

Maternità surrogata: nodi critici tra logica del dono e preminente interesse del minore

Camilla Chini*

SURROGACY: CRITICAL ISSUES BETWEEN LOGIC OF THE GIFT AND BEST INTEREST OF THE CHILD

ABSTRACT: This paper considers the commercial and altruistic nature of surrogacy in the light of the offence principle, analysing the legal interests protected by the Italian absolute prohibition of surrogacy, as laid down by the law on medically assisted procreation no. 40/2004. It starts by examining the exploitation of the surrogate mothers on the basis of the prohibition of financial gain provided for in Article 21 of the Oviedo Convention and it then deals with the position of the unborn, in order to investigate the consequences for it. The conclusion is a rebuttal of the logic of the gift: when adopting a child-prospective, all forms and arrangements of surrogacy are called into question.

Moreover, the Author argues for the need of an international regulation on the practice, which must take into account the best interest of the child as a third and external party in such conducts, without having to take second place to the intended parents' reproductive desire.

KEYWORDS: Surrogacy; Exploitation; Prohibition of financial gain; Offence principle; Best interest of the child.

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Forme di maternità surrogata – 3. Disciplina italiana – 4. Divieto di "sfruttamento" del corpo umano e delle sue parti in quanto tali – 5. Logica del dono e preminente interesse del minore – 6. Conclusione.

*Act so that the effects of your actions are compatible
with the permanence of genuine human life.*

(H. JONAS, The imperative of responsibility, 1984, Chicago, p. 11)

1. Introduzione

L'articolo 12 comma 6 della legge n. 40 del 19 febbraio 2004 recante «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita» stabilisce il divieto di maternità surrogata nell'ordinamento italiano, prescrivendo che «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».

Essays

Si definisce maternità surrogata, o maternità per sostituzione, la maternità di una donna che si presta a portare a termine una gravidanza, fino al momento del parto, non per sé, bensì per un'altra donna¹, tecnica di procreazione assai complessa denominata talvolta anche con l'accezione più critica di "utero in affitto"². La maternità, che in passato era vista come un "gioco a due", passa oggi ad essere un gioco con tre o più partecipanti, mutamento delineato dalla possibilità, dovuta al progresso medico-scientifico, di scindere la maternità stessa nei diversi ruoli genetici, gestazionali e sociali. Questo implica una smentita della certezza fondamentale per ogni essere umano relativa all'identità della madre: infatti, una tale possibilità ostacola quel principio tradizionale secondo cui *mater semper certa est*, come conseguenza dell'identificazione naturale della madre in colei che partorisce³.

Per quanto dibattuta ed ostacolata – anche per il fatto di mettere fortemente in discussione, più di ogni altra tecnica procreativa, principi fondamentali della società – la pratica della maternità surrogata è una realtà molto diffusa a livello mondiale e, in determinati Paesi – tra i quali Georgia, Grecia, Israele, Regno Unito, Russia ed Ucraina⁴ –, pure ammessa dalla legge, con requisiti specifici previsti dall'ordinamento interno⁵. Questi ultimi Stati rappresentano per molte persone single e/o coppie la

* Dottoressa in Diritto Italiano presso l'Università di Innsbruck, Austria. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ Questa definizione appare nel cosiddetto *Rapporto Warnock, Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology*, Londra, 1984.

² Nel presente scritto si preferisce adottare la denominazione di "maternità surrogata", nonostante si riscontrino in merito opinioni contrastanti nella dottrina e nella società. C'è, infatti, chi, sostenendo che tale pratica non implichi necessariamente un processo di maternità, preferisce optare per il titolo più tecnico di "gestazione per altri" – utilizzato anche nella lingua francese – *gestation pour autrui*. A parere di chi scrive, tuttavia, una tale scelta appare discutibile, poiché seppur tecnica, meglio proprio perché tecnica, tende a porre uno dei soggetti più vulnerabili della condotta, la madre surrogata, in secondo piano, quando invece le andrebbe garantita la posizione preminente non solo a livello di tutela giuridica, bensì e prima di tutto a livello sociale, ossia per quanto riguarda il gergo comune attraverso cui la stessa viene identificata dal sentire sociale diffuso. Si sostiene, infatti, che quand'anche nella fattispecie concreta la maternità surrogata avvenga con donazione di ovuli, non si può negare l'instaurarsi tra i due soggetti – madre portante e nascituro – di quell'esperienza relazionale psicofisica che caratterizza il periodo di gravidanza. Inoltre, l'espressione "gestazione per altri" tende a connotare a priori la pratica come altruistica, volta a porre in essere una prestazione generosa e caritatevole in favore di altri, quando, invece, il fattore altruistico oltre ad essere contestabile, non è neppure sempre presente e/o garantito e garantibile.

³ 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*, Tomo I, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, 1479-1496.

⁴ L'elencazione degli Stati che ammettono per legge la pratica della maternità surrogata riportata nel testo non vuole essere esaustiva. La questione si è posta originariamente negli Stati Uniti dove il noto caso "Baby M" (*In re Baby M*, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396 (N.J. 1988)), relativo ad un'ipotesi di maternità surrogata tradizionale a contenuto patrimoniale, ha animato il dibattito pubblico, non solo a livello giuridico. Trattandosi di una competenza statale, la disciplina nel panorama statunitense è molto eterogenea, estendendosi da Stati particolarmente "surrogacy-friendly" (come la California) a quelli nei quali i relativi accordi costituiscono forme di reato (come ad esempio il Michigan).

⁵ Informazioni consultabili nel questionario "Replies by the member States to the questionnaire on access to medically assisted procreation (MAP) and on right to know about their origin for children born after MAP", 2012, del Comitato direttivo per la bioetica (CDBI) del Consiglio d'Europa, reperibile su <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016803113e9>> (ultima consultazione 11.12.2015) così come nello Studio del Parlamento Europeo "Il regime di maternità

meta per raggiungere il soddisfacimento del proprio desiderio di procreare, nei casi in cui la donna non sia in grado di portare avanti una gravidanza per ragioni di sterilità o malattia. Il cosiddetto turismo procreativo⁶, in particolare, è spesso legato ai divieti sanciti dall'ordinamento giuridico del Paese d'origine, come nel caso dell'Italia, ove, infatti, il menzionato articolo 12 comma 6, legge n. 40/2004, in sintonia con l'atteggiamento maggioritario nel contesto europeo⁷, sancisce il divieto assoluto di maternità surrogata.

