

Maternità surrogata: ragioni di una riflessione

Roberto Bin

(4 luglio 2016)

1. La maternità surrogata – *l'utero in affitto*, come viene chiamata nel linguaggio giornalistico – è divenuta uno dei temi più pressanti posti all'attenzione dell'etica e del diritto. Di recente, in Italia, l'accesa polemica sulle unioni civili e la c.d. *step-child adoption* ha coinvolto il legislatore, i movimenti politici e l'opinione pubblica in un dibattito che in precedenza si era svolto essenzialmente nelle pagine delle riviste giuridiche e di bioetica di tutto il mondo, ma si era già affacciato nelle aule giudiziarie.

Come spesso accade con i temi giuridici e etici legati all'inizio e alla fine della vita, le questioni attuali sono strettamente connesse alle possibilità inedite fornite dallo sviluppo della tecnologia. Senza gli strumenti offerti dalla tecnica della manipolazione dell'ovulo e della fecondazione artificiale, la questione della *surrogacy* non si sarebbe imposta all'attenzione mondiale. Le tecnologie attuali non hanno però "creato" il problema, hanno solo (enormemente) accentuato la rilevanza di un problema che è davvero vecchio quanto il mondo. Già questo dovrebbe dissuadere chi lo vorrebbe accantonare o risolvere con poche e definitive parole.

In primo luogo, il "bisogno di genitorialità" (e il relativo diritto, che trasforma il bisogno in una pretesa giuridicamente tutelata) non è figlio della società dei consumi e della conseguente mercificazione della vita e dei suoi misteri, come troppo spesso si è portati a credere; e non è neppure l'emblema dell'epoca dei diritti umani in cui qualsiasi desiderio, compreso il "diritto di avere un figlio" vorrebbe ottenere cittadinanza. Il racconto biblico di Abramo e della moglie Sara ne è la riprova, perché mette in luce parecchi profili che oggi riemergono in tutta la loro evidenza problematica.

Sara era bellissima ma sterile, e la sterilità la viveva – come ancora adesso spesso capita – come una colpa. Sara opta per una soluzione allora abbastanza usuale. Dice ad Abramo: "*unisciti alla mia schiava: forse da lei potrò avere figli*" (*Genesi*, 16:2), invito che Abramo accolse volentieri e con pieno successo. Vi sono alcuni primi elementi che meritano di essere segnalati: vi è consenso dei genitori, sia di quello "biologico" (Abramo) che di Sara, la madre surrogata; la

surrogante (Agar, un'egizia), è in posizione di sottomissione (giuridica), essendo una schiava, e quindi nulla vien detto della sua volontà. Ma la schiava insuperbisce e rifiuta il rapporto di sottomissione: "*quando essa si accorse di essere incinta, la sua padrona non contò più nulla per lei*" (16:4). Sara protesta e chiede ad Abramo di ripristinare i ruoli legali (la sua supremazia rispetto alla schiava) e quelli genitoriali: Abramo li ripristina, e Sara riassume l'esercizio del suo potere nei confronti della schiava; ma "*la maltrattò tanto che quella si allontanò*". Ma si allontanò con il figlio, ancora in grembo: siamo all'ipotesi della madre biologica che rifiuta di consegnare il figlio, il prodotto della *surrogacy*. Intervenne dunque la Legge, nei panni dell'Angelo, che ordina a Agar "*ritorna dalla tua padrona e restale sottomessa*" (16:9). Ecco l'ordine giuridico ristabilito: ma non tutto è risolto. Abramo non si sente perfettamente realizzato nella sua discendenza: in fondo il figlio di Agar, Ismaele, discende da un'egizia, e lo stesso Angelo lo definisce un onagro, un asino selvatico. Questa differenza ontologica minaccia da indebolire la trasmissione ereditaria della *leadership* e, in fondo, la stessa prospettiva di grande discendenza promessagli da Dio, numerosa "come le stelle del cielo e come la sabbia che è sul lido del mare" (22:17). E allora è il Signore stesso a indicare la strada per ripianare ogni differenza *giuridica* tra i figli: la circoncisione sarà lo strumento che accomuna tutti i maschi e segnerà l'alleanza di tutti i popoli discendenti da Abramo con Dio. "Sarà circonciso tra di voi ogni maschio di generazione in generazione, tanto quello nato in casa come quello *comperato con denaro da qualunque straniero* che non sia della tua stirpe" (17:12). La circoncisione fissa l'appartenenza al nucleo sociale e assicura l'eliminazione delle discriminazioni giuridiche tra i figli, quale ne sia la nascita.

