



Ordine internazionale e diritti umani

International Legal Order and Human Rights
Ordenamiento Jurídico Internacional y Derechos Humanos
Ordre juridique international et Droits de l'Homme

OSSERVATORIO SUL DIRITTO DELLA BIOETICA N. 2/2016

1. FORME DI MATERNITÀ E DESIDERIO DI GENITORIALITÀ: LA “MATERNITÀ SURROGATA” NEI DOCUMENTI DEL CNB E DEL CONSIGLIO D’EUROPA

1. *Introduzione*

Il 18 marzo 2016 il Comitato nazionale per la bioetica (CNB) ha approvato, di propria iniziativa, un documento intitolato “[Maternità surrogata a titolo oneroso](#)”. In questo documento, ribadendo il proprio dissenso verso ogni forma di mercificazione del corpo umano, il CNB ha definito la maternità surrogata a titolo oneroso un «contratto lesivo della dignità della donna e del figlio sottoposto come un oggetto ad un atto di cessione».

Pochi giorni prima, il 15 marzo 2016, la Commissione per gli affari sociali, la salute e lo sviluppo sostenibile dell’Assemblea Parlamentare del Consiglio d’Europa (APCE) si era riunita a Parigi per discutere una proposta di risoluzione risalente al 2014 ed intitolata “[Human Rights and ethical issues related to surrogacy](#)”. La proposta in questione, già prima di essere discussa dall’APCE, aveva suscitato perplessità e critiche in ragione del presunto conflitto di interessi riconducibile alla sua relatrice – transgender *male to female* ed attivista dei diritti degli LGBTI (*lesbian, gay, bisexual, transexual e intersexual*) – professionalmente impegnata nel campo della riproduzione umana in qualità di ginecologa responsabile di una clinica specializzata. Sebbene l’APCE abbia accertato l’assenza del conflitto di interessi, la proposta di risoluzione è stata respinta, chiudendo, almeno temporaneamente in seno al Consiglio d’Europa, il dibattito su una materia così attuale e controversa sul piano bioetico e biogiuridico.

La “maternità surrogata”, infatti, è in poco tempo divenuta il paradigma – mediatico e comunicativo – dell’aspirazione alla genitorialità e delle nuove forme di maternità portate alla ribalta dalla separazione tra il rapporto di filiazione ed i legami di natura genetica che tradizionalmente (o, se si preferisce, normalmente) intercorrono tra genitori e figli, separazione resa possibile dalle moderne tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA). Tuttavia, pur coinvolgendo una molteplicità di soggetti e di istituti giuridici, la maternità surrogata costituisce un “non-luogo” normativo e – come conferma la vicenda della mozione parlamentare del Consiglio d’Europa – tale sembra destinata a restare a lungo, tenuto anche conto dell’assenza di punti di contatto tra gli ordinamenti dei Paesi europei. È vero, però, che l’assenza di una organica e razionale disciplina giuridica della maternità surrogata, tanto sul piano nazionale quanto sul piano europeo, discende anche dalla difficoltà di fornire al fenomeno in parola una definizione univoca e condivisa sul

piano scientifico e clinico, in ragione della varietà e della complessità delle tecniche di PMA utilizzate. Può aggiungersi ancora che, fino a poco tempo fa, la maternità surrogata era ricondotta e sovrapposta a problematiche diverse e più spendibili sul piano biopolitico.

È questo il caso dell'Italia, ove il divieto di maternità surrogata è sancito dall'art. 12, comma 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40, recante norme in materia di procreazione medicalmente assistita, secondo cui «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza ... la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro». Sebbene tale divieto escluda in modo inequivocabile la liceità degli accordi di surrogazione, la legge n. 40/2004 nulla dispone per il caso in cui i cittadini italiani si rechino all'estero allo scopo di stipulare i medesimi accordi vietati in Italia (secondo un metodo che interessa anche altre problematiche collegate o conseguenti alla maternità). In questo caso, pertanto, sembrano destinati a trovare soluzione incerta e controversa tanto la condizione giuridica dei "genitori intenzionali" (quali saranno tra breve definiti) quanto lo *status filiationis*. Né, sia detto per inciso, la questione in esame forma oggetto del disegno di legge recante la disciplina delle coppie di fatto e delle unioni civili, attualmente all'esame – tra mille polemiche – della Camera dei Deputati, che da taluni è stato inspiegabilmente invocato quale possibile soluzione normativa della questione considerata.

