser valutato in sede di graduazione della pena.

Alla luce della speciale importanza del bene giuridico protetto, la sanzione penale del divieto di surrogazione di maternità deve ritenersi, non soltanto compatibile con la Costituzione, ma finanche costituzionalmente doverosa. In più occasioni, del resto, la Corte costituzionale ha affermato che la pratica della maternità surrogata «*offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane*» (Corte Cost., n. 79/2022; Corte Cost., n. 33/2021; Corte Cost., n. 272/2017).

2. Il requisito di territorialità e la possibile configurazione di un reato universale

In forza dei principi generali stabiliti dal codice penale italiano, il reato in questione è punibile quando le condotte incriminate sono in tutto o in parte commesse sul territorio italiano, ossia quando almeno un fatto concreto, che entra a comporre la condotta, ha avuto luogo sul territorio nazionale.

Per effetto di ciò, ad esempio, dovranno ritenersi punibili secondo la legge italiana le condotte in cui in Italia ha luogo l'accordo di conduzione della gestazione per conto di un terzo, la fecondazione della gestante surrogata, una parte della gestazione, la consegna del nato al destinatario, una parte dell'organizzazione di un fatto di surrogazione, ovvero la pubblicità della possibilità di realizzare fatti di surrogazione.

In questa prospettiva, dovrebbe ritenersi punibile secondo la legge italiana anche il soggetto che dall'Italia si è posto in contatto con una clinica al fine di realizzare una pratica di maternità surrogata. Invero, prendere contatto con la struttura sanitaria presso cui condurre un concreto intervento di surrogazione costituisce, obiettivamente, l'avvio di quella condotta di organizzazione di un evento di surrogazione autonomamente previsto e punito dalla seconda fattispecie dell'art. 12, comma 6 della legge n. 40/2004. Né dovrebbe ritenersi ostare a tale conclusione la soluzione fornita da Cass. pen., sez. III, n. 5198/2021, poiché emerge dagli atti che, in tal caso, l'imputazione era stata formulata unicamente in relazione alla "realizzazione" della surrogazione, in base alla prima fattispecie, e non anche alla "organizzazione", in base alla seconda, o comunque in base al tentativo, così risultando precluso alla Cassazione di pronunciarsi *funditus* sul problema per ragioni di carattere processuale.

Se tali risultano le conseguenze del principio generale previsto dall'articolo 3, comma 1 e dall'articolo 6 del codice penale, nondimeno il codice penale stabilisce numerose ipotesi in cui, a motivo del particolare disvalore del fatto, esso viene punito anche quando il fatto incriminato viene integralmente compiuto al di fuori del territorio nazionale, ma possa comunque dirsi avere un legame giuridicamente apprezzabile con lo stesso. Si parla tradizionalmente, in tal caso, di "reati universali", secondo i principi dell'articolo 3, comma 2 e degli articoli 7 e seguenti del codice penale. In particolare, l'art. 7, comma 1, n. 5 del codice penale stabilisce, in via residuale, che può essere punito secondo la legge

chi compie in territorio estero *«ogni altro reato per il quale speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana»*.

In questa prospettiva si muove, in particolare, la proposta di legge A.C. 887, presentata da parte dell'On. Maria Carolina Varchi, secondo cui le pene stabilite dall'art. 12, comma 6 della legge n. 40/2004 *«si applicano anche se il fatto è commesso all'estero»*.

Il collegamento con il territorio dello Stato, in particolare, può essere individuato nell'aver il fatto commesso all'estero coinvolto cittadini italiani, come esattamente chiarito nel testo approvato in prima lettura dalla Camera il 26 luglio 2023 e trasmesso al Senato (A.S. n. 824), secondo cui *«se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla surrogazione di maternità, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana»*.

3. Le conseguenze sull'ordine pubblico internazionale italiano

I valori previsti dalla costituzione delineano il cosiddetto “ordine pubblico internazionale” di un Paese, ossia le caratteristiche che lo identificano nei rapporti con gli altri ordinamenti e che non possono essere negati neppure nei rapporti aventi rilevanza transnazionale.

Tra questi valori, rientra anzi e anzitutto quello di protezione della dignità della persona umana, in base al disposto dell'articolo 2 della Costituzione. Le modalità con cui il valore della dignità della vita umana viene protetto, venendo a configurare in concreto l'ordine pubblico internazionale dello Stato, hanno alla base le norme con cui il legislatore attua il valore stesso e, tra queste, particolare valore assumono quelle in materia di diritto penale.

Come affermato dalla giurisprudenza, l'ordine pubblico internazionale è rappresentato dai *«principi fondamentali della nostra Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente dal quale non può prescindere nella ricostruzione delle nozioni di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico»* (Cass. civ., SS.UU., n. 12193/2019).

Per questa ragione, il divieto di surrogazione di maternità ai sensi dell'art. 12, comma 6 della legge n. 40/2004 rientra nell'ordine pubblico internazionale dell'Italia. Tale conclusione costituisce diritto vivente consolidato, essendo stata affermata per ben due volte consecutivamente dal supremo organo giudiziario dello Stato, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass. civ., SS.UU., n. 12193/2019; Cass. civ., SS.UU., n. 38162/2022). In particolare, le Sezioni Unite hanno avuto modo di ribadire che l'eventuale carattere non commerciale della surrogazione non determina il venir meno della sua contrarietà all'ordine pubblico: *«non è consentito all'interprete ritagliare dalla fattispecie normativa, per escluderle dal raggio di operatività dell'ordine pubblico internazionale, forme di surrogazione che, sebbene in Italia vietate, non sarebbero in grado di vulnerare, per le modalità della condotta o per gli scopi perseguiti, il nucleo essenziale del bene giuridico protetto ... Non è pertanto consentito al giudice, in sede di interpretazione, escludere la lesività della dignità della persona umana e, con essa, il contrasto con l'ordine pubblico internazionale, là dove la pratica della surrogazione della maternità sia il frutto di una scelta libera e consapevole della donna, indipendente da contropartite economiche e revocabile sino alla nascita del bambino»* (così, da ultimo, Cass. civ., SS.UU., n. 38162/2022).

Tra le varie conseguenze che la ricomprensione di una regola nell'ambito dell'ordine pubblico internazionale dell'Italia produce, vi è anche quella per cui i provvedimenti provenienti dalle autorità di Stati stranieri (sentenze, certificati, ecc.) che si pongono in contrasto con tale regola, non possono essere riconosciuti come produttivi di effetti nello Stato italiano. Si tratta di un principio generale stabilito dagli articoli 64 e successivi della legge generale sul diritto internazionale privato n. 218/1995.

Per effetto di ciò, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno costantemente negato la possibilità di riconoscere in Italia sentenze o certificati stranieri che individuavano due padri come genitori di un bambino, da essi commissionato in maternità surrogata in un Paese in cui la surrogazione di maternità viene legalmente riconosciuta.

La stessa conclusione deve trarsi in tutte le ipotesi in cui si riscontri un fenomeno di surrogazione di maternità alla base dell'assegnazione di un figlio a un soggetto, secondo quanto indicato nella precedente lett. (A) del par 1.2.

Al mancato riconoscimento delle decisioni straniere che assegnino la potestà genitoriale a soggetti coinvolti in vicende di surrogazione di maternità, consegue

l'applicazione degli istituti previsti dal diritto interno (dall'adozione in casi speciali alla dichiarazione dello stato di adottabilità). L'ottenimento di un bambino sulla base di prassi che l'ordinamento ritiene lesive della dignità della persona umana dovrà costituire elemento di valutazione in merito all'idoneità di un soggetto ad assumere la potestà genitoriale nell'eventuale ambito di procedimenti di adozione in casi speciale ovvero all'idoneità di un soggetto a mantenere la potestà genitoriale quando si tratti di genitore biologico nell'ambito di una vicenda di surrogazione di maternità. Invero, il dispregio per la dignità della persona umana che, secondo l'ordinamento, denota il crimine di surrogazione di maternità, dispregio che la Corte costituzionale costantemente definisce "intollerabile" (Corte Cost., n. 79/2022; Corte Cost., n. 33/2021; Corte Cost., n. 272/2017), rientra per natura tra gli elementi da considerare al fine di valutare l'idoneità di un soggetto, che tale valore di dignità si è mostrato pronto a ledere ricorrendo alla pratica criminosa, a garantire l'equilibrata crescita di un minore, che appunto nella tutela e protezione della dignità umana deve avere il proprio fondamento e il proprio fine educativo. Del pari, dovrà costituire elemento di valutazione a tal fine la circostanza che i soggetti abbiano manifestato preferenze per l'etnia o altre caratteristiche personali del nato (colore dei capelli, colore della pelle, colore degli occhi, o altro) (Cass. civ., SS.UU., n. 13332/2010).

4. La compatibilità del sistema italiano con il diritto internazionale e, in particolare, con la CEDU e l'estraneità del tema alle attribuzioni dell'Unione Europea

La circostanza che l'ordinamento italiano non riconosca le decisioni giudiziarie o amministrative di Stati stranieri è compatibile con il diritto internazionale, posto che nessun trattato internazionale sottoscritto dall'Italia, né tanto meno il diritto internazionale consuetudinario, richiedono di considerare legale la surrogazione di maternità e di riconoscere le conseguenze giuridiche che essa mira a produrre nell'ordinamento.

Il riconoscimento degli effetti della surrogazione di maternità non è richiesto neppure dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU). La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, infatti, ha escluso che dall'art. 8 CEDU si possa inferire un diritto al riconoscimento dei rapporti di filiazione conseguiti all'estero, facendo ricorso alla surrogazione di maternità, e ha dato atto di un ampio margine di apprezzamento spettante

agli Stati membri in merito alla possibilità di riconoscere o meno tali rapporti di filiazione, ferma restando la necessità di garantire la migliore tutela dell'interesse del minore (Corte EDU, sentenza 7 aprile 2022, L. contro Francia; sentenza 18 agosto 2021, Valdis Fjölfnisdóttir e altri contro Islanda, paragrafi 66-70 e 75; sentenza 24 gennaio 2017, Paradiso e Campanelli contro Italia, paragrafi 197-199; sentenza Mennesson, paragrafo 74; sentenza Labassee, paragrafo 58). In particolare, è consolidato l'orientamento giurisprudenziale in forza del quale gli Stati non hanno vincoli a recepire le trascrizioni e decisioni di Stati esteri che si basino sul riconoscimento di rapporti sorti in virtù di fatti di surrogazione di maternità, essendo sufficiente che lo Stato preveda la possibilità di procedimenti giudiziari (come l'adozione in casi speciali) in forza dei quali un giudice possa valutare caso per caso, con i necessari approfondimenti fattuali e senza alcun automatismo di riconoscimento (Corte EDU, sentenze 22 giugno 2023, Modanese c. Italia, Nuti c. Italia, Bonzano c. Italia).

Sotto altro profilo, nessuno dei Trattati istitutivi dell'Unione Europea conferisce all'Unione Europea le competenze per regolare o sindacare le decisioni degli Stati in materia di status giuridico delle persone, di tutela penale della dignità della persona umana e di ordine pubblico internazionale.

In conseguenza di ciò, per effetto del principio di attribuzione, che individua in modo tassativo le competenze assegnate dagli Stati europei all'Unione, devono considerarsi alla stregua di indebite ingerenze nella sovranità nazionale, le prese di posizioni sovente esternate da organi dell'Unione a sostegno del riconoscimento degli effetti di pratiche di surrogazione di maternità.

Pertanto, tali prese di posizione devono considerarsi prive di effetti giuridici vincolanti, non soltanto per la forma che di regola assumono (risoluzioni del Parlamento Europeo o altre forme di *soft law*), ma anche e più radicalmente perché prive di base giuridica, assumendo la natura di atti cd. *ultra vires*.

In questa prospettiva, del tutto inevitabile e necessitata deve considerarsi la determinazione negativa da parte del Parlamento italiano in ordine alla proposta di regolamento 7 dicembre 2022 COM 2022 695, la quale – nell'ambito della strategia per l'uguaglianza LGBTQI – mirava a introdurre un meccanismo automatico di riconoscimento e trascrizione delle attestazioni di Stato provenienti da altri Paesi dell'Unione riducendo sensibilmente e, nel caso del certificato elettronico di filiazione,

eliminando il vaglio di ordine pubblico richiesto dal diritto interno, così richiedendo di recepire automaticamente anche le attestazioni di rapporti derivati da surrogazione di maternità che siano state riconosciute da altri Stati membri.

Con l'opposizione da parte dello Stato italiano, la proposta di regolamento non potrà essere adottata dall'Unione, essendo a tal fine richiesto il voto unanime degli Stati.

Abstract

FRANCESCO FARRI, Il reato di surrogazione di maternità: profili giuridici

L'articolo esamina la fattispecie del reato di surrogazione di maternità, prevista e punita dall'articolo 12, comma 6 della legge n. 40/2004. Si analizzano, in particolare, gli elementi costitutivi della condotta penalmente sanzionata, evidenziando l'irrelevanza ai fini della punibilità del carattere eventualmente gratuito del rapporto di surrogazione. Si analizza, poi, il profilo della punibilità secondo la legge italiana in relazione all'elemento della territorialità e si dimostra come la proposta di legge volta a considerare la surrogazione di maternità come "reato universale" sia pienamente legittima sul piano costituzionale e pienamente compatibile con il diritto europeo.

Parole chiave: surrogazione di maternità, gestazione per altri, irrilevanza delle finalità solidaristiche, territorialità, reato universale.

FRANCESCO FARRI, The crime of maternity surrogacy: legal aspects

The article examines the structural elements of the crime known as maternity surrogacy, established and sanctioned in Italy by Article 12, paragraph 6 of law no. 40/2004. In particular, the constitutive elements of the criminally sanctioned conduct are analyzed, highlighting the irrelevance, for punishability, of the possibly costless nature of the surrogacy relationship. The article then analyzes the punishability under the profile of territoriality according to the Italian law and demonstrate how the bill aimed at considering maternity surrogacy as a "universal crime" is fully legitimate on a constitutional level and fully compatible with European law.

Key words: maternity surrogacy, gestation for others, irrelevance of solidarity purposes, territoriality, universal crime.

CARLO INTROVIGNE

Sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Vercelli

**LA MATERNITÀ SURROGATA È UN CRIMINE CONTRO LA DIGNITÀ
DELL’UOMO, OVUNQUE SIA COMMESSO.
ESTENDERE LA PUNIBILITÀ DELLE CONDOTTE, ANCHE SE COMMESSE ALL’ESTERO,
È L’UNICA VIA PER NON RASSEGNAISI IPOCRITAMENTE
ALLA LOGICA DEL FATTO COMPIUTO***

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Non esiste il diritto ad avere figli – 3. Le pronunce della Corte di Cassazione in tema di maternità surrogata – 4. La maternità surrogata è vietata, ma il divieto viene aggirato: cosa fare? – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Il presente contributo si propone di approfondire la tematica della maternità surrogata – c.d. “gestazione per altri” (GPA) – da un punto di vista del diritto penale. Molti ed autorevoli autori hanno affrontato il tema da un punto di vista etico, politico e squisitamente amministrativo, anche commentando le pronunce della recente giurisprudenza che si sono occupate dei problemi relativi alla trascrizione dell’atto di nascita formato all’estero e dell’iscrizione anagrafica del minore nato da maternità surrogata. In questo contributo invece si tenta un approccio dal punto di vista del diritto penale, sia *de iure condito* (cioè a legislazione vigente) che *de iure condendo* (cioè con riferimento ad eventuali novità che potrebbero venire dal legislatore).

L’argomento è di estrema attualità ed urgenza, trovandoci di fronte al paradosso di una condotta che sulla carta è vietata, e penalmente sanzionata, ma nei fatti è sostanzialmente consentita o quanto meno fuori controllo.

Facendo un brevissimo passo indietro, occorre premettere che per *maternità surrogata* si intende quella pratica che, in applicazione di un malinteso ed inesistente “diritto alla genitorialità”, consente ad una coppia – indifferentemente omo oppure eterosessuale – di avere un figlio, dietro pagamento del corrispettivo della prestazione o delle spese sostenute, a favore di una donna che si presta a nove mesi di *gestazione per altri*.

* *Contributo sottoposto a valutazione.*

2. Non esiste il diritto ad avere figli

È già stato da più parti ed autorevolmente osservato come in realtà non esista – né da un punto di vista morale né da un punto di vista giuridico – il “diritto ad avere un figlio”, per cui una tale pretesa, da realizzare anche andando forzatamente contro le leggi naturali, è lungi dall’essere un bene giuridico meritevole di tutela da parte dell’ordinamento. Anzi, al contrario, le leggi dello Stato italiano vietano il ricorso alla maternità surrogata, pratica disumana nel cui contesto un bambino viene fatto oggetto di un contratto ed il suo preminente interesse alla salute, così come quello della madre, divengono soccombenti rispetto al *preteso ed in realtà inesistente* diritto dei committenti alla genitorialità.

La gestazione per altri è stata definita da fonti autorevolissime – si pensi alla Corte di Cassazione e al Comitato nazionale di bioetica – come pratica gravemente lesiva della dignità della donna e del figlio sottoposto come un oggetto ad un atto di cessione. È dunque del tutto logico che il ricorso a tale pratica sia penalmente sanzionato, dovendosi ricordare come il diritto penale sia posto dagli ordinamenti a presidio e divieto di quelle condotte che il legislatore ritiene maggiormente lesive del bene comune.

L’art. 12 comma 6 della legge 40 del 2004 recita: *«chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro»*.

La norma è di chiarezza adamantina; dunque, come è possibile che si verifichi il paradosso per cui la GPA è vietata sulla carta, ma consentita nei fatti? La risposta è da ricercare nei limiti di applicazione territoriale del diritto penale riflessi nella timidezza palesata dalla giurisprudenza che sinora si è espressa in merito.

3. Le pronunce della Corte di Cassazione in tema di maternità surrogata

Le pronunce della Corte di Cassazione che finora sono state rese in materia, hanno ritenuto improcedibile in Italia – in assenza di apposita richiesta del Ministro della Giustizia – l’azione penale nei confronti di chi aveva fatto ricorso alla GPA in Paesi dove la pratica è ammessa, come ad esempio l’Ucraina.

Secondo gli ermellini (sentenza Sez. III, n. 5198 del 28 ottobre 2020) *«Il divieto di realizzare, in qualsiasi forma, la surrogazione di maternità, previsto dall’art. 12, comma*

6, legge 19 febbraio 2004, n. 40, comprende le condotte antecedenti ed eziologicamente collegate e funzionali alla maternità surrogata, che si perfeziona con la nascita a gestazione terminata» – il che significa che sarebbe punibile, ad esempio, la condotta di chi dovesse siglare in Italia il contratto per la GPA; tuttavia, nel caso di specie portato all'attenzione della Suprema Corte, i Giudici hanno ritenuto che la vicenda si fosse realizzata per intero in Ucraina, non rilevando i contatti prodromici intrattenuti via e-mail al fine di valutare le possibili soluzioni, in quanto non ancora dimostrativi della decisione di ricorrere alla pratica vietata.

Per altro verso, la giurisprudenza non ha sinora ritenuto punibile ai sensi dell'art. 567 comma 2 cod. pen. – che incrimina con pene molto severe l'alterazione di stato¹ – la condotta di chi presenti all'ufficiale di stato civile in Italia un certificato di nascita redatto all'estero che indichi come genitori quelli c.d. "d'intenzione" senza riferimenti alla madre naturale (Cass., Sez. VI, n. 31409 del 13 ottobre 2020, che conferma una pronuncia già resa dalla stessa Sezione nell'ottobre 2016, la n. 48696 ed altra ancora resa dalla Sezione V, n. 13525 del 10 marzo 2016). Secondo gli ermellini: *«Ai fini dell'integrazione del delitto di cui all'art. 567, comma secondo, cod. pen., è necessaria un'attività materiale di alterazione di stato che costituisca un "quid pluris" rispetto alla mera falsa dichiarazione e si caratterizzi per l'idoneità a creare una falsa attestazione, non potendosi considerare ideologicamente falso il certificato conforme alla legislazione del paese di nascita del minore, neppure nel caso in cui la procreazione sia avvenuta con modalità non consentite in Italia»*. E questo nonostante la sentenza delle Sezioni Unite civili n. 12193 del 2019, che come noto, senza toccare il tema della sussistenza degli elementi oggettivi e soggettivi del reato, ha ritenuto la contrarietà all'ordine pubblico del riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero che abbia accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato in Ucraina mediante il ricorso alla maternità surrogata e il genitore cittadino italiano.

Con le stesse pronunce la Suprema Corte lascia intendere che neppure il ricorso alla contestazione ex art. 495² cod. pen. – falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico

¹ «...omissis... Si applica la reclusione da cinque a quindici anni a chiunque, nella formazione di un atto di nascita, altera lo stato civile di un neonato, mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità».

² «chiunque dichiara o attesta falsamente al pubblico ufficiale l'identità, lo stato o altre qualità della propria o dell'altrui persona è punito con la reclusione da uno a sei anni. La reclusione non è inferiore a due anni: 1) se si tratta di dichiarazioni in atti dello stato civile...omissis...».

ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri – sarebbe ritenuta fondata, mentre è interessante osservare che nel 1967 la stessa Corte di Cassazione non aveva dubbi in proposito ed affermava in modo lapidario, nella pronuncia n. 919 del 9 giugno che *«costituisce delitto di falsità ex art. 495 cod. pen. la falsa dichiarazione resa all'ufficiale di stato civile intesa alla formazione di un atto di nascita, nel quale si faccia apparire come madre persona diversa da quella vera»*.

4. La maternità surrogata è vietata, ma il divieto viene aggirato: cosa fare?

Tirando le fila, l'incriminazione della GPA in Italia esiste ma non funziona; il ricorso alla maternità surrogata è reato, ma di fatto – a legislazione e giurisprudenza invariate – non lo si punisce. A fronte del problema, le soluzioni percorribili sono numerose e l'obiettivo del presente contributo è quello di vagliarle.

Certamente la situazione contingente vede l'attuale Governo del nostro Paese potenzialmente propenso ad una tale scelta – si veda in proposito il messaggio inviato dalla premier Meloni in occasione del convegno organizzato dal Centro Studi Livatino a proposito della crisi della natalità in Italia e negli Usa³ – mentre molto più ardua sarebbe l'intesa con altri Paesi, con governi di altra ispirazione, soprattutto in tema di difesa della vita e della famiglia, in vista della creazione di una fattispecie di reato c.d. “universale” o quanto meno sovra nazionale.

Vediamo dunque quali potrebbero essere le soluzioni prospettabili.

1) L'utilizzo in Italia di un'altra fattispecie incriminatrice, diversa da quelle di cui all'art. 12 comma 6 del D. Lgs. 159/2001, all'art. 495 cod. pen. e all'art. 567 comma 2 cod. pen.: sarebbe interessante una verifica di resistenza del ricorso alla maternità surrogata a fronte di contestazione ai sensi dell'art. 601⁴ cod. pen. o 602⁵ cod.

³ Scrive la premier Giorgia Meloni: *«... vogliamo una nazione in cui non sia più scandaloso dire... che la maternità non è in vendita, gli uteri non si affittano, i figli non sono prodotti da banco...»*. Il testo integrale del messaggio è reperibile su <https://www.centrostudilivatino.it/convegno-sulla-famiglia-tra-italia-e-stati-uniti-i-messaggi-di-meloni-la-russa-e-fontana/>.

⁴ *«È punito con la reclusione da otto a venti anni chiunque recluta, introduce nel territorio dello Stato, trasferisce anche al di fuori di esso, trasporta, cede l'autorità sulla persona ... omissis ... mediante inganno, violenza, minaccia, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di vulnerabilità, di inferiorità fisica, psichica o di necessità, o mediante promessa o dazione di denaro o di altri vantaggi alla persona che su di essa ha autorità, al fine di indurle ... omissis... al compimento di attività illecite che ne comportano lo sfruttamento o a sottoporsi al prelievo di organi»*.

⁵ *«chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo 601, acquista o aliena o cede una persona che si trova in una delle condizioni di cui all'articolo 600 è punito con la reclusione da otto a venti anni»*.

pen.: sono norme immaginate ed applicate per il contrasto al fenomeno della tratta di persone, eppure sembrerebbero atagliarsi bene al caso del ricorso alla GPA, dove effettivamente il nascituro viene fatto oggetto di una compravendita e trattato alla stregua di un bene commerciabile. Peraltro, l'art. 604 cod. pen. stabilisce che le norme precedenti sono applicabili anche quando il fatto è commesso all'estero da cittadino italiano.

Tuttavia, nell'esercitare l'azione penale per il ricorso alla GPA ai sensi dell'art. 601 o 602 cod. pen. si porrebbero forse tre ordini problemi: il primo, quello della specialità della norma *ex art. 12 comma 6 legge 40 del 2004*; il secondo, quello dell'equiparazione tra persona e nascituro, essendo vietata l'interpretazione estensiva analogica delle norme incriminatrici; il terzo, difficilmente superabile, quello del dolo specifico richiesto dalla fattispecie di cui all'art. 601 del codice penale.

2) **Il ricorso ad una nuova figura di reato universale o sovranazionale, in sede convenzionale**: si tratterebbe della soluzione più semplice e che garantirebbe i risultati più certi, ma evidentemente richiederebbe il ricorso ad un accordo con altri Stati in sede convenzionale che appare difficilmente percorribile, per il fatto che in alcuni paesi la maternità surrogata è già normata e considerata (a diverse condizioni a seconda dello Stato straniero di cui si tratta) lecita, nonché per un problema di opzione culturale di fondo di numerosi governi europei e non.

Vale la pena in questa sede ricordare che la normazione in materia penale, in sede convenzionale, non è stata devoluta all'Unione dagli Stati facenti parte dell'Unione Europea: dunque, ammesso ed evidentemente non concesso che in sede euro-unitaria vi fosse l'intenzione di perseguire in modo efficace le pratiche di maternità surrogata, *rebus sic stantibus* non sarebbe possibile la creazione di una fattispecie di "reato europeo".

3) **la modifica in senso migliorativo delle fattispecie esistenti**: una terza possibilità – verosimilmente quella più immediatamente praticabile – è quella di intervenire sulle fattispecie esistenti, essenzialmente gli articoli 12 legge 40 del 2004 e/o 567 cod. pen., modificandole per adattare ai segnali che sono pervenuti della giurisprudenza, che le ha ritenute finora inapplicabili.

Per andare in tale direzione sarebbe necessario dare rilievo a condotte commesse all'estero, ed in linea generale va osservato che l'idea della punibilità di un reato commesso all'estero non è estranea al nostro ordinamento. In tal senso si muove la

proposta di legge n. 887, presentata alla Camera dei Deputati, che vede come prima firmataria l'on. le Carolina Varchi.

Innanzitutto, ci sono le regole generali degli artt. 8-10 del codice penale che riguardano il “*delitto politico commesso all'estero*” (art. 8 cod. pen.), il “*delitto comune del cittadino all'estero*” (art. 9 cod. pen.)⁶, il “*delitto comune dello straniero all'estero*” (art. 10 cod. pen.); nel caso sopra citato portato all'attenzione della Suprema Corte nel 2020, si discuteva appunto di un delitto comune, quello dell'art. 12 co. 6 legge 40 del 2004, commesso da cittadini italiani in Ucraina, ed il caso era stato ritenuto improcedibile in mancanza di apposita richiesta del Ministro della Giustizia.

Ma vi sono anche norme della parte speciale del codice penale – la mente corre all'art. 604 cod. pen. già citato, all'art. 574 *bis* che incrimina la sottrazione e trattenimento di un minore all'estero, e nella c.d. legislazione speciale, sopra tutto in materia di immigrazione ed in materia fiscale, che incriminano *tout court* azioni commesse dal cittadino all'estero.

4) Il ricorso ad una fattispecie nuova nel contesto del diritto penale italiano: un'ulteriore soluzione, pure percorribile, è quella dell'abrogazione dell'art. 12 comma 6 legge 40 del 2004 e della scrittura di una nuova norma incriminatrice. L'ipotesi meriterebbe un lungo approfondimento, una riflessione *ad hoc* ed un contributo specificamente dedicato, ma in sintesi potrebbe trattarsi di un nuovo art. 567 *bis* cod. pen. da inserire nel codice penale nel capo III del Titolo XI – “*dei delitti contro lo Stato di famiglia*”.

Si tratterebbe di una norma finalizzata alla repressione penale del ricorso alla maternità surrogata da costruire, a parere di chi scrive, come fattispecie a dolo specifico. Dal punto di vista della condotta, la norma dovrebbe essere incentrata non tanto sul commercio di gameti ed embrioni o sul generico ricorso alle pratiche di maternità surrogata – com'è oggi l'art. 12 comma 6 legge 40 del 2004 – ma sul momento dell'introduzione in Italia, con seguente tentativo di iscrizione anagrafica o di altre pratiche amministrative comunque finalizzate all'esercizio di attribuzioni corrispondenti alla responsabilità

⁶ «Il cittadino, che, fuori dei casi indicati nei due articoli precedenti, commette in territorio estero un delitto per il quale la legge italiana stabilisce l'ergastolo, o la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni, è punito secondo la legge medesima, sempre che si trovi nel territorio dello Stato. Se si tratta di delitto per il quale è stabilita una pena restrittiva della libertà personale di minore durata, il colpevole è punito a richiesta del Ministro della giustizia ovvero a istanza o a querela della persona offesa... omissis».

genitoriale, del minore generato da madre estranea e previo accordo commerciale o non – in modo da coprire anche le pratiche di GPA asseritamente a titolo gratuito e liberale.

In questo modo risulterebbe irrilevante il fatto, attualmente ostativo ad una concreta repressione del fenomeno, che l'accordo economico, la fecondazione e la gestazione siano eventi interamente esauriti all'estero.

L'ipotetica norma di nuova introduzione dovrebbe a mio parere poi essere dotata di un capoverso, *id est* di un secondo comma, specificamente dedicato all'incriminazione delle pratiche di intermediazione e sponsorizzazione – evidentemente commesse in Italia – del ricorso alla maternità surrogata.

5. Conclusioni

Il ricorso alla maternità surrogata oggi in Italia è previsto come reato, ma non è efficacemente punibile e perseguibile a causa di limiti delle norme esistenti che sono intrinseci (per come sono scritte, per i limiti di territorialità del diritto penale, per il generale divieto di interpretazione analogica *in malam partem*) ed estrinseci (l'interpretazione giurisprudenziale, la ritrosia finora palesata dai Ministri della Giustizia a muovere la richiesta di cui all'art. 9 co. 2 codice penale).

Le possibili soluzioni al problema sono molteplici e variamente percorribili, sol che ci sia la volontà politica di rendere efficace la repressione del fenomeno, sgombrando il campo dagli equivoci di fondo che consentono l'esistenza di un articolato dibattito sul tema. C'è infatti chi propugna e sostiene il ricorso alla maternità surrogata, sostanzialmente adottando il punto di vista errato e cioè quello dei diritti del bambino nato da tecniche di maternità surrogata. È evidente che di fronte al fatto compiuto il nato ha gli stessi diritti di ogni altro essere umano e non deve crescere additato come *figlio della colpa*; ma è altrettanto evidente che la tutela del minore – di certo da garantire, eventualmente come ha indicato la Cassazione con il ricorso allo specifico strumento giuridico dell'adozione in casi particolari – nulla ha a che fare con la liceità del ricorso alla maternità surrogata.

Del resto, se ci si ponesse unicamente dal punto di vista del minore che eventualmente è cresciuto con quelli che ritiene i suoi genitori e magari ci si è affezionato, non sarebbe diversa la situazione di chi non sa di essere stato rapito da neonato; eppure, non sussistono dubbi sull'illiceità del rapimento.

La repressione penale ha una specifica finalità general preventiva e dunque le norme vengono scritte ed applicate per evitare *a monte* che i comportamenti incriminati vengano messi in pratica.

Nel caso specifico si tratta di reprimere una pratica che, come hanno scritto i Giudici della Suprema Corte, «*quali che siano le modalità della condotta e gli scopi perseguiti, offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane*».

Insomma, si tratta di abbandonare ogni ipocrisia e vivere fino in fondo il difficile mestiere di uomini.

Abstract

CARLO INTROVIGNE, La maternità surrogata è un crimine contro la dignità dell'uomo, ovunque sia commesso. Estendere la punibilità delle condotte, anche se commesse all'estero, è l'unica via per non rassegnarsi ipocritamente alla logica del fatto compiuto

L'Autore riflette sul fatto che dove la maternità surrogata è vietata, come in Italia, in genere il divieto viene violato e i committenti riescono a raggiungere l'obiettivo di avere bambini ed essere riconosciuti come genitori senza subire particolari conseguenze negative. L'argomento usato dai sostenitori della maternità surrogata per ottenere il riconoscimento del rapporto di filiazione è quello di dover tutelare i diritti dei bambini nati da madri surrogate: in pratica lo Stato subisce la "logica del fatto compiuto". L'Autore propone alcune soluzioni per superare questa situazione di evidente inadeguatezza della risposta dell'ordinamento giuridico.

Parole chiave: maternità surrogata, divieto, rapporto di filiazione, tutela dei bambini, dignità dell'uomo.

CARLO INTROVIGNE, Surrogacy is a crime against human dignity, wherever it is committed. Extending the punishability of conduct, even if committed abroad, is the only way to avoid hypocritically resigning oneself to the logic of a fait accompli

The Author reflects on the fact that where surrogacy is prohibited, as in Italy, the ban is generally violated and the clients manage to achieve the goal of having children and being recognized as parents without suffering particular negative consequences. The argument used by supporters of surrogate motherhood to obtain recognition of the filiation relationship is that of having to protect the rights of children born to surrogate mothers: in practice the State suffers the "*logic of a fait accompli*". The Author proposes some solutions to overcome this situation of evident inadequacy of the legal system's response.

Key words: surrogacy, prohibition, filiation relationship, protection of children, human dignity.

CESARE PARODI

Procuratore Aggiunto presso la Procura della Repubblica di Torino

**LA MATERNITÀ SURROGATA COME REATO UNIVERSALE:
COMPRENDERE PRIMA DI VALUTARE***

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La tutela dei minori – 3. La valutazione sulla surrogazione di maternità – 4. La modifica prevista dal disegno di legge – 5. Le caratteristiche del reato universale – 6. Conclusioni.

1. Premessa

La valutazione sulla modifica del reato di maternità surrogata – che si vorrebbe trasformare in “reato universale” – inevitabilmente risente dell’approccio ideologico e culturale al problema; una questione che non può essere affrontata correttamente senza una disamina del quadro normativo e delle interpretazioni fornite dalla Corte costituzionale, dalla Cassazione e dalle autorità europee sul tema.

Il significato di questo breve contributo è esattamente questo. Prima di esprimere valutazioni personali – indubbiamente tutte legittime – sul significato sociale prima ancora che giuridico della maternità surrogata è indispensabile individuare con chiarezza le posizioni ufficiali sull’argomento – a livello nazionale e internazionale – al fine di comprendere se forme di intervento su quella che è la realtà del settore siano giustificate e condivisibili, anche laddove riguardino condotte che non avvengono sul territorio nazionale.

Per chiarezza, occorre ricordare che la surrogazione di maternità non solo è fenomeno differente dalla fecondazione eterologa, ma non è fenomeno univoco, in quanto può assumere due forme distinte:

- surrogazione di concepimento e di gestazione, quando una donna demanda a un’altra donna sia la produzione di ovociti, sia la gestazione, non fornendo alcun apporto biologico.

* *Contributo sottoposto a valutazione.*

- surrogazione di gestazione, nella quale l'aspirante madre produce l'ovocita il quale, una volta fecondato dallo spermatozoo, viene impiantato nell'utero di un'altra donna che fungerà esclusivamente da gestante.

2. La tutela dei minori

È necessario premettere un aspetto che – almeno apparentemente – risulta condiviso: la assoluta, prioritaria, imprescindibile tutela dei minori “frutto” di tali pratiche. Un concetto che è stato ribadito – se mai ce ne fosse stato bisogno – dalle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione¹, per la quale il riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento giurisdizionale straniero, con il quale sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla gestazione per altri e il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana, trova ostacolo nel divieto assoluto di surrogazione di maternità, previsto dall'art. 12, comma 6, della l. n. 40 del 2004, volto a tutelare la dignità della persona umana nella sua dimensione non solo soggettiva, ma anche oggettiva; ne consegue che, in presenza di una scelta legislativa dettata a presidio di valori fondamentali, non è consentito al giudice, mediante una valutazione caso per caso, escludere in via interpretativa la lesività della dignità della persona umana e, con essa il contrasto con l'ordine pubblico internazionale, anche laddove la pratica della surrogazione di maternità sia il frutto di una scelta libera e consapevole della donna, indipendente da contropartite economiche e revocabile sino alla nascita del bambino.

In tale occasione la Suprema Corte ha precisato che *«anche il bambino nato da maternità surrogata ha un diritto fondamentale al riconoscimento, anche giuridico, del legame sorto in forza del rapporto affettivo instaurato e vissuto con colui che ha condiviso il disegno genitoriale. L'ineludibile esigenza di assicurare al bambino nato da maternità surrogata gli stessi diritti degli altri bambini nati in condizioni diverse è garantita attraverso l'adozione in casi particolari, ai sensi della L. n. 184 del 1983, art. 44, comma 1, lett. d)»*.

Indicazioni univoche sul punto giungono anche dalla Corte costituzionale. Al proposito, la sentenza 32/2021 richiama la sentenza n. 347/1998, nella quale si

¹ Cass. SS.UU. civ., n. 38162 del 30 dicembre 2023. Rv. 666544.

evidenziava l'urgenza d'individuare idonei strumenti di tutela del nato a seguito di fecondazione assistita (situazione per vari aspetti assimilabile a quella della maternità surrogata), soprattutto in relazione «*ai suoi diritti nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendosene le relative responsabilità*». Proprio in conseguenza di questa esigenza il legislatore, agli artt. 8 e 9 della l. 40/2004, ha previsto che il consenso alla PMA determina l'effetto per chi lo abbia prestato di divenire responsabile nei confronti del nato quale destinatario naturale dei doveri di cura, pur in assenza di un legame biologico e ciò sebbene il dato della provenienza genetica non costituisca un imprescindibile requisito della famiglia (Corte Cost., n. 162/ 2014; n. 272/2017).

È considerato determinante «*il consolidamento in capo al figlio di una propria identità affettiva, relazionale, sociale, da cui deriva l'interesse a mantenere il legame genitoriale acquisito, anche in contrasto con la verità biologica*» (Corte Cost., n. 127/2020).

Anche la sentenza 33/2021, con oggetto la valutazione della violazione dei principi di cui agli art. 12, comma 6, l. 40/2004, (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), dell'art. 64, comma 1, lettera g), fa proprie in larga misura le preoccupazioni espresse da altre decisioni in ordine all'esigenza di assicurare al minore il diritto a un inserimento e alla stabile permanenza nel proprio nucleo familiare, segnalando il rischio di situazioni d'ingiustificata disparità di trattamento tra soggetti che non hanno determinato la condizione filiale in cui versano.

Sul punto, si segnala anche l'ormai consolidata giurisprudenza della Corte EDU che afferma la necessità, al metro dell'art. 8 CEDU, che i bambini nati mediante maternità surrogata, anche negli Stati parte che vietino il ricorso a tali pratiche, ottengano un riconoscimento giuridico del «*legame di filiazione*» (*lien de filiation*) con entrambi i componenti della coppia che ne ha voluto la nascita, e che se ne sia poi presa concretamente cura (sentenza *Mennesson* contro Francia, paragrafo 100; sentenza *D.* contro Francia, paragrafo 64).

La menzionata sentenza delle Sezioni Unite, inoltre, segnala l'opportunità di affidare il riconoscimento della genitorialità a strumenti adeguati in grado di tutelare i minori, che non possono di certo essere quelli automatici. «*L'instaurazione della genitorialità e il giudizio sulla realizzazione del miglior interesse del minore.....non si coniugano con l'automatismo e con la presunzione, ma richiedono una valutazione di concretezza:*

quella valutazione di concretezza che postula il riscontro del preminente interesse del bambino a continuare, con la veste giuridica dello status, un rapporto di cura e di affettività che, già nei fatti, si atteggia a rapporto genitoriale». Una diversa soluzione «porterebbe a fondare l'acquisto della genitorialità sulla sola scelta degli adulti, anziché su una relazione affettiva già di fatto instaurata e consolidata».

Pare chiaro che su questo aspetto non vi possono essere esitazioni. Tutti i minori – quale che siano state le circostanze del loro concepimento e della loro gestazione – hanno diritto a una condizione assolutamente paritaria, sotto tutti i profili.

3. La valutazione sulla surrogazione di maternità

Vediamo, allora, se esiste una valutazione sulla surrogazione di maternità espressa a prescindere dai condizionamenti culturali e ideologici dei singoli.

Anche sul punto, deve essere riportata la valutazione delle Sezioni Unite della Suprema Corte (si tratta, come è evidente, dalla più autorevole espressione a livello giurisdizionale); la decisione sottolinea la volontà di disincentivare il ricorso alla maternità surrogata, una pratica che per i giudici di legittimità *«offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane, assecondando un'inaccettabile mercificazione del corpo»*. Sul punto, la Suprema Corte osserva che il riconoscimento mediante delibazione o trascrizione del provvedimento straniero *«finirebbe per legittimare in maniera indiretta e surrettizia una pratica degradante»*, aggiungendo che detto automatismo non sarebbe neppure funzionale alla realizzazione del miglior interesse del minore, *«attuando semmai quello degli adulti che aspirano ad avere un figlio a tutti i costi»* (p. 51).

Le Sezioni Unite, nel richiamare la sentenza numero 79/2022 della Corte costituzionale, hanno messo in evidenza che la fecondazione eterologa va tenuta distinta dalla maternità surrogata: nel caso di quest'ultima, infatti, *«la genitorialità giuridica non può fondarsi sulla volontà della coppia»* perché *«dalla disciplina degli articoli 8 e 9 della legge 40 del 2004 non possono trarsi argomenti per sostenere l'idoneità del consenso a fondare lo stato di figlio nato a seguito di surrogazione di maternità»*.

Sul tema la Corte costituzionale (sentenza n. 272/2017) ha affermato che il desiderio di genitorialità attraverso il ricorso alla procreazione medicalmente assistita o alla gestazione per altri, *«offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel*

profondo le relazioni umane” e non può legittimare un illimitato diritto alla genitorialità».

Indicazioni sostanzialmente non difformi sono reperibili anche a livello europeo; il 17 dicembre 2015, nel corso dell'Assemblea plenaria del Parlamento europeo, è stata approvata la Relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo nel 2014, sulla politica dell'Unione Europea in materia, di cui alla risoluzione 2015/2229 (INI); la Relazione contiene un emendamento che stabilisce che il Parlamento europeo *«condanna la pratica della maternità surrogata, che mina la dignità umana della donna, visto che il suo corpo e le sue funzioni riproduttive sono usate come una merce; considera che la pratica della maternità surrogata, che implica lo sfruttamento riproduttivo e l'uso del corpo umano per profitti finanziari o di altro tipo, in particolare il caso delle donne vulnerabili nei Paesi in via di sviluppo, debba essere vietato e trattato come questione di urgenza negli strumenti per i diritti umani»* a disposizione dell'Unione europea nel dialogo con i Paesi terzi.

Anche recentemente il Parlamento Europeo ha ribadito la sua posizione nei confronti della pratica della maternità surrogata; il 5 maggio 2022 sono stati pubblicati tutti i testi approvati da tale organo, tra i quali è presente il documento che riguarda la risoluzione sull'impatto della guerra contro l'Ucraina sulle donne, al cui interno è possibile trovare la posizione chiara del Parlamento nei confronti della maternità surrogata. Al proposito il Parlamento Europeo:

«13. condanna la pratica della maternità surrogata, che può esporre allo sfruttamento le donne di tutto il mondo, in particolare quelle più povere e in situazioni di vulnerabilità, come nel contesto della guerra; chiede che l'UE e i suoi Stati membri prestino particolare attenzione alla protezione delle madri surrogate durante la gravidanza, il parto e il puerperio e rispettino tutti i loro diritti nonché quelli dei neonati;

14. sottolinea le gravi ripercussioni della maternità surrogata sulle donne, sui loro diritti e sulla loro salute, le conseguenze negative per l'uguaglianza di genere nonché le sfide derivanti dalle implicazioni transfrontaliere di tale pratica, come è avvenuto nel caso delle donne e dei bambini colpiti dalla guerra contro l'Ucraina; chiede che l'UE e i suoi Stati membri analizzino le dimensioni di tale industria, il contesto socioeconomico e la situazione delle donne incinte, nonché le conseguenze per la loro salute fisica e

mentale e per il benessere dei neonati; chiede l'introduzione di misure vincolanti volte a contrastare la maternità surrogata, tutelando i diritti delle donne e dei neonati».