Ma contemporaneamente il Signore dona ad Abramo, ormai centenario, e a Sara (già novantenne) il miracolo di una procreazione "naturale". Il figlio, Isacco, crebbe giocando e scherzando con il fratello. Ma a Sara non piaceva affatto che suo figlio naturale continuasse ad essere posto sullo stesso piano del figlio surrogato, e chiese perciò ad Abramo di scacciare la schiava e suo figlio, "*perché il figlio di questa schiava non deve essere erede con mio figlio Isacco*" (*Genesi*, 21:10). La cosa spiacque molto ad Abramo, che ormai a Ismaele si era affezionato. Fu ancora l'Angelo a sistemare il problema: Agar se ne andò con il figlio Ismaele, ricevendo la promessa di una dinastia imponente, che altro non è che la stirpe araba. Una piccola notazione ambientale, che potrebbe socchiudere un orizzonte: tutto ciò accadeva in vista della città di Sodoma, ai

tempi della sua distruzione.

2. Già questa tradizionale forma di maternità surrogata, ben conosciuta sin dalla antichità, fa scorgere la complessità di rapporti che sorgono in sua conseguenza. Ci sono profili etici (che però nel caso di Abramo sono stati risolti al livello più alto) e profili giuridici: rapporti con la madre biologica, riconoscimento giuridico del figlio da essa generato, parità con gli altri figli del padre biologico, capacità ereditaria, legittimazione sociale (perché un onagro che "*abiterà nella presenza di tutti i suoi fratelli*"¹ e non un fratello come gli altri?). Questo modo tradizionale di rispondere al problema della sterilità femminile (quello della sterilità maschile – sconosciuto in antichità - è stato sempre risolto per vie molto più spicce²) ha sempre dovuto fare i conti con grossi ostacoli anche nell'accettazione del figlio generato nella società e soprattutto nella famiglia: il "diavolo" dei parenti (che ebbe a conoscere anche la marchesa Chiara descritta da F. De Roberto ne *I Viceré*³), alimentato soprattutto dalle implicazioni patrimoniali; un po' di vergogna del padre per la paternità clandestina; le rigide barriere giuridiche che hanno lungamente munito il perimetro della famiglia legittima fondata sul matrimonio, fatte di divieti di disconoscimento del figlio da parte della madre naturale, limiti al riconoscimento dei figli nati fuori del matrimonio, distinzioni insuperabili tra filiazione legittima e illegittima.

Molti di questi ostacoli, specie quelli giuridici, sono oggi superati dal diritto di famiglia. Ma a complicare il quadro sono intervenute novità che un tempo non si ponevano: la fecondazione *in vitro* ha staccato la procreazione dal rapporto sessuale e quindi ha favorito la sua *commodification* (si veda il saggio di L. Del Savio e G. Cavaliere in questo fascicolo). Le pratiche di fecondazione medicalmente assistita moltiplicano i ruoli, perché si possono scindere e variamente combinare le figure della madre e del padre "sociale", della donna e dell'uomo che forniscono i gameti, della donna candidata a portare avanti la gravidanza. Sicché accanto all'ipotesi tradizionale della donna disposta a farsi fecondare (naturalmente o artificialmente) dal seme dell'uomo, futuro genitore

¹ *Genesi*, 16:12.

² Cfr. R. Bin, *Il figlio di Lady Chatterly*, in "Quad. cost." 2002, 793 ss. Però, come è stato osservato (C.R. MOOS – J.S. BADEN, *Reconceiving Infertility. Biblical Perspectives on Procreation and Childlessness*, Princeton 2015, 50 s.), l'infertilità maschile non era considerata nella Bibbia, perché confusa con l'impotenza maschile: per cui la disgrazia dell'infertilità era sempre attribuita alla donna.

