

Aldo Rocco Vitale

## NOTAZIONI SUI PRINCIPALI PROFILI PROBLEMATICI DELLA MATERNITÀ SURROGATA\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La definizione della genitorialità e l'individuazione dello *status filiationis*. – 3. L'aborto contrattualizzato e l'*enforcement* contrattuale. – 4. Conclusioni.

### 1. *Introduzione*

«La civiltà tecnica non riesce a stabilizzare l'ambiente naturale, così come non riesce a stabilizzare l'ambiente sociale»<sup>1</sup>: così ha osservato Arnold Gehlen, pur dalla sua prospettiva sostanzialmente tecno-ottimistica, riconoscendo l'indelebile segno distintivo della tecnica, cioè la sua inevitabile capacità di indebolire le strutture dell'umano, sia nel senso naturale, sia nel senso socio-culturale.

Il mondo moderno, del resto, è specificamente dominato dalla tecnica; le nuove tecnologie dell'automazione robotica e dell'intelligenza artificiale non fanno che ampliare e rinsaldare il legame tra il mondo contemporaneo e la dimensione sempre più pervasiva della tecnica, la quale si insinua sempre più profondamente all'interno della vita umana fino a fondere e confondere la natura umana e la tecnologia, l'essere e la prassi, l'uomo e la macchina<sup>2</sup>.

La tecnica diventa assistente dell'umano per sollevarlo dalla fatica del lavoro, per velocizzare i processi decisionali o di calcolo, per esaudire tutti i desideri che l'uomo può immaginare, poiché la tecnica consente, in modo praticamente illimitato, di appagare le umane necessità.

---

\* Contributo sottoposto a valutazione.

<sup>1</sup> A. GEHLEN, *L'uomo nell'era della tecnica*, Roma, 2003, p. 78.

<sup>2</sup> M. O'CONNELL, *Essere una macchina*, Milano, 2021.

In questa direzione Emanuele Severino, non a caso, ha precisato come «la tecnica mira non a uno scopo specifico e escludente, bensì all'incremento indefinito della capacità di realizzare scopi, che è insieme incremento indefinito della capacità di soddisfare bisogni»<sup>3</sup>.

La tecnica, infatti, è caratterizzata da una intrinseca doppiezza: certamente, da un lato, consente all'uomo di fuoriuscire dallo stato di originario primitivismo, ma, dall'altro lato, tende a diventare totale e totalizzante fino ad impossessarsi dell'intera dimensione umana stravolgendo i tempi della vita, le strutture delle relazioni, la stessa natura umana, poiché come ha rilevato Nikolaj Berdjaev, «la macchina storpia l'uomo e vuole plasmarlo a sua immagine e somiglianza»<sup>4</sup>.

Martin Heidegger, infatti, ebbe a osservare che «l'essenza della tecnica è in alto grado ambigua»<sup>5</sup>, poiché l'uomo inizia a usare la tecnica allo scopo di plasmare a propria immagine e somiglianza il mondo circostante, ma finisce con l'essere plasmato dalla tecnica che si impossessa dell'intera sua esistenza.

La tecnica, peraltro, viene intesa, nell'ambito della odierna cultura occidentale, sempre più come svincolata da ogni limite: di ordine epistemologico, etico, giuridico.

La semplice onticità del ritrovato tecnico viene considerata sufficiente ai fini della legittimazione della sua applicazione, così che tutto ciò che diviene tecnicamente possibile è considerato aproblematicamente fattibile, senza doversi interrogare sulle conseguenze di ordine sociale, etico o giuridico che potrebbero derivarne.

Ci si ritrova così nella prospettiva dell'ideologia del 'possibilismo tecnicistico', o del 'tecnomorfismo', così giustamente criticato da Francesco D'Agostino per il quale, infatti, «diventa ingenuo evocare il detto comune secondo il quale non è lecito fare tutto ciò che è possibile fare, perché il fondamento del-

---

<sup>3</sup> E. SEVERINO, *Il destino della tecnica*, Milano, 2009, p. 35.

<sup>4</sup> N. BERDJAEV, *L'uomo e la tecnica*, Rapallo, 2005, p. 35.

<sup>5</sup> M. HEIDEGGER, *La questione della tecnica*, in Id., *Saggi e discorsi*, Milano, 1980, p. 25.

la liceità coincide col fondamento stesso della possibilità. Posso dunque devo»<sup>6</sup>.

In un tale contesto le energie della tecnica sono oramai sgusciate fuori dal perimetro del controllo umano, ed anzi esse stesse divengono strumento di controllo dell'umanità, di manipolazione della sua natura, di violazione della sua libertà, e, ultimativamente, spesso anche di lesione della sua dignità.

Soltanto all'interno di questa cornice si possono valutare criticamente le tecniche di procreazione artificiale e le problematiche biogiuridiche correlate come la maternità surrogata.

## *2. La definizione della genitorialità e l'individuazione dello status filiationis*

«Mater semper certa est»<sup>7</sup> recitava l'antico brocardo latino espressione della sapienza giuridica classica che per secoli ha fondato la scienza giuridica occidentale cristallizzando la certezza della maternità secondo la legge di natura la cui coerenza si rifletteva necessariamente nell'ordinamento dello Stato al quale era demandato soltanto il compito di regolare lo *status* paterno.

Da quando, invece, le tecniche di procreazione medicalmente assistita (da ora PMA), incrociate con la pratica lucrativa della maternità surrogata (da ora MS)<sup>8</sup>, hanno aperto la via del controllo umano della generazione e della riproduzione mediante il potenziamento degli strumenti artificiali all'uopo predisposti prescindendo dalle afferenti questioni di giustizia che li coinvolgono<sup>9</sup>, la genitorialità in genere, e la maternità in

---

<sup>6</sup> F. D'AGOSTINO, *Bioetica e biopolitica. Ventuno voci fondamentali*, Torino, 2011, p. 197.

<sup>7</sup> Digesto 2,4,5.

<sup>8</sup> «L'uso sempre maggiore delle tecniche di fecondazione in vitro ha fatto crescere in molti Paesi una fiorente attività commerciale attorno alle maternità surrogate»: J. RIFKIN, *Il secolo biotech. Il commercio genetico e l'inizio di una nuova era*, Milano, 1998, p. 63.