Ancora, il 18 marzo 2016, il Comitato nazionale per la bioetica, organo di consulenza al Governo, al Parlamento e alle altre istituzioni, ha approvato una mozione con la quale definisce la maternità surrogata come *«un contratto lesivo della dignità della donna e del figlio sottoposto come un oggetto a un atto di cessione»*, ritenendo che *«l'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»*.

Alla luce di tali indicazioni, si può ragionevolmente affermare che – allo stato – è rilevabile un giudizio autorevole, ampiamente condiviso, negativo sulla maternità surrogata, proprio in relazione alla condizione della donna e allo sfruttamento e alla lesione della dignità della stessa.

4. La modifica prevista dal disegno di legge

La legge 19 febbraio 2004, n. 40, recante “*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*”, all’articolo 12, comma 6, prevede che *«Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro»*. Il disegno di legge 306² prevede che all’articolo 12, comma 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: *«Il reato di surrogazione di maternità è perseguibile anche quando è commesso in territorio estero da un cittadino italiano»*.

La finalità è chiara: al momento la legge non sanziona le condotte commesse dai cittadini fuori dal territorio nazionale, così che le coppie interessate stipulano contratti di maternità surrogata all'estero, nei Paesi in cui tale pratica è lecita. Sul presupposto della non illiceità del fatto commesso all'estero, può essere, in seguito richiesto il riconoscimento dei minori, considerando la necessità di tutelare – ovviamente – i diritti di questi ultimi.

² Proposta di legge n. 306 “*Modifica all’articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all’estero da cittadino italiano*”.

Proprio considerando il giudizio negativo – come sopra ricordato – espresso dalla Corte di Cassazione e dalla Corte costituzionale sulla maternità surrogata, si ritiene necessario integrare l'attuale disciplina prevista dalla Legge numero 40/2004 estendendo il divieto e la sanzione penale anche alle condotte commesse all'estero.

5. Le caratteristiche del reato universale

Numerose e varie sono le critiche che si sono levate nei confronti della prospettiva di trasformare il delitto in oggetto in reato universale.

In estrema sintesi si assume:

- che si tratterebbe di un “attacco” alla sovranità dei Paesi nei quali tale pratica è lecita
- che sussisterebbero oggettive difficoltà di accertamento del reato, atteso che tali Stati potrebbero rifiutare forme di collaborazione, alla luce della liceità della condotta per i propri ordinamenti.
- che la categoria del reato di carattere universale, per cui chiunque commette il reato, anche al di fuori del nostro territorio nazionale, sarebbe prevista dal codice penale – all'art. 7 cod. pen. – solo per delitti contro l'umanità, casi estremi, di assoluta gravità, perseguiti in tutti gli ordinamenti del mondo.

Si tratta di argomentazioni che non convincono sino in fondo. Vediamo per quali ragioni.

Sul primo aspetto, si deve rilevare che “l'attacco” alla sovranità potrebbe essere ipotizzato ove la nuova fattispecie non presentasse una forte caratterizzazione di carattere nazionale. La norma, in effetti, non è diretta a stigmatizzare negativamente qualsiasi forma di maternità surrogata, ma solo quando la condotta avviene in territorio estero da parte di un cittadino italiano. È la connotazione soggettiva dell'autore del reato che impedisce di rilevare una indebita ingerenza nella “sovranità” di altri Stati, in quanto il legislatore italiano intende intervenire sulle condotte di soggetti che – evidentemente – intendono ottenere una “ricaduta” giuridica a livello nazionale della condotta posta in essere all'estero e non genericamente su condotte dirette a determinare una maternità surrogata. Peraltro, il codice penale prevede in termini generali la punibilità per reati commessi all'estero, siano essi politici (art. 8 cod. pen.) siano essi comuni, sebbene a determinate condizioni, tra le quali specifici “livelli” di pena (art. 9 e 10 cod. pen.) sia

nel caso di cittadini italiani che di stranieri, senza che in concreto si sia posti in generale un problema di “rispetto” dell’altrui sovranità.

Sul secondo aspetto si impone una duplice considerazione. La difficoltà (in alcuni casi concreta impossibilità) della prova non può rilevare sulla valutazione sull’esigenza di riconoscere la rilevanza penale di una condotta. È un dato di fatto, significativo ma non decisivo. Se consideriamo, ad esempio, alcuni reati informatici, la presenza su territorio estero di molti server e la non collaborazione di tali soggetti imporrebbero di rivedere l’ambito di penale rilevanza di molti fenomeni presenti sul web. Non è così, ovviamente, e non vi sono ragioni per applicare tale principio al caso di specie. La mancata volontà di collaborazione di altri Stati – verosimili ma da verificare – si scontra, comunque, con un dato di fatto non trascurabile: la necessità per i soggetti che chiedono il riconoscimento di minori concepiti tramite maternità surrogata di “documentare” la provenienza del minore e di fornire indicazione sui soggetti che intendono riconoscere lo stesso. Un quadro che – evidentemente – può essere in gran parte completato con accertamenti praticabili sul territorio nazionale.

In relazione, infine al fatto che l’art. 7 cod. pen. sarebbe stato inserito nel codice solo per sanzionare condotte di assoluta gravità, perseguiti in tutti gli ordinamenti del mondo – quali i crimini contro l’umanità – o poste in essere in contrasto con interessi nazionali di natura pubblicistica, occorre verificare se in concreto ciò corrisponda al vero.

L’art. 7 cod. pen. indubbiamente prevede la punibilità secondo la legge italiana per soggetti che commettono anche in territorio estero reati con matrice fortemente “pubblicistica”³. Nondimeno, è altresì prevista la punibilità per «ogni altro reato per il quale speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscono l’applicabilità della legge penale italiana».

Se andiamo a verificare alcuni casi specifici per i quali tale punibilità è prevista, si può rilevare che si tratta di situazione di esigenze di tutela di singoli soggetti, che si trovano in una condizione di particolare vulnerabilità. Così l’art. 591 comma 4 cod. pen., in tema di abbandono di minori o di incapaci, sanziona la condotta di chi «*abbandona all’estero*

3. Si tratta dei delitti contro la personalità dello Stato italiano, dei delitti di contraffazione del sigillo dello Stato e di uso di tale sigillo contraffatto; dei delitti di falsità in monete aventi corso legale nel territorio dello Stato, o in valori di bollo o in carte di pubblico credito italiano e dei delitti commessi da pubblici ufficiali a servizio dello Stato, abusando dei poteri o violando i doveri inerenti alle loro funzioni.

un cittadino italiano minore degli anni diciotto, a lui affidato nel territorio dello Stato per ragioni di lavoro».

Non solo: in termini generali ai sensi dell'art. 604 cod. pen. (*Fatto commesso all'estero*) si estende la punibilità di una serie di reati in materia sessuale (segnatamente «*le disposizioni di questa sezione nonché quelle previste dagli articoli 609bis, 609ter, 609quater, 609quinquies, 609 octies e 609 undecies*») anche al «*fatto commesso all'estero da cittadino italiano ovvero in danno di cittadino italiano.....*».

Infine – ed emblematicamente – nessun limite territoriale o legato alla cittadinanza è previsto, in base all'art. 600 *quinquies* cod. pen., per stabilire la punibilità di chi «*organizza o propaganda viaggi finalizzati alla fruizione di attività di prostituzione a danno di minori o comunque comprendenti tale attività...*».

6. Conclusioni

Se si esaminano le valutazioni globalmente negative espresse sulla maternità surrogata dalla Corte costituzionale, dalle Sezioni Unite della Cassazione e dal Parlamento pare difficile ritenere che condotte di contrasto a tale pratica possono essere espressive di una scelta “eccentrica” rispetto a una considerazione ampiamente diffusa e correttamente giustificata rispetto a tale pratica, in relazione alla necessità di tutela della dignità della donna e dei diritti del minore. In questa prospettiva non pare risolutiva la prospettazione della distinzione tra una surrogazione di maternità dietro compenso – non facilmente difendibile in relazione alla menzionata tutela della dignità della donna – da quella gratuita, che sarebbe effettuata per scopo sostanzialmente solidaristico, proposta sulla base di un parallelismo con la donazione di organi. Si tratta di una tesi indubbiamente suggestiva, anche se pare improponibile assimilare un organo al prodotto del concepimento, anche e soprattutto in relazione al minore che di tale operazione è il frutto.

Si tratta di una prospettazione che non tiene conto che dopo nove mesi di gestazione quella donna potrebbe maturare – magari nel futuro – un rapporto psicologicamente non facile da gestire con quel bambino (con il quale non ha potuto mantenere alcun rapporto) e di come quello stesso minore potrebbe sentirsi negata una parte importante – anche se sconosciuta e proprio in quanto sconosciuta – della propria esistenza. Un bambino non è un rene e un utero non è una incubatrice per conto terzi.

Per altro, la menzionata sentenza delle Sezioni Unite ha precisato che non è possibile in questi casi il riconoscimento diretto in Italia delle sentenze straniere che riconoscono la filiazione, indicando la strada dell'adozione speciale, attraverso una valutazione attenta dell'interesse del minore, che è l'aspetto fondamentale da tenere in considerazione e al limite valutando una revisione globale della disciplina dell'adozione, che non è stata "toccata" dalla recente riforma del diritto di famiglia⁴.

In fondo, questo è il vero nocciolo del problema: proprio l'assoluta necessità di fornire comunque e soprattutto tutela ai minori – a tutti i minori, indistintamente – ha suggerito l'esigenza di strutturare un forte disincentivo per una pratica che – come sopra precisato – è stata censurata in varie e autorevolissime sedi. Come è stato correttamente osservato *«La tutela dei minori – se veramente questo è l'obiettivo che si vuole perseguire – dovrebbeessere anticipata fino al punto da impedire pratiche disumanizzanti, non già essere strumentalizzata per obbligare l'ordinamento ad accettare qualcosa che ha vietato, attraverso la logica del "fatto compiuto". La tutela dei minori già nati con il ricorso alla maternità surrogata dovrebbe andare di pari passo con la stigmatizzazione di coloro che hanno fatto ricorso ad una pratica lesiva della dignità umana»*⁵.

⁴ Su questi temi I. PERINU, *Da Padova un monito: il giudice (e il sindaco) non possono sostituirsi al legislatore*, pubblicato sul sito web del Centro Studi Livatino il 22 giugno 2023 (si può consultare l'articolo al seguente link: <https://tinyurl.com/ysd5k4ez>).

⁵ Così D. BIANCHINI, *Maternità surrogata e giurisprudenza creativa: in danno di donne e bambini*, pubblicato sul sito web del Centro Studi Livatino il 23 novembre 2021 (si può consultare l'articolo al seguente link: <https://tinyurl.com/ytwzfs3m>).

Abstract

CESARE PARODI, La maternità surrogata come reato universale: comprendere prima di valutare

L'Autore affronta il tema della maternità surrogata partendo dalle sentenze delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione e della Corte costituzionale, riflettendo sulle ragioni che rendono di fatto privo di efficacia il divieto di maternità surrogata in Italia. Per contrastare il ricorso a questa pratica notoriamente lesiva della dignità umana, è necessario riconoscere la maternità surrogata come reato universale.

Parole chiave: maternità surrogata, reato universale, tutela dei bambini, Corte di Cassazione, Corte costituzionale.

CESARE PARODI, Surrogacy as a universal crime: understanding before evaluating

The author addresses the issue of surrogacy starting from the sentences of the United Sections of the Supreme Court of Cassation and the Constitutional Court, reflecting on the reasons that effectively make the ban on surrogacy in Italy. To combat the use of this practice, which is known to violate human dignity, surrogacy must be recognized as a universal crime.

Key words: surrogacy, universal crime, protection of children, Court of Cassation, Constitutional Court.

PARTE QUARTA
STUDI DI DIRITTO MINORILE

LORENZO JESURUM

Avvocato in Roma

**IL PRINCIPIO DEL SUPERIORE INTERESSE DEL MINORE:
INQUADRAMENTO ED APPLICAZIONE***

SOMMARIO: 1. *Best interest of the child* o superiore interesse del minore? – 2. Inquadramento del superiore interesse del minore – 3. Infondatezza del diritto ad avere un figlio sulla base della mera volontà degli adulti.

1. *Best interest of the child* o superiore interesse del minore?

All’inizio di questo articolo, che non ha alcuna pretesa di esaustività vista l’ampiezza e la complessità del tema, ritengo necessario soffermare l’attenzione sul termine “miglior interesse del minore” o “preminente interesse del minore”, espressioni utilizzate nel diritto italiano che presentano delle differenze rispetto a quella inglese di *best interest of child*.

Infatti il principio del “superiore interesse del minore” che nella giurisprudenza¹ del nostro ordinamento viene generalmente declinato al singolare, nella tradizione giuridica anglo-americana è invece declinata al plurale. Come vedremo, si tratta di una differenza non solo terminologica ma di natura sostanziale e foriera di conseguenze.

Una prima differenza sostanziale è che nel nostro ordinamento il concetto di superiore interesse del minore sembra dare per scontata la preminenza dei diritti del bambino su quelli di altri soggetti portatori di interessi potenzialmente in conflitto (sebbene, come vedremo, le cose sono in realtà più complesse), mentre nei paesi di tradizione di *common law* c’è sempre stato un forte dibattito sulla prevalenza o meno dei diritti ed interessi del minore² rispetto a quelli concorrenti. A tal ultimo proposito va infatti osservato che questi

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Si veda ad esempio Cass. SS.UU. n. 38162 del 30 dicembre 2022 in cui il principio del superiore interesse del minore viene citato con l’espressione inglese “*best interest of the child*” utilizzando il singolare.

² Il principio della *paramountcy* degli interessi del minore, che è molto dibattuto nel Regno Unito e negli USA, si traduce in molti provvedimenti giurisdizionali nella prevalenza automatica del superiore interesse del minore nel bilanciamento con i diritti fondamentali di altri soggetti. In senso critico E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, FrancoAngeli, 2016, p. 77 e ss.

ultimi spesso devono ottenere, in un'ottica di necessario bilanciamento, pari o maggiore considerazione rispetto ad altre esigenze di tutela.

Una traccia evidente di questa differenza di impostazione si trova nella Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989 in cui all'art. 3 nella traduzione italiana (non ufficiale) viene utilizzata l'espressione di «*superiore interesse del minore*» come nel testo autentico francese, mentre invece nel testo ufficiale inglese è «*bests interests*»³.

Nell'ordinamento italiano il riconoscimento dei diritti fondamentali dei bambini ha infatti un fondamento costituzionale in forza del principio personalista contenuto nell'art. 2 Cost., viceversa nella dottrina e giurisprudenza anglo-americana ci si interroga se i minori siano titolari di *human rights* oppure di *moral rights*, ossia di semplici doveri morali a carico degli adulti e della società nei confronti di bambini ed adolescenti⁴.

La profonda diversità tra la nostra tradizione giuridica e quella anglo-americana in tema di diritto minorile risiede quindi nel fatto che in quest'ultima non c'è un punto di partenza condiviso, ossia che i minori sono titolari di diritti soggettivi perfetti in quanto naturali e quindi non dipendenti dalla loro capacità e/o volontà di autodeterminarsi.

2. Inquadramento del superiore interesse del minore

Come detto, il superiore interesse del minore⁵ è un principio di rilievo costituzionale inquadrato alla stregua di vera e propria clausola generale che, alla luce degli artt. 2 e 31 Cost. è un parametro di valutazione della costituzionalità delle leggi⁶.

Rilevante in materia è l'art. 316 cod. civ. in cui con la novella del D.lgs n. 154 del 28 dicembre 2013 è stato introdotto il concetto di *responsabilità* genitoriale al posto di quello

³ Cfr. Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989, ratificata con L. n. 76 del 1991, art. 3, secondo cui «*in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente*». Per approfondimenti, fra i tanti, si veda L. LENTI, «*Best interests of the child*» o «*best interests of children*»? in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, 3, pp. 157-165.

⁴ Questo perché il dibattito in materia si svolge per intero all'interno di una tradizione giuridica che «*sostanzialmente prescinde dal tema della dignità umana intesa come dote innata di ogni persona, causa e giustificazione di ogni suo diritto fondamentale*» (così Elisabetta Lamarque, opera già cit., p. 41 e ss.).

⁵ Per approfondimenti, si veda L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Rivista di diritto civile*, 2016, 1, pp. 86-111.

⁶ Sentenze Corte Cost. nn. 308/2008, 61/2006, 425/2005 e 341/1990.

di *potestà*, con la promozione dell'elemento degli obblighi dei genitori verso i figli piuttosto che la loro soggezione al potere dei genitori.

Il legislatore italiano ha optato per la soluzione di non fornire una definizione di responsabilità genitoriale. Tuttavia, la relazione illustrativa della riforma sulla filiazione precisa che con il termine responsabilità genitoriale si indica una «*situazione giuridica complessa idonea a riassumere i doveri, gli obblighi e i diritti derivanti per il genitore dalla filiazione che viene a sostituire il tradizionale concetto di potestà*».

Inoltre nella stessa norma viene affermato il fondamentale principio di bigenitorialità⁷ da intendersi quale presenza comune dei genitori nella vita del figlio, idonea a garantirgli una stabile consuetudine di vita e salde relazioni affettive con entrambi, nel dovere dei primi di cooperare nell'assistenza, educazione ed istruzione⁸.

Il diritto dei minori alla bigenitorialità trova spazio anche nell'art. 337 *ter*, comma 1 cod. civ.: «*il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione, istruzione ed assistenza morale da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale*».

A riguardo la Corte di Cassazione ha affermato che la bigenitorialità consiste nella «*presenza comune di entrambe le figure parentali nella vita del figlio e cooperazione delle stesse nell'adempimento dei doveri di assistenza, educazione ed istruzione*»⁹.

Tornando al concetto di superiore interesse del minore, esso è basato su una valutazione di tutti gli elementi degli interessi di un minore in una situazione specifica a seconda delle circostanze. Le circostanze si riferiscono alle caratteristiche individuali del minore o dei minori interessati come età, sesso, situazione pregressa, legami instaurati, appartenenza ad una minoranza, nonché al contesto sociale e culturale in cui si trova, come anche affermato in dottrina¹⁰.

⁷ In precedenza era già stato dato risalto al principio di bigenitorialità con la legge n. 54/2006 recante disposizioni in materia di separazione dei genitori, attraverso la previsione dell'affidamento condiviso, che consiste nell'esercizio della responsabilità genitoriale di comune accordo. L'affidamento esclusivo ad uno solo dei genitori costituisce invece ipotesi residuale, laddove, ad un'attenta valutazione del caso concreto, si ritenga pregiudizievole per il minore l'affidamento condiviso.

⁸ Cfr. Cassazione civile sez. I - 16/12/2020, n. 28723; Cass., 8 aprile 2019, n. 9764; Cass., 23 settembre 2015, n. 18817; Cass., 22 maggio 2014, n. 11412).

⁹ Cass. 6 Sez. Civ. n. 18817 del 23/09/2015.

¹⁰ Cfr. A.C. MORO, *Manuale di diritto minorile*, Zanichelli, IV Ed., p. 40.

Pertanto si tratta di un accertamento rigoroso che deve essere sempre effettuato in concreto da parte del giudice nelle vicende che riguardano il minore, con particolare riferimento agli effetti del provvedimento richiesto in relazione all'esigenza di uno sviluppo armonico dal punto di vista psicologico, affettivo, educativo e sociale¹¹.

Nella giurisprudenza di legittimità il concetto di superiore interesse del minore è spesso citato in relazione alla bigenitorialità e all'affidamento del minore.

In particolare la Corte di Cassazione ha affermato che nell'interesse superiore del minore deve essere sempre garantito il rispetto del principio della bigenitorialità, da intendersi quale presenza comune dei genitori nella vita del minore, idonea ad assicurare una stabile consuetudine di vita e salde relazioni affettive con entrambi, nel dovere dei primi di cooperare nell'assistenza, educazione ed istruzione della prole¹².

3. Infondatezza del diritto ad avere un figlio sulla base della mera volontà degli adulti

Tornando al concetto di concetto di *best interest* del minore in relazione alla tutela del principio di bigenitorialità, la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo ha statuito in più occasioni che nelle materie che riguardano delicate questioni di ordine etico e morale gli Stati conservano un vasto margine di apprezzamento¹³.

In particolare la Corte Europea ha affermato che gli Stati non sono obbligati a registrare i dettagli del certificato di nascita di un bambino nato attraverso la maternità surrogata all'estero per stabilire la relazione legale genitore-figlio con la madre designata: l'adozione può anche servire come mezzo per riconoscere tale relazione, purché la procedura stabilita dalla legislazione nazionale ne garantisca l'attuazione tempestiva ed efficace, nel rispetto dell'interesse superiore del minore¹⁴.

Alle stesse conclusioni è pervenuta la Corte costituzionale con riguardo all'annosa questione dell'asserito riconoscimento del diritto alla genitorialità di una coppia

¹¹ Cfr. Cass. 27 marzo 2017, n. 7762, Cass., 23 settembre 2015, n. 18817; Cass., 8 novembre 2013, n. 25213; Cass., 19 ottobre 2011, n. 21651; Cass., 27 giugno 2006, n. 14840; Cass., 30 maggio 1997, n. 4834; Cass. 24 settembre 1996, n. 8413). A tale valutazione globale, da effettuarsi, come già indicato, sulla base delle concrete emergenze di ogni singola vicenda processuale, non si sottrae il vaglio della personalità del richiedente (Cass., 16 novembre 2005, n. 23074), nella misura in cui influisce con l'esigenza di uno sviluppo equilibrato del figlio (Cass. 27 marzo 2017, n. 7762).

¹² Cfr. Cass. civile sez. I 16/12/2020, n. 28723.

¹³ Cfr. sentenze 28 agosto 2012, Costa e Pavan contro Italia; Grande Camera, 3 novembre 2011, S.H. e altri contro Austria.

¹⁴ Grande Camera, parere del 10 aprile 2019.

omogenitoriale, statuendo che tale diritto non è riconosciuto in termini assoluti, ma solo ove corrisponda al migliore interesse per il minore (*best interest of the child*).¹⁵

Del resto la stessa Corte costituzionale, aveva già da tempo preso contezza della necessità di un «*continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretesa di assolutezza per nessuno di essi*»¹⁶.

Inoltre la Corte di Cassazione, con la nota sentenza a Sezioni Unite n. 38162 del 30/12/2022, in tema di gestazione per altri, ha affermato che nel nostro sistema normativo non vi è «*un paradigma genitoriale fondato unicamente sulla volontà degli adulti di essere genitori e destinato a concorrere liberamente con quello naturalistico*».

A riguardo le Sezioni Unite, nel menzionare la sentenza n. 79/2022 della Corte costituzionale, hanno anche chiarito che la fecondazione eterologa deve essere distinta dalla maternità surrogata: nel caso di quest'ultima, infatti, «*la genitorialità giuridica non può fondarsi sulla volontà della coppia*» in quanto «*dalla disciplina degli artt. 8 e 9 della legge 40 del 2004 non possono trarsi argomenti per sostenere l'idoneità del consenso a fondare lo stato di figlio nato a seguito di surrogazione di maternità*»¹⁷.

È stato dunque affermato dalle Sezioni Unite che nel nostro ordinamento il riconoscimento giuridico della genitorialità non può essere automatico o basarsi su una mera presunzione, ma richiede sempre una valutazione in concreto circa le soluzioni possibili e l'individuazione di quella maggiormente adatta alle esigenze del minore¹⁸.

L'iter argomentativo seguito dalla Corte di Cassazione nella sentenza citata appare ispirato al necessario bilanciamento tra i diversi interessi in rilievo. Infatti l'eventuale riconoscimento automatico del diritto alla genitorialità alle coppie che ricorrono alla maternità surrogata, oltre che legalizzare di fatto una pratica lesiva della dignità della donna e delle relazioni umane¹⁹, comprimerebbe in modo ingiustificato la tutela del superiore interesse del minore, il quale risulterebbe leso da una impostazione

¹⁵ Corte cost. sent. 04/11/2020, n. 230 e Corte cost. sent. 23/10/2019, n. 221.

¹⁶ Corte cost. sent. n. 85 del 2013 e Corte cost. sent. n. 10 del 2015.

¹⁷ Cass SS.UU. n. 38162 del 30/12/2022 p. 52.

¹⁸ Si veda quanto osservato in G. MARRA, *Divieto di maternità surrogata e interesse del minore: un nodo da sciogliere caso per caso*, in *Ilfamiliarista.it.*, 30 gennaio 2018.

¹⁹ Cfr Cass. SS.UU. n. 38162 del 30/12/2022 afferma a riguardo che «*il ricorso ad operazioni di maternità surrogata, quali che siano le modalità della condotta e gli scopi perseguiti, offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane; non è, pertanto, automaticamente trascrivibile in Italia il provvedimento giurisdizionale straniero, e di conseguenza l'originario atto di nascita, che indichino il genitore d'intenzione quale genitore del bambino, insieme al padre biologico che ne ha voluto la nascita ricorrendo alla surrogazione nel Paese estero, sia pure in conformità della "lex loci"*».

adultocentrica ed individualista che tra l'altro si pone in contrasto con i principi costituzionali di cui agli artt. 2 e 3 Cost.

Ma quali sono i diritti del minore che verrebbero sacrificati laddove venisse riconosciuta in modo automatico la genitorialità delle coppie che ricorrono alla gestazione per altri?

Innanzitutto il diritto del minore a poter conoscere le proprie origini e la propria identità anche genetica, che sarebbe conculcato qualora venisse *ab origine* privato della figura materna o paterna.

L'interrogativo di fondo è il seguente: vogliamo costruire una società in cui diventare genitori può dipendere unicamente dalla volontà degli adulti attraverso l'utilizzo delle tecniche riproduttive?

È evidente che riducendo il riconoscimento della genitorialità all'elemento del desiderio e della volontà degli adulti, la nozione di superiore interesse del minore verrebbe compromessa da una logica di tipo strumentale, con tutto ciò che ne consegue anche in termini di lesione alla dignità del bambino.

Come è stato giustamente osservato in dottrina, è necessario sul piano giuridico che «*i bisogni di un soggetto in formazione non siano sacrificati alle esigenze di un adulto che ha mezzi per rappresentare e difendere i propri interessi*»²⁰.

²⁰ A.C. MORO, *Manuale di diritto minorile*, Zanichelli, Bologna, IV Ed., p. 41. Per approfondimenti si veda I. NASSO, *La maternità surrogata: una chiave di lettura costituzionalmente orientata*, in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti i suoi giudici*, Napoli, ESI, 2014, pp. 301-320; A. C. MORO, *Diritti del minore e nozione di interesse*, in M.T. AMBROSINI, I. CORRADO, V. LOJACONO, D. ZIINO, *Scritti sul minore in memoria di Francesca Laura Morvillo*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 295-314.

Abstract

LORENZO JESURUM, Il principio del superiore interesse del minore: inquadramento ed applicazione

L'articolo illustra il principio del superiore interesse del minore che viene trattato in modo differente nell'ordinamento italiano rispetto a quello inglese. Il concetto del *best interest of the child* non è infatti un principio astratto ma dipende sempre da una valutazione che va fatta in concreto tenendo conto delle circostanze individuali del minore e sulle sue specifiche esigenze di tutela. Nella parte finale, dopo una breve rassegna della giurisprudenza in materia di maternità surrogata, si evidenzia come il nostro ordinamento non riconosca il diritto ad avere un figlio su base volontaristica, il quale, ove riconosciuto, si porrebbe in inevitabile contrasto con il superiore interesse del minore.

Parole chiave: diritti fondamentali dei minori, superiore interesse del minore, bigenitorialità, maternità surrogata, Suprema Corte di Cassazione.

LORENZO JESURUM, The principle of the best interest of the child: framework and application

The article illustrates the principle of the child's superior interest, which is treated differently in the Italian order compared to the English one. The bests interest of the child is not a general concept but always depends on an assessment that must be made in practice taking into account the individual circumstances of the child and his or her specific needs for protection. In the final part, after a brief review of the jurisprudence in the matter of surrogacy, it is evident that the Italian legal system does not recognize the right to have a child on a voluntary basis, which, if acknowledged, would inevitably conflict with the child's best interests.

Key words: fundamental rights of children, best interest of the child, double parenthood, surrogacy, Supreme Court of Cassation.

**LA MATERNITÀ SURROGATA È LESIVA DEI DIRITTI DEI BAMBINI E
CONTRASTA CON IL PRINCIPIO DEL SUPERIORE INTERESSE DEL MINORE***

SOMMARIO: 1. Il principio del superiore interesse del minore – 2. Riflessioni sulla visione adultocentrica che si cela dietro la maternità surrogata – 3. Logica del fatto compiuto e deviazione verso falsi problemi: è questa la strategia dei sostenitori della GPA – 4. Salvaguardia dei diritti fondamentali dei bambini nati da maternità surrogata: le domande necessarie da cui partire – 5. I diritti violati dei bambini: dalla lesione della dignità umana all'impossibilità di conoscere le proprie origini biologiche – 6. L'effettiva tutela dei minori nati da maternità surrogata non può prescindere dalla valutazione della condotta dei committenti: non può ritenersi che corrisponda all'interesse del minore essere cresciuto da chi lo ha considerato alla stregua di un oggetto.

1. Il principio del superiore interesse del minore

L'art. 3 della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza afferma che *«in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente»*.

Detto *interesse è preminente* in quanto ha la precedenza su qualsiasi altro interesse e, in concreto, coincide con la promozione e salvaguardia del benessere psicofisico dei bambini e degli adolescenti. Il rispetto del superiore interesse del minore svolge dunque una funzione di garanzia, imponendo che le decisioni relative ai minori siano in concreto orientate a favorire la loro crescita sana ed armoniosa, nonché lo sviluppo equilibrato della loro personalità. In altri termini, muovendo da una diversa prospettiva, il principio sancito dall'art. 3 della Convenzione ONU del 1989 – successivamente enunciato anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea¹ – deve essere altresì letto quale

* *Contributo sottoposto a valutazione.*

¹ Cfr. art. 24 par. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000: *«in tutti gli atti relativi ai bambini ... l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente»*.

criterio di soluzione nel bilanciamento fra i diritti degli adulti e i diritti dei minori, nel senso che, in caso di conflitto, i diritti degli adulti cedono innanzi ai diritti dei minori.

Il superiore interesse del minore si colloca dunque nel sistema giuridico quale principio generale che esige da tutti coloro che sono chiamati a prendere decisioni in ambito minorile l'individuazione di soluzioni ben ponderate, frutto di un attento esame dei diversi elementi che compongono ogni singola fattispecie concreta.

Sotto il profilo metodologico, quindi, devono essere esclusi meccanismi stereotipati o automatici, in favore di un'approfondita valutazione "*caso per caso*" volta ad individuare la soluzione più adeguata alle esigenze non di un *minore astratto* ma di *quel* minore che esige tutela dall'ordinamento: soltanto in questo modo è possibile riconoscere una concreta ed effettiva tutela in ambito minorile.

L'affermazione di questo principio, che trae origine da un lungo cammino, ha determinato una diversa concezione giuridica del minore di età: da *oggetto di diritti*, in quanto tale sottoposto all'autorità dei genitori, il minore è stato poi riconosciuto quale *soggetto di diritti*, ossia titolare di una propria soggettività giuridica da tutelare non soltanto nella sfera delle relazioni sociali ma anche in ambito familiare².

Al minore, non più concepito come parte passiva delle relazioni familiari, è stata riconosciuta un'autonoma soggettività giuridica, distinta da quella dei genitori e non più confinata nell'ambito dello *status filiationis*. Attualmente l'ordinamento riconosce i diritti dei minori di età e garantisce loro la protezione di cui hanno bisogno non in quanto *figli*, ma in quanto *persone*.

Il riconoscimento della tutela autonoma del minore ha comportato il conseguente passaggio dal concetto di *potestà* genitoriale al concetto di *responsabilità* genitoriale. Con la nuova terminologia si è voluto sottolineare, da una parte, il ruolo dei genitori – chiamati a provvedere ai bisogni morali e materiali dei figli al fine di promuovere il sano ed equilibrato sviluppo della loro personalità – e, dall'altra, la centralità del minore e dei suoi diritti.

Diverse sono state le questioni interpretative circa la portata del "superiore interesse del minore" che hanno destato l'attenzione della dottrina e che sono state ampiamente

² Sul tema, C.M. BIANCA, *La riforma della filiazione*, Padova, 2015.

dibattute, quali, ad esempio, il rapporto fra detto principio e i diritti fondamentali sanciti dalle carte internazionali e dalla stessa Convenzione ONU del 1989³.

Più precisamente, ci si è chiesti se possa essere configurabile il “sacrificio” di un diritto fondamentale del minore al fine di tutelarne il superiore interesse o se di per sé il rispetto del principio di cui all’art. 3 della Convenzione ONU presupponga sempre e comunque l’applicazione delle norme che riconoscono i diritti fondamentali del minore.

Alla luce del condiviso orientamento giurisprudenziale, si è ritenuto che, proprio per garantire al minore un sano ed equilibrato sviluppo psicofisico, in talune circostanze sia necessario sospendere l’esercizio di alcuni diritti fondamentali.

Fra i diversi esempi, due appaiono maggiormente pertinenti in questa sede: quello concernente il diritto alla bigenitorialità e quello concernente il diritto a vivere con la propria famiglia.

Quanto al primo, come noto, con l’introduzione dell’art. 337 *ter* cod. civ., il legislatore ha affermato il diritto dei bambini e degli adolescenti, soprattutto nei casi di separazione familiare, a mantenere con entrambi i genitori rapporti stabili e continuativi.

Ebbene, la giurisprudenza nazionale (sulla base di quella europea), coerentemente con lo spirito che anima il principio del superiore interesse del minore, ha ritenuto legittimo limitare la presenza di un genitore nella vita del figlio in caso di possibile pregiudizio derivante dalla condotta del genitore⁴.

Quanto al secondo, la Convenzione ONU del 1989 – dopo aver ricordato nel Preambolo che la famiglia è «*unità fondamentale della società e ambiente naturale per la crescita e il benessere di tutti i suoi membri e in particolare dei fanciulli*» e che «*il fanciullo ai fini dello sviluppo armonioso e completo della sua personalità deve crescere in un ambiente familiare in un clima di felicità, di amore e di comprensione*» – ha inoltre

³ Per approfondimenti, fra i tanti, si veda: M. BIANCA (a cura di), *The best interest of the child*, Roma, Sapienza Università Editrice, 2021; M. SESTA, *La prospettiva paidocentrica quale fil rouge dell’attuale disciplina giuridica della famiglia*, in *Fam. dir.*, 7, 2021, pp. 763-775; V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore, ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2018, pp. 405-434; L. LENTI, *L’interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo: espansione e trasformismo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, vol. 32, n. 1/2016, pp. 148-158.

⁴ A tal proposito la Cassazione (cfr. Cass. sent. n. 9691 del 24 marzo 2022) ha affermato che il diritto alla bigenitorialità è sempre subordinato a quello del benessere del minore: quando ad esempio, emergono comportamenti di un genitore che potrebbero interpretarsi come tentativi di allontanare moralmente o materialmente il minore dall’altro genitore, è essenziale che il giudice conduca un’approfondita indagine sulla situazione familiare, all’esito della quale ben potrebbe ritenere corrispondente all’interesse del minore limitare nella sua vita la presenza del genitore che ha tenuto una condotta pregiudizievole, adottando i relativi provvedimenti.

affermato all'art. 9 comma 1 che «*gli Stati parti vigilano affinché il fanciullo non sia separato dai suoi genitori contro la loro volontà*» precisando tuttavia che le autorità competenti possono decidere «*conformemente con le leggi di procedura applicabili, che questa separazione è necessaria nell'interesse preminente del fanciullo*».

Anche l'art. 1 della Legge n. 184 del 1983, come modificato dalla Legge n. 149 del 2001, stabilisce al primo comma che «*il minore ha diritto di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia*», tuttavia laddove la permanenza presso il proprio nucleo familiare possa costituire un pregiudizio per il benessere e la crescita del singolo minore coinvolto, l'autorità giudiziaria può disporre l'allontanamento di questi, anche temporaneo, dalla propria famiglia.

2. Riflessioni sulla visione adultocentrica che si cela dietro la maternità surrogata

La maternità surrogata è una pratica che lede profondamente la dignità umana⁵, sia dei bambini, che vengono commissionati e fatti oggetto di uno scambio contrattualizzato, sia delle donne, i cui corpi vengono sfruttati o per il prelievo degli ovuli da fecondare o per il concepimento e la gravidanza, con annesse terapie ormonali e tutte le conseguenze che le stesse comportano in termini di salute. Una «*tecnica barbarica e spesso strumento di sfruttamento della povertà*»⁶, come è stato osservato da autorevole dottrina. Anche il Comitato Nazionale di Bioetica, nella mozione «*Maternità surrogata a titolo oneroso*» del 18 marzo 2016 si è espresso in termini chiarissimi, con il solo dissenso del prof. Carlo Flamigni: «*il CNB ricorda 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 di sfruttamento del corpo della donna nelle sue*

⁵ Si veda, fra i tanti, E. BILOTTI, *Dignità della persona e interesse del minore nel dibattito sul riconoscimento della genitorialità d'intenzione in caso di nascita da madre surrogata*, in G. PASSAGNOLI, F. ADDIS, G. CAPALDO, A. RIZZI, S. ORLANDO (a cura di), *Liber amicorum per Giuseppe Vettori*, Firenze, 2022; G. LUCCIOLI, *La maternità surrogata di nuovo all'esame delle Sezioni Unite. Le ragioni del dissenso*, 28 ottobre 2022, in <https://www.giustiziainsieme.it/en/news/74-main/129-minori-e-famiglia/2508-la-maternita-surrogata-di-nuovo-all-esame-delle-sezioni-unite-le-ragioni-del-dissenso>; ID., *La maternità surrogata e l'interesse del minore*, in M. BIANCA (a cura di), *The best interest of the child*, Roma, Sapienza Università Editrice, 2021, pp. 69-84; V. CALDERAI, *Scritto sul corpo. Genealogia della surrogazione di maternità*, in *Giur. it.*, 2021, p. 1527 ss.; D. DANNA, *Fare un figlio per altri è giusto. Falso!*, Laterza, Bari-Roma, 2017; L. MURARO, *L'anima del corpo. Contro l'utero in affitto*, Brescia, 2016; S. AGACINSKI, *Corps en miettes*, Parigi, Edition Flammarion, 2013.

⁶ Cfr. M. BIANCA, *La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore?*, in *Famiglia*, 2019, p. 382 ss.

capacità riproduttive, sotto qualsiasi forma di pagamento, esplicita o surrettizia, sia in netto contrasto con i principi bioetici fondamentali»⁷.

Ma non solo. La maternità surrogata è altresì lesiva a livello sociale perché veicola tendenze estremamente pericolose, prima fra tutte quella secondo cui la vita umana può essere oggetto di acquisto. Non importa che l'acquisto sia a titolo oneroso o gratuito⁸ (posto che, nella pratica anche la c.d. “maternità solidale” prevede la dazione di denaro sotto forma di non ben precisati “rimborsi spese”): in entrambi i casi viene lesa la dignità umana in quanto viene comunque determinata una *reificazione* delle persone.

Il fondamento del divieto di surrogazione si rinviene non già nella incommerciabilità del corpo umano, quanto piuttosto nella indisponibilità dello stesso⁹.

La “gestazione per altri” (GPA) – ulteriore terminologia in uso per indicare questa pratica – si basa sulla prevaricazione, sull'idea di poter trattare le altre persone – in genere quelle più deboli – come *oggetti*, come merce che può essere acquistata per appagare i propri desideri, per colmare i propri vuoti esistenziali, per superare i limiti posti dalla natura.

Nella maternità surrogata vi è inoltre l'accettazione e il ricorso all'eugenetica. Si tratta infatti di una pratica – è bene ricordarlo – su cui imprenditori senza scrupoli hanno

⁷ Per consultare il testo della mozione: <https://bioetica.governo.it/it/documenti/mozioni/maternita-surrogata-a-titolo-oneroso/>.

⁸ Come è stato efficacemente osservato in dottrina, «l'esperienza insegna che una surrogazione gratuita allo stato puro è estranea alla realtà. Se già è rarissima una vera e propria donazione di ovociti, perché per donare un ovocita una donna deve sottoporsi a stimolazione ovarica, con quanto ne consegue per la salute, a maggior ragione è praticamente inesistente l'oblazione di tutta sé stessa per nove mesi. Nella prassi, infatti, nei paesi che ammettono o tollerano la surrogazione purché gratuita sono convenuti rimborsi spese palesemente sproporzionati per eccesso rispetto alle spese, che dissimulano un vero e proprio corrispettivo. Nulla poi può impedire che sotto le mentite spoglie di una donazione isolata dai committenti alla “gestatrice” si nasconda un corrispettivo», cfr. A. RENDA, *Ancora sulla surrogazione di maternità. Ragioni del divieto e tecniche di tutela del nato*, in *Europa e diritto privato*, 2/2023, p. 295. Lo stesso Autore, nell'osservare che la gratuità sembra piuttosto «solo un modo scaltro di posizionarsi nell'atlante del mercato mondiale dei servizi riproduttivi», ricorda che in Canada, dove formalmente la maternità surrogata è gratuita, le donne che prestano il proprio corpo per portare avanti una gravidanza per terzi ricevono circa trentamila dollari a titolo di “rimborso spese”, mentre, sempre a titolo di “rimborso spese”, le donne che cedono i propri ovociti ricevono tra i cinquemila e i quindicimila euro.

⁹ L'illegittimità della maternità surrogata, a prescindere dal fatto che sia o meno gratuita, è stata affermata anche dalle Sezioni Unite della Cassazione, cfr. Cass. SS.UU. sentenza n. 38162 del 30 dicembre 2022: il legislatore italiano «nel disapprovare ogni forma di maternità surrogata, ha inteso tutelare la dignità della persona umana nella sua dimensione oggettiva, nella considerazione che nulla cambia per la madre e per il bambino se la surrogazione avviene a titolo oneroso o gratuito». Per approfondimenti, si veda A. MORACE PINELLI, *La maternità surrogata lede sempre la dignità della donna. Le ragioni di un divieto che non confligge con la tutela del nato dalla pratica illecita*, in *Dir. fam. e delle pers.*, 3, 2023, pp. 1258-1285; V. CALDERAI, *Ordine pubblico internazionale e Drittwirkung dei diritti dell'infanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, p. 479 ss.

fondato un vero e proprio *business*, intercettando un mercato composto da persone facoltose che non possono avere figli (o per ragioni fisiche, nel caso delle coppie eterosessuali, o per evidenti limiti dettati dalla natura, nel caso delle coppie omosessuali o delle persone singole) e che sono disposte a pagare anche ingenti somme di denaro pur di appagare il proprio desiderio di genitorialità, ragion per cui hanno interesse a che il bambino commissionato abbia determinate caratteristiche fisiche, sia privo di difetti e corrisponda ai propri *desiderata*.

Non a caso i committenti scelgono le donne da cui prelevare gli ovuli e quelle che porteranno avanti la gravidanza da appositi cataloghi contenenti le foto e le schede personali delle “candidate”, con relativi dati familiari e sanitari.

I contratti di maternità surrogata prevedono poi delle clausole a tutela dei committenti in caso di feti o neonati “*difettosi*”, clausole molto simili a quelle previste per la compravendita dei beni mobili. I committenti possono esigere che la donna interrompa la gravidanza o si sottoponga ad una riduzione embrionaria o fetale selettiva in caso di anomalie o di gravidanza gemellare dagli stessi non desiderata.

In altri termini, la donna che presta il proprio corpo cede ai committenti la libertà di scegliere *se e come* portare avanti la gravidanza. Il paradosso è che, a livello politico, i sostenitori della maternità surrogata sono gli stessi che rivendicano il diritto della donna di abortire, fino al punto di escludere il padre del concepito da questa scelta. Tuttavia, quando si tratta di promuovere la maternità surrogata e di sostenere le ragioni delle persone che traggono un vantaggio da questa pratica (committenti, società che erogano il servizio a scopo di lucro e relativi professionisti legali e sanitari coinvolti), quegli stessi sostenitori ammettono che la decisione su un’eventuale interruzione di gravidanza possa essere esercitata da terzi.

Questo dovrebbe far riflettere sull’ipocrisia di fondo e sulla *retorica dell’altruismo* che celano in realtà una profonda mancanza di rispetto da parte dei sostenitori della maternità surrogata nei confronti delle donne che accettano di mettere a disposizione di terzi il proprio utero a fini procreativi: quelle donne non interessano tanto come *persone*, quanto piuttosto come *corpi* necessari per portare avanti una gravidanza.

