

La surrogazione di maternità: una questione controversa

Rosaria Mastroianni Ianni

ABSTRACT

La maternità surrogata rappresenta indubbiamente un tema complesso e delicato e con numerose zone d'ombra. Taluni paesi considerano tale pratica illecita, mentre altri, al contrario, ritenendola lecita la regolamentano mediante apposite leggi. In generale, la maggior parte dei sistemi giuridici occidentali è orientata ad evitare gli atti dispositivi del proprio corpo quando cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico

ed al buon costume. Detto ciò, si premette che in generale, discutere di bioetica implica quasi sempre l'inizio di dibattiti alquanto controversi.

PAROLE CHIAVE

MATERNITÀ SURROGATA; BIOETICA; NASCITURO;
DIVIETO DI MATERNITÀ SURROGATA;
TURISMO DELLA FERTILITÀ.

SOMMARIO

1. PREMessa; 2. LA SURROGAZIONE DI MATERNITÀ IN ITALIA; 3. LA SURROGAZIONE DI MATERNITÀ IN SPAGNA; 4. PROBLEMATICHE CONCERNENTI IL NASCITURO E LA MADRE SURROGATA; 5. IMPLICAZIONI ETICHE; 6. CONCLUSIONI.

1. PREMessa

Contrariamente a quanto si sosteneva in passato, ossia che *mater semper certa est*, attualmente non è più possibile esserne sicuri¹. Difatti, oggigiorno mediante la surrogazione di maternità², risulta concepibile che una donna

1 A. Faraoni, *La Maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Milano, 2002, p. 3.

2 Occorre evidenziare che, realmente, non si tratta di una pratica recente, al contrario risulta che in passato essa veniva messa in atto frequentemente nei casi in cui la donna risultava sterile. Secondo quanto sostengono gli storici, infatti, si trattava di un fenomeno costante nel tempo. Certamente, era caratterizzato da una buona dose di riservatezza. Accadeva che la donna sterile chiedesse ad un'amica o ad una sorella di mettere al mondo un bambino, figlio del proprio marito. Va da sé che, non esistendo le moderne tecniche di inseminazione, ciò comportava che ci fosse

esterna alla coppia possa portare nel proprio grembo un bimbo che sarà poi, a tutti gli effetti legali, figlio della coppia committente, sulla base di un "contratto" che può essere a titolo gratuito oppure oneroso. Dunque, la madre surrogata si obbliga a provvedere alla gestazione ed al parto di un bambino che sarà poi "consegnato" alla coppia committente, rinunciando così ad ogni diritto sul nascituro³.

Le ragioni che spingono alcuni coniugi a rivolgersi a tale pratica possono essere diverse, solitamente si tratta di coppie che hanno

un rapporto sessuale tra i due, unica maniera all'epoca affinché la "madre surrogata" rimanesse incinta.

3 Occorre distinguere la maternità surrogata da altre ipotesi riproduttive come ad esempio quella dell'utero in affitto. In quest'ultimo caso, infatti, la donna contribuisce unicamente alla gestazione. Il materiale genetico, dunque, viene apportato dalla coppia. L'embrione formato mediante fecondazione in vitro viene così impiantato nell'utero della donna. Anche in questo caso la donna rinuncia a qualsiasi diritto sul nascituro. Nel caso della surrogazione di maternità invece, la madre surrogata, nel caso di infertilità della donna, apporta il suo materiale genetico. Ad ogni modo, esiste tuttora una certa confusione tra le due pratiche, che talvolta si evince anche nelle sentenze emanate dalle Corti competenti.

problemi di fertilità, anche se non necessariamente, difatti, tale pratica può essere l'unica "risolutiva" nel caso in cui un uomo *single* desidera diventare padre senza avere alcun coinvolgimento con una donna, che vada oltre la gestazione o, evidentemente, nel caso delle coppie omosessuali di sesso maschile. «In linea teorica si è ipotizzato il ricorso alla maternità per sostituzione anche per ragioni di mera convenienza: la donna in carriera che non vuole sottrarre tempo al lavoro, la donna che non accetta di cambiare il proprio stile di vita, la donna attenta all'estetica del proprio corpo»⁴. Tali motivazioni sono più difficilmente ritenute condivisibili anche per coloro che ritengono accettabile la pratica in questione. Ad ogni modo, al momento, non abbiamo conoscenza di casi di questo genere. «L'esempio più semplice di surrogazione vede una coppia di coniugi priva di figli per sterilità della donna. Un'altra donna, la madre surrogata, consente (in cambio di un vantaggio economico) all'inseminazione artificiale tramite il marito della donna sterile, si impegna a condurre a termine la gravidanza risultante ed a consegnare il frutto alla coppia»⁵. Pertanto, non costituirà maternità per surrogazione il caso in cui una donna fertile offra i propri ovuli ad un'altra, consentendogli così di poter avere un figlio. In quest'ultima ipotesi si parla, infatti, semplicemente di donazione di ovuli e non di surrogazione. La differenza è evidente, nel caso della "gestazione per altri" una donna estranea alla coppia offre tutta la sua capacità riproduttiva.

Trattandosi di una questione molto delicata, la surrogazione di maternità risulta essere oggetto di numerose discussioni. Essa, evidentemente, fa sorgere non poche problematiche sia dal punto di vista etico che giuridico. Difatti, sono pochi i paesi in cui tale pratica risulta essere legale e molti quelli in cui, al contrario, non è consentita o addirittura non considerata affatto dall'ordinamento giuridico, nel senso che non è regolata da nessuna norma. Attualmente, in Italia, la surrogazione di maternità

4 P. Zatti, *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, Milano, 2011, p. 1481.

5 C. Shalev, *Nascere per contratto*, Milano, 1992, p. 92.

risulta essere illegale. L'unica opportunità riconosciuta è quella di portare nel nostro paese i figli avuti mediante tale metodo all'estero, ossia in quei pochi Stati dove risulta essere legale, sempreché vengano rispettati i limiti imposti dalle leggi di tali paesi: Stati Uniti, India, Russia, Ucraina, e Regno Unito ma con molte restrizioni⁶. Alcuni paesi degli Stati Uniti risultano essere al momento quelli che offrono maggiori garanzie, fermo restando che la surrogazione di maternità non è legale in tutti gli Stati, bensì è proibita nel Michigan, nell'Arizona, nel nuovo Messico, a New York ed anche a Washington. Ed inoltre, anche tra gli Stati in cui essa è consentita, esistono numerose differenze tra le varie leggi che la regolano. Ad esempio, lo Stato considerato più liberale al riguardo è la California dove esistono leggi molto flessibili e procedure più semplici rispetto a quelle degli altri Stati. «Si comparamos, por ejemplo, los Estados de Florida, donde la gestación por sustitución también está permitida, y de California, vemos claramente las diferencias. Las leyes del Estado de Florida exigen que la pareja que va a contratar con la madre gestante esté casada legalmente y que al menos uno de los padres aporte el material genético, lo cual no es siempre posible»⁷. Mentre, secondo le leggi della California non è necessario che la coppia che ricorre a surrogazione di maternità sia sposata e né che apporti materiale genetico. Ed un'altra importante differenza consiste nel fatto che mentre in Florida il procedimento per ottenere legalmente la maternità inizia dopo

6 Le leggi sulla maternità surrogata nel Regno Unito sono molto diverse rispetto alle leggi degli altri paesi dove questa pratica risulta essere consentita. In India, ad esempio, così come in alcuni paesi degli Stati Uniti, la surrogazione è disciplinata in maniera alquanto differente rispetto al Regno Unito. Difatti, mentre in India gli aspiranti genitori sono legalmente riconosciuti come tali a tutti gli effetti prima della nascita, nel Regno Unito, al contrario, il trasferimento della genitorialità avviene solo successivamente alla stessa. Inoltre, mentre in alcuni Stati americani, inclusa la California, viene ritenuto accettabile pagare una donna per essere madre surrogata, nel Regno Unito si considera accettabile pagare solo le spese necessarie per la gestazione.

7 J. Bautista, *Maternidad subrogada*, in "Actualidad Jurídica Aranzadi", n. 815/2011, p. 2. Aranzadi, SA, Pamplona.

la nascita del bambino, con gli evidenti rischi che esso implica, in California il procedimento finalizzato a dichiarare la filiazione a favore degli aspiranti genitori avviene nel quinto mese della gestazione, in maniera tale che prima della nascita, il nascituro stesso risulti già essere figlio di questi ultimi.