<sup>9</sup> M. RHONHEIMER, *Etica della procreazione*, Roma, 2000.

particolare, scissa tra maternità sociale, biologica e genetica<sup>10</sup>, *non est semper certa, sed sicut Gallia caesariana est omnis divisa in partes tres*<sup>11</sup>, se non in più parti considerando lo sviluppo del trasferimento citoplasmatico<sup>12</sup>, cioè il procedimento grazie al quale si può estrarre il nucleo da un ovocita ‘difettoso’ per impiantarli nel citoplasma di un altro ovocita sano de-nucleizzato facendo sì che ben due donne possano concorrere al titolo di madre genetica<sup>13</sup>, una tramite il nucleo ed una tramite il citoplasma messi a disposizione, dovendosi così ulteriormente distinguere, all’interno della maternità genetica, quella nucleica, e quella citoplasmatica<sup>14</sup>.

In un tale scenario, non si possono non notare tutte le difficoltà relative allo scorporo e alla diffusione del concetto di maternità come autorevolmente è stato osservato: «Ovviamente la questione “chi è la madre” non può trovare risposta da un

---

<sup>10</sup> «Se da un canto le tecniche di fecondazione artificiale omologa determinano una prima cesura tra sessualità e procreazione, dall’altro quelle di PMA eterologa introducono una prima scissione tra le figure parentali, determinando una dissociazione tra la genitura “genetica” e quella “sociale”. La maternità surrogata, a sua volta, rende possibile un’ulteriore scissione fra procreazione, gravidanza e parto, così producendo, all’interno della stessa maternità intesa in senso naturalistico, un’inedita separazione tra le figure della madre genetica (colei che mette a disposizione gli ovociti) e della madre uterina o biologica (colei che porta avanti la gestazione e partorisce il figlio): figure, quelle anzidette, che si affiancano a quella della madre “committente” o sociale»: B. SALONE, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, in *Rivista di biodiritto*, 2014, 2, p. 159.

<sup>11</sup> «Gallia est omnis divisa in partes tres»: G. CESARE, *Le guerre in Gallia*, I, 1, Milano, 1991, p. 41.

<sup>12</sup> Cfr. a titolo informativo: [www.corriere.it/salute/08\\_febbraio\\_05/emrbrione\\_tre\\_genitori\\_1471836c-d3f1-11dc-b97b-0003ba99c667.shtml](http://www.corriere.it/salute/08_febbraio_05/emrbrione_tre_genitori_1471836c-d3f1-11dc-b97b-0003ba99c667.shtml); e anche [www.independent.co.uk/news/science/medical-dilemma-of-three-parent-babies-fertility-clinic-investigates-health-of-teenagers-it-helped-9690058.html](http://www.independent.co.uk/news/science/medical-dilemma-of-three-parent-babies-fertility-clinic-investigates-health-of-teenagers-it-helped-9690058.html).

<sup>13</sup> Cfr. R. LEVY, *Cytoplasmic transfer in oocytes: biochemical aspects*, in *Human Reproduction*, 2004, 3, pp. 241-250; T. RULLI, *What is the value of three-parent IVF?*, in *The Hastings center report*, 2016, 4.

<sup>14</sup> Pratica recentemente autorizzata dal Ministero della Salute britannico: [www.parliament.uk/documents/commons-vote-office/July-2014/22%20July%202014/21.HEALTH-Gov-REsp-Mitochondrial-donation.pdf](http://www.parliament.uk/documents/commons-vote-office/July-2014/22%20July%202014/21.HEALTH-Gov-REsp-Mitochondrial-donation.pdf).

punto di vista scientifico, poiché entrambi i soggetti appaiono casualmente necessari al processo che conduce al parto»<sup>15</sup>.

Sul punto occorre precisare che se in Italia l'abilità dell'interpretazione e dell'applicazione sistematica delle norme codicistiche sembra offrire una possibile, sebbene tortuosa, soluzione al problema della definizione dello *status* paterno e materno<sup>16</sup>, anche nella prospettiva del *best interest* del minore coinvolto<sup>17</sup>, non così accade all'estero, per esempio negli Stati Uniti<sup>18</sup>, in cui la MS ha creato non poche alterne e contraddittorie vicende giudiziarie sul punto, dimostrando l'incertez-

---

<sup>15</sup> C. SHALEV, *Nascere per contratto*, Milano, 1992, p. 119. Cfr. anche: A. OHS, *The power of pregnancy: examining constitutional rights in a gestational surrogacy contract*, in *Hastings constitutional law quarterly*, 2002, 2, pp. 339-372.

<sup>16</sup> «In conclusione, va detto che il limite dell'ordine pubblico, che pure impedisce di dare ingresso nel nostro ordinamento al rapporto di filiazione con la madre committente in caso di surrogazione di maternità realizzata al di fuori del territorio nazionale, non impedisce invece il riconoscimento del rapporto di filiazione instauratosi all'estero con il padre committente, sia egli o meno genitore biologico del nato. Una volta riconosciuto il rapporto di filiazione dal lato paterno, sarà poi possibile anche un "recupero" del rapporto di filiazione con la donna committente in virtù dell'art. 44, comma 1, lett. b) della l. 184/1983, allorché la donna, unita da vincolo di coniugio con il padre legale del bambino, chieda di adottare il figlio del coniuge, oppure in virtù dell'art. 44, comma 1, lett. a) allorché, rimasto il minore orfano di padre, la madre "sociale" faccia valere il "preesistente rapporto stabile e duraturo" instaurato (di diritto nell'ordinamento straniero, ma solo di fatto nell'ordinamento italiano) con il primo al fine di ottenerne l'adozione»: B. SALONE, *La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici*, in *Rivista di biodiritto*, 2016, 2, pp. 62-63.

<sup>17</sup> «In siffatte circostanze, il *best interest* del minore a conservare, assieme allo *status* acquisito all'estero, l'affettività nei confronti dei genitori sociali, che lo Stato ha l'obbligo di garantire quale espressione della sua vita familiare ai sensi dell'art. 8 della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo, si colora di un aspetto ulteriore – anch'esso evidenziato dalla Corte di Strasburgo, seppur con riguardo al padre – che attiene più specificamente alla protezione della vita privata: quello alla conoscenza delle proprie origini genetiche, che realizza l'identità personale»: S. STEFANELLI, *Accertamento della maternità nella gestazione per altri*, in *Rivista di biodiritto*, 2016, 2, p. 23.

<sup>18</sup> C. SPIVACK, *The law of surrogate motherhood in the United States*, in *The American journal of comparative law*, 2010, pp. 97-114.

za che ovunque regna nell'ambito della definizione dei rapporti giuridici<sup>19</sup>.

