

# Il contratto di “maternità per surrogazione”.

## Profili giuridici.

Giovanna Batia\* - Alessandro Pizzo\*\*

SOMMARIO: 1. Le possibilità della “tecnica” e il *diritto a procreare*. 2. Gli accordi di maternità. 3. Il dibattito.

*Un tempo si diceva: «di mamme ce n'è una sola». Adesso non è più possibile esserne sicuri<sup>1</sup>*

*Si deve fare in modo che sia giuridicamente permessa la «maternità surrogata»?<sup>2</sup>*

*Benché la surrogazione condivida molti tratti dell'inseminazione artificiale, essa ha sollevato nuovi problemi, sia in ordine alla legittimità dell'operazione, sia in ordine allo status del bambino<sup>3</sup>*

*Affronterò la questione se le persone abbiano un diritto ad avere figli, e in particolare se possano pretendere un diritto a ricevere aiuto nell'avere i figli che desiderano. Sollevare domanda sui diritti significa necessariamente entrare nella sfera della moralità in senso sociale o pubblico. I diritti non sono semplicemente una questione di coscienza individuale, dal momento che pretendere un diritto è un atto essenzialmente pubblico. È una richiesta di giustizia, di qualcosa che si ritiene sia dovuto a se stessi o ad altri<sup>4</sup>*

*Era inevitabile che questo rapido accumulo di conoscenze trascinasse con sé problemi diversi, apparentemente non correlati tra loro: problemi deontologici, etici, religiosi, economici<sup>5</sup>*

### 1. Le possibilità della “tecnica” e il diritto a procreare.

Costante dell'orizzonte culturale all'interno del quale viviamo è certamente l'enorme potenziale di possibilità che si aprono all'agire umano grazie alle tecnologie, al punto da rendere possibili interventi che sino a poco tempo fa apparivano impossibili.

---

\* Dottoranda di Ricerca in Diritto Privato Comparato c/o Università degli Studi di Palermo.

\*\* Dottorando di Ricerca in Filosofia c/o Università degli Studi di Palermo ([www.fieri.unipa.it/lablogica](http://www.fieri.unipa.it/lablogica)).

<sup>1</sup> A. B. Faraoni, *La maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Giuffré, Milano, p. 3.

<sup>2</sup> D. Callahn, *Etica e medicina riproduttiva*, in M. Mori (a cura di), *Questioni di bioetica*, Ed. Riuniti, Roma, 1988, p. 96.

<sup>3</sup> C. Shalev, *Nascere per contratto*, Giuffré, Milano, 1992, p. 92.

<sup>4</sup> M. Warnock, *Fare bambini. Esiste un diritto ad avere figli?*, Einaudi, Torino, 2004, p. 3.

<sup>5</sup> C. Flamigni, *Il libro della procreazione. La maternità come scelta: fisiologia, contraccezione, fecondazione assistita*, Mondadori, Milano, 2005, p. 20.

Ma il ruolo della tecnica è tanto maggiore se si pensa all'importanza che può assumere nel campo della *riproduzione umana*, rendendo possibili fecondazioni (in soggetti infertili o sterili); clonazione di cellule umane; manipolazioni genetiche; e così via. In altri termini, la scienza ha ormai consentito all'uomo di mettere le mani sull'*albero della vita*, con una gamma di interventi possibili molto estesa, comunque al di là dell'orizzonte culturale (e delle conoscenze base comuni) di qualche anno fa.

D'altra parte, l'enorme potenziale scientifico si collega alla tendenza (forte presso le società occidentali) di ricerca della *procreazione*. Infatti, se da un punto di vista comune è normale desiderare una prole, è certamente *più forte* pretendere di superare limiti biologici (p.e. l'infertilità) per realizzare il proprio desiderio. Anzi, è possibile registrare la tendenza a conferire ancor maggior forza a questo desiderio proprio nei casi in cui *vuoi* la sfortuna *vuoi* la natura rende per la coppia più difficile il concepimento di *figli propri* (ove, naturalmente, il desiderio è quello di avere figli che abbiano coi genitori *perlomeno* un legame genetico<sup>6</sup>), sino a considerare la il proprio desiderio un vero e proprio diritto (soggettivo).

Questo spiega in parte come mai si tenda più a servirsi dei ritrovati tecnologici che dei normali *canali adottivi* per ovviare a una difficoltà riproduttiva<sup>7</sup>. Ed anche in considerazione del fatto che le statistiche ufficiali dimostrino la bassa resa delle tecniche riproduttive<sup>8</sup>. Da questa prospettiva, infatti, è possibile anche vedere come la direzione assunta dalla *ricerca medica* (fertilizzazione artificiale, anziché cura delle patologie organiche) possa talvolta configurarsi come violazione della deontologia medica, in quanto volta non a curare le malattie, ma a produrre scientemente embrioni destinati a morire (ovviamente, in numero altamente maggiore ai successi<sup>9</sup>).

Questa tendenza può anche confluire nella pretesa, da parte dei singoli, di vedere il proprio desiderio (pur legittimo) esaudito in quanto qualificato alla stregua di un

---

<sup>6</sup> A. Serra, *Deontologia medica e «procreazione medicalmente assistita»*, p. 2: «in realtà, la domanda essenziale a cui intende, per ora, rispondere questa tecnica è la richiesta di un «figlio», e di un figlio «sano» (...)» (articolo rintracciabile all'indirizzo: [www.laprocreazioneassistita.it/pdf/serra.pdf](http://www.laprocreazioneassistita.it/pdf/serra.pdf)).

<sup>7</sup> F. Santosuosso, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla Legge 19 Febbraio 2004 n. 40*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 21: sembra pertanto alla coppia preferibile la procreazione assistita omologa, rispetto all'adozione».

<sup>8</sup> A. Serra, *cit.*, p. 4.

<sup>9</sup> Al riguardo, A. Serra, *op. cit.*, p. 6: «qualsiasi tecnica di fecondazione in vitro, anche dove sono posti dei limiti ristretti al numero di embrioni da trasferire, implica la *morte coscientemente voluta* di molti embrioni umani - «figli» anch'essi - a fronte di «un figlio desiderato. È un dato di fatto incontrovertibile». Pericolo avvertito anche dal legislatore il quale con la L. 40/2004 ha stabilito paletti precisi al numero di embrioni producibili a fine impianto.

*diritto alla procreazione*<sup>10</sup>. In questo senso appare rilevante porsi la domanda se esista o meno un diritto ad avere figli?<sup>11</sup>

Per di più, essendo compito del diritto regolamentare situazioni prima non contemplate nei codici, ecco che si è fatta pressante, negli ultimi trent'anni la necessità di fissare *regole, tutele e limiti* alle pratiche che collegano la cura dei problemi di fertilità con le possibilità della moderna tecnologia riproduttiva. Anche alla luce di uno dei principi fondanti degli ordinamenti giuridici occidentali: il *rispetto della vita umana*<sup>12</sup>. Sono, infatti, moltissimi (e concretissimi) i rischi determinati da un uso non regolamentato normativamente nelle pratiche di cura dell'infertilità<sup>13</sup> in quanto renderebbero possibile "abusi", specie nei confronti dei meritevoli di tutela.