Ad ogni modo, e lasciando da parte per il momento le differenze tra le legislazioni dei vari paesi, che saranno in parte riprese nel prosieguo del lavoro, laddove ci si soffermerà soprattutto sulle differenze esistenti tra la legislazione italiana e quella spagnola, occorre notare che ogniqualvolta l'uomo "osa" modificare o se vogliamo anche solo correggere determinati processi naturali, prontamente sorgono problematiche bioetiche e come la stragrande maggioranza di tali questioni, anche quella della maternità surrogata, come già sopra preannunciato, implica innumerevoli conflitti di carattere morale, alcuni dei quali saranno affrontati nel presente lavoro, il cui obiettivo sarà, altresì, quello di analizzare alcune importanti sentenze che si sono susseguite nel tempo, cercando di valutare quanto le stesse possano essere ritenute ragionevoli. Tutto ciò, tenendo ben presente che si tratta, pur sempre, di una questione di bioetica ed in quanto tale, oltre ad essere alquanto complessa sotto numerosi punti di vista, risulta altresì priva di soluzioni univoche.

2. LA SURROGAZIONE DI MATERNITÀ IN ITALIA

Nel nostro paese, attualmente, non esiste una legge che disciplini la materia in questione, l'unica vigente è la 40/2004 che punisce con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 ad un milione di euro chi organizza o pubblicizza la surrogazione di maternità⁸. «*La nulidad de este contrato de maternidad subrogada implica que la filiación se determinará por el parto, de modo que, a efectos legales, la gestante será siempre considerada como madre*»⁹. Nonostante siano «...stati presentanti addirittura ventiset-

8 Art. 12, comma 6, legge 19 febbraio 2004 n. 40.

9 A. J. Vela Sánchez, *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Comares Editore, Granada 2012, p. 37.

te tra progetti e disegni di legge»¹⁰, l'Italia non dispone ancora di una disciplina apposita. Ciò, evidentemente, costituisce l'emblema delle numerose incertezze caratterizzanti una pratica che nonostante possa avere, innegabilmente, dei risvolti svantaggiosi, potrebbe, se ben regolamentata, produrre effetti positivi per tutte quelle coppie desiderose di avere dei figli. La legge sopra citata non si caratterizza né per la sua coerenza e né tantomeno per la sua "modernità". Del resto, l'Italia è uno dei pochissimi paesi europei che non è riuscito a dare una valida risposta a nessuno dei problemi di bioetica. Sempre divisa tra la componente cattolica e dunque l'influenza che essa esercita su una percentuale non indifferente di individui e tra coloro che invece, consapevoli che le nuove tecnologie e dunque le nuove scoperte scientifiche possono offrire un aiuto prezioso, sia per la salute fisica che per quella psichica degli individui, sostengono idee opposte.

Il primo caso conosciuto di surrogazione di maternità avutosi in Italia risale al 1989¹¹. Difatti, risulta che qualche anno prima, una coppia di coniugi decise, dopo aver conosciuto un'immigrata algerina e appreso che in alcuni paesi si ricorreva diffusamente alla pratica della surrogazione di maternità, di avvalersi della stessa. La coppia propose all'immigrata un accordo in virtù del quale lei sarebbe stata inseminata artificialmente col materiale genetico del coniuge ed avrebbe portato avanti la gravidanza. Successivamente al parto, la stessa avrebbe rinunciato ad ogni diritto sul neonato e lo avrebbe consegnato ai coniugi committenti. Il tutto dietro corrispettivo in denaro. Ma l'algerina, non rispettò il "contratto", difatti, oltre a pretendere somme di denaro sempre maggiori rispetto a quelle pattuite, non consegnò la bambina alla coppia, bensì se ne servì per continuare ad "estorcere" loro

10 A. Faraoni, *La Maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, cit. p. 103.

11 Si veda G. Batia, *Il contratto di "maternità surrogata". Riflessioni sul primo caso italiano e considerazioni sullo stato legislativo attuale*, in www.diritto.it/docs/24764-il-contratto-di-maternit-surrogata-riflessioni-sul-primo-caso-italiano-e-considerazioni-sullo-stato-legislativo-attuale, sito consultato il 03.03.2015.

dei soldi, tenendo la neonata in pessime condizioni igieniche e di malnutrizione. La vicenda si concluse solo mediante provvedimento giurisdizionale in seguito a ricorso da parte dei coniugi, essendo figlia biologica di uno di essi. Ma, se si legge integralmente il testo della sentenza in questione, ci si rende subito conto che l'accordo stipulato tra la coppia e la madre surrogata non viene mai riconosciuto come contratto atipico. Al contrario, esso viene ritenuto dalla Corte un "atto meramente illecito"¹² e pertanto dichiarato nullo. A distanza di ormai quasi più di venticinque anni da tale sentenza, ciò che emerge è la mancanza di visibili innovazioni in ambito legislativo, nonostante si conosca la via intrapresa dalla maggior parte delle coppie con problemi di fertilità, o quantomeno da coloro che tale strada possono permettersi di percorrere (per ragioni soprattutto economiche), ossia quella di recarsi in quei paesi dove la surrogazione è ritenuta lecita, il nostro paese non si è dotato di un'apposita legge. Rimanendo così, il cosiddetto "turismo della fertilità", per alcune coppie, l'unica possibilità di diventare genitori.

Detto questo, e partendo dal presupposto che sebbene la pratica in questione sia ritenuta legale in altri paesi, ciò non costituisce di per sé un motivo sufficiente per legalizzarla anche nel nostro, si ritiene, però, necessario soffermarsi su talune fondamentali questioni riguardanti l'esistenza o meno del diritto ad avere un figlio, per l'esattezza, sul cosiddetto diritto alla genitorialità. Il tema trattato nel presente lavoro, difatti, solleva un'importante e controversa questione: esiste un diritto assoluto alla genitorialità? Inteso quale diritto alla discendenza e quindi alla sussistenza di un legame biologico tra genitore e figlio. Nel primo comma dell'articolo 30 della nostra Costituzione si legge che: "È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio" Dunque, più che di diritto alla genitorialità, la nostra Costituzione si sofferma sui doveri dei genitori. Quindi sul dovere che il padre e la madre hanno verso i figli, includendo tra questi certa-

¹² La sentenza in questione è stata resa dal Tribunale di Monza ed è la 296/1989.

mente anche quelli adottivi. Ed è qui che sorge il "problema". Il diritto ad essere padre e madre potrebbe, secondo taluni, nei casi di sterilità della coppia, concretizzarsi soltanto mediante l'adozione. Se quello che più conta è assumersi dei doveri verso un figlio, indipendentemente dal legame biologico, allora l'attenzione si dovrebbe spostare sull'adozione e occorrerebbe muovere delle riflessioni inerenti alle problematiche che la investono. Del resto, dinanzi al problema del sovraffollamento mondiale e dunque alla presenza di numerosi bambini senza genitori, e pertanto bisognosi di cura e protezione, ci si domanda se sia da considerarsi un "valore" mettere al mondo altri bambini. Ebbene, la questione è certamente delicata e soggetta a varie interpretazioni. Dal punto di vista etico, avremmo indubbiamente due distinte posizioni: quella di coloro che per ragioni morali, che saranno di seguito trattate, sono contrari alla surrogazione di maternità, e quella di coloro che invece, rifacendosi anche al diritto sovranazionale ed internazionale, sostengono che ogni individuo abbia il diritto di poter soddisfare i propri desideri individuali.

Quello che qui si vuol fare è ragionare sul fatto che nonostante la Costituzione non contiene una disciplina esplicita del diritto di ogni persona ad avere un figlio biologicamente proprio, ed anche ammesso che non esista nemmeno un diritto assoluto alla genitorialità, una eventuale legge che disciplini la pratica della surrogazione di maternità non sarebbe, solo per tali motivi, incostituzionale. Le argomentazioni a sostegno di quanto detto si possono sintetizzare sia nella libertà di autodeterminazione, desumibile dal combinato disposto degli artt. 2, 3 e 31 della Costituzione, e sia nella stessa dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 4 comma 3 della legge 40/2004 già sopra richiamata. Il diritto alla genitorialità non dovrebbe subire alcun pregiudizio che non sia motivato, o comunque giustificabile, nell'ottica del bilanciamento con diritti concorrenti.

Tra le varie ragioni addotte da coloro che sono contrari alla surrogazione di maternità vi è sicuramente lo sfruttamento delle donne più povere e dunque più bisognose. Queste ultime, nella maggior parte dei casi non si vedono

riconosciuto alcun potere decisionale neanche riguardo a questioni di una certa rilevanza, tra cui si ricordano, ad esempio, i casi di aborto per malformazione del feto. Oppure ancora, si ricordano i casi nei quali il neonato è stato oggetto di contesa tra le “due madri” o addirittura, la pretesa di rescissione dell’accordo stesso.