Malgrado da anni si parli di questa pratica, tuttavia, si registra ancora una scarsa consapevolezza, sia in ordine alle concrete modalità attuative, sia in ordine alle implicazioni che la maternità surrogata può avere tanto nella vita delle persone coinvolte

quanto a livello sociale. Lo si capisce, ad esempio, dai tanti messaggi postati sui vari *social network* da persone che, evidentemente ignare della complessità della questione, manifestano sostegno a chi reclama la legittimazione della maternità surrogata per realizzare il proprio desiderio di genitorialità, ponendo erroneamente la questione sul piano della non discriminazione, soprattutto delle coppie omosessuali. Si tratta, come è evidente, di una lettura superficiale, riduttiva e fuorviante di una questione che presenta un notevole livello di complessità e che, in quanto tale, esige una riflessione più ampia e basata sulla conoscenza delle diverse problematiche sottese (di carattere non solo giuridico, ma anche antropologico, etico, sociologico, medico, pedagogico ecc.).

In realtà, la condanna della maternità surrogata prescinde da qualsiasi considerazione relativa all'orientamento sessuale di chi vi fa ricorso. Pertanto, è profondamente sbagliato affrontare la questione pensando che il rifiuto di questa pratica implichi il rifiuto dei diritti degli omosessuali.

Il contrasto alla maternità surrogata trova la sua ragione – è bene ribadirlo – nel dovere di tutelare i diritti fondamentali delle persone più deboli, nel dovere di estirpare dalla società ogni forma di schiavitù, nel dovere di ripudiare la mercificazione delle persone, nel dovere di impedire che i bambini tornino ad essere *oggetto* dei diritti degli adulti.

Purtroppo, ascoltando o leggendo i messaggi sparsi sui *social*, si comprende che non poche adesioni alla maternità surrogata sono in realtà il frutto di una scarsa consapevolezza o della superficiale adesione a posizioni altrui, non preceduta da un'adeguata riflessione.

La narrazione proposta dai sostenitori della maternità surrogata è incentrata per lo più sul desiderio di genitorialità e sulla sofferenza di una vita priva di figli. Chi ascolta questa narrazione senza porsi ulteriori domande finisce con il manifestare solidarietà, ritenendo che “non ci sia nulla di male” a volere dei figli. Considerazioni come questa derivano tuttavia non soltanto da una miope analisi della questione, ma soprattutto da una più o meno consapevole visione adultocentrica del rapporto genitoriale.

Il ritenere lecito privare un bambino delle proprie origini biologiche pur di appagare il (seppur astrattamente legittimo) desiderio di genitorialità di un uomo o di una donna presuppone il convincimento che, nel rapporto di filiazione, al centro, non ci siano le esigenze del minore ma quelle degli adulti.

Non considerare – per ignoranza o, peggio ancora, per scelta consapevole – il pregiudizio che il bambino subisce quando viene allontanato subito dopo il parto dalla donna che lo ha portato in grembo per nove mesi significa porre in secondo piano il diritto dei minori, in posizione subordinata rispetto all'esigenza dei committenti di tornare a casa con il bambino il prima possibile (anche per evitare, come viene consigliato dalle agenzie operanti nel settore, che la partorientente si affezioni al neonato).

Appartiene senz'altro ad una visione adultocentrica ritenere che il bambino possa essere nutrito con il latte artificiale anziché quello materno, che non abbia bisogno del contatto fisico con la donna che lo ha fatto crescere durante la vita intrauterina: sono tutte considerazioni che pongono in primo piano, e in via esclusiva, le esigenze dei committenti e non già quelle del bambino.

Una lettura più profonda e documentata consente invece di comprendere che dietro la patina rosa con cui viene imbellettata la maternità surrogata si cela un ben più cupo scenario, dove la miseria, l'ignoranza, la povertà, la superficialità o l'avidità (si pensi alle donne che prestano il proprio corpo per guadagnare soldi "facili") sono terreno fertile per la diffusione dello sfruttamento di donne e bambini, con la conseguente violazione dei loro diritti fondamentali.

È comprensibile e legittimo il desiderio di genitorialità, così come merita il massimo rispetto la sofferenza delle persone che non possono avere figli, indipendentemente da quelle che possono essere le cause ostative. Tuttavia, questa sofferenza non può mai legittimare la reificazione degli esseri umani e la lesione dei loro diritti.

Superare questo limite può avere delle conseguenze gravissime per la società e può comportare un arretramento rispetto alle conquiste fatte negli ultimi secoli, con grandi sacrifici, sul piano della tutela delle donne e dei bambini¹⁰.

¹⁰ In dottrina, fra le molteplici ragioni a sostegno del divieto di maternità surrogata, è stato altresì osservato che questa pratica si pone in "concorrenza sleale" con l'adozione interna ed internazionale: «se l'ordinamento già conosce un istituto volto ad allacciare una genitorialità sociale, circondandolo di garanzie giurisdizionali nell'interesse del minore, perché si dovrebbe consentire per saltum un'adozione puramente privata tramite accordo di surrogazione di maternità, senza alcuna garanzia di idoneità educativa dei committenti?», Cfr. A. RENDA, *Ancora sulla surrogazione di maternità. Ragioni del divieto e tecniche di tutela del nato*, cit.; ID., *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, in *Corr. Giur.*, 2015, vol. XXXII, pp. 474-488; C. BENANTI, *La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, vol. XXI, fasc. 3, pp. 241-249. L'argomento è stato affrontato anche dalla Cassazione, cfr. Cass. n. 24001/2014.

3. Logica del fatto compiuto e deviazione verso falsi problemi: è questa la strategia dei sostenitori della GPA

Nel caso dei bambini nati da maternità surrogata, a ben vedere, alla luce delle considerazioni sopra formulate, i primi a violare i loro diritti e la loro dignità sono proprio i committenti, gli stessi che poi, al fine di ottenere il riconoscimento della genitorialità, evocano la tutela del *superiore interesse del minore*.

Lo schema è infatti ormai noto: una volta che i committenti rientrano in Italia con il bambino ne chiedono il riconoscimento come figlio e, innanzi al legittimo diniego dell'autorità amministrativa, presentano ricorso in tribunale, invocando il superiore interesse del minore e quindi il suo diritto al mantenimento dei legami familiari e del suo *status*.

Si tratta di un'evidente forzatura, volta ad aggirare il divieto previsto dalla legge n. 40/2004, che all'art. 6 prevede la sanzione della reclusione da tre mesi a due anni e la multa da 600.000 a un milione di euro per chiunque «*in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità*».

Tuttavia, nelle aule di giustizia, vi è la tendenza a ritenere che togliere il bambino alla coppia che lo ha commissionato sarebbe comunque pregiudizievole per il minore e che, pertanto, nel suo preminente interesse, la soluzione migliore consisterebbe nel lasciarlo in quella che è diventata di fatto la sua famiglia.

Ma questa soluzione è veramente rispettosa del superiore interesse dei minori coinvolti? Oppure è una scelta di tipo pilatesco?

La posizione di chi sostiene che sia preferibile lasciare il minore dove si trova per non recargli traumi è una posizione che *prima facie* potrebbe sembrare corretta sotto il profilo della tutela dei diritti, ma che, ad un attento esame, desta non poche perplessità.

Spesso la questione riguarda coppie omosessuali e pertanto il diniego del riconoscimento della genitorialità viene erroneamente rappresentato come discriminatorio. Da qui le campagne mediatiche che fanno pressione per il riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali, fra i quali viene inserito in maniera surrettizia anche il preteso “diritto al figlio”¹¹, con la conseguenza che nella narrazione

¹¹ A tal proposito sono interessanti le riflessioni che si trovano in P. DONATI, *Il diritto di famiglia come diritto relazionale*, in *Dir. Fam. e delle Pers.*, 4, 2022, pp. 1652-1681 e spec. pp. 1670-1673, ove, in merito alla pretesa di vedersi riconosciuto il “diritto al figlio”, l'A. osserva che «*la libertà di autodeterminazione*,

diffusa anche sui *social network* il mancato riconoscimento della filiazione da maternità surrogata viene indicato come violazione dei diritti civili, come atteggiamento omofobo o retrogrado.

In realtà la questione della maternità surrogata, come si è detto, è ben più complessa e condannarla non significa prendere una posizione ostile nei confronti delle coppie omosessuali, posto che vi fanno ricorso anche coppie eterosessuali. La maternità surrogata è una pratica lesiva della dignità umana e viene contrastata a prescindere dall'orientamento sessuale dei committenti.

È dunque opportuno sgomberare il campo dai “falsi problemi” per concentrarsi piuttosto sugli elementi fondamentali della questione, primo fra tutti la tutela dei minori nati da maternità surrogata. Si impone di conseguenza una riflessione su come salvaguardare i diritti di quei bambini, riflessione che deve necessariamente essere estesa anche alla fase anteriore alla nascita e deve riguardare altresì le modalità attraverso cui si è arrivati al concepimento.

4. Salvaguardia dei diritti fondamentali dei bambini nati da maternità surrogata: le domande necessarie da cui partire

Come si è detto, il divieto di maternità surrogata è costantemente violato e i committenti utilizzano lo strumento del superiore interesse del minore – declinato tuttavia secondo un paradigma adultocentrico e accompagnato dall'idea per cui i *desideri* degli adulti devono ineluttabilmente trovare un positivo riconoscimento giuridico – per ottenere con un'indebita forzatura la legittimazione fattuale di ciò che l'ordinamento disapprova.

L'indagine circa le possibili soluzioni al problema – che al contempo concerne, da una parte, l'individuazione di strumenti volti a contrastare e disincentivare l'accesso alla gestazione per altri e, dall'altra, la protezione dei bambini ormai nati attraverso il ricorso a questa pratica – come tutte le indagini deve svilupparsi attraverso una diligente e

intesa come libertà dalle costrizioni esterne, si traduce in assenza di legami e liberazione da ogni forma di condizionamento fattuale e relazionale, ed esprime l'immagine della persona umana come un individuo astratto che intende essere padrone di sé stesso [...] Di fatto il puro moltiplicarsi dei diritti non avvicina alla meta desiderata ma, al contrario, può far naufragare l'intero viaggio, nel senso che la moltiplicazione delle norme che definiscono i diritti non riduce, ma di fatto aumenta i rischi di violazione degli stessi [...] si sta diffondendo una nuova minaccia per i diritti delle persone: “la negazione dei loro diritti in nome dei diritti stessi”, cioè nuovi abusi» (pp. 1672-1673).

sistematica attività di ricerca e deve pertanto partire dalle domande finalizzate a mettere in luce la verità sui fatti oggetto di studio.

Ebbene, la prima domanda da porsi è se davvero corrisponda all'interesse dei minori coinvolti restare affidati a quelle stesse persone che ne hanno commissionato la nascita ed hanno quindi posto in essere una condotta lesiva della dignità umana e dei diritti dei bambini.

Nel rispondere a questo interrogativo – come si vedrà nell'ultimo paragrafo – occorre tuttavia non lasciarsi condizionare dal fatto che il minore abbia ormai acquisito un certo *status* familiare ed abbia instaurato legami con i committenti perché è proprio l'origine di questo legame che deve essere oggetto di attenzione. A tal proposito, giova osservare che il minore gode di una tutela autonoma e quindi l'individuazione della soluzione più adeguata presuppone che il minore sia considerato come autonomo portatore di diritti, senza essere “imbrigliato” in uno *status filiationis* che corrisponde a logiche ormai superate, retaggio della concezione del minore come *oggetto* dei diritti.

In secondo luogo, occorre chiedersi se per un minore sia fonte di pregiudizio nascere da maternità surrogata: è fondamentale porsi questa domanda perché se si riconosce che la maternità surrogata lede i diritti dei minori, allora, di conseguenza, nei relativi giudizi di riconoscimento della genitorialità non si potrà prescindere dal valutare – proprio a tutela dei minori coinvolti – la condotta di coloro che pretendono di essere riconosciuti come genitori¹². Il tema sarà oggetto in particolare dell'ultimo paragrafo. Qui preme intanto osservare che la salvaguardia del superiore interesse del minore impone l'esame in concreto di tutti gli elementi di una data vicenda e, nei casi di bambini nati da maternità surrogata, quell'esame non può senz'altro prescindere dalla considerazione del fatto che i committenti hanno attivato una procedura che, secondo la Corte costituzionale, «*offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane*»¹³.

Vanno pertanto tenuti distinti due diversi aspetti della questione: il primo attiene ai diritti fondamentali del minore che vengono violati attraverso il ricorso alla maternità surrogata e al pregiudizio che questa reca al sano ed equilibrato sviluppo dei bambini coinvolti; il secondo attiene all'idoneità genitoriale dei committenti e all'effettivo

¹² Occorre quindi rispondere all'ulteriore quesito se assuma o meno rilievo la condotta dei “genitori d'intenzione” – vale a dire l'atto di commissionare un bambino per soddisfare il proprio desiderio di genitorialità – e se debba essere necessariamente valutata dall'autorità giudiziaria, al fine di garantire ai minori una tutela piena ed effettiva.

¹³ Cfr. Corte cost. sent. n. 272/2017 e n. 33/2021.

interesse del minore ad essere cresciuto da persone che lo hanno reificato fin dal concepimento, alterandone poi l'identità sull'atto di nascita.

5. I diritti violati dei bambini: dalla lesione della dignità umana all'impossibilità di conoscere le proprie origini biologiche

Oltre alla violazione della dignità umana, che deriva dalla reificazione di cui si è detto, la maternità surrogata determina ulteriori aggressioni della sfera giuridica del minore e dei suoi diritti fondamentali: il diritto di essere allattato ed accudito dalla donna che lo ha portato in grembo e con cui ha instaurato una relazione scientificamente ritenuta importante per lo sviluppo psicofisico; quello di avere una madre (nel caso di coppia omosessuale maschile o di uomo singolo) o quello di non essere privato della figura paterna (nel caso di coppia omosessuale femminile o di donna singola). Con riferimento a questi diritti, ci si limita ad osservare che sono numerosi gli studi scientifici che confermano l'importanza del rapporto madre/figlio dal momento della nascita ai primi anni di vita: il neonato è in grado di riconoscere la voce della madre, ha bisogno di sentire il rassicurante battito del suo cuore, quello che lo ha accompagnato durante la vita intrauterina. Nella prospettiva della psicanalisi, *«le funzioni della madre e del padre non possono essere abolite da un richiamo generico alla genitorialità che annulli la differenza sostanziale tra funzione materna e funzione paterna, magari riducendo queste funzioni, come accade già, alla definizione anonima di un genitore detto 1 e di un genitore detto 2. Se l'esistenza di un desiderio non-anonimo resta la condizione di fondo per la trasmissione del desiderio da una generazione all'altra, la declinazione materna di questo desiderio è diversa da quella paterna»*¹⁴.

Vi è poi il diritto di conoscere le proprie origini biologiche¹⁵, di fatto negato ai bambini nati da maternità surrogata, i quali sono pertanto scientemente privati della possibilità di acquisire informazioni utili non soltanto alla costruzione della propria identità, ma anche sotto il profilo sanitario¹⁶. Questo loro diritto viene sacrificato – è bene ricordare – per

¹⁴ Cfr. M. RECALCATI, *Le mani della madre. Desiderio, fantasmi ed eredità del materno*, Milano, 2015, p. 75.

¹⁵ A tal proposito è utile ricordare che in genere, al fine di ostacolare eventuali rivendicazioni dei bambini da parte delle donne che hanno partorito, viene consigliato ai committenti di non usare gli ovuli della donna che porterà avanti la gravidanza, ma di impiantare nel suo corpo ovuli di un'altra donna.

¹⁶ Deve a tal proposito osservarsi che la pratica di GPA può comportare l'uso di materiale biologico appartenente a più persone diverse, alcune delle quali possono anche decidere di restare anonime. Si pensi, ad esempio, ai "donatori" di sperma.

assecondare i desideri di genitorialità degli adulti. *Mutatis mutandis*, giova considerare che in materia di diritto del nato da parto anonimo a conoscere le proprie origini, la Cassazione (ord. n. 22497/2021), in linea con la pronuncia delle SS.UU n. 1946/2017¹⁷, ha osservato che «*il diritto a conoscere l'identità della madre deve essere temperato con la persistenza della volontà di questa di rimanere anonima e deve essere esercitato secondo modalità che ne proteggano la dignità, tenendo dunque in considerazione la salute della donna e la sua condizione personale e familiare*», precisando che il diritto a conoscere le proprie origini «*va tenuto distinto da quello ad accedere alle informazioni sanitarie sulla salute della madre, al fine di accertare la sussistenza di eventuali malattie ereditarie trasmissibili, che può essere esercitato indipendentemente dalla volontà della donna e anche prima della sua morte, purché ne sia garantito l'anonimato erga omnes, anche dunque nei confronti del figlio*»¹⁸.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 278/2013, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, comma 7, della Legge n. 184 del 1993 ove non prevede la possibilità per il giudice, su richiesta del figlio, di interpellare la madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata affinché quest'ultima possa valutare la revoca della dichiarazione¹⁹. La sentenza della Consulta è successiva alla pronuncia della Corte EDU del 25 settembre 2012 (*Godelli c. Italia*), con la quale i giudici di Strasburgo hanno rilevato il contrasto della normativa italiana con l'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (tutela del diritto alla vita privata e familiare), per la mancata previsione

¹⁷ Cass. SS.UU., 25 gennaio 2017, n. 1946, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 1041 ss., con commento di S. STEFANELLI, *Anonimato materno e genitorialità dopo Cass., sez. un., n. 1946 del 2017*; in *Corr. giur.*, 2017, p. 624 ss., con commento di M.N. BUGETTI, *Sul difficile equilibrio tra anonimato materno e diritto alla conoscenza delle proprie origini: l'intervento delle Sezioni Unite*; in *Minorigiustizia*, 2017, p. 151 ss., con commento di A. ARECCHIA, E. ROSATI, M. ROSSI, *Diritto alle origini e identità: una chiave di lettura da parte dei figli adottivi non riconosciuti alla nascita*; in *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 901 ss., con commento di F. GIGLIOTTI, *Parto anonimo e accesso alle informazioni identitarie (tra soluzioni praticate e prospettive di riforma)*; in *Fam. dir.*, 2017, p. 748 ss., con commento di P. DI MARZIO, *Parto anonimo e diritto alla conoscenza delle origini*. Si veda anche Cass. ord. n. 3004 del 7 febbraio 2018.

¹⁸ Cfr. Cass. ord. n. 22497 del 9 agosto 2021, in *Giust. civ. Mass.*, 2021.

¹⁹ Per approfondimenti sul tema, si veda, fra i tanti: S. CACACE, *Il diritto alla conoscenza delle proprie origini biologiche e la volontà della madre di non essere nominata*, in *Osservatorio costituzionale*, 3, 2022, pp. 1-9; A. MORACE PINELLI, *Il diritto di conoscere le proprie origini e i recenti interventi della Corte costituzionale. Il caso dell'ospedale Sandro Pertini*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 242 ss.; ID., *Il diritto alla conoscenza delle proprie origini*, in M. BIANCA (a cura di), *The best interest of the child*, Roma, 2021, p. 1011-1034; S. STEFANELLI, *Reversibilità del segreto della partoriente e accertamento della filiazione*, in *Giur. Cost.*, 2013, p. 4031 ss.; A. NICOLUSSI, A. RENDA, *Fecondazione eterologa: il pendolo fra Corte costituzionale e Corte EDU*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 212 ss.

della reversibilità del segreto della partoriente e per il mancato accesso del figlio alle informazioni sulle proprie origini.

Secondo la Corte EDU, il diritto di conoscere le proprie origini biologiche rientra nella sfera di tutela della vita privata: *«l'articolo 8 tutela un diritto all'identità e allo sviluppo personale e quello di allacciare e approfondire relazioni con i propri simili e il mondo esterno. A tale sviluppo contribuiscono la scoperta dei dettagli relativi alla propria identità di essere umano e l'interesse vitale, tutelato dalla Convenzione, a ottenere delle informazioni necessarie alla scoperta della verità riguardante un aspetto importante dell'identità personale, ad esempio l'identità dei propri genitori»*. La Corte pone in rilievo l'importanza della nascita, precisando che *«la nascita, e in particolare le circostanze di quest'ultima, rientra nella vita privata del bambino, e poi dell'adulto, sancita dall'articolo 8 della Convenzione»*.

Per comprendere la portata negativa della compressione di questo diritto fondamentale (talvolta necessitato dagli eventi), basta pensare alla sofferenza e ai continui interrogativi che accompagnano spesso la vita delle persone che sono state adottate, anche quando sono state accolte con amore dagli adottanti ed hanno da questi ricevuto tutte le attenzioni necessarie. Prima o poi tutti i figli adottivi arrivano a porsi la domanda: *“di chi sono figlio?”*. E, ancora: *“perché i miei genitori non mi hanno voluto?”*. Coloro che hanno vissuto l'esperienza di diventare genitore adottivo conoscono bene la frustrazione che accompagna i bambini e i ragazzi adottati. Talvolta queste domande vengono represses per non far soffrire i genitori adottivi, per timore che possano sentirsi inadeguati; altre volte quegli interrogativi sfociano in rabbia, insoddisfazione, depressione, difficoltà ad instaurare relazioni interpersonali. In ambito sanitario è noto quanto siano importanti le risposte date a queste domande perché incidono sulla costruzione dell'identità.

Ci sono poi coloro che vanno alla ricerca di qualsiasi indizio per poter risalire ai propri genitori, si aggrappano alla speranza di poterli un giorno incontrare: magari razionalmente non sanno neppure spiegare le ragioni di questo desiderio, ma avvertono il bisogno di risalire alle proprie origini per colmare quel vuoto esistenziale che li opprime.

Se per un bambino adottato può essere difficile fare i conti con la propria storia di abbandono, quanto di più potrà esserlo per un bambino nato da maternità surrogata?

Come si può spiegare ad un bambino o ad un adolescente che è stato concepito su commissione e che è stato portato in grembo da una donna da cui è stato separato subito

dopo il parto? E se il minore (immaginiamo ormai adolescente) volesse leggere il contratto che è stato stipulato, sarà giusto farglielo leggere? Contratto – è bene ricordarlo – in cui il bambino è oggetto di clausole lesive della dignità umana, clausole peraltro scritte con una terminologia che rendono palese la concezione del minore non come persona ma come bene da scambiare.

Sarà preferibile dire tutta la verità, che per quanto possa essere edulcorata resta pur sempre una verità che può traumatizzare, o sarà preferibile mentire? In altri termini, meglio turbare il minore raccontandogli come è venuto al mondo o meglio farlo vivere nella menzogna?

Nell'ambito delle campagne pubblicitarie a sostegno della gestazione per altri vengono diffusi, in particolare sul *web*, video dove bambini o adolescenti nati da surrogazione di maternità raccontano della loro vita felice e della sofferenza che provano nel sapere che la maternità surrogata in alcuni Paesi è vietata perché questo li farebbe sentire discriminati. Si tratta di una rappresentazione della realtà molto parziale ed opinabile, evidentemente strumentale, che non tiene conto della sofferenza provata invece da tanti altri bambini e adolescenti che, sapendo di essere il frutto di una pratica lesiva della dignità umana si sono sentite vittime dell'egoismo degli adulti.

Una rappresentazione, quella propinata dai sostenitori della maternità surrogata, volta a distogliere l'attenzione dal nucleo centrale del tema, ossia il loro intento di sdoganare e far accettare a livello culturale la possibilità di reificazione degli esseri umani.

A tal ultimo proposito, è interessante ricordare quanto riferito dall'attivista francese Olivia Maurel intervenuta alla Conferenza Internazionale per l'Abolizione Universale della Maternità Surrogata che si è tenuta il 5 e il 6 aprile 2024 a Roma presso l'Università LUMSA: la giovane donna trentaduenne, nata da maternità surrogata, ha condiviso la sua esperienza personale allo scopo di richiamare l'attenzione sui limiti etici della maternità surrogata e per mettere in risalto il giro d'affari che si cela dietro questa pratica, un *business* che, solo nel 2022, valeva quattordici miliardi di euro nel mondo, secondo le stime degli esperti della Dichiarazione di Casablanca. Dal racconto della Maurel è emerso un quadro ben diverso da quello patinato diffuso sui *social* dai sostenitori della maternità surrogata. La giovane donna – oggi moglie e madre di due bambini – ha raccontato la sofferenza provata nello scoprire che suo padre e sua madre avevano pagato una donna del Kentucky affinché mettesse a disposizione il suo corpo e i suoi ovociti per dare loro

un figlio (il suo certificato di nascita fu poi falsificato per consentire ai “genitori d’intenzione” di portarla, appena nata, in Francia); ha raccontato di non essere stata allattata dalla madre e di essere stata posta subito dopo la nascita in una incubatrice; ha parlato del malessere provato fin dall’infanzia, del trauma da sindrome di abbandono, della sua adolescenza difficile e delle dipendenze: sofferenze profonde provate fin da bambina, delle quali ignorava la causa o l’origine, fino a quando ha scoperto come è stata concepita. Una storia comune a quella di tanti altri bambini nati da maternità surrogata, storie che rimangono troppo spesso inascoltate o che vengono celate perché non sono funzionali a quella narrazione che si vorrebbe imporre, volta a diffondere la maternità surrogata e a presentarla come una “pratica altruistica” per farla accettare a livello sociale.

6. L’effettiva tutela dei minori nati da maternità surrogata non può prescindere dalla valutazione della condotta dei committenti: non può ritenersi che corrisponda all’interesse del minore essere cresciuto da chi lo ha considerato alla stregua di un oggetto

La Corte di Cassazione, anche a Sezioni Unite²⁰, ha finora negato la trascrizione in Italia degli atti di nascita relativi a casi di maternità surrogata, per contrarietà all’ordine pubblico internazionale, limite che – ha precisato la Corte – viene posto dall’ordinamento nazionale all’ingresso di norme e provvedimenti stranieri a protezione della sua coerenza interna e che dunque non può essere ridotta ai soli valori condivisi dalla comunità internazionale, dovendo ricomprendere invece anche i principi e i valori fondamentali propri e in quanto tali irrinunciabili per lo Stato.

Con la sentenza n. 24001/2014, per la prima volta, la Cassazione ha osservato che la maternità surrogata si pone in oggettivo contrasto con «*la tutela costituzionalmente garantita alla dignità umana della gestante*» e che «*nel superiore interesse del minore, l’ordinamento giuridico affida la realizzazione di un progetto di genitorialità privo di legame biologico con il nato solo all’istituto dell’adozione – che gode delle garanzie del procedimento giurisdizionale – e non al mero accordo fra le parti*».

La questione è senz’altro complessa e necessita la scomposizione delle diverse problematiche giuridiche sottese, al fine di una disamina che tenga conto di tutti gli aspetti

²⁰ Cfr. Cass. SS.UU. civili, sent. n. 12193/2019; Cass. SS.UU. civili sent. n. 38162/2022.

necessari ai fini dell'individuazione delle soluzioni più adeguate, sia a livello di disciplina generale, sia con riferimento al singolo caso concreto.

Innanzitutto, va osservato che il divieto di maternità surrogata presente nel nostro ordinamento è funzionale alla tutela dei valori della dignità della gestante e dell'istituto dell'adozione. Ne consegue che, all'esito del bilanciamento a cui è chiamato il giudice, detti valori prevalgono sull'interesse del minore a vedere riconosciuti i rapporti che si sono sviluppati con i soggetti che se ne prendono cura.

A tal proposito, le Sezioni Unite (sent. n. 38162/2022) hanno affermato che il riconoscimento mediante delibazione o trascrizione del provvedimento straniero *«finirebbe per legittimare in maniera indiretta e surrettizia una pratica degradante»*, aggiungendo che detto automatismo non sarebbe neppure funzionale alla realizzazione del miglior interesse del minore, *«attuando semmai quello degli adulti che aspirano ad avere un figlio a tutti i costi»* (p. 51)

Sotto il profilo della tutela dei diritti del minore, nel rispetto del principio del *superiore interesse*, le Sezioni Unite hanno poi rilevato che *«l'instaurazione della genitorialità e il giudizio sulla realizzazione del miglior interesse del minore non si coniugano con l'automatismo e con la presunzione, ma richiedono una valutazione di concretezza: quella valutazione di concretezza che postula il riscontro del preminente interesse del bambino a continuare, con la veste giuridica dello status, un rapporto di cura e di affettività che, già nei fatti, si atteggia a rapporto genitoriale»*.

Sul punto, la Corte costituzionale è intervenuta da ultimo con la sentenza n. 33 del 2021. Nel ribadire che il divieto della maternità surrogata, penalmente sanzionato, costituisce un principio di ordine pubblico posto a tutela dei valori fondamentali, la Consulta ha sottolineato, da una parte, l'urgenza di un intervento legislativo e, dall'altra, che il superiore interesse dei minori coinvolti sia sempre salvaguardato.

Si legge nella sentenza: *«Gli interessi del minore dovranno essere allora bilanciati, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore; scopo di cui si fanno carico le sezioni unite civili della Corte di Cassazione, allorché negano la trascrivibilità di un provvedimento giudiziario straniero, nella parte in cui attribuisce lo status di genitore anche al componente della*

coppia che abbia partecipato alla surrogazione di maternità, senza fornire i propri gameti».

In dottrina e in giurisprudenza, vi è la tendenza ad affrontare la questione della tutela dei bambini nati da maternità surrogata, anche laddove si condivida la condanna di questa pratica, muovendo dal presupposto che corrisponda all'interesse del minore conservare i legami familiari instaurati con coloro che ne hanno commissionato il concepimento. Da questa limitata prospettiva, la questione viene ridotta al problema di individuare lo strumento giuridico volto a riconoscere la filiazione e dunque a “sanare” di fatto la violazione del divieto di maternità surrogata di cui all'art. 6 della legge 40/2004.

Detto in altri termini, si parte dal presupposto che per il minore, in linea generale, sia preferibile rimanere presso coloro che lo hanno ottenuto tramite la maternità surrogata piuttosto che essere allontanato da quella che è diventata la sua famiglia.

Tuttavia, a ben vedere, questo ragionamento sembra non tenere conto di alcuni fondamentali aspetti della questione.

In particolare, come si è già osservato sopra, non tiene conto della circostanza che i committenti hanno posto in essere una condotta illecita pur di avere un bambino; hanno favorito, con la loro richiesta, la diffusione di una pratica che – per ricordare le parole della Corte costituzionale – *«offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»*.

Nel caso in cui uno dei due committenti abbia dato il proprio apporto biologico (es. lo sperma o l'ovulo) vi è inoltre la tendenza a concentrarsi unicamente sulla ricerca delle soluzioni giuridiche per garantire il legame del minore con il genitore d'intenzione, dando per scontato che la relazione giuridica fra il genitore biologico e il bambino non richieda alcuna riflessione, quando invece *anche* il genitore biologico ha posto in essere una condotta meritevole di essere valutata (in quanto anch'egli ha aderito ad una pratica lesiva della dignità umana).

La piena tutela del minore esige una completa disamina della situazione, che tenga conto altresì delle modalità del concepimento e del tipo di disegno “genitoriale” condiviso dalla coppia (o perseguito dal singolo)²¹.

²¹ Per approfondimenti sul tema, si veda A. MORACE PINELLI, *Le persistenti ragioni del divieto di maternità surrogata ed il problema della tutela di colui che nasce dalla pratica illecita. In attesa della pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Fam. e dir.*, 2022, p. 1175 ss.; E. BILOTTI, *La tutela dei nati a seguito di violazione dei divieti previsti dalla L. n. 40/2004. Il compito del legislatore dopo il giudizio della Corte costituzionale*,

Muovendo da questa prospettiva, al fine di salvaguardare l'equilibrato sviluppo psicofisico del minore, la questione andrebbe pertanto affrontata in maniera diversa. Il problema non sta nell'individuare lo strumento giuridico volto ad assicurare il mantenimento del legame dei bambini con i genitori d'intenzione, quanto piuttosto nel salvaguardare il futuro di bambini che già sono stati vittime di mercificazione prima ancora di essere concepiti.

Come è possibile pensare che corrisponda all'interesse di un bambino rimanere affidato a persone che volontariamente lo hanno privato delle proprie radici, condannandolo ad avere un vuoto identitario?

Siamo davvero sicuri che per il minore non sia forse meglio essere allontanato da persone che hanno dimostrato un tale disvalore per la dignità umana ed essere magari affidato alle cure di genitori affidatari o adottivi rispettosi delle procedure previste a tutela dei minori?

Del resto, quando un nucleo familiare manifesta delle criticità tali da far sorgere timori per il sano ed equilibrato sviluppo dei minori coinvolti, lo Stato ha il dovere di intervenire, anche allontanando i minori dalla propria famiglia o sospendendo gli incontri genitore/figlio²², in attesa di operare il necessario monitoraggio del nucleo.

Questa opzione non risulta essere stata finora contemplata in via sistematica dalla magistratura nei casi di bambini nati da maternità surrogata, in quanto, muovendo dallo

in *Nuova giur. civ.*, 2021, p. 923 ss.; A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, in *Eur. Dir. priv.*, 2019, p. 713 ss.

²² Sul punto, si veda la recentissima ordinanza della Corte di Cassazione n. 21969 pubblicata il 5 agosto 2024 in tema di interruzione legittima dei rapporti del genitore con il figlio minore in affidamento familiare. Si legge nell'ordinanza: «*in base ai principi sanciti dalla Convenzione di New York del 20 novembre 1989, ratificata con legge n. 176 del 1991, la circostanza che un figlio minore divenuto ormai adolescente e perfettamente consapevole dei propri sentimenti e delle loro motivazioni provi nei confronti del genitore non affidatario sentimenti di avversione o addirittura di ripulsa [...] costituisce fatto idoneo a giustificare anche la totale sospensione degli incontri del minore stesso ed il coniuge non affidatario [...] Tale sospensione può essere disposta indipendentemente dalle eventuali responsabilità di ciascuno dei genitori rispetto all'atteggiamento del figlio e indipendentemente anche della fondatezza delle motivazioni addotte da quest'ultimo per giustificare detti sentimenti, dei quali vanno solo valutate la profondità e l'intensità, al fine di prevedere se disporre il prosieguo degli incontri con il genitore avversato potrebbe portare ad un superamento senza gravi traumi psichici della sua animosità iniziale ovvero ad una dannosa radicalizzazione della stessa*». La Cassazione – per quanto interessa in questa sede – ha dunque ribadito che la sospensione dei rapporti genitori/figli può essere disposta dall'autorità giudiziaria al fine di dare compiuta attuazione al principio del superiore interesse del minore. Nelle ipotesi di maternità surrogata, pertanto, il giudice ben potrebbe disporre l'allontanamento dei bambini da coloro che ne hanno commissionato la nascita (anche nel caso in cui uno dei due sia genitore biologico), dando il giusto peso alla gravissima condotta di coloro che reclamano di essere riconosciuti come genitori ma che *ab initio* hanno fondato il progetto di genitorialità sull'idea che un bambino possa essere acquistato per soddisfare un proprio desiderio o colmare un proprio vuoto esistenziale.

stereotipato presupposto che il superiore interesse del minore coincida con la sua permanenza nel nucleo familiare con cui è arrivato in Italia, in giurisprudenza (e anche in dottrina) ci si è per lo più concentrati sull'individuare possibili strumenti giuridici volti a riconoscere la genitorialità dei "genitori d'intenzione".

Nel dibattito sull'argomento, è invece mancata – o è stata comunque molto blanda – una riflessione sui possibili pregiudizi che il minore può patire, proprio in ragione della permanenza presso quel nucleo.

Tra l'altro, la previsione della messa in sicurezza del minore con il suo allontanamento da coloro che lo hanno acquistato per surrogazione, oltre ad essere coerente con la normativa nazionale ed essere ampiamente giustificata dal dovere dello Stato di tutelare i minori da possibili pregiudizi, potrebbe altresì produrre l'effetto di disincentivare il ricorso alla pratica.

Attualmente, infatti, come noto, malgrado il divieto posto dalla legge, ci sono persone che continuano a stipulare all'estero contratti di maternità surrogata perché hanno la certezza che una volta tornati in Italia potranno comunque tenere i bambini.

La Corte costituzionale, nella sentenza n. 33/2021, ha sottolineato l'urgenza di un intervento legislativo volto ad *«adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata nel contesto del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica, e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori»*, fermo restando, come precisato dalla Corte, che al legislatore *«deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell'individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco»*.

Ebbene, seguendo la strada indicata dalla Consulta, il legislatore dovrà tenere conto di *tutti* gli aspetti relativi alla maternità surrogata e quindi anche delle violazioni dei diritti fondamentali dei minori che attraverso questa pratica vengono perpetrate.

Abstract

DANIELA BIANCHINI, La maternità surrogata è lesiva dei diritti dei bambini e contrasta con il principio del superiore interesse del minore

La maternità surrogata è una pratica lesiva della dignità umana e pertanto è giusto che sia vietata. Tuttavia il divieto viene aggirato attraverso la strumentale richiesta di tutela dei bambini: lo Stato finisce con l'accettare di fatto la condotta vietata lasciando i bambini con i "genitori d'intenzione" sulla base della convinzione che questo corrisponda all'interesse dei bambini al mantenimento dello status e dei legami familiari. L'Autore parte da queste considerazioni ed opera una riflessione sulla necessità di superare la logica del "fatto compiuto" e di individuare la soluzione più rispettosa dell'interesse dei minori considerando anche la condotta posta in essere da coloro che reclamano di essere riconosciuti genitori dopo aver violato la dignità umana e i diritti di quei bambini ricorrendo alla surrogazione di maternità. Corrisponde davvero all'interesse dei bambini nati da maternità surrogata essere cresciuti da coloro che prima ancora del loro concepimento li hanno considerati alla stregua di oggetti con cui appagare il proprio desiderio di genitorialità?

Parole chiave: maternità surrogata, tutela dei minori, dignità umana, superiore interesse dei minori, genitori d'intenzione.

DANIELA BIANCHINI, Surrogacy infringes the rights of children and conflicts with the principle of the best interests of the child

Surrogacy is a practice detrimental to human dignity and therefore it is right that it is prohibited. However, the ban is circumvented through the instrumental request for protection of children: the State ends up de facto accepting the prohibited conduct, leaving the children with their "intentional parents" on the basis of the belief that this corresponds to the children's interest in maintenance of status and family ties. The Author starts from these considerations and makes a reflection on the need to overcome the logic of the "fait accompli" and to identify the solution that most respects the interests of minors also considering the conduct implemented by those who claim to be recognized as parents after having violated the human dignity and rights of those children by resorting to surrogacy. Is it really in the interest of children born from surrogacy to be raised by those who, even before their conception, considered them as objects with which to satisfy their desire for parenthood?

Key words: surrogacy, protection of children, human dignity, best interest of children, intentional parents.

EMANUELE BILOTTI
Professore Ordinario di Diritto privato
Università Europea di Roma

IL RICONOSCIMENTO AUTOMATICO DELLA GENITORIALITÀ INTENZIONALE NON REALIZZA L'INTERESSE DEL MINORE, MA QUELLO DEGLI ADULTI*

SOMMARIO: 1. Anche la maternità surrogata “*solidale*” (ammesso che vi sia in concreto) è lesiva della dignità umana – 2. La maternità surrogata “*solidale*” è in contrasto con i principi costituzionali – 3. La sentenza n. 38162/2022 delle Sezioni Unite.

1. Anche la maternità surrogata “*solidale*” (ammesso che vi sia in concreto) è lesiva della dignità umana

Sulla valutazione della surrogazione di maternità da parte dell’ordinamento e, in particolare, sulla proposta del professor Zagrebelsky¹ di riservare una diversa considerazione alle ipotesi in cui la maternità surrogata si presenterebbe come «*atto gratuito di solidarietà umana*» della donna – il Centro Studi Livatino ha già pubblicato un garbato e pregevole intervento di replica² nel quale, oltre a diversi puntuali rilievi critici, sono state opportunamente ricordate le rilevanti affermazioni contenute in una recente sentenza della Suprema Corte, la n. 38162 del 30 dicembre 2022, pronunciata a Sezioni Unite: una sentenza importante, con la quale il professor Zagrebelsky non ha però ritenuto di doversi confrontare.

In quella sentenza si afferma chiaramente che «*nel nostro sistema costituzionale la dignità ha una dimensione non solo soggettiva, ancorata alla sensibilità, alla percezione e alle aspirazioni del singolo individuo, ma anche oggettiva, riferita al valore originario e non rinunciabile di ogni persona*» e che «*la dignità ferita dalla pratica di surrogazione chiama in gioco la sua dimensione oggettiva*».

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Cfr. Il riferimento è in particolare alle considerazioni svolte dal professor Zagrebelsky sul quotidiano *La Repubblica* del 25 maggio 2023, in merito al dibattito in corso nell’opinione pubblica sulla valutazione della pratica della maternità surrogata da parte dell’ordinamento e sulla condizione giuridica dei nati a seguito della violazione del divieto previsto dalla legge italiana.

² Cfr. A.R. VITALE, *La maternità surrogata è vietata perché è sempre un male, non è un male perché è vietata*, 26 maggio 2023, in <https://www.centrostudilivatino.it/la-maternita-surrogata-e-vietata-perche-e-sempre-un-male-non-e-un-male-perche-e-vietata/>.

Si comprende allora la scelta del legislatore italiano, il quale – così si esprimono i giudici della Suprema Corte – *«nel disapprovare ogni forma di maternità surrogata, ha inteso tutelare la dignità della persona umana nella sua dimensione oggettiva, nella considerazione che nulla cambia per la madre e per il bambino se la surrogazione avviene a titolo oneroso o gratuito»*. Sempre secondo le Sezioni Unite, infatti, *«indipendentemente dal titolo, oneroso o gratuito, e dalla situazione economica in cui versa la madre gestante (eventuale stato di bisogno), la riduzione del corpo della donna ad incubatrice meccanica, a contenitore di una vita destinata ad altri, ne offende la dignità, anche in assenza di una condizione di bisogno della stessa e a prescindere dal concreto accertamento dell'autonoma e incondizionata formazione del suo processo decisionale»*.

Di qui le Sezioni Unite hanno dedotto la conseguenza secondo cui *«non è... consentito al giudice, in sede di interpretazione, escludere la lesività della dignità della persona umana... là dove la pratica della surrogazione della maternità sia il frutto di una scelta libera e consapevole della donna, indipendentemente da contropartite economiche e revocabile sino alla nascita del bambino»*.

2. La maternità surrogata “solidale” è in contrasto con i principi costituzionali

Il riferimento alla dimensione “anche oggettiva” della dignità umana accolta nel “sistema costituzionale” consente di formulare anche l’ulteriore deduzione secondo cui neppure al legislatore sarebbe consentito un esito come quello prospettato, e cioè la legittimazione di quella che per il professor Zagrebelsky sarebbe invece una “distinzione fondamentale”: la distinzione tra maternità surrogata realizzata in virtù di *«un contratto di prestazione dietro un corrispettivo»* e maternità surrogata quale *«atto gratuito di solidarietà umana»* dal quale la donna *«non si aspetta di ricavare alcun vantaggio economico»*.

La decisione delle Sezioni Unite del 30 dicembre 2022 contiene poi spunti argomentativi di notevole interesse anche sull’altra questione affrontata dall’intervento del professor Zagrebelsky: la condizione giuridica dei nati da madre surrogata in violazione del divieto previsto dalla legge italiana.

È bene chiarire anzitutto l’argomento del professor Zagrebelsky. L’illustre giurista critica apertamente la “logica compromissoria” accolta dalla Corte costituzionale nelle

sentenze n. 272 del 2017 e n. 33 del 2021 e fatta propria anche dalla stessa Suprema Corte nella sentenza n. 12193 del 2019, pronunciate sempre a sezioni unite: quella logica posta a fondamento della soluzione per cui l'accertamento estero della genitorialità puramente intenzionale del committente privo di legame biologico col nato da madre surrogata deve considerarsi senz'altro contrario all'ordine pubblico, mentre il rapporto in atto tra i due potrebbe comunque essere formalizzato *ex post* attraverso il ricorso alla procedura di adozione in casi particolari, e dunque a seguito di un accertamento giudiziale concreto della sua conformità al superiore interesse del minore.

In effetti, nella sentenza n. 33 del 2021, la Corte costituzionale muove dall'idea che *«l'interesse del bambino non può essere considerato automaticamente prevalente rispetto a ogni altro controinteresse in gioco»*. Diversamente *«si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona»*.

Di conseguenza, sempre secondo il Giudice delle leggi, *«gli interessi del minore dovranno essere... bilanciati, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore; scopo di cui si fanno carico le sezioni unite civili della Corte di cassazione [il riferimento è alla sent. cit. n. 12193 del 2019], allorché negano la trascrivibilità di un provvedimento giudiziario straniero, nella parte in cui attribuisce lo status di genitore anche al componente della coppia che abbia partecipato alla surrogazione di maternità, senza fornire i propri gameti»*.

