

LA BIBLIOTECA DI GENERAZIONE FAMIGLIA

ALDO ROCCO VITALE

UTERO IN AFFITO

Questioni etiche e giuridiche



GENERAZIONE FAMIGLIA
LA NOUVEAU POUR TOUS

INTRODUZIONE

Il tema della maternità surrogata (da ora MS) è senza dubbio complesso e articolato, e si è lentamente imposto sulla scena dell'opinione pubblica con alcuni più o meno noti “casi-guida” che hanno tentato e tentano ancora di forzare la disciplina giuridica vigente in Italia.

Prima di ogni ulteriore considerazione, comunque ricognitiva e sintetica data la complessità dell'argomento, occorre effettuare una precisazione terminologica poiché le parole traducono concetti che esprimono delle realtà,¹ e quindi la precisione lessicale esplicita una precisione concettuale che a sua volta si radica sulla dimensione delle essenze delle cose.

Da parte di molti, specialmente dei mezzi di informazione di massa, si tende sempre più ad utilizzare l'espressione “gestazione per altri” (da ora GPA) arrendendosi non solo alla moda della neolingua che crede di mascherare la tragicità di alcune situazioni tramite il *camouflage* dell'eufemismo,² ma arrendendosi soprattutto alla possibilità della razionalità di investigare la realtà e il mondo distinguendo la effettiva sostanza delle cose.

Non si tratta di GPA, infatti, in quanto l'intera operazione si fonda sullo schema giuridico della surrogazione, tipico istituto del diritto civile, per cui un soggetto si surroga, si sostituisce – detto volgar-

* Dottore di ricerca in Storia e Teoria generale del diritto europeo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'università degli studi di Roma “Tor Vergata”.

1 «Il linguaggio è la casa dell'essere»: Martin Heidegger, *Lettera sull'umanismo*, Milano, 1995, pag. 60.

2 Cfr. AA.VV., *Il potere della neolingua*, in *NotizieProVita*, febbraio 2016, n. 38.

mente – nella posizione di un altro soggetto (creditore o debitore), per cui si tratta sicuramente non di GPA, ma di maternità surrogata che, a sua volta, può essere a titolo oneroso (più comunemente definita come “utero in affitto”), cioè effettuata dietro il pagamento di un corrispettivo (a titolo di retribuzione, o a titolo di donazione remuneratoria, o a titolo di rimborso delle spese, o a titolo di “assicurazione” per la salute in pericolo durante la gravidanza ecc.), o a titolo gratuito (più comunemente definita “utero in comodato”), cioè effettuata senza nulla in cambio.³

Lo schema, come già visto, trasferisce e ricalca nell’ambito della procreazione umana quello specificamente giuridico dei rapporti tra creditore e debitore, così che la donna che conduce la gravidanza – diversamente dal comune errore concettuale che spesso affligge chi tratta tali questioni – è e deve essere riconosciuta come “madre surrogante”, poiché attivamente si sostituisce nella conduzione del parto rispetto all’altra donna, cioè la “madre surrogata”, ovvero la donna committente che il più delle volte paga la somma per ottenere il frutto del parto.

Ciò chiarito, e sgombrato il campo dalla confusione lessicale che esplicita la confusione concettuale oggi tanto diffusa, non si può non esaminare la questione della MS con i problemi che la contraddistinguono, dovendosi individuare, per chiarezza, da un lato i problemi più strettamente giuridici e dall’altro quelli più prettamente etici.

Sempre lungo il corso delle presenti riflessioni, saranno analizzate brevemente, altresì, la prospettiva femminista e quella cattolica in tema di MS, e successivamente verranno presi in considerazione non solo alcuni studi di carattere scientifico che non possono essere ignorati allorquando si affronta il problema della MS, ma anche alcune sentenze nazionali ed estere che forniscono l’esemplificazione di quanto complessi siano i problemi che scaturiscono dalla MS.

3 Ulteriori approfondimenti più tecnici in Aldo Rocco Vitale, *Escursioni biogiuridiche in tema di maternità surrogata*, in *Medicina e Morale*, 2/2016, pag. 167-186.

Problemi giuridici.

I problemi giuridici che trovano origine nella pratica biomedica della maternità surrogata sono molteplici, ma, tra tutti, ne emergono almeno tre: la rivendicazione del diritto al figlio; lo status personale dei soggetti coinvolti nell'operazione; l'applicazione della disciplina dei contratti nell'ambito dei rapporti familiari.

Come si evince si tratta di tematiche delicate che necessiterebbero ciascuna di una apposita trattazione a sé stante, ma, data da un lato l'esigenza di chiarificazione alla base delle presenti riflessioni e dall'altro lato la situazione in continua evoluzione, non si può che affrontare in questa sede i predetti problemi in modo unitario.

Per quanto riguarda il diritto al figlio, esso rappresenta una delle ultime frontiere del diritto affermatasi negli ultimi tre decenni e perfezionatasi con la diffusione della MS dapprima tra le coppie eterosessuali come prosecuzione del loro diritto all'autodeterminazione riproduttiva, e infine tra le coppie omosessuali come ulteriore cristallizzarsi dei cosiddetti "nuovi diritti", secondo la formula coniata da Stefano Rodotà.⁴

Ma, prescindendo dal tipo di coppia, se cioè essa sia eterosessuale o omosessuale, è davvero giuridicamente concepibile un diritto al figlio? E contro chi potrebbe essere fatto valere? Contro il proprio partner? Contro la società? Contro lo Stato?