La Corte Suprema del New Jersey, infatti, ha sancito la maternità della donna surrogante ancorando la genitorialità al criterio biologico (nel caso *Baby M*)<sup>20</sup>, la Corte d'Appello dell'Ohio, invece, ha statuito la genitorialità della coppia committente che ha fornito i gameti fondando così la genitorialità sul criterio genetico (nel caso *Clark v. Belsito*)<sup>21</sup>; la Corte Suprema della California, infine, ha ritenuto riconoscibili come madri entrambe le donne coinvolte<sup>22</sup>, cioè sia la donna surrogante che la donna surrogata-committente (nel caso *Johnson v. Calvert*)<sup>23</sup>.

Appare arbitrario, dunque, ritenere fondata, come certa dottrina reputa, «l'idea di escludere che la gestante per altri concorra alla formazione del patrimonio genetico del nascituro»<sup>24</sup>, soprattutto alla luce dei molteplici studi che non solo dimostrano il legame bio-psichico tra la gestante e il feto<sup>25</sup>, ma che han-

---

<sup>19</sup> Cfr. l'ampia casistica commentata in S. JASANOFF, *La scienza davanti ai giudici*, Milano, 2001, pp. 279-317.

<sup>20</sup> Cfr. [www.nytimes.com/1988/02/04/opinion/justice-for-all-in-the-baby-m-case.html](http://www.nytimes.com/1988/02/04/opinion/justice-for-all-in-the-baby-m-case.html).

<sup>21</sup> Cfr. [www.biojuris.com/natural/4-1-2.html](http://www.biojuris.com/natural/4-1-2.html).

<sup>22</sup> «In base alla legge, potevano essere considerate madri sia la donna che aveva determinato la nascita di un bambino con l'intenzione di crescerlo, sia la donna che lo aveva portato in grembo e partorito»: M. FAGGIONI, *Maternità surrogata*, in *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, VIII, Napoli, 2015, p. 265.

<sup>23</sup> Cfr. <http://faculty.law.miami.edu/zfenton/documents/Johnsonv.Calvert.pdf>.

<sup>24</sup> A. VALONGO, *La gestazione per altri: prospettive di diritto interno*, in *Rivista di biodiritto*, 2016, 2, p. 149.

<sup>25</sup> Cfr. E.Z. ZIMMER, W.P. FIFER, Y.I. KIM, H.R. REY, C.R. CHAO, M.M. MYERS, *Response of the premature fetus to stimulation by speech sounds*, in *Early human development*, 1993, pp. 207-215; B.S. KISILEVSKY, S.M.J. HAINS, K. LEE, X. XIE, H. HUANG, H. HUI YE, K. ZHANG, Z. WANG, *Effects of experience on fetal voice recognition*, in *Psychological science*, 2003, 3, pp. 220-224; J.A. DiPIETRO, K.A. COSTIGAN, E.D. GUREWITSCH, *Fetal response to induced maternal stress*, in *Early human development*, 2003, 2, pp. 125-138; J.C. CICCARELLI, L.J. BECKMAN, *Navigating rough waters: an overview of psychological aspects of surrogacy*, in *Journal of Social Issues*, 2005, 3, pp. 21-24; H. AHMARI TEHRAN, S. TASHI, N. MEHRAN, N. ESKANDARI, T. DADKHAH TEHRANI, *Emotional experiences in surrogate mothers: a qualitative study*, in *Iran Journal of reproductive medicine*,

no addirittura comprovato, più di recente<sup>26</sup>, il *linking* genetico al livello di mRNA tra il nascituro e la gestante lasciando intendere che quest'ultima sia ben altro che una semplice 'portatrice', ben più di una 'mera' madre biologica, concorrendo al livello genetico, percentualmente minimo, sebbene pur sempre presente, parimenti alla donna (il più delle volte la committente) che fornisce l'ovocita.

La differenza tra maternità biologica e genetica insomma non è poi così netta, e la definizione di un tale confine si complica, come già visto, se alla formazione dell'ovocita concorrono due donne distinte.

Qualunque sia la soluzione del problema, seguendo la strada del *favor legis*, cioè rimettendo all'ordinamento (tanto *ope legis* quanto *ope iudicis*)<sup>27</sup> la decisione di chi debba essere considerato genitore indipendentemente da eventuali legami affettivi, biologici, genetici con il figlio, oppure seguendo la strada del *favor veritatis*, cioè riferendosi ai criteri biologici e/o genetici per la determinazione dei rapporti giuridici tra il generato e i genitori, sembra che la diffusione del ruolo genitoriale derivata dalla MS, attraverso la moltiplicazione delle figure chiamate a condividere un tale *status*<sup>28</sup>, ne diffonda e ne disperda il senso esistenziale, la verità antropologica, la rile-

---

2014, 7, pp. 471-480; K. WERMKE, Y. RUAN, Y. FENG, D. DOBNIG, S. STEPHAN, P. WERMKE, L. MA, H. CHANG, Y. LIU, V. HESSE, H. SHU, *Fundamental frequency variation in crying of mandarin and german neonates*, in *Journal of voice*, 7 luglio 2016.

<sup>26</sup> F. VILELLA, J.M. MORENO-MOYA, N. BALAGUER, A. GRASSO, M. HERRERO, S. MARTÍNEZ, A. MARCILLA, C. SIMÓN, *Hsa-miR-30d, secreted by the human endometrium, is taken up by the pre-implantation embryo and might modify its transcriptome*, in *The Company of biologist*, 2015, 10, pp. 3210-3221.

<sup>27</sup> Per quanto riguarda la giurisprudenza italiana cfr. Tribunale di Monza, 1989; Tribunale di Roma, 2000; Corte di Appello di Bari, 13 febbraio 2009.

<sup>28</sup> La sola incertezza circa l'incardinazione dello *status* personale e l'impossibilità razionale di venirne a capo evitando abusi e arbitri dovrebbe lasciare intendere al prudente giurista i dubbi circa la giuridicità, o meglio l'antigiuridicità, della pratica di MS. Del resto, le nuove tendenze e gli sviluppi recenti delle dinamiche sociali sembrano dirigersi verso il superamento dello stesso concetto di genitorialità per l'utilizzo del concetto ben più ampio di co-genitorialità, riflesso diretto ed estensione inevitabile della cosiddetta genitorialità sociale, come dimostra la prassi delle coppie che vogliono allevare un figlio in un regime di 'multiproprietà', cioè secondo un vero e proprio sche-

vanza giuridica in una adespotizzante moltiplicazione dei soggetti titolati ad esercitare la responsabilità genitoriale con il paradosso di poter giungere a non considerare nessuno di essi come genitore proprio in quanto tutti potenzialmente tali<sup>29</sup>.