Per questo motivo la riflessione sui canoni e sui criteri da seguire nel fissare regole in materia s'è accostato nel tempo la riflessione bioetica tesa a codificare i valori (ma anche: i principi e le regole) che dovrebbero informare la pratica medica e la legislazione in proposito (*biogiuridica*)<sup>14</sup>. Ma la necessità di una *scienza libera* e le moltissime opinioni discordanti hanno impedito sinora di trovare un accordo su cosa (e come) sia lecito fare, e cosa no, rendendo di fatto possibile un lungo *far west*, specie nella *Procreazione Medicalmente Assistita*<sup>15</sup> e specialmente in Italia, ove il dibattito ha risentito anche di problemi politici contingenti<sup>16</sup>.

Necessario è apparso ai più, come anche all'opinione pubblica, operare un *bilanciamento* tra le opposte ragioni e le finalità dell'operato statale e i valori dell'ordinamento al fine di tutelare la vita umana, così come i diritti individuali<sup>17</sup>.

---

<sup>10</sup> Efficacemente scrive A. B. Faraoni, *La maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, p. 69: «la procreazione può essere considerata come un insieme di attività che si sviluppano nel corso del tempo e che concerne molti comportamenti disparati: la sua importanza primaria, quale processo di continuazione della specie, e la delicatezza dell'ambito che concerne richiedono una valutazione attenta della relativa regolamentazione. La sua necessità, infatti, non permette di esimerla da determinate regole e procedure, giacché, sebbene la nostra conoscenza scientifica relativa alla riproduzione della specie umana sia abbastanza recente, siamo però consapevoli della sua natura complessa e multiforme».

<sup>11</sup> In questa direzione, Mary Warnock ha ripreso le approfondite discussioni avute durante la commissione omonima che negli anni '80 ha ispirato l'intera legislazione britannica sulla *filiazione* e sulla *fecondazione artificiale*. V. M. Warnock, *Fare bambini. Esiste un diritto ad avere figli?*, Einaudi, Torino, 2004. per di più scrive a p. 101: «dobbiamo preoccuparci del pericolo di confondere quel che è desiderato appassionatamente e profondamente con ciò che è un diritto. Se una cosa è possibile, e se non ne deriva un danno ad altri, è bene cercare di dare alle persone ciò che desiderano molto. Se non riescono ad avere quel che vogliono possono esserne delusi, ma non è stato fatto loro, a quel punto, un torto».

<sup>12</sup> G. Sirchia, *Prefazione*, a: F. Santosuosso, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla Legge 19 Febbraio 2004 n. 40*, Giuffrè, Milano, 2004, p. ix.

<sup>13</sup> Si chiede D. Callahan, *Etica e medicina riproduttiva*, in M. Mori (a cura di), *Questioni di bioetica*, Ed. Riuniti, Roma, 1988, p. 97: «ci sono diritti e doveri intrinseci ed essenziali che sono messi in discussione dagli interventi artificiali nella riproduzione?».

<sup>14</sup> Scrive, infatti, D. Callahan, *op. cit.*, p. 92: «non solo possiamo controllare il numero e la frequenza dei figli, ma possiamo anche influire tanto sul risultato genetico del processo procreativo quanto sulla manipolazione dei mezzi di procreazione e gestazione».

<sup>15</sup> D'ora in poi: PMA.

<sup>16</sup> Ad esempio, M. Mori, *Sul diritto di procreare: il caso italiano*, Prefazione a: M. Warnock, *op. cit.*, p. xii ritiene esagerato parlare in tali termini, suggerendo come in materia fosse più auspicabile una «legge leggera» che consentisse ampi margini di possibilità ai singoli.

<sup>17</sup> F. Santosuosso, *op. cit.*, p. 26. Che è poi anche l'idea espressa da: M. Warnock, *op. cit.*, p. 98 e sgg.

Non intendiamo né esprimere un giudizio sulla PMA né tantomeno sulle tendenze *pro* o *contra* l'unica legge che in materia si sia riuscita a promulgare in Italia (L. 40/2004).

Più limitatamente, intendiamo riflettere sui *profili giuridici* di una possibilità derivata direttamente dalla PMA (altrimenti impossibile per via legale<sup>18</sup>): la *surrogazione di maternità*. Ed anche sulle possibilità contrattuali che ne derivano.

Ma prima di ciò è bene avere presenti i diversi tipi di PMA che è possibile ottenere, pena il non possedere una visione completa e chiara del quadro all'interno del quale si colloca la "maternità surrogata".

Allora esistono i seguenti tipi di fecondazione:

1. FIVET (fecondazione in vitro e trasferimento degli embrioni);
2. ICSI (iniezione intracitoplasmatica di sperma);
3. GIFT (gamete *intra felloppian transfert*);
4. ZIFT E TET (combinazione degli strumenti usati per la FIVET e per la GIFT, con diverso stadio di sviluppo degli embrioni trasferiti nella tube);
5. ECTOGENESI (sistemi di gravidanza artificiale, sostitutivi di quella parentale).

La cura delle malattie nocimento della fertilità umana<sup>19</sup> si distinguono in due categorie: a) quelle che *diminuiscono*, ma non annullano, la fertilità della coppia; e, b) quelle che *annullano* la fertilità della coppia.

In funzione di questa diversità si utilizzano tipologie differenti di intervento medico teso, rispettivamente, ad aumentare la fertilità umana (aumentando così anche le *chances* riproduttive), oppure a sopperire, per via artificiale (p.e. la fecondazione in vitro), al processo procreativo umano non altrimenti realizzabile (*sterilità*).

Distinguendo tra *ridotta* capacità e *assente* capacità riproduttive, distinguiamo i diversi tipi di PMA<sup>20</sup> espressi nelle sigle precedenti.

Con la FIVET s'intende il *prelievo degli ovuli e il loro incontro con gli spermatozoi in provetta, con impianto successivo degli embrioni nell'utero materno*<sup>21</sup>.

Con la ICSI s'intende una *microiniezione di spermatide (cellula che dà origine allo spermatozoo) nell'apparato genitale femminile*<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> A meno di incorrere nelle sanzioni di legge per violazione della fedeltà coniugale.

<sup>19</sup> In effetti è possibile osservare, come sostiene A. B. Faraoni, *op. cit.*, p. 20: «una progressiva apertura della società verso le prospettive avanzate dalla medicina riproduttiva» la quale «ha registrato una considerazione sempre maggiore, in virtù della sua presunta capacità di risolvere ogni specifico caso di insufficienza biologica».

<sup>20</sup> A. B. Faraoni, *op. cit.*, p. 20: «le tecniche di fecondazione assistita oggi utilizzabili sono molto numerose e ciascuna di esse è consigliabile in considerazione delle particolari necessità del caso in questione: in via generale è possibile distinguerle in tecniche di «procreazione tecnicamente assistita», quando con esse si favorisce solamente la naturale potenzialità riproduttiva della coppia, che presenta perciò una fertilità spontanea, seppur molto ridotta (in generale, l'inseminazione artificiale); e tecniche di «riproduzione artificiale», quando invece si privilegia una sostituzione della tecnica alle fasi della fecondazione umana che non possono realizzarsi naturalmente».

<sup>21</sup> F. Santosuosso, *op. cit.*, pp. 56 – 7.

<sup>22</sup> *Supra*, p. 57.

Con la GIFT s'intende una manipolazione di gameti determinando la fecondazione nell'organismo femminile<sup>23</sup>.

Con ZIFT e TET una combinazione degli strumenti utilizzati nei procedimenti FIVET e GIFT<sup>24</sup>.

