

CARLO IANNELLO

## LA MATERNITÀ SURROGATA E IL RUOLO DELLA LEGGE: DAL DIVIETO GENERALIZZATO A UN BILANCIAMENTO PIÙ MITE?

Sommario. 1. Premessa. – 2. La maternità surrogata tra dimensione privata e pubblica. – 3. La maternità surrogata tra diritto, tecnica e mercato: crisi della legge e protagonismo del giudice. – 4. Il difficile bilanciamento dei valori costituzionali e la strada stretta della legge. – 5. La pluralità delle forme della maternità surrogata: un fenomeno sociale che sfugge le generalizzazioni. – 5.1. L'inefficace divieto della maternità surrogata previsto dalla legge n. 40 del 2004. – 5.2 La maternità surrogata, diritto a procreare e autodeterminazione della donna. – 5.3. Le perplessità sulla pratica della maternità surrogata: dalla rottura della naturalità della maternità alla reificazione del corpo femminile. – 5.4. La maternità surrogata e la sanzione penale. – 6. Lo stretto percorso del legislatore tra l'irragionevolezza delle generalizzazioni e l'inefficacia dei divieti.

«È la vita, molto più del diritto, che è diventata allora la posta in gioco delle lotte politiche, anche se queste si formano attraverso affermazioni di diritto. Il “diritto” alla vita, *al corpo, alla salute, alla felicità, la soddisfazione di bisogni, il “diritto” a ritrovare, al di là di tutte le oppressioni o “alienazioni”, quel che si è e tutto quel che si può essere, questo “diritto” così incomprensibile per il sistema giuridico classico, è stato la replica politica a tutte queste nuove procedure di potere che, a loro volta, non partecipano del diritto tradizionale della sovranità*».

M. Foucault, *La volontà di sapere. Storia della sessualità*, I [ed. or.: *La volonté de Savoir*, ed. Gallimard, Parigi, 1976], Feltrinelli, Roma, 2016, 128.

1. La gestazione per altri sta suscitando un intenso dibattito, carico di questioni valoriali, etiche, culturali e giuridiche, sia nel mondo scientifico che presso l'opinione pubblica.

Mentre il mercato, autonomamente, già «governa» il fenomeno, la società, dal canto suo, esprime tensioni contrastanti e il legislatore mostra

sempre maggiori difficoltà nello svolgimento del suo ruolo di regolatore delle dinamiche sociali.

Una parte della società, ancorata ai valori tradizionali e spaventata dalle potenzialità delle nuove tecnologie, che contribuiscono a sradicare l'idea tradizionale di maternità, una delle ultime certezze fondamentali della condizione umana, invoca limiti e divieti, auspicando che l'ordine naturale, violato dalla tecnica, possa essere reintrodotta per legge.

Dall'altra parte, tuttavia, si fa strada un movimento in progressiva espansione, che reclama la piena affermazione dei diritti di libertà ed esprime un'opposta esigenza di liberalizzazione, ispirata al sempre più pieno riconoscimento dell'autonomia individuale e della autodeterminazione, rifiutando valori etici non più avvertiti come essenziali, perché travolti da una mutata sensibilità sociale costantemente rafforzata dalle possibilità offerte dalle nuove tecnologie.

Il legislatore, dal canto suo, stretto fra opposte richieste, e scavalcato – di fatto – dal binomio tecnica e mercato, non riesce a trovare una strada efficace per regolamentare questo nuovo fenomeno sociale, offrendo una cornice normativa che tenga assieme la richiesta di una sempre più forte rivendicazione dell'autodeterminazione individuale e la tutela dei valori costituzionali.

2. Le nuove tecnologie della fecondazione assistita, che hanno permesso di separare il fenomeno riproduttivo dalla sessualità, sono una causa e al tempo stesso una spia di un profondo cambiamento della cultura e della società contemporanee, che sta incidendo sulla stessa «dimensione antropologica della genitorialità»<sup>1</sup>, con importanti ripercussioni anche sul sistema giuridico.

Attraverso la scissione della riproduzione dalla sessualità e la frammentazione della genitorialità in tanti segmenti (separazione del dato biologico-genetico da quello sociale e persino dalla gestazione), si riescono oramai a soddisfare desideri di paternità e di maternità che prima erano del tutto impensabili, come quello di single, di coppie omosessuali, di coppie sterili impossibilitate a sottoporsi a una fecondazione assistita<sup>2</sup>.

1 Così il Tribunale di Roma, ordinanza del 17 febbraio 2000. Di «modificazioni antropologiche», a proposito delle nuove tecniche di fecondazione assistita, discorre anche S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 285.

2 Sulle riflessioni che la maternità surrogata solleva nell'ambito della questione femminile e nel mondo omosessuale cfr. S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, in *Costituzionalismo.it*, 2015; cfr., inoltre, L.

Sbaglierebbe, tuttavia, chi ritenesse il fenomeno della gestazione per altri una novità dei nostri tempi legata all'uso delle tecnologie riproduttive, le quali, come è stato opportunamente osservato, «non hanno “creato” il problema», ma hanno «solo (enormemente) accentuato la rilevanza di un problema che è davvero vecchio quanto il mondo»<sup>3</sup>.

È noto, infatti, che queste pratiche, se intese in un senso lato (cioè semplicemente come separazione tra colei che partorisce e colei che assume il ruolo di madre del neonato di fronte alla collettività), non rappresentano un fenomeno riconducibile alla contemporaneità, ma hanno sempre caratterizzato le società umane; di aiuto alla maternità si trovano riscontri persino nella Bibbia<sup>4</sup> e nelle fonti dell'antica Roma<sup>5</sup>.

Allo stesso tempo, non c'è dubbio che tra queste forme antiche di maternità surrogata e quelle dei nostri giorni intercorra una differenza abissale. Nei tempi antichi queste pratiche di sostituzione erano, comunque sia, legate alla sessualità, mentre oggi le tecnologie di riproduzione assistita riescono a fare a meno della stessa unione sessuale fra uomo e donna (da questo punto di vista, occorre rilevare, le nuove tecnologie avrebbero potuto renderle persino più accettabili rispetto al passato<sup>6</sup>, in cui dovevano necessariamente realizzarsi attraverso un adulterio, comportamento da sempre stigmatizzato dalla morale).

La profonda differenza tra le forme antiche e quelle nuove di maternità surrogata, che ne ha cambiato radicalmente la percezione da parte della società, è data probabilmente dal contesto in cui esse si svolgono, in un duplice senso.

---

RONCHETTI, *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it) (aprile 2006)

3 R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione* in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016, 1.

4 La vicenda cui si fa riferimento nel testo è quella della schiava Agar (Genesi, 16: 21). Come è noto Agar aiutò Abramo, su richiesta di sua moglie Sara, ad avere il figlio che loro non riuscivano ad avere. Dall'unione di Agar e Abramo nacque Ismaele, che fu allontanato dalla famiglia assieme alla schiava, una volta che Sara, novantenne, riuscì a procreare corti, dando alla luce Isacco.

5 Cfr. E. CANTARELLA, *Il paradosso romano: la donna tra diritto e cultura*, in M.T. Guerra Medici (a cura di), *Orientamenti civilistici scandalistici sulla condizione della donna*, Napoli, 1996, 14. I. CORTI, *La sostituzione di maternità*, Milano, 2000, 6-7 osserva che il coinvolgimento di un'altra donna nella procreazione è «un fenomeno costante nella storia: ciò avveniva probabilmente in modo segreto, quando donne sterili convincevano sorelle o amiche ad avere un bambino con il loro marito per poterlo crescere come figlio proprio».

6 Come rileva, ad esempio, I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C. M. Mazzini, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, II, 1481.

In primo luogo, dal contesto inteso in senso culturale, in cui si sta con sempre più forza affermando una nuova idea dell'autodeterminazione individuale, slegata da qualsiasi ancoraggio valoriale e a cui pare non potersi opporre alcun limite, ma che anzi contribuisce essa stessa all'implosione di ogni limite etico-morale proprio della cultura tradizionale. Questa nuova dimensione dell'individuo sovrano<sup>7</sup> – amplificata dalle enormi potenzialità offerte dalla moderna tecnologia e rese disponibili dal mercato – incontra non poche resistenze<sup>8</sup>, proprio per questa irriducibile carica di «soggettivismo»<sup>9</sup> in essa insita.

In secondo luogo, dal contesto inteso come spazio fisico in cui queste pratiche si svolgono. Un tempo esse erano relegate nella dimensione privata (nascosta, segreta) delle mura domestiche, in cui trovavano tutto quanto occorresse alla loro realizzazione (come accadeva – peraltro – anche per

7 Si veda, ad esempio, il testo di C. SHAVEL, *Nascere per contratto*, Milano, 1992, *passim*. L'A., in particolare, sostiene che non solo la piena liceità del contratto di maternità per sostituzione, ma che la stessa previsione di un corrispettivo contrattuale serve ad ampliare la sfera di libertà della surrogata («la massima manifestazione della libertà della surrogata si ha quando essa fissa un valore economico alla sua attività procreativa» (ivi, 166). Sulle tesi di Carole Shavel cfr. la ricostruzione che ne fa I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Milano, 2000, 24 ss.

8 Cfr. ad esempio, S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?* in *forumcostituzionale.it*, 2009. Cfr. inoltre A. BARBERA, voce *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. del dir., Annali VIII*, Milano, 2015, 322 ss. Ritengono, invece, fra gli altri, il diritto all'autodeterminazione una posizione di rilievo costituzionale che si concretizza nella libertà di disporre del proprio corpo S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, Milano, 2006, 73 ss., Id., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 194 ss.; P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo*, in *Il governo del corpo*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, 122 ss. Per una posizione intermedia cfr. A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Napoli, 2016, 38 ss.

9 Cfr., fra i tanti, R. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *www.federalismi.it*, 17/2013, 28 agosto 2013 che qualifica questo soggettivismo «esasperato». Scrive l'Autore: «Contrariamente all'avviso di quanti si fanno portatori di un'idea di dignità connotata da soggettivismo esasperato, assumendo che la definizione della stessa compete in via esclusiva a ciascun essere umano e risulti dunque per intero rimessa alla sua insindacabile autodeterminazione, per il tramite della quale ogni uomo possa attorno alla (e sulla) dignità edificare ad libitum il proprio progetto di vita, è piuttosto da ritenere che della dignità stessa si possa (e debba) ricercare un significato oggettivo, coerente col dettato costituzionale e idoneo ad apprestare un effettivo, sostanziale servizio al principio personalista. Una nozione di dignità che, perciò, naturalmente si volga verso i valori fondanti l'ordine costituzionale, dai quali possa ricevere luce e giustificazione, costituendo – come si è fatto, ancora da ultimo, notare da una sensibile dottrina (G. Silvestri 2013) – il “nucleo essenziale del principio personalista”».

altre questioni che turbano profondamente la società contemporanea, come quelle legate all'inizio e al fine vita<sup>10</sup>).

Compiendosi lontano dalla scena pubblica, esse sfuggivano ai grandi regolatori sociali della modernità che sono il diritto e il mercato. Nel contesto riservato delle mura domestiche trovavano la propria disciplina negli affetti privati, senza innescare il drammatico conflitto di valori che oggi suscitano. Ciò non vuol dire che la *self-regulation* 'socio-familiare' su cui erano fondate fosse in grado di risolvere tutti i problemi, a cominciare dalla strumentalizzazione/subordinazione del ruolo della donna fino ad arrivare alla tutela del nato contro forme di discriminazione e alle difficoltà di comporre i conflitti tra madre sociale e madre partoriente (che restavano, infatti, problemi irrisolti, come la stessa vicenda biblica di Abramo e della schiava Agor mostra chiaramente: la schiava rappresenta la condizione di una donna sottomessa e strumentalizzata e Sara, la moglie di Abramo, «la madre committente», entra in conflitto con Agor, madre gestante; una volta riuscita a partorire naturalmente, Sara chiede che la schiava venga cacciata di casa assieme al figlio Ismaene, discriminato quindi per non essere geneticamente suo figlio)<sup>11</sup>.