2. Forme di maternità surrogata

La maternità surrogata non è fenomeno nuovo, tutt'altro, esso è caratterizzato da un lungo e costante passato, nel quale, sempre circondata da un'aura di forte riservatezza, la gravidanza per la donna sterile veniva portata avanti grazie alla complicità di una sorella o un'amica, oppure della propria madre. Lo sviluppo delle tecniche procreative ed il costante aumento delle possibilità tecnico-scientifiche nell'ambito procreativo hanno però in seguito gradatamente accresciuto la complessità della scelta surrogatoria. Le conseguenze di tale progresso emergono sia con riferimento al numero di soggetti coinvolti – fino a cinque⁸, eventualmente con madre surrogata, donatori di gameti e genitori committenti -, sia per quanto riguarda la partecipazione del personale medico e sanitario coinvolto e la tutela della segretezza delle relazioni. Essa raffigura oggi una realtà particolarmente diffusa e l'unica possibilità per la donna sterile, malata o non più fertile per ragioni d'età, o per una coppia omosessuale di sesso maschile, di avere figli "propri"⁹, geneticamente legati ad uno od entrambi i componenti della coppia o, laddove non siano coinvolti i gameti della coppia e quindi non via sia alcun legame biologico tra nascituro e genitori committenti – né per quanto attiene il materiale genetico, né in relazione al legame naturale che si instaura tra donna e nascituro durante la gravidanza -, i

surrogata negli Stati membri dell'UE, 2013, sintesi reperibile su <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403\(SUM01\)_IT.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403(SUM01)_IT.pdf)> (ultima consultazione 11.12.2015).

⁶ Questo fenomeno, presente in costante aumento su scala internazionale, viene definito *Cross-Border Reproductive Care* (CBRC) e solleva questioni etico-giuridiche limitatamente alle ragioni che spingono i soggetti al turismo procreativo, quali danni e quali benefici ne possano scaturire e quali obblighi debbano essere posti in capo a chi fornisce e chi attua le attività sanitarie in rapporto ai soggetti che si sottopongono a questi trattamenti di procreazione medicalmente assistita. Il CBRC coinvolge una pluralità di soggetti, i genitori sociali, i bambini "frutto" della tecnica applicata, i fornitori di questa, donatori di gameti, madri surrogate ed anche la popolazione locale delle regioni di destinazione. Su questo tema, si v. Ethics Committee of American Society for Reproductive Medicine, *Cross-border reproductive care: a committee opinion*, 21 marzo 2013, reperibile su <[http://www.fertstert.org/article/S0015-0282\(13\)00396-8/fulltext](http://www.fertstert.org/article/S0015-0282(13)00396-8/fulltext)> (ultima consultazione 11.12.2015).

⁷ Sugli approcci normativi esistenti in materia a livello europeo si veda lo studio comparato svolto dal Directorate-General for Internal Policies – Policy Department, Citizens' rights and constitutional affairs, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, 2013, reperibile sul sito www.europarlamento.eu.

⁸ Si veda il caso *Re Buzanca* (Superior Court of California, Family Law Division, 27 agosto 1997) della bambina nata con il "contributo" – in termini di materiale genetico, surrogazione di maternità e commissione di maternità – di cinque persone: la donatrice di ovuli, il donatore di sperma, la madre surrogata ed i genitori committenti. Nota di V. CARBONE, *Inseminazione eterologa e disconoscimento di paternità: il caso baby J*, in *Fam. dir.*, 1997, 405.

⁹ I. CORTI, *op. cit.*, 1481.

figli rappresentano in quest'ultimo caso più che altro il frutto, se non meglio il prodotto finale, di una programmazione e progettazione degli interessati.

Gli scenari possibili individuabili nella pratica della maternità per sostituzione sono molteplici. Essa si pone, infatti, all'interno del fenomeno della procreazione medicalmente assistita, benché non costituisca di per sé alcuna tecnica specifica: invece, è l'utilizzo delle diverse tecniche procreative a rappresentare il "mezzo" attraverso cui realizzare le diverse forme di surrogazione. Per *maternità sostitutiva tradizionale (traditional surrogacy)* s'intende il caso in cui l'ovulo fecondato sia quello della madre portante, mentre lo sperma proviene dalla coppia committente. Negli altri casi, la madre portante può essere fecondata con lo sperma di un donatore (*maternità sostitutiva tradizionale con donazione di sperma – traditional surrogacy and donor sperm*); oppure i gameti appartengono ai genitori intenzionali e, dopo aver proceduto ad una fecondazione *in vitro*, l'embrione viene trasferito nell'utero della madre portante (*maternità sostitutiva gestazionale – gestational surrogacy*); oppure la procedura di fecondazione *in vitro*, prima del trasferimento, può avvenire tra l'ovulo della madre intenzionale e lo sperma di un donatore (*maternità sostitutiva gestazionale con donazione di sperma – gestational surrogacy and donor sperm*); oppure ancora si può avere il caso in cui né i genitori intenzionali né la madre portante abbiano alcun legame genetico con il bambino e si proceda ad una fecondazione *in vitro* grazie alla donazione sia di ovuli che di spermatozoi (*maternità sostitutiva gestazionale con donazione di embrione – gestational surrogacy and donor embryo*)¹⁰.

Nonostante la molteplicità e diversità tra le pratiche descritte ed alle quali viene fatto ricorso per ottenere il soddisfacimento del desiderio procreativo, le considerazioni che esse sollecitano possono esser estese, sia pure solo in parte, all'intera gamma di fenomeni esaminati. Infatti, non si contesta in questa sede il ruolo esclusivo della coppia nei termini di procreazione assistita, e neppure il concetto di famiglia nucleare tradizionale accolto da una parte della dottrina ed in determinati contesti sociali, bensì ci si limita a porre la questione al solo concetto del principio filosofico del non-nuocere¹¹. In base a tale principio, in una democrazia liberale la libertà personale può essere limitata, tra l'altro, se il suo esercizio arreca pregiudizio o nuoce a dei diritti fondamentali altrui, come ad esempio quello all'integrità psicofisica o alla vita, oppure viola il divieto di discriminazione.

Sembra doveroso, in questo contesto, il rinvio ad un profilo che verrà esaminato nel prosieguo¹² con riferimento alla disciplina italiana e, più in particolare, all'inquadramento del divieto della surrogazione *ex lege* n. 40/2004, alla luce dell'esigenza di rispettare uno dei principi cardine del diritto penale: il principio di offensività nella sua veste di canone di controllo delle scelte di politica criminale. Infatti, impostando l'argomentazione nell'ottica dello sfruttamento della donna gestante, soprattutto laddove venga fatto utilizzo di ovuli donati da altra donna, madre committente o donatrice esterna, appare come il corpo della surrogata finisca per essere sussunto ad un ruolo di mero strumento per il raggiungimento di un fine, così da confermare l'idea di un suo sfruttamento e, nella maggior parte dei casi, la commercializzazione del corpo della donna così come la violazione della sua dignità uma-

¹⁰ Commissione Nazionale d'Etica per la Medicina (Svizzera, CNE), *La procreazione con assistenza medica. Considerazioni etiche e proposte per il futuro*, Parere n. 22/2013, Zurigo, 2013, 41.