L'esclusione della trascrizione sarebbe così il prodotto di un “bilanciamento” tra l'interesse del bambino e la legittima finalità di reprimere la pratica della surrogazione di maternità. La necessità di preservare la coerenza della scelta proibizionista dell'ordinamento imporrebbe, in altri termini, un “affievolimento” – è appunto questa l'espressione utilizzata dalla Suprema Corte nella sent. cit. del 2019 – dell'interesse del minore. E questo “affievolimento” si realizzerebbe escludendo l'automatismo della trascrizione, ma consentendo la formalizzazione del rapporto in atto attraverso l'adozione in casi particolari.

Anche la Corte di Strasburgo sarebbe sulla stessa linea. La Corte costituzionale ricorda infatti come anche quel Giudice *«riconosce... che gli Stati parte [della Convenzione*

europea dei diritti dell'uomo] possano non consentire la trascrizione di atti di stato civile stranieri, o di provvedimenti giudiziari, che riconoscano sin dalla nascita del bambino lo status di padre o di madre al "genitore d'intenzione"; e ciò proprio allo scopo di non fornire incentivi, anche solo indiretti, a una pratica procreativa che ciascuno Stato ben può considerare potenzialmente lesiva dei diritti e della stessa dignità delle donne che accettino di portare a termine la gravidanza per conto di terzi».

Ebbene, in questa "logica compromissoria" il professore Zagrebelsky riconosce ora «un corto circuito logico assai grave». E ciò non solo perché essa finisce per accreditare l'idea che il male sia tale perché è vietato (e non che una determinata condotta sia vietata perché è male), ma soprattutto perché «*fa subire il male degli adulti a esseri innocenti*», «*fa pagare a loro "le colpe dei padri"*».

Scrivono il professor Zagrebelsky: «*I bimbi comunque concepiti e messi al mondo non hanno chiesto nulla, sono totalmente innocenti. Il male sommo è quello inferto agli innocenti*». E quindi si chiede: «*[I nati da madre surrogata] non hanno il diritto alla protezione più ampia possibile, compresa l'accoglienza a pieno titolo presso coloro che li hanno comunque voluti?*». La domanda è retorica.

La soluzione che si vuole accreditare è evidentemente quella del riconoscimento automatico anche della genitorialità puramente intenzionale del committente privo di legame biologico col nato da madre surrogata attraverso la trascrizione integrale dell'atto di nascita o del provvedimento giurisdizionale estero.

Naturalmente l'idea per cui non è consentito far «*subire il male degli adulti a esseri innocenti*» non può non essere condivisa. È fuori discussione, del resto, la radicale incompatibilità con la *Grundnorm* personalista posta a fondamento dell'edificio costituzionale di qualsiasi forma di strumentalizzazione della persona.

3. La sentenza n. 38162/2022 delle Sezioni Unite

Nella sentenza delle Sezioni Unite – la cit. sent. n. 38162 del 30 dicembre 2022 – non viene certo accolta l'idea che i bambini debbano scontare la colpa degli adulti. E ciò neppure attraverso un "affievolimento" dei loro diritti fondamentali. Ogni "logica compromissoria" è chiaramente messa al bando dalla Suprema Corte.

Nella motivazione della decisione in questione si legge infatti che «*il nato non è mai un disvalore e la sua dignità non può essere strumentalizzata allo scopo di conseguire*

esigenze general-preventive che lo trascendono. Il nato – proseguono i giudici delle Sezioni Unite – non ha colpa della violazione del divieto di surrogazione di maternità ed è bisognoso di tutela come e più di ogni altro. Non c'è spazio per piegare la tutela del bambino alla finalità dissuasiva di una pratica penalmente sanzionata. Il disvalore della pratica di procreazione seguita all'estero non può ripercuotersi sul destino del nato. Occorre separare la fattispecie illecita (il ricorso alla maternità surrogata) dagli effetti che possono derivarne sul rapporto di filiazione e in particolare su chi ne sia stato in qualche modo vittima».

Parole chiarissime, che coincidono pienamente con la prospettiva indicata dal professor Zagrebelsky. Anche le Sezioni Unite escludono insomma l'ipotesi di un "affievolimento" dell'interesse del minore finalizzata a temperarne la realizzazione con la legittima finalità di reprimere la pratica della surrogazione di maternità. E riconoscono pertanto che anche l'interesse del minore «concorre a formare l'ordine pubblico internazionale» e che il primo principio non può certo funzionare come un controlimite rispetto al limite rappresentato dal secondo.

Le Sezioni Unite confermano nondimeno la soluzione già accolta nel 2019. Non c'è in ciò nessuna contraddizione. Secondo le Sezioni Unite, infatti, l'accertamento estero di una genitorialità puramente intenzionale non è trascrivibile non più solo perché «il riconoscimento ab initio... dello status filiationis del nato da surrogazione di maternità anche nei confronti del committente privo di legame biologico con il bambino, finirebbe in realtà per legittimare in maniera indiretta e surrettizia una pratica degradante», ma anche – e soprattutto – perché «l'automatismo del riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore di intenzione sulla base del contratto di maternità surrogata e degli atti di autorità straniere che riconoscono la filiazione risultante dal contratto, non è funzionale alla realizzazione del miglior interesse del minore, attuando semmai quello degli adulti che aspirano ad avere un figlio a tutti i costi».

Si tratta di un approfondimento argomentativo decisivo. Ciò che le Sezioni Unite riconoscono ora con chiarezza è che, in caso di nascita da una madre surrogata, l'interesse del bambino non si realizza affatto attraverso il suo inserimento automatico in quello indicato da Zagrebelsky come il «nucleo familiare che ha voluto promuovere la sua nascita». Questa soluzione – affermano ora con chiarezza le Sezioni Unite – «non realizza la pienezza di tutela del minore».

L'automatico riconoscimento della genitorialità intenzionale già accertata all'estero asseconderebbe piuttosto un *“progetto genitoriale”* che si realizza attraverso una pratica *“degradante”*: una pratica che – anche questo è un dato decisivo, che risulta ora con chiarezza dalla lettura della sentenza di dicembre del 2022 – non strumentalizza solo la donna, ma anche il nato. E che finisce perciò per compromettere anche il rapporto dei committenti con quest'ultimo.

La formalizzazione del rapporto in atto con il committente privo di legame biologico può allora realizzarsi solo in quella che le Sezioni Unite indicano come una *“logica rimediabile”*: a seguito di un accertamento giudiziale concreto della sua conformità al superiore interesse del minore.

Nella decisione della Suprema Corte si legge infatti che *«l'instaurazione della genitorialità e il giudizio sulla realizzazione del miglior interesse del minore non si coniugano con l'automatismo e con la presunzione, ma richiedono una valutazione di concretezza: quella valutazione di concretezza che postula il riscontro del preminente interesse del bambino a continuare, con la veste giuridica dello status, un rapporto di cura e di affettività che, già nei fatti, si atteggia a rapporto genitoriale»*, laddove *«una diversa soluzione porterebbe a fondare l'acquisto delle genitorialità sulla sola scelta degli adulti, anziché su una relazione affettiva già di fatto instaurata e consolidata»*.

La Suprema Corte, del resto, non manca di evidenziare come sarebbe proprio questa la *“strada”* già indicata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 33 del 2021, *«non... quella della delibazione o della trascrizione dei provvedimenti stranieri, secondo un più o meno accentuato automatismo funzionale ad assecondare il mero desiderio di genitorialità degli adulti che ricorrono all'estero ad una pratica vietata nel nostro ordinamento»*.

Le Sezioni Unite rammentano infatti che, con la cit. sent. n. 33 del 2021, *«la Corte costituzionale... non ha avallato la tesi di un accertamento ab initio di una genitorialità puramente intenzionale in tutti o in taluni casi di nascita da una madre surrogata»*. D'altra parte, *«se avesse considerato praticabile questa soluzione al fine di garantire l'interesse alla stabilità affettiva del nato da maternità surrogata, la Corte costituzionale si sarebbe espressa diversamente, accogliendo le questioni di legittimità prospettate o pronunciando una sentenza di rigetto interpretativa»*.

Per le Sezioni Unite, insomma, la “*logica compromissoria*” che il professor Zagrebelsky ritiene di poter rimproverare alle decisioni della Corte costituzionale in tema di condizione giuridica dei nati da madre surrogata – una logica che lascia comunque l’amara impressione di una qualche forma di strumentalizzazione – era stata già superata nei fatti nell’ultima decisione della stessa Corte costituzionale, che pure l’aveva ancora riproposta a parole. Il fatto che la Corte costituzionale non abbia accolto la soluzione prospettata dal giudice rimettente attesta infatti in maniera inequivocabile come anche per essa l’accertamento automatico di una genitorialità puramente intenzionale già accertata all’estero non sia una soluzione davvero capace di attuare il superiore interesse del minore.

Abstract

EMANUELE BILOTTI, Il riconoscimento automatico della genitorialità intenzionale non realizza l'interesse del minore, ma quello degli adulti

L'Autore critica la posizione assunta in dottrina a favore della maternità surrogata "solidale" e spiega le ragioni per cui questa pratica deve essere vietata a prescindere dalla sua gratuità o onerosità. L'Autore richiama le sentenze della Suprema Corte di Cassazione e della Corte costituzionale a sostegno del divieto della maternità surrogata e spiega le ragioni per cui il riconoscimento automatico della genitorialità intenzionale non realizza il superiore interesse del minore.

Parole chiave: maternità surrogata, superiore interesse del minore, genitorialità intenzionale, Corte costituzionale, Corte di Strasburgo.

EMANUELE BILOTTI, Automatic recognition of intentional parenting does not realize the interest of the child, but that of adults

The author criticizes the position taken in the doctrine in favor of "supportive" surrogacy and explains the reasons why this practice must be prohibited regardless of whether it is free or paid. We recall the sentences of the Supreme Court of Cassation and the Constitutional Court in support of the ban on surrogacy and explain the reasons why the automatic recognition of intentional paternity does not satisfy the best interest of the child.

Key words: surrogacy, best interests of the child, intentional parenting, Constitutional Court, Court of Strasbourg.

ARNALDO MORACE PINELLI

*Avvocato in Roma e Professore Ordinario di Diritto privato
Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"*

**MATERNITÀ SURROGATA: LE RAGIONI DI UN DIVIETO
CHE NON CONFLIGGE CON L'INSOPPRIMIBILE ESIGENZA DI TUTELA
DI COLUI CHE NASCE DALLA PRATICA ILLECITA***

SOMMARIO: 1. I motivi del divieto. La maternità surrogata instaura sulla vita della gestante e del nato un inaccettabile potere privato di controllo in contrasto con principi fondamentali dell'ordinamento – 2. Segue: la gestante è strumentalizzata al bisogno di genitorialità della coppia committente – 3. Il recente intervento delle Sezioni Unite – 4. L'esigenza di tutela di colui che nasce dalla pratica illecita.

1. I motivi del divieto. La maternità surrogata instaura sulla vita della gestante e del nato un inaccettabile potere privato di controllo in contrasto con principi fondamentali dell'ordinamento

Secondo il nostro auspicio¹, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, chiamate nuovamente a pronunciarsi, dopo brevissimo tempo², sulla legittimità della pratica della maternità surrogata sperimentata all'estero, hanno ribadito le persistenti ragioni del divieto espresso dall'art. 12 l. n. 40/2004 e la sua collocazione tra i principi d'ordine pubblico ostativi al riconoscimento e alla trascrizione nei registri dello stato civile in Italia dei provvedimenti che attribuiscono lo *status filiationis*, nel caso in cui la coppia sia ricorsa a tale pratica di PMA all'estero³,

Il legislatore, collocandosi nella medesima posizione, ha in animo di ampliare l'ambito di operatività dell'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004, affermando la perseguibilità del reato di surrogazione di maternità anche se commesso all'estero dal cittadino italiano⁴.

* Il presente lavoro riproduce, con l'aggiunta delle note, l'intervento al Convegno "La nuova stagione del diritto di famiglia", tenutosi a Roma il 20 ottobre 2023, presso la Facoltà di giurisprudenza dell'Università Sapienza.

¹ A. MORACE PINELLI, *Le persistenti ragioni del divieto di maternità surrogata ed il problema della tutela di colui che nasce dalla pratica illecita. In attesa della pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Fam. e dir.*, 2022, p. 1175 e ss. e in *giustiziainsieme.it*, 2022.

² Cass. SS.UU., 8 maggio 2019, n. 12193 già aveva affrontato compiutamente la questione.

³ Cass. SS.UU., 30 dicembre 2022, n. 38162.

⁴ Cfr. il Disegno di legge C.887, Varchi + altri, approvato dalla Camera dei Deputati il 26 luglio 2023, composto di un unico articolo del seguente tenore: «Al comma 6 dell'art. 12 della l. n. 40/2004, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: "Se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla surrogazione di

L'illiceità della peculiare pratica procreativa – come vedremo - non interferisce in alcun modo con il distinto problema della salvaguardia di colui che nasce ricorrendo ad essa, che non ha colpa della violazione del divieto e – come rilevava un illustre Maestro – è «bisognoso di tutela come ogni altro e più di ogni altro», benché il legislatore, in questa materia, si sia limitato a vietare e sanzionare, mentre «avrebbe dovuto... regolare la sorte del nato malgrado il divieto»⁵. L'insopprimibile esigenza di tutela del minore non implica in alcun modo il superamento, diretto o indiretto, del divieto di maternità surrogata, ripetutamente affermato dalla Corte costituzionale e dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Tale pratica procreativa si fonda su un contratto «con il quale una donna si presta ad essere fecondata artificialmente, per poi consegnare alla coppia committente il nato», contratto che, nel nostro ordinamento, non solo è vietato ma anche penalmente sanzionato (art. 12, n. 6, L. n. 40/2004)⁶, in quanto – come è stato recentemente ribadito della Corte costituzionale – «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»⁷, «assecondando un'inaccettabile mercificazione del corpo, spesso a scapito delle donne maggiormente vulnerabili sul piano economico e sociale»⁸.

La contrarietà all'ordine pubblico della maternità surrogata, ostativa al riconoscimento e alla trascrizione nei registri dello stato civile in Italia dei provvedimenti che attribuiscono lo *status filiationis*, nel caso in cui la coppia sia ricorsa a tale pratica di PMA all'estero, non riposa soltanto nell'art. 12, L. n. 40/2004, che introduce il reato di intermediazione commerciale in tale materia, ma affonda radici profonde nel diritto civile,⁹ come dimostra il fatto che dottrina e giurisprudenza predicavano l'invalidità degli accordi di maternità surrogata ben prima dell'entrata in vigore della L. n. 40/2004¹⁰.

In estrema sintesi, la maternità surrogata instaura sulla vita del bambino e della

maternità, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana"». Il Disegno di legge è attualmente all'esame del Senato della Repubblica (S824),

⁵ G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in G. OPPO, *Scritti giuridici*, VII, Padova, 2005, p. 49 ss.

⁶ F. GAZZONI, *La famiglia di fatto e le unioni civili. Appunti sulla recente legge*, in www.personaedanno.it. Osserva C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, Milano, 2017, p. 445, che siffatto contratto è certamente invalido: «del concepito non si può infatti disporre già per l'assorbente rilievo che qui l'atto dispositivo avrebbe ad oggetto il futuro stato familiare del nascituro».

⁷ Corte cost. 28 marzo 2022, n. 79; Corte cost. 9 marzo 2021, n. 33; Corte cost. 18 dicembre 2017, n. 272.

⁸ Corte cost. 28 marzo 2022, n. 79, che richiama Corte cost. 8 marzo 2021, n. 33.

⁹ Cfr. V. CALDERAI, *Ordine pubblico internazionale e Drittwirkung dei diritti dell'infanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, p. 479 ss.

¹⁰ M. SESTA, *Norme imperative, ordine pubblico e buon costume: sono leciti gli accordi di surrogazione?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, p. 203 ss.

gestante un inammissibile potere privato di controllo. Essa si fonda su un contratto con cui si dispone di diritti inviolabili, efficace nei confronti di un soggetto estraneo all'accordo e vulnerabile: il nascituro. Il rapporto di filiazione origina da un contratto, sul presupposto che l'autodeterminazione procreativa dei committenti sia sufficiente a costituire lo *status*.

Il rilievo giuridico che si pretende di attribuire al progetto genitoriale dei committenti implica, necessariamente, l'assorbimento dell'interesse del figlio in quello dei genitori. Proprio ciò che finisce per affermare quella parte della giurisprudenza che, in questi casi, fa coincidere il preminente interesse del minore con la conservazione dello *status filiationis*, in qualsiasi modo acquisito all'estero¹¹. Dalla condivisibile premessa che le conseguenze della «violazione delle prescrizioni e dei divieti posti dalla legge n. 40 del 2004 – imputabile agli adulti che hanno fatto ricorso ad una pratica fecondata illegale in Italia – non possono ricadere su chi è nato», si fa discendere, alla stregua di un corollario, il principio per cui l'interesse del minore sarebbe tutelato attraverso un automatismo, ossia mediante il riconoscimento e la trascrizione nei registri dello stato civile in Italia del provvedimento che attribuisce lo *status filiationis*, validamente formato all'estero, indipendentemente dal fatto che i genitori siano ricorsi ad una pratica di p.m.a. vietata in Italia¹². Agitando la formula del *best interest of the child* – di cui non si è mancato di sottolineare l'ontologica vaghezza – si finisce con l'ammettere la surrogazione di maternità¹³, seppure circoscrivendo la mercificazione ai corpi di donne straniere e, soprattutto, si legittimano *ex post* le scelte degli adulti, al di fuori di qualsiasi valutazione in concreto dell'effettivo interesse del minore nato dalla pratica illecita¹⁴. Come è stato autorevolmente rilevato, l'indiscriminata tutela dei *best interests of the child*, «nella sua ambiguità, può in ultima analisi rivelare un profilo sconcertante: quello di servire da immagine pietosa e accattivante di realizzazione... di uno dei più inquietanti pretesi principi: il c.d. diritto alla genitorialità»,¹⁵ che non trova, peraltro, asilo nel nostro ordinamento¹⁶.

¹¹ Cass. Civ. 30 settembre 2016, n. 19599.

¹² Cass. Civ. 30 settembre 2016, n. 19599.

¹³ Corte App. Trento 23 febbraio 2017, in *Foro it.*, 2017, I, p. 1034.

¹⁴ G. RECINTO, *Le pericolose oscillazioni della Suprema Corte e della Consulta rispetto alla maternità surrogata*, in *Fam. e dir.*, 2021, p. 1009 ss.

¹⁵ F.D. BUSNELLI, *Immagini vecchie e nuove della tutela della salute del minore*, in *Studi in onore di Giuseppe Vettori*, in www.personaemercato.it, p. 501 e ss.

¹⁶ Corte cost. 9 marzo 2021, n. 33, precisa che «non è qui in discussione un preteso 'diritto alla

A ben vedere, dunque, la maternità surrogata postula un controllo proprietario dell'esistenza. L'accordo di surrogazione «*ha come prestazione caratterizzante la generazione di un essere umano dotato di certe proprietà fisiche (costituzione genetica) e giuridiche (stato filiale) e come scopo la costituzione, modificazione estinzione di diritti e doveri genitoriali*»¹⁷. Da questo punto di vista, l'invalidità dell'accordo sussiste indipendentemente dal fatto che esso sia stipulato a titolo oneroso o a titolo gratuito.

Questo potere degli adulti (i committenti) sulla vita del bambino (e della gestante) si pone in aperto conflitto con il diritto contemporaneo della filiazione, che procede in una direzione opposta, ossia quella del controllo del potere dei genitori sui figli¹⁸. L'autonomia privata si espande nei rapporti simmetrici [all'ampia facoltà di scelta degli adulti tra i modelli di convivenza (matrimonio, unioni civili, convivenze regolate dal diritto, mere convivenze eterologhe o omoaffettive), si affianca una significativa libertà nella determinazione di diritti e doveri e nello scioglimento del rapporto], mentre i rapporti tra figli e genitori sono presidiati da norme inderogabili e dal rilievo che assume lo *status filiationis*, inteso quale sintesi di situazioni giuridiche indisponibili dai privati¹⁹.

La riforma Bianca sulla filiazione del 2012 proietta definitivamente l'ordinamento sulla persona del minore. Il nuovo art. 315-*bis* c.c. enuncia lo statuto dei diritti fondamentali del figlio come persona, mentre in passato «*la posizione giuridica del figlio veniva identificata solo relativamente ai doveri dei genitori e agli obblighi delle prestazioni alimentari*»²⁰. Il figlio viene posto al centro del sistema, ultimandosi il passaggio da una concezione del minore, quale soggetto debole da tutelare, a quella di individuo, titolare di diritti soggettivi, che l'ordinamento salvaguarda ed è chiamato a

*genitorialità' in capo a coloro che si prendono cura del bambino»; Corte cost. 9 marzo 2021, n. 32, esclude propriamente «l'esistenza di un diritto alla genitorialità delle coppie dello stesso sesso»; Corte cost. 20 ottobre 2020, n. 230, secondo la quale «l'aspirazione della madre intenzionale ad essere genitore non assurge a livello di diritto fondamentale della persona nei sensi di cui al citato art. 2 Cost.». Corte Edu, Grande Camera, 24 gennaio 2017, Paradiso e Campanelli c./ Italia, in *Foro it.*, 2017, IV, 105, afferma con cristallina chiarezza che la CEDU «non sancisce alcun diritto di diventare genitore» (par. 215).*

Sul punto, cfr. il nostro *Per una riforma dell'adozione*, in *Dir. fam.*, 2016, p. 720 ss. e, da ultimo, G. RECINTO, *Un diritto che ad oggi "non può trovare spazio": il diritto alla genitorialità*, in www.rivistadirittoereligioni.com, 2023.

¹⁷ V. CALDERAI, *Ordine pubblico*, cit., p. 495.

¹⁸ V. CALDERAI, *Ordine pubblico*, cit., p. 495 ss.

¹⁹ M. PARADISO, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1306 ss., spec. par. 4.

²⁰ M. BIANCA, *Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico*, in *La riforma del diritto della filiazione (l. n. 219/12)*, in *Nuove leggi civ.*, 2013, p. 509.

promuovere²¹. Ed i suoi diritti, scolpiti nell'art. 315-*bis* c.c. (il diritto ad essere mantenuto, educato, istruito ed assistito moralmente dai genitori, il diritto di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti, il diritto all'ascolto) rientrano nel novero di quelli fondamentali della persona e sono garantiti dall'art. 2 Cost.

Questa visione minori-centrica si ripercuote anche nel rapporto con i genitori, focalizzato sulla persona del figlio e sulla prevalenza dei suoi diritti. Costituisce portato fondamentale della riforma del 2012 la sostituzione della nozione di potestà, evocativa di un potere sul minore, con quella di responsabilità genitoriale, che evidenzia invece l'impegno che l'ordinamento richiede ai genitori, non identificabile «*come una 'potestà' sul figlio minore, ma come un'assunzione di responsabilità da parte dei genitori nei confronti del figlio*»²². Questa sostituzione lessicale assume una valenza culturale profonda, segnando il radicale mutamento di prospettiva operato dalla riforma: nel rapporto genitori-figlio l'ordinamento si colloca dalla parte del minore, in virtù del superiore interesse di cui questi è portatore.

La centralità della posizione del minore, quale soggetto titolare di diritti fondamentali garantiti dall'art. 2 Cost., permea anche la legge sull'adozione. L'art. 1, L. n. 184/1983 proclama solennemente il suo diritto di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia e l'inclusione di un siffatto diritto nello speciale statuto dell'art. 315-*bis* c.c. conferma che ci troviamo in presenza di un diritto fondamentale della persona, essendo la famiglia «*un bene essenziale per la vita affettiva e per l'armoniosa formazione*» del minore²³.

Quando la famiglia manca o l'ambiente familiare è irrecuperabile, «*il minore abbandonato ha diritto ad essere adottato perché ha diritto ad una famiglia, come enunciato dal titolo della legge, e ha diritto ad una famiglia perché solo una famiglia può dargli quell'amore di cui ha fundamentalmente bisogno*»²⁴. Il diritto del minore alla

²¹ Osserva C.M. BIANCA, in *Filiazione. Commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154*, a cura di M. BIANCA, Milano, 2014, XVIII, che «l'art. 315 bis, 'Diritti e doveri del figlio', stabilisce il principio secondo il quale 'il figlio ha diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni'. Viene introdotta una nuova prospettiva, ignota alla tradizionale nozione della potestà, che esalta il profilo dei diritti del figlio verso i genitori. Una nuova prospettiva in cui il richiamo al rispetto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni del figlio assume un significato più attento alla sua personalità».

²² Così la Relazione illustrativa del D. Lgs. n. 154/2013.

²³ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, cit., p. 337.

²⁴ Così C.M. BIANCA, *Audizione* alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati del 23 maggio 2016, nel corso dell'indagine conoscitiva diretta a verificare lo stato di attuazione delle disposizioni

propria famiglia si specifica, poi, nel diritto alla bigenitorialità, ossia alla doppia figura genitoriale, espressamente sancito, nel caso di crisi del rapporto che lega i genitori, dall'art. 337-ter c.c.

Il nostro ordinamento conosce, dunque, il diritto del figlio di crescere nella sua famiglia, mantenendo un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei suoi genitori e le essenziali relazioni affettive che instaura e – prima ancora – il suo diritto ad avere una famiglia e, dunque, ad essere adottato, ove si trovi in stato d'abbandono. Benché innegabilmente il progresso tecnologico sia capace «*di offrire concreta e palpitante attuazione a una cultura del desiderio nel campo della procreazione umana*»,²⁵ non esiste, un diritto dell'individuo ad avere figli (il c.d. “diritto alla genitorialità”) e, più segnatamente, un diritto ad adottare²⁶, che – anche nella sua teorica postulazione – svilisce la posizione e la dignità del figlio, riducendo la sua persona ad oggetto di un diritto altrui²⁷. Ciò significa che l'interesse giuridicamente rilevante ad adottare, certamente configurabile, «*può essere soddisfatto solo se e in quanto sia adeguatamente realizzato il diritto del minore ad essere adottato*»²⁸.

Se questo è il sistema, non vi è spazio per un contratto, quale è quello di maternità surrogata, che instaura sulla vita del bambino (e della gestante) un potere privato di controllo esercitato dalla coppia committente.

2. Segue: la gestante è strumentalizzata al bisogno di genitorialità della coppia committente

La maternità surrogata confligge, più in generale, con i valori fondamentali espressi dagli artt. 2 e 29 Cost. L'ordinamento guarda alla persona umana come a un valore in sé e non come a un semplice mezzo per il soddisfacimento dell'altrui interesse. La gestante non è strumentalizzabile ai bisogni di genitorialità della coppia committente.

legislative in materia di adozioni ed affido.

²⁵ F.D. BUSNELLI, *Immagini vecchie e nuove*, cit., p. 501.

²⁶ Secondo la giurisprudenza della Corte Edu non esiste un diritto soggettivo di adottare. Cfr. Corte Edu 19 febbraio 2013, n. 19010, X c. Austria, in *Corr. giur.*, 2013, 712; Corte Edu 27 aprile 2010, n. 16318; Corte Edu 22 gennaio 2008, n. 43546, E.D. c. Francia, in *Dir. fam.*, 2008, 190; Corte Edu 26 febbraio 2002, n. 36515, Fretté c. Francia, in *Familia*, 2003, p. 521.

²⁷ La Corte costituzionale ha ribadito con la massima fermezza che già l'embrione umano *in vitro* non è una *res* ma un'«*entità che ha in sé il principio della vita*» e la cui «*dignità... costituisce... un valore di rilievo costituzionale riconducibile al precetto generale dell'art. 2 Cost.*» (Corte cost. 13 aprile 2016, n. 84; Corte cost. 6 ottobre 2015, n. 229).

²⁸ In tal senso, cfr. C.M. BIANCA, *Audizione*, cit.

Sotto tale profilo si coglie la lesione della dignità della donna, da declinarsi in termini oggettivi e non soggettivi. Anche quando la gestante è libera dal bisogno e mossa da animo solidale (ipotesi alquanto teorica e comunque eccezionale) ci troviamo in presenza di una maternità che non è liberamente desiderata: la fecondità personale è subordinata a un progetto di altri, titolari del prodotto (il bimbo), i quali dettano le condizioni della produzione (la gestazione).

Sempre, indipendentemente dal carattere oneroso o gratuito/solidale della singola pratica procreativa, si assiste ad una inammissibile oggettivazione/mercificazione del corpo della donna, strumentalizzato per appagare il desiderio di genitorialità dei committenti, e alla reificazione del minore, gestito alla stregua di un bene, il cui destino è segnato dalle clausole di un atto d'autonomia privata: il contratto di maternità surrogata.

È, dunque, lesa anche la dignità del nascituro. Senza addentrarci nell'ardua questione se l'embrione umano sia persona, soggetto di diritto o nulla di tutto ciò, è certo che, anche prima dell'impianto, ne viene riconosciuta la dignità, «*quale entità che ha in sé il principio della vita*»²⁹, valore «*di rilievo costituzionale riconducibile al precetto generale dell'art. 2 Cost.*»³⁰. Per questo motivo l'embrione è fatto oggetto di precise tutele (artt. 13 e 14, L. n. 40/2004) e soltanto la necessità di salvaguardare il diritto alla salute della donna (che è già persona e dunque prevale sull'embrione, che persona ancora deve diventare) consente un affievolimento della tutela e, quindi, l'interruzione della PMA, con il rifiuto dell'impianto³¹ (l'embrione non può però essere soppresso: art. 13, L. n. 40/2004), ovvero, ove questo sia avvenuto, con il ricorso all'aborto.

Se, poi, si ritiene che il rapporto materno sia creato dalla gestazione, la sottrazione del figlio alla madre uterina è anche lesiva dell'interesse del minore «*a mantenere il rapporto materno già naturalmente costituito e vissuto*»³². In effetti, nel caso di fecondazione eterologa la legge stabilisce chi è il padre e chi la madre (artt. 6, 8 e 9, L. n. 40/2004). Nulla dice, invece, con riguardo al nato da maternità surrogata e notoriamente la dottrina è divisa tra coloro che ritengono che madre sia la gestante³³ e coloro secondo i quali

²⁹ Corte cost. 13 aprile 2016, n. 84; Corte cost. 11 novembre 2015, n. 229.

Cfr. pure Corte cost. 8 maggio 2009, n. 151.

³⁰ Corte cost. 13 aprile 2016, n. 84; Corte cost. 11 novembre 2015, n. 229.

³¹ Corte cost. 8 maggio 2009, n. 151.

Cfr., in termini generali, Corte cost. 18 febbraio 1975, n. 27; Corte cost. 10 febbraio 1997, n. 35.

³² C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, cit., p. 445.

³³ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, cit., p. 445.

«paternità e maternità, e così lo stato del nato, debbano riportarsi a chi ha concorso alla fecondazione e quindi alla creazione dell'embrione»³⁴. Un siffatto nodo può essere sciolto soltanto dal legislatore, chiamato anche a decidere il ruolo che deve essere assegnato al genitore d'intenzione.

3. Il recente intervento delle Sezioni Unite

La Corte di Cassazione, nella pronuncia a Sezioni Unite del dicembre 2022, ha confermato la persistenza del divieto di maternità surrogata e la sua assolutezza: qualsiasi forma di maternità surrogata, onerosa, gratuita o solidale, in quanto lesiva della dignità della gestante, è contraria all'ordine pubblico internazionale³⁵. Diversamente dalle altre tecniche di PMA, essa postula *«la collaborazione di una donna estranea alla coppia, che presta il proprio corpo per condurre a termine una gravidanza e partorire un bambino non per sé ma per un'altra persona... L'operazione che tende a cancellare il rapporto tra la donna e il bambino che porta in grembo, ignorando i legami biologici e psicologici che si stabiliscono tra madre e figlio nel lungo periodo della gestazione e così smarrendo il senso umano della gravidanza e del parto, riducendo la prima a mero servizio gestazionale e il secondo a atto conclusivo di tale prestazione servente, costituisce una ferita alla dignità della donna»*. Ne lede anche la libertà, giacché *«durante la gravidanza essa è sottoposta a una serie di limiti e di controlli sulla sua alimentazione, sul suo stile di vita, sulla sua astensione dal fumo e dall'alcol e subito dopo il parto è oggetto di limitazioni altrettanto pesanti causate dalla privazione dell'allattamento e dalla rescissione immediata di ogni rapporto con il bambino»*.

Il divieto contenuto nell'art 12, comma 6, l. n. 40/2004 *«esprime l'esigenza di porre un confine al desiderio di genitorialità ad ogni costo, che pretende di essere soddisfatto attraverso il corpo di un'altra persona utilizzato come mero supporto materiale per la realizzazione di un progetto altrimenti irrealizzabile»*³⁶.

Per tali motivi, come anche a noi pare ragionevole, le Sezioni Unite hanno affermato che la dignità della donna è lesa sempre dalla peculiare pratica procreativa, indipendentemente dalle motivazioni che la muovano al parto ed, in particolare, dalla

³⁴ G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, cit., p. 52.

³⁵ Cfr. Cass. SS.UU., 30 dicembre 2022, n. 38162, §§ 17 e 18.

³⁶ Ribadiscono, condivisibilmente, le Sezioni Unite che *«il desiderio di una persona di avere un figlio, per quanto nobile, non può realizzarsi al costo dei diritti di altre persone»*.

natura gratuita o onerosa del contratto di maternità surrogata. Il legislatore italiano, infatti, *«nel disapprovare ogni forma di maternità surrogata, ha inteso tutelare la dignità della persona umana nella sua dimensione oggettiva, nella considerazione che nulla cambia per la madre e per il bambino se la surrogazione avviene a titolo oneroso o gratuito. Indipendentemente dal titolo, oneroso o gratuito, e dalla situazione in cui versa la gestante (eventuale stato di bisogno), la riduzione del corpo della donna ad incubatrice meccanica, a contenitore di una vita destinata ad altri, ne offende la dignità... Nella maternità surrogata il bene tutelato è la dignità di ogni essere umano, con evidente preclusione di qualsiasi possibilità di rinuncia da parte della persona coinvolta».*

4. L'esigenza di tutela di colui che nasce dalla pratica illecita

Occorre muovere da un punto fermo: la mancata trascrizione del provvedimento straniero non è lesiva del superiore interesse del minore. Innanzitutto – chiariscono le Sezioni Unite – nella non trascrivibilità del provvedimento si esprime la legittima finalità dell'ordinamento *«di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata, che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane, assecondando un'inaccettabile mercificazione del corpo, spesso a scapito delle donne maggiormente vulnerabili sul piano economico e sociale».* In secondo luogo e soprattutto, il riconoscimento automatico del rapporto di filiazione con il genitore d'intenzione non risulta *«funzionale alla realizzazione del miglior interesse del minore, attuando semmai quello degli adulti che aspirano ad avere un figlio a tutti i costi».*

È, del resto, *«difficile giustificare l'accertamento del rapporto di filiazione adducendo l'interesse del minore»*, quando manchi il nesso biologico, come avviene con riguardo al genitore d'intenzione.³⁷ Non entra in gioco, in tal caso, il diritto del nato ad avere una famiglia, giacché egli ha già un genitore biologico. Vi è piuttosto da tutelare il suo diritto a mantenere un legame per lui fondamentale e, in tale prospettiva, come correttamente riconoscono le Sezioni Unite, *«l'instaurazione della genitorialità e il giudizio sulla realizzazione del miglior interesse del minore non si coniugano con l'automatismo e con la presunzione, ma richiedono una valutazione di concretezza»*, ossia *«il riscontro del preminente interesse del bambino a continuare, con la veste giuridica dello status, un*

³⁷ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, cit., p. 447.

rapporto di cura e di affettività che, già nei fatti, si atteggia a rapporto genitoriale». Altrimenti l'acquisto della genitorialità verrebbe a fondarsi «sulla sola scelta degli adulti, anziché su una relazione affettiva già di fatto instaurata e consolidata»³⁸.

Secondo la giurisprudenza³⁹, l'obiettivo esigenza di salvaguardare colui che nasce dalla pratica illecita è soddisfatta consentendo al genitore d'intenzione il ricorso alla c.d. *stepchild adoption*, preservandosi in tal modo «*la continuità della relazione affettiva ed educativa*», eventualmente instauratasi con il minore⁴⁰, nell'esclusivo interesse di quest'ultimo. L'esistenza di siffatta relazione, giustificante l'adozione particolare, deve essere accertata in concreto, di volta in volta, dal Giudice minorile, verificando che il genitore d'intenzione sia diventato genitore sociale, avendo costruito con il minore un rapporto essenziale alla sua crescita ed allo sviluppo della sua personalità.

Siffatta soluzione, tuttavia, si è scontrata con la peculiare disciplina dell'adozione in casi particolari, istituto eccezionale idoneo a tutelare con pienezza il minore,⁴¹ come anche stigmatizzato dalla Corte costituzionale.⁴² L'adozione particolare, nella sua formulazione originaria, non istituisce un rapporto di parentela tra l'adottato e la famiglia dell'adottante e neppure tra l'adottante e la famiglia dell'adottato (art. 300 c.c. e art. 55 l. adoz.). Inoltre, la costituzione del rapporto di filiazione giuridica è rimesso alla volontà dell'adottante e dipende dall'assenso del genitore biologico, che potrebbe non prestarlo, in caso di crisi della coppia (art. 46 l. adoz.).

La stessa Corte costituzionale, tuttavia, in un'importante pronuncia del 2022, ribadite le ragioni del divieto di maternità surrogata, ha posto in luce come la scelta operata dal diritto vivente del ricorso all'istituto dell'adozione in casi particolari abbia il pregio di «*tenere in equilibrio molteplici istanze implicate nella complessa vicenda*» e al contempo «*di garantire una piena protezione all'interesse del minore*»⁴³. Lungi «*dal dare rilevanza al solo consenso e dall'assecondare attraverso automatismi il mero desiderio di genitorialità*», l'adozione particolare «*dimostra una precipua vocazione a tutelare l'interesse del minore a mantenere relazioni affettive già di fatto instaurate e*

³⁸ Cfr. Cass. SS.UU., 30 dicembre 2022, n. 38162, § 21.3.

³⁹ Cass. SS.UU., 8 maggio 2019, n. 12193.

⁴⁰ Così già Corte cost. 18 dicembre 2017, n. 272.

⁴¹ Cfr. il nostro *La filiazione da p.m.a. e gli spinosi problemi della maternità surrogata e della procreazione post mortem*, in *Foro it.*, 2019, I, 3357 ss.

⁴² Corte cost. 9 marzo 2021, n. 33.

⁴³ Corte cost. 28 marzo 2022, n. 79.

consolidate», presupponendo «*un giudizio sul migliore interesse del minore e un accertamento sull'idoneità dell'adottante*»⁴⁴.

Conscia, tuttavia, della necessità di un adeguamento dell'istituto, siffatta pronuncia ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 55 l. adoz., nella parte in cui, mediante il rinvio all'art. 300, comma 2, c.c., escludeva la parentela tra l'adottato e la famiglia dell'adottante, rimuovendo uno dei principali ostacoli all'effettività della tutela offerta dall'adozione in casi particolari. In tal modo il minore si avvantaggia delle garanzie personali e patrimoniali che discendono dal riconoscimento giuridico dei legami parentali ed è, al contempo, salvaguardata l'identità che gli deriva dall'inserimento nell'ambiente familiare adottivo.

La Corte costituzionale ha, dunque, indicato la strada, che non è quella della delibabilità/trascrizione dei provvedimenti stranieri, secondo un più o meno accentuato automatismo funzionale ad «*assecondare ... il mero desiderio di genitorialità*» degli adulti, che ricorrono all'estero alla pratica vietata nel nostro ordinamento, ma di riformare l'adozione particolare, istituto per sua natura volto alla realizzazione del preminente interesse del minore (art. 57, comma 1, l. adoz.) e capace di tenere in equilibrio i molteplici valori in conflitto, garantendo la piena protezione di tale interesse»⁴⁵.

La Corte costituzionale ha lasciato al legislatore il difficile bilanciamento dei valori in gioco (disincentivazione della maternità surrogata e tutela del minore nato dal ricorso a tale pratica all'estero). Ha posto l'accento su questo secondo valore e, allo scopo di realizzare la migliore tutela del minore, si è concentrata sull'istituto dell'adozione particolare, la cui disciplina non implica alcun confronto con il divieto di surrogazione di maternità.

Su questa strada si sono correttamente collocate le Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Con la pronuncia del dicembre 2022, si sono concentrate sull'ulteriore profilo di inadeguatezza della disciplina dell'adozione particolare, rappresentato dall'impossibilità di costituire il rapporto adottivo in mancanza dell'assenso del genitore biologico, richiesto dall'art. 46 l. adoz. ai fini del perfezionamento della procedura; assenso che potrebbe mancare in situazioni di sopravvenuta crisi della coppia. Collegando

⁴⁴ Corte cost. 28 marzo 2022, n. 79.

⁴⁵ Corte cost. 28 marzo 2022, n. 79.

– secondo un’impostazione dottrinale⁴⁶ – tale norma all’art. 57 l. adoz., che impone di valutare sempre, nell’adozione, il superiore interesse del minore, le Sezioni Unite hanno condivisibilmente affermato che «*il dissenso alla costituzione del legame di filiazione adottiva da parte del genitore biologico esercente la responsabilità genitoriale non può essere espressione di un volere meramente potestativo, ma va collocato in una dimensione funzionale*», dovendosi valutare l’effetto ostativo del dissenso dell’unico genitore biologico «*esclusivamente sotto il profilo della conformità dell’interesse del minore, secondo il modello del dissenso al riconoscimento*». Con la conseguenza che «*il genitore biologico potrebbe negare l’assenso all’adozione del partner solo nell’ipotesi in cui quest’ultimo non abbia intrattenuto alcun rapporto di affetto e di cura nei confronti del nato, oppure abbia partecipato solo al progetto di procreazione ma abbia poi abbandonato il partner e il minore*»⁴⁷.

Resta dunque aperta un’ultima questione: l’adozione muove dalla persona dell’adottante ed il minore non può rivendicare la costituzione del rapporto genitoriale, con evidente *deficit* di tutela.

Autorevolmente è stato da tempo sostenuto che, di fronte all’inerzia del genitore d’intenzione, il rimedio è rappresentato dal risarcimento del danno⁴⁸. A nostro avviso, tuttavia, su questo punto, è indispensabile l’intervento del legislatore, invocato dalla Corte costituzionale⁴⁹. Potrebbe, in ipotesi, essere riconosciuta al minore l’azione *ex art. 279 c.c.*⁵⁰, ovvero, nell’ottica di realizzare un ragionevole compromesso tra la tutela del nato ed il rispetto del divieto d’ordine pubblico di maternità surrogata, potrebbe essere introdotta una regola analoga a quella dell’art. 128, comma 2, c.c., in caso di matrimonio dichiarato nullo, che avrebbe il pregio di proteggere il minore senza favorire gli adulti che hanno agito violando la legge e ledendo i valori ad essa sottesi⁵¹.

⁴⁶ A. MORACE PINELLI, *Le persistenti ragioni del divieto di maternità surrogata*, cit., p. 1183.

⁴⁷ Cfr. Cass. SS.UU., 30 dicembre 2022, n. 38162, § 11.

⁴⁸ M. SESTA, *La maternità surrogata: il perfetto equilibrio delle sezioni unite*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, p. 387 e ss., § 2 ed *ivi* ulteriori riferimenti a precedenti scritti dell’illustre Autore.

⁴⁹ Corte cost. 8 marzo 2021, n. 33.

⁵⁰ Così U. SALANITRO, *L’adozione e i suoi confini. Per una disciplina della filiazione da procreazione assistita illecita*, in *Nuova giur. civ.*, 2021, p. 948.

⁵¹ In tal senso, cfr. A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, in *Europa e dir. priv.*, 2019, p. 713 e ss. Secondo U. SALANITRO, *L’adozione e i suoi confini*, cit., 948, la regola dell’art. 128, comma 2, c.c. sarebbe già applicabile in via analogica. Analoga è la posizione di E. BILOTTI, *La tutela dei nati a seguito di violazione dei divieti previsti dalla l. n. 40/2004. Il compito del legislatore dopo il giudizio della Corte costituzionale*, in *Nuova giur. civ.*, 2021, p. 923.

Abstract

ARNALDO MORACE PINELLI, Maternità surrogata: le ragioni di un divieto che non confligge con l'insopprimibile esigenza di tutela di colui che nasce dalla pratica illecita

L'Autore spiega le ragioni del divieto di maternità surrogata, una pratica che instaura sulla vita della gestante e del bambino un inaccettabile potere privato di controllo in contrasto con principi fondamentali dell'ordinamento. Dopo aver messo in luce la strumentalizzazione della gestante al bisogno di genitorialità della coppia che commissiona il bambino, l'Autore si sofferma sulla sentenza del 30 dicembre 2022 n. 38162 pronunciata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Infine l'Autore rappresenta l'esigenza di tutela dei bambini nati da maternità surrogata.

Parole chiave: maternità surrogata, Corte di Cassazione, tutela dei bambini, principi fondamentali, ordine pubblico.