Lo scenario, già di per sé articolato e complesso, tuttavia, si complica ulteriormente in una duplice direzione: per un verso a causa dei reiterati tentativi, nel corso del tempo, volti a far riconoscere per via giurisprudenziale lo *status* genitoriale del *partner* del genitore biologico del nato; per altro verso, provando a far recepire direttamente nell'ordinamento italiano l'atto di nascita confezionato all'estero del minore nato attraverso le procedure di MS.

Su entrambi i profili non sono mancate le pronunce, anche di segno opposto.

Così, mentre le Corti di merito hanno generalmente riconosciuto sia la possibilità di attribuire la genitorialità anche al *partner*, perfino del medesimo sesso, del genitore biologico<sup>30</sup>, e la trascrivibilità dell'atto di nascita straniero<sup>31</sup>, la Corte di Cassazione, invece, ha prevalentemente escluso la legittimità sia della prima pratica, cioè il riconoscimento della genitorialità del cosiddetto 'genitore d'intenzione'<sup>32</sup>, sia la seconda, cioè la trascrizione dell'atto di nascita straniero proprio in virtù del divieto di maternità surrogata vigente nell'ordinamento italiano ai sensi e per gli effetti dell'articolo 12 della legge 40/2004<sup>33</sup>.

---

ma turnario (<http://nypost.com/2015/08/30/inside-new-yorks-complicated-new-world-of-custody-cases/>).

<sup>29</sup> S. JASANOFF, *Fabbriche della natura. Biotecnologie e democrazia*, Milano, 2008, p. 201.

<sup>30</sup> *Ex plurimis* cfr.: Tribunale di Bologna, 6 luglio 2018; Corte d'Appello Perugia, 22 agosto 2018; Tribunale di Milano, 25 ottobre 2018; Tribunale di Genova, 13 giugno 2019; Tribunale di Milano, 23 settembre 2021; Tribunale di Roma, 9 settembre 2022; Tribunale di Brescia, 16 febbraio 2023.

<sup>31</sup> *Ex plurimis* cfr.: Tribunale di Pisa, 15 marzo 2018; Corte d'Appello di Perugia, 18 novembre 2019; Tribunale di Cagliari, 28 aprile 2020; Tribunale di Brescia, 16 febbraio 2023; *contra*: Tribunale di Arezzo, 10 novembre 2022.

<sup>32</sup> *Ex plurimis* cfr.: Cassazione civile, 21 settembre 2023, n. 26967; Cassazione civile, 3 gennaio 2024, n. 85.

<sup>33</sup> *Ex plurimis* cfr.: Cassazione civile, 23 agosto 2021, n. 23320; SS.UU. Cassazione civile, 30 dicembre 2022, n. 38162.

Già nel 2019, del resto, le Sezioni Unite, con la sentenza n. 12193, avevano ribadito che nell'ordinamento italiano non si sarebbe potuto recepire l'atto di nascita estero di nato tramite maternità surrogata proprio perché il divieto sancito dalla suddetta normativa costituisce un inderogabile e centrale principio di ordine pubblico che non può essere aggirato consentendo la registrazione anagrafica dell'atto di nascita straniero.

L'unico rimedio, dunque, è rappresentato dal ricorso alla disciplina dell'articolo 44 della legge 184/1983 disciplinante l'adozione in casi particolari che è stato vagliato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 33/2021 tramite la quale la Consulta ha ritenuto che il legislatore avrebbe dovuto esplicitamente disciplinare la *vacatio legis* relativa al rapporto tra il genitore non biologico dell'unione civile e il nato da maternità surrogata al fine di tutelare il *best interest* del minore.

Proprio la Corte Costituzionale, non a caso, con la sentenza n. 79/2022 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 55 della predetta legge 184/1983 (*Diritto del minore ad una famiglia*) nella parte in cui stabilisce che l'adozione in casi particolari non fa sorgere alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante, per violazione degli articoli 3, 31 e 117, comma 1 della Costituzione soprattutto alla luce dell'articolo 8 della CEDU che tutela il diritto alla vita privata e familiare estendendo il limite dei vincoli famigliari.

La stessa Corte Costituzionale, tuttavia, già da tempo ha evidenziato, con la sentenza n. 272/2017, l'infondatezza della doglianza di illegittimità costituzionale dell'articolo 263 del Codice Civile, sollevata dalla Corte d'Appello di Milano, nella parte in cui non consente di valutare il concreto interesse del minore a mantenere l'identità relazionale e lo *status* di una riconosciuta filiazione materna impedendo che tale interesse possa essere realizzato con l'ampiezza di tutele riconosciute da plurimi principi costituzionali (articoli 2, 3, 30, 31 Cost.).

La Consulta, in quest'ultima pronuncia, pur facendo salvo e ribadendo il *favor* dell'ordinamento per il superiore interesse del minore, ha specificato che per quanto oramai non vi sia un necessario *favor* dello *status filiationis* sulla base del crite-

rio biologico (come dimostrano l'evoluzione del concetto di relazione familiare e lo stesso istituto della adozione e della fecondazione eterologa), tuttavia, specifica e chiarisce come nel caso dello *status filiations* in seguito a maternità surrogata effettuata all'estero e vietata da norma penale di rilevanza pubblica in Italia (maternità surrogata che la Corte esplicitamente precisa essere una pratica che «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»), il bilanciamento tra l'interesse del minore e l'interesse alla verità deve e può essere effettuato dal giudice senza risolvere il caso con l'automatica prevalenza dell'interesse del minore sull'interesse alla tutela della verità poiché, scrivono i giudici costituzionali, «se dunque non è costituzionalmente ammissibile che l'esigenza di verità della filiazione si imponga in modo automatico sull'interesse del minore, va parimenti escluso che bilanciare quell'esigenza con tale interesse comporti l'automatica cancellazione dell'una in nome dell'altro».