In Italia, per la prima volta, con la sentenza dell’11 novembre 2014 n. 24001, la Corte suprema di Cassazione si è occupata di maternità surrogata ed ha testualmente affermato che quest’ultima «è vietata nell’ordinamento italiano perché contraria all’ordine pubblico, sicché va dichiarato lo stato di adottabilità di un minore, nato da una donna ucraina su commissione di una coppia italiana»¹³. Si tratta, però, di un caso “particolare” di surrogazione, ossia di un caso che potremmo definire di surrogazione totale, nel senso che il materiale genetico non apparteneva neppure al 50% alla coppia italiana, e ciò anche in violazione di quanto dispone la legge ucraina al riguardo. «Si osservi che altresì i due coniugi, così facendo, non solo eludevano la legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita (che vieta il ricorso alla surrogazione di maternità in ogni sua forma), ma eludevano, altresì, la disciplina nazionale sulle adozioni, giacché è risultato che i coniugi in questione avevano superato già da tempo l’età in cui è consentita l’adozione di un neonato e, in passato, per ben tre volte, erano state respinte le loro domande di adozione per “grosse difficoltà nell’elaborazione di una sana genitorialità adottiva»¹⁴. Riflettendo su quanto appena detto, ci si può render conto che, talvolta, il desiderio di diventare genitori può spingere una coppia a tentare di superare ogni ostacolo, sia legislativo che logistico. Il caso in esame si conclude con l’affidamento del bambino ad una coppia estranea alla vicenda ed inserita nella lista per le adozioni. Molto probabilmente, così non sa-

13 B. Salone, *Contrarietà all’ordine pubblico della maternità surrogata e dichiarazione di adottabilità del minore*, in www.dirittocivilecontemporaneo.com/2014/12/contrarieta-allordine-pubblico-della-maternita-surrogata-edichiarazione-di-adottabilita-del-minore, sito consultato il 15 dicembre 2014.

14 *Ibidem*.

rebbe stato qualora la metà del patrimonio genetico fosse stato apportato da uno dei due coniugi. Ad ogni modo, l’interesse primario che si tende sempre a tutelare è, evidentemente, quello del minore. Sicuramente, in assenza di un’apposita legge «il vuoto normativo tende ad essere colmato dalle variegata e non sempre rassicuranti risorse ermeneutico-creative della giurisprudenza»¹⁵. Da ciò si deduce che se la surrogazione di maternità fosse riconosciuta come una realtà contemporanea, che è quello che di fatto costituisce, si tutelerebbe maggiormente il nascituro, il quale evidentemente non deve mai essere considerato come merce di scambio, bensì come soggetto da proteggere, mediante un’apposita legge che non si limiti a proibire ed a sanzionare una pratica che nella realtà dei fatti viene realizzata, anche se “altrove”. Non solo, ma legalizzando la surrogazione di maternità si proteggerebbero anche gli altri soggetti coinvolti e soprattutto quelli più deboli, come già sopraindicato: le madri surrogate, che spesso accettano tale arduo compito per ragioni prettamente economiche e non per solidarietà verso una coppia con problemi di infertilità.

Prendere coscienza del fatto che oggigiorno non si può più essere certi di quante figure genitoriali entrino a far parte del processo procreativo, essendo ormai diversificate le possibilità di concepimento, la cui evoluzione ha creato numerosi nuovi interrogativi che danno vita a riflessioni profonde, renderebbe maggiormente tollerabile l’idea che una legge disciplinante la surrogazione di maternità tutelerebbe tutti i soggetti coinvolti in tale pratica. Al contrario, continuare a far finta che nulla sia cambiato rispetto al passato, oltre ad essere poco utile, di certo non incrementerebbe il numero delle adozioni, soprattutto per via della burocrazia che caratterizza tale istituto giuridico: tempi troppo lunghi e criteri eccessivamente rigidi.

Sarebbe altresì utile avere ben chiaro il fatto che esistono nel nostro paese dei centri che non si limitano a mettere in contatto i coniugi richiedenti con le cliniche dei paesi dove tale

15 A. La Torre, «La c.d. maternità surrogata» in *Ego e Alter nel diritto delle persone*, Milano, 2011, p. 203.

pratica è consentita, ma offrono, anche, assistenza legale per eventuali problematiche che possano scaturire durante la gestazione oppure dopo il parto.

I casi giurisprudenziali indicati non sono gli unici esistenti in Italia, bensì ve ne sono molti altri, ma ciò che qui si vuol mettere in risalto è che nonostante sia apprezzabile che la legge italiana tenda sicuramente a tutelare la famiglia tradizionalmente intesa, essa non può non tenere in considerazione che un contratto di surrogazione di maternità, realizzato tra persone adulte e responsabili delle proprie azioni, senza recare pregiudizio ad altri, possa produrre, innanzitutto, beneficio per quelle coppie che diversamente continuerebbero ad avere forti difficoltà nel diventare genitori e secondariamente potrebbe, altresì, porre fine a tutto il “business”, con le relative ed intuibili conseguenze, che ultimamente si è venuto a creare intorno a tale pratica.

Uno dei paesi dove la surrogazione di maternità, così come già accennato nella premessa, risulta essere legale è la Russia. Qui, più che un paragone tra questo paese e l'Italia, evidentemente poco sensato se si considera che la Russia non condivide i valori fondamentali delle democrazie costituzionali occidentali, si vuole più semplicemente mettere in evidenza che esistono altre realtà dove la realizzazione di tale pratica non solo non sembra generare numerose problematiche bensì rappresenta l'ultimo “barlume di speranza” per quelle coppie europee benestanti e desiderose di vedersi riconosciuto il loro diritto ad essere padri e madri e che pertanto è bene conoscere al fine di poter riflettere su una possibile soluzione ideale.

Per quanto concerne la disciplina, occorre dire che in Russia, la surrogazione «però è consentita solo alle coppie coniugate e alle donne sole. Nessun permesso da enti pubblici o statali è richiesto»¹⁶. Unici vincoli imposti da tale paese consistono nell'età della madre surrogata, la quale non può avere meno di venti anni e non più di trentacinque e deve godere di un ottimo stato di salute, sia fisico che psichico. Inoltre, la legislazione russa im-

16 Si veda: <http://www.jurconsult.ru/it/legislazione/?c=6>, sito consultato il 13.02.2015.

pone che colei che si rende disponibile a tale pratica, abbia già almeno un figlio sano. Le ragioni sono intuibili ed hanno evidentemente a che fare con il rischio che una volta nato il bambino, essa si rifiuti di consegnarlo ai committenti. Il suo stato di famiglia è irrilevante, ma nel caso in cui essa sia sposata, occorre il consenso del marito che deve essere prestato per iscritto. Infine, occorre mettere in evidenza che ultimamente, la legge russa proibisce rigorosamente l'utilizzo da parte della madre surrogata dei propri ovuli, ossia non consente alla stessa di avere un legame genetico col bambino che porta in grembo.

In generale, è bene precisare che: «*existe mucha controversia de que el derecho se haga cargo de este tipo de cuestiones*»¹⁷, però non si può negare che i vari dibattiti teorico-filosofici, giuridici, religiosi, etc., da soli non possano risolvere le innumerevoli problematiche scaturenti da una pratica innegabilmente controversa, delicata ed attinente alla vita umana, come del resto lo sono tutte le questioni bioetiche. «Il problema, dal quale dipendono in misura rilevante parecchie questioni bioetiche, è il seguente: il proprio corpo è una nostra proprietà? In altri termini, possiamo disporre di noi stessi o di parte di noi *ad libitum*? Teoricamente, anche cedendo, dietro corrispettivo economico parte di noi stessi? Se la filosofia fosse in grado di rispondere efficacemente e chiaramente a tale quesito, la bioetica cesserebbe di esistere o, almeno, di essere il terribile terreno di scontro che è sinora. Infatti, se l'ostacolo primo ad ogni nuova pratica medica è costituito dal vincolo del rispetto dell'integrità umana, dire se l'uomo non possa disgregarsi o se, invece, possa, equivale a dire “no” o “sì” ai casi bioetici in modo finalmente chiaro (e, forse, anche definitivo) ma la concezione che l'uomo ha di sé resta non univoca, non certa, ma discussa e frammentata tra coloro che partecipano all'agone teoretico (ed anche scientifico)»¹⁸.

17 C. Gamboa Montejano, *Maternidad subrogada. Estudio teórico conceptual y de derecho comparado*, in “Av. Congreso de la Unión”, Num. 66, 2010, p.2.

18 A. Pizzo, *Una questione bioetica: la maternità surrogata. Problematica e prospettive*, in www.mondodomani.org, sito consultato il 16.02.2015.

Nonostante ciò, risulta necessario che il vuoto legislativo esistente venga in qualche maniera colmato dal diritto, mediante norme giuridiche finalizzate a proteggere le parti coinvolte in tale pratica, specialmente quelle già sopraindicate come “le più deboli”.

3. LA SURROGAZIONE DI MATERNITÀ IN SPAGNA

Anche in Spagna, così come in Italia, la maternità surrogata è proibita. Difatti, l'articolo 10 della legge 14/2006 la ritiene illegale¹⁹. Ciononostante, essa viene ritenuta, per una serie di ragioni che saranno in seguito illustrate, una delle più permissive a livello mondiale. Innanzitutto, occorre ricordare che qualche anno più tardi rispetto a tale legge sono state emanate dalla “Dirección General de Registros y del Notariado”, soprattutto con l'obiettivo di salvaguardare l'interesse del minore, dei provvedimenti finalizzati a consentire l'iscrizione negli appositi registri della filiazione ottenuta mediante l'utilizzo di tale tecnica, realizzate fuori dalla Spagna, in quei paesi i cui ordinamenti lo permettono²⁰. Da ciò si deduce, naturalmente, che anche gli spagnoli, così come gli italiani, si recano all'estero per poter diventare genitori mediante surrogazione di maternità. In Spagna, però, si pone un ulteriore problema, che sarà di seguito analizzato, ossia quello del diritto delle coppie gay, che hanno regolarmente contratto matrimonio, di iscriverne nei registri di stato civile i figli nati all'estero da madre surrogata. Dunque, qui il tema diventa ancora più complesso rispetto al nostro paese, dove come ben sappiamo, il matrimonio tra persone dello stesso sesso non è assolutamente consentito.