ARNALDO MORACE PINELLI, Surrogate motherhood: the reasons for a ban that does not conflict with the need to protect the person born from the illicit practice

The Author explains the reasons for the ban on surrogacy, a practice that establishes an unacceptable private power of control over the life of the pregnant woman and the child, in contrast with the fundamental principles of the law. After highlighting the exploitation of the pregnant woman by the need for parenthood of the couple who commissions the child, the Author focuses on the sentence of 30 December 2022 n. 38162 pronounced by the United Sections of the Court of Cassation. Finally, the Author represents the need to protect children born from surrogacy.

Key words: surrogacy, Supreme Court of Cassation, protection of children, fundamental principles, public order.

PARTE QUINTA
STUDI DI MEDICINA E DI ECONOMIA

FILIPPO MARIA BOSCIA

Presidente Nazionale dell'Associazione Medici Cattolici Italiani e
Professore titolare della cattedra di fisiopatologia della riproduzione umana e Bioetica
Università degli Studi di Bari "A. Moro"

MATERNITÀ SURROGATA*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Espansione delle tecniche. Dalla provetta alla maternità surrogata: l'impossibile reso possibile – 3. Esigenze ineludibili e protocolli applicativi. Argomenti da discutere con la coppia committente la surroga, preparazione della coppia committente (genitori intenzionali), preparazione della madre surrogata – 4. Per una nuova semantica riproduttiva – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Permettetemi in questa introduzione di parlare di un ricordo fondamentale, parte importante della mia storia accademica e della mia vita professionale.

Jacques Testart, primo a realizzare tecniche procreative in vitro, mi è stato Maestro, a partire dagli anni Novanta, nel complesso percorso della mia formazione. Pertanto sono testimone che questo grande scienziato, dopo aver visto realizzato l'impensabile, cominciò ad essere atterrito dalla tecnica e di conseguenza invitava tutti i suoi discepoli alla prudenza. Da grande biologo embrionale, stupito sempre più dalla facilità con cui aveva saputo dominare la vita, con energia ripeteva che la scienza, se non si pone un limite, diventa fantascienza. Ci teneva a sottolineare:

«Monsieur Boscia, depuis que nous avons réussi à sortir l'ovocyte du corps féminin, le déposédant de la sacralité de son voyage intracorporel, nous avons créé une nouvelle perspective dans la reproduction, de manière à mimer un véritable far west reproductif, qui peut évoluer vers une véritable coopérative dans le respect d'une chaîne de production humaine optimale: de la mère génératrice d'autrefois on arrivera à l'artificialisation complète de la naissance, dans laquelle pourraient également se croiser des fécondations interspécifiques ou l'utilisation d'outils complexes d'ectogénèse»
(Signor Boscia da quando siamo riusciti a portare fuori dal corpo femminile l'ovocita, espropriandolo della sacralità del suo percorso intracorporeo, abbiamo creato una nuova prospettiva nella riproduzione, sì da mimare un vero e proprio far west

* Contributo sottoposto a valutazione.

riproduttivo, che potrà evolvere in vera e propria cooperativa nel rispetto di un'ottimale filiera di produzione umana: dalla madre fattrice giungeremo alla completa artificializzazione della nascita, nella quale potrebbero anche intersecarsi fecondazioni interspecifiche o l'utilizzo di complessi strumenti di ectogenesi).

Proseguendo, anche altri miei Maestri, della levatura di Raoul Palmer e Robert Schoysman, manifestavano vivaci preoccupazioni: *«La questione diventerà ancora più complessa quando in futuro si vorrà sostenere il diritto al figlio perfetto, al figlio di qualità ... e, se questo accadrà, ogni filiera produttiva prevedrà la creazione di prodotti sempre migliori. La dissoluzione dell'istituto matrimoniale, la molteplicità delle separazioni, la facilitazione dell'aborto precoce, lo sterminio dei concepiti non sani, l'espansione della diagnosi prenatale finalizzata agli aborti selettivi appariranno come metodi legittimi, anzi doverosi in una società il cui obiettivo è quello di migliorare la qualità umana, anche con l'ausilio della genetica molecolare e delle omiche, combinate con l'informatica e la biologia cellulare ... e certamente nessuno potrà più escludere derive autoritarie in nome del bene sociale collettivo».*

Mi convinco sempre più, con molto disappunto, che questa sarà l'ultima generazione di bambini portatori della sindrome di Down o di bambini geneticamente sfavorevoli!

Gli odierni *screening* predittivi, sempre più allargati e abusati, porteranno a zero le nascite sindromiche. L'eugenetica sarà sempre più ancorata alle pratiche di procreazione assistita, regolate da filiere controllate e, con una contrattualistica blindata, sarà estesa alla maternità surrogata orientata al solo assemblaggio di embrioni con caratteristiche genetiche ottimali.

Nell'attuale filiera riproduttiva prevarranno sempre più d'obbligo tecniche di selezione di ovociti e di spermatozoi, selezioni di embrioni, selezioni di madri gestazionali, stipulanti di eccellenti contratti di surrogazione in cui l'obbligo di rinunciare al figlio che sarà partorito diventerà perentorio. Saranno prescritti precisi vincoli e opportuni stili di vita a garanzia della salute del nascituro. Se il neonato sarà portatore di qualche disabilità o malattia, la gestante per procura non potrà e non dovrà consegnare il neonato, data l'insorta inadempienza contrattuale, ma dovrà tenersi il bambino e ottemperare con propria responsabilità al suo handicap.

Per garantire buone condizioni igienico sanitarie e uno stretto controllo medico, le madri surrogate resteranno all'interno di apposite "dimore chiuse", possibilmente accanto

alle cliniche dove si sono sottoposte ai trattamenti che hanno procurato loro la gravidanza e dove partoriranno. In queste dimore protette, lontano dalle proprie famiglie, saranno continuamente vigilate, così come si controllano in medicina veterinaria le fattorie animali.

In caso di malformazioni accertate o sospette entro i primi mesi di gravidanza, l'aborto sarà reso obbligatorio. Inoltre, se mai il bambino, una volta nato, abbia necessità di tipo rianimatorio lo si potrà lasciare morire, anzi, qualora se ne preveda una sofferenza neurologica più o meno grave, non verrà più ritirato. In caso di gravidanze plurigemine scatterebbe l'obbligo alla riduzione embrionaria selettiva al fine di far nascere bambini secondo il numero concordato.

Eventuali inadempienze contrattuali comporteranno la rescissione di ogni accordo e la restituzione delle somme corrisposte. Mai contratti di tal tipo sono stati firmati da italiani benestanti. Viceversa, esistono solo contratti capestro per donne in grande povertà, poco istruite e poco consapevoli di avere dei diritti. Lo scenario che descriviamo guarda a Paesi terzi, delineando la figura delle madri alla stregua di moderne schiave, vittime di violenza e di sfruttamento. Ma per scelta libera e consapevole? Così si caratterizza un nuovo mercato, un enorme mercato ideologico, basato sullo sfruttamento delle donne.

Per ogni coppia che racconta agli amici o parenti la propria felicità, per avere avuto un figlio dalla fecondazione eterologa e dalla surrogazione gestazionale, c'è sempre qualcuno che nell'oscurità e nel silenzio criminoso è stato sottoposto a trattamenti altamente invasivi o ha venduto parti del proprio corpo (utero, ovociti o embrioni) o ospitato spermatozoi eterologhi.

In questa nostra modernità, che ha perso ogni riferimento etico, l'esaltazione dei diritti dei più forti opera la vaporizzazione dei pur sacrosanti diritti degli altri. Molti fenomeni di moderno schiavismo, visti addirittura come nuove possibilità lavorative o generose disponibilità di sussidiarietà, intersecando i progetti di legalizzazione di "matrimoni omosessuali" o di "unioni indefinibili" all'interno dei gruppi LGBTQIA+, potranno aprirsi ad una maggior diffusione delle nascite per procura.

2. Espansione delle tecniche. Dalla provetta alla maternità surrogata: l'impossibile reso possibile

La maternità surrogata (MS), ovvero la gestazione per altri (GPA), era stata proposta come mezzo per aiutare coppie impossibilitate ad avere un figlio con le proprie forze,

integrandole con donne cui affidare la gestazione per loro conto. Questa iniziale esigenza è diventata nel tempo così elastica da farci prevedere molteplici estensioni della iniziale metodica che qui di seguito andremo ad analizzare e descrivere.

È indispensabile quindi un'analisi preliminare, soprattutto oggi, perché spesso si tende a far confusione, non soltanto in riferimento ai termini che definiscono le varie madri surrogate, ma anche in relazione alle tecniche impiegate.

Molto di frequente il termine “surrogata” viene attribuito a protagonisti diversi che spaziano dalle coppie genetiche alle coppie committenti, alle coppie di intenzione, ma anche ad altri “attori protagonisti”.

Abbiamo tanti tipi di surroga: quella che coincide con l'ovodonazione e che viene proposta alle donne in cui mancano i gameti, ad esempio in caso di assenza congenita delle ovaie (agenesia) o per insorta insufficienza ovarica o per menopausa precoce. Si tratta in questo caso di donne nelle quali di solito viene trovato un utero normale quindi con prevedibile capacità gestazionale normale. Un altro tipo di surroga interviene quando per sindromi malformative ci si trova di fronte a problematiche congenite, tipo agenesia dell'utero o un suo spiccato iposviluppo o malformazione complessa (sindrome di Mayer-Rokitansky-Kuster-Hauser), o anche ad esiti di chirurgia genitale ablativa. Nel caso più complesso di assenza non solo dell'utero ma anche delle ovaie vi è chi propone l'acquisizione di ovociti e la disponibilità di un utero in prestito se non il trapianto dell'utero stesso.

È evidente, quando si tratta di cessione di ovociti o di utero, che esistono varie modalità attuative. Alcune tra esse sono oblativo, basate su atti di generosità intra-familiare, fondati su stabili rapporti di parentela, oppure anche di solida amicizia. Queste modalità solidaristiche si contrappongono decisamente ad altre venalmente commerciali/contrattuali ed è chiaro che in questi casi siamo di fronte a veri e propri contratti, con “committenti” da un lato e “contraenti” dall'altro. Sono casi che comportano l'instaurarsi di stringenti rapporti contrattuali, che comportano per la coppia committente un costo, un prezzo da pagare alla contraente.

Nelle forme contrattuali le offerte sono differenziate e ovviamente la giovane età della donna, sia che doni gli ovociti, sia che proponga l'offerta dell'utero, è un prerequisito frequentemente richiesto, certamente essenziale.

Ci si affida ad agenzie o direttamente a donne disponibili a diventare “ospitanti” l’embrione. Vengono scelte donne giovani, meglio se con un grado di istruzione elevato, certamente in buona salute, con la garanzia di un buon stile di vita, un’alimentazione sana e sicura non dipendenza da sostanze di abuso (alcool, fumo, droghe, ecc.).

Va precisato che la donna che accetta di agire come “ospitante” la gravidanza per altrui vantaggio non ha, nella stragrande maggioranza dei casi, alcun rapporto genetico con il/i bambino/i che andranno a nascere, mancando da parte sua qualsiasi contributo genetico. Nel caso in cui l’ospitante offrisse anche i suoi ovociti, solo allora nella stessa donna coesisterà la doppia funzione di madre genetica e gestazionale. Questa metodica rappresenta l’1-3% di tutte le metodiche di PMA (Procreazione Medicalmente Assistita) ed è praticata fin dall’inizio degli anni Ottanta¹.

In un documento della British Medical Association, elaborato nel 1996, agli albori della tecnica, così si sintetizzava la gravidanza surrogata: «*Surrogacy is an acceptable option of last resort in cases where it is impossible or highly undesirable for medical reason for the intended mother to carry a child herself*»².

Quanto oggi accade contestualizza lo svolgersi di tecniche ad elevata complessità: ciò ci porta ad esprimere una innovativa e più completa definizione: con il termine “Maternità Surrogata” o “Gestazione Per Altri” si intende una metodica di Procreazione Medicalmente Assistita mediante la quale una donna (madre surrogata), previo accordo con le parti coinvolte, intraprende la gestazione, cui seguirà il parto, su richiesta di una coppia eterosessuale o omosessuale, o di un individuo singolo committenti. Dopo la nascita il bambino verrà subito affidato alla committenza, la quale dovrà affrontare complesse procedure legali internazionali e nazionali per l’assegnazione delle specifiche funzioni genitoriali, ovvero per l’affidamento/adozione.

Distinguiamo due tipi di maternità surrogata:

“Maternità Surrogata Gestazionale” e “Maternità Surrogata Tradizionale”³.

¹ D. BIRENBAUM-CARMELI, P. MONTEBRUNO, *Incidence of surrogacy in the USA and Israel and implications on women’s health: a quantitative comparison*, in *J Assist Reprod Genet.*, 2019 Dec; 36 (12), pp. 2459-2469; W.H. UTIAN, L. SHEEAN, J.M. GOLDFARB, R. KIWI, *Successful pregnancy after in vitro fertilization and embryo transfer from an infertile woman to a surrogate*, in *Engl J Med*, 1985, 313, pp.1351-1352.

² Tradotto in italiano: «*La surrogazione è un’opzione di ultima risorsa accettabile nei casi in cui è impossibile o altamente non-desiderabile per ragioni mediche che la madre intenzionale porti avanti da sola una gravidanza*».

³ Cfr. P.R. BRINDEN, *Gestational surrogacy*, *Hum Reprod Update*, 2003 Sep-Oct; 9 (5), pp. 483-491; J. AZNAR, M. MARTÍNEZ PERIS, *Gestational Surrogacy*, in *Current View. Linacre Q.* 2019, 86, pp. 56-67.

a) Maternità Surrogata Gestazionale

La maternità surrogata gestazionale è la forma più frequente di maternità surrogata, incidendo per il 90%, e si basa sul trasferimento nell'utero della donna ospitante di un embrione creato attraverso una procedura di fecondazione in vitro (FIVET) ottenuto con i gameti (ovociti e spermatozoi) di una coppia committente che dopo il parto assumerà funzione genitoriale.

I genitori committenti, definiti anche “genitori intenzionali”, sono solitamente coppie eterosessuali in grado di fornire alla madre surrogata entrambi i gameti (maschile e femminile) per la creazione dell'embrione, sicché il bambino che nascerà da questa “gestazione per procura” non avrà alcun legame genetico con la donna ospitante, la cui sola azione sarà quella di portatrice di gravidanza ovvero di “*babysitter uterina*”.

Questa metodica viene utilizzata in quelle condizioni patologiche che la clinica definisce come Fattore Uterino Assoluto, cioè reale impedimento per la donna di iniziare e di portare a termine una gravidanza.

Le indicazioni principali pertanto sono:

- *malformazioni uterine congenite*

- agenesia uterina congenita o sindrome di Mayer-Rokitansky-Küster-Hauser
- utero ipoplasico o utero bicorni-unicorno

- *esiti di chirurgia*

- isterectomia per carcinoma cervicale o endometriale o per leiomiomi o adenomiosi⁴.

- *gravi condizioni mediche materne*

- malattie cardiache, renali, dell'apparato respiratorio che potrebbero aggravarsi in gravidanza mettendo a rischio la vita della paziente, dopo valutazione accurata dell'aspettativa di vita materna

⁴ Cfr. M. BRÄNNSTRÖM, P. DAHM KÄHLER, R. GREITE, J. MÖLNE, C. DÍAZ-GARCÍA, S.G. TULLIUS, *Uterus Transplantation*, in *A Rapidly Expanding Field. Transplantation*, 2018, 102, pp. 569-577; B. BRUNO, K.S. ARORA, *Ethical Implications of Donor Type for Uterus Transplantation*, in *Why B We Should Remain Wary of Using Living Donors*, in *Yale J. Biol. Med.*, 2020, 93, pp. 587-592; B.P. JONES, S. SASO, T. BRACEWELL-MILNES, M.-Y. THUM, J. NICHOULLOS, C. DIAZ-GARCIA, P. FRIEND, S. GHAEM-MAGHAMI, G. TESTA, L. JOHANNESSON, I. QUIROGA, J. YAZBEK, J.R. SMITH, *Human uterine transplantation, A Review of outcomes from the first 45 cases*, in *BJOG Int. J. Obstet. Gynaecol.*, 2019, 126, pp.1310-1319; S. ZAAMI, A. DI LUCA, E. MARINELLI, *Advancements in uterus transplant: New scenarios and future implications*, in *Eur. Rev. Med. Pharmacol. Sci.*, 2019, 23, pp. 892-902; S.V. CARR, *Surrogacy and ethics in women with cancer*, in *Best Practice & Research Clinical Obstetrics Gynaecology*, 2019 Feb., 55, pp. 117-127.

- storia di ipertensione severa o eclampsia severa, o in generale ogni condizione che potrebbe essere aggravata dalla gravidanza stessa

-fallimenti ricorrenti di impianto con annidamento di embrione pur prodotto da tecniche di fecondazione assistita⁵.

b) Maternità Surrogata Tradizionale o Parziale

La maternità surrogata tradizionale rappresenta circa il 10% dei trattamenti. La madre surrogata utilizza i propri ovociti e può essere sottoposta o ad inseminazione artificiale (metodica di I livello) oppure a FIVET (metodica di II livello). In questo caso gli ovociti da lei stessa prelevati dopo stimolazione ovarica, saranno fertilizzati in laboratorio utilizzando o lo sperma del futuro padre o quello di un donatore. Gli embrioni così realizzati saranno successivamente trasferiti nell'utero della stessa donna ospitante la gestazione sino al parto, cioè sino al momento in cui i genitori intenzionali adotteranno il bambino. Come già detto, trattandosi di maternità surrogata tradizionale o parziale, il bambino avrà un legame genetico con la madre surrogata, avendo questa fornito gli ovociti. Questa modalità viene solitamente utilizzata per trattare:

Coppie eterosessuali (in cui la partner oltre a non poter portare la gravidanza per motivi medici indicati nella surrogata gestazionale, presenti anche un esaurimento ovarico precoce o una riduzione della funzione ovarica e quindi necessiti anche della donazione ovocitaria), coppie gay, o anche persone single, previa selezione di una donna ospitante.

c) Attuazione delle metodiche e selezione delle coppie:

L'attuale legislazione individua centri altamente specializzati autorizzati ad effettuare questi trattamenti. A tali centri le coppie vengono generalmente indirizzate o dal medico di famiglia o dal ginecologo di fiducia.

La coppia committente inizialmente viene sottoposta opportunamente a visita per una valutazione diagnostica approfondita. In tale occasione deve essere dispensata una informativa di base, che prenda anche in considerazione tutti gli aspetti della maternità surrogata. Tale informativa deve contenere l'indicazione al trattamento e deve essere

⁵ Cfr. N. AFLATOONIAN, M. EFTEKHAR, B. AFLATOONIAN, E. RAHMANI, A. AFLATOONIAN, *Surrogacy as a good option for treatment of repeated implantation failure, in A case series. Iran, Journal Reprod. Med.* 2013, 11, pp.77-80; N.H. PATEL, Y.D. JADEJA, H.K. BHADARKA, M.N. PATEL, N.H. PATEL, N.R. SODAGAR, *Insight into Different Aspects of Surrogacy Practices, in Journal of Human Reproductive Sciences - LWW,* 2018, 11, pp. 212-218.

confermata con firma per accettazione. Dopo questo consenso informato si potrà procedere alla individuazione della donna ospitante.

Nella maternità surrogata gestazionale questa può essere anche un membro della famiglia della coppia committente, o un'amica intima, oppure la coppia può trovare altre disponibilità tra le conoscenze personali o attraverso gruppi di sostegno per le coppie sterili. Tali organizzazioni possono essere a controllo governativo, sono solo a scopo benefico e senza scopi di lucro, come accade nel Regno Unito, dove la surrogazione è consentita solo per motivi altruistici e senza alcun compenso per la madre surrogata⁶.

Secondo dati pubblicati e raccolti in Inghilterra, ove già da tempo si svolgono trattamenti per surrogazione gestazionale, il 36% delle madri surrogate risulta avere un legame di parentela con la coppia committente, trattandosi principalmente di sorelle o cognate. Nel 63% non c'è legame di parentela ma si tratta spesso di amiche o di donne messe in contatto con la coppia committente o trovate direttamente dalle coppie tramite iniziative e conoscenze personali. Questo studio dimostra quindi che alcune donne sono disponibili ad accettare di divenire madri surrogate al solo scopo di aiutare altre coppie nella genitorialità e quindi svolgono la funzione di surrogata per motivazione altruistica e senza alcuna remunerazione. Per contro ci sono altri Paesi, come gli Stati Uniti, dove esistono agenzie private altamente professionali e qualificate che agiscono solo a scopo commerciale, mettendo in contatto la potenziale madre surrogata con le coppie. In questo caso la madre surrogata riceve un compenso economico per la gestazione e per il parto.

Di fondamentale importanza è la discussione dei dettagli della procedura con una consulenza dettagliata per tutte le parti coinvolte negli accordi di maternità surrogata. L'obiettivo è quello di preparare entrambe le parti che verranno sottoposte al trattamento a considerare attentamente tutti gli aspetti e le implicazioni mediche, psicologiche e legali, sia a breve che a lungo termine.

Tutte le tecniche di procreazione medicalmente assistita oggi possono in teoria trovare facile impiego nella maternità surrogata, sicché le indicazioni si sono di molto ampliate. Oltre a quelle del passato, di cui si è già detto, nel tempo si sono aggiunte fantasiose motivazioni, non sempre condivisibili e tanto meno accettabili. Ad esempio, la ripulsa di

⁶ Cfr. S.C. KLOCK, S.R. LINDHEIM, *Gestational surrogacy: medical, psychosocial, and legal considerations*, in *Fertil Steril.*, 2020 May, 113 (5), pp. 889-891; B. OLAYE-FELIX, D. ALLEN, N.H. METCALFE, *Surrogacy and the law in the UK*, in *Postgrad Med Journal*, 2023 May 22, 99 (1170), pp. 358-362; E. BLYTH, *Interviews with surrogate mothers in Britain*, in *Journal Reprod. Infertil. Psychol.*, 1994, 12, pp.189-198.

un sé corporeo che si modifica inevitabilmente in gravidanza o anche l'esigenza di non abbandonare l'attività lavorativa, ritenuta prioritaria e irrinunciabile. A tal proposito va detto che molte delle coppie avrebbero benissimo potuto avere figli senza ricorrere a questi artifici, ma sono arrivate a pensarci in età avanzata, talvolta oltre la soglia della menopausa e dell'andropausa.

Più di recente sono cominciate a manifestarsi altre indicazioni legate alle più svariate esigenze, che includono tra l'altro opzioni e richieste avanzate non solo da coppie eterosessuali, ma anche da coppie omosessuali, transgender, LGBTQIA+, ecc., che com'è ovvio aprono a tecniche sempre più innovative e ad un mercato inimmaginabile.

Considerando tutte le tecniche che comportano creazione di embrioni in laboratorio, si contano ad oggi 55 nuovi modi per nascere, includendo in queste metodiche anche l'espansione di tecniche di selezione genetica pre-impianto. Tra le innovazioni più recenti segnaliamo il metodo ROPA, proposto per coppie lesbiche.

d) Metodo ROPA

L'acronimo ROPA (*Reception of Oocytes from Partner, Ricevimento di ovociti dalla partner*) indica che una delle due partner della coppia lesbica riceve ovuli o ovociti dell'altra donna, fecondati con sperma di donatore anonimo. Trattasi di una tecnica che consente di garantire una maternità condivisa, ovvero una doppia maternità, direi "blindata" dal punto di vista giuridico/amministrativo. La finalità di questa tecnica, riservata esclusivamente alle coppie lesbiche, è quella di dare modo ad entrambe di partecipare attivamente alla gravidanza.

Nell'ambito di una normale procedura FIVET una delle due donne fornisce gli ovociti da inseminare con sperma di donatore; l'altra offre l'utero per la gestazione del bambino. L'una sarà madre gestazionale e partorirà il figlio che non potrà non essere che suo, l'altra sarà madre genetica, facilmente riconoscibile, accedendo ad esami di compatibilità genetica eseguibili dopo il parto. Questa metodica supera molte situazioni di rilevanza giuridica.

Qualora alla fine risultino embrioni residui soprannumerari (*spare embryos*) questi potrebbero anche essere trasferiti alla donna che ha fornito gli ovociti, che diventerebbe così sia madre genetica che gestazionale.

In questa metodica nulla cambia rispetto ad una FIVET tradizionale: le fasi del processo prevedono la stimolazione ovarica della madre genetica, con utilizzo degli

usuali farmaci ormonali, affinché si sviluppino follicoli ovarici multipli, con il risultato di uno spiccato aumento delle probabilità di successo. La puntura ovarica per il prelievo ovocitario è una procedura chirurgica semplice che non richiede ricovero. Viene effettuata per via trans-vaginale sotto guida ecografica. L'ago di prelievo è collegato ad una pompa di aspirazione delicata (craft pump). La fecondazione avviene in vitro, così come in vitro segue la coltura e la selezione degli embrioni. Contestualmente nella madre ricevente si pratica un trattamento ormonale per preparare l'endometrio e renderlo idoneo all'impianto embrionale, dopo aver praticato esami di compatibilità immunologica. Qualora vi siano embrioni soprannumerari, residuati al trasferimento di un massimo di tre (onde evitare gravidanze plurigemine) questi vengono congelati per un eventuale utilizzo differito.

L'espansione delle tecniche di PMA che hanno reso possibile l'impossibile stanno incontrando particolare favore tra le persone la cui identità e/o l'espressione di genere differisce da ciò che è tipicamente associato al sesso loro assegnato alla nascita. In proposito, si fa riferimento ad un'ampia varietà di tecniche che sono state messe a punto nei laboratori di medicina della riproduzione e che sono applicabili per particolari esigenze di singoli, o di coppie appartenenti alla comunità LGBTQIA+, ma sono anche disponibili per i bisessuali e per quanti oggi mettono in discussione il proprio orientamento sessuale o la propria identità di genere.

Le numerosissime tecniche di PMA riguardano al momento *coppie eterosessuali, coppie LGBTQIA (coppie lesbiche e coppie gay), coppie transgender con genitali maschili e con genitali femminili, ma a questo interminabile elenco dobbiamo aggiungere diverse opzioni tecniche, utilizzate in laboratorio, per produrre embrioni.*

Le tabelle che seguono elencano 55 diverse possibilità di tecniche attuabili nel delicato campo della riproduzione/produzione umana:

TABELLA 1

Tecniche di Procreazione Medicalmente Assistita per COPPIE ETEROSESSUALI
1. IUI omologa (Inseminazione Intra-Uterina)
2. IUI eterologa (Inseminazione con sperma di donatore)
3. FIVET (Fecondazione In Vitro - Embryo-Transfer)
4. ICSI (Intra-Cytoplasmic-Sperm Injection)
5. PICSI (Physiological Intra-Cytoplasmic-Sperm Injection)
6. IMSI (Intracytoplasmic-Morphologically-selected Sperm Injection)
7. pIMSI (Physiological-Intracytoplasmic-Morphologically-selected Sperm Injection)
8. FIVET Eterologa MASCHILE (con sperma di donatore anonimo)

9. FIVET Eterologa MASCHILE (con sperma di donatore non anonimo, scelto dalla coppia)
10. FIVET Eterologa FEMMINILE (con ovociti di donatrice anonima)
11. FIVET Eterologa FEMMINILE (con ovociti di donatrice non anonima)
12. FIVET con DOPPIA ETEROLOGA (con donatori di entrambi i gameti)
Ciclo fresco
13. FIVET con DOPPIA ETEROLOGA (con donatori di entrambi i gameti)
Con embrioni congelati, appositamente creati per la coppia
14. FIVET con DOPPIA ETEROLOGA (con embrioni soprannumerari abbandonati da coppie già trattate per sterilità (adozione))
15. FIVET con Madre Surrogata portatrice della gravidanza con ovociti e sperma provenienti entrambi dalla coppia Committente (Host Surrogacy)
16. FIVET con Madre Surrogata portatrice della gravidanza con ovociti della coppia committente ma con fecondazione eterologa maschile.
17. FIVET con Madre Surrogata portatrice della gravidanza con ovociti della madre surrogata e sperma del partner della coppia committente (Host Surrogacy)
18. IUI della Madre Surrogata con sperma del partner della coppia committente (Straight Surrogacy)
19. IUI della Madre Surrogata con sperma di donatore scelto dalla coppia Committente (Straight Surrogacy)
20. Richiesta di gestazione di gemelli di padri diversi (embrioni nati da fecondazione di ovociti di una singola donna con seme di due diversi partner conviventi, vanno trasferiti contemporaneamente nell'utero della madre committente affinché nascano contemporaneamente gemelli di padre diverso)
21. Riproduzione post-mortem (adozione di embrioni crioconservati post-mortem di uno o due genitori, inclusi embrioni nati da fecondazione di ovociti con seme congelato di padre già morto)

TABELLA 2

Tecniche di Procreazione Medicalmente Assistita per COPPIE LGBTQIA+

PER COPPIE LESBICHE

22. IUI con sperma di donatore anonimo
23. IUI con sperma di donatore non anonimo
24. FIVET con donatore di sperma anonimo in una delle due partner e embryo-transfer nella stessa.
25. FIVET con donatore di sperma anonimo e embryo-transfer simultaneo anche nella seconda partner preparata contemporaneamente.
26. FIVET con donatore di sperma anonimo e embryo-transfer solo nella partner non stimolata preparata contemporaneamente.
27. FIVET con embrioni congelati da ciclo precedente, coronato da Live Birth della partner stimolata, nella seconda partner non stimolata che agisce da portatrice della gravidanza.

PER COPPIE GAY

28. IUI con sperma di uno dei due partner in Madre Surrogata (Straight Surrogacy)
29. FIVET con embrioni ottenuti con ovociti prelevati dalla Madre Surrogata, fertilizzati con sperma di uno dei due partner e trasferiti nella stessa madre surrogata.
30. FIVET con embrioni ottenuti con ovociti prelevati dalla Madre Surrogata, fertilizzati con sperma di uno dei due partner, congelati e trasferiti successivamente o nella stessa madre surrogata o in madre surrogata diversa.
31. FIVET con embrioni ottenuti con ovociti prelevati dalla Madre Surrogata, fertilizzati per metà con sperma di uno dei due partner e per metà con lo sperma del secondo partner, congelati quelli del secondo partner e trasferiti dopo il primo Live Birth, successivamente o nella stessa madre surrogata o in madre surrogata diversa.
32. FIVET con embrioni ottenuti da una donatrice, fertilizzati con lo sperma di uno dei due partner e trasferiti freschi o dopo congelamento in Madre Surrogata differente dalla donatrice.

PER COPPIE TRANSGENDER

- Con Genitali Maschili

33. IUI con sperma fresco in Madre Surrogata
34. IUI con sperma fresco se con partner di sesso femminile

35. FIVET /ICSI con sperma fresco/congelato (se precedentemente sottoposta a orchidectomia e creazione vagina) con Madre Surrogata che fa da donatrice di ovociti e portatrice della gravidanza.
36. FIVET/ICSI con ovociti di donatrice fertilizzati con sperma fresco/congelato e embryo-transfer in Madre Surrogata.
37. FIVET/ICSI se con partner di sesso femminile con sperma fresco con ovociti della partner.
- Con Genitali Femminili**
38. IUI con seme del partner
39. FIVET dopo stimolazione e ovociti inseminati con seme del partner
40. ICSI con seme del partner
41. ICSI con seme del partner ma embryo-transfer in Madre Surrogata.
42. FIVET con propri ovociti e sperma di donatore.
43. Congelamento ovociti prima inizio terapia con androgeni
44. Congelamento ovociti prima di isterectomia con ovariectomia

TABELLA 3

Ulteriori applicazioni in aggiunta alle numerose tecniche di produzione di embrioni	
45. PGT-A	(Preimplantation Genetic Testing for Aneuploidy) con o senza selezione del sesso
46. PGT-M	(Preimplantation Genetic Testing for Monogenic Disorders (es: distrofia muscolare talassemia, emofilia, fibrosi cistica, ecc.)
47. PGT-SR	(Preimplantation Genetic Testing for Structural Rearrangement (es: traslocazioni o inversioni cromosomiche)
48. PGD	(Preimplantation Genetic Diagnosis) per la ricerca degli antigeni HLA
49. PBB	(Polar Body Biopsy, Biopsia del corpo polare) in alternativa a biopsia allo stadio di Clivaggio
50. GIFT	(Gamete IntraFallopian Transfer, trasferimento intratubarico dei gameti)
51. ZIFT	(Zygote IntraFallopian Transfer, trasferimento intratubarico dell'embrione allo stadio di pronuclei)
52. TET	(Trasferimento intratubarico di embrioni a 4-8 cellule)
53. IVM	(In Vitro Maturation, maturazione in vitro di ovociti)
54. RTP-ET	(Rimozione Terzo Pronucleo in Embrioni Triploidi)
55. FIVET	(Fecondazione In Vitro - Embryo-Transfer) su ciclo naturale (senza stimolazione o con stimolazione)

3. Esigenze ineludibili e protocolli applicativi. Argomenti da discutere con la coppia committente la surroga, preparazione della coppia committente (genitori intenzionali), preparazione della madre surrogata

I. Argomenti da discutere con la coppia committente la surroga

- Esaminare tutte le opzioni terapeutiche compresa quella di non avere figli.
- La possibilità di ricorrere all' adozione invece di optare per la maternità surrogata.
- La necessità opportuna di ricerca della madre surrogata con tutte le eventuali opzioni, da considerare essenziali per la scelta.
 - Le potenziali difficoltà pratiche del trattamento mediante maternità surrogata.
 - I costi totali del trattamento.
 - I potenziali rischi medici e psicologici della maternità surrogata.

- I potenziali rischi psicologici, a breve e lungo termine, per quei bambini nati da maternità surrogata.
- Le implicazioni di avere una gravidanza multipla.
- La prevedibilità anche di trovarsi di fronte a gravidanze plurigemine impreviste per fissione o scissione embrionaria/*embryo splitting*.
 - Il grado di coinvolgimento emotivo che potrebbe portare l'ospitante a desiderare di avere con sé il bambino dopo la nascita o a tenerlo per sempre come proprio figlio.
 - La possibilità che il bambino possa nascere con un handicap.
 - I rischi prevedibili per la gravidanza o il parto, rischi per il bambino e per la madre surrogata possibili ma imprevedibili.
 - I rischi per le tossicosi fetali qualora si faccia uso e abuso di nicotina o alcool durante la gravidanza.
 - La possibilità che l'ospitante decida, nonostante il contratto, di tenere il bambino dopo la nascita.
 - L'importanza di ottenere una consulenza legale.
 - La necessità per la coppia genetica e per l'ospitante di stipulare una copertura assicurativa.

II. Preparazione della coppia committente (genitori intenzionali)

Di fondamentale importanza è la valutazione della coppia committente da parte dello psicologo al fine di valutarne le motivazioni e soprattutto discuterne le implicazioni psicologiche. La maggior parte delle madri genetiche indirizzate al trattamento, forse sarà già stata valutata a sufficienza dal proprio ginecologo prima dell'invio, ma questo non esonera il Centro di Medicina della riproduzione dall'ottemperare a questo compito fondamentale.

Gli esami preliminari sono tanti, soprattutto quelli miranti a prevedere una suscettibilità o futuri danni genetici. Tra questi esami potrebbe anche trovare indicazione una laparoscopia, ma solo nei casi di anomalie congenite dell'apparato riproduttivo.

Lo studio della funzione ovarica è indispensabile: essa potrà essere valutata attraverso puntuale anamnesi della storia mestruale e da più stime di FSH, LH, AMH, 17Betaestradiolo sierici. L'ecografia pelvica e la conta dei follicoli antrali sono indicatori utili della probabile risposta ovarica alla stimolazione. Ulteriori informazioni riguardano la posizione delle ovaie nella pelvi, utili per valutare la loro accessibilità per il prelievo

ovocitario. Vengono richiesti i gruppi sanguigni della coppia committente e di tutte le parti coinvolte nell'accordo. Dovrebbero essere escluse tutte le possibili flogosi e le infezioni da virus: virus epatite B (HBV), virus epatite C (HCV), virus dell'immunodeficienza umana (HIV), citomegalovirus (CMV), herpesvirus (HSV) e virus del papilloma umano (HPV). L'analisi completa mediante test genetici è consigliata sia alla coppia committente, sia alla madre surrogata, sia ai donatori di gameti per escludere la possibilità che alcuni possano essere portatori di malattie geneticamente trasmissibili.

La gestione dei cicli di trattamento FIVET delle madri genetiche comporta la stimolazione follicolare ovarica. Il monitoraggio e il recupero degli ovociti sono procedure di routine. Nulla cambia dalla normale fecondazione in vitro, salvo il fatto che il trasferimento degli embrioni avviene nella madre surrogata. Chi si occupa del trattamento delle parti coinvolte nella maternità surrogata riferisce che non è per nulla complicato far questo! Difficoltosa invece è la preparazione di tutti gli attori, in riferimento alle necessarie consulenze legali, bioetiche, psicologiche, ecc. Massima attenzione viene posta alla selezione della donna ospitante.

Lo sperma utilizzato negli accordi di maternità surrogata deve essere trattato allo stesso modo dello sperma di donatore. In riferimento allo stato infettivologico (HIV, Epatite B e C) il liquido seminale del marito o del partner genetico deve essere messo in quarantena per tre mesi prima di essere utilizzato, in attesa di conferma sierologica di negatività rassicurante. Altra opzione può essere quella di congelare e mettere in quarantena per tre mesi gli embrioni creati con uno sperma dubbio. Il marito/partner genetico verrà quindi sottoposto ad un ulteriore test infettivologico e gli embrioni potranno essere trasferiti o lo sperma scongelato e utilizzato per creare embrioni "freschi" da trasferire nella madre surrogata.

III. Argomenti da discutere con la madre surrogata

- Molte sono le implicazioni connesse alle metodiche in uso: chi intende sottoporsi a trattamento mediante maternità surrogata anche con fecondazione in vitro e stimolazione ovarica (nel caso di surrogata tradizionale) deve comprendere appieno quello che sta facendo.
- Il consenso del partner.
- La possibilità di gravidanze multiple.

- La possibilità che la famiglia o gli amici siano contrari al trattamento.
- Vanno precisati i rischi medici associati alla gravidanza e l'eventuale necessità di parto cesareo.
 - Occorre prevedere eventuali insuccessi riproduttivi e aborti e attenzionare le parti, atteso che il senso di colpa si porrà in entrambe le parti se malauguratamente la gravidanza dovesse interrompersi.
 - La surrogata dovrà discutere anche di potenziali effetti destabilizzanti i propri figli già nati: una destabilizzazione può avvenire alla nascita.
 - Ancora, v'è la possibilità che la surrogante provi un senso di lutto quando sta per affidare alla nascita il bambino ai committenti, soprattutto nei casi di surrogata tradizionale, quando il neonato ha anche un legame genetico con la mamma surrogata.
 - La possibilità che il bambino possa nascere con un handicap o con malformazioni non evidenziate precocemente in gravidanza.
 - Come parte del processo di consulenza, dovrebbero essere tenuti degli incontri con entrambe le coppie per discutere su ciò che diranno a qualsiasi bambino nato a seguito del trattamento sulla loro origine, e anche su ciò che l'ospite surrogato dirà ai suoi figli esistenti. Esiste ora una maggiore tendenza da parte di tutte le coppie coinvolte nel trattamento della maternità surrogata ad informare i propri figli sulla metodica con cui sono stati concepiti e sono nati⁷.

IV. Preparazione della madre surrogata

La madre surrogata dovrebbe avere preferibilmente un'età compresa tra 23 e 35 anni. Data la difficoltà di reperire madri surrogate, l'età può essere estesa a 40 anni, soprattutto in caso di relazione parentale o amicale con la coppia committente. L'ospitante dovrebbe essere sposata o impegnata in una relazione con un figlio o aver completato la famiglia. È necessario comunque acquisire il consenso del partner/coniuge. Oltre ad un'approfondita valutazione medica e psicologica è richiesta anche una attenta disamina sull'integrità sociale e finanziaria della surrogata.

⁷ O. VAN DEN AKKER, *The importance of a genetic link in mothers commissioning a surrogate baby in the UK*, in *Hum. Reprod.*, 2000, 15, pp.1849-1855; V. JADVA, C. MURRAY, E. LYCETT, F. MACCALLUM, S. GOLOMBOK, *Surrogacy: the experiences of surrogate mothers*, in *Hum Reprod*, 2003 Oct, 18, 10, pp. 2196-2204; F. MACCALLUM, E. LYCETT, C. MURRAY, V. JADVA, S. GOLOMBOK, *Surrogacy: the experience of commissioning couples*, in *Hum Reprod.*, 2003 Jun; 18 (6) pp. 334-342; S. GOLOMBOK, F.J. MACCALLUM, *Practitioner review: outcomes for parents and children following non-traditional conception: what do clinicians need to know?*, in *Child Psychol Psychiatry*, 2003 Mar, 44 (3), p. 303.

Dal punto di vista clinico vengono eseguiti esami del sangue di routine insieme a test per escludere le infezioni per i virus epatite B, epatite C e dell'immunodeficienza acquisita, inoltre sono consigliati anche l'elettrocardiogramma, il pap-test e la mammografia. Un'ecografia pelvica e addominale approfondita serve ad escludere qualsiasi anomalia anatomica. Nella surrogata tradizionale è necessario effettuare un test genetico completo per lo screening di eventuali malattie genetiche⁸.

Sempre nella surrogata tradizionale è preferibile che la paziente selezionata venga sottoposta in modo prioritario direttamente ad inseminazione intrauterina col seme della coppia committente: sarebbe questa la procedura più semplice e più economica. In caso di insuccesso il conseguente iter è quello di passare al terzo livello. Questa accortezza oggi da molti non è accettata perché si desiderano raggiungere immediatamente le percentuali più alte di successo con la tecnologia avanzata che promette migliori risultati, anche con maggiore dispendio emotivo.

4. Per una nuova semantica riproduttiva

La maternità surrogata apre un'incredibile nuovo capitolo di possibilità/opportunità, di diritti e doveri, tutti legati ad un nuovo ordine procreativo, da molti invece giudicato disordine procreativo.

Termini diversi, anche molto edulcorati, conducono al grande tema della “filiera produttiva controllata”, che partendo dalle materie prime giunge alla consegna del prodotto finito. I lemmi semantici all'inizio apparivano gentili, edulcorati, presentati come atti intrisi di forte generosità. Sono davvero infinite, direi anche fantasiose, le definizioni oggi usate per identificare la maternità surrogata. Ci troviamo di fronte a nuove semantiche per definire la “maternità per altri”.

La maternità surrogata è conosciuta anche come:

- “gestazione per conto terzi”
- “gestazione solidaristica/altruistica/di sostegno per altri”
- “gestazione di madri generose”
- “gestazione oblativa”
- “maternità surrogata solidale” (ossia senza passaggio di denaro)
- “gestazione di sostegno per la coppia”
- “maternità sociale e solidale” (*)
- “gestazione per procura”

⁸ Cfr. N.H. PATEL, Y.D. JADEJA, H.K. BHADARKA, M.N. PATEL, N.H. PATEL, N. SODAGAR, *Insight into Different Aspects of Surrogacy Practices*, in *Journal Hum. Reprod. Sci.*, 2018 Jul-Sep., 11 (3), pp. 212-218.

- “affitto del grembo - utero in affitto - baby sitter uterina”
- “donna embrio-incubatore”
- “maternità surrogata a titolo oneroso”
- “gravidanza per contratto”
- “gravidanza per comodato d’uso”
- “maternità surrogata commerciale – *baby fabric – temporary mother*”

(*) madre sociale e madre solidale, ovvero l’utero in affitto spacciato come missione buona ed etica, paradossalmente addirittura presentata come la migliore realtà riproduttiva e più controllata da consigliare a qualsiasi donna, ma anche alle madri naturale, genetica, gestazionale, single.

Molte di queste definizioni sulla carta appaiono innocue, ma contengono progettualità commerciali che sono in molti a desiderare che passino inosservate.

Oggi sempre più spesso si parla di “*filiere ri-produttiva*”, facendo riferimento ai trattamenti di riproduzione assistita o per meglio dire di “*produzione umana*” medicalmente assistita.

Parecchie operazioni, un tempo censurate o considerate da scartare, sono diventate positive: sono sempre più spesso presentate come azioni solidaristiche, sussidiarie, protese e orientate al rispetto della vita embrionaria congelata, della serie “non lasciate gli embrioni congelati, ma si proceda con urgenza alla loro adozione per la nascita”.

Ma in realtà cosa c’è di positivo in queste azioni di beneficenza, di adozione?

Nel nuovo capitolo della procreatica si distinguono:

- “Committenti”, i genitori di intenzione, desideranti, intenzionali.
- “Contraenti”, le donne disponibili ad attività di surroga riproduttiva.