¹¹ J. S. MILL, *On Liberty*, London, 1859.

¹² V. *infra* capitolo 5.

na, valori giuridici che, nel panorama italiano, sono posti alla base del divieto assoluto di maternità surrogata.

Il fatto che la donna gestante collabori alla realizzazione del “progetto procreativo” della coppia o della persona committente può realizzarsi, secondo una parte della dottrina, per fini patrimoniali o per spirito di solidarietà nei confronti di chi non è in grado di partorire un figlio proprio. Ad ogni modo, la diversa finalità dell’accordo surrogatorio, analizzata più attentamente nel prosieguo, non è affatto influente sul piano giuridico, dato che non poche sono le leggi a livello europeo ed internazionale¹³ che, pur vietando la maternità surrogata cosiddetta a contenuto patrimoniale (o maternità surrogata commerciale¹⁴), legittimano invece quella cosiddetta solidaristica. Inoltre, una maggiore apertura verso finalità che non siano di tipo economico si riscontra anche nella giurisprudenza¹⁵.

È a partire da un’attenta analisi della disciplina italiana e, all’interno di questa, del divieto di sfruttamento del corpo e del principio di offensività, che ci si interroga prima di tutto sui beni giuridici che la norma vuole tutelare attraverso il divieto assoluto di maternità surrogata, quindi sul fatto se la pratica in questione sia o meno giuridicamente ed eticamente accettabile nelle sue diverse forme e quale sia l’intervento del legislatore più auspicabile, sia a livello nazionale che internazionale, ai fini di una regolamentazione oltremodo necessaria ed improcrastinabile. Alla base di questa serie d’interrogativi, qualunque sia la conclusione cui il singolo voglia giungere, si impone sempre la neces-

¹³ A titolo esemplificativo, si riportano a questo proposito la disciplina del Regno Unito, *Surrogacy Arrangements Act 1985* e *The Human Fertilisation and Embryology (Parental Orders) Regulations 2010* e quella canadese, *Assisted Human Reproduction Act 2004*, che ammettono entrambe la surrogazione di maternità, vietando tuttavia la pratica a fini patrimoniali. Ancora, pure la Convenzione sull’eliminazione di ogni forma di discriminazione della donna (CEDAW), convenzione internazionale adottata nel 1979 dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite, pare opporsi alla maternità surrogata commerciale nella parte in cui definisce la maternità nella sua funzione sociale, come spiegato in M. DARNOVSKY, D. BESSON, *Global Surrogacy Practices*, Working Paper No. 601 of the International Institute of Social Studies at the Erasmus University, Rotterdam, December 2014, 14.

¹⁴ Glossario redatto dalla Conferenza dell’Aja di diritto internazionale privato, Appendice A del documento preliminare n. 3 B, marzo 2014, *The desirability and feasibility of further work on the parentage/surrogacy project*, reperibile su <https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2014pd03b_en.pdf> (ultima consultazione 11.12.2015). La definizione ivi stabilita degli accordi di maternità surrogata cosiddetta commerciale, o a scopo di lucro, prevede che «A surrogacy arrangement where the intending parent(s) pay the surrogate financial remuneration which goes beyond her “reasonable expenses”. This may be termed “compensation” for “pain and suffering” or may be simply the fee which the surrogate mother charges for carrying the child. This may be a gestational or a traditional surrogacy arrangement.», mentre quella per gli accordi solidaristici «A surrogacy arrangement where the intending parent(s) pay the surrogate nothing or, more usually, only for her “reasonable expenses” associated with the surrogacy. No financial remuneration beyond this is paid to the surrogate. This may be a gestational or a traditional surrogacy arrangement. Such arrangements often (but not always) take place between intending parent(s) and someone they may already know (e.g., a relative or a friend).».

¹⁵ I. CORTI, *op. cit.*, 1480. Prima dell’entrata in vigore della legge 40/2004, in giurisprudenza si segnala l’orientamento del Tribunale di Roma, ordinanza 17.2.2000 (cfr. M. SESTA, *Norme imperative, ordine pubblico e buon costume: sono leciti gli accordi di surrogazione?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 203 ss.) che riconosce validità ad un accordo a titolo gratuito di maternità surrogata sui presupposti della meritevolezza degli interessi, ossia dell’aspirazione della coppia contraente a diventare genitori e della solidarietà alla base dell’accordo concluso dalla madre surrogata a mero fine altruistico (art. 2 Cost.).

sità di un confronto con la realtà esperienziale della società contemporanea ove si riscontra un'innegabile diffusione ed un ricorrente impiego della pratica della surrogazione di maternità.

Di qui, la necessità, a livello di trattazione dottrinale così come nell'ottica legislativa, di esaminare la questione e le problematiche ad essa connesse nella consapevolezza che si tratta di un fenomeno fortemente presente ed in costante sviluppo, dati di fatto dai quali non si può in alcun modo prescindere. Ne consegue che, oltre a prender parte al dibattito socio-politico e giuridico sviluppatosi in materia limitatamente alle diverse prese di posizione, sia da ritenere per di più essenziale confrontarsi con le problematiche scaturenti dall'attuazione delle pratiche in esame ed adoperarsi per una loro regolamentazione, anche laddove, come in Italia, si sia optato per un divieto assoluto della maternità surrogata. Una tale scelta legislativa radicalmente repressiva non elimina certo le problematiche connesse al cosiddetto turismo procreativo, attraverso il quale molti soggetti scelgono di recarsi all'estero, in Paesi con regolamentazioni meno rigide, al fine di soddisfare propri desideri che non possono veder esauditi nel proprio Paese d'origine.

3. Disciplina italiana

Il divieto assoluto di maternità surrogata, nell'ordinamento italiano, è sancito dalla legge n. 40 del 19 febbraio 2004 che, nel disciplinare l'accesso legittimo alle tecniche riproduttive, introduce una fitta rete più generale di divieti, la cui violazione viene punita ricorrendo sia a sanzioni amministrative che a sanzioni penali. Queste ultime, più propriamente, sono previste dal legislatore per le fattispecie ritenute comparativamente più gravi, considerate maggiormente lesive dei beni giuridici assunti dalla norma ad oggetto di tutela: beni relativi al valore dell'embrione ed alla dignità della persona umana. L'articolo 12 comma 6 della legge in esame, come già anticipato, statuisce, in particolare, che è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro chiunque realizzi, organizzi o pubblicizzi la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità.