Così come in Italia, anche qui si considera madre colei che partorisce, sarà perciò la gestan-

te ad essere legalmente ritenuta madre del neonato e non una eventuale altra madre biologica. Anche se, occorre dire che «la giurisprudenza tutela in modo molto forte il legame biologico e raramente fornisce qualche piccolo segno di riconoscimento della filiazione sociale»²¹.

La surrogazione di maternità ha dato vita a grandi dibattiti anche in Spagna, dove il diritto di procreare, oltre ad essere ritenuto un diritto fondamentale della persona, ed in quanto tale considerato alla pari del diritto alla vita e all'integrità fisica, è stato riconosciuto, in virtù di quanto sostenuto in tutte le Convenzioni dei diritti fondamentali dell'Unione europea, quale diritto spettante anche alle donne single, alle coppie omosessuali ed altresì, in virtù del diritto di non discriminazione, anche agli uomini single²². Va da sé che ci si trova, come già sopra accennato, dinanzi ad una questione molto complessa e dai numerosi risvolti, non solo legali ma soprattutto morali e dunque etici.

Partendo dal presupposto che non si può non tener conto dell'evoluzione scientifica e né tantomeno la si può arrestare, tutto ciò che si può fare è discutere degli aspetti positivi e di quelli negativi di tale pratica, o per lo meno tentare di farlo nella maniera più obiettiva e giudiziosa possibile. «Significativamente, la SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2011 se atreve a trazar una definición del convenio de maternidad por subrogación, indicando que “consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos»²³. Tale definizione sembra essere una delle più complete tra quelle analizzate, in quanto oltre a ritenerla un contratto a titolo oneroso o gratuito, riconosce la possibilità di diventare padri e madri, non solo ai coniugi legalmente sposati o conviventi more uxorio (sia eterosessuali che omosessuali) bensì anche ai single.

21 C. Forder, *La procreazione assistita nel quadro dei diritti dell'Uomo*, in *Politica del diritto*, n. 3, 1999, p. 371.

22 Cfr. A. B. Loperena, cit. p. 5.

23 *Ibidem*.

19 L'articolo 10 della legge 14/2006 afferma che: *será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.*
2. *La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.* 3 *Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.*

20 Cfr. A. B. Loperena, *La maternidad subrogada en España*, Trabajo de fin de Master, Madrid, 2014.

Ad ogni modo, ciò che risulta interessante è l'analisi della situazione attuale, vale a dire quella successiva all'emanazione della sentenza del Tribunale Supremo spagnolo del 6 febbraio 2014. «*El caso del matrimonio homosexual ha llegado finalmente al tribunal supremo. Era el momento que todos los expertos y personas involucradas esperaban. Las partes recurrentes enfocaron en general el recurso sobre la infracción del art. 14 CE, por vulneración del principio de igualdad*»²⁴. Si affermò in particolare che: «1. No permitir la inscripción en el Registro Civil español a favor de los recurrentes de la filiación por naturaleza de los niños nacidos en California resultaría discriminatorio; 2. no reconocer la filiación vulneraría el interés superior de los menores visto que los mismos tienen derecho a una identidad única, derechos tutelados por la Convención de Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 2 de noviembre de 1989 y en fin el reconocimiento de los hechos que constan en la resolución extranjera no vulneran el orden público internacional español»²⁵. Come appare evidente, si tende a sottolineare anche in questo caso, innanzitutto, l'interesse superiore del minore, sia per quanto riguarda l'iscrizione nei registri di stato civile, anche al fine di evitare una eventuale sua apolidia, sia a fare in modo che vengano rispettati i diritti del fanciullo dettati dalla Convenzione di New York del 1989. A ciò, occorre aggiungere che, al fine di impedire il traffico internazionale di minori, e proteggere sia i suoi interessi che quelli della donna gestante la quale, come già sopra accennato, deve essere capace di intendere e di volere e prestare liberamente il proprio consenso a tale pratica, la Spagna ha stabilito quale requisito fondamentale per l'iscrizione dei nati tramite surrogazione, la presentazione dinanzi all'incaricato dell'Ufficio di stato civile di una risoluzione giudiziale emanata dal tribunale competente nel paese dove è avvenuta la nascita, la cui finalità è proprio quella di appurare l'effettivo compimento dei requisiti previsti dal paese dove la procedura in questione è stata formalizzata.

24 F. A. Zenna, *La gestación por sustitución en España. La situación actual tras la STS de 6 de febrero de 2014*, in www.elderecho.com/tribuna/civil/gestacion_por_sustitucion-gestacion_solidaria_11_680680001.html, sito consultato il 16.02.2015.

25 *Ibidem*.

Con la sentenza sopra citata, la Corte suprema spagnola stabilì l'impossibilità per le coppie omosessuali di trascrivere nei registri di Stato civile i figli nati all'estero mediante surrogazione. Tale decisione venne giustificata con il "rispetto dell'ordine pubblico spagnolo". Nella fattispecie, si trattava di un bambino nato in California e che la coppia omosessuale spagnola desiderava portare nel proprio paese di origine e provvedere all'iscrizione nell'apposito registro di Stato civile. La Corte precisò che, in tali casi, neppure l'interesse superiore del minore può essere ritenuto sufficiente a conseguire risultati che rimangono comunque contrari alla legge spagnola e che la stessa non poteva in tali casi sostituirsi al legislatore. «In casi come questo devono ponderarsi tutti i beni giuridici in gioco, nonché i principi di rispetto della dignità della gestante ed anche l'interesse del minore di non essere oggetto di traffico commerciale»²⁶.

Successivamente, ossia in data 26 giugno 2014, la Corte di Strasburgo ha pronunciato una sentenza nella quale afferma che il rifiuto di riconoscere la paternità per i nati mediante surrogazione, contrasta con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, obbligando così la Francia a trascrivere negli appositi registri l'atto di nascita di tre bambine nate da madre surrogata. Tale sentenza, anche se non riguarda direttamente la Spagna, costituisce, naturalmente, un precedente per tutti i paesi dell'Unione europea. Tutti gli Stati firmatari della Convenzione sopra menzionata saranno, perciò, tenuti a riconoscere la filiazione determinata all'estero e dunque ad iscrivere direttamente i nati negli appositi registri. Quanto detto vale anche per i figli delle coppie omosessuali, ma solo dove è riconosciuto il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Per meglio intenderci, la gestazione deve avvenire in un paese dove è previsto il matrimonio egualitario e tale matrimonio deve essere riconosciuto anche nello Stato ricevente.

Considerato quanto si è affermato precedentemente con riguardo ad altri paesi, non si

26 P. Passaglia, *La fecondazione eterologa*, in www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_fecondazione_eterologa_201406.pdf, p. 84, sito consultato il 02.03.2015.

può non tenere in considerazione, a maggior ragione allorché si analizza la questione della surrogazione di maternità in un paese dove il matrimonio tra persone dello stesso sesso è ritenuto legale a tutti gli effetti ormai da anni, che è necessario ripensare alle ragioni che spinsero i legislatori dei vari Stati a vietare la pratica oggetto di analisi.

«En España, la realidad del mundo homosexual ya tiene un reconocimiento no sólo social sino, también, jurídico del que es exponente singularmente significativo la admisión por la Ley 13/2005, de 1 de julio, del matrimonio entre personas del mismo sexo, cuya constitucionalidad, además, ha reconocido la reciente sentencia 198/2012 de 6 de noviembre (RTC 2012/198), dictada por nuestro Tribunal Constitucional en el recurso de inconstitucionalidad 6864/2005»²⁷. Inoltre, risulterebbe alquanto difficile far finta che non esista il turismo riproduttivo con le sue, talvolta, inevitabili conseguenze negative «...el derecho no puede obviar la realidad cada vez más creciente de parejas espasolas (especialmente homosexuales) que viajan a otros países donde la gestación por sustitución está permitida»²⁸. Per di più, il turismo riproduttivo dà origine ad una discriminazione tra classi sociali differenti. Essendo alquanto costoso, non è accessibile a tutte le coppie, bensì solo a coloro che godono di un certo benessere economico. Tirando le fila del discorso, può dunque osservarsi che la mancanza di un'apposita disciplina sulla surrogazione di maternità, non produce affatto l'effetto desiderato, ossia la non realizzazione della suddetta pratica perché contraria al buon costume o per i più svariati motivi sopra elencati (sfruttamento delle donne, mercificazione del corpo umano e dei bambini etc. etc.), bensì consente che la stessa si realizzi ma in condizioni talvolta sconvenienti ed inopportune, e oserei dire anche accentuando quelle stesse conseguenze negative che la proibizione di tale pratica do-

vrebbe, invece, tendere ad evitare. A questo, si aggiunge l'evidente tendenza di demandare all'organo giudiziario il compito di decidere nei vari e ormai sempre più frequenti casi di surrogazione che coinvolgono le coppie europee, sia eterosessuali che omosessuali.