Oggi queste vicende sono uscite fuori dalla dimensione privata<sup>12</sup>, a seguito della medicalizzazione della vita che si è affermata dal dopoguerra ad oggi, che ha spostato tutto ciò che attiene alla dimensione biologica della persona, a cominciare proprio dalla riproduzione, dalla familiarità e riservatezza dei luoghi domestici allo spazio 'pubblico' degli ospedali<sup>13</sup>.

Questa dimensione trasparente ne accentua oltremodo la problematicità perché amplifica la portata dirompente del dominio della sovranità individuale, sempre più percepita come un grimaldello in grado di sradicare il contesto valoriale tradizionale.

---

10 Come mostrato anche da racconti a sfondo sociale, queste vicende sono accolte con una consapevolezza e un'apertura che francamente sorprende il cittadino delle metropoli contemporanee. Nel contesto di società rurali, le questioni legate all'inizio e alla fine della vita (dalla sostituzione di maternità all'aborto, alle pratiche eutanasiche) sono slegate dalla tensione drammatica con cui siamo abituati a trattarle. Cfr. il bel romanzo di M. MURGIA, *Accabadora*, Torino, 2009, che si apre con la significativa descrizione dei «fillius de anima» cioè «i bambini generati due volte, dalla povertà di una donna e dalla sterilità di un'altra» (*Ibidem*, 3). Il libro è incentrato sulla figura dell'Accabadora, donna che sovrintende, nel contesto della una società rurale descritta nel romanzo, ai momenti di inizio e fine vita affrontati con impressionante modernità.

11 Proprio la vicenda biblica di Ismaele, allontanato dalla madre 'sociale' Sara (cfr. la nota 4), ci conferma la problematicità che queste pratiche hanno sempre avuto.

12 «Le colpe, come le persone, cominciano ad esistere quanto qualcuno se ne accorge», osserva lucidamente M. MURGIA, *Accabadora*, cit., IV di copertina.

13 Cfr. S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 260 ss.

3. Con il loro ingresso nella dimensione pubblica, queste vicende sono divenute oggetto di una duplice quanto contraddittoria forma di regolamentazione.

Innanzitutto, di quella predisposta dal diritto statale, che dà risposte differenti e articolate, a seconda della cultura giuridica, del sentire sociale e del catalogo assiologico scaturente dalle costituzioni nazionali; queste risposte oscillano tra imposizione di divieti e atteggiamenti tolleranti, anche se la soluzione interdittiva è, al momento, quella che trova una più ampia diffusione, almeno nell'Unione Europea.

In secondo luogo, contemporaneamente alle regolamentazioni statali, è intervenuta una forma di regolazione autonoma dai diritti nazionali, quella 'spontanea' e omogenea del mercato, strutturalmente priva di confini geografici e incapace di affrontare ogni questione valoriale, che si pone, pertanto, spesso, in aperto contrasto con le scelte politiche e giuridiche assunte dai singoli stati.

Oggi sono, infatti, offerte agli individui così tante possibilità di scelta per l'appagamento dei loro desideri procreativi che la programmazione di un figlio diventa qualcosa di assimilabile all'acquisto di un bene di consumo (si pensi, ad esempio, ai cataloghi presenti nelle cliniche che realizzano pratiche di fecondazione assistita in cui i genitori possono scegliere i gameti dei propri figli in relazione alle caratteristiche fisiche, sociali e attitudinali dei donatori<sup>14</sup> o alle agenzie che fanno incontrare domanda e offerta di madri surrogate<sup>15</sup>), con tutto il senso di profonda inquietudine che ciò determina.

14 Cfr. A. GAMBINO, *Eterologa: donatori scelti da catalogo*, in [www.avvenire.it/famiglia-e-vita/pagine/genitori-garantiti-figli-perfetti](http://www.avvenire.it/famiglia-e-vita/pagine/genitori-garantiti-figli-perfetti).

15 Scrive L. D'Avack, *La maternità surrogata: un divieto "inefficace"*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, fasc. 1, 2017, 139 che, «stando ai dati riportati dall'American Society for reproductive medicine (reperibile al sito internet [reproductivefacts.org](http://reproductivefacts.org)) ogni anno più di 2 mila nati sono frutto di contratti di maternità surrogata negli Stati Uniti, e che il tasso d'incremento annuo è circa del 300 per cento. In India esistono oltre 3 mila cliniche che ogni anno praticano circa 1.500 maternità surrogate raggiungendo un fatturato di 2,5 miliardi. Per quanto riguarda l'Italia si stima in oltre 100 i bambini nati ogni anno da un accordo di surrogazione, realizzata (all'estero) nonostante il divieto della L. 40/2004». La commercializzazione della maternità surrogata non è tuttavia un fenomeno recentissimo, ma ha accompagnato questo fenomeno sin dalle sue primissime apparizioni intorno alla metà degli anni '80 dello scorso secolo. Cfr. sul punto C. PATEMAN, *Il contratto sessuale*, 1988, edizione italiana, Roma, 1997, 273, in cui si mette in luce che anche prima del noto caso baby M. negli Stati Uniti «sono state aperte delle agenzie di maternità surrogata e, secondo la stampa, sono stati fatti almeno 600 contratti, con almeno una donna che ha stipulato il portato a termine due contratti. Queste agenzie sono fonte di profitti; sembra che una di esse, nel 1987, abbia avuto un volume di affari di \$ 600.000 americani».

Il paradosso è che questa forma di regolazione, benché spesso in aperto conflitto con quella predisposta dai singoli stati nazionali che hanno inteso vietare il fenomeno (come ad esempio il nostro o quello francese), riesce, comunque sia, ad imporsi. I giudici, infatti, sono sempre più spesso posti di fronte al dato di fatto di figli nati da contratti di surrogazione realizzati in paesi ove ciò è consentito. I giudici nazionali (e quelli sovranazionali) sono così chiamati a regolare, in ultima istanza, il fenomeno, tenendo conto di tutti gli interessi coinvolti e, come l'esperienza dimostra, soprattutto dell'interesse del minore – che non ha alcuna colpa per la modalità con cui è stato messo al mondo – a vedersi riconosciuta la propria identità e di non vivere in una famiglia in cui i genitori sono socialmente stigmatizzati come criminali<sup>16</sup>.

In una società in cui si sta sempre più affermando un modello di governo di ogni aspetto della vita sociale fondato sulla generalizzazione del mercato concorrenziale<sup>17</sup>, non si poteva immaginare che questo nuovo tipo di 'governamentalità', per dirla con Foucault, non si occupasse anche degli aspetti più intimi della vita umana, dalla commercializzazione degli ovuli e dello sperma, del corpo femminile a scopo riproduttivo, fino ad arrivare alla stessa reificazione delle identità sessuali e di genere<sup>18</sup>. È stato a tale proposito osservato che «Il corpo biopolitico moderno[...] non è più una superficie unidimensionale dove si inscrivono il potere, la legge e la punizione, ma piuttosto una densa interiorità dove la vita,

16 Cfr. ad esempio la Convenzione sui diritti dell'infanzia approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite a New York il 20-11-1989 [ratificata con la l. 27-5-1991, n. 176], secondo cui «in tutte le decisioni relative ai fanciulli e di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente». Sul punto cfr., da ultimo, E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, *passim*.

17 M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al collège de France 1978-9*, Milano, 2015, *passim*. Per il neoliberalismo, sostiene M. FOUCAULT, «[...] il problema che si poneva non era affatto quello di sapere – come nel caso del liberismo alla Adam Smith, quello del secolo XVIII – in che modo, in una società politica stabilita, fosse possibile ritagliare e gestire uno spazio libero, come quello del mercato. Il problema del neoliberalismo, al contrario, è di sapere in che modo sia possibile regolare l'esercizio globale del potere politico in base ai principi di un'economia di mercato» (*Ibidem*, 115).

18 Come sostiene P.B. PRECIADO, *Testo tossico. Sesso, droghe e biopolitiche nell'era farmacopornografica*, 2008, trad. it. 2015, Roma, 142. Osserva S. NICCOLAI, *op. cit.*, che siamo di fronte a una «conferma e all'enfaticizzazione della 'libertà contrattuale' cara al liberismo dominante».

ma anche il controllo politico, avvengono nella forma dello scambio, del commercio e della comunicazione»<sup>19</sup>.

È in ciò che consiste l'essenza della biopolitica, volta al governo della vita e, dunque, del corpo degli uomini. Il governo del vivente<sup>20</sup> trova le sue forme di regolazione in nuove tecniche di «governamentalità» che si avvalgono, da un lato, dei meccanismi di mercato, dall'altro, di dispositivi di controllo<sup>21</sup>, facendo regredire lo spazio della legge che mostra la sua crescente inadeguatezza nella regolazione dei fenomeni sociali.

Da questo punto di vista ci troviamo in presenza di un altro chiaro segno della modifica della struttura del potere, sempre più indifferente al territorio<sup>22</sup>: al tempo del neoliberalismo e della biopolitica, il paradigma classico della sovranità (fondato su governo e territorio, o meglio sul governo *del* territorio) appare sempre più obsoleto. Il potere, infatti, si manifesta attraverso «meccanismi sottili e mobili»<sup>23</sup> che si occupano «dell'amministrazione dei corpi e della gestione calcolatrice della vita»<sup>24</sup>, innescando un potere diffuso, reticolare, circolare volto al governo di ogni aspetto, anche più intimo, delle esistenze individuali.

Come osservato dallo stesso Foucault, la «conseguenza dello sviluppo del biopotere è l'importanza crescente assunta dalla norma alle spese del

19 P.B. PRECIADO, *op. cit.*, 233, facendo propria la lezione di M. Foucault. Si veda, in particolare, M. FOUCAULT, *La volontà di sapere. Storia della sessualità*, I [1976], Roma, 2016, 127 il quale spiega che la biopolitica si rivolge alla popolazione, cioè al *bios*, investendo «il corpo, la salute, le modalità di nutrirsi e di abitare, le condizioni di vita, l'intero spazio dell'esistenza». Questo 'governo' del vivente attraverso il mercato si concretizza in maniera articolata. Da un lato, nella veicolazione di un messaggio 'commerciale', quello per cui il desiderio di genitorialità si soddisfa attraverso un figlio geneticamente legato (anche se, in alcuni casi, solo parzialmente), con i suoi genitori, secondo le ordinarie leggi del *marketing*, cioè creando un bisogno che non può essere altrimenti soddisfatto (ad esempio con l'adozione). Dall'altro, offrendo servizi commerciali per la realizzazione di questo desiderio, cioè attraverso la predisposizione di apposite agenzie che fungono da intermediari fra le due madri, che cercano le donne gestanti, ne garantiscono l'affidabilità sul piano fisico e psichico, che offrono alla coppia committente tutti i necessari servizi di consulenza, anche legale, presenti nei paesi dove queste pratiche sono permesse.

20 Per usare il titolo di un'opera di M. FOUCAULT, *Del governo dei viventi. Corso al Collège de France 1979-1980*, Milano, 2014.

21 M. FOUCAULT, *La volontà di sapere. Storia della sessualità*, cit., 125 ss.

22 Territorio che, secondo importanti ricostruzioni giuridiche, ha rappresentato lo stesso fondamento dell'ordinamento giuridico. Cfr., a tale proposito, C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, Milano, 1991, *passim*.

23 M. FOUCAULT, *La volontà di sapere. Storia della sessualità*, cit., 77.

24 *Ibidem*, 123.

sistema giuridico della legge»<sup>25</sup>, intendendo la norma come regola del caso concreto. La dimensione giuridica così come la conosciamo è entrata «in una fase di regressione»<sup>26</sup>, trascinando con sé la stessa imperatività dei codici e delle costituzioni.