Non si contesta il fatto che suddetti beni siano meritevoli di tutela, ma ci si interroga sull'idoneità effettiva dello strumento penale a tal fine e, accogliendo una prospettiva di diritto penale laico e costituzionalmente pluralistico, si considera il necessario bilanciamento da compiere tra tali beni ed altri, corrispondenti a diritti pure coinvolti nella disciplina, tra i quali il diritto alla salute, il diritto alla genitorialità e la libertà di ricerca e di sperimentazione scientifica¹⁶. Se si osserva la vigente normativa italiana, l'impressione è che si tratti del portato di una strategia di politica criminale che punisce determinate condotte vietate, qualificandole come illecite, con "sanzioni draconiane" oltre che con misure restrittive della libertà personale. Infatti, sia per gli illeciti amministrativi, sia per i reati ex art. 12 – in cui rientra quello qui trattato – sono ulteriormente previste penetranti sanzioni accessorie a contenuto interdittivo: «la sospensione da uno a tre anni dall'esercizio professionale» (art. 12 comma 9), quella perpetua (art. 12 comma 7) e la sospensione per un anno dell'autorizzazione concessa alla struttura al cui interno è stata eseguita una delle pratiche vietate, nel caso di violazioni plurime o reiterate l'autorizzazione può essere revocata (art. 12 comma 10). Quest'ultima è una sanzione inflitta a

¹⁶ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte speciale, I delitti contro la persona*, 4^a ed., Torino, 2013, Vol. II, Tomo I, 50.

coloro che siano ritenuti responsabili della violazione, ossia in capo a centri che praticano la procreazione medicalmente assistita. Si tratta di una misura in grado di determinare la chiusura della struttura stessa, priva di ogni collegamento con qualsiasi criterio d'imputazione e mancante di garanzie sufficienti quanto al procedimento d'applicazione: da ciò emerge una conferma ulteriore della natura afflittiva del trattamento sancito dalla norma¹⁷.

Il carattere estremamente rigoroso e severo della norma, che prevede l'intervento sanzionatorio dello Stato al fine di impedire la stipulazione di accordi surrogatori e proibire la pratica stessa, è reso palese non soltanto dalla natura e dalla misura della sanzione introdotta, sopra descritte, ma altresì dal fatto che la disposizione comprenda tra i soggetti imputabili, oltre agli operatori ed organizzatori, anche la coppia dei committenti e la madre surrogata¹⁸. Questa responsabilità "allargata" è conseguente al fatto che la clausola di non punibilità dei pazienti di cui al comma 8 dell'articolo 12 non menziona specificatamente le tecniche di procreazione medicalmente assistita ex comma 6. La disposizione ex comma 8 viene definita dalla dottrina come clausola di non punibilità in senso stretto¹⁹: essa esprime una valutazione di opportunità da parte del legislatore, che rinuncia a punire una categoria di soggetti "deboli" all'interno del settore della procreazione medicalmente assistita, essendo costoro sottoposti ad una serie di sofferenze sia fisiche che psichiche, promuovendo però allo stesso tempo il ruolo del medico in qualità di "garante delle regole del gioco procreativo"²⁰. La maternità per sostituzione non è tuttavia interessata da questa clausola di esclusione della punibilità; ciò sta a significare che, laddove venga integrata la fattispecie dell'illecito cui questa si riferisce, l'uomo e/o la donna committenti, la madre surrogata ed eventuali donatori di gameti potranno rispondere a titolo di concorso con il medico (e/o con altri operatori ed eventuali organizzatori), a condizione che ricorrano gli estremi di un concorso di persone nel reato a norma degli articoli 110 e seguenti del codice penale²¹. La volontà del legislatore di colpire anche tali soggetti testimonia un'avversità maggiore nei confronti della pratica di maternità surrogata rispetto ad altre forme di procreazione medicalmente assistita, per le quali, seppur altresì vietate, la legge italiana non prevede sanzioni nei confronti di coloro che vi abbiano fatto ricorso.

Ancora, rileva nel testo normativo la mancanza di definizione della maternità surrogata stessa: questa scelta legislativa non è ininfluente per la disciplina. Infatti, da un lato essa manifesta una contrarietà assoluta verso la surrogazione, sanzionata in ogni sua forma²², oltre a prevedere una forte tutela anticipata al momento di pubblicizzazione della pratica. Dall'altro lato, la norma solleva rilevanti questioni interpretative che introducono la possibilità di differenti configurazioni della pratica, con

¹⁷ S. CANESTRARI, *Bioetica e diritto penale: materiali per una discussione*, 2^a ed., Torino, 2014, 33.

¹⁸ I. CORTI, *op. cit.*, 1489-1490.

¹⁹ Sulle cause di non punibilità e sulla logica che le ispira, si v. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, 3^a ed., Milano, 2009, 351 ss.

²⁰ G. LOSAPPIO, *Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, in F. PALAZZO, C. E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, 2^a ed., Padova, 2007.

²¹ E. DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, Tomo I, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, 1537-1601.

²² Si noti a questo proposito che è minoritaria la dottrina per cui il comma 6 dell'articolo 12 vieterebbe soltanto gli accordi a fini patrimoniali.

conseguenze sanzionatorie diverse²³. Inoltre, questa disposizione dall'intento proibitivo ed altamente punitivo, lascia molteplici questioni non disciplinate ed irrisolte: si pensi, ad esempio, all'assenza di disciplina per quanto attiene gli effetti di eventuali, seppur vietati, rapporti surrogatori o, ancora, alla mancata regolamentazione dell'identificazione dei genitori legali e dello *status filiationis*²⁴.

4. Divieto di "sfruttamento" del corpo umano e delle sue parti in quanto tali

Molti degli interrogativi sollevati dalla pratica di surrogazione possono essere analizzati alla luce della discussione morale relativa al commercio delle parti del corpo umano, anticipata nel diciottesimo secolo da Immanuel Kant nelle sue *Lezioni sull'etica*, ove il filosofo sosteneva che «il corpo costituisce la condizione assoluta per la vita (...) possiamo usare la nostra libertà solo attraverso il nostro corpo (...). L'uomo non è proprietario di se stesso, perché ciò sarebbe contraddittorio. Nella misura, infatti, in cui egli è una persona, egli è un soggetto, cui può spettare la proprietà di altre cose. Se, invece, fosse una proprietà di se stesso, egli sarebbe una cosa (...), è impossibile essere una persona e una cosa (...). In base a ciò non gli è consentito vendere un dente o un'altra parte di se stesso»²⁵. Kant afferma così l'indisponibilità delle parti del corpo umano, che non possono dunque essere utilizzate a vantaggio di un terzo né tantomeno essere oggetto di commercio. Forte è la contrapposizione del filosofo all'idea per cui l'uomo possa essere proprietario di se stesso. Costui non è *cosa*, bensì *persona*.