«La hipotética regulación de la gestación por sustitución daría pues una respuesta a una creciente demanda social, supondría un obstáculo al turismo reproductivo, constituiría un instrumento para garantizar el derecho a la reproducción de cierta parte de la población, ofrecería seguridad jurídica a las partes, y permitiría un control legal de las condiciones para no incurrir en situaciones de explotación o de falta de ética»²⁹.

4. PROBLEMATICHE CONCERNENTI IL NASCITURO E LA MADRE SURROGATA

La surrogazione di maternità pur non essendo, come sopra si è specificato, una pratica utilizzata solo di recente, fa sorgere numerose problematiche che hanno a che fare sia con il nascituro e sia con la madre surrogata. Diventare genitori costituisce nella vita di ognuno di noi un evento così importante al punto da indurci a riflettere più che sugli eventuali aspetti negativi legati a tale "metodo", principalmente sui riflessi positivi: primo tra tutti quello di realizzare il desiderio di una coppia infertile. Pertanto a mio avviso, quando si parla di maternità surrogata è necessario mettere il tutto sul piatto della bilancia.

I rischi legati a tale pratica non sono innumerevoli come taluni sostengono né tantomeno insuperabili. È anche vero che in passato si è assistito a casi in cui il neonato diveniva oggetto di contesa tra la madre surrogata e quella committente, controversie, però, che sono finite dinanzi al giudice e risolte nella maggior parte dei casi³⁰ sulla base del criterio di ragionevolezza.

²⁹ *Ibidem*, p. 19.

³⁰ Si veda il caso Baby M. che nel 1986 generò negli Stati Uniti un dibattito molto animato. Si trattò di un caso giurisprudenziale in cui il neonato era conteso tra le due donne. Dunque per la prima volta un giudice si trovò a dover risolvere la delicata questione, con numerose implicazioni etiche oltre che giuridiche, di chi in quel caso specifico doveva essere considerata la madre. Dunque venne meno quel principio richiamato

²⁷ B. Varela Aufrán, *La protección social de la maternidad no biológica*, in *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n. 3, Editoriale Aranzadi, Sa, Pamplona, 2013, p. 2.

²⁸ N. I. González, *La inmutabilidad del principio "mater semper certa est" y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España*, in *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n. 21, gennaio 2015, pp 16-17.

Presumo che la maggior parte di noi sia concorde nel ritenere che ogni bambino dovrebbe nascere in una situazione che potremmo definire “ordinaria” nel senso di normale, vale a dire da due genitori di sesso opposto. Dunque, non in una situazione “straordinaria” come potrebbe essere definita quella della surrogazione di maternità, «tuttavia non è chiaro quale sarebbe il modo in cui tutti i bambini nascono: non esiste un modo tipico in cui tutti i bambini nascono; e non esiste un modello unico e assoluto da imitare o, peggio, da imporre»³¹.

Si discute molto delle “influenze” connesse all’ambito psicologico del bambino, ossia sulle eventuali conseguenze negative che potrebbero ripercuotersi sulla sua psiche una volta conosciute le modalità della sua nascita. Ma, ritengo che affrontare tale questione sia come discutere sul sesso degli angeli, ci saranno, difatti, bambini nati da madri surrogate che riceveranno il giusto amore dai loro genitori perché desiderati, e allo stesso tempo bambini che potranno subire, alla pari di quelli nati in una famiglia “normale” un amore opprimente o addirittura ossessivo. «*El vínculo temprano y primordial entre la madre y el hijo es fundamental para establecer lazos posteriormente, para cimentar la autostima, la confianza básica y la seguridad interior, pero no es un vínculo biológico sino fundamentalmente psicológico*»³².

In ogni caso, tale questione non essendo prettamente né giuridica né filosofica, la si lascia agli esperti di psicologia e si ritiene maggiormente utile analizzare ulteriori problematiche che possono sorgere e che realmente sono già sorte in passato dall’impiego di tale metodo. Prima si è menzionato il caso di Baby M. e dunque la situazione in cui il neonato viene ad essere conteso tra le due madri. Esso fu in assoluto il primo caso del genere ad essere discusso dinanzi ad un’aula di Tribunale. La Cor-

31 C. Lalli, *Libertà procreativa*, Hoepli, Milano, 2004, p.155.

32 J. M. Camacho, *Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores*, in www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf, p. 13, sito consultato il 06.03.2015.

te dichiarò nullo il contratto di surrogazione, ma ciononostante dispose l’affidamento della minore alla coppia committente, motivando tale decisione come la migliore con riguardo all’aspettativa di vita della neonata. I genitori biologici, difatti, avrebbero potuto garantirgli un futuro migliore rispetto alla madre biologica, che nel frattempo si era separata dal marito. Dunque, la custodia si doveva definire cercando il miglior interesse del minore.

Ulteriori questioni, altrettanto importanti e presumibilmente più complesse sorgono allorché ci si viene a trovare dinanzi ad un feto che non è sano. Il rischio che si corre in tali casi è che la surrogazione possa ridurre il bambino alla pari di un “prodotto commerciale” ed in quanto tale, esistendo “un’aspettativa di perfezione” potrebbe ripetersi quanto accadde nel 2010 a Vancouver. Una coppia desiderosa di avere un figlio affidandosi a tale pratica, scoprì che il feto era affetto da sindrome di down e di conseguenza decise che la soluzione migliore sarebbe stata l’aborto, ma la madre surrogata mostrò il suo disaccordo. In tale caso, il problema consisteva nell’interpretazione del contratto stipulato tra le parti, si finì anche questa volta dinnanzi al giudice. La vicenda si concluse con l’aborto del feto malato. Certo, in questo caso la logica commerciale risulta alquanto evidente e ci confonde, anzi direi che ci spiazzava completamente. Difatti, il nascituro viene trattato, come già sopra indicato, alla stregua di un prodotto, ed in quanto tale deve rispettare determinati “standard”, diversamente, ossia nel caso in cui il prodotto sia difettoso, i committenti godono del diritto di recesso. Ma fortunatamente, si è trattato di un caso eccezionale, utilizzato come esempio al fine di mettere in evidenza che il contratto di maternità surrogata implica conseguenze che vanno ben al di là di quelle di un qualsiasi altro contratto. Quando si ha a che fare con la vita umana sorgono sempre numerosi e complessi problemi che difficilmente si risolvono mediante un mero “contratto”. A dimostrazione di quanto appena sostenuto, vi sono i numerosi casi di surrogazione risolti in un’Aula di Tribunale.

Emblematico è, altresì, il caso che vede come protagonista una coppia giapponese formata

da Yuki e Ikufumi Yamada, che decise di avere un figlio mediante surrogazione di maternità in India. Il materiale genetico fu apportato dal marito Ikufumi e dalla madre surrogata. Tutto procedeva secondo i piani fino a quando i coniugi decisero di separarsi e ciò accadde prima della nascita della bimba. La ormai ex moglie di Ikufumi espresse chiaramente le sue intenzioni, ossia di non volere più crescere la bambina, biologicamente non sua. Mentre il padre, al contrario, voleva portarla con sé a Tokio, ma dovette scontrarsi da un lato con una legge indiana che prevedeva che gli uomini single non possono adottare neonati di sesso femminile, e dall'altra con l'assenza di una legge indiana *ad hoc*. Dunque, il vuoto legislativo e la legge di cui sopra, gli impedirono di portare fuori dal paese la neonata, sebbene lui fosse il padre biologico. Nonostante i numerosi tentativi per portare la figlia in Giappone, Yamada non riuscì ad ottenerne l'affidamento, la bimba rimase con la nonna paterna ma sempre in India. Per la prima volta, una bimba nata in quel paese mediante la tecnica di surrogazione di maternità rischiò di rimanere senza genitori. Ci si trovò, difatti, come sopra specificato, dinanzi ad un vuoto legislativo. La questione venne risolta mediante una sentenza del Tribunale Supremo indiano che affidò la bambina al padre genetico ed affermò la legalità della surrogazione di maternità.

Trattandosi di un contratto, è evidente che possono sorgere questioni tali da indurre le parti a pretendere la rescissione dello stesso, ed è proprio per tale ragione, e dunque per cercare di ovviare alle numerose problematiche che, potenzialmente, possono sorgere da una surrogazione di maternità, che sono nati degli studi legali che si occupano prevalentemente di assistenza alle coppie intenzionate ad avere un figlio mediante tale pratica, fornendo loro assistenza legale e predisponendo contratti *ad hoc*.