4 « Si parla di un diritto di procreare o di un diritto al figlio; del diritto di nascere e del diritto di non nascere; del diritto di nascere sano e del diritto di avere una famiglia composta da due genitori di sesso diverso, del diritto all'unicità e del diritto ad un patrimonio genetico non manipolato. Andando avanti ci si imbatte nel diritto a conoscere la propria origine biologica e nel diritto all'integrità fisica e psichica, nel diritto di sapere e non sapere; nel diritto alla salute e alla cura, e nel diritto alla malattia o nel diritto a non essere perfetto, con i quali si vuole sottolineare l'inaccettabilità di parametri di normalità, l'illegittimità di discriminazioni o di stigmatizzazione legate alle condizioni fisiche o psichiche. Infine, diritti dei morenti, diritto di morire con dignità, diritto al suicidio assistito. Se, poi, si guarda alla fase precedente alla nascita, si trovano i diritti sui gameti, i diritti dell'embrione, i diritti del feto. E, dopo la morte, rimane aperta la questione dei diritti sul corpo del defunto, soprattutto nella prospettiva dell'espanto di organi » Rodotà S., *I nuovi diritti che hanno cambiato il mondo*, in *La Repubblica*, 26 ottobre 2004 (<http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2004/10/26/nuovi-diritti-che-hanno-cambiato-il.html>)

Il diritto al figlio, con tutta evidenza, non può essere configurato neanche come ipotesi, in quanto essendo il figlio, anche solo concepito e non ancora nato, una persona è come tale sempre e comunque soggetto di diritto e mai oggetto di diritto.

Senza dubbio vi sono delle dimensioni in cui il figlio è considerato oggetto, per esempio nel caso dell'interruzione volontaria di gravidanza, o nel caso della selezione embrionale in cui i figli difettosi vengono letteralmente scartati come la frutta acerba al mercato, ma ciò nonostante il figlio è e resta soggetto di diritto e non oggetto di diritto. Il diritto al figlio, dunque, non può essere né configurato, né rivendicato (tanto dalle coppie eterosessuali quanto da quelle omosessuali) poiché contrasta direttamente con la natura giuridica e la dignità del figlio medesimo.

Altro problema giuridico è quello dello status personale delle persone coinvolte nell'operazione.

Sul punto occorrono chiarezza e pazienza investigativa.

La MS, infatti, spesso presuppone anche la donazione dei gameti (cioè sperma ed ovuli) da parte di soggetti terzi, scelti magari in virtù di alcune loro caratteristiche fisiche, rispetto alla stessa coppia committente, venendosi così ad integrare la pratica della fecondazione eterologa, quella della selezione eugenetica e la MS.

La situazione può essere talmente articolata da vedere coinvolti tutti i seguenti e numerosi soggetti: la coppia committente; la donna che dona o vende il proprio ovulo per la “produzione” dell'embrione; l'uomo che dona o vende il proprio seme per la “produzione” dell'embrione; la donna che conduce la gravidanza.⁵

Come si stabilisce lo status giuridico personale di tutti questi soggetti? Chi è effettivamente il genitore del nascituro? Si dovrà seguire il cosiddetto criterio del “favor legis”, cioè quello per cui saranno

5 A dire il vero può essere presente anche un soggetto in più, in quanto le recenti tecniche biologiche consentono di ricavare un ovulo tramite l'apporto di due donne; pratica proprio recentemente autorizzata dal Ministero della Salute britannico: <http://www.parliament.uk/documents/commons-vote-office/July-2014/22%20July%202014/21.HEALTH-Gov-REsp-Mitochondrial-donation.pdf>

la legge o il contratto a stabilire i ruoli genitoriali prescindendo da ogni legame biologico, affettivo ed esistenziale, o si dovrà seguire il cosiddetto criterio del “favor veritatis” per cui invece si terrà conto dei legami biologici ed esistenziali?

In tutti i casi si assiste ad una moltiplicazione delle figure genitoriali che senza dubbio lascia trasparire quanto contro la normatività della natura sia una tale operazione.

Infine, emerge il problema di come poter applicare ai delicati rapporti umani di carattere familiare, la disciplina dei contratti che per sua natura riguarda i rapporti patrimoniali e le cose.

Cosa accade, per esempio, se la coppia committente, tra la stipula del contratto di MS e il parto si separa e non vuole più il nascituro? Cosa accade, per esempio, se è la stessa gestante a ripensarci decidendo di trattenere il nascituro e di non cederlo alla coppia committente? Cosa accade se volesse decidere di abortire? E se, invece, la coppia committente scoprisse malformazioni nel feto e non volesse conseguire un “prodotto difettoso” intimando alla madre suggerente di interrompere la gravidanza? E se quest’ultima non volesse interrompere la gravidanza? Si tratterebbe di inadempimento contrattuale? Dovrebbe un risarcimento alla coppia committente?

Si intuisce fin troppo chiaramente quanto sia ardua la configurazione di una legittimità giuridica della prassi della MS.

Ecco come intendere il senso, e la giustizia, del divieto sancito dal comma 6 dell’art. 12 della legge 40/2004,⁶ che non è posto per una sadica crudeltà del legislatore nei confronti di chi purtroppo non può avere figli a causa della sterilità patologica di alcune coppie eterosessuali o di quella fisiologica e strutturale delle coppie omosessuali, ma per la tutela della dignità di tutti i soggetti coinvolti e dello stesso senso del diritto.

6 «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».

Problemi etici.

Esaminati, seppur sinteticamente, i problemi giuridici della MS, non resta che esaminare anche quelli più tipicamente etici.

La maternità surrogata, infatti, costituisce una vera e propria forma di strumentalizzazione della donna; esprime l'indebita legalizzazione dei desideri che così divengono diritti; mostra la prevalenza della artificialità della tecnica sulla natura.