Se la regolazione della vita è diventata un terreno che sfugge sempre più alla legge generale ed astratta, non sfugge però al giudice, capace al contrario di integrarsi con elasticità con tutti i nuovi sistemi (dispositivi, per usare il linguaggio di Foucault) di regolazione sociale (da quello del mercato a quello rappresentato dal potere medico) che oramai governano le esistenze individuali. Il potere giurisdizionale, anzi, si rivela sempre più essenziale in una società dominata dal paradigma biopolitico neoliberale<sup>27</sup>.

L'accresciuto ruolo del giudice<sup>28</sup> trova, dunque, la sua spiegazione proprio nella progressiva attrazione della regolazione di ogni fenomeno sociale da parte del mercato e della tecnica<sup>29</sup>. Se si determina una riconduzione di ogni aspetto della vita umana ad una relazione di scambio, è chiaro che aumentano esponenzialmente i micro conflitti individuali (fra consumatori e produttori) i quali invocano proprio l'intervento del potere destinato a risolverli, cioè di quello giurisdizionale<sup>30</sup>.

25 M. FOUCAULT, *La volontà di sapere. Storia della sessualità*, cit., 126

26 *Ibidem*.

27 Scrive significativamente W. Ropke, uno dei teorici del neoliberalismo, con specifico riferimento all'economia, ma delineando una tendenza di portata più generale, che si è realizzata non solo con riferimento al settore economico, «Oggi è opportuno fare dei tribunali, molto più che in passato, gli organi dell'economia, di affidare alla loro decisione compiti che sinora erano assegnati alle autorità amministrative» citato in M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al collège de France 1978-9*, cit., 149.

28 Come osservato da L. CHIEFFI, *Introduzione. Prospettive di dialogo tra scienza e diritto*, in Id. (a cura di), *La medicina nei tribunali*, Bari, 7 ss., 13, i giudici diventano «legislatori interstiziali del caso concreto». Cfr., in proposito, Id., *Prospettive garantistiche e sviluppi atipici dell'interpretazione conforme a Costituzione nel campo della biomedicina*, in *Questione giustizia*, 2016, 198 ss.; A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, 2016, *passim*. Sul ruolo del giudice nelle società multiculturali cfr. I. RUGGIU, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Milano, 2012, *passim*.

29 Scrive M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, cit., 115, «[...] il problema che si poneva non era affatto quello di sapere – come nel caso del liberismo alla Adam Smith, quello del secolo XVIII – in che modo, in una società politica stabilita, fosse possibile ritagliare e gestire uno spazio libero, come quello del mercato. Il problema del neoliberalismo, al contrario, è di sapere in che modo sia possibile regolare l'esercizio globale del potere politico in base ai principi di un'economia di mercato».

30 Osserva lucidamente L. CHIEFFI, *La regolamentazione della fecondazione assistita nel difficile dialogo tra le due culture*, in L. Chieffi - J. R. Salcedo Hernández (a

Sempre più spesso, pertanto, i giudici rappresentano l'ultimo elastico anello di un complesso sistema di regolazione che sfugge alla legge e agli stessi divieti (spesso addirittura presidiati da sanzioni penali) posti dal diritto degli stati nazionali. In un contesto sempre più globale e aperto è evidente che ai giudici, in ultima istanza, si chiede di risolvere i sempre più numerosi conflitti che emergono dalla sostanziale «liberalizzazione» di queste pratiche, prodotta dalla 'spontanea' regolazione del mercato, dal dominio della tecnica e delle sovranità individuali. Il ruolo della legge finisce così per diventare ancora più sussidiario e ancillare, essendo costretta a inseguire processi che non riesce né a dirigere, né a controllare. Questi fenomeni, infatti, non sono più riconducibili nell'alveo delle categorie giuridiche classiche e si sottraggono, così, anche alla forza normativa del catalogo assiologico dettato dalle costituzioni, che continuano da decenni a vedere sempre più ridotta la loro effettività, non solo in materia di governo dell'economia<sup>31</sup>.

È stato a tale proposito osservato che «La lacunosità o, in altra direzione, l'inidoneità della legislazione sino ad ora elaborata, ha [...] costretto il giudice adito, in presenza di un inderogabile divieto di *non liquet*, a svolgere una attiva opera di attenta ricostruzione del quadro normativo di riferimento che gli consentisse di rinvenire comunque la soluzione del caso di specie, non potendo in alcun modo rinunciare di "dare conto" della esistenza o meno del diritto a chi lo interpella»<sup>32</sup>.

Sui giudici, dunque, finisce, inevitabilmente, il compito di regolare questa realtà complessa, interpretando i fatti, dando risposta ai desideri, interessi e bisogni individuali attraverso un bilanciamento –che non può che essere *ex post*– dei diritti, dei principi e dei valori costituzionali, in modo

---

cura di), *Questioni di inizio vita. Italia e Spagna: esperienze in dialogo*, Sesto San Giovanni (Mi), 2015, 177, che si è avuta «una sorta di deriva giurisdizionale della vita quotidiana che sembra oramai costantemente accompagnare alcune delle scelte più intime compiute dall'essere umano, per essere legate alla riproduzione o alle decisioni di fine vita».

31 Cfr. M. LUCIANI, *L'anti sovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, n. 1/1996, 124-188. Ma vedi, più di recente, Id., *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2016, n. 2, 1-20. Scriveva M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, 1994, 8, che «Si tratta di sapere se sia ancora perseguibile la pretesa di fornire attraverso la Costituzione un quadro morale e razionale al discorso politico, conformando l'ordine sociale e istituzionale complessivo per mezzo di principi e regole che limitino ed orientino (e dunque, con ciò stesso, rendano conoscibile) il potere in tutte le sue forme, pubbliche e private».

32 L. CHIEFFI, *Prospettive garantistiche e sviluppi atipici dell'interpretazione conforme a Costituzione nel campo della biomedicina*, cit., La citazione riportata nel testo si trova a pagina 199.

da riportare quanto sfugge al dominio della legge in armonia con la Costituzione, nel tentativo di recuperare, in qualche modo, a valle, nel dettare la regola del caso concreto, l'effettività dei principi e dei valori costituzionali.

4. Come osservato, in un periodo storico in cui il mercato è assunto a paradigma di governo della vita sociale, il compito del legislatore diventa sempre più complesso, perché ogni divieto può essere eluso, ogni regola aggirata, ogni principio fissato dal diritto positivo ribaltato nel suo opposto. È per questo che la disciplina posta dalla legge n. 40 del 2004, che si è limitata ad introdurre un divieto di maternità surrogata, non pare aver fatto i conti con il contesto storico sociale. Si tratta, infatti, di un divieto che in realtà vieta ben poco, come dimostrato dai casi sempre più frequenti di concittadini che fanno ricorso a questa pratica nei paesi in cui è consentita, che poi chiedono, ed ottengono, il riconoscimento del loro *status* di genitori in Italia.

Dal punto di vista culturale, è chiaro che l'impostazione complessiva della legge 40 è legata ad un'idea conservatrice della società e del ruolo del diritto, perché si fonda sulla fallace convinzione che la legge possa «artificialmente» ripristinare l'ordine naturale scardinato dai progressi tecnologici, con un semplice intervento impositivo, volto a far coincidere l'area di liceità con quella della (superata) naturalità.

Questa impostazione ha manifestato tutta la sua inefficacia con riferimento alla disciplina della fecondazione assistita. Come è noto, nel corso degli anni è stata più volte giudicata incoerente con i principi e i valori costituzionali dal giudice delle leggi<sup>33</sup>. Questa legge ha rappresentato un chiaro esempio di uso (ideologico e) proibizionista del diritto, al fine di riaffermare la naturalità dei processi procreativi. La legge numero 40 del 2004, infatti, si fondava sulla «volontà di custodire un diritto legato unicamente alla natura», ritenendo che il compito della regola giuridica fosse

---

33 Cfr. le sentenze della Corte Costituzionale n. 151 del 2009; n. 162 del 2014; n. 96 del 2015 che hanno annullato rispettivamente l'obbligo di contemporaneo impianto dei tre ovociti, il divieto di fecondazione eterologa e il divieto di indagine preimpianto. Cfr. inoltre la sentenza n. 84 del 2016 che non ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il divieto di sperimentazione sugli embrioni. Sulla legge n. 40 e sulla successiva giurisprudenza costituzionale la letteratura è vastissima. Cfr., fra i tanti, L. CHIEFFI, *La regolamentazione della fecondazione assistita nel difficile dialogo tra le due culture*, in *federalismi.it*, n. 21/2015; ID., *L'irragionevole obbligo di crioconservazione degli embrioni selezionati e abbandonati a seguito di indagine preimpianto*, in *Giur. Cost.*, n. 6/2015, 2111; A. D'ALOIA, *L'(ex) 40*, in *Quad. Cost.*, n. 4/2015, 997 ss.; ID., *Quel che resta della legge 40*, in *Biolaw Journal*, n. 2/2014, 1 ss.; anche per una prospettiva comparata, L. Chieffi - J. R. Salcedo Hernández (a cura di), *Questioni di inizio vita. Italia e Spagna: esperienze in dialogo*, cit.

quello «di ricostruire artificialmente il vincolo scomparso»<sup>34</sup>. A distanza di quasi tre lustri dalla sua approvazione si può agevolmente affermare che si è trattato di una «forzatura impossibile»<sup>35</sup>.

L'insegnamento che dovrebbe trarsi dalla giurisprudenza costituzionale in tema di fecondazione assistita è che il compito del diritto non dovrebbe essere quello di riaffermare imperativamente la vigenza della legge di natura<sup>36</sup> (compito peraltro irrealistico in un mondo sempre più globalizzato in cui il turismo, dunque la mercificazione, dei diritti è sempre più diffuso<sup>37</sup>). Anzi, come messo in luce nella sentenza n. 162 del 2014 della Corte Costituzionale, spesso i divieti in queste materie rischiano di trasformarsi in odiose discriminazioni di carattere sociale, poiché le pratiche vietate, alla fine dei conti, finiscono col restare precluse solo a chi non ha la capacità economica per realizzarle all'estero.

Un intervento legislativo, per essere efficace e per tentare di bilanciare effettivamente il quadro valoriale sancito dalla Costituzione, dovrebbe pertanto rifuggire dalle posizioni «ideologiche»<sup>38</sup>, cercando di comprendere la rilevanza dei cambiamenti, che hanno modificato «profondamente il quadro di riferimento del giurista»<sup>39</sup>. Le tecnologie concernenti la riproduzione artificiale, e le vicende legate alla gestazione per altri, infatti, non si prestano né ad essere lette con le consolidate categorie<sup>40</sup>, né ad essere ricondotte dal diritto al rispetto dell' 'ordine' naturale della riproduzione. Osservava limpidamente Rodotà nel 1989<sup>41</sup> che queste vicende «non possono essere valutate con la presunzione autoritaria del giurista di bloccare la dinamica in corso». Perché l'intervento sia efficace, infatti, il legislatore «deve essere ben consapevole dei limiti del suo intervento, altrimenti condannato ad essere eluso o a diventare ulteriore elemento di conflittualità»<sup>42</sup>.

34 S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 285.

35 *Ibidem*.

36 S. RODOTÀ, *Diritti della persona, strumenti di controllo sociale e nuove tecnologie riproduttive*, in G. Ferrando (a cura di), *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Padova, 1989, 137

37 Cfr. A. BARBERA, voce *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. del dir.*, *Annali VIII*, Milano, 2015, p. 263 ss., in part. 322 ss.

38 S. RODOTÀ, *Diritti della persona, strumenti di controllo sociale e nuove tecnologie riproduttive*, cit., 137

39 *Ibidem*.

40 Basti citare per tutti il caso del disconoscimento di paternità. Il codice civile si è spesso manifestato inadeguato a disciplinarne i tratti peculiari che distinguono la procreazione naturale cui questo codice si riferiva da quella artificiale.

41 RODOTÀ, *Diritti della persona, strumenti di controllo sociale e nuove tecnologie riproduttive*, cit., 137.

42 *Ibidem*.