Un ulteriore, e per certi aspetti più serio problema, che può sorgere dalla messa in atto di tale pratica, consiste nella possibilità che il bambino possa ritrovarsi nello *status* di apolide³³. Problema, questo, che sorge soprattutto

33 Ad esempio il Caso *Re X and Y* del 2008 giunto dinanzi alla High Court. Nel caso di specie la madre surrogata era ucraina e la gestazione era avvenuta nel suo paese.

a causa sia delle differenze esistenti tra le leggi sulla cittadinanza dei vari paesi, sia a causa delle diverse legislazioni in tema di surrogazione di maternità, in parte già in precedenza menzionate³⁴. Del resto, nella maggioranza dei casi, madre surrogata ed aspiranti genitori provengono da paesi distinti, e ciò ha comportato il verificarsi di situazioni in cui i nati mediante tale pratica non sono stati subito riconosciuti da un altro paese come loro cittadini e pertanto si sono rese necessarie delle pronunce giudiziali per consentire l'iscrizione nei registri di stato civile. Perciò, sia gli aspiranti genitori che la madre surrogata, ma soprattutto i neonati, possono ritrovarsi in una situazione di vulnerabilità estrema, soprattutto nel caso in cui gli accordi iniziali non vengono rispettati per la sopravvenienza di nuove ed inaspettate problematiche.

A tal riguardo, si può ricordare la recente sentenza della Corte Suprema di Cassazione italiana che non lascia adito a dubbi, disponendo che il nostro paese non riconosce la surrogazione di maternità, per cui il bambino nato mediante tale pratica è come se fosse "figlio di nessuno"³⁵. La Corte ha tenuto a precisare che

Per il diritto ucraino, i genitori del bambino fin dalla nascita erano i componenti della coppia committente; mentre per il diritto britannico la coppia committente necessitava dell'ordinanza emessa dalla Corte. In questo caso il neonato rischiava non solo di divenire apolide, bensì di rimanere senza "genitori".

34 Gli aspiranti genitori, infatti, possono essere per legge ritenuti tali a tutti gli effetti in un determinato paese, mentre per la legge di un altro paese, può essere ritenuta tale, la madre surrogata. Oppure, si può anche giungere ad un accordo di maternità surrogata e dunque alla stipula di una sorta di contratto, ed in quanto tale giuridicamente vincolante. O ancora, in taluni paesi, ad esempio, tale questione viene vista come qualcosa che non può mai essere ritenuta oggetto di accordi giuridicamente vincolanti.

35 Nel caso di specie nessuno dei coniugi ha apportato materiale genetico, essendo entrambi sterili. Dunque né il marito, né la moglie erano in grado di procreare, e la madre surrogata non era rintracciabile perché aveva espresso chiaramente il desiderio che il suo nome non figurasse sul certificato di nascita. Si tratta di una caso particolare perché nonostante in Ucraina la maternità surrogata è legale e pertanto risulta essere disciplinata da un'apposita legge, quest'ultima prevede che almeno il 50% del patrimonio genetico venga apportato dalla coppia committente, ed evidentemente nel caso di specie ciò non era avvenuto.

il divieto in questione non è stato “travolto dalla declaratoria di illegittimità costituzionale parziale dell’analogo divieto di fecondazione eterologa”, pronunciato dalla Consulta con la sentenza 162 del 2014.

Si discute anche di “sfruttamento del corpo femminile” soprattutto con riferimento a quelle donne che versano in condizioni economiche alquanto precarie, per esempio le donne indiane. Quest’ultime, spesso anche per incomprensione linguistica, in quanto appartenenti ai ceti più bassi della società e parlando unicamente un dialetto incomprensibile ai molti, non possono essere compiutamente informate sugli obblighi scaturenti dal contratto e né dei rischi a cui vanno incontro, o alle scelte che non potranno prendere. A tal riguardo, mi vengono in mente i casi in cui il feto, per un motivo o per un altro, possa risultare malformato e dunque la sottoposizione ad un eventuale aborto nei casi in cui le coppie committenti abbiano così, preventivamente, deciso. È giusto approfittare dell’estrema povertà di una donna che risulta essere, proprio per tale motivo, vulnerabile ed “utilizzarla” come strumento per la gestazione ed il parto di un figlio che poi di fatto non sarà suo? Dare una risposta a tale interrogativo non è affatto semplice. Si potrebbe riflettere sui motivi che spingono tali donne a diventare madri surrogate. Probabilmente alcune di loro preferiscono sottoporsi a tale pratica anziché cimentarsi in un lavoro più “duro” o addirittura meno dignitoso, mentre ad altre è probabile che non venga lasciata alcuna ragionevole alternativa. Ma si tratta solo di supposizioni, anche se, il solo pensiero di essere d’accordo con una pratica che renda quanto sopra descritto legittimo, risulta alquanto riprovevole. Per cui, vediamo che esistono degli argomenti a favore della surrogazione ed altri, evidentemente, contrari. Ma solo una legge statale può disciplinare tale pratica e presumibilmente renderla, anche se non per forza moralmente accettabile, si ricorda a tal proposito che l’aborto in Italia continua per molti a non esserlo nonostante esista una legge risalente al 1978, quantomeno maggiormente sicura e tendente a garantire il più possibile i diritti delle parti coinvolte.

Ben diversa, per ovvie ragioni, è la situazione delle donne americane, anche se nemmeno loro sono esenti da rischi o da obblighi quali ad esempio: nutrirsi sufficientemente, non bere sostanze alcoliche, non fumare etc. Ma naturalmente, tali aspetti vengono discussi già nella fase che potremmo definire “preparatoria”, dagli avvocati che lavorano negli ormai numerosi studi legali dedicati a tutelare le coppie committenti nei vari paesi del mondo.

Quelle elencate sono solo alcune delle problematiche connesse con la surrogazione di maternità, naturalmente essendo ogni caso differente dall’altro, si potrebbero ipotizzare innumerevoli altre problematiche, quali ad esempio la morte di uno dei coniugi committenti nel periodo di gestazione, o un eventuale cambiamento di idea di uno di loro (caso realmente accaduto). Ma per il momento credo che sia sufficiente quanto già detto, e che sia altresì utile prendere in considerazione anche gli aspetti positivi scaturenti da tali accordi. In parte già qualcuno di essi è stato individuato ed analizzato, ma sarebbe opportuno mettere in evidenza anche che il figlio nato da surrogazione di maternità è pur sempre una vita umana, una vita che non sarebbe mai esistita senza l’utilizzo di tale metodo. E da una lettura riguardante le esperienze delle famiglie che hanno avuto figli mediante tale procedimento, si è potuto notare che nessuno di loro ha particolari problemi psicologici legati al fatto di essere nato da una madre diversa da quella biologica o che comunque lo ha poi allevato ed educato in una famiglia come tutte le altre, con più o meno problemi.

Per concludere, ritengo che i testi di bioetica, nonché le leggi che regolano le questioni da essi trattati invecchiano rapidamente e non abbiano, dunque, la capacità di stare al passo coi tempi. Mentre la società si evolve, i pregiudizi restano. Se i vari Stati, anziché vietare l’utilizzo di tale pratica, come se si trattasse, necessariamente, di un metodo che genera solo conseguenze negative, si decidessero a tutelare le parti coinvolte, in maniera tale che le donne potessero liberamente scegliere di portare avanti una gravidanza per conto di un’altra coppia, avremmo anche conseguenze positive. Queste consisterebbero, prima di tutto

nella nascita di nuovi esseri umani e poi, nella soddisfazione del desiderio di talune coppie di diventare genitori, che diversamente verrebbe loro negato. Ed affinché ciò accada è necessario, naturalmente, che la futura madre surrogata decida con coscienza, consapevole delle proprie azioni e degli atti dispositivi del proprio corpo e dunque nella più totale libertà di fare ciò che tale pratica implica, e soprattutto di accettare consapevolmente tra le varie conseguenze, ad esempio, anche la separazione dal bambino subito dopo il parto.

Se, anziché focalizzarsi solo sulle problematiche che potrebbero da essa scaturire, ci concentrassimo, invece, sulla felicità di una coppia sterile nel poter crescere un bambino, giudicheremmo in maniera diversa la questione. Del resto, anche il diritto alla felicità è un diritto spettante ad ogni essere umano, al punto che taluni paesi lo hanno inserito nelle loro Costituzioni, e lo ritroviamo altresì nella Dichiarazioni di indipendenza degli Stati Uniti.

Le coppie con problemi di fertilità continuano a rivolgersi a quei paesi dove la surrogazione di maternità è consentita. Ma tale opportunità è concessa solo a coloro che godono della possibilità economica per farlo. E gli altri? Gli altri, proprio come figli di un Dio minore, si ritrovano costretti a rimanere senza prole, soprattutto se si considera che l'iter burocratico da percorrere per adottare un bambino risulta alquanto lungo e difficoltoso come già sopra messo in evidenza.