Poiché dietro la pratica della MS vi è una vera e propria industria che fattura miliardi di dollari in tutto il mondo, mettendo a rischio la salute delle donne che vengono coinvolte in un simile processo produttivo,⁷ non si può non constatare quanto l'umanità della donna sia strumentalizzata, specialmente per fini economici e quindi violata nella sua dignità. La dignità viene violata, infatti, ogni volta che si attribuisce un prezzo a qualcosa che, come la persona, per sua natura non può avere un prezzo, come ha insegnato un filosofo laico, protestante e illuminista del calibro di Immanuel Kant.⁸

La MS, sia nella sua variante dell'utero in affitto, sia nella sua variante gratuita dell'utero in comodato, costituisce sempre e comunque una lesione della dignità della donna poiché la rende strumento per la soddisfazione dei desideri riproduttivi di alcuni e delle velleità economiche di altri,⁹ con veri e propri scenari già in atto da incubo distopico.¹⁰

7 Si consideri, infatti, che il fruttuoso mercato della surrogazione nella sola India fattura ben 3 miliardi di dollari all'anno: <http://www.ilfattoquotidiano.it/2013/01/26/utero-in-affitto-in-india-e-boom-clienti-anche-dallestero-ma-madri-no-hanno-tu-tele/454192/>

8 «Nel regno dei fini tutto ha un prezzo o una dignità. Ciò che ha un prezzo può anche essere sostituito da qualcos'altro, equivalente; invece, ciò che non ha alcun prezzo, né quindi consente alcun equivalente, ha una dignità»: Immanuel Kant, *Fondazione della metafisica dei costumi*, Milano, 1995, pag. 183.

9 «L'uso sempre maggiore delle tecniche di fecondazione in vitro ha fatto crescere in molti Paesi una fiorente attività commerciale attorno alle maternità surrogate»: Jeremy Rifkin, *Il secolo biotech. Il commercio genetico e l'inizio di una nuova era*, Baldini&Castoldi, Milano, 1998, pag. 63.

10 Si stanno creando delle vere e proprie "surrogacy farms", cioè delle "fattorie della surrogazione" in cui le donne vengono "messe in batteria" in apposite cliniche che lucrano sui cospicui guadagni: <http://www.tempi.it/maternita-surrogata-fattorie-umane-india>

E se fino a poco tempo fa si trattava di un fiorente mercato a livello globale, la situazione si è amplificata con la tendenza alla legalizzazione delle coppie di fatto e specialmente di quelle omosessuali che, ovviamente, hanno costituito un aumentato margine di guadagno per le agenzie di surrogazione che hanno registrato una inevitabile crescita della domanda.¹¹

Non è un caso che vi siano agenzie di surrogazione con veri e propri listini e prezzi e perfino siti internet in cui si valutano per prezzo, per qualità del servizio e per tempistiche le agenzie di surrogazione, come si evince dalla seguente immagine.

Full report	Overall score	Number of reviews	Average Journey cost (\$)	Average Journey length (months)	Web site
Golden Surrogacy	9.80	5	124,000	15	www.goldensurrogacy.com
Creative Family Connections	9.58	43	133,000	19	www.creativefamilyconnections.com
NW Surrogacy	9.32	34	110,000	17	www.nwsurrogacycenter.com
IARC	9.29	24	105,000	23	www.fertilityhelp.com/
Tammuz	9.21	28	76,000	16	www.tammuz.com
Worldwide Surrogacy Specialists	9.19	27	123,000	17	www.assistedreproductionlaw.com
Fertility Miracles	9.19	21	124,000	17	www.fertilitymiracles.com
The Surrogacy Source	8.75	8	110,000	16	www.thesurrogacysource.com
Simple Surrogacy	8.69	49	95,000	17	www.simplesurrogacy.com
Surrogate Alternatives (SAI)	8.63	19	128,000	24	www.surrogatealternatives.com
ConceiveAbilities	8.60	5	104,000	19	www.conceiveabilities.com
Family Source Consultants	8.47	19	93,000	18	www.familysourcesurrogacy.com
Circle Surrogacy	8.11	115	131,000	19	www.circlesurrogacy.com
Lotus Blossom Consulting	7.83	6	128,000	23	www.LotusBlossomConsulting.com
Growing Generations	7.50	18	171,000	21	www.growinggenerations.com
Reproductive Possibilities	7.46	24	127,000	21	www.reproductivepossibilities.com
Extraordinary Conceptions	7.42	19	139,000	18	www.extraconceptions.com
Center for Surrogate Parenting (CSP)	6.45	11	129,000	20	www.creatingfamilies.com

Emerge in tutta la sua gravità come nella pratica della MS l'umanità sia ridotta a merce, a "biolavoro", per cui in termini marxisti si può dire che

11 Cfr. Aldo Rocco Vitale, *Gender. Questo sconosciuto*, Fede & Cultura, Verona, 2016, pag. 91-94.

la dignità umana è subordinata al capitale, o, se si preferiscono i termini cristiani, che la dignità umana è violata in quanto l'essere umano è stato dapprima ridotto alle sue pulsioni e ai suoi desideri e quindi a strumento per la soddisfazione degli stessi e degli interessi economici sottostanti.¹²

Il secondo rilievo etico riguarda la possibilità, concretizzata dalla MS, di trasformare i propri più o meno legittimi desideri in diritti.