Volendo tentare, a questo punto, di fornire una definizione della maternità surrogata, può dirsi che essa si sostanzia nella gestazione compiuta da una donna per conto di altri, sulla base di un accordo (gratuito o a titolo oneroso), in virtù del quale la cosiddetta madre surrogata mette a disposizione il proprio utero – e talvolta anche il proprio materiale genetico e biologico – ad una coppia impossibilitata a procreare (i già citati genitori intenzionali), impegnandosi a consegnare il bambino alla coppia medesima subito dopo il parto.

Venuto alla ribalta, come detto, con il diffondersi delle tecniche di PMA, il fenomeno in esame vanta origini ben più antiche. Fonti classiche, infatti, attestano il coinvolgimento nel processo procreativo di una donna diversa dalla moglie, qualora quest'ultima non fosse in grado di assicurare la discendenza al marito: basti pensare alla vicenda biblica di Sara, moglie di Abramo, che, essendo impossibilitata a procreare per ragioni di età, chiede alla schiava Agar di unirsi al marito allo scopo di generare un figlio. Anche i Romani praticavano la *locatio ventris*, ovvero la cessione della moglie ad un altro uomo a fini procreativi: emblematica è, in proposito, la vicenda di Catone l'Uticense, che concede la moglie Marzia all'amico Ortensio Ortalo, affinché anche quest'ultimo possa assicurarsi la discendenza.

Ciò che caratterizza la maternità surrogata contemporanea, e che la differenzia rispetto alle pratiche del passato, è essenzialmente la finalità della surrogazione, che finisce per incidere anche sulle modalità della sua realizzazione.

A fronte delle finalità perseguite dai genitori intenzionali (che, nella generalità dei casi, si esauriscono nel soddisfacimento del desiderio di genitorialità), le finalità della madre surrogata – come dimostra la prassi – sono eminentemente economiche e costituiscono, da sole, la causa principale della diffusione del fenomeno considerato, specialmente nei Paesi che guardano con favore all'espansione di un mercato che non conosce crisi: il "turismo procreativo" (*cross border reproductive care*). Alla dimensione (bio)economica del fenomeno non è estranea neppure la provenienza dei gameti maschili e femminili. Basti ricordare, in proposito, che detto materiale genetico rientra nell'ambito di applicazione della direttiva n. 2004/23, adottata il 31 marzo 2004 dal Parlamento europeo e dal Consiglio e volta alla

creazione di un «quadro unificato» per lo scambio di cellule e tessuti umani, come afferma espressamente il preambolo dell'atto (cfr. il considerando 4). In particolare, la direttiva n. 2004/23 definisce le norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di cellule e tessuti umani, tra cui rientrano le «cellule riproduttive (ovuli, sperma)» (cfr. il considerando 7).

La maternità surrogata può assumere forme diverse in funzione della tecnica riproduttiva utilizzata. Se la madre intenzionale non dispone dell'utero e non produce ovociti (o, in ipotesi, se i genitori intenzionali sono due uomini), la madre surrogata può essere inseminata *in vivo* con lo sperma del padre intenzionale (o di un donatore) introdotto direttamente nelle vie genitali femminili. Pertanto, la madre surrogata, oltre all'utero, fornisce anche l'ovocita, coprendo il ruolo di madre sia gestazionale (o, se si preferisce, uterina) che biologica.

Diverso è il caso in cui la madre intenzionale, pur producendo ovociti, non è in grado di (o non vuole) portare avanti una gravidanza (a causa dell'assenza o di gravi malformazioni dell'utero ovvero per altri problemi di salute) e, a tal fine, chiede la collaborazione della madre surrogata, che mette a disposizione soltanto il proprio utero per la gestazione. In questo caso, la surrogazione si realizza mediante la tecnica denominata *Fertilization in vitro and embryo transfer* (FIVET), che comporta l'incontro in vitro dei gameti dei genitori intenzionali (i gameti maschili, beninteso, possono provenire tanto dal padre intenzionale quanto da un donatore), al fine di creare un embrione che verrà poi trasferito nell'utero della madre surrogata. Il ricorso alla FIVET può aversi anche nel caso in cui si ricorra alla donazione di ovociti – si pensi al caso delle coppie omosessuali – ed al caso in cui entrambi i gameti utilizzati per creare l'embrione siano forniti da persone diverse dai genitori intenzionali e dalla madre surrogata. Nel caso da ultimo considerato, il processo procreativo finisce per coinvolgere cinque persone: i genitori intenzionali, i donatori di gameti e la madre surrogata.