Compito della madre gestante (dede), soggetto gestazionale, sarà quello di condividere per prestito o per lucro o per atto altruistico gratuito il proprio utero, al fine di consentire all’embrione creato in vitro ospitalità gestazionale dal momento dell’impianto fino alla sua nascita.

In questa “gravidanza per contratto”, o si potrebbe dire per “comodato d’uso”, compaiono tante altre figure: l’uomo della coppia o l’altro uomo donatore/venditore di gameti maschili, la donna donatrice/venditrice di gameti femminili, la donna singola che può coincidere con la gestante o la donna della coppia eterosessuale, la donna della coppia omosessuale, gli attori che hanno commissionato il figlio, ed anche donne terze.

Se la donna ricevente l’embrione fosse già coniugata con un uomo, la “cooperativa riproduttiva” potrebbe anche allargarsi al coniuge, se consenziente: taluni contratti prevedono anche per il coniuge della madre surrogata specifici indennizzi per la sua disponibilità o per il suo “sacrificio”.

La composizione della cooperativa può essere molto variabile: vi può essere un maschio senza partner che mette a disposizione il proprio seme, concorrendo o ricorrendo a questa pratica con donna diversa (*dede*), che può anche allo stesso tempo donare o vendere i suoi ovociti (*dona*) o essere solo ricevente, che, avendo accettato il trasferimento di un embrione prodotto con gameti altri in laboratorio, diventa gestante per contratto.

In questo *melange* genitoriale, ovvero in queste genitorialità condivise, possiamo prevedere coppie di genitori contrattuali assolutamente estranei, oppure genitori che coincidono con i genitori genetici o con altri solo possessori dei gameti che non coincidono per nulla con quelli genetici.

Si evince che in ogni gravidanza surrogata la struttura antropologica fondamentale madre-figlio potrà dinamicamente evolvere in legame *dona* (donatrice di ovulo) e legame *dede* (gestante accettante), *figlio*, *genitore 1*, *genitore 2*.

Si potranno contare quindi cinque e forse anche più genitori: i due individui donanti i gameti, la gestante che offre l'utero e i due genitori contrattuali committenti, diversi dai genetici, che diventeranno affidatari. Nella forma più semplice i genitori genetici sono coloro cui appartengono i gameti utilizzati, che potrebbero anche coincidere o non coincidere con i genitori contrattuali. Nel caso in cui si richieda e si ottenga una gravidanza gemellare di madre o padre diversi potranno contarsi fino a sette figure genitoriali.

In una prospettiva identificativa potremo d'ora in avanti distinguere: una madre genetica, una madre gestazionale, una madre sociale, una madre giuridica o legale e una madre contrattuale, così come in riferimento ai padri: un padre genetico, un padre sociale e un padre adottivo contrattuale.

Ma non possiamo non comprendere tra i soggetti coinvolti molti altri addetti alla organizzazione/pubblicizzazione/commercializzazione di gameti, freschi o congelati che siano, di embrioni o di chi possedendo un utero sano con buone prospettive gestazionali si presta alla surrogazione della maternità a qualsiasi titolo, oneroso o non, e ancora, tutti quelli che favoriscono queste complesse organizzazioni che sinteticamente etichetterei come "laboratori di procreatica/embrionifici".

Al centro di questo nuovo ordine o disordine procreativo che dir si voglia, v'è il laboratorio di Medicina della riproduzione che diventa punto di riferimento per qualsiasi esigenza di “gruppi cooperativistici o cooperative per la produzione umana”.

Interminabili sono i quesiti e gli argomenti su cui discutere riguardo questi delicatissimi temi. Estremamente variegata le risposte, molte anche ideologiche e non tutte condivisibili... È la conseguenza dell'espansione delle tecniche che hanno reso possibile l'impossibile di cui si è detto.

Il Comitato Nazionale di Bioetica (CNB) nella mozione “*Maternità surrogata a titolo oneroso*” ha censurato questa pratica in modo definitivo, considerandola in netto contrasto con i principi bioetici fondamentali: testualmente, sin dal 2016, il CNB ha ricordato che il corpo umano e le sue parti non devono mai essere fonte di profitto e che la maternità surrogata per contratto risulta lesivo della dignità della donna e anche della dignità del figlio che andrà a nascere e che sarà sottoposto suo malgrado, già in fase embrionale, ad essere un oggetto/atto di cessione e mai soggetto.

L'attuale attivazione in tanti Stati sovranazionali di rapporti contrattuali procreativi, già oggi costituisce senza ombra di dubbio la più bieca commercializzazione e il più osceno sfruttamento del corpo della donna, che dietro compenso/rimborso spese o addirittura a pagamento, mette a disposizione la sua capacità gestazionale (gestazione per altri).

In realtà siamo giunti a concedere tante eccezionali chances per far avere figli a chiunque! Tutte le chances sottendono la costruzione di un mondo che non è più duale, ma che tende a negare il valore originario della maternità come dono e per conseguenza finiscono con incrinare la genitorialità. Le varie espansioni delle metodiche sono molteplici sino a sfociare in un mercanteggiamento di bambini, atteso che in fin dei conti può trattarsi di donne assoldate per far figli.

In un contesto del genere, il figlio può essere commissionato non solo da coppie eterosessuali ma anche da gruppi LGBTQIA+ o da qualsiasi altra persona impossibilitata ad aver figli, non per ragioni mediche, ma per innumerevoli altri desiderata, pur in mancanza di partner e prospetta decisamente l'esigenza di ottenere un utero in affitto, quasi come fosse un *pied-a-terre* del concepito per tutto il periodo della gestazione.

Cercando in rete, ci si può render conto che molte organizzazioni di maternità surrogata sono dedicate esclusivamente alle coppie omosessuali, sicché il legame madre-

figlio pian pianino sta dinamicamente evolvendo in legame dona (donatrice di ovulo), dede (gestante), figli, genitori committenti (di affido) senza che appaia turbata, la struttura antropologica fondamentale o la sostanza del rapporto d'amore.

Credo che dovremmo riflettere molto e seriamente su queste problematiche, sul proclamato diritto al figlio sano, fino a sostenere la barbara e virale formula del "soddisfatto o rimborsato" quasi che il concepito si possa identificare quale banale merce contrattualmente commissionata. Occorre parlarne anche perché in molteplici realtà pluralistiche si discute se la gravidanza per altri non sia un crimine contro l'umanità.

In un Master su piattaforma web dell'Università di Torino, con stile dialogico Maurizio Mori e Palma Sgreccia, si chiedono:

1. Se la gestazione per altri sia una pratica atta a creare famiglie con relazioni nuove e profonde o, se, al contrario, sia una maternità surrogata, una pratica che mercifica la donna e il bambino, snaturando il rapporto genitori-figli.

2. Se il miglior interesse dei bambini implichi necessariamente il riferimento alla figura materna e paterna o se, invece, il ruolo genitoriale può estrinsecarsi con altre modalità di realizzazione della responsabilità verso i figli.

3. Se, per il bene dei bambini, la donatrice di ovulo (dona) e la gestante (dede), che hanno collaborato alla loro nascita, si debbano limitare ad un contributo biologico o se, invece, possano entrare a pieno titolo nella rete dei legami importanti, così come è presentato nei docufilm di Marco Simon Puccioni, in cui dona e dede hanno relazioni significative con i bambini.

4. Se il legame madre-figlio sia una struttura antropologica fondamentale o se possa dinamicamente evolvere in legame dona-dede-figlio-genitori senza che vari la sostanza del rapporto d'amore.

5. Conclusioni

La maternità surrogata è una, forse troppo abusata, modalità di riproduzione, che può consentire a molte coppie, che altrimenti non avrebbero alcuna possibilità, di soddisfare il loro desiderio di genitorialità e completamento della famiglia.

A mio parere è possibilità tecnologica ormai fin troppo banalizzata, accettata forse acriticamente da tantissime coppie.

Studi recenti effettuati sui risultati di tale metodica concludono che la maggior parte degli accordi di maternità surrogata viene implementata con successo e la maggior parte delle madri surrogate sono ben motivate e manifestano poche remore e poche difficoltà a separarsi dai bambini nati a seguito dell'accordo. L'esito perinatale dei bambini è paragonabile a quello della fecondazione in vitro e all'ovodonazione standard così come non vi sono prove di danni ai bambini nati a seguito della maternità surrogata. Tuttavia, queste conclusioni dovrebbero ancora essere interpretate con cautela in quanto è difficile ricercare dati sui risultati per le famiglie e le madri surrogate coinvolte nella maternità surrogata transnazionale, commerciale, specie nei paesi meno sviluppati dove la maternità surrogata è un'industria in crescita. Inoltre, non vi sono studi su bambini cresciuti con coppie omogenitoriali gay⁹.

In un grave silenzio, con la complicità delle organizzazioni femministe, si apre un capitolo, a mio avviso vergognoso, nel quale compaiono veri e propri contratti con committenti e contraenti, donatori e riceventi, ordinativi di ovociti, di gameti maschili, di embrioni per una nuova "umanità surrogata" con riduzione dell'utero da "casa dono" a "struttura locativa".

Il desiderio di una maternità/paternità incontra una donna disposta per bisogno a diventare gestante surrogata con l'impegno commerciale di riconoscerle un pagamento equo, impegnandola ad utilizzare il proprio corpo come incubatore temporaneo di una "gestazione per conto terzi". Questa è la nuova sigla della maternità surrogata, che da gratuita diventa fabbrica commerciale (*babyfabrik*, *temporary-mother*: fabbrica di bambini, madre temporanea).

Nel contratto ci sono varie clausole: l'ovulo stesso è merce, lo è anche lo sperma, entrambi in vendita con prezzo variabile a seconda della qualità e secondo la mappatura genetica di chi li fornisce, dell'età dei donatori e anche in relazione al loro grado di istruzione e al loro stato sociale. Bambini *on demand* (su richiesta), assemblati secondo le indicazioni dei committenti/compratori, selezionati per trovar posto nella rigida filiera riproduttiva affinché ci sia il trionfo della commissione, la massima soddisfazione del desiderio, senza tener conto che i nati saranno sempre svincolati da ogni legame biologico. Nati per mostrare l'efficienza di un contratto, nati da donne che biologicamente

⁹ Cfr. V. SÖDERSTRÖM-ANTTILA, U.B. WENNERHOLM, A. LOFT, A. PINBORG, K. AITTO MÄKI, L.B. ROMUNDSTAD, C. BERGH, *Surrogacy: outcomes for surrogate mothers, children and the resulting families - a systematic review*, in *Human Reproduction Update*, 2016 Mar-Apr; 22 (2), pp. 260-276.

non sono da considerarsi madri, presi in consegna dai compratori in zone grigie di confine tra il lecito e l'illecito.

Il nuovo ordine, o meglio disordine procreativo, richiede che nella filiera riproduttiva ci siano ovo-venditrici o ovo-donatrici di uova eccezionalmente fresche o anche opportunamente congelate, sperma-venditori o donatori di sperma fresco, il più efficace o di qualità o congelato, embrioni freschi selezionati e stadiati, di qualità o congelati in laboratori accreditati, uteri in affitto delle più giovani madri esistenti, donne-incubatrici, alimentate, vitaminizzate secondo i migliori progetti di filiera, donne che porteranno a termine la gravidanza senza riconoscere il bambino. Questi sono alcuni dei limpidi e selezionati ingredienti per la produzione del miglior prodotto da confezionare per “genitori intenzionali”, prodotto assemblato secondo le loro preferenze etniche. Così si garantisce la sostenibilità e la qualità lungo tutta la filiera, che certamente non è più *green*, ecologica, ma certamente è la più idonea per compratori egoisti che soddisfano i loro bisogni.

Nell'attuale fiera riproduttiva vendere, comprare e pretendere un utero in affitto è più che lecito. Ancor più se questa compravendita è accompagnata da cataloghi patinati e video emozionali. Si capovolge il bene con il male, il vero con il falso. E, nel trionfo della soddisfazione di un capriccio, si sostiene il diritto al consumo, utilizzando una neo-lingua buonista che vuole tentare di edulcorare l'imprinting negativo che deriva dalla frammentazione della genitorialità: il “noi” riproduttivo è stato infranto dalle nuove regole imposte dalle neonate “cooperative di produzione”.

L'età avanzata dei committenti non importa a alcuno... il figlio commissionato, non può scegliere genitori giovani ma deve accontentarsi anche di genitori/nonni... il legame biologico è diventato assurdamente un optional del quale si può fare a meno.

Il mondo globalizzato ci impone di integrare le diversità, obbligandoci a chiudere gli occhi di fronte alle storture imminenti di vera fantascienza. La massima libertà negli ordinativi associata al nuovo ordine riproduttivo, che può prescindere per scelta, egoistica e scellerata, da legami biologici della genitorialità, ci sta conducendo ad accettare qualsiasi “bazar dell'identità”.

Su tanti modi per nascere... nel domani?

Chi vivrà, vedrà!

Abstract

FILIPPO MARIA BOSCIA, Maternità surrogata

La maternità surrogata è un tipo di riproduzione medicalmente assistita in cui una donna porta avanti una gravidanza per un'altra persona. Le pratiche di maternità surrogata sono sempre più diffuse, ma ad esse sono associate complesse questioni sociali, etiche, morali e legali. Si analizzano le varie problematiche connesse con una domanda finale: la maternità surrogata è una cosa buona o cattiva?

Parole chiave: maternità surrogata, madre surrogata, riproduzione assistita, fecondazione in vitro, etica e legge in gravidanza.

FILIPPO MARIA BOSCIA, Surrogacy

Surrogacy is a type of medical assisted reproduction wherein a woman carries pregnancy for another person. Surrogacy practices are increasingly widespread but there are complex social, ethical, moral, and legal issues associated with it. The various related problems are analyzed with a final question: surrogacy is a good or bad thing?

Key words: surrogacy, surrogate mother, assisted reproduction, in vitro fertilization, ethics and law in pregnancy.

BENEDETTO ROCCHI
Professore Associato di Economia agraria
Dipartimento di Scienze per l'Economia e l'Impresa
Università degli Studi di Firenze

UN'ANALISI DELLA GRAVIDANZA PER CONTO TERZI “SOLIDALE” SECONDO LA LOGICA ECONOMICA*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Economia tra scambio e dono – 3. È veramente possibile una GCT solidale? – 4. Funziona la GCT solidale? Il caso del Regno Unito.

1. Introduzione

Nel dibattito pubblico sulla tecnica procreativa che la legge definisce “maternità surrogata” si confrontano oggi due posizioni opposte. Da un lato l’iniziativa parlamentare per estendere il divieto, contenuto nella legge 40/2004, anche ai casi di acquisto del servizio all’estero da parte di coppie italiane, rendendo così il reato universale. Dall’altro la richiesta, avanzata da studiosi ed esponenti politici in varie sedi, di regolamentare la pratica in modo da consentirla anche in Italia ma esclusivamente in una forma “solidale”.

La contrapposizione si nutre anche delle espressioni che vengono usate per indicare questa pratica. Da un punto di vista tecnico, in effetti, l’espressione “maternità surrogata” non rappresenta correttamente il contenuto dello scambio, dal momento che la donna che accetta di avere una gravidanza per la coppia committente dichiara contrattualmente di *non rivendicare la maternità* del bambino che nascerà, prestandosi semplicemente a nutrire con il suo corpo l’embrione in attesa che sia sufficientemente maturo per sopravvivere al di fuori dell’utero. Più corrette sembrano le espressioni “utero in affitto” e “gestazione per altri”. La prima metonimia rappresenta correttamente l’intenzionale coinvolgimento esclusivamente *fisiologico* della gestante nella gravidanza, sottolineando inoltre la natura commerciale della transazione; la seconda esprime il fatto che la gravidanza si realizzi come prestazione di un servizio a favore di terze persone, sebbene la specificazione “per altri” venga spesso utilizzata per rimarcare una possibile componente *altruistica* nelle motivazioni della gestante. Allo scopo di mantenere la

* *Contributo sottoposto a valutazione.*

discussione, per quanto possibile, su un piano oggettivo, separando l'analisi della realtà effettiva della pratica in esame dal giudizio morale su di essa, nel seguito di questo saggio si userà l'espressione "gravidanza per conto terzi" (GCT).

Le opposte posizioni riguardo alla GCT si sovrappongono su un punto: si tratta di una pratica che si è diffusa con finalità commerciali, all'interno di una filiera di produzione, quella procreativa, che nel tempo è andata configurandosi come una vera e propria industria globale. Un recente report della *Global Market Insight*¹ prevede una crescita media annua del volume d'affari del 24% nel prossimo decennio, proiettando al 2032 il volume d'affari globale a 129 miliardi di dollari. La GCT rappresenta una componente importante di questo mercato, rendendosi necessaria in tutti i casi in cui la coppia sterile non include una donna che possa portare a termine la gravidanza dell'embrione prodotto in laboratorio. La quasi totalità delle GCT oggi sono effettuate sulla base di un contratto con contenuto economico. Questo costituisce un aspetto negativo per entrambe le posizioni, sia quella a favore della pratica "solidale" che quella che auspica il reato universale: anche l'auspicio di una liberalizzazione della pratica in una logica non di mercato assume infatti, almeno implicitamente, la necessità di *sanzionare* la GCT nella sua forma commerciale. L'accettabilità sociale della GCT dipenderebbe in questo caso dalle motivazioni di chi accetta di offrirla e non dalla tecnica in sé.

Dal momento che si propone di usare lo strumento della regolamentazione per sottrarre alle forze del mercato una pratica riproduttiva, la logica economica può essere utile per valutare il realismo e la praticabilità della proposta. Quello che oggi normalmente avviene nella filiera procreativa è infatti il realizzarsi di una transazione economica tra una coppia committente e una donna che si rende disponibile, dietro un compenso di natura monetaria, a farsi impiantare in utero un embrione prodotto con tecniche procreative e generalmente non geneticamente imparentato con lei, consegnando il bambino subito dopo il parto. La transazione coinvolge di solito anche un'impresa procreativa che, oltre a fornire i servizi "tecnici" necessari all'avvio della gravidanza (produzione, conservazione e impianto dell'embrione) svolge anche il ruolo di allineare domanda e offerta in un mercato che presenta elevatissime asimmetrie informative². Gli incentivi

¹ Scaricabile al sito <https://www.gminsights.com/industry-analysis/surrogacy-market>.

² Ho analizzato, in dettaglio, la natura economica delle transazioni che avvengono nella filiera procreativa in B. ROCCHI, *Il bambino nella filiera procreativa*, in *Profiling*, vol. 10, n. 4, consultabile al seguente indirizzo <https://www.onap-profiling.org/il-bambino-della-filiera-procreativa/> e in B. ROCCHI, *Utero in*

economici (soprattutto sul lato dell'offerta, ma anche sul piano della domanda per quanto riguarda le imprese procreative) che, al di là della pura e semplice possibilità tecnica, hanno reso questa pratica così diffusa sul mercato globale sono evidenti. I promotori della GCT “solidale” non solo sostengono l'opportunità ma affermano anche la concreta possibilità, tramite un'opportuna regolamentazione, di limitare la pratica ai soli casi in cui le motivazioni della gestante non sono di natura economica. Propongono in altre parole di rendere la pratica socialmente accettabile trasferendola dalla sfera dello *scambio* a quella del *dono*.

2. Economia tra scambio e dono

Lo scambio è fondamentale nel funzionamento delle economie moderne con moneta. Al mercato, infatti, lasciamo la funzione di regolare l'allocazione di buona parte delle risorse disponibili tra i diversi possibili impieghi, mediante le scelte decentrate e interdipendenti dagli operatori economici. Lo scambio è così pervasivo nelle nostre economie che il suo concetto è stato indicato come una delle *idee cardine* della stessa teoria economica³. Il vantaggio sociale dello scambio costituisce una sorta di paradigma che giustifica la preferenza per le economie cosiddette “di mercato” rispetto a quelle pianificate centralmente. Nello scambio, infatti, i contraenti possono entrambi trarre un vantaggio economico in modo indipendente, massimizzando così il loro benessere (inteso come capacità di soddisfare i loro bisogni con le risorse a disposizione)⁴.

Nelle economie monetarie lo scambio di natura esclusivamente economica è costituito da una prestazione *reale* (la cessione dei diritti di proprietà su un bene, la fornitura di un servizio) che viene controbilanciata da una controprestazione *monetaria* di eguale valore. È bene sottolineare che la prestazione reale crea per il compratore un'obbligazione che viene perfettamente controbilanciata dal pagamento del prezzo, non lasciando nessun tipo di *residuo* nella relazione tra le due parti, almeno dal punto di vista economico.

affitto: vietare o regolamentare?, 16 agosto 2023, in <https://www.centrostudilivaitino.it/utero-in-affitto-vietare-o-regolamentare/>.

³ Cfr. A. QUADRIO CURZIO e R. SCAZZIERI, *Sui momenti costitutivi dell'economia politica*, Bologna, Il Mulino, 1983.

⁴ La divisione e la specializzazione del lavoro, alimentati da un continuo progresso tecnico, garantiscono inoltre l'efficienza nell'uso delle risorse a livello aggregato in un sistema economico basato sul libero scambio.

È interessante notare che anche il *dono* spesso si inserisce in una dinamica di scambio⁵. Non a caso parliamo di “scambio di doni” con riferimento a diverse situazioni sociali, a livello di rapporti personali, familiari o anche istituzionali. Possiamo considerare il dono (sia esso un oggetto o un’azione fatta a titolo gratuito a favore di altri) alla stregua della prestazione reale dello scambio. Tuttavia in questo caso la controprestazione è del tutto ipotetica e in genere dilazionata. In altre parole la controprestazione è *libera* tanto quanto il dono: un dono genuino infatti non dovrebbe generare alcuna obbligazione in chi lo riceve. Per comprenderlo basta considerare il caso di un dono di grande valore fatto a una persona che non è in condizione di contraccambiarlo. Una situazione che inevitabilmente genera dipendenza di chi riceve verso chi dà, una sorta di obbligazione morale che potrebbe disperdere del tutto il valore *relazionale* del dono. Perché, in ultima analisi, l’obiettivo ultimo del donare non è il dono stesso ma la relazione tra donatore e ricevente che il dono intende rafforzare, generando apprezzamento reciproco, fiducia, affezione.

È stato fatto notare come la dimensione del dono possa avere un ruolo importante anche nel funzionamento dei mercati, proprio mediante la produzione di *beni relazionali* ⁶. Anche nelle relazioni di mercato possono infatti instaurarsi rapporti personali che si alimentano di una dimensione di gratuità che va al di là della finalità strumentale delle relazioni ma che può anche agevolarla. Un esempio potrebbe essere costituito dal cosiddetto *marketing relazionale* nel quale una certa flessibilità contrattuale (che ad esempio consenta nelle relazioni *business to business* margini di dilazione o di scontistica finalizzati a consolidare i rapporti tra fornitore e cliente) può favorire la costruzione di relazioni personali che da un lato assumono un valore in sé per chi ne è coinvolto, e dall’altro facilitano lo svolgimento delle transazioni (diminuzione dei costi di transazione in virtù della fiducia *personale* che viene costruita). Anche in questo caso, come nel caso dei doni veri e propri, le componenti relazionali per essere consolidate devono rimanere in qualche modo anche separate dall’obiettivo strumentale della relazione, rispettando i limiti di una possibile reciprocità (oltre che delle regole formali dello scambio economico intorno a cui la relazione si costruisce). Ma mentre nel caso del dono vero e proprio la

⁵ Estremamente illuminante su questo aspetto è il saggio di A. OFFER, *Between the gift and the market: the economy of regard* , in *Economic History Review* , 1997, vol. 50, n. 3, pp. 450-476.

⁶ Cfr. B. GUI, *From transactions to encounters: the joint generation of relational goods and conventional values* , in B. GUI B., R. SUGDEN, *Economics and social interactions* , Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 23-51, consultabile al seguente indirizzo <https://doi.org/10.1017/CBO9780511522154>.

produzione e il consumo di beni relazionali⁷ costituiscono lo scopo primario dell'agire, nel caso delle buone relazioni commerciali, costituisce solo un auspicabile prodotto congiunto, capace di contribuire alla qualità del tempo impegnato in occupazioni quotidiane⁸.

3. È veramente possibile una GCT solidale?

Ammettendo che un'opportuna regolamentazione possa definire con precisione le caratteristiche di una GCT con finalità completamente extra-economiche, così da limitare la pratica solo a questo tipo di motivazioni, quale sarebbe verosimilmente la reazione dei potenziali attori?

Sul lato dell'offerta farebbe verosimilmente crollare il numero di donne disponibili a fornire il servizio di GCT. La mancanza di incentivi economici, in primo luogo, escluderebbe dalla filiera "solidale" tutte le donne che vedono la GCT come un'opportunità di reddito, che oggi costituiscono la gran parte dell'offerta di questo servizio. È interessante osservare come nel campo degli studi sociali venga argomentato che con un'opportuna regolamentazione che ne garantisca i diritti, evitandone lo sfruttamento, in contesti con scarse opportunità economiche la GCT potrebbe costituire un'interessante fonte di reddito per le donne⁹, recuperando così una visione socialmente positiva della GCT commerciale.

La gravidanza e il parto, inoltre, sono un processo fisiologico che coinvolge in modo profondo la donna non solo da un punto di vista fisico, ma anche da un punto di vista emotivo. La maternità è stata definita una «*esperienza trasformativa*»¹⁰, capace di modificare la profondamente la percezione di sé e della propria esistenza, ben al di là delle aspettative, come dimostrano studi sull'evoluzione del benessere soggettivamente

⁷ Quelli relazionali sono una categoria di beni molto particolare: le buone relazioni vengono consumate (cioè generano la loro utilità) nel momento in cui si producono, ma il loro consumo, consolidando le relazioni in gioco, può essere considerato anche una forma di risparmio, andando a consolidare il capitale relazionale che lega due specifiche persone.

⁸ Si veda ad esempio B. GUI, L. STANCA, *Happiness and relational goods: well-being and interpersonal relations in the economic sphere*, in *International Review of Economics*, 2010, vol. 57, n. 2, pp. 105-118.

⁹ K.S. ROTABI, S. MAPP, K. CHENEY, R. FONG, R. MCROY, *Regulating commercial global surrogacy: the best interests of the child*, in *Journal of Human Rights and Social Work*, 2017, vol. 2, pp. 64-73, consultabile al seguente indirizzo <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s41134-017-0034-3.pdf?pdf=button%20sticky>.

¹⁰ La definizione è di L.A. PAUL, *What you can't expect when you're expecting*, in *Res Philosophica*, 2015, vol. 92, n. 2, pp.149-170, consultabile al seguente indirizzo <https://lapaul.org/papers/whatCantExpect.pdf>.

percepito dalle donne durante la gravidanza e dopo il parto¹¹. Per quanto possano essere messe in atto strategie di controllo psicologico durante la gravidanza¹², la forte e inevitabile intimità che si viene a creare tra la gestante e il bambino¹³ costituisce un'evidente fonte di rischio di stress emotivo per la donna sia prima del parto che, a maggior ragione, al momento del distacco *post partum*. Al rischio emotivo si aggiunge il rischio biologico intrinseco della gravidanza e del parto che, in quanto processi fisiologici naturali, sono in una certa misura imprevedibili nei loro esiti dal punto di vista della salute della donna. Nella GCT commerciale la remunerazione della donna svolge sicuramente una funzione di copertura assicurativa di tale rischio, al di là della pura e semplice remunerazione della prestazione di servizio. Gli stessi ampi differenziali di prezzo del servizio di GCT commerciale nei diversi Paesi in cui essa è legale, testimoniano probabilmente questo aspetto. Parte di tale differenziale dipende, ovviamente, dal diverso livello di reddito medio di paesi come gli USA o il Canada, dove un ciclo completo inclusivo di GCT può arrivare a costare oltre duecentomila dollari, e l'Ucraina, dove il costo per il committente si aggira intorno ai quarantamila euro. Ma è anche vero che a livelli di reddito più bassi e in contesti socialmente meno protetti, cresce inevitabilmente la propensione ad accettare rischi legati alla salute psicologica e fisica per ottenere una remunerazione, spingendo verso il basso il prezzo del servizio.

La discussione proposta in precedenza riguardo alla differenza tra scambio economico e dono fornisce un argomento per prevedere che la limitazione della GCT ai soli casi "solidali" provocherebbe anche una contrazione della *domanda* del servizio, che andrebbe ad aggiungersi alla contrazione dell'offerta. Si provi a immaginare la posizione psicologica della coppia committente nei confronti della donna disposta a "donare" loro il figlio che desiderano, dopo averlo portato in grembo per nove mesi, in forma completamente gratuita. Con ogni evidenza si tratta di un dono che sarebbe impossibile contraccambiare. Da un lato una relazione positiva con la fornitrice di questo servizio volontario dovrebbe connotare il periodo in cui questo si realizza, per le motivazioni che

¹¹ Una rassegna sul tema può essere trovata in M. MYRSKYLÄ, R. MARGOLIS, *Happiness: Before and After the Kids*, in *Demography*, 2014, vol. 51, pp.1843-1866, consultabile al seguente indirizzo <https://doi.org/10.1007/s13524-014-0321-x>.

¹² Esiste evidenza che tali pratiche vengano in qualche modo imposte contrattualmente alle donne che accettano la GCT con finalità commerciali, per minimizzare i rischi di contenzioso sulla consegna del bambino al momento della nascita: cfr. R. FRULLONE, *Utero in affitto. Dal Kosovo all'Ucraina così reclutano le "cicogne"*, in *Il Timone*, 2023, n. 228, pp. 10-13.

¹³ G. MIELI, *Il bambino non è un elettrodomestico*, Milano, Feltrinelli, 2017.

spingono i diversi attori, per il bene dello stesso bambino¹⁴ e per scongiurare situazioni conflittuali al momento della consegna. Dall'altro il desiderio di interrompere il rapporto con colei che ha svolto il ruolo materno durante la gravidanza sarebbe più che comprensibile. Di fatto la fine delle relazioni è richiesta (contrattualmente) dalla gran parte delle coppie committenti nella GCT commerciale, al di là di tutte le narrazioni che raccontano di un possibile ruolo attivo delle gestanti nella crescita del bambino. Eppure, come abbiamo visto, anche nei rapporti personali con finalità strumentali, come sono gli scambi di mercato, è possibile produrre beni relazionali: in linea di principio anche una donna fornitrice di GCT dietro compenso potrebbe aggiungere alla motivazione economica anche motivazioni extra-economiche, come la volontà di aiutare la coppia sterile committente a realizzare il suo desiderio. Il punto è che questa disponibilità relazionale, ammesso che possa realizzarsi, con ogni probabilità non è ricercata da chi ha bisogno di usufruire del servizio. Sarebbe moralmente difficile escludere dalla vita del bambino una donna che si è fatta carico di gravidanza e parto del figlio per puro altruismo. La stretta contrattualizzazione dei rapporti tra la donna e i committenti durante il periodo della gravidanza e la corresponsione di un congruo compenso contribuiscono sicuramente a limitare il sentimento di obbligazione nei confronti della gestante. L'impossibilità di questo tipo di accordo scoraggerebbe probabilmente molti dei potenziali clienti di questo tipo di servizio, o potrebbe favorire comportamenti opportunistici volti ad aggirare od eludere la regolamentazione.

Ci sono dunque buone ragioni, sul piano della logica economica, per ipotizzare un cattivo funzionamento di un sistema regolamentato di GCT di tipo puramente solidale. Il mercato solidale della GCT potrebbe collassare presto oltre che dare luogo a controversie e forzature nell'interpretazione della legge.

4. Funziona la GCT solidale? Il caso del Regno Unito

È utile al termine della discussione presentare brevemente il caso della legge in vigore dalla fine dal 1985 nel Regno Unito, che sposa la filosofia dei sostenitori della GCT solidale. Prima ancora della crisi pandemica era stata avviata una consultazione pubblica, conclusasi nel 2022, per raccogliere opinioni e suggerimenti ai fini del superamento di

¹⁴ È ampiamente documentato l'impatto degli stress emotivi subiti dalla donna in gravidanza sul benessere del bambino non nato.

quelle che sono considerate le “criticità” di una legislazione che, almeno formalmente, consente la GCT solo su base di accordi non commerciali.

Il *Surrogacy Arrangements Act* del 1985, vedeva la GCT come una pratica medica a completamento delle tecniche procreative, destinata a coppie sposate nelle quali la donna per motivi medici, non potesse effettuare la gravidanza¹⁵. I punti caratterizzanti della legislazione britannica originale, ancora in vigore oggi, sono essenzialmente due. Innanzitutto il bambino legalmente nasce figlio della donna che lo ha portato in grembo. Gli accordi che la gestante abbia eventualmente preso in precedenza con la coppia committente non sono legalmente vincolanti: solo sei settimane dopo la nascita è possibile avviare il percorso giudiziale che, in caso di consenso tra le parti e in presenza di altre condizioni, porta ad un *parental order* del giudice, tramite il quale i committenti diventano genitori legali. Fino al quel momento la gestante rimane libera di decidere di rimanere madre del bambino. Il secondo aspetto fondamentale per la nostra riflessione riguarda la natura e l’entità dei pagamenti che intercorrono tra coppia committente e la gestante, che dovrebbero consistere solo in un rimborso delle “spese ragionevolmente sostenute” dalla donna per la gravidanza e non dovrebbero essere fonte di guadagno economico.

La legge britannica ammette quindi sul territorio del Regno Unito, almeno in teoria, solo una forma di GCT solidale e proprio questo fatto è stato indicato dai sostenitori della pratica come una criticità della legislazione. Non sorprende che l’accesso alla GCT nel Regno Unito, soprattutto nei primi anni dalla approvazione della legge, sia stato modesto. Fino al 2008 il numero annuale di *parental order* nel Regno Unito non superava le cinquanta unità¹⁶. Dopo tale data i numeri sono cresciuti, sia pure lentamente, soprattutto per l’abbassamento dei requisiti di eleggibilità all’accesso alla GCT. Nel 2008, l’*Human Fertilization and Embriology Act* (HFEA) ha esteso l’accesso alla pratica alle coppie “conviventi stabilmente”¹⁷, incluse quelle formate da persone dello stesso sesso. Nel 2009

¹⁵ L’accesso alla GCT era ammesso solo nel caso in cui almeno uno dei due sposi fosse genitore biologico del bambino.

¹⁶ Cfr. M. CRAWSHAW, E. BLYTH, O. VAN DER AKKEN, *The changing profile of surrogacy in the UK – Implications for national and international policy and practice*, in *Journal of Social Welfare & Family Law*, 2012, vol. 34, n. 3, pp. 267-277.

¹⁷ Letteralmente «*in an enduring family relation*». Crawshaw e colleghi sottolineano che il termine «*enduring*» non è mai stato definito da specifiche soglie temporali: cfr. M. CRAWSHAW, E. BLYTH, O. VAN DER AKKEN, *The changing profile of surrogacy in the UK – Implications for national and international policy and practice*, *op. cit.*, p. 268.

l'ottava edizione del *Code of Practices* dell'HFEA ha rimosso la limitazione dell'accesso alla GCT ai soli casi di impedimenti sanitari alla gravidanza della madre "intenzionale". Nel 2019 l'accesso alla GCT è stato garantito anche a singoli genitori intenzionali. Nonostante sia cresciuto nel tempo, il numero di GCT registrate era fermo a 436 *parental order* in Inghilterra e Galles nel 2021, probabilmente la metà dei bambini da GCT registrati nel Regno Unito¹⁸.

Sia la stampa generica che la letteratura accademica¹⁹ hanno sottolineato la crescita nel tempo del numero di coppie britanniche che per la GCT si sono rivolti al mercato internazionale. Nel lavoro citato in precedenza Crawshaw e colleghi mostrano che, dopo l'allentamento delle restrizioni all'accesso alla GCT, il numero di *parental order* registrati nel Regno Unito diventa sistematicamente superiore al dato sulle GCT effettuate resi noti dalle principali agenzie di servizi procreatici del Regno Unito. La stessa *Law Commission*, nel suo Report contenente le proposte per una nuova regolamentazione, presentato alla *House of Commons* nell'aprile del 2023²⁰, ammette che è significativamente cresciuto nel tempo il numero di coppie che si rivolgono al mercato estero per la GCT, con il rischio che la pratica avvenga in contesti dove le donne non sono adeguatamente protette da forme di sfruttamento²¹. Una scelta dettata, secondo la *Law Commission*, dalla necessità di accedere a transazioni meglio contrattualizzate, che diano garanzie ai committenti riguardo al riconoscimento come genitori.

Che una legislazione "formalmente" solidale dia difficilmente luogo ad un sistema funzionante di GCT lo testimoniano anche gli adattamenti che l'Act del 1985 ha subito nel tempo tramite disposizioni amministrative e sentenze. Nel 2019 l'Autorità britannica per la fecondazione assistita e l'embriologia umana (Istituita nel 2008 con l'HFEA) ha chiarito che la legislazione non considera reati gli accordi per GCT commerciale:

¹⁸ LAW COMMISSION OF ENGLAND AND WALES – SCOTTISH LAW COMMISSION 2023, *Building families through surrogacy: a new law - Core Report*, Open Government Licence v 3.0. HH Associates Ltd. UK, p. 20 ss., il testo è consultabile al seguente indirizzo <https://cloud-platform-e218f50a4812967ba1215eaecede923f.s3.amazonaws.com/uploads/sites/30/2023/03/1.-Surrogacy-core-report.pdf>.

¹⁹ Si veda ad esempio L. CULLEY, N. HUDSON, F. RAPPORT, E. BLYTH, W. NORTON, A.A. PACEY, *Crossing borders for fertility treatment: motivations, destinations and outcomes of UK fertility travellers*, 2011, *Human reproduction*, vol. 26, n. 9, pp. 2373-2381, il testo è consultabile al seguente indirizzo <https://doi.org/10.1093/humrep/der191>; K.S. ROTABI, S. MAPP, K. CHENEY, R. FONG, R. MCROY, *Regulating commercial global surrogacy: the best interests of the child*, cit.

²⁰ L'intera documentazione della consultazione e delle proposte per una riforma sono scaricabili all'indirizzo web <https://lawcom.gov.uk/project/surrogacy/>.

²¹ LAW COMMISSION, *Building families through surrogacy: a new law - Core Report*, cit., p. 17.

semplicemente li vieta nel territorio nazionale²². Non a caso le coppie committenti che tornano dall'estero con bambini nati da GCT commerciale non hanno in genere problemi ad ottenere il *parental order* che li rende legalmente genitori nel Regno Unito. Ma un'ulteriore conferma della difficoltà di limitare la GCT all'ipotetico caso solidale tramite regolamentazione è stata la sentenza della Corte Suprema del 2020, con la quale una donna ha ottenuto dal Servizio Sanitario britannico il rimborso di parte delle spese sostenute in California (nell'ambito di una GCT commerciale) per avere un figlio con la GCT²³.

Le raccomandazioni della *Law Commission* per la riforma della legislazione vanno anch'esse nella direzione di una contrattualizzazione del rapporto tra committenti e gestante, sia pure in un quadro ancora formalmente solidale. Così si propone che in presenza di un accordo, stipulato *prima della gravidanza* in presenza determinate condizioni di eleggibilità e negoziato con il supporto di apposite organizzazioni *non-profit*, il bambino possa essere riconosciuto come figlio della coppia committente *al momento della nascita*. Si chiede inoltre che vengano specificati in dettaglio quelli che attualmente la legge definisce come semplici rimborsi delle “spese ragionevolmente sostenute dalla gestante” per la gravidanza. Accanto ai costi vivi per la gravidanza (sanitari, di trasporto per le visite mediche e per tutta la procedura procreatica) la proposta include anche il rimborso dei “mancati guadagni potenziali” della gestante, in base al criterio secondo cui la gestante non dovrebbe trovarsi, alla fine della gravidanza, in condizioni finanziarie peggiori di quelle in cui si troverebbe se non accettasse la GCT.

Per quanto in linea di principio non siano ammessi pagamenti a compensazione della gravidanza in quanto tale, i limiti di quelli che avrebbero potuto essere i redditi da lavoro che la gestante avrebbe potuto guadagnare rinunciando all'accordo per GCT appaiono molto labili. Non è difficile immaginare una giurisprudenza che finisca per riconoscere tra i rimborsi legittimi il reddito mancato non solo nei casi in cui la donna debba abbandonare una precedente occupazione, ma anche per le donne non occupate che

²² Cfr. A. MORRESI, *Soldi per la maternità surrogata: la Gran Bretagna apre al commercio*, in *Avvenire*, 20 gennaio 2021. La decisione della HFEA è commentata anche all'indirizzo web <https://brilliantbeginnings.co.uk/hfea-to-update-guidance-on-exporting-eggs-sperm-and-embryos-for-international-surrogacy/>.

²³ La sentenza è la “*Whittington Hospital Nhs Trust v XX* [2020] Ukscl4” (<https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2019-0013.html>); il caso è raccontato in A. MORRESI, *Soldi per la maternità surrogata: la Gran Bretagna apre al commercio*, cit.

tuttavia avrebbero potuto sfruttare le opportunità di lavoro correnti nel contesto in cui si svolge l'accordo (secondo il criterio economico del *costo opportunità*). In ogni caso la corresponsione di un "mancato reddito" tende inevitabilmente a configurare la GCT come un'attività lavorativa, riportando sul piano commerciale la transazione.

La Commissione inoltre propone che i pagamenti, dichiarati al momento dell'accordo, siano supervisionati dall'istituzione non-profit che fa da intermediaria; tuttavia si chiarisce che il rispetto delle regole riguardo ai pagamenti dovrebbe essere reso cogente solo entro una finestra temporale limitata che va da un anno prima dell'accordo al momento del definitivo riconoscimento dei diritti parentali. Una prassi che renderebbe abbastanza semplice l'aggiornamento del criterio solidaristico nella realizzazione della GCT.

Il Report della Commissione, inoltre, sottolinea come, "nel migliore interesse del bambino" il giudice potrebbe garantire comunque il *parental order* a favore di committenti di CGT commerciale effettuata all'estero, anche se questa non rispettasse i limiti sui pagamenti imposti dentro i confini nazionali²⁴.

Un ulteriore "allentamento" rispetto al rigore solidaristico della legislazione del 1985 è la proposta di una semplificazione delle procedure di registrazione dei bambini prodotti all'estero, ad esempio con la possibilità di avviare la richiesta di visto e passaporto per il bambino prima della sua nascita e la possibilità di inserire il processo di registrazione sotto le regole dell'immigrazione. Contraddittoriamente, gli eventuali bambini nati con GCT nel Regno Unito per soddisfare richieste di committenti esteri, secondo il rapporto della *Law Commission*, dovrebbero vedere riconosciute tutte le garanzie delle procedure di adozione internazionale²⁵.

È interessante, peraltro, notare che tra i requisiti internazionalmente riconosciuti per evitare forme nascoste di commercio di bambini nelle procedure di adozione internazionale, c'è proprio il divieto di accordi tra gli aspiranti genitori e i genitori del bambino che verrà dato in adozione, che vengano stretti prima della nascita²⁶. Proprio l'accordo pre-gravidanza, viceversa, dovrebbe diventare il cuore del *New Pathway* della

²⁴ LAW COMMISSION, *Building families through surrogacy: a new law - Core Report*, cit., p. 18.

²⁵ Queste raccomandazioni sono presenti a pagina 23 del Summary of Report che può essere scaricato dal sito della Law Commission all'indirizzo <https://lawcom.gov.uk/project/surrogacy/#related>.

²⁶ K.S. ROTABI, S. MAPP, K. CHENEY, R. FONG, R. MCROY, *Regulating commercial global surrogacy: the best interests of the child*, cit.

GCT nel Regno Unito, una conferma del fatto che l'oggetto della GCT non è la fornitura di un servizio (la gravidanza) ma la cessione dei diritti parentali su un bambino²⁷.

Nella proposta di revisione vengono messe in gioco figure "terze", che su una base non-profit dovrebbero orientare la transazione al di fuori di logiche di mercato. È difficile tuttavia immaginare una completa assenza di conflitto di interessi da parte delle organizzazioni non-profit che dovrebbero supervisionare il processo. Sarebbero infatti interessate a incoraggiare la pratica della GCT, che costituirebbe la motivazione della loro stessa esistenza, in questo non differendo dalle imprese di procreativa. Non è difficile immaginare i rischi di questo allineamento degli incentivi tra organizzazioni non-profit e imprese commerciali.

Anche nella proposta di revisione della legislazione, infine, il ruolo del giudice rimane comunque necessario per "certificare" l'assenza di una transazione commerciale nei casi controversi. Le indicazioni contenute nel report incoraggiano una larghezza nel giudizio "per il migliore interesse del bambino", che viene invocato come il principio guida della nuova legislazione.