³ Parte II, § 5.

sociale, portando avanti la gravidanza per conto della coppia sterile (c.d. gravidanza surrogata tradizionale), vi può essere l'ipotesi di una donna che accetta l'impianto di un ovulo già fecondato *in vitro* il cui materiale genetico le è totalmente estraneo (c.d. gravidanza surrogata gestionale). Sicché può accadere che i componenti della coppia sterile che chiede di essere surrogata siano entrambi genitori biologici del bambino, mentre la madre surrogante non avrà alcun rapporto biologico con lui; oppure che il padre sociale sia anche padre biologico, come lo fu Abramo con Ismaele, o lo sia la sola madre sociale; ma, siccome sperma e ovocita possono provenire entrambi da donatori estranei sia alla coppia sterile che alla madre surrogante, il panorama delle possibilità si arricchisce creando una notevole diversità di combinazioni. Chiamando semplicemente U (uomo) e D (donna) i membri della coppia che cerca la surrogazione (semplificando quindi una prospettiva assai più complessa, come mette in luce la prospettiva femminista qui proposta da S. Pozzolo), avremmo:

I. U che feconda artificialmente l'ovocita di D chiedendo la surrogazione dell'utero per ospitare l'embrione (c.d. surrogazione "gestionale" o "locazione di utero"): U e D risultano entrambi genitori biologici, la madre surrogante non ha rapporti biologici con il figlio;

II. U che feconda attraverso PMA l'ovocita donato da una donna terza chiedendo la surrogazione dell'utero per ospitare l'embrione: U e la terza donna risultano genitori biologici; né D né la madre surrogante hanno rapporti biologici con il figlio;

III. U che feconda (non importa come) la donna che si offre per la surrogazione (caso di Abramo, o surrogazione "tradizionale"): U e la donna surrogante risultano genitori biologici, D non ha rapporti biologici con il figlio "nato sulle sue ginocchia" (secondo la magnifica espressione usata da Rachele in *Genesi* 30:3)

IV. embrione prodotto per fecondazione MA dell'ovulo di D con lo sperma proveniente da un terzo uomo donante, e impiantato nell'utero della donna surrogante: D e il terzo uomo risultano genitori biologici, mentre il figlio non avrà rapporti biologici né con U né con la madre surrogante;

V. embrione prodotto per fecondazione MA dell'ovulo di una donna terza con lo sperma proveniente da un terzo uomo donante, e impiantato nell'utero

della donna surrogante: la terza donna e il terzo uomo risultano genitori biologici, mentre il figlio non avrà rapporti biologici né con U, né con D, né con la madre surrogante.

Naturalmente il quadro si complica ancora di più se introduciamo la variante delle coppie omosessuali: nel caso dell'omosessualità maschile potremmo avere una variante per tutte le ipotesi elencate, salvo la prima; nel caso dell'omosessualità femminile, solo le ultime due ipotesi (oltre ovviamente l'ipotesi più tradizionale, modello *Lady Chatterly*).

3. Resta fuori dall'elenco l'ipotesi per cui non vi sia nessuna surrogazione in senso proprio, ma semplicemente la coppia (etero o omo che sia) acquisti in qualche modo la genitorialità di un figlio concepito da un'altra coppia (com'è nel modello dell'*adozione*). Questa ipotesi, che tradizionalmente è già regolata con un più o meno elevato tasso di severità da ogni ordinamento giuridico, resta fuori dal nostro orizzonte, anche se il filo di distinzione che la separa dall'ipotesi V descritta in precedenza è davvero molto sottile.

Quello che è invece al centro dei nostri interessi (e perciò della *call*) può essere riassunto nel seguente quesito: posto che le 11 ipotesi sopra elencate (le 5 relative alle coppie eterosessuali, più le 6 per le coppie omosessuali) sono profondamente diverse (per esempio perché per alcune di esse esiste nella coppia almeno un genitore biologico, in altre no: v. in particolare, con riferimento alla giurisprudenza EDU, il saggio di B. Salone), sarebbe legittimo che ad esse si applicasse un unico regime giuridico, permissivo o restrittivo che sia (il problema se lo pongono B. Sgorbati e A. Valongo nei rispettivi saggi, qui pubblicati)? Probabilmente no: se situazioni diverse devono essere trattate in modo diverso, la questione centrale è capire quali ipotesi vadano raggruppate nell'ambito di un regime o nell'altro, ossia dove deve passare il discrimine. È verosimile che ci siano ipotesi che possono aprire la strada al riconoscimento civile della genitorialità tramite istituti rapportabili alla adozione, ed altre che invece devono essere bandite e sanzionate attraverso restrizioni all'adozione o addirittura ricorrendo a sanzioni penali. Altri fenomeni potrebbero essere regolati invece da strumenti e deterrenti di tipo civilistico, di cui abbiamo un esempio nell'ordinamento italiano nel divieto di disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre nella legislazione sulla PMA (art. 9 della legge 40/2004).