Con la ECTOGENESI una (futuribile) tecnica che sostituisce in modo artificiale l'organismo materno di fecondazione e di sviluppo embrionale, sottraendo *quasi integralmente l'umanità dell'atto procreativo*<sup>25</sup>.

Com'è facile avvedersi, con la FIVET, con la ZIFT e TET (in parte) e con la ECTOGENESI si cura la *sterilità*, mentre con la ICSI e la GIFT l'*infertilità*.

È bene però non confondere con tutte queste differenti tecniche tra pratiche diverse. Infatti, ad esempio la FIVET consente la pratica dell'«affitto d'utero» (se si vuol considerare il concepito in legame biologico con entrambi i genitori committenti), che è cosa diversa dalla «maternità surrogata». Infatti, il primo caso è quello di un rapporto preciso tra una coppia committente e una donna che accetta la gestazione di embrione non suo, ottenuto tramite *fecondazione in vitro* da materiale biologico dei committenti (p.e. *ovulo e spermatozoi*), trasferito nel proprio utero che funge, dunque, da *utero surrogato*. È, invece, *maternità per surrogazione*:

la maternità di quelle donne che si prestano ad avere una gravidanza e a partorire un figlio non per sé ma per un'altra donna<sup>26</sup>

Oppure, il realizzarsi della situazione seguente:

una donna, per soddisfare esigenze di maternità e di paternità altrui, dietro corrispettivo, o a titolo gratuito, contrattualmente noleggia, con il richiesto consenso del marito, se sposata, il proprio utero ad una coppia di coniugi impossibilitata ad avere figli per sterilità della *partner*, impegnandosi a farsi fecondare artificialmente con il seme del marito di quest'ultima, a condurre a termine la gravidanza, nel rispetto di determinate norme di comportamento, ed a consegnare alla predetta coppia di coniugi committente il figlio così concepito, rinunciando ad ogni diritto su di esso<sup>27</sup>

Altro caso di *maternità surrogata* può essere considerato il seguente:

l'esempio più semplice di surrogazione deve infatti una coppia di coniugi priva di figli per sterilità della donna. Un'altra donna, la madre surrogata, consente (in cambio di un vantaggio economico) all'inseminazione artificiale tramite il marito della donna sterile, si impegna a condurre a termine la gravidanza risultante ed a consegnare il frutto alla coppia<sup>28</sup>

Varie sono le ragioni alla base di questa pratica:

---

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> *Supra*.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> I. Corti, *La maternità per sostituzione*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 1.

<sup>27</sup> Definizione citata in: A. B. Faraoni, *op. cit.*, p. 21.

<sup>28</sup> C. Shalev, *Nascere per contratto*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 92.

l'accordo mediante il quale una donna s'impegna a una gravidanza per altri può essere posto in essere per fini economici o anche per spirito di solidarietà nei confronti di chi non è in grado di iniziare o di portare a termine la gestazione<sup>29</sup>

Abbiamo, così, *motivi economici*<sup>30</sup> oppure *solidarietà*<sup>31</sup> a spiegazione della volontà da parte di donne a prestare il proprio *organismo* (perché si da «maternità surrogata» è necessario che la madre surrogata non offra soltanto il proprio utero, ma anche i propri gameti) per portare avanti una gestazione e per partorire un figlio che si accetta di non tenere per sé, ma di consegnarlo ad altri. La storia dell'umanità è piena di esempi di solidarietà simile (p.e. l'*allattamento* di neonati da parte di estranei quando la madre fosse impossibilitata)<sup>32</sup>. Nuova è, invece, certamente la tecnica utilizzata che rende più asettico lo scambio d'utero (pur con tutte le conseguenze, anche emotive, che ciò comporta).

In altri termini, è lecito affermare come:

tutte le culture e le società umane hanno conosciuto tentativi di controllo della procreazione attraverso l'intervento sulla fertilità. Le pratiche attuali si distinguono da quelle passate per la quantità di conoscenza che le sorregge, per la stretta connessione con la scienza bio-medica<sup>33</sup>

## 2. *Gli accordi maternità.*

Quando una coppia desiderosa di figli, ma sterile (o per la sterilità di entrambi o di uno dei due) trova una seconda donna disposta ad accogliere nel proprio grembo l'embrione, fecondato in vitro, della coppia, si ha allora l'*affitto d'utero*.

Se, invece, la donna offre oltre al proprio utero tutta la sua capacità riproduttiva (ella accetta di farsi fecondare col seme del marito della coppia committente), ecco allora che si ottiene una *surrogazione di maternità*<sup>34</sup>.

In entrambi i casi la coppia committente ha trovato l'*accordo* di una donna a portare avanti una gravidanza o anche a farsi ingravidare con seme della coppia, a partorire il nascituro e a rinunciare su qualunque pretesa su di lui. Un *accordo* dietro pagamento di un *compenso* (che sia economico o solo di solidarietà umana). Dunque, un *contratto* a tutti gli effetti<sup>35</sup>. Vedremo in seguito gli aspetti problematici di tale definizione.

---

<sup>29</sup> I. Corti, *op. cit.*, pp. 2 – 3.

<sup>30</sup> La questione sottesa non è affatto di poco conto. Infatti, si chiede D. Callahan, *op. cit.*, p. 94: «può essere accettabile una ricompensa in denaro nel caso della «maternità surrogata»?».

<sup>31</sup> Anche qui, D. Callahan, *op. cit.*, p. 95: «è lecito che le donne siano disposte a prestare l'uso del proprio utero come «madri surrogate»?».

<sup>32</sup> Gn 16, 1 – 3; 30, 1 – 6.

<sup>33</sup> C. Shalev, *op. cit.*, p. 16.

<sup>34</sup> Torneremo ancora sulla distinzione in quanto in letteratura si opera una discutibile equiparazione tra le due pratiche.

<sup>35</sup> Scrive C. Shalev, *op. cit.*, p. 104: «la tesi che suggerisco in questo lavoro si fonda sull'idea che le conseguenze giuridiche della surrogazione ed in generale della cooperazione nell'attività procreativa dovrebbero essere determinate, in un contesto contrattuale, in accordo con le deliberazioni assunte dalle parti prima del concepimento»

Tuttavia, è bene sapere che la terminologia adoperata non è univoca. Si parla (a torto) indifferentemente di:

- a) *maternità per sostituzione*;
- b) *maternità surrogata*;
- c) *maternità su commissione*;
- d) *locazione d'utero*;
- e) *affitto d'utero*;
- f) *contratto di maternità*;
- g) *maternità su procura*.

Per alcuni ognuna di queste locuzioni sottende *concetti e situazioni diverse*<sup>36</sup>, chi scrive, al contrario, ritiene che molte delle fattispecie indicate siano delle inutili ripetizioni che non rinviano a nulla di sostanziale (né nell'oggetto né nella metodologia)<sup>37</sup>. Infatti, diverse possono essere le ipotesi surrogative, ma solo alcuni sono i casi di surrogazione effettiva:

- Il caso in cui si ha l'inseminazione direttamente nell'utero della donna surrogata con seme dell'uomo della coppia committente (ottenendo, quindi, una donazione sia dell'ovulo della surrogata sia della gravidanza portata avanti da quest'ultima<sup>38</sup>);
- Il caso del solo impianto nell'utero della surrogata di un embrione già fecondato *in vitro* con entrambi i gameti della coppia committente<sup>39</sup>

Per la verità soltanto il primo caso ci appare esemplare di «maternità surrogata», qualificandosi invece il secondo quale esempio di «locazione d'utero».