Incidentalmente, occorre riconoscere, peraltro, come un problema non secondario si presenterebbe nel caso in cui si fosse riconosciuto l'atto di nascita straniero, come auspica da alcuni arresti giurisprudenziali, poiché si rischierebbe di arrecare un *vulnus* di non poca incidenza alla sistematicità dell'ordinamento che da un lato prevederebbe una sanzione penale per un comportamento, cioè la pratica di maternità surrogata, ma, dall'altro lato, consentirebbe allo stesso tempo l'efficacia 'sanante' dei suoi effetti civili con una evidente e grottesca antinomia.

In questo senso, non a caso, già la Grande Chambre della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, del 24 gennaio 2017, aveva avuto modo di osservare che «se la Convenzione non sancisce alcun diritto di diventare genitore, la Corte non può comunque ignorare il dolore morale che sentono coloro il cui desiderio di genitorialità non è stato o non può essere soddisfatto. Tuttavia, l'interesse generale in gioco ha un grande peso sul piatto della bilancia mentre, in confronto, si deve accordare una importanza minore all'interesse dei ricorrenti ad assicurare il proprio sviluppo personale proseguendo la loro relazione con il minore. Accet-

tare di lasciare il minore con i ricorrenti, forse nella prospettiva che questi diventassero i suoi genitori adottivi, sarebbe equivalso a legalizzare la situazione da essi creata in violazione di norme importanti del diritto italiano».

In buona sostanza, non si potrebbe aggirare civilisticamente il divieto penale, almeno senza rischiare di sconvolgere l'intera razionalità dell'ordinamento giuridico italiano, creando peraltro un significativo precedente che potrebbe essere invocato – come metodologia ermeneutica – per ‘sanare’ gli eventuali effetti civili di altri reati che, a questo punto, non si vede perché dovrebbero essere esclusi da una simile creativa *ars interpretandi*.

Da quanto fino ad ora considerato, sia alla luce della ragione giuridica, che dei principi generali dell'ordinamento, che della giurisprudenza, emerge un evidente paradosso: le tecniche di PMA e MS utilizzate per esercitare il diritto alla genitorialità, che secondo alcuni è espressione del diritto al figlio<sup>34</sup>, diritto che secondo altri non è giustamente configurabile<sup>35</sup>, si risolvono nella determinazione opposta integrando la negazione più radicale e totale della genitorialità medesima,

---

<sup>34</sup> «Avere diritto a qualcosa può anzitutto significare che lo Stato non può impedirmi di perseguire ciò che desidero. Così con “diritto di avere figli” si potrebbe intendere come prima cosa che lo Stato non può impedire la realizzazione del mio desiderio di figli con divieti di matrimonio, leggi razziali o interventi chirurgici. Rispetto ad una tale accezione come mero diritto “di non interferenza”, avere un diritto può però, in secondo luogo, anche significare che lo Stato ha il dovere di prendere determinate misure positive che vengano incontro al desiderio di figli. Riferito al “diritto di avere figli” ciò significherebbe, ad esempio, che lo Stato deve mettere a disposizione un'infrastruttura di medicina riproduttiva o assumersi i costi di misure medico-riproduttive»: K. SEELMANN, *Dalla bioetica al biodiritto*, Napoli, 2007, p. 63.

<sup>35</sup> «Ad una più attenta analisi, peraltro, sembra di poter dire che la surrogazione di maternità (così come, in certa misura, la fecondazione eterologa, e ogni combinazione delle due pratiche di PMA) trovi le sue radici in una mentalità ben diversa da quella che fonda l'idea stessa dell'adozione: mentre infatti l'adozione è un rimedio volto a dare una famiglia ad un minore che ne è privo, le procedure di PMA sono volte a dare un figlio a dei genitori che lo desiderano, nell'ottica di quel “diritto alla procreazione” che (avvallato dalla Corte Costituzionale nella nota sentenza che ha eliminato il divieto di fecondazione eterologa) rischia di trasformarsi in un “diritto al figlio” ad ogni costo, con il grave pericolo di trasformare il (futuro) figlio da soggetto di diritti a oggetto

in quanto, come ha sottolineato Francesco D'Agostino, «non può apparire etico che il desiderio di genitorialità di una coppia venga a trovare soddisfazione attraverso una pratica che obiettivamente indebolisce l'identità personale del figlio destinato a nascere, creandogli – almeno potenzialmente – una molteplicità di referenti esistenziali diversi, se non conflittuali tra loro»<sup>36</sup>.

Ne consegue la necessità di riconoscere in capo alla prole non soltanto il diritto alla bigenitorialità – diritto non configurabile data la difficoltà della definizione del ruolo materno collettivizzato in favore di più soggetti<sup>37</sup> –, ma anche e soprattutto quello alla conoscenza delle proprie origini biologiche.

Su quest'ultimo profilo, però, è necessario un ulteriore passo nella riflessione, dovendosi distinguere la segretezza dall'anonimato.

La segretezza, infatti, riguarda il celare le tecniche utilizzate per essere concepiti, mentre l'anonimato riguarda il celare l'identità di coloro che hanno preso parte alle tecniche sud-

---

di un diritto di altri»: B. SGORBATI, *Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore*, in *Rivista di biodiritto*, 2016, 2, p. 124.

<sup>36</sup> F. D'AGOSTINO, *Bioetica*, Torino, 1996, p. 140.

<sup>37</sup> Di seguito alcuni dei principali riferimenti bibliografici consultati a fini delle presenti riflessioni: F. BUSNELLI, *Verso una madre intercambiabile? Riflessioni in margine alla sentenza del Tribunale di Roma del 14 febbraio 2000*, in *Bioetica*, 2000, 4, pp. 674-680; L. D'AVACK, *Nascere per contratto: un'ordinanza del Tribunale civile di Roma da ignorare*, in *Diritto di Famiglia*, 2000, 2, pp. 706-722; V. FINESCHI, P. FRATI, E. TURILLAZZI, *L'ordinanza capitolina sul contratto di maternità surrogata: problematiche etico-deontologiche*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2000, 2, pp. 603-609; L. CARLEO, *Maternità surrogata e status del nato*, in *Famiglia*, 2002, 1, pp. 377-404; R. TORINO, *Legittimità e tutela giuridica degli accordi di maternità surrogata nelle principali esperienze straniere e in Italia*, *ivi*, pp. 179-202; C. DE TOMMASI, *Riconoscibilità dei c.d. "Parental order" relativi ad un contratto di maternità surrogata concluso all'estero prima dell'entrata in vigore della legge n. 40/2004*, in *Famiglia e diritto*, 2010, 3, pp. 251-279; M. DELL'UTRI, *La maternità surrogata nella pronuncia della Corte d'Appello di Bari: la nozione dell'ordine pubblico internazionale e il criterio dell'interesse del minore*, in *Giurisprudenza di merito*, 2010, 2, pp. 349-385; V. CARBONE, *Corte EDU: conflitto tra il diritto della madre all'anonimato e il diritto del figlio a conoscere le proprie origini*, in *Il Corriere giuridico*, 2013, 7, pp. 940-946.

dette per essere concepiti (per esempio i donatori/venditori di gameti, la madre surrogante, ecc).