4. Una seconda ragione per differenziare i regimi giuridici della *surrogacy* è individuata negli ordinamenti giuridici in base alla natura del rapporto negoziale che si instaura con la madre surrogante (sul punto si vedano in particolare i contributi di B. Sgorbati e di A. Valongo): se cioè la surrogazione sia concepita nel contesto di un "dono" gratuito che la madre surrogante fa alla coppia, o se sia un negozio a titolo oneroso, con una qualche forma di compenso economico per la donna che affitti il suo utero.

Il problema ha evidenti riflessi etici, ma dal punto di vista giuridico appare quasi impalpabile. Si tenga presente che *sempre* negli antecedenti storici la surrogazione si è compiuta in un contesto di *forte diseguaglianza e di dipendenza economica* (così ancora il saggio di L. Del Savio e G. Cavaliere): così è stato per la schiava Agar, così per Rosa Schirano, la serva scelta dalla marchesa di Villardita ne *l'Viceré*, così per tutte le altre imposizioni che le donne hanno dovuto subire nella nostra storia delle relazioni sociali collegate alla procreazione, alla nutrizione dei bambini, al loro affidamento. È sorprendente – almeno a mio modo di vedere – che alla *surrogacy* si guardi così spesso con occhio spietatamente critico, avvicinando il fenomeno ad altri sicuramente condannabili secondo la morale corrente, come la prostituzione o la vendita dei propri organi. La stessa adozione, che in genere è apprezzata come un gesto di generosità nei confronti di bambini sfortunati, confina talvolta con comportamenti così strettamente legati alla diseguaglianza e alla dipendenza economica da colorarsi delle tinte atroci della compravendita di minore. È di pochi anni fa il caso di un ginecologo del salernitano che aveva fatto da tramite tra una ragazza minorenni e una coppia benestante per la vendita di un neonato. Non è un caso che l'ordinamento giuridico cerchi di definire con attenzione i limiti che separano l'adozione dal *baby selling*, apprestando una cornice penale fatta dai reati di riduzione in schiavitù e tratta di persone (artt. 600, 601 e 602 c.p.), occultamento o alterazione dello stato di famiglia (art. 566 e 567 c.p.) e in materia di adozione (artt. 71 e 72, l. 184/1983). Ma per quanta attenzione possa prestare la legge, fenomeni di compravendita di bambini ci sono e certe forme di *surrogacy* possono prestarsi a mascherarle.

L'antico e tradizionale rapporto di baliatico, che per secoli (quantomeno sin dal *Codice Hammurabi* § 194) è stato centrale nella cultura della famiglia economicamente agiata e in particolare di quella borghese del XIX e XX secolo (tanto da essere attentamente disciplinato a partire dal D.Lgt. 4 agosto 1918, n. 1395) presenta tratti di notevole affinità con la *surrogacy* (vedi però contro questa affinità

le osservazioni di B. Sgorbati in questo fascicolo). Benché fosse un rapporto pienamente accettato dalla morale corrente, esso si instaurava in un contesto di forte diseguaglianza sociale e di bisogno economico, era perciò basato su un negozio oneroso in cui la balia veniva tolta dalla propria famiglia e separata dal proprio figlio naturale per fungere da nutrice di un figlio altrui. Forse non sempre le vicende erano così atroci come quelle di Annicchia, la povera ragazza di cui Pirandello racconta le vicende in *La balia*, ma il mettere in affitto il corpo della donna per ottenere un vantaggio economico era pur sempre il tratto distintivo del rapporto. Le difficili relazioni psicologiche e affettive che nascevano tra madre e balia, balia e suo figlio biologico, bambino baliato e balia, e tra "fratelli di latte" sono stati così importanti da attrarre l'attenzione della letteratura e della poesia (si vedano le sofferte poesie dedicate alla balia da U. Saba nel *Canzoniere*). Esse segnano tracce straordinariamente simili a quelle che si formano nelle relazioni implicate nella surrogazione della maternità: eppure il giudizio etico e la disapprovazione giuridica non sono affatto comparabili, anzi sembrano stare su sponde opposte. Il rapporto di baliatico è sopravvissuto al fenomeno sociale nel vigente T.U. delle leggi sanitarie (art. 309-312), che ne disciplina i profili rilevanti per la sicurezza sanitaria del bambino. Mentre la riflessione sulla surrogazione disconosce questi precedenti storici e quindi rischia di appiattirsi su concezioni etiche ed esperienze sociali contingenti e parziali, che si concentrano sullo scandalo causato dalle nuove tecnologie della riproduzione umana dimenticando il ben più osceno scandalo della diseguaglianza e della miseria in cui il traffico del proprio corpo trova le sue cause. Il contributo di L. Del Savio e G. Cavaliere sembra voler aprire questa diversa prospettiva.