Ad ogni modo, è sensato affermare che:

la maternità per sostituzione si pone all'interno del fenomeno della procreazione artificiale pur non costituendo di per sé alcuna tecnica procreativa; l'utilizzo di tali tecniche è infatti "mezzo" per realizzare le diverse ipotesi di surrogazione<sup>40</sup>

Non è quindi legittimo separare la PMA e la *maternità surrogata*. Trattasi, al contrario, di un rapporto stretto, dato che non potrebbe aversi la seconda senza la

---

in quanto «un accordo di surrogazione può (...) essere qualificato come un contratto per la vendita di servizi personali di procreazione».

<sup>36</sup> I. Corti, *op. cit.*, p. 3.

<sup>37</sup> Ad esempio, del tutto assimilabili appaiono le locuzioni (a) e (b), mentre le locuzioni (c), (f) e (g) appaiono più quali caratteristiche minime di tutti gli altri casi. Anche per le locuzioni (d) ed (e) è possibile realizzare un accorpamento dato che appaiono essere del tutto analoghi.

<sup>38</sup> F. Santosuosso, *op. cit.*, p. 75.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> *Ibidem*.

PMA<sup>41</sup>, benché sia possibile osservare che la surrogazione di maternità può realizzarsi anche, e si realizza tutt'ora, sebbene in misura assai limitata, attraverso rapporti sessuali<sup>42</sup>.

La definizione fornita però mette capo ad almeno due possibilità di realizzazione della *maternità per surrogazione*:

(1) donna che porta a termine la gestazione ricevendo l'ovulo fecondato di un'altra donna. L'ovulo appartiene a colei che desidera il figlio (madre committente e, in questo caso, anche genetica) ma può anche provenire da altra donna (terza donatrice). In tal caso si parla di *surrogazione totale*<sup>43</sup> (meglio, di *affitto d'utero*).

(2) donna (madre sostituta e anche genetica) s'incarica sia di fornire l'ovulo che di portare a termine la gravidanza. Si parla, così, di *surrogazione parziale*<sup>44</sup> (meglio, di *maternità surrogata* propriamente detta).

Non è *maternità per sostituzione* il caso in cui una donna offra i propri ovuli ad un'altra (fattispecie della *donazione d'ovuli*) affinché quest'ultima possa avere un figlio proprio<sup>45</sup>. Infatti, si parla di *maternità surrogata* solo nel caso in cui *una donna si presta ad avere una gravidanza per un'altra*<sup>46</sup>.

Diverse sono le ipotesi di *maternità surrogativa*<sup>47</sup>. Possiamo avere:

(a) il caso in cui la fecondazione della volontaria avviene mediante l'inseminazione artificiale, conseguita per mezzo dell'introduzione del liquido seminale direttamente nella cavità uterina, permettendo tra l'altro la formazione dello zigote nel suo ambiente naturale (e non *in vitro*). Questo caso prende il nome di *maternità surrogata propriamente detta*;

(b) il caso in cui si realizza una *donazione di ovociti* (da parte di *terzi*) per sopperire all'impossibilità di generare da parte della donna interessata (la quale, concepisce e porta avanti la gravidanza in prima persona);

(c) il caso in cui l'embrione, una volta che sia stato ottenuto artificialmente, viene trasferito nell'utero della donna della madre surrogata affinché porti avanti la gravidanza e partorisca il bambino (*affitto d'utero*).

---

<sup>41</sup> Sono cose differenti la "maternità surrogata" e l'"affitto d'utero". Infatti, con quest'ultimo s'intende l'ipotesi in cui «la donna incaricata si limita a portare avanti la gravidanza» (A. B. Faraoni, *op. cit.*, p. 21), «disgiungendo la maternità genetica dalla maternità uterina» (*ivi*, p. 22).

<sup>42</sup> *Supra*.

<sup>43</sup> I. Corti, *op. cit.*, p. 3.

<sup>44</sup> *Supra*, p. 4.

<sup>45</sup> Scrive C. Shalev, *op. cit.*, p. 69: «la diffusione delle tecniche di inseminazione tramite donatore fu favorita da una serie di considerazioni di confronto rispetto all'adozione come rimedio alla mancanza di figli, quali il rapporto genetico del bambino con la madre, l'esperienza della gravidanza come preparazione al ruolo di genitori, la soddisfazione del desiderio di maternità e la possibilità tecnicamente illimitata di avere numerosi figli».

<sup>46</sup> I. Corti, *op. cit.*, p. 4.

<sup>47</sup> V. A. B. Faraoni, *op. cit.*, p. 23 e sgg.



Ci riferiremo, pertanto, alla *maternità per surrogazione* solo prendendo in considerazione le possibilità (a) e (c) poiché quella intermedia, la (b), non presenta quel *grado di coinvolgimento* (affettivo; relazionale; giuridico; biologico) tra coppia committente e donna surrogatrice in forza del quale accordi di questo genere assumono la loro importanza per la società contemporanea<sup>48</sup>.

A questo punto diventa di secondo piano il complesso di ragioni alla base della scelta di ricorrere alla *maternità per surrogazione* (sterilità; salute; desiderio di avere figli evitando la gravidanza<sup>49</sup>)<sup>50</sup>, in luogo del porsi la necessità di una riflessione (quanto più non ideologica) sulla dimensione che questo fenomeno, reso certamente possibile dalle moderne tecniche di aiuto alla riproduzione umana, assume in merito alla tutela degli interessi in gioco<sup>51</sup>. D'altronde, la procreazione, pur appartenendo ad una delle sfere più personali della vita umana, è, *ed è stata nel corso della storia, oggetto di condizionamenti e di giudizi*<sup>52</sup>. Non potrebbe certo essere diversamente se si tiene conto che in questo caso si viene a costituire un *contratto* tra due o più persone volto a trattare un tipo particolarissimo di “bene”: l’embrione.

A norma di codice, si definisce “contratto” l’*accordo* di due o più parti per *costituire, regolare o estinguere* tra loro un *rappporto giuridico patrimoniale* (art. 1321 c.c.). In altre parole, in attuazione della libertà di esplicazione della personalità umana (art. 3, comma 2, Cost.) e della libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.) diverrebbe possibile per persone risiedenti all’interno del territorio statale stipulare accordi *vincolanti (obbligazioni)* per le parti, producendole *in conformità con l’ordinamento* (art. 1173 c.c.). Per di più, è riconosciuta alle parti la facoltà di stipulare contratti che non appartengano ad una categoria specifica purché rispettino lo spirito dell’ordinamento (artt. 1322 - 1323 c.c.). Tuttavia, l’art. 1325 c.c. indica quali requisiti del *contratto (in primis)* l’*accordo* tra le parti (anche: art. 1326 c.c.); la *causa* (anche: art. 1343 c.c.); l’*oggetto* (v. art. 1346 c.c.) e la *forma*.

Se l’*iniziativa economica privata è libera* (art. 41, comma 1, Cost.), quale potrebbe essere per l’appunto l’*accordo* tra parti per la *maternità surrogata*, e se non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o arrecando danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana (art. 41, comma 2, Cost.), resta *perplexus* il caso degli *accordi di maternità*. Infatti, forse perché andante a toccare aspetti molto intimi (e delicati) della vita umana, ed anche perché intacca il modello antropologico di base (la *famiglia*) delle società occidentali (per non dire, in

---

<sup>48</sup> Scrive A. B. Faraoni, *op. cit.*, p. 25: «l’individuazione delle moderne tecniche procreative, ed in particolare della maternità surrogata, ha permesso di risolvere numerosi ipotesi di sterilità, ma ha anche innescato un processo di progressiva apertura verso nuovi modelli culturali e familiari», rendendo necessario un riflessione giuridica su queste nuove fattispecie.