Alla pluralità di tecniche corrisponde, come già rilevato, la pluralità di espressioni utilizzate per indicare il fenomeno in esame, che può assumere la denominazione di maternità per sostituzione, di gestazione per altri, di maternità su commissione o per procura, di locazione d'utero (od utero in affitto), di adozione in utero, di contratto di maternità, di surrogazione tradizionale e di surrogazione gestazionale. L'assenza di una definizione univoca e condivisa ha generato, a sua volta, la tendenza a sovrapporre, fino a confondere, la maternità surrogata con altre pratiche, quali la donazione di gameti – che integra la fattispecie della cosiddetta fecondazione eterologa – cui si applicano specifiche discipline normative. Si è contribuito, così, ad alimentare (e talvolta a strumentalizzare) il dibattito su talune problematiche bioetiche che, più della maternità surrogata, hanno richiamato, almeno in passato, l'attenzione dei *media* e della politica.

2. La maternità surrogata nel dibattito bioetico e biogiuridico

Il fenomeno della maternità surrogata si è ritagliato, ormai da tempo, un largo spazio nell'ambito del dibattito bioetico e biogiuridico.

Sul piano bioetico, la surrogazione di maternità è divenuta, negli anni, la trama su cui tessere le più svariate argomentazioni morali. Taluni, allo scopo di stigmatizzarla, configurano la maternità surrogata come uno strumento volto alla «mercificazione del corpo femminile», a prescindere dalla natura onerosa o gratuita dell'accordo sottostante,

poiché «il gesto di donazione dell'utero espone sempre la donna al rischio della strumentalizzazione del corpo ridotto a “recipiente” o “contenitore” sfruttabile a piacimento», così determinando la «frantumazione della figura materna» (sul punto, cfr. L. PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, Torino, 2002). Talvolta, la disapprovazione non è diretta al solo fenomeno della surrogazione ma, in generale, alla «cultura tecnologica» che «tende a voler dominare i dinamismi naturali, nella speranza di riuscire a piegarli ai desideri dell'uomo» al fine di poter «proiettare i figli a tavolino», che, in tal modo diventano «una sorta di “prodotto”, meticolosamente progettato e talora letteralmente “fabbricato” attraverso metodiche biotecnologiche» (cfr. E. SGRECCIA, *Manuale di Bioetica*, Milano, 2007).

È il caso di ricordare, inoltre, che nel dibattito femminista il fenomeno della maternità surrogata forma oggetto di due contrapposte interpretazioni. L'una considera la surrogazione – e più in generale le tecnologie riproduttive – come lo strumento per la liberazione delle donne dal “peso” della maternità biologica e, quindi, un mezzo di emancipazione femminile, dimostrativo del fatto che le donne sono «eticamente responsabili, capaci di governare la loro sensibilità emotiva e di assumersi responsabilità»; l'altra interpretazione, invece, assimila la donazione di utero ad una forma di prostituzione e di schiavitù, nonché al traffico illegale di organi, e paventa il rischio che una tale pratica possa comportare una selezione delle madri surrogate, su base discriminatoria e razziale e dalle finalità eugenetiche.

Non mancano, poi, interpretazioni del fenomeno in chiave economico-commerciale, secondo la tradizionale dialettica che contrappone il consumatore al produttore, i quali, nel caso di specie, andrebbero rispettivamente individuati nei genitori intenzionali e nella madre surrogata, collocati nello scenario del “turismo procreativo”.

Lo scenario da ultimo richiamato è quello che desta maggiore attenzione sul piano biogiuridico. Sebbene, infatti, la maternità surrogata non abbia ancora formato oggetto di organici interventi normativi, la consapevolezza della dimensione bio-economica del fenomeno ha suscitato, a più riprese, le reazioni di alcune istituzioni europee ed internazionali. Va ricordato, in proposito, che il Parlamento europeo, in occasione della [“Relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo nel 2014 e sulla politica dell'Unione europea in materia”](#), approvata il 17 dicembre 2015, ha espressamente condannato «la pratica della surrogazione, che compromette la dignità umana della donna, dal momento che il suo corpo e le sue funzioni riproduttive sono usati come una merce», denunciando, altresì, «lo sfruttamento riproduttivo e l'uso del corpo umano per un ritorno economico o di altro genere, in particolare nel caso delle donne vulnerabili nei paesi in via di sviluppo», pratica che deve essere «proibita e trattata come questione urgente negli strumenti per i diritti umani» (cfr. il par. 115 della Relazione). Ancora nell'ambito dell'Unione europea va segnalato il documento approvato il 5 maggio 2013 dalla Direzione generale politiche interne del Parlamento europeo, intitolato [“A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States”](#), che, dopo avere individuato le normative nazionali rilevanti in materia, denuncia l'assenza di specifiche norme di diritto internazionale privato applicabili alla maternità surrogata transfrontaliera. Tale assenza osta alla soluzione delle problematiche scaturenti dagli accordi di surrogazione o delle problematiche che possono insorgere dopo il parto, quali, ad esempio, la mancata consegna del nato, il rifiuto opposto dai genitori intenzionali in caso di patologie o malformazioni che affliggono il minore, il decesso della madre intenzionale, il mancato riconoscimento degli atti esteri attestanti il rapporto di filiazione.