Una tale prospettiva esplicita una visione riduttiva del diritto che viene considerato soltanto come mera formalizzazione della volontà dell'individuo, del gruppo o della società, dimenticando la preziosa lezione di Piero Calamandrei che così giustamente condannava un tale modo d'intendere il diritto: «C'è il caso che l'inesperto e il diletante (che è anche peggiore) di filosofia, si metta a proclamare che il diritto consiste unicamente nel far tutti quanti il comodo proprio».¹³

Il diritto, infatti, è semmai proprio l'opposto della legalizzazione dei capricci individuali, cioè la limitazione della volontà che per l'appunto non può essere assoluta (assoluta), cioè svincolata da ogni limite, poiché il diritto non è fondato sull'utile del più forte come riteneva il filosofo Trasimaco, ma è fondato sulla natura dell'essere umano come invece ha rilevato Montesquieu.¹⁴

L'essere umano, del resto, nonostante Judith Butler ritenga che sia soltanto un soggetto di desiderio,¹⁵ è qualcosa di più dell'insieme delle

12 Sul punto: per una prospettiva marxista si possono considerare le riflessioni di Diego Fusaro che così scrive: «Il capitale, che un tempo si arrestava ai cancelli delle fabbriche, oggi si è impadronito della nuda vita: utero compreso. L'economia si è impadronita della vita, facendosi bioeconomia: ha rimosso il confine tra ciò che è merce e ciò che non lo è né può esserlo[...]. La pratica dell'utero in affitto rivela l'usuale sporcizia di cui gronda il capitale: mercificazione dei corpi, offesa della dignità umana, riduzione della generazione della vita a mercimonio»: Diego Fusaro, *Utero in affitto. Il corpo che diventa merce*, in *Il Fatto Quotidiano*, 15 gennaio 2016; per una prospettiva cristiana si possono ricordare gli insegnamenti di Giovanni Paolo II: «La gerarchia dei valori, il senso profondo del lavoro stesso esigono che sia il capitale in funzione del lavoro e non il lavoro in funzione del capitale»: Giovanni Paolo II, *Laborem exercens*, n. 23.

13 Piero Calamandrei, *Fede nel diritto*, Laterza, Bari, 2008, p. 69.

14 «Prima di tutte queste leggi vi sono quelle di natura, così chiamate perché derivano unicamente dalla costituzione dell'essere nostro»: Charles-Louis de Secondat Baron de Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, a cura di Sergio Cotta, Utet, Torino, 2005, libro 29, capo IV, pag. 59.

15 Judith Butler, *Soggetti di desiderio*, Laterza, Bari, 2009.

sue pulsioni, dei suoi desideri e delle sue esigenze, poiché come ha brillantemente osservato Nikolaj Berdjaev la persona «non è una categoria biologica o psicologica, ma una categoria etica e spirituale».¹⁶ La terza problematica etica riguarda l'estensione oltre misura della dimensione tecnica che per l'appunto svolge il ruolo di protagonista surclassando le ragioni umane, travolge ogni dimensione morale consentendo ad ogni tipo di desiderio di prendere forma, e, infine, stravolge ogni ragione giuridica storpiando la natura dei legami familiari, per esempio tramite la predetta moltiplicazione delle figure genitoriali che a vario titolo (contrattuale, biologico, genetico) potrebbero contendersi o rifiutare del tutto il ruolo loro spettante. La tecnica della MS, insomma, contribuisce non solo alla reificazione economica dell'essere umano, ma soprattutto alla sua reificazione in senso tecnico, trasformandolo in un ingranaggio dell'industria della riproduzione umana, mettendo in essere la profetica denuncia di Nikolaj Berdiaev per il quale, infatti, «la macchina storpia l'uomo e vuole plasmarlo a sua immagine e somiglianza».¹⁷

La prospettiva femminista.

In questo scenario non possono che emergere almeno due prospettive, cioè quella più strettamente femminista e quella cristiana. Alla luce del pensiero femminista, sebbene vi siano voci minoritarie le quali ritengono che la MS sia una tappa lungo il cammino dell'emancipazione della donna,¹⁸ le voci più autorevoli ritengono l'esatto contrario.

Il contratto di surrogazione di maternità, infatti, proprio da un punto di vista femminista rappresenta una nuova forma di dominazione e

16 Nikolaj Berdjaev, *Schiavitù e libertà dell'uomo*, Bompiani, Milano, 2010, pag. 105.

17 Nikolaj Berdjaev, *L'uomo e la tecnica*, Il Ramo, Rapallo, 2005, pag. 35.

18 <http://espresso.repubblica.it/attualita/2016/02/01/news/michela-murgia-non-chiamatela-maternita-surrogata-1.248420>

soggezione della donna come ha notato Carole Pateman: «Oggi la maternità è stata separata dalla femminilità e tale separazione espande il diritto patriarcale. Qui c'è un'altra variante della contraddizione della schiavitù. Una donna può essere una madre surrogata soltanto perché la sua femminilità è considerata irrilevante, e lei viene definita un individuo che effettua un servizio[...]. La soggezione contrattuale delle donne è irta di contraddizioni, paradossi e ironie. Forse l'ironia più grande di tutte deve ancora arrivare. Di solito si ritiene che il contratto abbia sconfitto il vecchio ordine patriarcale, ma, eliminando gli ultimi residui del vecchio mondo dello status, il contratto potrebbe inaugurare una nuova forma di diritto paterno».¹⁹

E sebbene alcuni, non senza qualche forzatura ideologica,²⁰ ritengano che la contrarietà alla MS sia soltanto un “ritorno di fiamma” di atteggiamenti omofobi,²¹ è invece bene precisare che semmai è contrario all'emancipazione della donna proprio il sostegno che alcune agguerrite comunità LGBT offrono alla pratica della MS come si evince dalla Carta etica delle famiglie arcobaleno di cui alla seguente foto.