<sup>49</sup> I. Corti, *op. cit.*, p. 9 e sgg.

<sup>50</sup> V. A. B. Faraoni, *op. cit.*, p. 25 e sgg.

<sup>51</sup> I. Corti, *op. cit.*, p. 49.

<sup>52</sup> *Supra*, pp. 49 – 50.

genere)<sup>53</sup>, suscita inevitabili reazioni. Tra queste anche il sospetto che in realtà mal si concilii l'iniziativa economica con il rispetto della *dignitas* umana. Se il movimento femminista vede, al contrario, nella *maternità surrogata* una possibilità emancipatoria per le donne<sup>54</sup>, un movimento d'opinione di segno opposto potrebbe vedere in ciò una seria minaccia alla dignità della donna, reificata ad incubatrice di embrioni (mercificandone uno egli aspetti più nobili).

Per di più, si potrebbe anche aggiungere che un contratto per essere valido deve poter scambiare beni economici disponibili alla transazione (altrimenti viene meno il senso del *negotium*, il *do ut des*). Tale aggiunta attacca, ma trattasi di due posizioni tra loro distinte e non relate, da un lato la disponibilità degli *embrioni* (il loro poter essere oggetto di scambio economico), e, dall'altro lato, la disponibilità di parti del proprio corpo al fine di conseguire un utile economico (i gameti così come l'apparato riproduttivo femminile della *madre surrogante*).

Il primo orizzonte non trova molto seguito a causa del fatto che insistere su tale strada consentirebbe di porre in discussione la liceità dell'*interruzione volontaria di gravidanza*<sup>55</sup> (L. 194/78), attribuendo all'embrione uno *status* sin qui non riconosciuto (e mettendo in seria difficoltà chiunque veda nell'IVG una sorta di *diritto alla procreazione volontaria*)<sup>56</sup>. Fermo restando, comunque, qualsiasi divieto di commercio di embrioni.

Il secondo orizzonte, invece, ha più presa in quanto affonda le proprie radici nell'immagine antropologica occidentale dell'uomo quale *integrità*. Da tale punto di vista, infatti, la pratica della *surrogazione* viola il principio dell'indisponibilità di parti del proprio corpo, ledendo la dignità delle donne, specie se compiuta dietro corrispettivo in denaro<sup>57</sup>.

Il punto di vista femminista è all'opposto, perché ritiene che questo modello antropologico sia frutto dell'elaborazione maschile e non tiene in alcun conto la diversità di pensiero femminile per il quale è possibile, in nome della solidarietà della specie umana, offrire spontaneamente e senza alcun corrispettivo in cambio (per puro altruismo) sé stesse o parti di sé.

### 3. *Il dibattito.*

---

<sup>53</sup> Benché l'antropologia moderna non sia del parere che la *famiglia* sia un modello universale, ma solo *fortuito* in virtù del quale, anche, secondo C. Shalev, *op. cit.*, p. 41, diventava possibile per un gruppo familiare accettare membri estranei quali *adottati*.

<sup>54</sup> Le quali, attraverso la pratica dell'affitto dell'utero o della messa a disposizione del proprio organismo, potrebbero rendersi economicamente indipendenti, realizzando nel contempo una modalità d'azione differente dagli uomini, valorizzando la loro specificità.

<sup>55</sup> D'ora in poi: IVG.

<sup>56</sup> Ad ogni modo, ciò metterebbe in discussione il Codice Civile stesso secondo la quale esiste una gradualità nella *capacità giuridica* tra il *concepito* e il *nato*. Infatti: *i diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita* (art. 1 c.c.).

<sup>57</sup> L'elemento patrimoniale è quanto spinge C. Shalev, *op. cit.*, p. 16 ad invocare il riconoscimento degli accordi di maternità sostitutiva «quali contratti di procreazione giuridicamente vincolanti».

Il tema della *maternità surrogata* è oggetto di vivaci discussioni dagli anni '70 in poi, quando cioè si realizzarono i primi episodi in tal senso resi disponibili dal contemporaneo sviluppo della cura di *infertilità* e *sterilità* (tecniche di PMA).

Il sorgere di queste nuove fattispecie ha colto alla sprovvista il diritto, impedendo una chiara regolamentazione dei casi interessati, e quando sorsero contrasti legali (p.e. sullo *status* di genitori committenti e surrogati; sullo *status* del nato; sui diritti e doveri della madre surrogata; sugli interessi singoli delle parti in causa; etc.), si dovette ricorrere alle norme esistenti, lasciando i giudici al loro ruolo di *interpreti* delle leggi.

Tale compito è apparso più agevole presso gli ordinamenti di *Common Law*, nei quali vige una maggiore elasticità e dove è possibile aggirare l'ostacolo delle lacune normative tramite l'interpretazione giuridica (in senso *analogico*), che non presso gli ordinamenti di *Civil Law* (per i quali vige il primato della legge sulle considerazioni dottrinarie), ove la mancanza di regole chiare al riguardo ha comportato il valutare le fattispecie alla luce di regolamentazione per materie affini ma differenti.

Emblematici al riguardo sono il *Caso Baby M.* (1987)<sup>58</sup> negli USA e la sentenza del Tribunale di Monza in Italia.

Infatti, nel primo caso la flessibilità dell'ordinamento americano ha reso possibile superare la mancanza di leggi al riguardo, dirimendo la causa sull'affidamento della nata da un contratto di *surrogacy*, disponendo per la nullità del contratto ma accogliendo la richiesta di affido della minore da parte dei coniugi Stern (salvo concedere, in appello la possibilità di visita per la madre surrogante<sup>59</sup>)<sup>60</sup>, ritenendo maggioritario, su ogni altra considerazione, l'interesse del minore (*the best interest of a child*<sup>61</sup>)<sup>62</sup>.

---

<sup>58</sup> Anche se questo non è affatto il primo caso in USA, è solo il primo ad avere ricevuto illuminazione mediatica, preceduto infatti dal caso *Stiver v. Mallahoff* (1983). V. I. Corti, *op. cit.*, p. 44.

<sup>59</sup> Ciò perché «lo schema normativo dell'adozione non poteva essere sovrapposto alla situazione della surrogazione che il legislatore non aveva contemplato. Ma nel diritto vigente l'adozione appariva l'unico istituto in grado di fornire gli strumenti per stabilire un rapporto giuridico genitore – figlio diverso da quello fondato sul rapporto biologico. Il diritto applicabile alle situazioni di procreazione viene ad essere costituito dalle regole di *common law* sull'illegittimità e dalle modifiche legislative concernenti l'adozione e l'inseminazione artificiale (...) allora tutti i rapporti sociali di procreazione che non trovano riconoscimento al loro interno sono illegittimi» (C. Shalev, *op. cit.*, p. 96).

<sup>60</sup> I. Corti, *op. cit.*, p. 100 e sgg.