5. L'interesse del minore è quasi sempre assunto come punto di orientamento del dibattito, ed è sicuramente giusto che sia così. Anche perché è in questa direzione che spingono le decisioni dei diversi organi giurisdizionali, internazionali e interni, sinora chiamati a decidere delle questioni insorte a seguito di episodi di surrogazione della maternità⁴ e connesse al problema dell'accertamento dello stato giuridico del figlio (su cui si concentra il contributo di S. Stefanelli).

⁴ Su cui cfr. L. POLI, *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, in *Questa rivista* 3/2015, p. 18 ss.

Visto che *the best interest of the child* è una *policy* ormai affermata e indiscussa⁵, la *call* ha invitato ad andare oltre alla ricostruzione della giurisprudenza (su cui si veda in particolare il saggio di B. Salone), per esplorare alcuni profili più problematici. Anzitutto è lecito chiedersi come nella giurisprudenza l'interesse del minore si coniughi con profili tipicamente economico-sociali relativi alle condizioni di vita in cui il bambino verrà inserito nella famiglia sociale, specie in confronto con il contesto in cui è stato generato, e quanto queste valutazioni si avvicinino a quelle che il giudice è solito compiere nell'affidamento dei minori e nell'adozione. Ci si può chiedere, infatti, se anche l'interesse del minore sia destinato a ridursi alla sola dimensione sociale e economica, o non possano assumere un peso nelle considerazioni del giudice anche altri interessi, ammessi più o meno apertamente al bilanciamento con l'interesse del bambino: per esempio quelli tipici della concezione antico-romana dell'adozione, come strumento di stabilità e di continuazione della linea familiare; oppure quelli del completamento psicologico della coppia colpita dalla biblica vergogna della sterilità; o ancora, sull'altro versante, se compaia anche qualche considerazione dei legami biologici e affettivi con la madre o la famiglia biologica oppure in merito alle esigenze economiche che hanno indotto la donna a mettere a disposizione il proprio utero. Non vi è dubbio infatti che le questioni che i giudici hanno da poco iniziato a trattare richiedono di fissare la "topografia" degli interessi (dei "bisogni" su cui si vedano i commenti critici di S. Pozzolo, ma anche la casistica di B. Salone) che entrano in gioco e che spesso vengono sfocate a causa di una motivazione tutta centrata sull'apodittica affermazione del "prevalente interesse del minore".

6. Al solito, questo fascicolo, racchiudendo i contributi che hanno dato seguito alla nostra *call*, non aspira a mettere il punto a una discussione che per noi è appena agli inizi. I temi – i temi che nella *call* sono stati proposti – sono troppo importanti e difficili perché non ci si debba augurare che il dibattito continui e si allarghi. Con questo fascicolo abbiamo cercato di essere di stimolo. Noi stessi ci auguriamo che la discussione scientifica sui punti messi in evidenza possa continuare, arricchendo le prospettive qui talvolta appena accennate e approfondendo l'analisi. La stessa giurisprudenza e persino la legislazione dei diversi paesi, per non dire la così spesso auspicata regolazione internazionale della *surrogacy*, alimenteranno sicuramente il

⁵ Vedi però ora l'interessante analisi di E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2016.

dibattito. Per cui l'interesse della Rivista per il tema resta fortissimo e saremo ben felici di ospitare ogni tipo di contributo ad esso dedicato che ci sarà proposto.