La necessità di un pronunciamento giurisprudenziale è una ulteriore conferma del fatto che non esiste una soglia oggettiva di ricompensa che distingua il dono dallo scambio. Il limite tra dono e transazione commerciale è socialmente determinato, il confine è variabile e arbitrario e sarebbe difficile consentire disparità di trattamento tra coppie che fanno la surrogata secondo le regole nazionali e quelle che, legittimamente secondo la legge britannica, scelgono il mercato estero, dove le ricompense per le gestanti sono determinate da logiche di mercato.

L'esempio della legislazione inglese è particolarmente illuminante sullo scarso realismo delle proposte volte ad introdurre in Italia una legislazione che regolamenti forme di GCT solidali.

I vincoli posti dalla attuale legislazione britannica hanno limitato fortemente la pratica del Regno Unito rispetto ad altri Paesi dove la GCT è consentita, non hanno eliminato i rischi di una applicazione solo formale della legge e hanno spinto molte coppie ad acquistare il servizio all'estero su una base commerciale. Le stesse proposte di modifica della legge spingono verso una standardizzazione del rapporto tra coppia committente e gestante, secondo un "percorso" predefinito che assomiglia, per molti versi, ad una

²⁷ B. ROCCHI, *Utero in affitto: vietare o regolamentare?*, cit.

trasformazione in senso commerciale della pratica. Sembra evidente che per fare funzionare la GCT è necessario contrattualizzarla, allontanandola dal “dono” per renderla più permeabile a forme di commercializzazione più o meno “nascosta”.

Abstract

BENEDETTO ROCCHI, Un'analisi della gravidanza per conto terzi "solidale" secondo la logica economica

L'articolo discute da un punto di vista economico la proposta di regolamentare la pratica della cosiddetta "gestazione per altri" limitandola ai soli casi in cui la prestazione venga fornita con finalità solidaristiche e senza finalità economiche. La proposta valutata secondo la logica economica, anche alla luce dell'esperienza della legislazione del Regno Unito, appare di difficile applicazione e scarsamente efficace nel limitare le forme commerciali di surrogazione della maternità.

Parole chiave: maternità surrogata, contratti, economia, relazione madre figlio, solidarietà.

BENEDETTO ROCCHI, An analysis of pregnancy on a "solidarity" basis according to economic logic

The article uses economic analysis to discuss the proposal to regulate the reproductive practice of surrogacy, allowing it only in non-commercial, solidarity cases. The economic logic and the experience of UK law suggest that the regulation would be difficult to implement and scarcely effective in limiting commercial surrogacy.

Key words: surrogacy, contracts, economy, mother-son relationship, solidarity.

DANIELE ONORI
giurista

IL MERCATO TRANSNAZIONALE DELL'UTERO IN AFFITTO*

SOMMARIO: 1. Una premessa antropologica – 2. Utero in affitto: un mercato globale non stop – 3. Stati Uniti pionieri della maternità surrogata – 4. I clienti della GPA: domanda ed offerta – 5. Il caso India – 6. Anche la Thailandia dice no – 7. I nuovi mercati emergenti – 8. Si amplia il mercato nell'Est europeo – 9. La “GPA altruistica” in Grecia, Australia, Canada e Regno Unito – 10. In Olanda anche le spese sono rimborsate – 11. In Israele nessuna restrizione – 12. La situazione in Danimarca – 13. Leggi restrittive in Svezia, Germania, Polonia, Spagna – 14. La GPA in Francia – 15. Cosa succede in Cina? – 16. La situazione nel mondo latino americano – 17. In Francia un nuovo tipo di colonialismo – 18. La maternità surrogata: una forma di sfruttamento dei Paesi in via di sviluppo.

1. Una premessa antropologica

Espressioni d'uso comune come “avere un figlio” o “fare un bambino” attualmente si connotano di nuove sfumature: *avere* allude sempre più esplicitamente al concetto di possesso e *fare* si distanzia sempre più insanabilmente dal mistero della procreazione soggetta ai capricci e ai ritmi della natura all'interno dei corpi, per assumere i tratti ben più “immaginabili” della trasformazione della materia osservabile all'esterno nei processi di produzione degli oggetti.

Le tecnologie biomediche, che a partire dal 1978 hanno permesso di concepire bambini in vitro, sono volano e risultato di questo processo (al contempo semantico e sostanziale) di *cosificazione* dell'umano¹.

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Si tratta di un termine del lessico filosofico, attestato per la prima volta nell'italiano scritto nel 1984, secondo il GDU, Grande Dizionario italiano dell'Uso diretto da Tullio De Mauro. È un sinonimo del termine reificare, più noto di cosificare oltre lo steccato dello specialismo settoriale. Ecco la definizione di reificare secondo il Vocabolario Treccani.it: «1. Prendere per concreto l'astratto, cioè considerare concetti, categorie, idee, rapporti astratti alla stregua di oggetti concreti. 2. Far decadere a cosa, trattare alla stregua di cosa materiale: reificare l'arte, i valori culturali». In dipendenza da questa seconda accezione, reificare vale anche, «nel pensiero marxista, ridurre, nel processo produttivo capitalistico, il lavoro a merce e l'uomo a oggetto» (GDU).

Dal momento in cui attorno alla procreazione artificiale si è creato un vero e proprio mercato – di gameti, servizi e donne – che determina il prezzo da pagare per avere o fare un figlio, alla cosificazione dell’umano si aggiunge la sua mercificazione monetaria: la produzione di vita in questo spazio tecnico-commerciale genera profitto e viene governata dalle modalità e dai fini del capitalismo.

2. Utero in affitto: un mercato globale non stop

Oggi il servizio di punta di questo mercato è la surrogazione gestazionale, meglio conosciuta nel dibattito pubblico come Gestazione per Altri (GPA) o “utero in affitto”.

Essa comporta l’impianto di embrioni, di solito più di uno, nel corpo di una donna che porta avanti la gravidanza in favore di terzi, secondo accordi prestabiliti; al momento del parto – talvolta cesareo per esigenze di pianificazione della data² – il bambino viene consegnato ai genitori di intenzione (coloro che lo hanno commissionato), di cui uno potrebbe essere anche genitore biologico del bambino.

Sebbene esistano dei casi (rari) in cui la surrogazione gestazionale e prima ancora quella tradizionale vengono organizzate in modo solidaristico e/o informale tra sorelle, parenti e amici³, la diffusione globale di questa pratica procreativa avviene nello spazio del mercato, e da questo è inestricabile: anche quando la donna non riceve un compenso, ma un solo rimborso per le spese sostenute durante la gravidanza, il servizio ricevuto dai genitori di intenzione resta comunque commerciale; altresì è sempre di natura commerciale l’attività svolta dalle agenzie che reclutano le donne e incrociano la domanda (di figli) e l’offerta (di gameti e gravidanze), nonché l’attività dei professionisti coinvolti (avvocati, medici, counselors e brokers)⁴.

Il mercato della GPA ha una struttura transnazionale tale da farlo resistere anche di fronte ai singoli divieti nazionali: le società che offrono servizi di maternità surrogata hanno rapporti economici in diversi Paesi con figure “strategiche” di riferimento, come i medici, che pubblicizzano i servizi ai pazienti interessati e favoriscono l’incontro fra “domanda” e “offerta”.

² Sama–Resource Group for Women and Health (2012), *Birthing a Market. A Study on Commercial Surrogacy*, New Delhi: Sama.

³ C. LONARDI, *Intrafamilial surrogacy: Motivations, imaginary and current reality*, in *Italian Sociological Review*, 2020, 20, pp. 605-630.

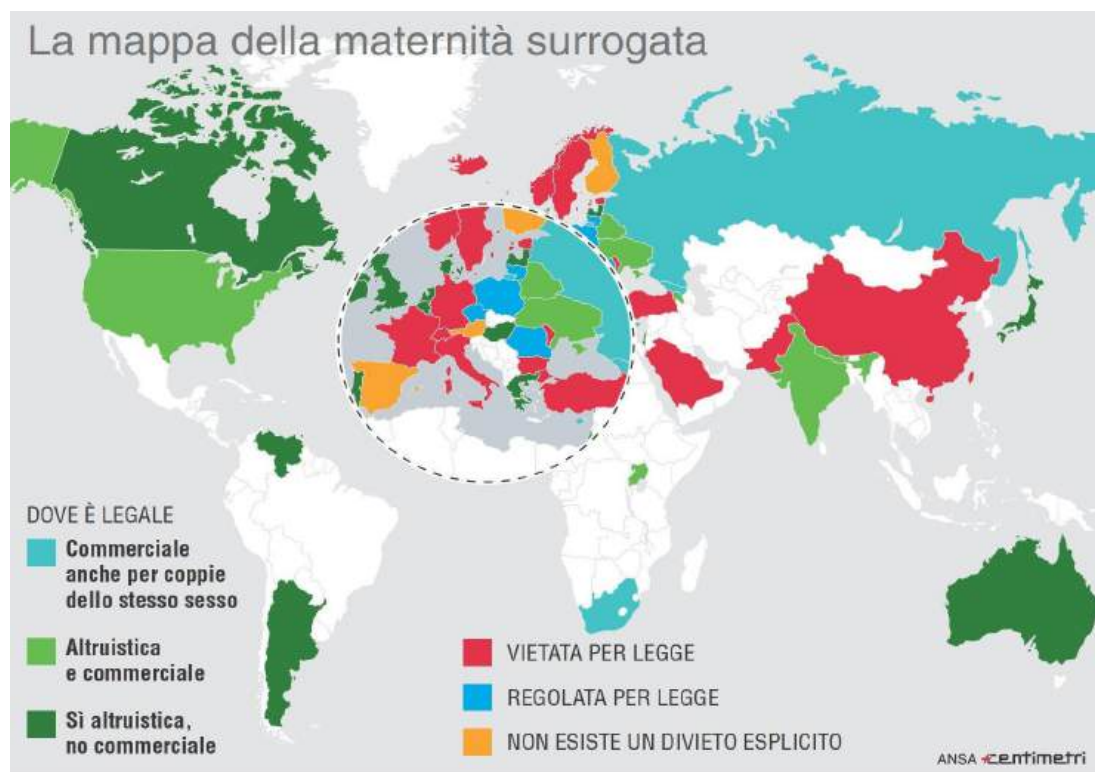
⁴ A. STOICEA-DERAM, *Introduction: What is surrogacy for (East-European) feminism?*, in *Analyze - Journal of Gender and Feminist Studies*, 2016, 6, pp. 3-11.

I genitori di “intenzione” si rivolgono all’estero quando nel loro Paese la surrogazione è vietata o quando è consentita solo in alcune circostanze, nelle quali essi non rientrano, ma anche con lo scopo di accedere a un servizio meno caro, a procedure burocratiche più semplici e a contratti più vantaggiosi⁵.

A spostarsi non sono soltanto gli aspiranti genitori, ma anche gameti ed embrioni, e in alcuni casi anche le surroganti, le quali possono essere invitate a svolgere una o più fasi del processo riproduttivo (per esempio l’impianto degli embrioni e il parto) in un altro Paese⁶.

La realtà della maternità surrogata può essere descritta così: da una parte persone benestanti che vivono per lo più in Occidente e desiderano un figlio e dall’altra donne che vivono nel Sud del mondo, in Europa orientale o donne vulnerabili dei Paesi Ocse che offrono i loro corpi e la loro fertilità in cambio di denaro.

Oggi la maternità surrogata commerciale muove un giro di affari da miliardi di dollari.



⁵ H. JACOBSON, *A limited market: The recruitment of gay men as surrogacy clients by the infertility industry in the USA*, in *Reproductive Biomedicine and Society Online*, 7, pp.14-23; S. SARAVANAN, *A Transnational Feminist View on Surrogacy*, Springer, Berlin, 2018.

⁶ C. CORRADI, *Motherhood and the contradictions of feminism: Appraising claims towards emancipation in the perspective of surrogacy*, in *Current Sociology Monographs*, 69, 2021, pp. 158-175.

Si tratta di una pratica che in alcuni Paesi è vietata, in altri tollerata (è vietata ma senza sanzioni in caso di violazione) e in altri ancora è considerata lecita.

Nei Paesi in cui è lecita, inoltre, vi sono alcune differenze: alcuni prevedono l'obbligo di consegna del neonato ai committenti, detti "genitori intenzionali"; altri prevedono l'obbligo di parentela genetica con uno o entrambi i committenti; altri ancora riservano l'accesso alla pratica alle sole persone con problemi di infertilità.

La differenza tra GPA altruistica e GPA commerciale invece non esiste. Le donne – tranne rarissime eccezioni nell'ambito di relazioni strette già esistenti – non si prestano a portare a termine una gravidanza per altri se non ricevono un compenso, in alcuni paesi ufficialmente sottoposto a un tetto (facile da aggirare).

La spesa più elevata, che viene sempre approvata in tutti i paesi con GPA detta "altruistica", è il cosiddetto "rimborso per i mancati guadagni" di donne che possono anche essere disoccupate quando la gravidanza inizia.

La somma è chiamata "rimborso" anziché "compenso" non solo per ragioni fiscali, ma anche per rendere culturalmente più accettabile la compravendita di bambini, mascherandola.

3. Stati Uniti pionieri della maternità surrogata

La California nel 1993 ha legalizzato la gestazione per altri come puro contratto che vincola la "portatrice" a separarsi dal neonato anche se non è biologicamente dei committenti: basta comprare gameti e servizi gestazionali e il figlio viene considerato dei committenti anche se non sono residenti.

Gli Stati Uniti sono i pionieri della surrogazione e questo modo "partecipativo" di far famiglia è più diffuso e accettato che altrove.

Le prime cliniche aprirono negli anni Settanta (quando si praticava la surrogata tradizionale) e tutt'ora gli Stati Uniti costituiscono il fulcro di questo mercato divenuto transnazionale, con agenzie private americane che operano anche all'estero⁷.

Le leggi statunitensi sulla maternità surrogata cambiano costantemente e possono essere molto diverse da Stato a Stato.

⁷ S. RUDRAPPA, *The impossibility of gendered justice through surrogacy bans*, in *Current Sociology*, 2021, 69, pp. 286-299.

La California è lo stato americano più favorevole alla maternità surrogata. La legge prevede che le parti stipulino un contratto, e stabilisce che le stesse – madre surrogata e committenti – non possano essere assistite dallo stesso avvocato.

Nel Connecticut, dove la maternità surrogata è legale, i committenti possono essere inseriti direttamente nel certificato di nascita, senza la necessità di sottoporsi a procedure di adozione.

Nel Delaware, fintanto che la madre surrogata non ha legami genetici con il bambino, la legge consente di indicare i committenti come genitori, fin dalla nascita, con la conseguenza che tutte le decisioni mediche riguardanti il bambino potranno essere prese da loro e non dalla donna che lo ha partorito.

Le leggi del New Hampshire e del Nevada ammettono l'accesso ai servizi di maternità surrogata indipendentemente dallo stato civile e dall'orientamento sessuale degli interessati.

In Colorado e in Georgia la maternità surrogata non è disciplinata dalla legge, tuttavia la pratica è stata accolta favorevolmente dalla giurisprudenza, che ritiene legittimi i relativi contratti.

Nell'Oregon la legge consente di modificare facilmente un certificato di nascita. Nel caso di bambino nato da maternità surrogata, è previsto da subito l'inserimento del nome della madre surrogata nel certificato di nascita del bambino e la successiva modifica del certificato con i nomi dei committenti, indipendentemente che si tratti di una coppia (eterosessuale o omosessuale) o di un singolo.

La legge della Louisiana consente la maternità surrogata solo per le coppie sposate eterosessuali che usano i propri ovociti o il proprio sperma.

Nello Stato di New York e nel Michigan i contratti di maternità surrogata onerosi sono considerati nulli e sono previste multe per i centri di fecondazione in vitro che violano i divieti.

4. I clienti della GPA: domanda ed offerta

La domanda di bambini arriva dal Nord Globale: gli aspiranti genitori appartengono alle classi medio-alte del Nordamerica, Israele, Australia, Cina, e da paesi europei come Italia, Francia, Spagna e Germania, solo per nominarne alcuni; ci sono poi gli aspiranti genitori che fanno parte delle élite dei paesi poveri e sono immigrati abbienti di prima o

seconda generazione che tornano nel paese di origine per avere un figlio da connazionali meno abbienti⁸.

Diventano genitori con la GPA coppie etero in cui la donna non può portare avanti una gravidanza per problemi all'apparato riproduttivo (assenza congenita dell'utero o perché rimosso, fibromi, epilessia, placenta accreta, o precedenti aborti)⁹, ma anche coppie di uomini o donne omosessuali e in alcuni casi donne o uomini single.

Tra le star del cinema, della musica o dello spettacolo e tra le donne professioniste è crescente il fenomeno della “*social surrogacy*”: pur potendo avere una gravidanza queste donne decidono di delegarla per continuare a lavorare e non “appesantire” il proprio corpo¹⁰.

Inoltre, tra i clienti della GPA esistono anche i casi più eccezionali di gravidanza *post-mortem*, cioè voluta da genitori di figli deceduti.¹¹ L'offerta di servizi gestazionali invece si trova principalmente nel Sud Globale, dove, come nota la sociologa Sheela Saravanan, i paesi hanno più difficoltà a proteggersi dallo sviluppo incontrollato dei mercati riproduttivi.

Tuttavia, sottolinea Saravanan, il movimento Nord-Sud non è sufficiente a spiegare la configurazione del mercato della surrogazione, che comprende anche flussi di aspiranti genitori dall'Europa occidentale all'Europa orientale, e l'utilizzo dei servizi di surrogazione da parte di cittadini abbienti e offerti da cittadine più povere, all'interno dello stesso paese.

5. Il caso India

L'India è stata per decenni il Paese più all'avanguardia nel mercato *low cost* della GPA, fino a quando il Governo ha iniziato a introdurre leggi restrittive a partire dal 2013, prima vietando la GPA agli stranieri, poi anche ai cittadini a meno che non venga fatta tra parenti stretti in forma gratuita. In Asia alcuni Stati hanno dapprima spalancato le

⁸ T. GERRITS, *Assisted reproductive technologies in Ghana: transnational undertakings, local practices and 'more affordable' IVF*, in *Reproductive biomedicine & society online*, 2016, 2, pp. 32-38.

⁹ A. GUSEVA, V. LOKSHIN, *Medical conceptions of control in the field of commercial surrogacy in Kazakhstan*, in *Salute e Società*, 2019, 18, pp. 26-43.

¹⁰ S. SARAVANAN, *A Transnational Feminist View on Surrogacy*, 2018, Springer, Berlin.

¹¹ Una coppia di genitori indiani fa nascere un bambino con gli spermatozoi del figlio morto di tumore: https://www.bionews.org.uk/page_96375. Una coppia inglese fa estrarre dal figlio morto in un incidente stradale spermatozoi con i quali fa concepire un erede, partorito da surrogante negli Stati Uniti: <https://europa.today.it/attualita/nipote-fecondazione-assistita.html>.

porte a questo fiorente business, ma poi sono tornati sui loro passi: la Thailandia e il Nepal hanno infatti ristretto ai propri cittadini la possibilità di ricorrere alla “gestazione per altri” e l’India vuole fare altrettanto.

In India la *Surrogacy Regulation Act* proibisce la maternità surrogata commerciale, punisce qualunque persona cerchi di procurarsi una donna per questo fine e permette la maternità surrogata altruistica (ovvero quella che in teoria non prevede scambio di denaro o cure pagate) solo una volta da una donna che ha già avuto un proprio figlio biologico, che non userà il proprio ovulo e che si trovi nella fascia di età appropriata dai 25 ai 35 anni. Inoltre la legge prevede che le cure mediche e l’assicurazione continuino dopo la nascita del bambino, poiché sono ormai note le complicazioni per la salute della madre surrogata, tra cui il cancro e la morte.

L’*Assisted Reproductive Technology (Regulation) Act*, invece, riconosce e tiene conto dell’aspetto bioetico che bisogna necessariamente trattare quando si parla di riproduzione umana artificiale/assistita - che si tratti di maternità surrogata o di vendita di sperma e ovuli. Grazie a questa legge ne è stata vietata la vendita.

Con queste leggi il governo indiano ha attuato una vera e propria inversione di tendenza, considerando che lo stesso Paese vent’anni fa ha aperto le porte al mercato internazionale della maternità surrogata. Già 10 anni fa si parlava di *boom* dell’utero in affitto in India.

La motivazione dietro a questo cambiamento di rotta consiste nella presa di consapevolezza, da parte dei politici al governo, dei crimini commessi sulle donne: il mercato della maternità surrogata era diventato a tutti gli effetti un bazar di corpi femminili e bambini.

6. Anche la Thailandia dice no

Anche la Thailandia è stata una meta particolarmente apprezzata, fino a quando il Parlamento, nel 2015, ha approvato una legge con cui è stato proibito l’accesso ai servizi di maternità surrogata agli stranieri.

Negli anni passati il Paese è stato oggetto di attenzione per alcuni casi, come ad esempio quello di una coppia australiana che rifiutò il bambino perché nato con sindrome di Down: la coppia aveva commissionato una gravidanza ad una donna thailandese, la

quale partorì due gemelli, di cui uno con la sindrome di Down. La coppia decise di prendere con sé soltanto la gemella sana, lasciando alla madre surrogata l'altro bambino¹².

Altro caso ha visto come protagonista un uomo giapponese che aveva procreato almeno 16 bambini con l'aiuto delle madri surrogate thailandesi e dai media thailandesi la situazione è stata chiamata “*la fabbrica dei bambini*”¹³.

Il Parlamento nel 2015 ha quindi adottato una nuova legge sulla maternità surrogata, limitando l'accesso e prevedendo che una coppia thailandese può rivolgersi ai servizi di maternità surrogata soltanto in caso di sterilità e soltanto dopo tre anni di matrimonio. In caso di violazione, la legge prevede come sanzione dieci anni di carcere e una pena pecuniaria.

7. I nuovi mercati emergenti

Il Messico è un mercato emergente, così come l'Argentina, il Laos, la Nigeria, il Ghana e il Kenya; l'Ucraina – che è una delle “nursery” favorite dagli italiani¹⁴ – la Russia e la Georgia sono mercati europei in espansione¹⁵.

In Argentina la medicina nel campo delle tecnologie riproduttive è ben sviluppata, ci sono molte cliniche per il trattamento dell'infertilità. Il Ministero della Salute ha creato un registro speciale per le istituzioni mediche che forniscono servizi nel campo dell'inseminazione artificiale e dispone anche di banche di donatori di sperma e database delle donatrici di ovociti. L'Argentina è stato anche il primo Paese dell'America Latina a riconoscere il matrimonio tra le persone omosessuali.

Le coppie che sono ufficialmente sposate hanno gli stessi diritti delle coppie eterosessuali, compreso il diritto di adottare bambini.

Se una coppia omosessuale decide di prendere parte a un programma di maternità surrogata, dopo la nascita del bambino è prevista la procedura di adozione, che presuppone l'assenso della madre surrogata.

¹² Cfr. <https://www.rainews.it/archivio-rainews/articoli/Thailandia-bimbo-down-abbandonato-dai-genitori-australiani-adottivi-la-coppia-nega-00f91a2c-c7d1-4fd7-a9c6-e5626197dfc2.html>.

¹³ Cfr. https://www.ilmattino.it/societa/persona/bangkok_madri_surrogate-3560737.html

¹⁴ OSSERVATORIO SUL TURISMO PROCREATIVO, *Turismo procreativo: la fuga continua, anche senza indicazione medica*, 2012, in <https://docplayer.it/1120903-Turismo-procreativo-la-fuga-continua-anche-senza-indicazione-medica.htm>.

¹⁵ S. RUDRAPPA, *The impossibility of gendered justice through surrogacy bans*, in *Current Sociology*, 2021, 69, pp. 286-299.

Molte cliniche per la fertilità in Argentina hanno sviluppato speciali programmi combinati che coinvolgono la fecondazione in vitro in Argentina e la consegna degli embrioni congelati, il loro trasferimento nell'utero della madre surrogata in un Paese in cui questo metodo è legale (per lo più in Ucraina, USA, Canada).

In Ucraina tali programmi sono disponibili solo per le coppie eterosessuali.

L'Ucraina è uno dei pochi Stati al mondo in cui la maternità surrogata viene favorita e regolata dalla legge. Neppure il conflitto con la Russia ha fermato l'erogazione del servizio. Nel Paese ci sono più di trenta cliniche che offrono servizi di maternità surrogata (a Kiev, Kharkov, Odessa, Dnipro).

La qualità alta dei servizi, una esperienza pluriennale, le madri surrogate responsabili: tutto ciò rende l'Ucraina il centro del turismo medico, dove vengono le coppie da tutto il mondo per il trattamento della sterilità.

Le procedure mediche per il trattamento della sterilità, a cui possono accedere uomini e donne maggiorenni, garantiscono la riservatezza dei pazienti; le donatrici degli ovuli possono essere donne anonime o anche parenti dei committenti: ai programmi di maternità surrogata possono aderire solo le coppie sposate.

I coniugi ricevono informazioni dettagliate su tutte le particolarità del programma, i risultati del controllo medico, nonché informazioni sui rischi. Il rapporto tra i coniugi e la madre surrogata è regolato dal contratto che viene firmato prima dell'inizio del programma.

Il contratto determina i diritti e gli obblighi delle parti: la coppia paga alla madre surrogata una somma di denaro per i servizi resi e l'importo è specificato nel contratto; la madre surrogata si impegna a cedere il neonato ai genitori subito dopo il parto, non acquisisce alcun diritto di genitorialità sul bambino e non ha il diritto di fare opposizione in tribunale.

Secondo la legge, i nomi del padre e della madre vengono inseriti immediatamente nel certificato di nascita del bambino, senza alcun intervento da parte del tribunale.

8. Si amplia il mercato nell'Est europeo

In Russia la maternità surrogata è legale ed è regolamentata dalla legge. Qualunque sia il contratto tra una coppia e una madre surrogata, la legge non protegge i diritti dei genitori biologici del bambino se la madre surrogata dopo il parto cambia idea sulla

consegna del neonato ai genitori. In Russia esiste infatti la presunzione di maternità: la madre del bambino è considerata la donna che lo ha partorito, indipendentemente dalle relazioni biologiche.

Possono accedere ai servizi di maternità surrogata sia coppie sposate che donne single.

Con la guerra Russo-Ucraina si sta ampliando il mercato in Georgia, Bielorussia e Kazakistan.

In Georgia la tecnologia di riproduzione medicalmente assistita e la donazione degli ovuli/spermatozoi sono legali dal 1997, quando il regolamento sulla “Maternità surrogata” è stato inserito nella “Legge sulla sanità della Georgia”.

La maternità surrogata commerciale è attualmente consentita dalla legge, esclusivamente per le coppie eterosessuali e possono accedervi anche stranieri. I rapporti tra la coppia e la madre surrogata viene regolata dal contratto e la legge non impone restrizioni su quante volte una donna può diventare madre surrogata.

In Bielorussia la maternità surrogata è diventata legale nel 2016, con l'introduzione di una nuova sezione del “Codice su matrimonio e famiglia”. I servizi di una madre surrogata possono essere prestati solo alle coppie sposate, che per motivi di salute non possono avere figli. La madre surrogata non ha alcun diritto nei confronti del bambino e deve soddisfare alcuni requisiti, quali: essere sposata, avere un bambino proprio, avere il consenso del marito, non essere in cura da uno psichiatra o da un tossicologo, avere un'età compresa fra i 20 e i 35 anni. L'utero in affitto non commerciale è consentito solo se la donna è una parente. Durante la gravidanza, alla gestante è vietato fumare o bere alcolici e in caso di violazioni è prevista la possibilità di perdere il diritto al compenso.

In Kazakistan nel 1998 è stata approvata la legge sul matrimonio e la famiglia, con la quale è stata disciplinata la maternità surrogata quale “trattamento legale” della sterilità.

Ogni anno il governo del Kazakistan stanziava denaro per l'accesso delle coppie sterili ai programmi di FIV.

I requisiti per le madri surrogate sono molto rigorosi: buona salute, consenso del coniuge, certificato di uno psicologo sulla disponibilità a partecipare al programma, precedenti figli. Secondo la legge, la donna che ha partorito il bambino, può tenerlo solo in due casi: o per rinuncia al bambino da parte dei committenti o per morte dei committenti.

Il 30% dei contratti di utero in affitto nel Paese risulta essere formalmente a titolo gratuito.

9. La “GPA altruistica” in Grecia, Australia, Canada e Regno Unito

Fra i Paesi dell’Unione Europea si sta aprendo il mercato internazionale in Grecia¹⁶, dove è ragionevole pensare che la crisi economica e l’aumento della disoccupazione possano essere fattori che favoriscono la cosiddetta “*bioavailability*”: la disponibilità come risorsa in forma organica di un gruppo di persone per un altro gruppo¹⁷, disponibilità senza la quale il mercato della GPA non potrebbe esistere.

In Grecia la maternità surrogata è stata approvata dalla legge (art. 1458 della G.U. 3089/2002) e dal luglio 2014 è disponibile anche ai residenti all’estero (L. 4272 dell’11 luglio 2014). Questa modifica consente la legale richiesta di autorizzazione giudiziaria alla maternità surrogata anche a cittadini stranieri non residenti stabilmente in Grecia, che possono dichiarare domicilio temporaneo. L’autorizzazione deve essere concessa dal tribunale che acconsentirà ed emetterà una sentenza. La donna che desidera avere un figlio con il metodo della maternità surrogata (fino al 2014 doveva anche essere domiciliata in Grecia, ora non più) deve rivolgersi al tribunale, che emetterà sentenza a favore laddove vengano soddisfatte le seguenti condizioni: certificata impossibilità dal punto di vista medico di avere una gravidanza fisiologica; la donna (madre surrogata) che si offre di portare in grembo il bambino deve essere sana e capace di concepire e deve sottoporsi a una valutazione psicologica approfondita; gli ovuli che saranno impiantati alla madre surrogata non devono appartenere a lei, ma devono essere prelevati dalla donna che desidera avere un figlio oppure da una donatrice (in questo modo il legislatore vuole escludere la condizione di piena sostituzione nella maternità, vale a dire che la madre surrogata sia madre genetica e biologica del bambino); tutte le persone coinvolte (anche il partner della madre surrogata, marito o convivente) devono accettare mediante atto scritto di intraprendere il processo senza compenso o dazione di denaro. Il limite di età previsto per la madre è di cinquanta anni e il processo si svolge “a porte chiuse” al fine di proteggere la *privacy* dei partecipanti.

¹⁶ O. BOBRZYNSKA, *Surrogate motherhood: Current trends and the comparative perspective*, in P. MOSTOWIK, *Fundamental Legal Problems of Surrogate Motherhood: Global Perspective*. Warsaw, Wydawnictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwosci, 2019, pp. 645-658.

¹⁷ L. COHEN, *Operability, bioavailability, and exception*, in A. COLLIER S.J., *Global Assemblages: Technology, Politics, and Ethics as Anthropological Problems*, Oxford, Blackwell, 2007, pp. 79-90.

Se tutte le condizioni di cui sopra sono soddisfatte, il tribunale rilascia l'autorizzazione giudiziaria necessaria. Solo dopo il rilascio dell'autorizzazione da parte del Tribunale il medico può procedere alla relativa pratica medica, vale a dire al processo di fecondazione in vitro. La legge afferma che *«la madre del bambino nato è la donna a cui è stata rilasciata la relativa autorizzazione giudiziaria»* e non la donna che ha concepito e partorito il bambino.

Infine, per quanto riguarda l'anagrafe, verrà registrata quale madre del bambino la donna che ha commissionato la surrogazione di maternità, in base all'autorizzazione rilasciata dall'autorità giudiziaria.

In Canada, fatta eccezione per il Québec, la maternità surrogata è legale dal 2007 e non è prevista retribuzione per le madri surrogate. Negli ultimi anni il Paese ha visto arrivare molti stranieri interessati ai servizi di surrogazione: circa la metà delle gravidanze surrogate sono commissionate da non residenti. I motivi sono diversi: il Canada non prevede limiti relativi allo stato civile o all'orientamento sessuale, riconosce i committenti come genitori e i tempi degli adempimenti burocratici sono brevi, sia per la dichiarazione che riconosce la coppia come legale (pochi giorni), sia per il certificato di nascita (poche settimane) e per il passaporto.

In Canada se si paga una madre surrogata si rischiano fino a dieci anni di carcere e cinquecentomila dollari di multa, questo divieto però non vale per i committenti stranieri. Il risultato è che i committenti canadesi si sono spostati fuori dal Paese. I costi sanitari al momento sono tutti a carico del sistema sanitario canadese¹⁸.

Il Regno Unito fu tra i primi Paesi ad introdurre il concetto di maternità surrogata nella legislazione e per molto tempo l'uso dei servizi di surrogazione della maternità fu proibito. Successivamente, nel 1985, con il Surrogacy Arrangements Act, la maternità surrogata è stata ritenuta lecita ma solo nella forma "altruistica".

I richiedenti possono essere sposati o conviventi (incluse coppie dello stesso sesso) o possono essere single e devono avere un legame biologico con il bambino. La gestante non può dare il consenso al trasferimento del bambino sino almeno a sei settimane dopo il parto. La legge prevede il divieto di intermediazione di soggetti terzi con scopo di lucro, nonché l'inesigibilità dei contratti di surrogazione tra privati, e sottopone al sindacato di merito del giudice l'entità di qualsiasi trasferimento economico tra le due parti, che deve

¹⁸ Cfr. https://espresso.repubblica.it/attualita/2023/04/05/news/mappa_maternita_surrogata-.

essere limitato a un “ragionevole rimborso” delle spese sostenute. Le domande di surrogazione sono gestite da una pluralità di organizzazioni senza scopo di lucro.

Lo *Human Fertilisation and Embryology Act* del 2008 ha previsto che la “piena titolarità” dei diritti del bambino in capo ai committenti deve essere disposta dal giudice con ordinanza. Fino al provvedimento del giudice, il neonato è figlio della madre surrogata a ogni effetto di legge.

Il trasferimento è subordinato alla verifica di una serie di requisiti di legge, in assenza dei quali il trasferimento dei diritti ai committenti è negato e questi potranno semmai intraprendere la strada dell’adozione del bambino, se la madre surrogata non si oppone.

La Commissione legislativa britannica (*Law Commission*) sta valutando di creare un registro nazionale delle madri surrogate in modo che i bambini, se necessario, abbiano l’opportunità di ricevere informazioni sulla loro nascita in futuro. La legge britannica proibisce la pubblicità della maternità surrogata, pur consentendo le attività di organizzazioni senza scopo di lucro che promuovono la diffusione di informazioni su di esso. Nonostante tali divieti, ci sono molti annunci pubblicitari sui social network in contrasto con i limiti previsti dalla legge.

In Australia è consentito solo l’utero in affitto non commerciale, cioè senza fine di lucro ed è severamente vietato pagare ricompense alle madri surrogate. Nel caso in cui la donna cambi idea e voglia tenere il neonato, i genitori biologici non possono imporre la consegna del bambino.

La maternità surrogata è disponibile per le coppie omosessuali (tranne nell’Australia occidentale, dove è accessibile solo per le coppie eterosessuali). Nelle parti meridionali e occidentali dell’Australia, le coppie dello stesso sesso possono adottare i figli.

10. In Olanda anche le spese sono rimborsate

In Olanda possono essere rimborsate solo le spese connesse con la gravidanza (ad esempio gli abiti premaman) sulla base di una precisa documentazione.

Qui l’autorizzazione alla GPA è data dai medici solo se la coppia può fornire i gameti – con un limite di età di quarant’anni per la madre genetica – e se si presenta in ospedale già con una donna disponibile all’impianto del loro embrione nel proprio corpo.

Le regole restrittive vogliono evitare l’istituzione di un commercio di bambini, come è già avvenuto in altri Paesi. Queste regole sono però eluse da un numero significativo di

olandesi, che vanno negli Stati dove la maternità surrogata è facilmente accessibile, tornando con neonati i cui certificati di nascita nel Paese di origine sono a norma di legge, e che lo Stato olandese poi riconosce.

11. In Israele nessuna restrizione

La maternità surrogata in Israele è disciplinata dalla legge, che definisce i requisiti per i partecipanti del programma di surrogazione, ossia la madre surrogata e i committenti.

In Israele, secondo la legge, solo una donna adulta non sposata di età compresa fra i 22 e i 38 anni che non ha problemi seri di salute e ha almeno un bambino sano può diventare una madre surrogata.

La legge sulla maternità surrogata israeliana prevede i seguenti requisiti: la madre surrogata non può essere una parente della coppia di committenti, non può avere nessun contatto con i genitori committenti e il loro bambino dopo la consegna del neonato, deve sottoporsi a controlli medici, psicologici e ad esami che confermino l'assenza di problemi di salute; i responsabili del centro riproduttivo e i genitori committenti acquisiscono informazioni personali sulla donna, anche relative al suo stile di vita e alla sua abitazione; il contratto di maternità surrogata è obbligatorio, viene redatto da un avvocato e firmato dalla madre surrogata e dai committenti all'inizio del programma di surrogazione e deve sempre indicare il compenso pattuito.

12. La situazione in Danimarca

La Danimarca è un Paese leader per il numero dei bambini nati a seguito delle tecnologie di riproduzione assistita (circa il 10% del numero totale dei bambini). È al secondo posto dopo Israele per numero di protocolli di fecondazione in vitro. Nel 1997 è stata approvata una legge che vieta la fecondazione in vitro e l'uso di sperma dei donatori per le ragazze single e le coppie lesbiche.

L'adozione della legge ha suscitato molte polemiche e proteste. Nel 2007 è stata adottata una nuova "Legge sull'inseminazione artificiale", che ha consentito il finanziamento dei programmi di FIVET per tutti, indipendentemente dall'orientamento sessuale o dallo stato civile.

I programmi di FIVET sono finanziati con fondi statali. Allo stesso tempo, lo Stato controlla l'accesso dei cittadini alla procedura di fecondazione in vitro.

Le donne che hanno più di 40 anni non ricevono un sostegno economico per le procedure di FIVET e quelle che hanno più di 45 anni non possono usare il metodo dell'inseminazione artificiale nemmeno in una clinica privata.

Cryos International, la banca degli spermatozoi più grande al mondo, è accessibile in Danimarca per i pazienti di tutti i Paesi.

Nonostante tale liberalizzazione nel campo delle tecnologie riproduttive, in Danimarca tuttavia la maternità surrogata è tendenzialmente vietata ed è possibile farvi ricorso solo in caso di una coppia sterile e senza alcuna ricompensa per la madre surrogata.

Vista la difficoltà di reperire donne danesi disponibili a portare a termine una gravidanza per conto terzi senza avere alcun ritorno economico, i danesi interessati ad avere figli tramite maternità surrogata accedono ai relativi servizi negli Stati Uniti, in Messico o in Ucraina.

13. Leggi restrittive in Svezia, Germania, Polonia, Spagna

La maternità surrogata in Svezia (sia quella commerciale che “altrusistica”) è vietata dalla legge. Nonostante il fatto che i rappresentanti della medicina e del governo abbiano ripetutamente discusso della possibilità di legalizzare questo metodo di trattamento dell'infertilità, la legislazione svedese rimane invariata.

La legge in Svezia proibisce lo sfruttamento delle donne e la maternità surrogata è considerata “*traffico di minori*”. Le ragioni del divieto si fondano sul rischio per la salute della donna (associato a FIV, gravidanza e parto), sul rischio per la salute del bambino, sulle controversie legali e sociali.

Le coppie che vogliono accedere ai servizi di maternità surrogata si recano dunque all'estero, in uno dei Paesi dove questa pratica è legale (in genere l'Ucraina). In Svezia, malgrado il divieto di maternità surrogata, è possibile poi ottenere facilmente il riconoscimento del bambino come figlio della coppia di committenti. Si applica un procedimento simile all'adozione di un bambino con la cittadinanza di un altro Paese, mentre la raccolta dei documenti può richiedere qualche mese.

La Germania ha approvato la “*La legge sulla protezione degli embrioni*”, che vieta l'utero in affitto e la donazione degli ovociti.

La fecondazione in vitro viene effettuata solo con gli ovuli propri della coppia. Il 30% delle nascite in Germania avviene in seguito a fecondazione in vitro.

La maternità surrogata è vietata in Polonia, dove però sono consentiti altri metodi di riproduzione assistita. La madre del bambino è la donna che l'ha partorito. Il trasferimento di un neonato ad altre persone non è possibile ai sensi della legge.

Oltre alla fecondazione naturale, vengono utilizzati anche altri tipi di tecnologie riproduttive.

La maternità surrogata in Spagna è vietata, ma non sono previste sanzioni. La legge ammette la donazione di ovuli e spermatozoi ma non fra parenti. Secondo la circolare della DGRN del 18 febbraio 2019 *«la maternità surrogata costituisce un fenomeno in cui c'è una grave violazione dei diritti dei minori e delle madri surrogate. L'interesse preferenziale del primo deve essere salvaguardato in ogni caso, e allo stesso tempo l'azione dei poteri pubblici deve garantire alle donne una protezione adeguata contro il pericolo di abuso delle situazioni di vulnerabilità che è totalmente inaccettabile. È evidente che l'attività lucrativa degli intermediari che operano in questo campo non può essere considerata legale. Per contrastare efficacemente questa pratica sarebbe necessaria un'azione internazionale coordinata. Tuttavia, fino a quando non ci sarà un quadro internazionale chiaro, e senza pregiudicare l'adozione di misure adeguate e più energiche per frenare questa pratica in Spagna, il fenomeno deve essere trattato con il necessario rigore»*.

14. La GPA in Francia

In Francia permane il rifiuto della maternità surrogata, tuttavia la Corte di Cassazione francese ha stabilito che è ammissibile la trascrizione degli atti di nascita dei bambini nati all'estero attraverso il ricorso a questa pratica purché l'atto di nascita sia stato redatto all'estero conformemente alle leggi del Paese di nascita del bambino.

La Corte di Cassazione francese ha specificato che la domanda di trascrizione non è una domanda di riconoscimento o di diritto di filiazione, ma una semplice misura amministrativa a tutela del minore e del suo status.

Tutto ha avuto inizio nel 2011, quando la Corte di Cassazione ha statuito in più cause (tra le quali la causa "Menesson") la correttezza del rifiuto da parte delle Corti d'Appello di trascrivere sui registri di stato civile francese i certificati di nascita stranieri di bambini nati da una GPA, con la motivazione che questi erano contrari all'ordine pubblico internazionale francese. Due anni più tardi, il Tribunale si è pronunciato nello

stesso modo, trattandosi di GPA effettuate in India, ma questa volta su una base un diversa: quella della frode alla legge. All'epoca, la giurisprudenza francese considerava sistematicamente che il ricorso alla GPA impedisse, di per sé, ai genitori di ottenere in Francia il riconoscimento del rapporto di filiazione con il bambino nato attraverso il ricorso a questa pratica.

In pratica, i bambini nati da GPA vivevano in Francia con i genitori "committenti", ottenendo il titolo di soggiorno e un certificato di nazionalità, documenti con cui potevano essere iscritti a scuola ed avere accesso a tutti gli altri servizi necessari. Sulla base di questi elementi, la Corte di Cassazione francese ribadiva che la sua giurisprudenza in materia di maternità surrogata non incideva sul diritto alla vita privata e familiare ai sensi dell'art. 8 della Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo, né sull'interesse del minore quale protetto dall'art. 3, par. 1 della Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia.

Tuttavia, per mezzo di due note sentenze pronunciate il 26 giugno 2014, la Corte EDU ha condannato la Francia nelle cause "Menesson" e "Labasse", considerando che il rifiuto del riconoscimento (nel caso specifico, il rifiuto di trascrizione) del legame di filiazione biologica tra il padre e i minori recava pregiudizio al diritto alla vita privata di questi ultimi.

15. Cosa succede in Cina

In Cina la maternità surrogata sta acquisendo dimensioni non solo in linea con il considerevole numero della popolazione, ma anche con le sue valenze commerciali e l'interesse mediatico. Centinaia di donne vengono scelte, gestite e retribuite per garantire a coppie sterili una prole, generando un cospicuo volume di affari per gli organizzatori.

Contrariamente a quanto si potrebbe pensare, le donne cinesi che si rendono disponibili a portare avanti una gravidanza per altri non provengono necessariamente da aree o situazioni disagiate. Se di origine rurale, spesso si prestano alla maternità surrogata di nascosto dai parenti o vicini nei villaggi da cui provengono per lo stigma sociale che accompagna iniziative tradizionalmente accettate solo in caso di infertilità e all'interno di una cerchia di consanguinei.

Hanno sicuramente contribuito all'espansione della pratica una maggiore accettazione sociale e la disponibilità di strutture e di organizzazioni che gestiscono le attività procreative.