In questo senso, il concetto di sfruttamento del corpo umano è legato al vantaggio economico che può essere ricavato da un'eventuale commercializzazione dello stesso corpo o delle sue parti in quanto tali, con possibili remunerazioni e/o compensi. Le differenti possibilità biotecnologiche d'intervento sul corpo umano, proprie del costante sviluppo tecnico-scientifico, trovano un momento di unificazione normativa nell'esclusione dell'essere umano dalle logiche mercantilistiche, il cui fondamento è rappresentato dall'art. 21 della *Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la Biomedicina* del 1997. Questa rappresenta il primo trattato internazionale sulla biomedicina ed il «primo strumento giuridico internazionale obbligatorio che protegge la dignità, i diritti e le libertà dell'essere umano contro ogni abuso di progressi della biologia e della medicina», fondandosi sull'idea che «l'interesse dell'essere umano deve prevalere sull'interesse della scienza o della società»²⁶. L'articolo 21 della Convenzione pone un limite assoluto alla disponibilità commerciale delle parti del corpo umano, statuendo che «il corpo umano e le sue parti non debbono essere, in quanto tali, fonte di profitto»²⁷, con riferimento ad organi e tessuti umani, incluso il sangue. Tuttavia, tale previsione ammette

²³ Considerare, per esempio, la donazione di ovociti nell'ambito della surrogazione di maternità piuttosto che riconoscerla come forma di fecondazione eterologa.

²⁴ I. CORTI, *op. cit.*, 1489-1490.

²⁵ I. KANT, *Lezioni di etica*, Roma – Bari, 1991, 160 ss.

²⁶ Consiglio d'Europa, *Convenzione per la protezione dei Diritti dell'Uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti delle applicazioni della biologia e della medicina: Convenzione sui Diritti dell'Uomo e la biomedicina*, in <<http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007d003>> (ultima consultazione 11.12.2015).

²⁷ Lo stesso principio è ribadito anche dalla 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

te, in ogni caso, un compenso ragionevole per spese in cui la persona interessata sia incorsa e/o per lucro cessante. È rilevante il fatto che il concetto alla base di tale statuizione sia proprio il principio della dignità umana, che deve essere tutelata e garantita nel campo biomedico, valore che ricorre anche in altri testi di diritto internazionale²⁸ ed è divenuto nel corso dell'ultimo secolo una costante basilare quale diritto inviolabile, acquistando un riconoscimento su diversi piani: da quello normativo, a quello scientifico-teorico ed a quello giurisprudenziale-applicativo.

L'essere umano che sia sottoposto a sperimentazione e ad interventi medico-scientifici, fra i quali rientrano anche le tecniche di procreazione medicalmente assistita, infatti, mai può essere considerato quale mero strumento: egli è il fine dell'attività ed occorre sempre garantire una massima tutela della sua dignità, la quale rappresenta, a sua volta, un bene certamente prevalente rispetto al progresso medico-scientifico²⁹.

Un riferimento alla dignità personale, nozione generale carica di contenuto etico e dalle interpretazioni più varie, può, da una parte, rappresentare un argomento a favore dell'estensione del concetto d'autonomia dell'individuo, ma, dall'altra e allo stesso tempo, costituire pure una valida giustificazione per imporre allo stesso individuo modelli di valori *ab externo*, a discapito del principio pluralistico. In tutti gli svariati tentativi di definizione della nozione di dignità è rinvenibile un riferimento alla morale, che a sua volta costituisce un concetto indefinito, caratterizzato da una duplice proiezione. La morale può essere privata e personale, cioè l'insieme di regole di condotta che l'individuo pone a se stesso ed al proprio comportamento; questa morale non può essere imposta da un'autorità esterna. Dall'altra parte, vi è il concetto di morale collettiva e pubblica, un dato oggettivo che identifica ciò che è bene e ciò che è male, indipendentemente dal singolo individuo. Il prediligere un'accezione piuttosto che l'altra consente o meno di giustificare possibili ingerenze dell'ordinamento nella sfera di autonomia dei privati e di considerare la dignità personale quale elemento costitutivo della libertà di autodeterminazione del soggetto oppure quale limite alla stessa libertà. Da queste considerazioni emerge la problematica della conflittualità tra libertà individuale ed esigenza di tutela, questione centrale alla discussione bioetica sia dal punto di vista etico-filosofico, sia soprattutto sul piano normativo³⁰. Per quanto concerne questo dilemma, si potrebbe delineare una terza opzione aggiuntiva sulla possibilità di configurare, nel momento storico attuale, un minimo etico in base al quale costruire un concetto di dignità condivisibile dalla maggior parte della collettività. Un tale concetto andrebbe individuato direttamente nei principi contenuti nella Convenzione di Oviedo stessa, dalla quale si ricavano, in relazione all'ambito d'interesse della trattazione, il divieto di commercializzazione del corpo umano e la conseguente illiceità di qualsiasi forma di surrogazione di maternità praticata per fini patrimoniali.

medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: (...) il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro».

²⁸ Si v. ad esempio la *Carta delle Nazioni Unite* del 1945 (nel preambolo) e la *Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo* del 1948.

²⁹ Per un'ampia trattazione del tema della sperimentazione clinica, si v. E. PALERMO FABRIS, *La sperimentazione clinica: profili giuridici*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, 643-704.

³⁰ S. TORDINI CAGLI, *Il paternalismo legislativo*, in *Criminalia*, 2011, 317 ss.

Laddove la maternità surrogata favorisca lo sfruttamento della donna e lo svilupparsi di un mercato attorno ad un organo femminile, l'utero, che viene posto "in affitto" ai committenti la gravidanza, vi è, infatti, una violazione del divieto di trarre profitto dal corpo umano e dalle sue parti in quanto tali e, quindi, la pratica va considerata senz'altro illecita. Un'autorizzazione normativa della maternità sostitutiva sarebbe pregiudizievole per la madre portante in considerazione delle varie ripercussioni che la pratica può avere nei suoi confronti, trattandosi di un soggetto particolarmente vulnerabile nel contesto in oggetto³¹.

Innanzitutto, la pratica comporterebbe inevitabilmente dei rischi fisici legati alla gravidanza, al parto e ad un'eventuale interruzione della gravidanza, oltre che relegare la donna ad un ruolo di oggetto, implicandone il rischio di strumentalizzazione³², soprattutto ove venga fatto utilizzo di ovuli donati da un'altra donna, madre committente o donatrice esterna, poiché il corpo della madre portante finirebbe per essere un mero strumento di raggiungimento del fine procreativo, arrecando pregiudizio all'autonomia ed alla vita privata, oltre che essere contraria al concetto di dignità umana quale diritto inviolabile della persona. Oltretutto, si profila un rischio di notevole rilevanza sociale, giacché tale situazione implicherebbe lo sfruttamento delle donne economicamente o socialmente più svantaggiate, in ipotesi anche su scala quasi "industriale"³³.