Dunque anche per tali ragioni, una legge che protegga gli interessi, innanzitutto del nascituro, poi delle madri surrogate e dei coniugi committenti, migliorerebbe la vita di un numero considerevole di persone. D'altronde, una sua mancanza o ancor peggio un vero e proprio divieto di maternità surrogata non impedisce che tale pratica si realizzi, come abbiamo ben potuto constatare. Una disciplina apposita, potrebbe presumibilmente, se non annullare definitivamente, quantomeno limitare le conseguenze a cui ha dato vita il divieto di cui si discute, rappresentato tra le altre, anche dal business creato da ormai numerosi studi legali, che trascende ogni implicazione etica ed ogni potenziale sfruttamento del corpo della donna o di quelle donne bisognose di

denaro. Nonché, implica l'impossibilità, di cui si è già sopra discusso, per chi non appartiene ad una determinata classe sociale di diventare genitore. Solo una legge *ad hoc*, potrebbe se non annullare definitivamente, quantomeno limitare e di molto le problematiche che allo stato attuale vengono risolte quasi esclusivamente dinanzi all'organo giudiziario. A tal proposito, è interessante la posizione assunta dalla "Family Court" inglese nella recentissima sentenza dello scorso 13 marzo 2015. Ebbene, la Corte, mediante tale decisione, ha disposto l'adozione di una coppia di gemelli nati in seguito ad un accordo di surrogazione di maternità in Ucraina a dei coniugi inglesi, nonostante l'accordo fosse privo di alcuni dei requisiti fondamentali previsti dalla stessa legge inglese. Difatti, non solo i coniugi avevano, anche in questo caso, superato l'età prevista dalla legge per le adozioni, ma mancava, altresì, il cosiddetto "parental order" in quanto la madre surrogata era irrintracciabile e dunque non poteva rinunciare ai diritti sui gemelli, oltre al fatto che non vi era neppure la possibilità di sapere se gli ovuli fossero suoi o della madre committente. Ciononostante, e tenendo in considerazione che vi era, altresì, l'impossibilità di notificare il provvedimento, la Family Court, dando priorità all'interesse dei minori, i quali, in caso contrario si sarebbero ritrovati senza genitori, e considerando altresì il loro "duraturo benessere", ha ordinato l'adozione a favore dei coniugi committenti³⁶. Questa sentenza, così come le altre esaminate, può sollevare numerose critiche. Del resto, si tratta di questioni evidentemente controverse di bioetica, ed in quanto tali complesse e quasi mai passibili di soluzioni univoche. A tal riguardo, sicuramente l'applicazione del requisito della ragionevolezza, utilizzato dalle varie Corti nella maggior parte dei casi citati nel presente lavoro, rappresenta l'unico strumento disponibile per giungere ad una "soluzione". «Nella ragionevolezza è compresa, se così posso dire, l'idea di una razionalità...più giusta»³⁷. Così,

36 Si veda anche www.marinacastellaneta.it/tag/maternita-surrogata, sito consultato il 10.03.2015.

37 A. Spadaro in *La ragionevolezza nel diritto*, a cura di M. La Torre e A. Spadaro, Torino, 2002, p. 415.

nonostante talune Corti abbiano deciso di non rifarsi interamente, ad esempio, alla legislazione sulle adozioni, esse hanno tenuto sempre conto, al fine di risolvere una determinata problematica, dell'unico punto di incontro dei vari pensieri e delle varie ideologie, ossia la ragionevolezza. «Naturalmente bisogna ammettere che le decisioni e le procedure giuridiche caratterizzate dalla ragionevolezza sono più discrezionali e meno oggettive delle altre, ma parimenti si deve riconoscere che esse, nonostante (la talora solo apparente) minore oggettività, presentano il non trascurabile vantaggio di “sembrare più umane e meno ingiuste rispetto alle altre. In questo senso, esse riducono il tasso di conflittualità sociale proprio perché sono meno rigide e automatiche, essendo prese *in relazione* al singolo caso concreto. Tali decisioni, mostrano un ordinamento dal volto flessibile, continuamente capace di adattarsi alle mutevoli situazioni di vita dei consociati».³⁸

5. IMPLICAZIONI ETICHE

Come tutte le questioni bioetiche, anche la maternità surrogata, inevitabilmente, crea numerosi conflitti di carattere morale e dunque etico, che pur differenziandosi da quelli legali o giuridici, risultano spesso essere piuttosto connessi tra di loro. Ad esempio, la stessa etica Kantiana suggerisce che è sbagliato “usare” qualcuno come mezzo per raggiungere un fine. Da ciò, si potrebbe evincere che la maternità surrogata sia ingiusta ed immorale perché si “utilizza” una donna come strumento per mettere al mondo un figlio che sarà, poi, di qualcun altro. In generale, occorre anche dire che «la procreazione si configura come materia bioticamente rilevante in relazione alla disponibilità di modalità d'intervento e di tecniche destinate a incidere sull'inizio della vita, che ne hanno fatto un ambito controllabile e assoggettato a scelte, sottraendolo, al tempo stesso, al caso ed alla necessità»³⁹. Così, sia la surrogazione di maternità che la procreazione assistita

³⁸ *Ibidem*, p. 419.

³⁹ P. Borsellino, *Bioetica tra “moralì” e diritto*, Milano, 2013, p. 229.

e l'aborto, si configurano come questioni moralmente controverse. Se ne parla spesso, forse anche troppo, in particolare con riferimento all'aborto, già disciplinato, nel nostro paese da un'apposita legge, ma ancora oggi fonte di inesauribili controversie sul piano morale, difatti la percentuale dei medici obiettori di coscienza continua a rimanere altissima.

La legge 40/2004, già sopra citata, è palesemente caratterizzata da innumerevoli contraddizioni, difatti, proprio per tale ragione ha dato origine a numerosi dibattiti. Si è discusso soprattutto di incostituzionalità di talune sue disposizioni, in particolare per violazione dell'art. 32 della Cost., ma non solo, la stessa legge ha generato forti dubbi sulla sua ragionevolezza, e sull'esistenza di un contrasto con lo stesso principio di uguaglianza sempre previsto dalla nostra Costituzione⁴⁰.

Le nuove tecniche riproduttive, in generale, provocano conflitti etici che andrebbero risolti nella maniera più “pacifica” possibile, al fine di garantire gli interessi, o per meglio dire i diritti di tutti gli individui coinvolti o comunque del maggior numero di essi.

Con riferimento alla tematica in questione, vi sono, chiaramente, delle teorie favorevoli e delle teorie contrarie, che sono formulate sulla base dei risvolti positivi e negativi a cui essa può dare origine. Del resto, trattandosi di una questione molto sensibile, inevitabilmente fa nascere numerosi pregiudizi etico-morali. I diritti che entrano in conflitto sono molteplici: la libertà individuale, l'uguaglianza, il diritto di procreare e dunque di creare una famiglia, il diritto alla riservatezza, la dignità umana etc. Tutte questioni, queste, che si prestano a differenti interpretazioni.

Oltre alle problematiche già accennate nei ⁴⁰ È utile ricordare che tale legge è stata dichiarata incostituzionale con la recente sentenza n.162 del 2014, mediante la quale la Corte, nello specifico, provvede a dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 4 comma 3, facendo così cadere il divieto di ricorrere a tecniche di procreazione medicalmente assistite di tipo eterologo, nei casi in cui sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili. E di conseguenza anche le correlate sanzioni previste dalla medesima legge per il ricorso a tale pratica vengono dichiarate incostituzionali. Art. 12, comma 6, legge 19 febbraio 2004 n. 40.

precedenti paragrafi, oggetto di discussione è anche la questione se la donna possa disporre come meglio ritiene del proprio corpo e nella fattispecie della sua capacità riproduttiva. Mediante la surrogazione di maternità si trasforma una donna in una sorta di incubatrice vivente o, piuttosto si mette a disposizione una delle parti più intime del proprio corpo al fine, però, di consentire ad un'altra donna, o per meglio dire ad una coppia, di formare una famiglia e dunque di conseguire un obiettivo ritenuto meritevole di tutela da parte dell'ordinamento giuridico? Rispondere a tale interrogativo, evidentemente, non risulta semplice.

Tutt'al più si potrebbe fare un elenco degli argomenti favorevoli e di quelli contrari alla surrogazione di maternità, ma non so quanto questo possa essere utile. Ciò anche perché è alquanto difficile che esistano casi identici l'uno all'altro e dunque possedere un elenco non ci renderebbe la vita più semplice, nel senso che trattandosi, come più volte ripetuto, di fenomeni complessi e di diversa natura nonché soggetti al controllo ed alla scelta dell'uomo, probabilmente si peccherebbe di presunzione nel sostenere in assoluto una tesi favorevole oppure contraria a tale pratica. Per taluni potrebbe trattarsi di una sorta di "fabbrica di bambini", per altri l'unica maniera per poter diventare genitori. O ancora, potremmo dire che utilizzare l'utero di una donna estranea alla coppia per poter avere un figlio debba essere considerato immorale. Ma allo stesso tempo, immorale potrebbe anche essere impedire ad un potenziale bambino di venire alla luce. E si potrebbe procedere all'infinito. A questo punto, sarebbe utile rispondere, come sostenuto all'inizio del lavoro, al quesito se esiste un diritto a procreare e quali, eventualmente, sarebbero i limiti da porre a tale diritto. Solo dando una risposta compiuta a tale quesito potremmo avere degli strumenti per trattare in maniera maggiormente adeguata tale questione, che diversamente rimarrebbe sempre soggetta a differenti ed innumerevoli interpretazioni.