Posta una tale differenza, il diritto alla conoscenza delle proprie origini biologiche è sicuramente esperibile per superare l'anonimato, ma più problematico in riferimento alla dimensione della segretezza, date le ripercussioni che si possono registrare nell'ambito delle relazioni familiari; è tuttavia necessario ammettere che da un punto di vista logico scavalcare l'anonimato presuppone necessariamente abbattere anche il muro della segretezza.

Su questo delicato problema afferente alla PMA ed alla MS ha avuto modo di esprimersi il Comitato Nazionale per la Bioetica (da ora CNB) con un parere del 25 novembre 2011.

In questa sede il CNB ha evidenziato che «occorre notare che eludere la richiesta di conoscere la verità implica una specifica forma di violenza: la violenza di chi, conoscendo la verità che concerne un'altra persona e potendo comunicargliela, si rifiuta di farlo, mantenendo nei suoi confronti un'indebita posizione di potere. Ulteriore rilievo ha questa argomentazione quando questo soggetto sia lo Stato: si deve ricordare il tema individuato da Kant del principio supremo del diritto pubblico, che non può che essere quello della pubblicità, dell'abolizione degli *arcana imperii* in qualsiasi forma. Lo Stato non ha il diritto e non dovrebbe mai avere il potere di precludere l'accesso alla verità non solo ai propri cittadini, ma a qualsiasi essere umano, in particolare quando questa verità ha per oggetto l'identità personale»<sup>38</sup>.

In tale prospettiva appare doverosa l'applicazione analogica della tutela del diritto alla conoscenza delle proprie origini, già ufficialmente riconosciuta per i soggetti adottati<sup>39</sup>, a

---

<sup>38</sup> Cfr. [http://presidenza.governo.it/bioetica/pdf/2Conoscere\\_le\\_proprie\\_origini.pdf](http://presidenza.governo.it/bioetica/pdf/2Conoscere_le_proprie_origini.pdf).

<sup>39</sup> «Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini – e ad accedere alla propria storia parentale – costituisce un elemento significativo nel sistema costituzionale di tutela della persona, come pure riconosciuto in varie pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo. E il relativo bisogno di conoscenza rappresenta uno di quegli aspetti della personalità che possono condizionare l'intimo atteggiamento e la stessa vita di relazione di una persona in quanto tale»: Corte Costituzionale, sentenza n. 278/2013.

favore dei soggetti eventualmente nati tramite MS, sebbene proprio il predetto kantiano diritto alla verità si sostanzia in quest'ultimo caso non solo e non tanto nel semplice superamento dell'anonimato e della segretezza, ma nella rivelazione, appunto, della verità nella sua totalità, cioè che vi sono più genitori, che alcuni di essi sono arbitrariamente misconosciuti come tali (dalla legge, dal giudice o dal contratto di surrogazione) e che la MS lede proprio il diritto alla bigenitorialità in quanto esercizio del potere (contrattuale) dei committenti sul soggetto nato.

### 3. *L'aborto contrattualizzato e l'enforcement contrattuale*

Altre due problematiche rilevanti sono strettamente connesse con il tema della MS, cioè il tema delle clausole abortive negli accordi di maternità surrogata da un lato, e dall'altro l'*enforcement* contrattuale dei suddetti accordi.

Per quanto riguarda l'aborto si possono teoricamente verificare due ipotesi: quella in cui, dopo la stipula del contratto e l'inizio della gravidanza, sia la stessa donna surrogante a non voler più continuare la gestazione volendo porvi fine (per i motivi più disparati legati alla tutela della propria integrità psico-fisica così come ad altre motivazioni), oppure sia la coppia committente a non voler più procedere, per esempio in caso di divorzio intervenuto nel frattempo, o per le eventuali malformazioni scoperte nel feto<sup>40</sup>.

Dei quesiti si impongono come inevitabili: trattandosi di contratti, l'eventuale interruzione volontaria della gravidanza (da ora IVG) scelta dalla donna sarebbe un inadempimento contrattuale? E trattandosi di operazioni che riguardano il corpo della donna, l'IVG potrebbe essere eseguita su ordine della coppia committente? E qualora la donna gestante non volesse sottoporsi ad IVG si tratterebbe ancora di un ulteriore suo inadempimento? E la eventuale nascita potrebbe es-

---

<sup>40</sup> Cfr. R. WALKER, L. VAN ZYL, *Surrogate motherhood and abortion for fetal abnormality*, in *Bioethics*, 17 febbraio 2015.

sere invocata dalla coppia committente come un caso risarcibile (da parte della gestante che si è rifiutata di abortire) di *wrongful birth*<sup>41</sup>?

Le clausole abortive servirebbero proprio a disciplinare simili evenienze, ma come dovrebbero essere eseguite a loro volta?

Il ricorso alla tutela della *privacy* è stato fin dall'inizio lo strumento con cui si è tutelata la facoltà di autodeterminazione della donna di salvaguardare il proprio diritto all'integrità psicofisica mediante IVG, come dimostra l'ampia giurisprudenza statunitense che per prima ha affrontato il problema<sup>42</sup>.