Ancora, il semplice consenso di una persona non garantisce, di per sé, un'assenza di strumentalizzazione, soprattutto laddove il consenso venga dato in situazioni di particolare difficoltà di natura economica e pure personale, tale da far sorgere dei dubbi relativamente alla validità della manifestazione di volontà. Infatti, lo sfruttamento della maternità sostitutiva mette spesso in rapporto delle coppie occidentali abbienti con donne di Paesi del cosiddetto Terzo mondo, spesso poco scolarizzate o addirittura illetterate, che vivono in condizioni socio-economiche svantaggiate, condizioni dalle quali emerge l'assoluta necessità di garantire una tutela agli interessi ed ai diritti dei soggetti coinvolti.

³¹ Su questo tema, si v. 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».

³² Messaggio relativo all'iniziativa popolare "per la protezione dell'essere umano dalle manipolazioni nella tecnologia della procreazione (Iniziativa per una riproduzione rispettosa della dignità umana)" e alla legge federale concernente la procreazione con assistenza medica (Legge sulla medicina della procreazione) del 26 giugno 1996, 96.058, FF 1996 III 189, consultabile all'indirizzo <<http://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10118646>> (ultima consultazione 11.12.2015), 1996, 267.

³³ Commissione Nazionale d'Etica per la Medicina (Svizzera, CNE), *op. cit.*, 44.

5. Logica del dono e preminente interesse del minore

Partendo dal presupposto per cui possiamo porre a giustificazione del divieto assoluto di maternità surrogata la volontà del legislatore di tutelare il bene giuridico della dignità umana collegato al divieto di sfruttamento e commercializzazione del corpo umano o delle sue parti in quanto tali, si vuole proseguire la trattazione soffermandosi sulla logica del dono e quindi sulla forma di surrogazione realizzata a titolo gratuito e per spirito di solidarietà. Infatti, qualora si riconosca che l'unico bene giuridico tutelato dalla norma sia la dignità della madre portante, bisognerebbe automaticamente ammettere la forma di maternità surrogata cosiddetta altruistica in quanto, venendo meno lo scopo del profitto, la dignità della madre surrogata non sarebbe violata, così che mancherebbe la giustificazione del divieto nella disciplina italiana. Dunque, occorre verificare se vi siano ulteriori beni giuridici che possano essere lesi dalla condotta in oggetto e pertanto posti a giustificazione del divieto³⁴.

Ciò che a tal proposito rileva maggiormente, a parere di chi scrive, è la posizione del nascituro all'interno delle relazioni socio-giuridiche della pratica di surrogazione e gli effetti che questa possa dispiegare nei suoi confronti. Si pensi al concetto di unitarietà della figura materna³⁵ e, ancora, all'assenza di legame prenatale tra madre e figlio, oltre che alle ripercussioni del fenomeno sullo sviluppo del bambino. Se si conviene che la tutela del nascituro assurga a bene giuridico oggetto di tutela, il divieto assoluto di maternità surrogata della disciplina italiana risulta essere speculare al principio di offensività non soltanto per quanto attiene il divieto di sfruttamento del corpo umano limitatamente alla madre surrogata, bensì anche in riferimento al nascituro, per il fatto che questa pratica favorirebbe la mercificazione dello stesso, determinando un'ulteriore violazione della dignità umana. La maternità sostitutiva, nei confronti del benessere del nascituro, comporterebbe, infatti, ad avviso di una parte della dottrina³⁶, una rottura dei legami di attaccamento precoce fra la madre portante

³⁴ È fin troppo noto per doverlo qui riprendere l'orientamento della dottrina contemporanea in virtù del quale alla base di ciascun illecito debbano esserci beni giuridici determinati, quali entità reali dense di valore positivo alla stregua di un sentire sociale diffuso ed il concetto stesso di bene giuridico si fonda su una rappresentazione ideale pre-normativa funzionale a delineare il fondamento del reato. Sul principio di offensività, per tutti si v. M. RONCO, *Il reato*, in M. RONCO (opera diretta da), *Commentario sistematico al Codice Penale*, 2^a ed., Torino, 2011, Tomo I, 69-175 e dottrina ivi richiamata.

³⁵ Si v. a tal proposito il parere CNB *Considerazioni bioetiche sullo scambio involontario di embrioni*, 11 luglio 2014. La vicenda posta all'attenzione del CNB era quella dello scambio di embrioni avvenuto all'ospedale Pertini di Roma: gli embrioni di una coppia, ottenuti attraverso un percorso di fecondazione omologa, erano stati impiantati per errore nell'utero di un'altra donna, che, insieme al marito, si era a sua volta sottoposta ad un analogo trattamento, e portava avanti una gravidanza gemellare. A fronte di questo grave evento avverso e con problematiche dal punto di vista umano, etico e giuridico, la Regione Lazio chiedeva in data 6 maggio 2014 al CNB di formulare un parere. Il CNB non è entrato nel caso concreto per quanto concerne gli errori tecnici affermando di non poter risolvere il dilemma etico, ma ha esaminato sul piano generale i profili bioetici e biogiuridici emergenti, dichiarando inoltre di non voler, tuttavia, neppure criticare la legislazione italiana in base alla quale la madre del bambino viene identificata nella donna che lo partorisce.

³⁶ S. GOLOMBOK, L. BLAKE, P. CASEY, G. ROMAN, V. JADVA, *Children Born Through Reproductive Donation: A Longitudinal Study of Psychological Adjustment*, in *J Child Psychol Psychiatry*, giugno 2013, 54 (6), 653-660. Nelle conclusioni finali dell'articolo, vengono riassunti i punti principali dei risultati dello studio svolto: «An increasing number of children are being born through reproductive donation, i.e. by the donation of gametes (sperm or eggs), embryos, or the hosting of a pregnancy for another woman (surrogacy). Children born through egg donation, sperm donation and surrogacy were found to be well-adjusted, although surrogacy children showed ele-

ed il bambino, di quell'esperienza relazionale psicofisica che inevitabilmente si instaura tra gestante e nascituro durante qualsiasi gravidanza. Infatti, anche laddove la madre surrogata non abbia alcun nesso genetico col feto, sono comunque presenti legami di tipo epigenetico che ne influenzano lo sviluppo. Le ripercussioni sul nascituro, sempre ad avviso della richiamata dottrina³⁷, sarebbero notevoli e scientificamente dimostrate soprattutto per quanto concerne l'elevato rischio di disturbi psichici determinati da tale pratica atti ad incidere negativamente sullo sviluppo armonico del bambino, fattore che determinerebbe una sua strumentalizzazione, tale da farlo divenire «una merce che può essere comandata presso terzi»³⁸. Infine, come ulteriore pregiudizio, sarebbe rilevante la netta prevalenza riconosciuta agli interessi dei genitori intenzionali rispetto a quelli del bambino. Si solleva al riguardo la preoccupazione dovuta al fatto che la pratica in oggetto causerebbe problemi analoghi a quelli riscontrabili in situazioni di adozione, con la differenza, però, che mentre l'adozione risponde e dà una soluzione ad una situazione di abbandono già esistente – per esempio, in caso di bambini privi di assistenza od orfani -, nel caso della maternità surrogata si provoca volontariamente una difficoltà che prima non esisteva³⁹ e che, come si è già avuto modo di argomentare, produce serie conseguenze anche sul nascituro, soggetto terzo alla pratica stessa.