D'altro canto, di fronte alla densità valoriale sottesa alla pratica in questione, ineluttabilmente, la dimensione morale e quella giuridica hanno il compito di porre dei limiti, affinché le potenzialità offerte dalle nuove tecnologie non si traducano in violazione della dignità e in inaccettabili strumentalizzazioni della donna o dei bambini. Il diritto, infatti, non può abdicare alla sua funzione di orientamento e di bilanciamento dei valori che sono alla base del patto costituzionale, rendendo lecito tutto ciò che è tecnicamente possibile, solo perché vietare è inefficace.

Proprio la complessità di questo fenomeno richiederebbe una risposta del diritto poco generale e astratta e il più elastica possibile: in altri termini, mite<sup>43</sup>, cioè «lasciando margini alla scelte individuali dei soggetti coinvolti»<sup>44</sup>.

Le risposte, tuttavia, non sono semplici perché la legge è costretta a muoversi nello stretto percorso che si colloca tra l'inutilità o l'inefficacia dei divieti e l'inaccettabilità etica di una liberalizzazione di tutto ciò che è tecnicamente possibile, che si porrebbe in contrasto con il quadro valoriale previsto dalla Costituzione repubblicana, dalla Carta di Oviedo e dalla Carta di Nizza.

5. La disciplina di questo fenomeno è tanto più delicata in quanto la pratica in questione non si presta a letture generalizzanti, perché essa è il prodotto della combinazione di molti elementi (da un lato, le oramai enormi possibilità offerte dalla tecnica; dall'altro, gli scopi e i desideri delle persone coinvolte), la cui composizione può dare luogo a una pluralità di ipotesi, ognuna singolare. Anche piccole variazioni, infatti, contribuiscono a rendere molto diversi i casi, condizionando così, in modo rilevante, la loro valutazione sociale, morale e, dunque, giuridica.

Innanzitutto, come è stato rilevato in dottrina<sup>45</sup>, essa può assumere una forma totale, detta anche eterologa o gestionale, se l'ovulo non è della madre che assume il compito di portare a termine la gravidanza (ma di una donatrice o anche della stessa madre committente). In tali ipotesi, come

---

43 G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, *passim*. Sulla necessaria mitezza delle leggi in materia bioetica cfr. ultimo A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, cit.

44 A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, cit., 25.

45 Cfr. R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione* in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016; 1 ss.; M. DISTEFANO, *Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionale privatistica su un difficile puzzle da ricomporre*, in *Genius*, anno II, n. 1, giugno 2015, 160 ss.; I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C. M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, II, 1479 ss.

mostrato dal noto caso statunitense «in re Marriage of Buzzanca»<sup>46</sup>, si può avere un neonato con ben cinque potenziali genitori, in cui può diventare complesso comprendere chi sia il genitore dal punto di vista legale<sup>47</sup>.

Oppure possiamo avere una forma «parziale» di maternità surrogata, detta anche tradizionale od omologa, quando cioè la madre surrogata non solo porta a compimento la gravidanza, ma mette anche a disposizione il suo ovulo. In quest'ultimo caso, il legame tra madre surrogata e neonato è doppio (non solo determinato dalla gestazione, ma anche genetico).

Un'altra importante distinzione è poi rappresentata dalla gratuità od onerosità dell'accordo. Esso può essere realizzato dalla madre surrogata per finalità lucrative; in questo caso è evidente il rischio della mercificazione del corpo della donna. Oppure il gesto della donna può essere ispirato a finalità solidaristiche, per aiutare qualcuno con cui si è legati da una relazione affettiva a realizzare il proprio progetto procreativo. In quest'ultimo caso l'accordo dà luogo ad un comportamento socialmente accettato, tanto è vero che alcune legislazioni prendono atto di questo aspetto ammettendo la maternità surrogata a condizione che non abbia uno scopo lucrativo (si pensi alle legislazioni canadese o britannica<sup>48</sup>).

---

46 In questo caso il giudice di prime cure ritenne che nessuno dei partecipanti all'accordo fosse il genitore legittimo della bambina nata da maternità surrogata. Cfr. *Re Buzzanca, Superior Court of California, Family Law Division*, in *Fam. dir.*, 1997, 405 con nota di V. CARBONE, *Inseminazione eterologa e disconoscimento di paternità. Il caso baby J.*

47 In particolare: la madre che lo ha partorito, la madre genetica, la madre sociale o committente che lo ha voluto, più il padre genetico ed il padre sociale. Un caso, questo, che in primo grado si chiuse con una decisione sorprendente, definita *an extraordinary conclusion* dalla stessa corte suprema in sede di appello: il giudice di prime cure stabilì che nessuna delle persone che avevano contribuito a questa nascita poteva assumere il ruolo di genitore legale

48 Il Regno Unito e il Canada ammettono la surrogazione di maternità, a fini altruistici o solidaristici, vietando solo quella realizzata a fini commerciali, salvo però consentire un indennizzo. Indennizzo che, come osserva S. NICCOLAI, *op. cit.*, 21, nt. 42, renderebbe sfumato il confine tra ciò che è oneroso e ciò che non lo è. Cfr. il *Surrogacy Arrangement Act* adottato nel Regno Unito nel 1985, fondato sul Rapporto Warnock (*Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embriology*, H.M.S.O., London, 1984). Cfr., sul punto, B. MOLASCHI, *La procreazione medicalmente assistita: uno sguardo comparato tra Italia e Inghilterra*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, 524 Come evidenziato da I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Milano, 2000, 218 «potrebbe rivelarsi utile l'esempio inglese per il quale, se la madre sostituita consegna il bambino alla madre sociale (sia essa geneticamente legata al nato oppure no, ma in questo caso per ragioni esaminate deve esserlo padre) l'ordinamento ha predisposto un iter idoneo al riconoscimento

Questa pratica poi può essere utilizzata da coppie tradizionali, omosessuali e anche da single. Secondo il modo concreto di articolarsi di questi elementi, la maternità surrogata ha suscitato reazioni profondamente diverse.

Nel 1989, nel noto caso deciso dal Tribunale di Monza<sup>49</sup>, relativo ad un accordo oneroso di maternità surrogata non adempiuto spontaneamente, il giudice non esitò a dichiarare nullo il contratto per illiceità della causa, affermando innanzitutto che l'interesse alla procreazione non fosse giuridicamente protetto e che non potesse, di conseguenza, assurgere al rango di diritto costituzionale perché «la Carta non riconosce un vero e proprio diritto alla procreazione come aspetto particolare del più generale diritto della personalità». Risolutivamente, il tribunale, richiamando l'articolo 5 del codice civile, affermò che l'atto dispositivo del proprio corpo, implicato dal contratto di maternità, «è comunque contrario alla legge, all'ordine pubblico e, almeno in caso di onerosità, anche al buon costume».

Ad inizio anni '90, il Tribunale di Salerno, ha ribadito l'illiceità del patto, anche se ha poi fatto prevalere il superiore interesse del minore acconsentendo alla adozione del nato da parte della madre committente, in quanto moglie del padre biologico, che aveva contribuito alla nascita con il proprio seme<sup>50</sup>.

A conclusioni opposte è giunto 10 anni dopo il Tribunale di Roma con riferimento ad un'ipotesi di maternità surrogata in cui la madre surrogata era un'amica di famiglia che si era resa disponibile – senza chiedere alcun compenso – a portare a termine la gravidanza in virtù del suo legame affettivo con la coppia<sup>51</sup>.

Questo caso ha avuto il pregio di mettere in chiara luce che la maternità surrogata è un fenomeno difficilmente riconducibile ad unità. Essa, infatti, come scrisse il giudice capitolino, «ben può essere testimonianza di solidarietà familiare, determinata cioè non da motivi di lucro ma dall'intento, degno di essere preso in considerazione e tutelato, di soddisfare il bisogno di maternità di una donna alla quale, per diversificati motivi, sarebbe invece negato». Il giudice si è dunque chiesto come potesse essere «vietato

---

legale dei genitori committenti; nel caso, invece, in cui la madre cambi idea e voglia trattenere il bambino tale diritto non potrà essere negato».

49 Tribunale di Monza, 17 ottobre 1989.

50 Tribunale minorile di Salerno, decr. 15 novembre 1991; corte di appello di Salerno, sez. min., decr. 25 febbraio 1992; cfr. il tribunale per i minorenni di Roma, decreto 31 marzo 1992 che egualmente acconsentì all'adozione, ma senza stigmatizzare la nullità del contratto.

51 Si noti, inoltre, che in questo caso i gameti appartenevano entrambi alla coppia committente.

aprioristicamente» un «consenso finalizzato a tale risultato, concesso nel rispetto delle condizioni di vita e di salute della madre surrogata, non mosso da intenti speculativi, di commercializzazione, fondato sull'interesse di soddisfare esigenze che a volte trascendono la sfera individuale».

Da ciò la necessità, rilevata dal tribunale, di «esaminare ogni situazione, nella sua complessità e singolarità, muovendo da quel bilanciamento di interessi che porta provvedimenti ponderati, rispettosi delle vicende umane e dei valori fondamentali della persona»<sup>52</sup>. Generalizzando, infatti, non si riescono a cogliere le tante sfumature del fatto sociale della maternità surrogata e la sua intrinseca complessità<sup>53</sup>.

5.1 Come mostrato dalla più recente giurisprudenza, il divieto generalizzato, tutt'altro che mite, previsto dalla legge n. 40 del 2004 non è stata un'argine né rispetto al ricorso alla maternità surrogata da parte di cittadini italiani, né ha rappresentato un ostacolo al riconoscimento dello *status* di genitore acquisito oltre i confini. Anzi, si deve rilevare che, in modo solo apparentemente paradossale, i casi implicanti una maternità surrogata sottoposti all'attenzione dei giudici sono aumentati proprio dopo la previsione del divieto. Questo perché è notevolmente aumentata la domanda di questa pratica (da parte di coppie eterosessuali, di coppie omosessuali e di single), sostenuta da un sensibile cambiamento del sentire sociale che non la considera più eticamente inaccettabile.

Occorre tenere presente che sul punto ha avuto una importanza notevole la giurisprudenza della Corte EDU che, nella sentenza Paradiso e Campanelli contro Italia del 27 gennaio 2015 e, prima ancora, in due sentenze rese contro la Francia (le sentenze gemelle *Menesson c. Francia* e *Lambassee c. Francia* del 26 giugno 2014<sup>54</sup>), ha chiarito che in questi casi è il minore il soggetto debole della vicenda per cui la questione fondamentale non riguarda tanto i mezzi attraverso cui si è arrivati alla sua procreazione ma è quella di tutelare la sua identità, eliminando lo stato di incertezza giuridica che minaccia la sua

52 Ordinanze del Tribunale di Roma, 17-2-2000 e 27-3-2000, in *Giur. It.*, 2001, I, 2, 300, con nota di NATOLI, *La maternità surrogata: le dinamiche sociali e le ragioni del diritto*; *Fam. e Dir.*, 2000, 151, con nota di DOGLIOTTI, *Maternità «surrogata»: contratto, negozio giuridico, accordo di solidarietà?*,

53 Cfr. S. POZZOLO, *Gestazione per altri (ed altre). Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016.

54 La Cedu, nella sentenza del 26-06-2014, ha affermato che il divieto di maternità surrogata, vigente nell'ordinamento francese, pur non costituendo una violazione del diritto della coppia genitoriale al rispetto della vita privata, si risolve in una violazione del diritto dei figli, nati con questa tecnica procreativa, al rispetto della loro vita familiare e si pone pertanto in contrasto con l'art. 8 della convenzione

identità, attraverso il riconoscimento della figura genitoriale. La Corte sovranazionale ha inoltre osservato che lo stesso concetto di ordine pubblico trova il proprio limite nella prevalenza dell'interesse superiore del minore, per cui se è vero che gli Stati dispongono di un ampio margine di apprezzamento per quanto attiene la disciplina della maternità surrogata, tale discrezionalità si restringe nella misura in cui è coinvolto l'interesse del minore.