FAMIGLIE ARCOBALENO ASSOCIAZIONE GENITORI OMOSESSUALI

Noi pensiamo che la compensazione in denaro sia necessaria e auspicabile e che debba essere fatta all'interno di un sistema trasparente e legale, cioè tutelato dalle leggi dello Stato nell'interesse della donna stessa. Pensiamo che questo compenso debba essere equilibrato e proporzionato all'investimento psico-fisico della gestante.

Portare in grembo un bambino vuole dire non solo nove mesi di gravidanza, ma almeno altri tre mesi di recupero fisico. Cioè un anno intero dedicato a questo progetto: vuole dire visite mediche, attenzione continua all'alimentazione e all'attività fisica, spese per i vestiti adatti, spostamenti presso cliniche per i controlli, rallentamento o sospensione alla vita lavorativa abituale, rischi per la salute, ecc... Merita dunque secondo noi un compenso adeguato, che comunque non sarà mai un saldo per la generosità e l'importanza dell'atto compiuto. Le portatrici in America e in Canada ricevono un compenso di circa 19.000 euro, che ci sembra una somma adeguata e non tale da indurre donne in buone condizioni economiche a scegliere la GPA come un mestiere e basta.

19 C. PATEMAN, *Il contratto sessuale*, Bergamo, 2015, pag. 319-321.

20 <http://www.internazionale.it/opinione/marino-sinibaldi/2016/03/03/maternita-surrogata-omofobia>

21 Per una critica di una tale opinione cfr. Aldo Rocco Vitale, *Gender. Questo sconosciuto*, Fede & Cultura, Verona, 2016; e anche Renzo Puccetti, *Leggender metropolitane*, ESD, Bologna, 2016.

Secondo il pensiero femminista più autorevole, anzi, proprio il contrasto della MS rappresenta non già un atteggiamento omofobo, quanto piuttosto un vero e proprio servizio che si offre all'umanità in difesa della sua dignità, come dichiara la femminista e orgogliosamente lesbica Julie Bindel: «La nostra società non ha ancora affrontato le implicazioni della surrogazione commerciale o il volto crudele di questa industria in crescita. Come visto con la controversia di Dolce e Gabbana, il dibattito aperto è stato inibito dal bullismo sentimentalistico con cui i sostenitori della genitorialità surrogata hanno trattato la pratica al pari di una vacca sacra inviolabile[...]. Questo tipo di allevamento artificiale di bambini è adesso un business internazionale[...]. Gli studi hanno dimostrato che i pericoli per le donne includono cisti ovariche, dolore pelvico cronico, cancro, patologie renali, mentre le gestanti con ovuli di altre donne sono ad elevato rischio di preeclampsia e ipertensione arteriosa[...]. Non c'è nulla di omofobico nel criticare questo commercio vile e sbilanciato in cui i ricchi sfruttano i corpi dei poveri e dei disperati. Al contrario questa operazione rappresenta un servizio all'umanità».²²

Per la femminista e docente di diritto Muriel Fabre-Magnan, addirittura, la MS è qualcosa che attenta alla dimensione giuridica e che come tale non può che sollevare dubbi e interrogativi circa la sua legittimità nella coscienza di tutti: «La questione cruciale di diritto è quella di sapere se noi vogliamo istituire una società dove i bambini sono fabbricati e venduti come dei prodotti, e se noi siamo coscienti delle conseguenze al riguardo che porteremo su di loro, come anche sulle relazioni umane e sociali che risulteranno[...]. La gestazione per altri istituisce una messa a disposizione e una strumentalizzazione delle donne senza precedenti».²³

Ribadire l'illiceità morale e giuridica della MS, dunque, non è un

22 Julie Bindel, *Surrogacy and gay couples*, in *New feminism*, 2 giugno 2015.

23 Muriel Fabre-Magnan, *La gestation pour autrui. Fiction et réalité*, Fayard, Paris, 2013, pag. 76-77.

atto omofobo o misogino, ma costituisce esattamente la difesa più coerente della donna e proprio in un'ottica autenticamente femminista contro quelle visioni "anarchiche" refrattarie ad ogni senso del limite in virtù di una equivoca, equivocata ed equivocante concezione di libertà come precisa una femminista quale è Luisa Muraro: «La più risibile difesa della surrogata è quella che protesta contro i divieti e le proibizioni, in nome della libertà. Qui non si tratta di proibire, ma di non sbagliare».²⁴

La prospettiva cattolica.

Esaminata la prospettiva femminista, l'altra doverosa prospettiva da prendere in considerazione è quella cattolica poiché la MS costituisce una violazione totale della dimensione etica e teologica del Cristianesimo, così che tutti coloro che in esso liberamente si riconoscono non possono che opporsi ad una tale anti-umana e anti-cristiana pratica senza riserve o remore di alcun tipo, sulla scorta dell'insegnamento evangelico per cui «sia il vostro parlare sì, sì; no, no; il di più viene dal maligno».²⁵

L'insegnamento della Chiesa in merito è molto chiaro come si evince dal documento della Congregazione per la Dottrina della Fede in cui si dichiara che «la maternità sostitutiva rappresenta una mancanza oggettiva di fronte agli obblighi dell'amore materno, della fedeltà coniugale e della maternità responsabile; offende la dignità e il diritto del figlio ad essere concepito, portato in grembo, messo al mondo ed educato dai propri genitori; essa instaura, a detrimento delle famiglie, una divisione fra gli elementi fisici, psichici e morali che le costituiscono».²⁶