Tuttavia, se c'è chi pensa che non si può negare alla donna surrogante la libertà di procedere ad IVG, in quanto se può farvi ricorso anche contro il parere del marito non vi è motivo per cui non possa ricorrervi nonostante il parere contrario della coppia committente<sup>43</sup>, è anche pur vero che c'è, invece, chi nutre un'opinione opposta, come nel caso di Carmel Shalev la quale ritiene che nel «caso della situazione di maternità surrogata in cui sia stata diagnosticata un'anomalia del feto, il medico ha sicuramente l'esperienza necessaria ad interpretare i risultati degli esami clinici, ma certamente non ha competenza per risolvere la questione sull'attribuzione del potere di decidere le misure da adottare. Io ritengo che il potere giuridico di decidere debba essere riconosciuto alle persone committenti, in quanto sono costoro che saranno responsabili per la cura del bambino dopo il parto. Più in particolare, suggerisco che il

---

<sup>41</sup> *Ex plurimis* cfr.: R. SIMONE, *Danno alla persona per nascita indesiderata*, in *Danno e Responsabilità*, 2002, 5; G. FACCI, *Il danno da nascita indesiderata*, in *Responsabilità Civile*, 2005, 3; M.J. FONTANELLA, *Il risarcimento del danno da nascita indesiderata*, in *Iustitia*, 2006, 3; V. GUGLIELMUCCI, *Riflessioni in tema di danni da procreazione*, in *Danno e Responsabilità*, 2007, 10; P. GUALNIERA, S. SCURRIA, C. CRINÒ, *Il danno da wrongful birth nell'attuale orientamento della giurisprudenza*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 2009, 3; G. BELTRAME, *Wrongful birth. Il danno da nascita indesiderata nella giurisprudenza italiana*, in *Studium Juris*, 2010, 10.

<sup>42</sup> Cfr. *Roe v. Wade* (1973); *Planned Parenthood v. Danforth* (1976); *Bellotti v. Baird* (1979).

<sup>43</sup> T. EATON, *Comparative responses to surrogate motherhood*, in *Nebraska Law Review*, 1986, pp. 720-723.

contenuto del diritto alla privacy – vale a dire l’allocazione del potere decisionale – venga determinato tenendo conto dei rapporti sociali in gioco»<sup>44</sup>.

Insomma, la decisione spetterebbe, in presenza di un contratto di surrogazione, sempre e comunque alla coppia committente, tanto che, qualora la coppia committente volesse interrompere il corso della gravidanza, ma la madre surrogante volesse comunque continuarla, «il suo rifiuto a soddisfare le richieste delle parti committenti potrà tuttavia avere delle conseguenze giuridiche qualora, come ho già accennato, a quelle parti sia riconosciuto il potere formale di operare delle scelte. Se, ad esempio, la surrogata [*rectius* ‘surrogante’: N.d.A.] intende far nascere il bambino, contro l’intenzione della coppia committente, allora la conseguenza giuridica sarà la sua esclusiva responsabilità nei confronti del minore»<sup>45</sup>.

In Italia una sorta di ‘diritto di ripensamento’ della donna surrogante è stato delineato dalla Corte d’Appello di Milano che ha riconosciuto la possibilità della gestante di tenere per sé il nascituro «non potendo imporsi alla donna per contratto (né per legge) di usare il proprio corpo a fini riproduttivi e di essere, o non essere, madre»<sup>46</sup>.

Tale problema è strettamente connesso con il secondo, cioè l’*enforcement* dei contratti di surrogazione<sup>47</sup>.

Sul punto Richard Epstein ritiene che il contratto di MS sia *enforceable* in quanto la donna surrogante avrebbe soltanto un interesse di breve termine per il nascituro, mentre i genitori biologici (supponendo che la coppia committente abbia fornito i gameti) hanno un interesse duraturo<sup>48</sup>.

Richard Posner, dal canto suo, reputa che i contratti di surrogazione siano soggetti ad *enforcement* come tutti gli al-

---

<sup>44</sup> C. SHALEV, *op. cit.*, p. 138.

<sup>45</sup> C. SHALEV, *op. cit.*, p. 137.

<sup>46</sup> Corte d’Appello di Milano, ordinanza, 25 luglio 2016 ([www.foroitaliano.it/wp-content/uploads/2016/07/app-milano-25-luglio-2016.pdf](http://www.foroitaliano.it/wp-content/uploads/2016/07/app-milano-25-luglio-2016.pdf)).

<sup>47</sup> D. LASCARIDES, *A plea for the enforceability of gestational surrogacy contracts*, in *Hofstra law review*, 1997, pp. 1-40.

<sup>48</sup> R. EPSTEIN, *Surrogacy: the case for full contractual enforcement*, in *Virginia law review*, 1995, pp. 2305-2341.

tri contratti, in quanto questo garantisce e tutela gli interessi della coppia committente e stimola il mercato della MS che non può essere limitato dall'ordinamento neanche se soltanto le classi più economicamente avvantaggiate potessero ricorrere alla MS, in quanto «la società non vieta i contratti per i beni di lusso o i contratti che prevedono l'acquisto di servizi da parte di persone che sono al più basso livello nella scala di reddito»<sup>49</sup>.

La prima controversia giudiziaria su un tale problema, e che merita attenzione per i paradossali risvolti giuridici che la caratterizzano, è stata decisa dalla Superior Court della Pennsylvania il 23 novembre 2015 nel caso *Baby S* che ha visto coinvolta la nota attrice americana Sherri Shepherd (da ora S.S.)<sup>50</sup>.

S.S. sposata con il marito L.S. nell'agosto del 2011 si è rivolta ad una agenzia del New Jersey nel 2012 per usufruire dei servizi che questa offriva nel campo della riproduzione artificiale. I coniugi sono così entrati in contatto con la giovane della Pennsylvania di 23 anni J.B., madre *single* di altri due figli propri, per stipulare con quest'ultima un contratto di maternità surrogata. La giovane J.B., già alla sua seconda esperienza del genere per poter mantenere i propri figli, avrebbe dovuto condurre la gravidanza dell'embrione creato con lo sperma di L.S., il marito di S.S., e con l'ovulo di una donatrice anonima, in cambio di centomila dollari.

Il 12 settembre 2013 viene stipulato il contratto tra le parti; il 7 novembre 2013 viene trasferito l'embrione nell'utero di J.B; il 18 novembre 2013 alla coppia committente viene data la notizia del buon esito dell'impianto e dell'inizio della gravidanza.

Nel corso dei mesi successivi, tuttavia, la coppia committente, mentre la ragazza conduce la gravidanza, inizia ad avere problemi matrimoniali fino a giungere alla decisione di divorziare.

---

<sup>49</sup> R. POSNER, *The ethics and economics of enforcing contracts of surrogate motherhood*, in *Journal of contemporary health law and policy*, 1989, 5, p. 26.

<sup>50</sup> Cfr. <http://www.pacourts.us/assets/opinions/Superior/out/J-A28015-15o%20-%201024461805731818.pdf>.

Intanto il 5 agosto 2014 la donna surrogante J.B. partorisce e viene alla luce il piccolo Baby S. del quale adesso si deve decidere lo *status* personale.

La donna committente S.S. però manifesta la sua contrarietà visto il divorzio con il marito L.S. e quindi inizia la controversia giudiziaria che si inoltra fino alla Superior Court of Pennsylvania.