<sup>61</sup> I. Corti, *op. cit.*, p. 103. anche il quadro normativo italiano, in merito al tema della filiazione e dell'interruzione volontaria di gravidanza, sostiene essere compito dello Stato tutelare la vita umana fin dall'inizio. Oggi, alla luce delle moderne tecniche procreative questo limite dovrebbe essere allargato per comprendere anche i casi di *fecondazione artificiale*, trovandosi in accordo col dettato costituzionale (Cort. Cost. 35/1997). Al riguardo v. [www.laprocreazioneassistita.it/pdf/oppo.pdf](http://www.laprocreazioneassistita.it/pdf/oppo.pdf) p. 3.

<sup>62</sup> A ciò, C. Shalev, *Nascere per contratto*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 8 aggiunge che: «il caso Baby M. fu il primo negli Stati Uniti a risolvere la questione degli effetti giuridici e dell'esecutorietà di un accordo di surrogazione. Privilegiando l'autonomia contrattuale rispetto all'attività di procreazione il giudice non soltanto si discostò dalle regole tradizionali (che apertamente ritenne inapplicabili al caso), ma adottò anche una posizione in contrasto con l'indirizzo diffuso del disconoscimento di effetti giuridici agli accordi di surrogazione». L'unica possibilità sarebbe stata quella di considerare l'accordo di surrogazione al di fuori degli schemi regolanti l'adozione, «in quanto entro quegli schemi l'accordo di surrogazione è illecito, per contrarietà alle norme imperative che vietano il pagamento di denaro in relazione a casi di adozione» (*ivi*, p. 106)

Invece, il tribunale italiano, chiamato a pronunciarsi su un caso di “maternità surrogata” (1989), ha dichiarato nullo il contratto di “surrogazione” perché in contrasto con la Carta Costituzionale (artt. 2, 30, 31 Cost.) e con il “principio di indisponibilità degli *status* personali”<sup>63</sup> (art. 5 c.c.). questo perché la Costituzione italiana non prevede alcun diritto alla procreazione<sup>64</sup> e perché la figura di *contratto atipico*, realizzato mediante *accordo* di surrogazione di maternità<sup>65</sup>, pur potendo sottrarsi ad un giudizio di illiceità, è apparso alla corte censurabile in merito ai mezzi e ai modi impiegati (le prestazioni dedotte in obbligazione e gli effetti strumentali)<sup>66</sup>. Infatti, l’accordo di “maternità surrogata”, pur non intaccando in maniera permanente l’integrità delle persone coinvolte, non è un negozio giuridico o un contratto<sup>67</sup>, ma un «mero atto di volontà lecito, ma sempre revocabile e, in caso contrario, integra un atto illecito»<sup>68</sup>, e non possono essere dedotti in obbligazione una prestazione consistente nello sviluppo fetale del nascituro, che non è un bene giuridico, né il fatto in sé della riproduzione umana<sup>69</sup>.

Peraltro il tribunale ravvisa altri due profili di nullità del contratto: illiceità della causa (art. 1343 c.c.) (filiazione scambiata con denaro) e frode della legge (art. 1344) qualora si dimostrasse che sia stato stipulato tale contratto al fine di aggirare le norme in materia di adozione.

Com’è facile osservare il caso americano è deciso sulla base di considerazioni di principio e sul bilanciamento degli interessi in gioco<sup>70</sup>. Invece, quello italiano «da un punto di vista meramente contrattuale»<sup>71</sup>. Là viene in qualche modo accordata la giurisprudenza alle innovazioni in materia di riproduzione umana (e alle nuove forme di *paternità* e *maternità*), qua, invece, si ritiene che si «debba prescindere dalle problematiche relative alle questioni sollevate dalle moderne tecniche artificiali di riproduzione umana e dalle nuove forme di maternità e paternità da queste determinate»<sup>72</sup>.

L’interpretazione italiana viene ribadita con sentenza del tribunale di Salerno (15 novembre 1991).

---

<sup>63</sup> I. Corti, *op. cit.*, p. 117.

<sup>64</sup> *Ibidem*.

<sup>65</sup> Questa pratica, infatti, è consistita prevalentemente «in accordi tra una coppia incapace di avere un figlio ed una donna che si presti ad accogliere in utero il seme dell’uomo della coppia, fornendo (quasi sempre dietro lautissimi compensi) l’ovocita e la gestazione, e obbligandosi a consegnare poi il neonato, al fine di farlo risultare figlio della coppia, oppure farlo da essa adottare» (F. Santosuosso, *op. cit.*, p. 76).

<sup>66</sup> Il parere al riguardo è critico per: I. Corti, *op. cit.*, p. 117.

<sup>67</sup> Se si considera la «maternità surrogata» alla stregua di un contratto, è bene porsi la questione delle problematiche connesse: (1) liceità e validità del contratto; (2) coercibilità di alcune prestazioni; (3) conseguenze che sul contratto possono avere eventi successivi (p.e. la morte di una delle parti); (4) la spettanza di un assunto diritto a disporre liberamente degli embrioni crioconservati o già impiantati; (5) il diritto di adattabilità di un bambino nato a seguito di detti accordi; (6) eventuale punibilità per le operazioni così concordate o eseguite (F. Santosuosso, *op. cit.*, pp. 78 – 9).

<sup>68</sup> I. Corti, *op. cit.*, p. 118.

<sup>69</sup> *Ibidem*.

<sup>70</sup> C. Shalev, *op. cit.*, pp. 5 – 8 presenta un resoconto del caso Baby M., mentre a p. 11 e sgg. un suo approfondimento.

<sup>71</sup> I. Corti, *op. cit.*, p. 120.

<sup>72</sup> I. Corti, *op. cit.*, pp. 120 – 1.

Invece, la corte del tribunale dei minori in Roma (1992) fornisce un'interpretazione diversa: il metodo seguito dai genitori committenti non è vietato dal diritto vigente, occupando uno spazio vuoto della legge, non colmabile in via interpretativa. In altre parole, il tribunale di Roma si è dichiarato impossibilitato a sindacare le circostanze e le modalità in cui fu deciso, pattuito, attuato e compensato il concepimento della bambina<sup>73</sup>. Questa pronuncia presenta interessanti somiglianze con la decisione assunta durante il caso *Baby M.* Infatti, entrambe le motivazioni evidenziano «la volontà dei giudici di mirare il loro giudizio alla soluzione più favorevole per i figli relativamente al loro collocamento, ritenendo irrilevante la scelta procreativa della coppia e al contempo riconoscendo, sia pur indirettamente, la liceità di tali accordi, quantomeno per carenza normativa»<sup>74</sup>.

Sulla stessa linea si pone l'ordinanza del tribunale di Roma (17 febbraio 2000) autorizzante un medico all'impianto di un embrione nell'utero della madre sostituta. Nel caso in oggetto<sup>75</sup> il tribunale si concentra sulle problematiche del *contratto di maternità* e ravvisando come esso vada inquadrato nello schema dell'*atipicità* (come già aveva ritenuto il tribunale di Monza), ritiene che occorra, ai fini della valutazione della sua validità, verificare la meritevolezza degli interessi perseguiti<sup>76</sup>.

Infatti, il giudice identifica gli interessi meritevoli di tutela l'«aspirazione della coppia alla realizzazione come genitori» in quanto espressione del diritto alla procreazione costituzionalmente garantito, e l'interesse dell'embrione in quanto la vita umana va tutelata sin dal suo inizio. Ciò comporta che il principio dell'indisponibilità degli *status* resti estraneo alla fattispecie riguardante una maternità (meramente) portante poiché la madre sostituta “si limita” a portare a termine una gravidanza di un embrione che, provenendo da fecondazione artificiale con materiale genetico dei genitori committenti, è geneticamente estraneo alla madre sostituta. In tal caso, cioè, non si ravvisa una rinuncia al ruolo parentale da parte della madre surrogata. Infatti: «l'attribuzione della potestà genitoriale è irrinunciabile perché collegata al fatto procreativo»<sup>77</sup>. Quest'ultimo non può essere ridotto alla realizzazione materiale, ma deve tener conto della volontà umana volta

---

<sup>73</sup> Il caso riguardava il riconoscimento, ad opera del solo padre, di una figlia naturale, nata da madre sostituta.