24 Luisa Muraro, *L'anima del corpo. Contro l'utero in affitto*, Editrice La Scuola, Milano, 2016, pag. 19.

25 Mt., 5,37.

26 Istruzione della Congregazione per la Dottrina della Fede *Donum vitae*, II, 3, 22 febbraio 1987.

Per la Chiesa, del resto, per quanto legittimo sia il desiderio di paternità e maternità esso non si può mai trasformare nella rivendicazione di un diritto al figlio come ricorda il Compendio della Dottrina Sociale della Chiesa: «Il desiderio di maternità e paternità non giustifica alcun diritto al figlio, mentre invece sono evidenti i diritti del nascituro, al quale devono essere garantite condizioni ottimali di esistenza, mediante la stabilità della famiglia fondata sul matrimonio e la complementarità delle due figure, paterna e materna. Il rapido sviluppo della ricerca e delle sue applicazioni tecniche nella sfera della riproduzione pone nuove e delicate questioni che chiamano in causa la società e le norme che regolano la convivenza umana. Occorre ribadire che non sono moralmente accettabili tutte le tecniche riproduttive — quali la donazione di sperma o di ovocita; la maternità sostitutiva; la fecondazione artificiale eterologa — che prevedono il ricorso all'utero o a gameti di persone estranee alla coppia coniugale, ledendo il diritto del figlio a nascere da un padre e da una madre che siano tali dal punto di vista sia biologico sia giuridico, oppure separano l'atto unitivo da quello procreativo ricorrendo a tecniche di laboratorio, quali l'inseminazione e la fecondazione artificiale omologa, così che il figlio appare come il risultato di un atto tecnico più che come il naturale frutto dell'atto umano di piena e totale donazione dei coniugi».²⁷

Una chiosa, in questo ambito, appare inoltre doverosa.

Spesso, da parte di alcuni poco attenti ermeneuti dei testi sacri,²⁸ si richiama l'episodio biblico che ha coinvolto Abramo, Sara e Agar come esempio legittimante della pratica della MS.²⁹

27 Compendio della Dottrina Sociale della Chiesa, n. 235.

28 Cfr. Michela Murgia su "L'Espresso" (<http://espresso.repubblica.it/attualita/2016/02/01/news/michela-murgia-non-chiamatela-maternita-surrogata-1.248420>); Carlo Flamigni su "Il Fatto Quotidiano" (<http://tv.ilfattoquotidiano.it/2016/02/16/unioni-civili-carlo-flamigni-ai-cattodem-maternita-surrogata-primo-esempio-e-nella-bibbia/480505/>); Umberto Veronesi su "Il Corriere della Sera" (<http://27esimaora.corriere.it/articolo/veronesi-il-mio-si-allutero-in-affitto/>).

29 Gn., 21,8-21.

Come si sa, Abramo e Sara sono sterili e possiedono una giovane e fertile schiava, Agar.

Sara avverte su di sé il peso di non poter garantire ad Abramo una discendenza secondo i precetti divini e così ingiunge al marito e alla schiava di congiungersi per far sì che Abramo abbia una discendenza.

Così avviene. Tuttavia, dopo qualche tempo la coscienza di Sara si risveglia e quest'ultima pretende così soddisfazione dal marito Abramo inducendo quest'ultimo a scacciare Agar e il figlio illegittimo da questa partorito; appena Agar viene allontanata dalla casa di Abramo il Signore concede a Sara di ottenere una gravidanza propria e assicurare una discendenza legittima al marito Abramo.

Le ragioni per cui, con tutta evidenza, non si tratta di un caso biblico di MS sono molteplici e tutti estremamente chiare.

In primo luogo: non si tratta di MS in quanto non viene reclamato un presunto diritto al figlio, ma semmai un dovere alla discendenza a cui Sara come moglie di Abramo sente di dovere adempiere per rispettare il precetto divino secondo cui deve assicurare al proprio marito una stirpe, a tal punto da accettare che Abramo si congiunga con un'altra donna.

In secondo luogo: più che di un caso biblico di MS si tratta, semmai, di biblico adulterio, poiché il seme di Abramo, sposato con Sara, si congiunge con l'ovulo di Agar, come in qualunque rapporto extra-coniugale, dando vita ad una prole naturale e non legittima.

In terzo luogo: non si tratta di MS poiché non c'è né un contratto, né soprattutto una libera volontà della madre surrogante, cioè Agar che, in quanto schiava, è tenuta ad obbedire all'ordine ricevuto dalla propria padrona Sara.³⁰

Il racconto biblico di Abramo, Sara e Agar, dunque, non costituisce l'esaltazione della maternità surrogata, ma, al contrario, la condanna della medesima la quale si iscrive, nell'ambito del codice morale

30 Sul punto risulta illuminante la spiegazione offerta proprio da S. Agostino nel libro XV del suo *De civitate Dei*.

vetero-testamentario (e quindi anche cristiano), sotto la fattispecie dell'adulterio.

Non riuscire a cogliere il senso teologico e l'effettivo senso morale dell'episodio di Abramo, Sara e Agar, del resto, è un tipico portato e una necessaria conseguenza di una cultura ipersecolarizzata, come quella contemporanea non più adusa a scorgere il senso della realtà in quanto schiacciata dalla avverata profezia delineata dal lungimirante Max Horkheimer che così ebbe saggiamente a scrivere descrivendo in anticipo i tempi attuali: «La dimensione teologica sarà soppressa. E, con essa, scomparirà dal mondo ciò che noi chiamiamo senso».³¹

Gli studi scientifici e il Comitato Nazionale per la Bioetica.

Una analisi delle criticità generali della pratica della MS non può che soffermarsi brevemente sull'aspetto più specificamente scientifico della stessa tenendo in considerazione alcuni studi che dimostrano quanto anche da un punto di vista clinico e medico essa costituisca una grave lesione per la dignità di tutte le persone in essa coinvolte e specialmente della donna gestante-madre surrogante e del figlio.

Nel corso del tempo si sono succedute molteplici ricerche che hanno dimostrato gli stretti legami che si intessono tra la gestante e il feto, non solo di carattere biologico, ma addirittura psicologico.