È lo stesso Comitato Nazionale di Bioetica ad affermare che i genitori, i procreatori, i donatori sono sì titolari d'interessi etici e giuridici rilevanti, ma che la loro tutela debba rimanere subordinata rispetto alla realizzazione degli interessi del nato. La preminenza dell'interesse del minore è uno dei principi generali delle normative nazionali ed internazionali⁴⁰ nell'ambito della filiazione, clausola generale in forza della quale i diritti del minore devono esser posti in una posizione di preminenza rispetto agli interessi e diritti riconosciuti ai genitori. I riferimenti normativi e giurisprudenziali in materia indicano un complesso di garanzie inviolabili e non negoziabili del minore da ricollegare all'ambito dei diritti della personalità⁴¹.

Le valutazioni in termini di offensività vanno peraltro ulteriormente sviluppate e messe a confronto con la logica del dono nell'ambito della maternità surrogata; logica in virtù della quale occorrerebbe

vated levels of adjustment difficulties at age 7. The children who were aware of the circumstances of their birth were more vulnerable to the effects of maternal distress. The absence of a genetic connection to either the mother or the father is not associated with adjustment difficulties but the lack of a gestational connection may place children at increased psychological risk».

³⁷ S. GOLOMBOK, L. BLAKE, P. CASEY, G. ROMAN, V. JADVA, *op. cit.*

³⁸ Messaggio relativo all'iniziativa popolare, *op. cit.*, 267.

³⁹ Commissione Nazionale d'Etica per la Medicina (Svizzera, CNE), *op. cit.*, 43.

⁴⁰ Il concetto d'interesse superiore del minore trova un valido fondamento nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la quale ha basato molte delle sue ultime pronunce su questo concetto, enunciandone la portata e la necessità che esso venga attuato da parte delle legislazioni nazionali. Principio fondamentale, il preminente interesse del minore è concetto dinamico e di natura *self-executive* che necessita di essere valutato nel caso concreto, ciò anche in linea con la posizione assunta in merito dalla nostra Corte Costituzionale. Si v., in particolare, per la giurisprudenza della Corte EDU, le sentenze Corte Europea dei Diritti dell'Uomo 26 giugno 2014, *Mennesson e Labassee c. Francia*, ric. 65192/11 e 65941/11, e 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ric. 25358/12 (rinviato davanti alla Grande Camera), reperibili su <hudoc.echr.coe.int>.

⁴¹ Si v. a tal proposito il parere CNB *Considerazioni bioetiche sullo scambio involontario di embrioni*, 11 luglio 2014, già richiamato in nota 30.

ammettere il gesto di solidarietà di una donna che, al fine di aiutare altri soggetti nel raggiungimento di un desiderio procreativo, si presta a porre a disposizione il proprio utero, il tutto per generosità e senso d'altruismo. In questa teoria rientrerebbero anche le considerazioni relative alla cessione di reni, fegato e midollo per trapianti, a partire dalle quali ci si può interrogare sulla compatibilità tra queste e la pratica della maternità per sostituzione, con la consapevolezza che è la stessa Corte Costituzionale⁴² a far rientrare il concetto di genitorialità in quello più ampio di salute. Quest'ultimo, previsto all'art. 32 Cost. quale diritto fondamentale dell'individuo, è caratterizzato da un'accezione ampia tale da intenderlo quale «stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non consistente solo in un'assenza di malattia o d'infermità»⁴³, in conformità a quanto espresso, già nel 1948, dall'Organizzazione Mondiale della Sanità⁴⁴. Se assumiamo per valida tale definizione, fatta propria anche da parte della giurisprudenza di merito e costituzionale, ci è possibile far rientrare nel concetto di salute, oltre all'integrità fisica intesa come assenza di menomazioni, anche l'aspetto psicologico e sociale del soggetto. Dunque, in questa visione "allargata", si può ricomprendere anche la perdita della capacità procreativa, quale alterazione funzionale con possibili risvolti psichici importanti sui soggetti colpiti dall'impossibilità di riprodursi in via naturale.

Tuttavia, anche tale valutazione comparatistica con la donazione di organi ed il conseguente riferimento alla tutela del diritto alla salute del o dei genitori, non è – ad avviso di chi scrive – dirimente per affermare la liceità di tale pratica. Emerge, infatti, l'innegabile differenza tra cessione ed utilizzo. Sarebbe dunque l'utilizzo dell'utero di un'altra donna a far travalicare quel limite che invece giustifica le altre ipotesi di donazione di organi, coinvolgendo la maternità surrogata un soggetto terzo ed esterno al rapporto esperienziale, il nascituro, che verrebbe strumentalizzato per soddisfare il desiderio di genitorialità del genitore committente.

La tutela dei diritti del nascituro porta dunque ad una conclusione che si pone in opposizione alla logica del dono, alla possibilità di ammettere una generosità tale nell'essere umano da offrirsi quale culla per portare alla nascita un bambino non per sé, bensì per un'altra persona e/o coppia. Se, infatti, è indiscusso che in tali ipotesi vengono meno la commercializzazione e lo sfruttamento della madre surrogata, rimane tuttavia il fatto che la pratica in oggetto reca in sé rischi apprezzabili di conseguenze negative e non auspicabili nei confronti del nascituro, ragione per cui si argomenta, in questa sede, in favore di una contrarietà alla pratica di maternità surrogata, qualsiasi ne sia la forma in cui essa venga portata a compimento.

⁴² C. Cost. 10 giugno 2014, n. 162, in *Guida al Diritto*, 27/2014, p. 16, pronunciata nei giudizi di legittimità costituzionale degli articoli 4, comma 3, 9, commi 1 e 3, e 12, comma 1, della legge 19 febbraio 2004, n. 40, promossi dal Tribunale ordinario di Milano con ordinanza dell'8 aprile 2013, dal Tribunale ordinario di Firenze con ordinanza del 29 marzo 2013 e dal Tribunale ordinario di Catania con ordinanza del 13 aprile 2013.

⁴³ Definizione di Salute, art. 2, lettera o), d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 (*Attuazione dell'articolo 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*), in suppl. ordinario alla G.U., 30 aprile 2008, n. 108.