Ciò ha condotto ad una diffusa posizione di dissenso nei confronti della crescente dimensione economica della maternità surrogata (che per alcuni assume le caratteristiche di un vero e proprio *babyselling*) e ad una più o meno condivisa consapevolezza circa l'esigenza di disciplinare il fenomeno in esame, arrivando a prospettare divieti *tout court*. È in questo contesto che si collocano gli atti del Comitato nazionale per la bioetica e del Consiglio d'Europa richiamati in apertura, che saranno di seguito esaminati.

3. La maternità surrogata come un "non-luogo" normativo

Con la mozione "Maternità surrogata a titolo oneroso", approvata il 18 marzo 2016, il CNB ha voluto condannare ogni forma di commercializzazione («esplicita o surrettizia») delle capacità riproduttive della donna, affermando che il contratto di maternità surrogata lede «la dignità della donna e del figlio sottoposto come un oggetto ad un atto di cessione».

Come si evince dal titolo, la mozione *de qua* ha ad oggetto esclusivamente il contratto di maternità surrogata stipulato dietro corrispettivo in denaro, riservandosi il CNB di trattare in futuro, in un parere più ampio ed articolato, il fenomeno della surrogazione di maternità *tout court*, prendendo in considerazione anche gli accordi a titolo "altruistico" e gratuito. Può dirsi, pertanto, che il CNB ha perso l'occasione per valutare in modo organico e sistematico una materia così eticamente dibattuta e controversa. Tale decisione è tanto più grave se si pensa che, in passato, il CNB ha toccato il tema in più riprese, senza tuttavia entrare nei dettagli di una materia che a tutti gli effetti si sta affermando come un *business* mondiale.

Già nel "[Parere sulle tecniche di procreazione assistita. Sintesi e conclusioni](#)", del 17 giugno 1994 (e cioè dieci anni prima dell'entrata in vigore della già citata legge n. 40/2004) il CNB stigmatizzava la surrogazione di maternità, perché in grado di attuare «una ... grave scissione dell'atto generativo e una ... profonda frammentazione della figura materna, da contraddirne il significato autentico». Nel 1995, con il parere su "[La fecondazione assistita](#)" (17 febbraio 1995), il CNB ribadiva la propria contrarietà al fenomeno della maternità surrogata.

Va inoltre ricordato il parere "[Considerazioni bioetiche sullo scambio involontario di embrioni](#)" dell'11 luglio 2014 che, pur non riguardando direttamente la maternità surrogata, offre una serie di orientamenti sulla genitorialità e sulla filiazione e, in particolare, sul ruolo della madre gestante e di quella genetica, che ben si prestano ad essere ascritte anche al fenomeno della surrogazione di maternità. Basti qui ricordare le riflessioni sul rapporto intercorrente tra la madre gestante (ma non genetica) ed il nascituro, in cui «si determinano e si consolidano, nel corso della gravidanza, innegabili legami di ordine biologico, psichico e sensoriale» che vanno «ben oltre la semplice messa a disposizione dell'utero»; nonché quelle sulla madre genetica (ma non gestante), in cui si evidenzia che il legame tra la maternità e il parto, in virtù delle tecniche di procreazione assistita, è «maggiormente scindibile», e, pertanto, «nell'ipotesi di madre gestante, la figura della madre genetica può assumere i contorni di una "paternità femminile"» proprio perché, per quanto rilevante, la gestazione non rappresenta, tuttavia, «l'elemento decisivo per la costruzione del legame genitoriale».

I documenti del CNB hanno orientato i lavori preparatori della legge 40, che, come già osservato *supra*, chiude il dibattito sulla liceità della surrogazione di maternità, senza tuttavia disciplinare le implicazioni che possono derivare da un accordo di maternità

surrogata concluso all'estero da cittadini italiani in violazione dell'art. 12, co. 6, della legge n. 40/2004 e, quindi, senza una completa ed articolata normativa.