Già dai primi anni '90 del XX secolo, infatti, si sono comprovati i legami tra il feto e la voce della madre che lo conduce in gravidanza,³² ma soprattutto un'ultima recentissima ricerca di carattere biologico ha illustrato che tra la gestante e il feto non ci sono soltanto intera-

31 Max Horkheimer, *La nostalgia del totalmente altro*, Morcelliana, Brescia, 2008, p. 103.

32 Tra i tanti studi cfr.: AA.VV., *Response of the premature fetus to stimulation by speech sounds*, in *Early human development*, 33/1993, pag. 207-215; AA.VV., *Effects of experience on fetal voice recognition*, in *Psychological science*, 3/2003, pag. 220-224.

zioni biologiche, ma strettamente genetiche con reciproche modificazioni dell'mRNA.³³

Si comprende quindi quanto scientificamente falsa sia l'idea diffusa dai sostenitori della MS per cui non c'è nulla di male nel sottrarre il neonato alla donna che lo ha partorito poiché questa soltanto si limita e condurre una gravidanza senza ulteriori complicazioni e implicazioni.

A ciò si aggiunga il diritto del nato di conoscere le proprie origini biologiche, diritto che è già stato riconosciuto dal Comitato Nazionale per la Bioetica a favore di quei soggetti venuti al mondo tramite fecondazione eterologa e che, per ragioni di uniformità dell'ordinamento e di giustizia, non si può non riconoscere anche a coloro che vengono al mondo tramite MS.³⁴

Del resto proprio il Comitato Nazionale di Bioetica ha espresso l'illiceità morale e giuridica della commercializzazione delle parti del proprio corpo,³⁵ potendosi in tale giudizio senza dubbio ricomprendere anche la pratica della MS soprattutto se a titolo oneroso.

Non può sorprendere, dunque, la declaratoria del CNB in tema di MS: «Il CNB ricorda che la maternità surrogata è un contratto

33 AA.VV., *Hsa-miR-30d, secreted by the human endometrium, is taken up by the pre-implantation embryo and might modify its transcriptome*, in *The Company of biologist*, 10/2015, pag. 3210-3221.

34 «Occorre notare che eludere la richiesta di conoscere la verità implica una specifica forma di violenza: la violenza di chi, conoscendo la verità che concerne un'altra persona e potendo comunicargliela, si rifiuta di farlo, mantenendo nei suoi confronti un'indebita posizione di potere. Ulteriore rilievo ha questa argomentazione quando questo soggetto sia lo Stato: si deve ricordare il tema individuato da Kant del principio supremo del diritto pubblico, che non può che essere quello della pubblicità, dell'abolizione degli arcana imperii in qualsiasi forma. Lo Stato non ha il diritto e non dovrebbe mai avere il potere di precludere l'accesso alla verità non solo ai propri cittadini, ma a qualsiasi essere umano, in particolare quando questa verità ha per oggetto l'identità personale»: CNB, *Conoscere le proprie origini biologiche nella procreazione medicalmente assistita eterologa*, 25 novembre 2011.

35 «La compravendita di organi e di tessuti, ancorché regolamentata a livello legislativo, rappresenterebbe in ogni caso una tentazione per le classi più povere e per quelle socialmente svantaggiate, che a fortiori potrebbero subire maggiormente una sorta di ricatto per fronteggiare le esigenze dei figli o di altri familiari». CNB, *Mozione del Comitato Nazionale per la Bioetica sulla compravendita di organi a fini di trapianto*, 18 giugno 2004.

lesivo della dignità della donna e del figlio sottoposto come un oggetto a un atto di cessione. Il CNB ritiene che tale ipotesi di commercializzazione e di sfruttamento del corpo della donna nelle sue capacità riproduttive, sotto qualsiasi forma di pagamento, esplicita o surrettizia, sia in netto contrasto con i principi bioetica fondamentali che emergono anche dai documenti sopra citati». ³⁶

La giurisprudenza.

La MS è stata più volte oggetto di pronunce da parte dei vari tribunali nazionali, sopranazionali e stranieri con alterne vicende che ne hanno talvolta garantito la legittimità e talvolta, invece, dichiarato l'antigiuridicità.

Un quadro esaustivo sarebbe impossibile in un così breve spazio e meriterebbe peraltro dettagli di carattere tecnico-giuridici che in questa sede è meglio omettere per chiarezza e semplificazione, tuttavia una generale panoramica è possibile per cogliere nel suo insieme la "sensibilità" delle Corti in tema di MS.

Negli Stati Uniti, in cui per prime sono sorte le controversie giudiziarie, le pronunce si sono succedute negli anni per comprendere come districare giuridicamente il guazzabuglio della genitorialità che si viene a creare in seguito alla MS.

Così, mentre la Corte Suprema del New Jersey ha sancito la maternità della donna surrogante ancorando la genitorialità al criterio biologico (nel caso *Baby M*), ³⁷ la Corte d'Appello dell'Ohio, invece, ha statuito la genitorialità della coppia committente che ha fornito i gameti fondando così la genitorialità sul criterio genetico (nel caso *Clark v. Belsito*). ³⁸

36 CNB, *Maternità surrogata a titolo oneroso*, 18 marzo 2016.

37 <http://www.nytimes.com/1988/02/04/opinion/justice-for-all-in-the-baby-m-case.html>

38 <http://www.biojuris.com/natural/4-1-2.html>

Poco tempo dopo, la Corte Suprema della California ha ritenuto, invece, riconoscibili come madri entrambe le donne coinvolte, cioè sia la donna surrogante che la donna surrogata-committente (nel caso *Johnson v. Calvert*).³⁹

In Europa la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nei ricorsi simili *Mennesson c. Francia*⁴⁰ e *Labasse c. Francia*⁴¹ ha avuto modo di stabilire che in caso di maternità surrogata avvenuta all'estero e vietata nell'ordinamento di uno Stato membro, nel caso di specie la Francia, il divieto di trascrizione non lede il diritto alla famiglia ai sensi dell'articolo 8 CEDU rientrando nella adeguata discrezionalità dei singoli ordinamenti un tale limite, ma costituisce, semmai, una violazione del diritto di identità del bambino nato tramite surrogazione che vede lesi non solo i propri diritti successori, ma anche il diritto all'identità sociale che come individuo gli spetta.