I giudici nazionali hanno così ammesso la trascrizione dell'atto di nascita del nato da due madri o da due padri, riconoscendo il loro *status* di genitori e, in altre circostanze, hanno acconsentito alla richiesta di adozione da parte del partner del genitore anche in assenza di un legame biologico con il nato<sup>55</sup>.

La Cassazione del 2016<sup>56</sup> ha accolto la domanda volta ad ottenere la trascrizione dell'atto di nascita di un figlio nato all'estero da due madri. Richiamandola sentenza della Corte Costituzionale in materia di fecondazione eterologa, nella parte in cui chiarisce che nella materia in esame esiste un importante spazio di intervento per la discrezionalità del legislatore, la Cassazione ha desunto che non esiste un vincolo costituzionale preciso che possa impedire la trascrizione dell'atto di nascita all'interno del nostro ordinamento<sup>57</sup>. La nozione di ordine pubblico, infatti, deve essere circoscritta solo a quei principi supremi che il legislatore non potrebbe in alcun modo violare, non potendo essere invece integrata da leggi che rappresentano scelte frutto di contingenze, del tutto rivedibili in futuro dallo stesso legislatore<sup>58</sup>. Impostazione del tutto coerente con la giurisprudenza CEDU

---

55 Ad esempio, il tribunale per i minorenni di Roma, con sentenza del 23 dicembre 2015, con riferimento ad una coppia omosessuale maschile che era ricorsa alla maternità surrogata in Canada ha ammesso l'adozione da parte del partner convivente del padre biologico, riconoscendo così la doppia genitorialità di due persone del medesimo sesso.

56 Cass., I sezione civile, sentenza, 30-09-2016, n. 19599.

57 Osserva la Cassazione, nel punto 10 della motivazione, che «Se è ampia la discrezionalità del legislatore nella concreta disciplina della materia, ciò significa che non esiste un vincolo costituzionale dal punto di vista dei contenuti, ed allora non si può opporre l'ordine pubblico per impedire l'ingresso nell'ordinamento interno dell'atto di nascita di T., solo perché formato all'estero secondo norme non conformi a quelle attualmente previste dalle leggi ordinarie italiane, seppure imperative, ma astrattamente modificabili dal legislatore futuro».

58 Prosegue la suprema corte (punto 10 della motivazione) osservando che «L'atto di nascita straniero (valido, nella specie, sulla base di una legge in vigore in un altro paese della Ue), da cui risulti la nascita di un figlio da due madri (per avere l'una donato l'ovulo e l'altra partorito), non contrasta, di per sé, con l'ordine pubblico per il fatto che la tecnica procreativa utilizzata non sia riconosciuta nell'ordinamento italiano dalla l. n. 40 del 2004, la quale rappresenta una delle possibili

e con quella delle corti di legittimità di paesi con tradizioni giuridiche simili alla nostra, che ammettono il riconoscimento degli atti di nascita formati all'estero in conformità con la *lex loci*<sup>59</sup>.

Nel solco tracciato da questa sentenza della Suprema corte si sono incamminati i giudici di merito. Ad esempio, la Corte d'Appello di Milano<sup>60</sup> ha ammesso il riconoscimento dell'atto di nascita formatosi all'estero, nello stato della California, che attribuiva lo *status* di genitori a due uomini, affermando che ciò è conforme all'interesse dei minori nati da maternità surrogata, orientato alla conservazione di una identità personale già legittimamente acquisita all'estero. Né il divieto della maternità surrogata, né l'assenza di legami genetici tra i bambini con uno dei due genitori, sono stati considerati di ostacolo al riconoscimento, sulla base della considerazione che ormai la genitorialità non è più solamente quella frutto del legame genetico e biologico, ma si fonda anche sulla consapevole assunzione della responsabilità di genitore<sup>61</sup>.

Anche la recente decisione della Corte d'Appello di Trento<sup>62</sup>, che ha confermato l'efficacia, nel nostro paese, del riconoscimento del rapporto

modalità di attuazione del potere regolatorio attribuito al legislatore ordinario su una materia, pur eticamente sensibile e di rilevanza costituzionale, sulla quale le scelte legislative non sono costituzionalmente obbligate».

59 Cfr. la Corte di cassazione federale tedesca 10 dicembre 2014; la Corte di cassazione francese, assemblea plenaria, 3 luglio 2015, n. 620 e la Corte federale svizzera, 21 maggio 2015, n. 748/2014.

60 Corte d'Appello di Milano, 28 ottobre 2016. Cfr. il commento di A. SCHILLACI, *Passo dopo passo, il diritto si avvicina alla vita: la Corte d'Appello di Milano ordina la trascrizione dell'atto di nascita di due gemelli nati grazie alla gestazione per altri*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

61 È stato osservato che la regola dettata dall'art. 269 c.c., che individua la madre nella partoriente, risulta difficilmente applicabile alla maternità surrogata, perché in questo caso si deve fare riferimento «a chi ha concorso alla fecondazione e quindi alla creazione dell'embrione» (così G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, RDC, 2005, I, 104). Il contributo che dà la madre surrogata «non sembra equiparabile alla creazione dell'embrione se è vero che nell'embrione vi è già tutta l'essenza dell'individuo futuro» (*Ibidem*). Cfr. inoltre ID., *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, RDC, 2005, I, 334 e ID., *Scienza, diritto, vita umana*, *ivi*, 2002, I, 25 ove afferma che non può «esser considerata madre la donna che ospita l'embrione alla cui formazione non ha concorso». Dovrebbero pertanto essere gli elementi della volontà e della responsabilità ai quali può ricollegarsi, in questi casi, l'assunzione della funzione genitoriale (cfr. G. FAMIGLIETTI, *Filiazione e procreazione*, in [Gruppodipisa.it](http://Gruppodipisa.it), 22 ss.), facendo prevalere il principio del consenso e della responsabilità, in casi e circostanze determinate, sul principio riconducibile alla verità biologica.

62 Corte d'appello di Trento, ordinanza del 23-02-2017.

genitoriale tra due minori nati da una gestazione per altri nell'ambito di una coppia costituita da due uomini, mostra come la nozione di genitorialità sia modificata e non possa più basarsi sul solo dato biologico<sup>63</sup>.

Lo stesso giudice penale, dal canto suo, è sempre più restio a condannare per reato di alterazione di stato i genitori cd. committenti che chiedono il riconoscimento del loro *status* genitoriale dopo aver fatto ricorso all'estero a pratiche di maternità surrogata o perché il reato di alterazione di stato presuppone una falsa dichiarazione che non viene riscontrata<sup>64</sup> oppure, laddove la falsa dichiarazione sia stata resa, proprio per l'irrelevanza del metodo di concepimento della prole quale presupposto per il riconoscimento della maternità e della paternità<sup>65</sup>.

---

63 La corte ha escluso «che nel nostro ordinamento vi sia un modello di genitorialità esclusivamente fondato sul legame biologico fra il genitore e il nato; all'opposto deve essere considerata l'importanza assunta a livello normativo dal concetto di responsabilità genitoriale che si manifesta nella consapevole decisione di allevare ed accudire il nato; la favorevole considerazione da parte dell'ordinamento al progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli anche indipendentemente dal dato genetico». Da rilevare che il giudice trentino ha ridimensionato la portata della sentenza del 27 febbraio 2017 della Corte EDU, mettendo in evidenza la singolarità del caso di specie e la circostanza che in quel caso era stata violata la stessa *locis*, che richiede per la maternità surrogata che almeno uno dei due gameti provenga dalla coppia committente.

64 Cass. sezione V penale, sentenza del 10-03-2016, n. 13525 secondo cui «Non integra il reato di alterazione di stato la circostanza che all'estero (nella specie, in Ucraina) una coppia italiana abbia reso all'autorità consolare dichiarazione di nascita di un bambino ivi nato, e di cui risultano essere i genitori alla stregua dell'atto di nascita, redatto conformemente alla legge locale, e quindi trascritto in Italia, pur se solo l'uomo è il padre anche biologico, in quanto la nascita è avvenuta a mezzo di maternità surrogata, con l'utilizzo di gameti femminili estranei alla coppia (la corte ha anche escluso — pure confermando la sentenza di merito — il reato di cui all'art. 495 c.p., presupponente una falsa dichiarazione, nella specie non intervenuta)».

65 Tribunale di Varese, sentenza dell'8-10-2014, secondo cui «La richiesta di trascrizione in Italia degli atti di nascita di minori, formati in Ucraina e attestanti, conformemente alla legge locale, che ne sono genitori la coppia italiana richiedente la trascrizione medesima, mentre solo il marito è padre anche biologico e la nascita è avvenuta a mezzo di maternità surrogata, integra solo astrattamente il reato di cui all'art. 495 c.p., in quanto, a seguito delle due sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo del 26 giugno 2014, è divenuto irrilevante il metodo di concepimento della prole, quale presupposto per il riconoscimento della maternità e paternità, sicché la su richiamata richiesta di trascrizione, pur non conforme al vero, è però inidonea a vulnerare l'interesse legalmente tutelato, la veridicità dell'attestazione, e costituisce un falso innocuo, non punibile».

5.2 Come si può rilevare da questo breve *excursus* della giurisprudenza in materia, molteplici sono le situazioni giuridiche coinvolte. La questione della maternità surrogata è posta al crocevia di una pluralità di diritti costituzionali il cui bilanciamento è di estrema delicatezza.

Da un lato, abbiamo l'interesse a diventare genitore che assurge al rango di un vero e proprio «diritto a procreare» o «diritto alla libertà procreativa». Dall'altro lato, abbiamo la tutela della dignità umana, che si frappone come limite insormontabile alla disponibilità del corpo femminile, cioè di quel corpo che si presta a diventare strumento per la soddisfazione di questo interesse. *Last but not least* abbiamo gli interessi, sempre costituzionalmente protetti, del nato, il quale ha certamente il diritto alla propria identità personale, il diritto di conoscere le proprie origini genetiche, il diritto di acquisire una nazionalità e il diritto ad una vita familiare.

Le disposizioni costituzionali interessate sono pertanto molteplici. Innanzitutto, rileva il richiamo all'articolo 29, il quale riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio; all'articolo 30, che riguarda i doveri e i diritti dei genitori nei confronti dei figli, anche se nati fuori del matrimonio; all'articolo 31, il quale agevola la formazione della famiglia e, al secondo comma, «protegge la maternità». Imprescindibili sono, inoltre, sia l'articolo 2 della Costituzione, che riconosce i diritti inviolabili dell'uomo, sia l'articolo 32 e 13 della Costituzione, che tutelano, rispettivamente, la salute come fondamentale diritto dell'individuo e la libertà personale<sup>66</sup>.

Elemento centrale del dibattito è rappresentato dal diritto a procreare e dalla ricerca dei suoi limiti. Se è indiscutibile che la procreazione rappresenti «uno dei bisogni innati nell'essere umano»<sup>67</sup> e che procreare configuri una libertà di rilievo costituzionale<sup>68</sup>, come la Corte Costituzionale ha da

66 Questi articoli vengono in rilievo sotto due aspetti: sia come tutela della salute della madre surrogata, che compie un atto di disposizione del proprio corpo, sia come tutela della salute della madre committente, nella misura in cui questa non sia fertile e quindi incapace di avere figli e questo aspetto rientra in un'ampia accezione di salute. Rileva inoltre l'art. 13 Cost., che si pone come fondamento della autodeterminazione, in un duplice senso: fondamento della libertà o del diritto di procreare della madre e del padre committenti, fondamento della libertà di disposizione del proprio corpo da parte della gestante. Sulla libertà di disposizione del proprio corpo cfr. R. ROMBOLI, *Persone Fisiche*, in *Comm. codice civile Scialoja-Branca*, sub. Art. 5, Bologna-Roma, 1988, 225 ss. Sulla nota sentenza della Corte Costituzionale n. 471 del 1990 cfr. Id., *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo del suo aspetto «attivo» e in quello «passivo»*, in *foro it.*, 1991, I, 15 ss.