In realtà, la situazione non è così diversa se si volge lo sguardo al piano internazionale. La proposta di risoluzione “*Human rights and ethical issues related to surrogacy*”, bocciata dall'APCE lo scorso 15 marzo, ribadisce, in apertura, la condanna al fenomeno della maternità surrogata, conformemente a quanto già espresso in passato dalla medesima istituzione. Nello specifico, il riferimento è alla dichiarazione scritta n. 522 del 4 luglio 2012, intitolata “[Surrogate motherhood](#)”, in cui si afferma che «la surrogazione è incompatibile con la dignità delle donne e dei fanciulli e costituisce violazione dei loro diritti fondamentali».

La proposta di risoluzione *de qua* suggeriva di introdurre una regolamentazione *ad hoc*, finalizzata a porre fine o a contenere la pratica del *babyselling* e lo sfruttamento economico delle madri surrogate. Secondo la relatrice, infatti, l'APCE dovrebbe prendere in considerazione la possibilità di disciplinare la materia, in modo da garantire il rispetto dei diritti umani in gioco, dato il crescente numero di accordi di maternità surrogata conclusi sul piano internazionale. Ed è proprio quest'aspetto che probabilmente ha determinato il rifiuto della Commissione per gli affari sociali, la salute e lo sviluppo sostenibile dell'APCE, dietro cui è possibile intravedere il timore che una disciplina giuridica in materia di maternità surrogata finisca per legittimare una pratica moralmente non condivisa e poco tollerata e per imporre uno *standard* etico unico a cui tutti gli Stati, anche quelli in cui vige un espresso divieto di surrogazione, dovrebbero in qualche modo conformarsi.

Ma vi è di più. Le incapacità e le resistenze dimostrate dalle istituzioni nel disciplinare la materia *de qua* si stanno cristallizzando in un consuetudinario *modus operandi* attraverso il quale, in modo pilatesco, si preferisce demandare alla giurisprudenza l'arduo compito di districare i nodi di una materia che fatica a trovare un *common ground*. È appena il caso di osservare, infatti, che, negli ultimi anni, si attesta un numero sempre crescente di pronunce giurisdizionali – non solo in ambito nazionale – aventi ad oggetto le implicazioni derivanti dagli accordi di surrogazione conclusi all'estero da cittadini europei. Basti pensare ai casi [Menesson c. France, requête n. 65192/11](#) e [Labassee c. France, requête n. 65941/11](#), decisi con due sentenze “gemelle” il 26 giugno 2014 dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (di seguito Corte EDU), in cui i giudici di Strasburgo hanno riscontrato la violazione dell'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) – seppure limitatamente alla sfera concernente la tutela della vita privata del minore – da parte delle autorità francesi, per non aver trascritto, nel registro di stato civile, gli atti esteri attestanti il rapporto di filiazione tra i genitori intenzionali ed i minori nati, negli Stati Uniti d'America, da madri surrogate. Allo stato attuale, inoltre, risultano pendenti innanzi alla Corte EDU i casi *Laborie et autres c. France, requête n. 44024/13*, *Foulon c. France, requête n. 9063/14* e *Bouvet c. France, requête n. 10410/14*, tutti in materia di maternità surrogata.

Ed è in questo contesto giurisprudenziale che s'inserisce anche il caso [Paradiso e Campanelli c. Italia, ricorso n. 25358/12](#), deciso dalla Corte EDU con sentenza pronunciata il 27 giugno 2015, in cui è stata ravvisata la violazione dell'art. 8 CEDU da parte delle autorità italiane per non aver assicurato un equo bilanciamento tra gli interessi pubblici e quelli privati (in proposito si rinvia al commento a sentenza pubblicato su questa rivista, F. PERRINI, *Maternità surrogata e allontanamento del minore dai genitori committenti: la Corte europea dei diritti dell'uomo condanna l'Italia per violazione dell'art. 8*, Osservatorio “L'Italia e la CEDU”, n. 1/2015). Al riguardo, occorre, infine, ricordare che alla suddetta decisione della Corte EDU

ha fatto seguito la richiesta di riesame *ex art. 43 CEDU* avanzata dal Governo italiano, la cui prima udienza innanzi alla *Grande Chambre* si è tenuta il 9 dicembre 2015.

Che il tema della maternità surrogata susciti un diffuso interesse è confermato dal fatto che, in Italia, si moltiplicano le occasioni di confronto e di dibattito. Tra queste, tenuto conto della particolare prospettiva di indagine, merita di essere segnalata la tavola rotonda che si terrà il 7 giugno 2016 a Palazzo Valentini, dal titolo “Niente di grave, suo marito è incinto. Forme di maternità e desiderio di genitorialità”, organizzata dalla Cattedra “Jean Monnet” *Ad Personam* di biodiritto della Sapienza di Roma.

LUCA MARINI (PAR. 1)
ISABELLA APREA (PARR. 2-3)