<sup>74</sup> I. Corti, *op. cit.*, p. 123.

<sup>75</sup> Il caso è il seguente: due coniugi, di fronte all'impossibilità da parte di lei, affetta da sindrome di Rokitansky – Kuster, di portare a compimento la gravidanza, si rivolgono ad una clinica specializzata, ricorrendo alla maternità surrogata. In attesa di trovare una donna disposta a portare avanti la gravidanza per conto loro, si procede alla fecondazione in vitro e alla crioconservazione dell'embrione prodotto. Quattro anni dopo un'amica della donna si offre gratuitamente a prestare il proprio utero. Nel frattempo però il medico al quale si erano rivolti, e che aveva proceduto alla fecondazione artificiale e alla conservazione dell'embrione, si rifiuta di procedere all'impianto poiché è entrato in vigore il codice deontologico dei medici che vieta qualsiasi pratica di maternità surrogata (Capo VII, art. 42, codice deontologico della professione medica. Visionabile all'indirizzo: [www.scuolasalernitana.it/medicina\\_oggi/codice\\_deontologico.htm](http://www.scuolasalernitana.it/medicina_oggi/codice_deontologico.htm)). Allora, i coniugi si rivolgono al giudice chiedendo di ottenere dal medico l'adempimento della sua obbligazione sulla base del grave pregiudizio che il trascorrere del tempo avrebbe causato alla vitalità dell'embrione, impedendone un futuro utilizzo. Il giudice accoglie il ricorso ed autorizza l'impianto nell'utero dell'altra donna (il caso è narrato in I. Corti, *op. cit.*, pp. 123 – 5).

<sup>76</sup> I. Corti, *op. cit.*, pp. 126 – 9.

<sup>77</sup> I. Corti, *op. cit.*, p. 129.

al desiderio di procreazione non rintracciabile nei comportamenti di mera locazione d'utero, quando è da ritenersi estranea una qualsiasi volontà di assunzione del ruolo genitoriale.

È un'analisi che «tiene conto dei mutamenti avvenuti nei rapporti familiari, in particolar modo in quelli relativi alla filiazione»<sup>78</sup>.

In effetti la distanza dalla sentenza del tribunale di Monza risiede in questo: non è ignorato il principio dell'indisponibilità degli *status*, ma s'intende verificarne la portata in contesti diversi da quelli tradizionalmente considerati. Infatti, il tribunale di Roma ritiene che la donazione d'utero, nel rispetto delle condizioni di salute della madre surrogata, non comporti diminuzione permanente dell'integrità fisica quando peraltro, se la legge consentisse la possibilità di donazioni d'organi tra soggetti vivi, sarebbe difficile escludere la liceità del mero prestito di organo, limitato nel tempo e sottoposto a controllo medico. Questa liceità viene avvalorata dalla considerazione che, sebbene non si possa sostenere che il generare sia necessario alla salute, non si può escludere che la mancanza di figli desiderati possa comportare «squilibri psichici dai risvolti patologici»<sup>79</sup>.

Alla luce dei principi costituzionali, il potere di disposizione del proprio corpo non è inteso quale espressione di *diritto di proprietà*, ma come *libertà di disporre*, strumento di attuazione dello sviluppo della personalità (liberando la persona dal vincolo di non poter usufruire in maniera difforme dall'andamento naturale di parti di sé, senza che ciò comporti *ipso facto* un comportamento immorale).

Peraltro, così disposto il comportamento qualificato quale “contratto di maternità surrogata”, nella forma assunta nella fattispecie considerata, non è contraria all'ordine pubblico e al buon costume.

Inoltre, ostando tale accordo la mancanza di un corrispettivo per la prestazione e valutando la *causa* (la volontà dei genitori committenti, vista la grave malattia di lei), il giudice ha escluso anche gli estremi per configurare un negozio in frode alla legge perché l'accordo non è volto ad eludere le norme sull'adozione e sull'indisponibilità degli *status*.

Al riguardo, appare consentito affermare come «il giudice non intende ragionare sulla base di principi ideologici e ideali, condivisibili o meno, ma vuole restare strettamente vincolato alla peculiarità dei rapporti e delle questioni sottopostigli»<sup>80</sup>.

Tuttavia, è bene precisare che il caso dibattuto, e considerato emblematico dalla Corti, non corrisponde puntualmente alla definizione corrente di «maternità surrogata». Infatti, esso corrisponde piuttosto alla tipologia dell'«affitto d'utero». Ciò perché, come abbiamo prima indicato, è opportuno distinguere tra due tipi di surrogazione: la *parziale*, nella quale si realizza la cooperazione tra madre biologica e coppia committente (ove, la madre genetica è anche la madre che porta avanti la gestazione); e, la *totale*, nella quale si realizza uno sdoppiamento tra “madre genetica” e “madre gestazionale”. Mentre nel primo caso è necessario che

---

<sup>78</sup> I. Corti, *op. cit.*, p. 130.

<sup>79</sup> I. Corti, *op. cit.*, p. 131.

<sup>80</sup> I. Corti, *op. cit.*, p. 132.

la madre surrogante conceda il proprio organismo (gameti inclusi) per dare luogo ad un embrione da fare sviluppare nel proprio utero, nel secondo caso, invece, la madre surrogante concede solo il proprio utero (*affitto d'utero*) che accoglie un embrione prodotto con gameti a lei estranei e introdotto in un secondo momento all'interno del proprio organismo<sup>81</sup>. In altri termini, varie sono le forme di surroga della maternità, ma solo in un caso è lecito parlare di «maternità surrogata».

Se la surroga è parziale parliamo allora di *maternità surrogata* propriamente detta, se è totale, invece, di *locazione d'utero*.

Non si comprende pertanto né l'equivoco che è generalmente commesso dai *media* o da parte degli specialisti di settore. Errata appare allora l'enfasi che la sentenza del tribunale di Roma ha avuto: non trattasi di autorizzazione della *maternità surrogata*, ma di impianto d'embrione nell'utero di una terza donna.

D'altro canto, una volta ammessi tali accordi, emergono

Aspetti assai problematici della maternità per sostituzione sono quelli riguardanti l'attribuzione legale della genitorialità e l'affidamento dei bambini nati in seguito a tali rapporti<sup>82</sup>

A fronte di tali difficoltà di diverso avviso è la posizione della Shalev, secondo la quale, infatti, il rapporto che si viene a realizzare tra i poli dell'accordo di surrogazione (coppia committente e madre surrogata), proprio perché differenti dalla filiazione ordinaria, può a tutti gli effetti venir inquadrato nella tipologia contrattuale, derivandone tutta una serie di obbligazioni giuridiche conseguenti rendenti impossibili, ad esempio, il cambiamento d'idea da parte della madre surrogata quanto anche un ripensamento da parte della coppia committente<sup>83</sup>. Ciò perché lei intende il comportamento di colei che si presta a surrogare la maternità altrui quale «vendita di servizi *personali*», «un prestatore di servizi di procreazione a vantaggio dei genitori sociali»<sup>84</sup>.