67 L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Napoli, 1993, 264.

68 Secondo G. ZAGREBELKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 138, il diritto a procreare non solo esiste, ma è «uno tra i diritti primordiali dell'uomo».

tempo efficacemente affermato<sup>69</sup>, occorrerebbe chiarirne con precisione il contenuto, così come i limiti che il legislatore può legittimamente porre al suo esercizio per la salvaguardia di ulteriori interessi di rango costituzionale.

I diritti procreativi sono indubbiamente una manifestazione dell'autodeterminazione dell'individuo, intesa quale strumento per realizzare il proprio autogoverno. Affermare che la procreazione è una scelta di libertà che non può essere arbitrariamente condizionata non significa certo concludere che non può essere soggetta a limitazioni. Questo perché, al pari di ogni diritto, deve essere ragionevolmente bilanciato, nel senso che non può essere considerato «una monade autoreferenziale», ma come un diritto che, al pari degli altri, «vive in una dimensione relazionale, di reciproco riconoscimento»<sup>70</sup>.

Un aspetto importante da mettere in evidenza è rappresentato dalla questione relativa alla titolarità di questo diritto, se esso spetti cioè all'individuo in quanto tale oppure alla coppia.

Il divieto legislativo della maternità surrogata, nonché l'ammissione alle tecniche di fecondazione assistita solo per le coppie eterosessuali, con esclusione anche della donna single, è certamente espressione di un'impostazione del legislatore volta a prendere in considerazione l'interesse del minore<sup>71</sup> ad

---

69 Corte Cost. n. 332 del 2000. In tale decisione la consulta si è pronunciata sulla legittimità costituzionale della legge n. 64/1942 (Modificazioni alle leggi di ordinamento della regia Guardia di finanza) per la quale l'essere «senza prole» rappresentava uno dei requisiti in assenza dei quali non si poteva essere reclutati nel Corpo della Guardia di finanza. Nell'annullare questa limitazione, il giudice delle leggi ha fatto esplicito riferimento proprio al «diritto a procreare», chiarendo che «un divieto siffatto si pone in contrasto con i fondamentali diritti della persona, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, tutelando l'art. 2 Cost. l'integrità della sfera personale della stessa e la sua libertà di autodeterminarsi nella vita privata[...]. Il contrasto della disciplina impugnata con gli artt. 2, 3, 30 e 31 della Costituzione sussiste, non potendosi ravvisare, neppure nella delicata fase del reclutamento e dell'addestramento, un'esigenza dell'organizzazione militare così preminente da giustificare una limitazione del diritto di procreare, o di diventare genitore, sia pure prevista ai limitati fini dell'arruolamento e dell'ammissione ai reparti di istruzione»

70 A. D'ALOIA-P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, in *Il governo del corpo*, cit., 1342-3.

71 A. D'ALOIA-P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, cit., 1352-3 per cui «l'interesse del minore, del nato, del concepito, può costituire un limite ad una piena realizzazione del diritto di procreare (e, in generale, di essere genitori), e di alcune sue forme di estrinsecazione, anche oltre la dimensione oggettivamente prioritaria della tutela della vita; e questo, ovviamente, vale essenzialmente per le forme di filiazione non naturale, cioè l'adozione e la pma. Nell'adozione, sono le copie coniugate possono essere ammessi al procedimento; la pma resta preclusa a singoli a coppie dello stesso sesso».

avere una «famiglia fondata su canoni “tradizionali”»<sup>72</sup>. Ciò che porta alcuni a ritenere che il diritto a procreare non solo spetti alla coppia e non all'individuo, ma sia riconosciuto solo nella misura in cui sia inserito all'interno di un «progetto genitoriale per quanto possibile corrispondente al modello tradizionale, ritenuto più conforme all'interesse educativo e formativo del nato»<sup>73</sup>.

Si potrebbe però osservare che i diritti costituzionali sono diritti individuali e che non c'è nulla di più intimo e personale proprio dell'autodeterminazione. Così ragionando, si dovrebbe coerentemente ricondurre la titolarità di questo diritto all'individuo<sup>74</sup>, in coerenza con la stessa configurazione del diritto alla procreazione cosciente e responsabile, sancito dalla legge sull'interruzione volontaria della gravidanza, che attribuisce alla sola donna la decisione in materia di aborto<sup>75</sup>.

Altro nodo da sciogliere è rappresentato dal confine che non può essere oltrepassato da interventi legislativi che limitano l'esercizio di questo diritto, con riferimento, in particolare, all'uso delle più moderne tecnologie procreative, cioè in che limiti, e per la salvaguardia di quali interessi, è lecito condizionare l'esplicazione di questa libertà di procreare<sup>76</sup>. Con la sentenza n. 164 del 2014 la Corte Costituzionale ha riconosciuto che «la determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della

72 A. D'ALOIA-P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, cit., 1352.

73 *Ibidem*, 1353.

74 «È perciò, linea di principio, da escludere che «l'istituto familiare» risulti titolare di interessi separati, autonomie superiori rispetto quelli funzionali al libero sviluppo delle persone che lo compongono»: così P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, cit., 155. A. RUGGIERI, «Tutela minima» di beni costituzionalmente protetti il referendum ammissibili (e... sananti) in tema di procreazione medicalmente assistita (note a «prima lettura» di Corte Cost. nn. 45-49 del 2005), in *forumcostituzionale.it*, che ritiene che questo diritto spetti al singolo in quanto tale, indipendentemente dalla sua unione con altra persona. Di diverso avviso A. GUSTAPANE, *La procreazione con metodi artificiali nella prospettiva costituzionale*, in *Dir. e Soc.*, 1996, 192 ss.; F. PASTORE, *Il diritto a procreare: natura, titolarità, limiti*, in V. Baldini (a cura di), *Diritti della persona e problematiche fondamentali. Dalla bioetica al diritto costituzionale*, Torino, 2004, 165.

75 P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, cit., 155. In senso contrario, cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà fondamentali. Parte generale*, cit., 124, che ritiene che questo diritto si formi in capo alla coppia.

76 Questo perché la libertà procreativa non si esaurisce nella sola sfera giuridica di chi la esercita ma il suo oggetto è rappresentato da un'altra vita che viene messa al mondo, cui sono riconosciuti diritti, sin dal momento del concepimento. Cfr. le questioni relative al diritto a conoscere le proprie origini genetiche affrontate dalla giurisprudenza costituzionale: Corte Cost. n. 278 del 2013 e Corte Cost. n. 425 del 2005.

persona umana, non può che essere incoercibile», salvo che «non vulneri altri valori costituzionali». In altri termini, la stessa possibilità di ricorrere alla fecondazione eterologa attiene a questa sfera della vita privata e familiare e all'«incoercibile» libertà di procreare. La «tutela delle esigenze di procreazione» è dunque certamente un interesse di rango costituzionale che va «ragionevolmente bilanciato» con gli altri valori costituzionali, senza che possa riconoscersi «a nessuno di essi una tutela assoluta»<sup>77</sup>.

Pertanto, se da un lato la Corte Costituzionale ha precisato che questa tecnica «va rigorosamente circoscritta alla donazione di gameti e tenuta distinta da ulteriori diverse metodiche, quali la cosiddetta ‘surrogazione di maternità’», dall'altro lato, quando ha menzionato i limiti che si possono opporre alla realizzazione di questa libertà, è rimasta nel vago, esprimendo solo un generico riferimento ad «altri valori costituzionali», senza nessuna puntuale specificazione<sup>78</sup>.

L'affermata incompatibilità tra l'autodeterminazione individuale e le limitazioni all'accesso alle nuove possibilità *procreative*<sup>79</sup>, lascia aperta la questione dell'ammissibilità, sul piano costituzionale, della maternità surrogata, nel senso che il divieto assoluto di cui alla legge n. 40 non rappresenta una scelta costituzionalmente obbligata. Il legislatore dispone di ampi margini di discrezionalità nella ricerca di un «ragionevole punto di equilibrio» delle contrapposte esigenze<sup>80</sup> diverso dall'attuale divieto generalizzato.

5.3 Due sono le principali obiezioni contro l'ammissibilità della pratica della maternità surrogata: la violazione della dignità della madre surrogata e la rottura della naturalità della filiazione. Per cominciare da quest'ultimo

---

77 Corte Cost. n. 164 del 2014.

78 Osserva criticamente, da prospettiva diversa, L. D'AVACK, *La maternità surrogata: un divieto “inefficace”*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, fasc.1, 2017, 139, che la corte è stata vaga aprendo di fatto le porte alla maternità surrogata. In particolare osserva l'A. che non vi è determinazione di questi «altri valori costituzionali», e dunque «si rimane nel generico. Non vengono indicati da parte della Corte quali, nell'ambito della PMA eterologa, siano gli interessi di rango costituzionale che dovrebbero essere protetti. La dignità della persona? Quale? Il diritto alla salute psicofisica del nato? La non commerciabilità del corpo? Tutto resta indefinito e su di un tema tanto delicato, quale l'indiscussa libertà di procreare, si sarebbe forse potuto pretendere dalla Corte una più accurata riflessione. Tanto più che, sebbene la Consulta non usi il termine 'diritto al figlio' sta di fatto che il termine 'incoercibile' traduce la libertà in un 'diritto inviolabile', che sembra, a buona ragione, aprire la strada anche alla surroga» (*ibidem*).

79 Come messo chiaramente in evidenza da S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., 284-285.

80 Sentenza n. 164 del 2014, punto 5 del considerato in diritto.

ordine di critiche, si può osservare che esso non pare tenere nel debito conto che i fenomeni legati alla genitorialità sono dei fenomeni sociali, il cui modo di essere si modifica profondamente nel corso dei tempi, essendo tutt'altro che il prodotto di una oggettività imposta da leggi della natura. È stato correttamente osservato che «nulla è più culturale dell'idea di natura»<sup>81</sup> perché «il confine tra quel che è naturale è quel che non lo è dipende dai valori e dalle decisioni degli uomini»<sup>82</sup>.

Il secondo argomento, che vede nella pratica in questione un attentato alla dignità umana a causa della strumentalizzazione del corpo della donna, è quello che ha il maggior pregio ed ha ridestato un ampio dibattito anche all'interno del movimento femminista.

In questa prospettiva è stato sostenuto che la trasformazione della maternità in una funzione scindibile in tanti frammenti rischia di rappresentare una nuova affermazione del modello patriarcale della società, relegando nuovamente la donna a una funzione puramente meccanica di strumento riproduttivo. La maternità surrogata è stata, pertanto, paragonata a una nuova forma di sfruttamento persino peggiore della prostituzione<sup>83</sup> perché in questo caso «l'io della surrogata è in gioco in un senso ancora più profondo»<sup>84</sup>, in quanto «la madre surrogata cede per contratto il diritto sulla straordinaria capacità procreativa, emotiva, psicologica del suo corpo; in altre parole, sé stessa come donna»<sup>85</sup>. È stato, inoltre, rilevato che, lungi dal rappresentare un fenomeno che va nella direzione dell'affermazione di una più piena autodeter-

---

81 Cfr. il manifesto laico dal titolo *Così aumentano le chances della vita*, firmato da C. Caporale, A. Massarenti, A.M. Petroni, S. Rodotà, in *Bioetica*, 1998, 325 ss. La citazione è a p. 328.

82 *Ibidem*.