Detto questo, e per evitare di sconfinare in ulteriori argomenti, considerato anche che le problematiche inerenti alla madre surrogata e al nascituro sono state già oggetto di discussio-

ne, si potrebbe affermare che le posizioni che si potrebbero assumere al riguardo sono tre: 1. Essere a favore di tale pratica ritenendola moralmente accettabile in qualsiasi caso; 2. Considerarla inaccettabile per le ragioni sopra indicate; 3. Ritenerla ammissibile entro certi limiti, ricollegandola, quantomeno, all'esistenza di un diritto a diventare padri e madri. Personalmente, propenderei per la terza posizione ed è proprio per tale ragione che si ritiene auspicabile che una legge, svincolata il più possibile da ogni pregiudizio, la disciplini, vietando così eventuali abusi e rendendo, invece, leciti gli atti dispositivi del proprio corpo, anche dietro corrispettivo, purché non lesivi della dignità di coloro che prendono parte a tale pratica.

6. CONCLUSIONI

Detto tutto ciò, l'interrogativo che dovremmo adesso porci è senza dubbio quello inerente alla giustezza o meno dell'illiceità di tale pratica nei vari paesi del mondo, riflettendo soprattutto sul fatto che spesso non viene regolamentata in quanto ritenuta contraria al buon costume, o in quanto, come abbiamo visto, porta con sé delle problematiche sia inerenti al nascituro, sia alla madre surrogata così come ai coniugi desiderosi di avere un figlio. Ricordiamo, infatti, che vi sono stati dei casi in cui il bambino è stato conteso tra madre surrogata e genitori biologici o "committenti". Sicuramente, nel momento in cui sosteniamo che essa debba essere regolamentata giuridicamente, e quindi che sia giusto renderla lecita, non possiamo non partire dal presupposto che il "contratto di surrogazione" debba essere realizzato tra adulti responsabili, e con questo intendo dotati di determinati requisiti stabiliti da una legge *ad hoc*, proprio come si fa nel caso delle adozioni. La realizzazione di tale pratica non dovrebbe recare pregiudizio a terze persone, bensì produrre perlopiù effetti positivi, intesi quali benefici per i soggetti implicati, che consisterebbero, con riferimento ai coniugi quello di poter diventare genitori e con riguardo alla madre surrogata, sostanzialmente quello di avere un corrispettivo in denaro, fermo restando che quest'ultima potrebbe anche decidere di porta-

re avanti la gravidanza senza pretendere nulla in cambio, proprio come si fa nel caso delle donazioni, ossia per mero spirito di liberalità.

Risulta fondamentale, come già sopra accennato, la nostra concezione del diritto di procreare, ossia se lo riteniamo o meno quale diritto della persona⁴¹. «In realtà, la procreazione sembra identificarsi più alla stregua di un contenitore complesso, un crocevia di diritti e interessi, anche conflittuali, di principi e valutazioni oggettive, di “funzioni” e responsabilità, di doveri»⁴². Da ciò deriva che la cosiddetta “ricerca della genitorialità” non dovrebbe essere né imposta e né soprattutto vietata. Dunque, da un lato non si può, o quantomeno non si potrebbe imporre mediante norme giuridiche un dovere di procreare, così come non si potrebbe negare tale diritto. «La ricerca della genitorialità (nelle forme in cui la scelta procreativa può realizzarsi) non può essere imposta o vietata; né il diritto può razionalmente adottare misure o meccanismi che incidano (anche indirettamente) sul diritto alla libertà procreativa (come strategie rigide di pianificazione familiare o sanzioni anche solo amministrative o fiscali collegate al numero dei figli)»⁴³. Fermo restando che, nonostante si siano ormai sviluppate nuove e molteplici tecniche di riproduzione, è fondamentale intendere che il desiderio di avere un discendente non può essere inteso come un diritto da realizzare a tutti i costi e dunque senza alcun limite legalmente imposto. Anche per tale ragione, sarebbe auspicabile una legge che regoli, anziché limitarsi a negare, una pratica che di fatto viene realizzata in determinati paesi anche da quelle persone che vivono in uno Stato la cui legge non consente loro di porla in atto. A tal proposito, si è anche parlato di “nuovi confini del diritto”. Quest’ultimo, dovrebbe consentire un ampio margine di oscillazione e dunque di adattamento alle nuove esigenze sociali, affinché possa essere ritenuto utile e dunque indispensabile allo sviluppo del benessere umano.

In definitiva, si ritiene fondamentale valu-

41 A tal riguardo si veda S. Rodotà e P. Zatti, *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2011, p. 1321 e ss.

42 Ibidem.

43 S. Rodotà e P. Zatti, *Trattato di Biodiritto*, cit., p. 1342.

tare la possibilità e quindi l’utilità di una legge che disciplini la surrogazione di maternità anche nel nostro paese. Solo un’apposita legge potrebbe, difatti, stabilire determinati parametri all’interno dei quali le coppie con problemi di fertilità potrebbero poi muoversi ed agire, fissando, altresì, quei limiti necessari ad evitare eventuali lesioni della dignità umana e garantendo la tutela dei rispettivi diritti ai soggetti coinvolti: i nati mediante surrogazione, talune categorie di madri surrogate, specialmente di quelle maggiormente deboli rispetto ad altre, e gli stessi genitori committenti.

Rosaria Mastroianni Ianni è Assegnista di Ricerca presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche, Storiche, Economiche e Sociali dell’Università degli Studi “Magna Graecia” di Catanzaro dove ha conseguito altresì il titolo di Dottore di Ricerca in “Teoria del diritto ed ordine giuridico europeo”.

rosymastroianni@yahoo.it

La presente pubblicazione è cofinanziata con il sostegno della Commissione Europea, Fondo Sociale Europeo e della Regione Calabria, Dipartimento 11 “Cultura – Istruzione – Università – Ricerca – Innovazione Tecnologica – Alta Formazione” della Regione Calabria”. POR Calabria FSE 2007/2013

BIBLIOGRAFIA

G. Batia, *Il contratto di “maternità surrogata”. Riflessioni sul primo caso italiano e considerazioni sullo stato legislativo attuale*, in www.diritto.it.

J. Bautista, *Maternidad subrogada*, in “Actualidad Jurídica Aranzadi”, n. 815/2011, Aranzadi, SA, Pamplona.

P. Borsellino, *Bioetica tra “moralì” e diritto*, Milano, 2013.

J. M. Camacho, *Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores*, in www.fundacionforo.com.

M. Castellaneta, *Maternità surrogata: adozione del parental order nell'interesse del minore*, in www.marinacastellaneta.it.

A. Faraoni, *La Maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Milano, 2002.

C. Forder, *La procreazione assistita nel quadro dei diritti dell'Uomo*, in "Politica del diritto", n. 3, 1999.

C. Gamboa Montejano, *Maternidad subrogada. Estudio teórico conceptual y de derecho comparado*, in "Av. Congreso de la Unión", Num. 66, 2010.

N. I. González, *La inmutabilidad del principio "mater semper certa est" y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España*, in *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n. 21, gennaio 2015.

C. Lalli, *Libertà procreativa*, Milano, 2004.

A. La Torre, «*La c.d. maternità surrogata*» in *Ego e Alter nel diritto delle persone*, Milano, 2011.

M. La Torre e A. Spadaro, *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002.

A. B. Loperena, *La maternidad subrogada en España*, Trabajo de fin de Master, Madrid 2014.

P. Passaglia, *La fecondazione eterologa*, in www.cortecostituzionale.it.

A. Pizzo, *Una questione bioetica: la maternità surrogata. Problematica e prospettive*, in www.mondodomani.org.

S. Rodotà e P. Zatti, *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2011.

B. Salone, *Contrarietà dell'ordine pubblico della maternità surrogata e dichiarazione di adottabilità del minore*, in *Diritto civile contemporaneo*, 7 dicembre 2014.

C. Shalev, *Nascere per contratto*, Milano, 1992.

B. Varela Autrán, *La protección social de la maternidad no biológica*, in *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n. 3, Editoriale Aranzadi, Sa, Pamplona, 2013.

A. J. Vela Sánchez, *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Comares Editore, Granada 2012.

P. Zatti, *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, Milano, 2011.

F. A. Zenna, *La gestación por sustitución en España. La situación actual tras la STS de 6 de febrero de 2014*, in www.elderecho.com.