Tuttavia, benché l'ipotesi consenta di estendere il campo del diritto oltre fattispecie prima non contemplate<sup>85</sup>, la posizione della Shalev non appare condivisibile, e per tutta una serie di ragioni che afferiscono alla diversità ordinamentale.

La situazione dottrina, infatti, cambia in Italia nel 2004 quando il Parlamento italiano promulga la (tanto sospirata) regolamentazione della PMA (L. 40/2004 «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita»), la quale vieta la pratica surrogativa (art.12, commi 1 – 2) e qualsiasi *realizzazione, organizzazione o pubblicizzazione* di tale pratica (art. 12, comma 6), andando incontro da un lato

---

<sup>81</sup> È ovvio che a fattispecie differente corrispondono problematiche diverse. Ad esempio, nel caso di affitto d'utero, chi è la madre del bambino? Coi che ha fornito materiale genetico o colei la quale l'ha portato in grembo per nove mesi?

<sup>82</sup> I. Corti, *op. cit.*, p. 147.

<sup>83</sup> C. Shalev, *op. cit.*, p. 125 e sg.

<sup>84</sup> C. Shalev, *op. cit.*, p. 109.

<sup>85</sup> Quantunque, ad esempio, «la nozione di delega a procreare suggerisce un punto di vista diverso, che considera le donne come persone razionali ed eticamente responsabili, capaci di governare la loro sensibilità emotiva e di assumersi responsabilità» (C. Shalev, *op. cit.*, p. 127).

ai divieti del *codice deontologico* dei medici (art. 42) e dall'altro con il parere (comunque non vincolante) della *Commissione Nazionale di Bioetica* la quale, con documento in data 17 Giugno 1994, aveva espresso una «valutazione negativa sulla maternità surrogata»<sup>86</sup>.

Peraltro, è possibile osservare come

L'approccio del legislatore italiano con riferimento alla pratica surrogativa può essere definito come «neo-istituzionale», in quanto s'incentra, esattamente come accade nella maggioranza degli ordinamenti europei, sulla rilevanza fondamentale attribuita all'istituto della famiglia, sul rispetto del corpo umano ed, infine, sulla tutela della dignità individuale, rivisitati alla luce delle modificazioni sociali e culturali<sup>87</sup>

Un rapido sguardo comparato consente di vedere come nonostante le asperità di quello italiano, il dibattito internazionale sia sostanzialmente di egual parere, ad eccezione, forse, della Gran Bretagna ove la legge del 1990 prima e lo *Human Rights* (1998) hanno profondamente innovato la concezione giuridica intorno alle tematiche direttamente, o indirettamente, trattate in questo, certo non esauriente, articolo.

Quasi ovunque nel mondo è vietata la pratica della «maternità surrogata» (quale abbiamo, forse lacunosamente, di delucidare ed analizzare sotto la lente giuridica), con l'eccezione degli USA ove, peraltro, i tentativi di uniformare i singoli diritti statuali ad una comune cornice federale si sono spesso infranti con le innumerevoli pieghe dell'ordinamento costituzionale locale, lasciando ai singoli ampi margini d'operato. Comunque, l'esperienza anglo - americana in *maternità surrogata* indica come l'unica condizione posta alla stipula di contratti surrogativi di maternità (ancora: da non confondere con le tipologie di *affitto d'utero* e di *donazione di gameti*<sup>88</sup>) consista nel consentire tali pratiche solo per via di generosità, non per ricevere in cambio denaro. Ciò consente, ad esempio, di vedere, come la Warnock, nulla di riprovevole in questa pratica dato che restano limiti ragionevoli alla ricerca di strade alternative alle difficoltà riproduttive.

Quasi ovunque in Europa, al contrario, vige il divieto di surrogare la maternità. Non siamo comunque in grado di affermare se il maggiore o minore favore dipenda dall'essere presa in considerazione tale tematica in ambito di *Common Law* o di *Civil Law*. Né tanto meno siamo in grado di ponderare quale possa essere l'influsso delle culture locali o delle pubbliche opinioni sulle singole legislazioni, un compito che non ci pertiene. Né, ancora, sulla diversa importanza, anche in termini antropologici, che i rispettivi ordinamenti attribuiscono al *contratto*.

Ci ha interessato, invece, quale figura potesse assumere un contratto di «maternità surrogata», e abbiamo mostrato come la sua definizione, così come i

---

<sup>86</sup> Vedasi, al riguardo, i pareri espressi consultabili all'indirizzo: [www.governo.it/bioetica/testi](http://www.governo.it/bioetica/testi).

<sup>87</sup> A. B. Faraoni, *op. cit.*, p. 117.

<sup>88</sup> Anche nella letteratura scientifica s'incorre nella difficoltà a distinguere tra le tipologie e a considerare, erroneamente, un po' tutte le tecniche di riproduzione artificiale surrogazioni di maternità. Il che, in parte, è vero ma non all'interno della cornice che speriamo di avere delineato con chiarezza e completezza. A tal riguardo, v. C. Flamigni, *op. cit.*, pp. 442 - 446.



suoi campi di applicazione, presentino contorni tutt'altro che definiti e risolti in via definitiva.

## Indice analitico

### —A—

*accordi*; 1; 7; 9; 10; 11; 12; 13; 14; 16

*affitto d'utero*

    Locazione d'utero. *Vedi*

### —B—

*biogiuridica*; 3

### —C—

Callahan; 3; 6

Callahn; 1

*Commissione Nazionale di Bioetica*;  
17

*contratto*; 1; 6; 7; 10; 12; 13; 14; 15;  
18

Corti; 5; 6; 7; 8; 9; 10; 12; 13; 14; 15;  
16

### —F—

Faraoni; 1; 3; 4; 5; 6; 8; 9; 17

*fecondazioni*; 2

*figli propri*; 2

Flamigni; 1; 17

### —M—

*maternità surrogata*; 1; 3; 4; 5; 6; 7;  
8; 9; 10; 11; 12; 13; 14; 15; 16; 17;  
18

### —N—

*negotium*; 10

### —P—

PMA; 4; 5; 8; 11; 16

*procreazione*; 1; 2; 3; 5; 6; 7; 8; 10;  
11; 12; 14; 16; 17

### —R—

*riproduzione umana*

    Procreazione; 2; 9; 13

### —S—

Santosuosso; 2; 3; 4; 5; 8; 13

Serra; 2

Shalev; 1; 6; 7; 9; 10; 11; 12; 13; 16

Sirchia; 3

### —T—

*tecnologie*

    Biotecnologie; 2

### —W—

Warnock; 17

## Bibliografia

- I. Corti, *La maternità per sostituzione*, Giuffré, Milano, 2000.
- A. B. Faraoni, *La maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Giuffré, Milano, 2002.
- C. Flamigni, *Il libro della procreazione. La maternità come scelta: fisiologia, contraccezione, fecondazione assistita*, Mondatori, Milano, 2005
- M. Mori (a cura di), *Questioni di bioetica*, Ed. Riuniti, Roma, 1988, p. 96.
- F. Santosuosso, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla Legge 19 Febbraio 2004 n. 40*, Giuffré, Milano, 2004.
- C. Shalev, *Nascere per contratto*, Giuffré, Milano, 1992.
- M. Warnock, *Fare bambini. Esiste un diritto ad avere figli?*, Einaudi, Torino, 2004.