83 Da una prospettiva marxista, potrebbe sostenersi che qualsiasi lavoro salariato sia uno strumento di sfruttamento dell'uomo sull'uomo, in quanto volto a un uso speculativo della forza lavoro da parte del proprietario dei mezzi di produzione. Secondo Marx «la prostituzione è soltanto un'espressione particolare della prostituzione generale dell'operaio» K. MARX, *Manoscritti economico-filosofici* [1844], Torino, 1949, 123, in nota. Occorre osservare che la commercializzazione del corpo umano è un concetto molto ambiguo, dai tratti sfumati, perché esistono molte ipotesi in cui il corpo umano è esso stesso oggetto del contratto, dal contratto del calciatore a quello del pugile, che espone peraltro il suo corpo a un grave pericolo, da quello della ballerina a quello del massaggiatore o del fisioterapista, fino ad arrivare al contratto del modello o della modella che può anche inerire chiaramente alla sfera sessuale, basti pensare alle più comuni pubblicità che hanno sempre più spesso espliciti riferimenti alla sfera sessuale, alle modelle di un calendario, al di là di ogni considerazione sui film o altre pubblicazioni dai contenuti esplicitamente hot.

84 C. PATEMAN, *Il contratto sessuale*, cit., 279.

85 *Ibidem*.

minazione della donna, la maternità surrogata rischia, al contrario, di rappresentare un nuovo tassello del dominio maschile<sup>86</sup>. Lo statuto di incertezza che ha tradizionalmente riguardato l'identificazione del padre, infatti, adesso si sposta sulla madre<sup>87</sup>, divisa tra colei che presta il "servizio" di gestante, la madre committente e quella genetica<sup>88</sup>. In questo modo si ripropone la questione femminile anche all'interno del mondo omosessuale, ingenerando una inedita conflittualità tra i «nuovi» diritti alla libertà procreativa. Secondo questa prospettiva, infatti, la madre surrogata finisce con diventare uno «strumento» per l'appagamento del desiderio di single o delle coppie omosessuali maschili, che dimostrerebbero così, paradossalmente, di essere coerenti con la struttura patriarcale della società che subordina e strumentalizza la donna<sup>89</sup>, oppure che, all'opposto, la santifica in quanto dispensatrice della vita. Il corpo della donna, che si credeva fosse passato attraverso un processo di liberazione dai retaggi della società patriarcale, resta dunque ancora una volta compreso tra le due costanti dimensioni in cui la cultura patriarcale lo aveva collocato: o come mera macchina riproduttiva o come espressione del potere creativo proprio della divinità<sup>90</sup>.

Occorre tuttavia considerare che un'altra impostazione, sempre sorta nell'ambito del movimento femminista, all'opposto, considera il contratto di maternità surrogata uno strumento che rafforza l'autonomia decisionale della donna<sup>91</sup>, rendendo possibili nuove forme di genitorialità, slegate dal dato biologico-genetico, e fondate sulla responsabilità<sup>92</sup>. Da questo punto di vista si sostiene la piena legittimità anche della onerosità dell'accordo di sostituzione, perché attribuire un valore economico all'attività procreativa rappresenta «la massima manifestazione della libertà della surrogata»<sup>93</sup>.

86 C. PATEMAN, *Il contratto sessuale*, cit., 279.

87 Sul punto cfr. G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità, procreazione*, Padova, 1999, 471.

88 C. PATEMAN, *Il contratto sessuale*, cit., 279.

89 S. NICCOLAI, *op. cit.*, 26, la quale spiega che sebbene questa tecnica sia soprattutto ricercata dal mondo omosessuale, fa riemergere la questione della differenza di genere da questa particolare prospettiva, perché riemerge il ruolo strumentale della donna, che deve essere di ausilio soprattutto per le coppie omosessuali maschili, perché quelle femminili potrebbero non avere necessità di ricorrere a questa tecnica ove siano desiderose di realizzare un progetto procreativo.

90 S. NICCOLAI, *La maternità surrogata*, cit, osserva che «La madre surrogata reintroduce due dimensioni del femminile tipicamente riflesse dai costrutti patriarcali: ridotta a 'fornetto', a *mera dimensione biologica* (e qui, di nuovo, 'gestazione' anziché 'maternità' è scelta lessicale che la dice lunga), da una parte, o elevata a 'santa' che 'ama rimanere incinta per donare un figlio a un'altra coppia', dall'altra parte».

91 C. SHAVEL, *Nascere per contratto*, Milano, 1992, *passim*.

92 Cfr. la ricostruzione di I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, cit., 2 ss.

93 C. SHAVEL, *Nascere per contratto*, cit., 166.

Ci sono, inoltre, ipotesi di vera e propria cessione o di messa temporanea a disposizione di parti del corpo che non solo non suscitano riprovazione sociale, ma sono comunemente accettate come altruistiche e meritevoli di tutela. Un caso molto affine alla maternità surrogata è rappresentato, ad esempio, dal baliatico<sup>94</sup>, che generalmente non è considerato «una effrazione delle leggi di natura»<sup>95</sup>, sebbene dal punto di vista sostanziale non se discosti tanto. Anzi, al contrario, «la figura della balia è stata oggetto di poesia, di affetti e di qualche nostalgia»<sup>96</sup>.

La cessione di organi per i trapianti *inter vivos*, inoltre, è consentita benché giustamente sottoposta a una serie di rigorose condizioni volte a garantire che questa pratica sia una effettiva manifestazione di un intento solidaristico; nessuno però pensa di vietarla solo perché il commercio degli organi è diffuso in tutto il mondo, ed è una delle pratiche più degradanti della dignità umana che esistano<sup>97</sup>, in quanto svilisce il corpo umano «a un deposito di pezzi di ricambio»<sup>98</sup>.

La stessa pratica dell'adozione, peraltro, pone seri rischi di sfruttamento e di commercializzazione dei minori, ma non per questo la si vieta. Piuttosto, si preferisce una rigorosa regolamentazione volta ad evitare che questi rischi si concretizzino.

Alla luce di queste osservazioni non si può non restare «meravigliati» nel constatare «che alla *surrogacy* si guardi così spesso con occhio spietatamente critico, avvicinando il fenomeno ad altri sicuramente

94 Per un approfondimento sul tema cfr. G. STELLA RICHTER, *Baliatico*, in *Enc. dir.*, IV, 1028 ss.

95 Così P. ZATTI, *Artificio e natura nella procreazione (note a margine dei progetti legislativi)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 4, 696, il quale prosegue osservando che «se un antropologo dovesse descrivere quest'uso potrebbe rilevare la crudezza di un costume che aggiogava una classe di donne-nutrici, per necessità economiche, al privilegio di una classe di donne esenti dal peso naturale dell'allattamento compeorando il corpo della nutrice». Cfr. per analoghe considerazioni R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, cit.

96 P. ZATTI, *Artificio e natura nella procreazione (note a margine dei progetti legislativi)*, cit.

97 A. VALONGO, *La gestazione per altri: prospettive di diritto interno*, in *Biolaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016, 139-140 che osserva che «Da un lato, chi dona un organo, perdendo definitivamente una parte di sé, agisce per evitare la morte di un soggetto gravemente malato e, dunque, per salvare una vita già esistente. Dall'altro, la donna che accetta di partorire per conto altrui non si priva definitivamente dell'apparato riproduttivo, ma si sottopone temporaneamente ad atti invasivi sul suo corpo e agisce per far nascere un essere umano e, precisamente, per dare un figlio a una coppia che non può averlo a causa di gravi problemi sanitari».

98 I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, cit., 40.

condannabili secondo la morale corrente, come la prostituzione o la vendita dei propri organi»<sup>99</sup>.

Ad onta di quanto viene generalmente ritenuto, la valutazione della sostituzione di maternità in sé considerata, come comportamento morale, non appare connotata da un intrinseco disvalore, espressione di una strumentalizzazione del corpo contraria alla dignità umana. Non sembra, pertanto, che siamo di fronte a un comportamento che contiene in sé un disvalore universale, «che investe l'intero valore dell'essere umano e del femminile»<sup>100</sup>. Nemmeno pare possa sostenersi che siamo in presenza di una ulteriore manifestazione della società patriarcale in quanto questa pratica sarebbe sempre e comunque a servizio di un desiderio maschile di genitorialità. Infatti, ben può darsi che il nato sia geneticamente figlio della madre committente e che la richiesta di questa pratica derivi proprio da un desiderio o da un'esigenza femminile<sup>101</sup> (come dimostrano i casi giurisprudenziali, di donne non sterili ma non in grado di portare avanti una gravidanza a causa di una malattia, si pensi, ad esempio, alla sclerosi multipla).

Dal punto di vista morale e giuridico, allora, la maternità surrogata non dovrebbe essere trattata diversamente dal trapianto di organi o dall'adozione: in tutti questi casi sono le concrete modalità con queste pratiche vengono realizzate viene realizzate a dirci se esse si traducono in una forma di sfruttamento inaccettabile contraria alla dignità umana. Non serve pertanto un divieto generalizzato, ma una disciplina in grado di distinguere i casi secondo il loro (dis)valore.

5.4 Come osservato, la legge n. 40 non solo ha vietato la maternità surrogata senza effettuare nessuna distinzione, ma ha anche punito chiunque «realizza, organizza o pubblicizza» la pratica in questione con una sanzio-

99 R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, cit. Tra l'altro, potrebbe aggiungersi, che la prostituzione, in sé, non è vietata, mentre la maternità surrogata è essa stessa penalmente sanzionata, non solo il suo sfruttamento.

100 S. NICCOLAI, *op. cit.*, 23-24. Prosegue l'autrice osservando che «È curioso che, in un contesto straordinariamente concentrato, come quello delle rivendicazioni dei diritti degli omosessuali al matrimonio, alla procreazione e alla famiglia, nel sottolineare il carattere 'universale' dei diritti cui si aspira e il loro inerire alla 'dignità umana' vengano così tanto sottaciute, quanto lo sono, le implicazioni universali della maternità surrogata e la capacità lesiva della dignità di ogni donna, e di ogni essere umano espressa dal fenomeno in sé considerato e dai discorsi che lo accompagnano». S. NICCOLAI, *op. cit.*, 25.

101 Cfr., sul punto, I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C. M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, cit., 1481.

ne penale<sup>102</sup>. Questa penalizzazione indiscriminata della condotta, che non solo non distingue tra le diverse ipotesi di maternità surrogata, secondo il loro effettivo disvalore, ma punisce anche la stessa gestante, a parere di chi scrive, poco si concilia con i principi liberal-democratici.

In un ordinamento democratico e pluralista, infatti, non si dovrebbe ammettere l'uso della sanzione penale per il raggiungimento di finalità etico-morali. Sulla base di questo principio, ad esempio, non sono punite come reato né la prostituzione né l'adulterio, né l'aborto svolto secondo la procedura della legge, né le pratiche sessuali particolarmente cruente (in quanto realizzate da soggetti capaci e consenzienti). La sanzione penale della maternità surrogata trova la sua ragion in un'esigenza etica, quella di impedire la commercializzazione del corpo femminile, che è certamente non meno avvertita in altre pratiche (come esempio la prostituzione), che tuttavia, in sé considerate, non sono penalmente sanzionate. Sembra pertanto difficile, a parere di chi scrive, giustificare il divieto penale indiscriminato imposto nei confronti della madre surrogata dalla legge n. 40 del 2004. Pare di essere in presenza di un divieto che limita l'aspetto positivo della libertà personale, ed anche della stessa libertà sessuale, sulla base di un «apriorismo ideologico»<sup>103</sup>, perché dà per scontata una condizione di minorità sociale della madre surrogata, senza considerare la circostanza che questo comportamento ben può essere sostenuto da motivazioni altruistiche ed essere una consapevole scelta di libertà. Probabilmente, in questa scelta, un peso non irrilevante è stato assunto dal tabù che continua a interessare tutte le manifestazioni dell'attività sessuale e della sfera riproduttiva, che pone tutto ciò che inerisce alla sfera sessuale in un limbo che si situa al di fuori della libera disponibilità della persona<sup>104</sup>, e dall'altro interpreta il ses-

102 Il comma 4 dell'art. 12 della legge n. 40 del 2004 prevede, per l'ipotesi delineata nel testo, della pena della reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro.