⁴⁴ Già nel 1948 l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) definiva la salute come uno «stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non solamente l'assenza di malattia o d'infermità».

6. Conclusione

Le valutazioni ed i ragionamenti fin qui svolti portano a condividere un atteggiamento precauzionale in riferimento alle pratiche di maternità surrogata, quand'anche sorrette dalla logica del dono, ragione per cui si ritiene condivisibile il divieto assoluto sancito dalla legge italiana n. 40 del 2004, che vieta ogni forma di maternità surrogata e non soltanto quella di tipo commerciale, nella prospettiva del preminente interesse del minore e della tutela dei diritti di questo, nonché nel pieno rispetto del principio di offensività.

Dal necessario bilanciamento tra beni giuridici coinvolti nella pratica e meritevoli di tutela è emersa, infatti, nel corso della trattazione, una possibile confutazione della logica del dono: se, da una parte, sosteniamo che una tale logica possa ammettere la maternità surrogata cosiddetta altruistica, giacché essendo basata sullo spirito di solidarietà della madre portante nei confronti dei committenti non violerebbe il divieto di sfruttamento del corpo umano, dall'altra parte, nondimeno, siamo costretti a rivalutare un tale ragionamento alla luce del supremo interesse del minore. Il nascituro, così come la madre surrogata, è certamente il soggetto più vulnerabile in un tale contesto, e si è visto come esso sia oggetto di rilevanti ripercussioni, sia dal punto di vista socio-giuridico, sia da quello medico e psicologico⁴⁵, fattori che debbono essere presi in considerazione, in quanto delineano potenziali possibilità di una sua mercificazione e di violazione della sua dignità.

Si sottolinea, tuttavia, l'importanza e l'improcrastinabile necessità di elaborare una regolamentazione nel campo della pratica della maternità surrogata a livello internazionale, allo scopo di porre fine a questioni problematiche a lungo dibattute e, soprattutto, frutto di continue ed innegabili violazioni dei diritti umani. Questa necessità affiora da un inevitabile confronto con la realtà esperienziale ove, nonostante la presa di posizione del legislatore italiano, occorre ammettere la notevole diffusione della condotta in esame, anche da parte di cittadini italiani. Emergono, infatti, le difficoltà legate alla mancanza di una tale regolamentazione che dovrebbe porsi, tra gli obiettivi, quello di stabilire e far rispettare le norme internazionali sul consenso libero e informato, di precisare le condizioni di validità giuridica del contratto, di vegliare a una non-commercializzazione della maternità sostitutiva, oltre che quello di garantire la difesa dei diritti e degli interessi della madre portante tramite un organismo (*medical advocacy*) indipendente dalla clinica nella quale ha luogo la fecondazione *in vitro* o il parto⁴⁶. Concludendo, si può ribadire l'opportunità di adottare una disciplina atta a regolare lo *status* del nascituro e del suo riconoscimento nei Paesi di origine dei genitori committenti, provenienti di regola da luoghi ove la stessa pratica della maternità surrogata è vietata. Infatti, il divieto assoluto statuito in Italia, in linea con altri Paesi europei, non fa certo venir meno la necessità di una disciplina che, a livello europeo ed internazionale, regoli le fattispecie risultanti dalla condotta della maternità

⁴⁵ Si vedano a tal proposito le riflessioni elaborate in M. DARNOVSKY, D. BESSON, *op. cit.*, 20-24. Interessante è quanto riportato da N. CAHN, E. B. DONALDSON, *Old Lessons for a New World: Applying Adoption Research and Experience to ATR*, in *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, 24, 2011, 3, secondo cui, mentre il preminente interesse del minore è un principio legale e pratico portante nella disciplina dell'adozione, il settore della fecondazione assistita sarebbe invece focalizzato sull'ottenimento "del possibile" a livello medico a dispetto dei bisogni medici, psicologici e sociali dei soggetti coinvolti nelle differenti pratiche.

⁴⁶ Commissione Nazionale d'Etica per la Medicina (Svizzera, CNE), *op. cit.*, 44-45.

per sostituzione. Ciò che più si auspica in questa sede è che, anche questo, avvenga nel preminente interesse del minore, ancora una volta in linea con la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo⁴⁷.

La finalità ultima del "legislatore internazionale", si rimarca, dovrebbe essere quella di supplire alle conseguenze inevitabili del contesto normativo così vario e differenziato, nel quale incalza sempre più l'incertezza normativa, soprattutto per quanto attiene alla difficoltà di regolamentare, nei singoli Paesi, attività diversamente consentite dalle legislazioni straniere e, soprattutto, ad avviso di chi scrive, quella di ridurre le potenziali offese ai diritti del nascituro, soggetto terzo rispetto all'abusato concetto di "procreazione". Si crede, infatti, siano proprio gli interessi ed il benessere di questo a dover prevalere, anche nel contesto comunitario ed internazionale, quando ci si accinge a discutere di tematiche in ambito procreativo, attraverso un'attenta analisi delle conseguenze psicologiche e sociali delle tecniche di fecondazione assistita sul nascituro, così che il baricentro di tutela giuridica si possa sbilanciare sul versante di chi, in maggior misura, risente delle scelte attuate "in sua assenza".

È dunque necessario orientare la discussione generale sulle tecniche di procreazione medicalmente assistita maggiormente verso l'angolo prospettico dei diritti dei nascituri, in quanto si rileva costantemente la mancanza di un approccio incentrato sugli interessi dei figli nati da tali tecniche, essendo il baricentro piuttosto sbilanciato sul versante dei diritti dei genitori. Ciò che più si auspica è un'attenta analisi delle conseguenze psicologiche della maternità surrogata sul nascituro, così come si è già provato ad analizzare in questa trattazione, con riferimento alle esperienze relazionali psicofisiche che s'instaurano tra i soggetti coinvolti e, ancora, per ciò che attiene alla sua accettazione, tenuto conto anche delle possibili divergenze culturali e sociali. Con ciò non si vuole sostenere la tesi per cui la genitorialità socio-affettiva abbia un minor valore rispetto a quella genetica, anzi, tutt'altro, si ritiene che siano proprio i legami affettivi a garantire il benessere del figlio. Tuttavia, si auspica una maggiore enfaticizzazione del concetto di "filiazione" rispetto a quello maggiormente utilizzato di "procreazione": infatti, soltanto il primo prende in considerazione sia i soggetti attivi sia quelli passivi, sia genitori sia nascituro, ponendo al centro del rapporto il preminente interesse del figlio, mentre con la seconda nozione ci si riferisce ad un mero atto unilaterale che coinvolge solamente gli adulti, aspiranti genitori, cui segue un'automatica prevalenza del diritto e desiderio di procreare rispetto ai diritti ed il benessere del nascituro.

⁴⁷ Si vedano le considerazioni e la giurisprudenza riportate in nota 35.