Se dal 2001 è illegale per i medici essere coinvolti nella maternità surrogata, nessuna legge tuttavia la proibisce apertamente, legittimando imprese private che, anche in collegamento con strutture pubbliche o loro operatori, portano avanti la commercializzazione della pratica. Come si sottolinea negli ambienti medici, le leggi attuali sono solo destinate a regolare la vita professionale del personale medico, non le attività di cui si occupa. Insomma, la questione presenta zone d'ombra di tale ampiezza da consentire l'elusione dei divieti sia da parte degli operatori che da parte dei fruitori della maternità surrogata, oltre che per le donne che intendono rendersi disponibili per essa.

“Madri” che per i mesi della gravidanza dispongono di cibo, cure, attenzioni... tutto finalizzato a un parto che per la maggior parte di loro avviene in condizioni assai migliori di molte conterrane.

Sono forse diecimila ogni anno in Cina le nascite da surrogata. Alla “corsa” verso la surrogata “made in China” contribuisce l'età sempre più alta dei genitori committenti, in parte perché arrivati tardi al matrimonio e alla decisione di avere figli, in parte per la pubblicità fatta dalle organizzazioni che gestiscono la surrogata commerciale. Contribuisce però anche il rischio di un irrigidimento ufficiale in materia. “Il rischio”, perché davanti al fallimento sostanziale della “politica del figlio unico” e la necessità di rilanciare la natalità per evitare arretramento economico e disordine sociale, la leadership di Pechino dimostra un'ampia tolleranza verso tutti i fenomeni che – illegali o *borderline* – possano contribuire a sostenerne la demografia e alla soddisfazione dei bisogni essenziali della popolazione, in particolare per la classe media, sempre più benestante, ma sui cui pesano i benefici della crescita come pure i rischi.

Per questo, all'inizio del 2016, dopo che la maternità surrogata era stata considerata incompatibile con la dignità delle donne cinesi ed era stata denunciata quale attività gestita dalla criminalità, con una mossa a sorpresa del Comitato permanente del Congresso nazionale del popolo (il Parlamento cinese) che ha deciso di ritirare la bozza di legge che avrebbe bandito questa pratica, la maternità surrogata è tornata ad essere legale.

Si è così ammessa la possibilità per i cinesi di utilizzare donne connazionali per soddisfare il desiderio di maternità e paternità. Una decisione che è stata formalmente

giustificata con la necessità di ridurre il flusso di cinesi benestanti verso altri Paesi in cerca di madri surrogate e, dunque, per evitare situazioni discriminatorie.

16. La situazione nel mondo latino americano

In Colombia, dove non ci sono né leggi né regolamenti in materia, la maternità surrogata è diventata legale nel 2009 con una sorprendente sentenza della Corte costituzionale, che ha ammesso il contratto con cessione obbligatoria del neonato se il motivo della donna che vi si presta non è il lucro. La Corte ha considerato la GPA una «*tecnica di riproduzione assistita*». Secondo la sentenza n. 968 del 2009 la messa a disposizione del proprio utero per soddisfare il desiderio di genitorialità di terzi è definito come: «*l'atto riproduttivo che genera la nascita di un bambino da parte di una donna che è soggetta a un contratto o impegno attraverso il quale deve cedere tutti i diritti sul neonato*»¹⁹. In questa procedura, la donna che partorisce non fornisce i suoi ovuli. Le madri surrogate che accettano di portare a termine una gravidanza, una volta avvenuto il parto, consegnano il bambino alle persone che lo hanno commissionato e che si sono fatte carico del pagamento di una certa somma di denaro e delle spese relative alla gravidanza e al parto. Nell'ordinamento giuridico colombiano non esiste un divieto esplicito di stipulare questo tipo di accordi: le tecniche di riproduzione assistita, tra cui la maternità surrogata, sono considerate legittime.

In Brasile la maternità surrogata è consentita ma con una particolarità rispetto ad altri Paesi: la madre surrogata deve avere legami familiari con uno dei committenti. Dal momento che non è sempre possibile trovare una madre surrogata tra parenti, i brasiliani che non possono avere figli accedono ai servizi di maternità surrogata offerti all'estero.

In Messico la maternità surrogata è stata ed è tuttora regolata dai singoli stati. Attualmente non esiste una legge federale che vieti la maternità surrogata e questa pratica è stata disciplinata dalla legge solo in 2 dei 31 stati messicani. Per anni l'unico stato messicano ad avere una legge sulla maternità surrogata è stato Tabasco, che ha disciplinato la materia mostrando un *favor* verso questa pratica, almeno fino al gennaio 2016, quando è cambiato il quadro normativo ed è stato introdotto il divieto di maternità

¹⁹ Cfr. [file:///C:/Users/donor/Downloads/24+BARLETTA%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/donor/Downloads/24+BARLETTA%20(2).pdf).

surrogata per gli stranieri. Per quanto riguarda gli altri stati del Messico, la maggior parte non ha ancora leggi sulla maternità surrogata e nella pratica vengono offerti programmi di *maternità surrogata non regolamentata*. Città del Messico e Cancun sono le destinazioni più comuni per questi programmi.

I committenti possono mantenere i contatti con le madri surrogate durante e dopo la gravidanza, se lo desiderano. I donatori di ovociti messicani rimangono anonimi. Donatori di sperma e ovuli caucasici e latini sono disponibili su richiesta a un costo aggiuntivo. Dopo il parto, il nome della madre surrogata e il padre genetico che ha donato lo sperma vengono inseriti nel certificato di nascita messicano.

17. In Africa un nuovo tipo di colonialismo

Il nuovo colonialismo, nel continente africano, assume diverse forme. Forme che, rispetto al colonialismo storico, quello fatto di uniformi, armi e annessioni immediatamente visibili, hanno il medesimo fine ma apparenze diverse. Più suadenti, più impalpabili, più meschine. Tra queste va sicuramente annoverata la “filiera” dell’utero in affitto. Dopo la chiusura di diversi Paesi asiatici (Laos, Vietnam e Cambogia, solo per citarne alcuni) a questa pratica, il nuovo porto franco dell’acquisto di neonati è l’Africa.

Dati i costi, relativamente bassi, le coppie, soprattutto omosessuali ma anche non, del cosiddetto Primo Mondo hanno trovato nelle martoriare terre africane (Kenya e Ghana *in primis*) il nuovo punto di riferimento per la maternità surrogata. «*La surrogacy negli Stati Uniti costa circa 120mila dollari*» – racconta per esempio Joseph Tito, aspirante padre gay che tiene un blog sul web – «*non avevo quei soldi così ho cercato altri posti dove un uomo single potesse intraprendere questo percorso (...) Così ho trovato una clinica in India che ha aperto una filiale in Kenya ed è lì che ho deciso di iniziare la mia avventura*». Lì affittare una madre per dare vita a un figlio nato da “*ovulo caucasico*” gli costerà “soltanto” quarantacinquemila euro.

Così, mentre in Occidente c’è chi reclama l’utero in affitto come una “battaglia di civiltà”, in Paesi come il Kenya, che attualmente ha bloccato le adozioni internazionali di minori in stato di abbandono (una situazione che si verifica ancora in tantissimi Paesi africani, come anche l’Etiopia), i bambini vengono “comprati” da madri povere, costrette a vedersi strappato il neonato dal grembo per il capriccio di persone che vogliono realizzare “ad ogni costo” – non solo economico ma anche in termini di sacrificio della

dignità delle persone biicamente usate come oggetti – il proprio desiderio di avere un bambino.

L'Occidente “*progressista*” e “*civile*”, pronto a scandalizzarsi (a volte anche comprensibilmente, sia chiaro) per la chiusura di tanti governi alla immigrazione illegale, non si scandalizza invece per una pratica barbara e brutale che avviene negli stessi Paesi d'origine di quei disperati. Perché questo silenzio assordante? E perché nessuno mette in evidenza lo stridente contrasto che sussiste negli Stati che consentono la maternità surrogata ma che invece bloccano l'adozione internazionale? Non va trascurato infatti che l'adozione è un gesto che, anziché creare nuove ingiustizie (come fa invece la maternità surrogata), cerca di porre rimedio alla peggiore ingiustizia della Terra, quella dell'abbandono di milioni di bambini in tutto il pianeta. Perché i progressisti non si attivano con il medesimo ardore a contrastare la chiusura dei Paesi africani verso l'adozione internazionale?

18. La maternità surrogata: una forma di sfruttamento dei Paesi in via di sviluppo

I bambini con la GPA vengono “prodotti” per diventare dei figli (almeno per ora di questo si tratta, anche se nulla vieta naturalmente che i bambini vengano “prodotti” per scopi diversi, e magari in futuro anche a beneficio di persone giuridiche o dello Stato). I figli saranno presentati a parenti e amici, andranno al nido e poi a scuola, verranno visitati e curati e dovranno godere di tutti i diritti di un cittadino.

Una situazione paradossale è quella per cui donne con scarso accesso a servizi per la salute sessuale e riproduttiva, nello svolgere una gravidanza non per sé ma per altri accedono a cliniche di ultima generazione.

Tutto ciò dà luogo al classismo del mercato transnazionale della surrogazione, di stampo post-coloniale, con la formula dell'un terzo di quelli che hanno (*have*) verso i due terzi che non hanno (*have not*)²⁰: i primi acquistano un servizio, le seconde lo forniscono. L'acquisizione di denaro costituisce un fattore centrale nella disponibilità delle donne a diventare surroganti.

Tuttavia, va specificato che questo fattore ha bisogno, per generare l'azione, di essere corredato da altre motivazioni incoraggianti e dall'adesione a una narrazione della GPA

²⁰ S. SARAVANAN, *A Transnational Feminist View on Surrogacy*, Springer, Berlin, 2018, p. 24.

quale azione moralmente accettabile (in quanto volta al dono della vita, senza necessità di contatti di tipo sessuale con estranei), nonché come azione utile per la propria famiglia, e soprattutto come azione altruistica (in quanto volta alla realizzazione della felicità altrui).

Helene Ragoné, Amrita Pande e April Hovav, studiose che hanno condotto etnografie con madri surrogate rispettivamente negli Stati Uniti, in India e in Messico, mettono in relazione la tendenza delle intervistate a sminuire il ruolo del denaro con i messaggi utilizzati dalle agenzie per reclutarle: infatti le candidate al colloquio si devono dimostrare servili, animate da un sentimento nobile, non venali o intraprendenti nella negoziazione del compenso²¹.

Anche Sabrina Guerzoni²² nota che le madri surrogate da lei intervistate in California tendono a usare la retorica del dono e dell'altruismo, veicolata anche dal personale delle cliniche, specialmente alle prime interazioni con la ricercatrice, come strategia di rappresentazione di sé.

Le madri surrogate americane intervistate da Jacobson²³ (2016) riferiscono che il denaro costituisce per loro un extra importante per contribuire ai piani finanziari della famiglia, fare una vacanza o risparmiare qualcosa per la futura istruzione dei propri figli. Quest'ultimo è un dato comune alle etnografie condotte sia nel Nord che nel Sud del mondo: le donne impiegano il denaro guadagnato a beneficio della propria famiglia e per avviare piccole attività economiche. La madre surrogata tipo, trasversalmente ai Paesi, non è una donna abbiente, bensì vive una situazione economica precaria e/o di povertà²⁴; può scegliere liberamente di intraprendere questa attività, altre volte è manipolata o spinta dalla famiglia, in alcuni casi è addirittura obbligata in quanto vittima di tratta. Negli Stati Uniti può essere una donna della classe medio bassa, con un lavoro instabile che vuole contribuire all'aumento del tenore di vita della sua famiglia.

²¹ H. RAGONÉ, *Surrogate Motherhood. Conception in the Heart*, Oxford, Westview press, 1994; A. PANDE, *Wombs in Labor*, New York, Columbia University Press, 2014; A. HOVAV, *Producing moral palatability in the Mexican surrogacy market*, in *Gender & Society*, 2019, 20, pp. 1-23.

²² C.S. GUERONZI, *Gift narratives of US Surrogates*, in *Italian Sociological Review*, 2020, 10, pp. 561-577.

²³ H. JACOBSON, *Labor of Love. Gestational Surrogacy and the Work of Making Babies*, New Brunswick, Rutgers University Press, 2016.

²⁴ D. BANDELLI, *L'immaginario del discorso prosurrogacy. La volontà di potenza degli imprenditori di se stessi nella produzione globale di vite*, in *Year X*, n. 18, December 2021, pp. 283-314, in www.imagojournal.it.

In Messico può essere una migrante oppure appartenere alle comunità di stranieri o alla popolazione indigena. In India può avere una pregressa esperienza nei biomercati come cavia per test farmaceutici e fornitrice di ovuli, oppure può essere un'operaia dell'industria tessile che vede nella surrogazione un lavoro, non solo più remunerativo, ma anche meno stancante e alienante, e più soddisfacente sul piano emotivo rispetto al suo impiego: per un salario settimanale di 100-150 \$, le operaie svolgono giornate di lavoro estenuanti, esposte a frequenti infortuni, sorvegliate e umiliate dal caposervizio, senza nemmeno la possibilità di andare al bagno se non nella pausa pranzo.

Secondo la sociologa Sharmila Rudrappa le donne poverissime degli strati sociali più emarginati non vengono reclutate, poiché più esposte ad ambienti insalubri e alla prostituzione. Un recente studio condotto sempre in India da Virgin Rozée ha rivelato che la situazione sociale di 96 madre surrogate tende a essere migliore rispetto a quella della popolazione generale femminile dai venti ai trentaquattro anni, sia in termini di istruzione sia di occupazione e reddito familiare.

I prezzi per avere un bambino via GPA variano a seconda del Paese in cui avviene la gravidanza e così la remunerazione alle donne: negli Stati Uniti si paga più di 100 mila dollari e le madri surrogate percepiscono tra i venti e i sessantamila dollari, mentre nei Paesi poveri i genitori di intenzione riescono a risparmiare anche fino al 70%²⁵.

In India, il prezzo può scendere a ventimila euro e le madri surrogate percepiscono tra i tremilacinquecento e i seimila euro, che con altre mansioni percepirebbero in 5-7 anni.

La GPA oggi non è più il fenomeno di nicchia che era negli anni Novanta negli Stati Uniti, ma un'opzione procreativa a disposizione delle persone con disponibilità economica in gran parte del mondo, durante il loro personale percorso di pianificazione della vita individuale o di coppia.

Sebbene non ci siano dati ufficiali sul numero di bambini che ogni anno vengono al mondo attraverso la maternità surrogata, è certo che da dieci anni questa pratica e l'annesso mercato sono in forte espansione: infatti, se fino al 1992 i bambini nati attraverso surrogazione erano quattromila, oggi le stime (al ribasso) parlano di tremila nati in India, duemila negli Stati Uniti e cinquecento in Messico. L'organizzazione

²⁵ Y.P. Hernandez, *Gestación subrogada: una revisión etnográfica para contribuir al debate en México*, in *Debate Feminista*, 2018, 56, p. 85.

International Social Service stima che ventimila bambini nascono ogni anno attraverso la surrogazione²⁶.

La crescente diffusione della *surrogacy* si accompagna a una sua crescente visibilità nel dibattito pubblico, legata alle rivendicazioni dei movimenti sociali, a proposte di regolamentazione, alla cronaca di scandali²⁷, a controversie per il riconoscimento legale della genitorialità, a celebrità che intraprendono questo metodo di filiazione²⁸ o a prodotti culturali come fiction e film.

Nonostante le manifestazioni di dissenso si stiano moltiplicando in Europa, Stati Uniti e America Latina, sia su base nazionale che in campagne transnazionali, l'orientamento regolamentativo prevale sull'orientamento abolizionista: sebbene le sensibilità e le proposte dei *policy-makers* siano diverse per quanto riguarda *chi e in quali circostanze* possa accedere a questo modo di avere figli, l'introduzione di un totale divieto della surrogazione per tutti e in tutte le sue forme appare sempre più difficile.

Ciò comporta che a essere normalizzata è soprattutto la possibilità di produrre vita a partire da un desiderio, volontà o intenzione di diventare genitori e passando inevitabilmente attraverso l'allontanamento del neonato dalla partoriente alla nascita.

Secondo una recente analisi di trentuno articoli scientifici²⁹ relativi all'opinione pubblica espressa in diversi Paesi del mondo, esiste una tendenza storica verso crescenti livelli di accettazione della possibilità di regolamentazione: Canada, Giappone, Regno Unito, Iran, Australia e Spagna sono alcuni dei Paesi in cui si registra un più alto livello

²⁶ C.M. DE AGUIRRE, *International surrogacy arrangements: A global Handmaid's Tale?*, in P. MOSTOWIK, *Fundamental Legal Problems of Surrogate Motherhood: Global Perspective*, Warsaw, Wydawnictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwosci, pp. 449-485.

²⁷ Tra gli scandali più conosciuti (Saravanan, 2018; Whittaker, 2016) quello di Baby Gammy: nel 2014 una surrogante thailandese dà alla luce due gemelli, di cui uno affetto da sindrome di Down, per genitori committenti australiani che alla nascita ritirano solo il figlio sano. Sempre nello stesso anno, si scopre che un uomo giapponese aveva commissionato ben 16 bambini in Thailandia attraverso una decina di surroganti. Nel 2015, dopo il forte terremoto in Nepal, il governo israeliano vuole mettere in salvo una ventina di bambini appena nati da surroganti indiane per coppie israeliane dello stesso sesso, lasciando invece nel disastro altri bambini e donne incinte (Shalev et al., 2017). Più recente è la vicenda dei neonati nelle culle stipate all'Hotel Venice a Kiev durante il lockdown per l'emergenza COVID-19: i bambini attendevano che i genitori committenti potessero entrare nel paese per ritirarli.

²⁸ Tra questi Cristiano Ronaldo, Elton John, Ricky Martin, Nicole Kidman, Kim Kardashian e Sarah Jessica Parker; in Italia ha fatto clamore il caso del politico e paladino della lotta alla violenza sulle donne e della causa LGBT Nichi Vendola che con il suo compagno ha avuto un figlio attraverso la GPA all'estero.

²⁹ M.J. RODRÍGUEZ-JAUME, M.J. GONZALEZ-RÍO, D. JAREÑO-RUIZ, *Cross-border reproductive care: Opinions and attitudes of society towards surrogate pregnancy*, in *Current Sociology*, 2021, 69, pp. 266-285.

di accettazione della surrogazione, quando questa viene presentata come un metodo procreativo per coppie infertili.

Una ricerca sull'accettazione e l'immaginario sociali delle tecniche di procreazione assistita, condotta con 360 soggetti in tre Regioni italiane (Veneto, Emilia-Romagna e Campania) da Paola Di Nicola, Cristina Lonardi e Debora Viviani, rileva che queste tecniche, inclusa la surrogata, suscitano un minor disaccordo quando vengono usate per problemi di infertilità, maggiore invece quando le donne vi ricorrono per aver voluto privilegiare i propri obiettivi di carriera³⁰.

«Non è dalla benevolenza del macellaio, del birraio o del fornaio che ci aspettiamo il nostro pranzo, ma dalla cura che essi hanno per il proprio interesse. Non ci rivolgiamo alla loro umanità ma al loro interesse personale»³¹ afferma Adam Smith, perché l'eterogeneità degli interessi e la spersonalizzazione degli scopi con cui avvengono gli scambi, permettono di determinare un aumento della ricchezza, e quindi un benessere maggiore alla collettività.

Agli albori della surrogazione lo sperma era donato da parenti e amici, poi la presenza di intermediari ha trasformato il dono in un mercato, migliorando la quantità e la qualità dei servizi offerti, come ad esempio anonimato e *screening*.

Possiamo certamente affermare che questa sia la genesi di ogni mercato, perché di fatto il mercato è nato nelle famiglie, allargandosi alle piccole comunità, fino ad arrivare a mercati globali, che permettono lo scambio libero e volontario tra individui che non conoscono neanche i volti di chi sta scambiando con loro. Dal dono, al baratto, fino alla quantificazione attraverso il mercato dei prezzi, che non si deteriora e tende ad essere riconosciuto come simbolo, da tutti.

E come molti mercati, il mercato della maternità surrogata prevede la presenza di intermediari che permettono che il processo si realizzi. Gli intermediari attraverso il marketing continuano a diffondere l'idea altruistica della maternità per altri, lasciando

³⁰ P. DI NICOLA, *La maternità nei nuovi immaginari sociali: teorie, conoscenze, pratiche e nuovi modelli riproduttivi*, in P. DI NICOLA, C. LONARDI, D. VIVIANI, *Forzare la Mano. Natura e Cultura nella Procreazione Medicalmente Assistita*, Milano, Franco Angeli, 2019, pp. 15-27. P. DI NICOLA, *La procreazione medicalmente assistita: primi risultati*, in P. DI NICOLA, C. LONARDI, D. VIVIANI, *Forzare la Mano. Natura e Cultura nella Procreazione Medicalmente Assistita*, Milano, Franco Angeli, 2019, pp. 29-51; D. VIVIANI, *Performance e predeterminazione, artificialità e supremazia del codice*, in P. DI NICOLA, C. LONARDI, D. VIVIANI, *Forzare la Mano. Natura e Cultura nella Procreazione Medicalmente Assistita*, Milano, Franco Angeli, pp. 1-17.

³¹ A. SMITH, *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Random House, New York, 1937, cap.1, sez. 2.

immaginare la costruzione di rapporti con la madre surrogata, pretendendo contemporaneamente che si instaurino i rapporti tipici del mercato libero-scambista. Ma, essendo un mercato con forte asimmetria informativa, il ruolo degli intermediari diventa fondamentale per i futuri genitori.

Le agenzie controllano che la madre surrogata abbia un comportamento non nocivo per il bambino, che non fumi, che non si droghi, che si presenti periodicamente ai controlli medici, che non beva e non abbia rapporti non protetti. Contemporaneamente informano sullo stato di salute di una potenziale donatrice di ovuli. Tutto ciò avviene perché gli intermediari sono *repeat player*, ovvero sono coloro che hanno acquisito le informazioni sulle parti in gioco, ovvero sui donatori di ovuli e sperma – qualora servissero – sulla madre surrogata e sui futuri genitori.

Ciò significa che le loro informazioni permettono che lo scambio vada a buon fine, che non ci siano inconvenienti e che le controparti non cambino idea, poiché tali fattori rendono fortemente incerto questo mercato. Un mercato perfettamente concorrenziale si basa su 4 assunti fondamentali: *price taking*, omogeneità del prodotto, libertà di entrata ed uscita e perfetta informazione.

Il *price taking* si realizza quando una singola impresa non ha la capacità di influire sul prezzo di mercato, il quale viene assunto come dato. L'omogeneità di un prodotto si ha quando i prodotti sul mercato sono perfettamente sostituibili gli uni con gli altri, e il prezzo non può differire da quello di mercato. Vi è libertà di entrata e di uscita se non vi sono prezzi costi che rendano difficile l'ingresso o l'uscita da questo mercato. Quando tutti gli operatori sono a conoscenza di tutte le informazioni su tutte le variabili che compongono il mercato³².

Come abbiamo visto questi quattro assunti non si realizzano, poiché solo gli intermediari possiedono tutta l'informazione generando asimmetria informativa tra le parti, i prodotti non sono perfettamente sostituibili in quanto le agenzie possono alzare i prezzi senza rischiare di perdere i loro clienti per la presenza di una domanda inelastica. Le differenti legislazioni in merito alla *surrogacy* impediscono che i prodotti siano perfettamente sostituibili tra loro.

I beni del mercato della maternità surrogata sono i bambini controllati per la loro qualità, sottoposti a selezione di sesso, di salute o semplicemente per cambio di idea da

³² R.S. PINDYCK, D.L. RUBINFELD, *Microeconomia, settima edizione*, Pearson, 2009.

parte dell'acquirente. I bambini "prodotti" attraverso maternità surrogata sono oggetti di contratto, vittime di un sistema che finge di volerli tutelare, di pensare al loro "*superiore interesse*", perché se veramente i promotori della maternità surrogata volessero proteggere i diritti dei bambini, non li considererebbero *ab origine* come merce da scambiare. C'è un'ipocrisia di fondo, una bieca e multiforme strumentalizzazione dei bambini e dei loro diritti.

I bambini nati da surrogata subiscono l'improvvisa e totale interruzione del legame con la propria madre naturale e sono intenzionalmente deprivati del contatto e della conoscenza di uno o di entrambi i genitori biologici, in diretta violazione della Convenzione dei Diritti dell'Infanzia.

Il motivo principale per cui nel modo ci sono spinte verso la diffusione ed accettazione della GPA va ricercato negli interessi economici di coloro che traggono profitti da questa pratica (intermediari, avvocati, cliniche per la fertilità).

Nell'attuale economia-mondo capitalistica, in cui il circuito del denaro deve espandersi continuamente ed è il profitto a decidere quali attività verranno intraprese (sia nella sfera civile sia in quella militare, in quest'ultima con la garanzia dei pagamenti dello Stato), l'esplosione numerica dei ricorsi alla GPA da un decennio a questa parte è probabilmente correlata alla crisi, all'aumento delle disuguaglianze (più denaro per comprare bambini da una parte e più bisogno economico dall'altra), al bisogno appunto di configurare nuovi mercati per nuove merci, soprattutto di lusso come un bambino, e attingere a nuove occasioni di profitto.

Leggere gli annunci delle agenzie che pubblicizzano le loro surrogate lascia un'impressione inquietante, come questo dell'agenzia Matching Angels: *«Florida; Surrogata gestazionale con esperienza Amy è una 35enne madre di 3 bambini. È anche una surrogata con esperienza che nel 2007 ha partorito un bimbo surrogato. Ha portato [carried] gemelli (i propri, concepiti con la Fiv). Ha avuto successo con la Fiv – conosce bene il protocollo. Poiché ha dovuto usare la Fiv per concepire i suoi bambini ed è stata fortunata nel poter avere lei stessa la gravidanza, cosa ardua, vuole aiutare chi ha bisogno dell'aiuto di qualcuno che faccia la gestazione per loro. È disposta a lavorare con coppie sposate, singoli, gay o lesbiche. Il compenso è come segue: Compenso base: \$27.000 – include la tariffa per il cesareo (che sarà richiesto). Indennità di spesa mensile: \$100. Tariffa per il trasferimento embrionale: \$1.500. Tariffa per il ciclo mancato o*

*cancellato: \$500. Vestiti premaman: \$500 se singolo/\$750 se gemelli. Tariffa per la procedura invasiva: \$1.500. Assicurazione completa sulla gravidanza e il parto. Tutte le spese pagate per il processo di selezione. Se possibile vorrebbe rimanere in Florida Centrale per il trasferimento embrionale, vorrebbe stare in zona a causa dei suoi bambini. Quindi se aveste un medico nell'area di Orlando/Gainesville/Tampa sarebbe un +. Per maggiori informazioni su questa meravigliosa candidata contattatemi per favore usando il modulo qui sotto. I migliori saluti e auguri per il bambino. Laura per Amy».*³³

Il desiderio di avere figli –seppur umanamente comprensibile – non può e non deve tuttavia giustificare l'introduzione per legge di un nuovo istituto giuridico, la gestazione per altri, perché comunque si configuri questo istituto (anche negli eventuali e rarissimi casi di vera e totale gratuità), esso dischiuderà sempre la porta all'industria, che da una parte usa le donne come “incubatrici” normalizzando lo sfruttamento, mentre dall'altra parte considera i neonati come cose che si possono separare dalla madre per lucro e per meri desideri personali. Quella stessa industria che non considera i bambini quali esseri umani ma come merce preziosa alla base di un business redditizio.

Si può donare una cosa propria, ma con un bambino si ha una relazione: un essere umano non è appunto una cosa. Sulle eccezioni delle donne generose non vale la pena di legiferare perché la “gravidanza per altri” non è un dono.

La gravidanza è il punto di origine di nuove relazioni umane che non devono essere create appositamente per poi troncarle. Riconosciamo il progresso umano nel passaggio da società basate sullo status rispetto a quella basate sul contratto. Ma facciamo ora un altro passo avanti per passare dal fondamento sul contratto a quello sulla relazione umana³⁴.

³³ cfr. http://www.angelmatcher.com/florida_experienced_gestational_surrogate.

³⁴ D. DANNA, *Fare un figlio per altri è giusto. Falso!*, 2017, Bari-Roma, pp. 147-150.

Abstract

DANIELE ONORI, Il mercato transnazionale dell'utero in affitto

L'autore fa un'ampia disamina, rassegna critica e comparazione della legislazione in vigore in materia della c.d. "gestazione per altri" in moltissimi Stati di tutti e cinque i continenti. Dopo una introduzione di carattere antropologico, nell'articolo viene evidenziato come la maternità surrogata sia un business globale che riduce il minore ad oggetto di interessi, pretese e diritti da parte dei genitori intenzionali che ledono la tutela della fondamentale relazione tra la madre e il nascituro. Nella parte finale l'autore sottolinea come la gravidanza per altri non possa considerarsi un dono perché la nascita di un bambino è il punto di origine di nuove relazioni umane che non devono essere create appositamente per poi venire troncate per soddisfare il desiderio dei genitori intenzionali.

Parole chiave: gestazione per altri, diritto comparato, mercato globale, colonialismo, sfruttamento economico.

DANIELE ONORI, The transnational commercial surrogacy

The author makes an extensive examination, critical review and comparison of the legislation in force on the subject of the so-called "gestation for others" in many states of all five continents. After an anthropological introduction, the article highlights how surrogacy is a global business that reduces the child to the object of interests, claims and rights on the part of the intended parents that harm the protection of the fundamental relationship between the mother and the unborn child. In the final part, the author emphasizes how pregnancy for others cannot be considered a gift because the birth of a child is the point of origin of new human relationships that must not be created specifically and then severed to satisfy the desire of the intended parents.

Key words: surrogacy, comparative Law, global market, colonialism, economic exploitation.

COMITATO DI VALUTAZIONE

Prof. Avv. Gianni Ballarani, Prof. Luigi Barbieri, Prof. Francesco Botturi, Dott. Antonio Casciano, Prof. Avv. Angelo Contrino, Prof. Gaetano Dammacco, Prof. Avv. Alessandro di Majo, Prof. Avv. Francesco Farri, Prof. Avv. Giovanni Giacobbe, Prof. Fulvio Gigliotti, Prof. Armando Lamberti, Prof. Alessio Lanzi, Dott.ssa Lucia Leoncini, Prof. Avv. Carmelo Leotta, Prof. Giacomo Samek Lodovici, Prof. Marco Maugeri, Prof. Mauro Paladini, Prof. Pietro Polieri, Prof. Avv. Filippo Vari, Prof. Aldo Rocco Vitale.

GLI AUTORI

MAURO RONCO, Avvocato in Torino e Professore Emerito di Diritto penale all'Università degli Studi di Padova

DOMENICO MENORELLO, Avvocato in Padova e Coordinatore del Network “*Ditelo sui tetti*”

ANTONIO CASCIANO, Giurista, Bioteticista e Dottore di ricerca in Etica e Filosofia politico-giuridica all'Università degli Studi di Salerno

GIUSEPPE MARRA, Magistrato dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione

STEFANO NITOGLIA, Avvocato in Roma

ALDO ROCCO VITALE, Docente di Filosofia del diritto all'Università Europea di Roma

MAURO PALADINI, Avvocato in Piacenza e Professore Ordinario di Diritto privato all'Università degli Studi di Milano “Bicocca”

FRANCESCO FARRI, Avvocato in Arezzo e Professore Associato di Diritto finanziario all'Università degli Studi di Genova

CARLO INTROVIGNE, Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Vercelli

CESARE PARODI, Procuratore aggiunto presso la Procura della Repubblica di Torino

LORENZO JESURUM, Avvocato in Roma

DANIELA BIANCHINI, Componente del Consiglio Superiore della Magistratura

EMANUELE BILOTTI, Professore Ordinario di Diritto privato all'Università Europea di Roma

ARNALDO MORACE PINELLI, Avvocato in Roma e Professore Ordinario di Diritto Privato all'Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”

FILIPPO MARIA BOSCIA, Presidente Nazionale dell'Associazione Medici Cattolici Italiani e Professore titolare della cattedra di fisiopatologia della riproduzione umana e Bioetica all'Università degli Studi di Bari “A. Moro”

BENEDETTO ROCCHI, Professore Associato di Economia agraria all'Università degli Studi di Firenze

DANIELE ONORI, giurista

SOMMARIO
Fascicolo 1-2024

	<i>Pag.</i>
In questo numero di Mauro Ronco	3
<i>Parte Prima – Studi di antropologia</i>	13
“L’uomo disincarnato” di Sylviane Agacinski di Mauro Ronco	14
1. Introduzione – 2. L’unità di mente e corpo – 3. La risurrezione dei corpi – 4. La testimonianza di Hannah Arendt – 5. L’esternalizzazione delle funzioni riproduttive – 6. La presenza del mercato – 7. Il mercato della maternità – 8. Il corpo umano non è un bene alienabile – 9. La testimonianza storica del diritto – 10. Il timore dell’accusa di essere omofobi – 11. La scomparsa dell’etica – 12. La trascrizione degli atti di nascita – 13. Il migliore interesse del bambino – 14. Il cambiamento di paradigma della filiazione – 15. L’incertezza di status del bambino – 16. La negazione della maternità naturale come negazione dell’identità della donna – 17. La vittoria del mercato sulla realtà riproduttiva.	
Appunti sulla filigrana antropologica nei contratti di maternità surrogata di Domenico Menorello	27
1. Vite “sotto contratto” – 2. Nel “cambio d’epoca” ovvero nella scomparsa di un’etica pubblica comune – 3. La maternità surrogata come paradigma della pretesa del trans-umano – 4. Il livello della questione – 5. Il criterio per scegliere fra Prometeo e Francesco.	
Altruismo, gratuità, solidarietà. L’insidioso lessico dell’antilingua nella legittimazione etica della maternità surrogata. Un’analisi della Proposta di legge presentata dall’Associazione Luca Coscioni di Antonio Casciano	55
1. Il credo assiologico negazionale della modernità – 2. Una disamina della Proposta di legge dell’Associazione Luca Coscioni – 3. Attualità del dibattito – 4. L’intrinseca illiceità della pratica – 5. Il carattere reificante e spersonalizzante della maternità surrogata – 6. Quale libertà per i soggetti coinvolti? – 7. Disporre liberamente del proprio corpo? – 8. La donna e il suo preteso “potere” procreativo – 9. Il desiderio di genitorialità della coppia committente: quali confini? – 10. Conclusioni.	
Inizio 2024: ancora in tema di maternità surrogata, dal Papa alla Corte di Cassazione di Giuseppe Marra	78
1. Le parole di Papa Francesco sulla maternità surrogata – 2. La posizione della Corte di Cassazione – 3. La maternità surrogata offende la dignità della donna – 4. La gestazione per altri “altruistica” non esiste nella realtà.	

<i>Parte Seconda – Studi di diritto civile</i>	85
I contratti di maternità surrogata. Nozione, problemi di esecuzione, clausole abortive, diritto di recesso di Stefano Nitoglia	86
1. La procreazione medicalmente assistita – 2. La maternità surrogata – 3. I contratti di maternità surrogata – 4. I contratti di maternità surrogata sono validi? – 5. La giurisprudenza in materia – 6. Recesso e revoca del consenso – 7. Clausole abortive – 8. Considerazioni finali.	
La maternità surrogata nella sentenza delle Sezioni Unite civili n. 12193/2019 di Aldo Rocco Vitale	99
1. Lo scenario – 2. La posizione delle Sezioni Unite – 3. Rilievi critici – 4. Il problema del fondamento dello <i>status filiationis</i> – 5. La cornice normativa internazionale – 6. L'adozione in casi particolari – 7. Conclusioni.	
Maternità surrogata, morte del genitore biologico e trascrizione automatica dell'atto di nascita: una discutibile decisione del Tribunale di Milano di Mauro Paladini	111
1. Il caso – 2. Il diritto vivente in punto di adozione in casi particolari del nato da surrogazione di maternità – 3. La decisione del Tribunale di Milano.	
<i>Parte Terza – Studi di diritto penale</i>	118
Il reato di surrogazione di maternità: profili giuridici di Francesco Farri	119
1. Il reato di surrogazione di maternità – 1.1. I soggetti punibili – 1.2. Le condotte punibili – 1.3. La punibilità del delitto tentato – 1.4. La punibilità dei concorrenti nel reato – 1.5. Il bene giuridico protetto – 2. Il requisito di territorialità e la possibile configurazione di un reato universale – 3. Le conseguenze sull'ordine pubblico internazionale italiano – 4. La compatibilità del sistema italiano con il diritto internazionale e, in particolare, con la CEDU e l'estraneità del tema alle attribuzioni dell'Unione Europea.	
La maternità surrogata è un crimine contro la dignità dell'uomo, ovunque sia commesso. Estendere la punibilità delle condotte, anche se commesse all'estero, è l'unica via per non rassegnarsi ipocritamente alla logica del fatto compiuto di Carlo Introvigne	131
1. Introduzione – 2. Non esiste il diritto ad avere figli – 3. Le pronunce della Corte di Cassazione in tema di maternità surrogata – 4. La maternità surrogata è vietata, ma il divieto viene aggirato: cosa fare? – 5. Conclusioni.	

La maternità surrogata come reato universale: comprendere prima di valutare 140
di Cesare Parodi

1. Premessa – 2. La tutela dei minori – 3. La valutazione sulla surrogazione di maternità – 4. La modifica prevista dal disegno di legge – 5. Le caratteristiche del reato universale – 6. Conclusioni.

Parte Quarta – Studi di diritto minorile 151

Il principio del superiore interesse del minore: inquadramento ed applicazione 152
di Lorenzo Jesurum

1. *Best interest of the child* o superiore interesse del minore? – 2. Inquadramento del superiore interesse del minore – 3. Infondatezza del diritto ad avere un figlio sulla base della mera volontà degli adulti.

La maternità surrogata è lesiva dei diritti dei bambini e contrasta con il superiore interesse del minore 159
di Daniela Bianchini

1. Il principio del superiore interesse del minore – 2. Riflessioni sulla visione adultocentrica che si cela dietro la maternità surrogata – 3. Logica del fatto compiuto e deviazione verso falsi problemi: è questa la strategia dei sostenitori della GPA – 4. Salvaguardia dei diritti fondamentali dei bambini nati da maternità surrogata: le domande necessarie da cui partire – 5. I diritti violati dei bambini: dalla lesione della dignità umana all'impossibilità di conoscere le proprie origini biologiche – 6. L'effettiva tutela dei minori nati da maternità surrogata non può prescindere dalla valutazione della condotta dei committenti: non può ritenersi che corrisponda all'interesse del minore essere cresciuto da chi lo ha considerato alla stregua di un oggetto.

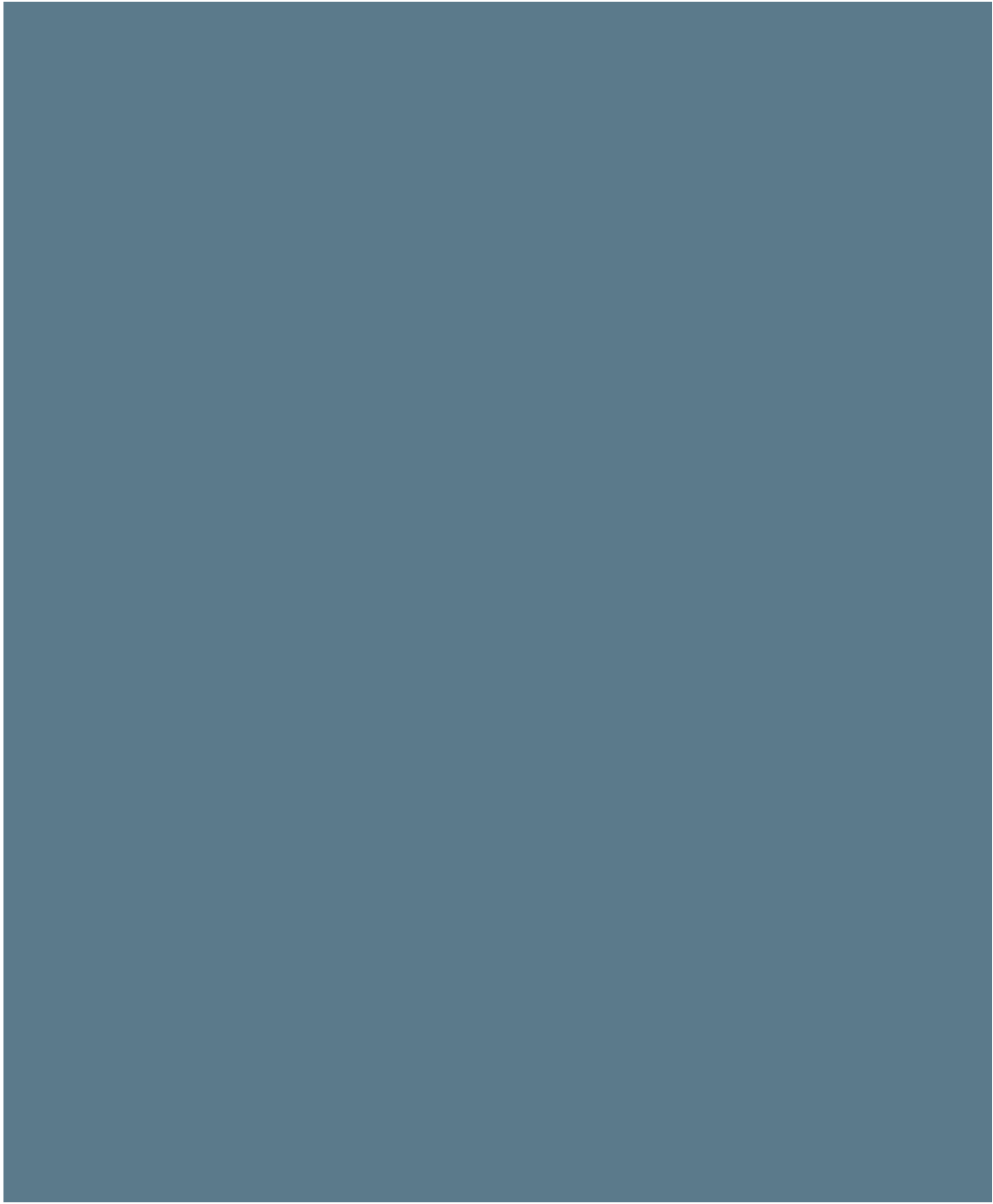
Il riconoscimento automatico della genitorialità intenzionale non realizza l'interesse del minore, ma quello degli adulti 180
di Emanuele Bilotti

1. Anche la maternità surrogata “*solidale*” (ammesso che vi sia in concreto) è lesiva della dignità umana – 2. La maternità surrogata “*solidale*” è in contrasto con i principi costituzionali – 3. La sentenza n. 38162/2022 delle Sezioni Unite.

Maternità surrogata: le ragioni di un divieto che non confligge con l'insopprimibile esigenza di tutela di colui che nasce dalla pratica illecita 188
di Arnaldo Morace Pinelli

1. I motivi del divieto. La maternità surrogata instaura sulla vita della gestante e del nato un inaccettabile potere privato di controllo in contrasto con principi fondamentali dell'ordinamento – 2. Segue: la gestante è strumentalizzata al bisogno di genitorialità della coppia committente – 3. Il recente intervento delle Sezioni Unite – 4. L'esigenza di tutela di colui che nasce dalla pratica illecita.

Parte Quinta – Studi di medicina e di economia	201
Maternità surrogata di Filippo Maria Boscia	202
1. Introduzione – 2. Espansione delle tecniche. Dalla provetta alla maternità surrogata: l'impossibile reso possibile – 3. Esigenze ineludibili e protocolli applicativi. Argomenti da discutere con la coppia committente la surroga, preparazione della coppia committente (genitori intenzionali), preparazione della madre surrogata – 4. Per una nuova semantica riproduttiva – 5. Conclusioni.	
Un'analisi della gravidanza per conto terzi “solidale” secondo la logica economica di Benedetto Rocchi	225
1. Introduzione – 2. Economia tra scambio e dono – 3. È veramente possibile una GCT solidale? – 4. Funziona la GCT solidale? Il caso del Regno Unito.	
Il mercato transnazionale dell'utero in affitto di Daniele Onori	239
1. Una premessa antropologica – 2. Utero in affitto: un mercato globale non stop – 3. Stati Uniti pionieri della maternità surrogata – 4. I clienti della GPA: domanda ed offerta – 5. Il caso India – 6. Anche la Thailandia dice no – 7. I nuovi mercati emergenti – 8. Si amplia il mercato nell'Est europeo – 9. La “GPA altruistica” in Grecia, Australia, Canada e Regno Unito – 10. In Olanda anche le spese sono rimborsate – 11. In Israele nessuna restrizione – 12. La situazione in Danimarca – 13. Leggi restrittive in Svezia, Germania, Polonia, Spagna – 14. La GPA in Francia – 15. Cosa succede in Cina? – 16. La situazione nel mondo latino americano – 17. In Francia un nuovo tipo di colonialismo – 18. La maternità surrogata: una forma di sfruttamento dei Paesi in via di sviluppo.	
Comitato di valutazione	268
Autori	269



ISSN 2611-5476