103 Come osservato, per un diverso sebbene analogo argomenti, da G. MARINO, *Apunti per uno studio costituzionalistico della prostituzione*, in R. Romboli (a cura di), *Atti di disposizione del proprio corpo*, Pisa, 2007, 228.

104 Questo tabù, non senza qualche evidente contraddizione (da qualcuno addirittura stigmatizzata come schizofrenia), coinvolge tutta la sfera della riproduzione, influenzando negativamente sulla valutazione, dal punto di vista etico morale, della pratica in questione. Cfr. sul punto M.R. MARELLA, *Sesso, mercato e autonomia privata*, in *Il governo del corpo*, cit., 887 ss. «In tutto il mondo occidentale le espressioni della sessualità tendono ad essere relegate al ruolo di limite all'esercizio dell'autonomia privata, soprattutto ove si profili l'eventualità di uno scambio oneroso» (*Ibidem*, 891). Ciò «è il frutto di una vera e propria schizofrenia latente dei sistemi giuridici» infatti «sebbene l'autonomia privata costituisca lo strumento di autodeterminazione più collaudato nel diritto privato, sebbene la sfera sessuale

so, e tutto ciò che ad esso è strettamente legato, come il paradigma di una società maschilista che attraverso «il contratto sessuale»<sup>105</sup> relega la donna alla funzione di mera prestatrice di servizi sessuali a favore del genere maschile<sup>106</sup>, nel matrimonio come nella maternità surrogata<sup>107</sup>.

---

identifichi il *core* della libertà di autodeterminazione costituzionalmente garantita, (o ne sia quantomeno componente essenziale), i due ambiti sembrano non poter o, addirittura, *non dover* stare insieme. Nel discorso dominante, tuttavia, quella che qui definisco schizofrenia, si giustifica con l'esigenza di arginare i pericoli della mercificazione del corpo e della sessualità. È dunque l'ombra della *commodification* a creare una frattura apparentemente insanabile tra le due sfere» (*Ibidem*, 891). Caso degli accordi tra conviventi che erano giudicati nulli perché l'impegno assunto dal partner a garantire una sussistenza in caso di dissoluzione dell'unione erano visti come il corrispettivo dei servizi sessuali prestati, quindi nulli per contrarietà al buon costume (M.R. MARELLA, *Il diritto di famiglia tra status e contratto. Il caso delle convivenze non fondate sul matrimonio*, in Marella-Grillini (a cura di), *Stare insieme. I regimi giuridici della convivenza tra status e contratto*, Napoli, 2001, 3 ss.).

105 C. PATEMAN, *Il contratto sessuale*, cit., *passim*.

106 Finendo così per misconoscere che la libertà sessuale infatti è oramai da tempo riconosciuta come una libertà fondamentale garantita dalla Costituzione. La Corte Costituzionale, nella nota sentenza n. 561 del 1987 ha affermato che «essendo la sessualità uno dei modi essenziali di espressione della persona umana, il diritto di disporne liberamente e senza dubbio un diritto soggettivo assoluto, che va ricompreso tre posizioni soggettive direttamente correlate dalla costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona che l'articolo 2 Cost. impone di garantire». Sul punto cfr. CEDU, 17.2.2005, *K.A. e A.D. c. Belgio*, che afferma l'assoluta intangibilità di questa sfera di libertà, dichiarando l'illegittimità dell'interferenza statale (realizzata attraverso il divieto posto dal diritto penale) rispetto a pratiche sadomaso, anche se particolarmente violente, a condizione che vi sia il consenso dei partecipanti.

107 È noto che la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 471 del 1990, ha ribaltato l'ottica tradizionale circa la disposizione del proprio corpo, passando dal concetto di potere a quello di libertà. Autorevole dottrina (R. ROMBOLI, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo del suo aspetto «attivo» e in quello «passivo»*, in *foro it.*, 1991, I, 17) ha così distinto due aspetti di questa libertà di disposizione del proprio corpo, quello passivo e quello attivo. Ora, se è evidente che la dignità umana sia un limite che tutela l'individuo da aggressioni, è quantomeno dubbio che lo stesso limite possa applicarsi all'aspetto attivo, finendo così per tutelare l'individuo da se stesso. Sul punto cfr. R. ROMBOLI, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo del suo aspetto «attivo» e in quello «passivo»*, cit., 17 «Se lo stesso limite della tutela della persona umana lo si viene ad applicare all'aspetto attivo della libertà di disporre del proprio corpo, questo viene a funzionare in maniera diversa, in quanto non produce un ampliamento, bensì evidentemente una restrizione della libertà di autodeterminarsi. Possono, pertanto, nutrirsi dubbi circa la possibilità di richiamare, come sembra aver fatto invece la corte, quel limite, nel significato attribuito dal costituente nell'art. 32, 2° comma, ad un'attività inquadrabile nell'aspetto attivo della stessa libertà».

Ovviamente la preoccupazione di strumentalizzazione del corpo della donna è pienamente comprensibile ed il divieto appare necessario nella misura in cui è volto ad impedire questo commercio e quindi lo sfruttamento economico del corpo delle madri surrogate. In queste ipotesi il divieto è rivolto a limitare la libertà di disposizione per la tutela delle esigenze e dei valori espressamente contemplati dalla Costituzione come limiti all'esercizio delle libertà (si pensi, ad esempio, che la dignità rappresenta un limite espresso per l'esercizio della libertà economica). Ciò che è conforme, del resto, anche all'art. 21 della Convenzione di Oviedo per il quale «il corpo umano e le sue parti non debbono essere, in quanto tali, fonte di profitto» e alla Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea ove viene disposto, al comma 2 dell'articolo 3 rubricato «Diritto all'integrità della persona», che nell'ambito della medicina e della biologia deve essere rispettati «il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro».

6. Come era stato lucidamente osservato prima che la legge n. 40 del 2004 fosse approvata, «non è proibendo la maternità per sostituzione che tali rapporti non saranno più posti in essere»<sup>108</sup>. Si trattava in realtà di una facile profezia, che puntualmente si è verificata. Come è noto, la Corte Costituzionale, che ha messo in luce come le nuove tecniche spesso possono contribuire alla realizzazione dei diritti fondamentali (per cui la loro limitazione rischia di essere incostituzionale<sup>109</sup>), e che siffatti divieti possono inoltre trasformarsi in ulteriori ipotesi di discriminazione dal punto di vista sociale<sup>110</sup>.

---

Con questo non credo si debba escludere – anche se, a mio avviso, non è da sottovalutare il rischio che attraverso il richiamo al generico valore del rispetto della persona o della dignità umana, si tenda ad imporre un modello ideologico ed etico specifico di comportamento – che il valore in questione possa e debba venire in considerazione in quell'opera di bilanciamento (di cui ho parlato al paragrafo precedente) tra beni che trovano una tutela nella Costituzione e che deve essere operata dal legislatore, nell'ambito delle sue scelte politiche, e dalla Corte Costituzionale, attraverso il criterio della «ragionevolezza», ma pare opportuna la precisazione che esso svolge un ruolo differente se richiamato con riguardo all'aspetto attivo oppure a quello passivo della libertà in esame, in quanto, in un caso pone un limite alla libertà del soggetto di autodeterminarsi, mentre nell'altro il limite è posto alla possibilità riconosciuta ad un terzo di limitare tale libertà e che solo nel secondo significato tale valore è espressamente richiamato nell'art. 32, 2° comma, Cost.

108 I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, cit., 219.

109 Corte Cost. n. 151 del 2009.

110 Corte Cost. n. 162 del 2014.

La sorte che ha subito la legge n. 40 non stupisce, perché è difficile comprimere la vita e l'autodeterminazione individuale entro rigide regole giuridiche. Come è stato autorevolmente osservato, infatti, «la vita preme sempre e rivela come l'autodeterminazione, che sempre l'accompagna, dipende certamente dall'informazione di cui ciascuno dispone, ma pure che non ci si può affidare unicamente a procedure formali»<sup>111</sup>. Non è che non si avverta il rischio di relativismo etico capace di degradare anche la stessa autodeterminazione: questo rischio, tuttavia, come è stato autorevolmente affermato, non può essere combattuto semplicisticamente, con l'imposizione di divieti che si sostituiscono alla libertà individuale. Per riprendere le limpide parole di Rodotà, si può osservare che «Se è povero il contesto culturale, l'autodeterminazione si impoverisce a sua volta, rattrappisce. Si misura sull'angustia della visione di un singolo obbligato a fare i conti con l'astrattezza della norma, di cui spesso coglie solo la comprensibilità o la violenza, e alla quale oppone il nuovo interesse privatistico. È qui la radice di vere o presunte derive individualistiche, che non si contrastano con un naturalismo normativo, ma attraverso l'uso del diritto che non scacci la vita ma costruisca un contesto nel quale ogni persona possa coglierne il senso»<sup>112</sup>.

In altri termini, non spetta al diritto indicare quali debbano i contenuti delle scelte individuali<sup>113</sup>, ma il diritto può e deve contribuire alla creazione di un contesto valoriale e di un quadro d'insieme che aiuti scelte individuali responsabili e consapevoli. Non è però con i divieti e con la limitazione dell'autodeterminazione degli individui che si combatte efficacemente una condizione morale e culturale deteriorata.

Alla base di una opzione liberale che non si limiti a un divieto indiscriminato, inoltre, milita lo stesso argomento che viene portato a favore dell'interdizione generalizzata, cioè l'esigenza (sacrosanta) di evitare la mercificazione del corpo femminile e il suo sfruttamento. Non si può negare la realtà che vede la realizzazione di queste pratiche in cui il ruolo di committenti è assunto da donne di paesi occidentali di classi sociali elevate e quello di gestanti da donne di paesi che un tempo erano definiti in via

---

111 S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 285.

112 S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 285.

113 Come osservato da S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Bari, 1992, 224, «non è certo pensabile una interferenza nelle decisioni che riguardano il perché della procreazione. Sappiamo che se sono influenzati anche da modelli culturali da ragioni socioeconomiche, che spiegano l'attuale riduzione della natalità e la passata prolificità delle famiglie contadine bisognose di forza lavoro. Qui ci troviamo sicuramente in una delle sfere più gelose della libertà individuale, rispetto alla quale non sono possibili né indagini, né imposizioni».

di sviluppo o che hanno attraversato gravi crisi economiche, come quelli dell'est europeo, che vivono condizioni di grave disagio socio-economico. Proprio al fine di non incentivare il turismo dei diritti e il conseguente sfruttamento dei diritti fondamentali delle donne di altre parti del mondo, in cui le situazioni di indigenza le spingono a sottoporsi a queste pratiche<sup>114</sup>, sarebbe quanto mai opportuna una disciplina mite, che predisponga una coerente cornice di principi all'interno della quale il giudice possa discernere la peculiarità del singolo caso, orientando così la madre committente a ricercare la gestante nell'ambito delle persone a lei legate da vincoli di affetto e di solidarietà.

---

114 S. SARAVANAN, *An ethnomethodological approach to examine exploitation in the context of capacity, trust and experience of commercial surrogacy in India*, in *Philos Ethics Humanit Med.*, 2013; 8-10, ove l'autrice afferma che «Ethical arguments to justify commercial surrogacy, based on the assumption of the rational choice of entering into contracts and mutual benefit, are ignorant of social and cognitive conditions in a structurally unjust system.» e, ancora, sulla base di un caso studio di una clinica in India «Surrogate mothers were confined to surrogate homes, not given a contract copy, subjected to unnecessary medical interventions, not provided with medical insurance, and expected to breastfeed and bond with the children without any psychological counseling. These are all manifestations of exploitation and violation of basic human rights, as stated in Articles 1, 2, 9 and 14 of the Universal Declaration of Human Rights and The Universal Declaration on Bioethics and Human Rights 2005» (citazione tratta da C. CHINI, *Maternità surrogata: nodi critici tra logica del dono e preminente interesse del minore*, in *Biolaw journal*, Rivista di biodiritto, 1/2016, 182, nt. 31).