Nella recente sentenza *Paradiso and Campanelli c. Italia*, del 24 gennaio 2017,⁴² la Grande Chambre ha ritenuto non solo che il divieto di MS presente nell'ordinamento italiano è legittimo poiché appartiene alla discrezionalità dei singoli Stati disciplinare la materia, anche vietandola, ma che tentare di ottenere, come sempre più spesso purtroppo accade proprio ad opera degli stessi tribunali,⁴³ il riconoscimento in Italia dei certificati di nascita esteri prodotti in seguito a MS è una operazione illegittima in quanto tenta surrettiziamente di legalizzare qualcosa che l'ordinamento italiano invece vieta espressamente.

Per quanto riguarda i tribunali italiani, a parte la predetta recente "moda giudiziaria" in tema di certificati di nascita, come, tra i tanti esempi possibili, testimonia la decisione del 13 febbraio 2009 con cui la Corte di Appello di Bari ha stabilito che «il solo fatto che la

39 <http://faculty.law.miami.edu/zfenton/documents/Johnsonv.Calvert.pdf>

40 <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145179>

41 <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145180>

42 <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170359>

43 http://www.ansa.it/sito/notizie/cronaca/2017/02/28/gay-si-alla-maternita-surrogata-per-due-papa_74d0e311-313c-45db-9852-27d4e3e5fe76.html

legislazione italiana vieti la tecnica della maternità surrogata, ed il solo fatto che detta legislazione sia tendenzialmente ispirata al principio della prevalenza della maternità “biologica” su quella “sociale”, non sono, di per sé, indici di contrarietà all’ordine pubblico internazionale dei provvedimenti giudiziari stranieri che contrastino con detti principi» dichiarando lecita in tal caso la trascrizione nei registri di stato civile del figlio nato tramite surrogazione all’estero, la maternità surrogata in sé è ritenuta illecita.

Così, del resto, si è espressa con chiarezza la Corte di Cassazione che con la sentenza n. 24001/2014 ha così sancito: «Il ricorso all’utero in affitto è contrario alla legge italiana per motivi di ordine pubblico e tale limite non è stato messo in discussione dalla sentenza 162/2014 della Corte costituzionale sulla fecondazione eterologa. La l. n. 40 del 2004 esclude infatti la possibilità di ricorrere alla maternità surrogata, che consiste nel portare a termine una gravidanza su committenza. L’unico modo per realizzare progetti di genitorialità priva di legami biologici con il minore è quindi quello dell’adozione».

Conclusioni.

Alla luce di tutto quanto fin qui considerato emerge con estrema chiarezza non solo la destrutturazione dei rapporti famigliari di cui la MS è sostanzialmente causa, ma emerge anche quanto diffusa sia la mentalità scettica nei confronti di una dimensione fondativa del diritto rimesso soltanto all'arbitrio dei singoli.

La MS si offre come banco di prova ideale per constatare se il diritto sia ancora riconosciuto per la sua natura o sia diventato soltanto la legittimazione formale dei desideri di alcuni e degli interessi economici di altri, mascherando il tutto dietro la erronea convinzione per cui al mutare dei tempi debbano altresì mutare la natura e la funzione del diritto, privato di una sua verità costitutiva poiché ridotto a prassi, cioè rimesso ai marosi della politica, dell'economia e della storia, dimenticando la preziosa lezione di S. Agostino per cui «gli uomini credono che non vi sia giustizia, perché vedono che i costumi variano da gente a gente, mentre la giustizia dovrebbe essere immutabile. Ma essi non hanno compreso che il precetto: non fare agli altri ciò che non vuoi che sia fatto a te, non è cambiato mai, è rimasto costante nel tempo e nello spazio».⁴⁴

La situazione è peraltro aggravata da una concezione totalmente economicistica del diritto, per cui non è più l'interesse economico disciplinato dal diritto, ma il diritto disciplinato dall'interesse economico, potendosi così accogliere, in conclusione, le riflessioni di Michael Sandel il quale ha giustamente chiesto: «Vogliamo una società in cui ogni cosa è in vendita? Oppure ci sono certi beni morali e civili che i mercati non onorano e che i soldi non possono comprare?».⁴⁵

44 S. Agostino, *De doctrina christiana*, III, 14, 22.

45 Michael Sandel, *Quello che i soldi non possono comprare. I limiti morali del mercato*, Feltrinelli, Milano, 2013, pag. 202.



Generazione Famiglia è un'associazione di uomini e donne di ogni età, estrazione e professione che senza bandiere di partito, né simboli religiosi si impegnano nel quotidiano per promuovere e proteggere la famiglia. La Dichiarazione Universale dei Diritti Umani afferma che “la famiglia è il nucleo naturale e fondamentale della società”, e la nostra Costituzione la riconosce in quanto “fondata sul matrimonio” per la sua “potenziale finalità procreativa”. La famiglia è chiamata a generare e proteggere i figli: il nostro futuro!

www.generazionefamiglia.it
info@generazionefamiglia.it