Dinnanzi a quest'ultimo organo giudiziario, avendo perduto nei precedenti gradi, la donna committente S.S. appella le precedenti condanne che l'hanno riconosciuta come madre legale del neonato Baby S., fondando il proprio ricorso su quattro motivazioni principali: 1) la legge della Pennsylvania riconosce soltanto due modalità per l'instaurarsi della genitorialità, cioè il rapporto genetico o biologico da un lato, e l'adozione dall'altro, e non contempla la genitorialità mediante contratto; 2) il ricorso alla tecnica della maternità surrogata è un mezzo illegale per aggirare la normativa sull'adozione dello Stato della Pennsylvania per cui la madre legale di Baby S. è la giovane J.B. che lo ha partorito e non la ricorrente; 3) il contratto di maternità surrogata viola la *public policy* e la legge dello Stato della Pennsylvania perché crea un rapporto genitoriale senza adozione o provvedimento giudiziale; 4) il contratto di maternità surrogata è nullo e non può essere eseguito poiché in contrasto con l'ordinamento, dovendo quindi la Corte riconoscere che la donna committente non può essere la madre legale del nato.

La Corte, anche basandosi sul precedente del caso *Ferguson v. McKiernan* (in cui una donna che aveva contrattualmente esentato il donatore di sperma dal mantenimento del figlio aveva poi cambiato idea, chiedendo il co-mantenimento al suddetto donatore venendo poi condannata dalla Corte Suprema della Pennsylvania)<sup>51</sup>, ha respinto tutte le osservazioni della ricorrente e ha specificato che essendo mancante in Pennsylvania una normativa sulla maternità surrogata che sancisca la nullità dei contratti per contrarietà all'ordine pubblico, il vuoto può essere colmato dalla contrattazione privatistica che come tale è sempre vincolante ed eseguibile, per cui

---

<sup>51</sup> Cfr. <http://caselaw.findlaw.com/pa-supreme-court/1033446.html>.

una parte non può sottrarsi arbitrariamente alle obbligazioni derivanti dal contratto di MS avendo sottoscritto tale impegno contrattuale liberamente e volontariamente.

La donna committente dunque può, prosegue la Corte, decidere di non avere nessun ruolo di madre e di non partecipare per nulla alla vita del figlio che ha deciso di far nascere con il contratto di maternità surrogata, ma non può decidere di sottrarsi, dopo aver avviato l'intera procedura, alla responsabilità finanziaria ed economica che tale iniziativa comporta, dovendo mantenere il figlio fino alla sua maggiore età.

Emergono quindi tutte le incredibili peculiarità di simili evenienze che per motivi di spazio devono essere riassunte in tre punti molto sintetici.

In primo luogo: è paradossale che i migliori argomenti sulla costitutiva anti-giuridicità della maternità surrogata siano esposti proprio dalla donna committente che ha avviato l'intera procedura.

Poiché non si tratta di mera abilità forense dei suoi legali, ma di alcuni dei veri e propri motivi giuridici sostanziali che rendono nullo il contratto di maternità surrogata, desta stupore in prima battuta che tali motivi la donna committente non abbia individuato prima di dar vita all'intera procedura e, in seconda battuta, che proprio tali motivi ella abbia esposto in tribunale dopo essersi dichiarata contraria all'assunzione della sua maternità.

In secondo luogo: emerge in tutta la sua tragica consistenza la confusione che viene a crearsi. Si rivendica l'accesso alla MS come espressione del presunto diritto di diventare genitori; poi si pretende di poter esercitare una sorta di diritto di recesso dal vincolo contrattuale a cui si è partecipato; infine si nega la possibilità che la genitorialità comporti degli obblighi nei confronti della prole venuta al mondo tramite le suddette tecniche.

Insomma, da un lato la genitorialità viene reclamata come diritto, dall'altro viene negata come dovere e come fonte di effetti obbliganti che discendono in relazione ai figli.

È doveroso chiedersi se si possa usare ed abusare del diritto (anche di quello contrattuale) in tal maniera per asse-

condare tutti i capricci dei soggetti che ne richiedono l'applicazione.

In terzo luogo: proprio il tribunale che avrebbe dovuto dichiarare la nullità di un simile contratto si risolve, invece, per affermarne la validità e la idoneità per colmare, addirittura, il vuoto legislativo dello Stato della Pennsylvania in tema di maternità surrogata e di *enforcement* dei relativi contratti.

Infine, la stessa Supreme Court of Pennsylvania ha sancito che la donna committente può decidere di non avere il ruolo di madre del soggetto nato mediante contratto di maternità surrogata, pur senza specificare a chi competa dunque tale ruolo in una simile *vacatio*, ma deve soltanto limitarsi a finanziare la vita e il sostentamento del nato fino alla sua maggiore età, quasi ritenendo il rapporto genitoriale come qualcosa di meramente economico o finanziario che prescinde dalla relazionalità personale e intersoggettiva.

#### 4. Conclusioni

Alla luce di tutto quanto fin qui considerato si possono trarre alcune, seppur parziali, conclusioni di ordine generale.

In primo luogo: le tecniche di PMA e MS lungi dall'assicurare il rispetto dei principi generali del diritto e della dignità umana diventano lo strumento d'elezione con cui proprio i diritti fondamentali e la dignità umana dei soggetti in esse coinvolti vengono a trovarsi vulnerabili e tragicamente vulnerati.

Ad essere violate sono anche la natura e l'integrità del diritto che da presidio di tutela del più debole – cioè del nascituro nel caso di specie della MS – diviene strumento di esercizio del potere per la realizzazione dei desideri dei più forti – cioè la coppia committente.

Il diritto, infatti, in un tale contesto si riduce allo strumento legale con cui si porta a compimento il sacrificio della dignità del soggetto più fragile – il nascituro, appunto – il quale viene reificato in quanto considerato come vera e propria *res in commercio*.

Il diritto smarrisce, così, ogni suo fondamento umano, si tramuta in manifestazione diretta della perdita di qualsivoglia capacità del senso del limite, divenendo cioè mera espressione di arbitrio individuale o collettivo, come tale in contrasto con la reale oggettività del diritto<sup>52</sup>, e, quindi, negazione dell'autentica razionalità giuridica<sup>53</sup>.

In secondo luogo: l'applicazione delle nuove tecniche riproduttive deve sempre essere affiancata dalla problematizzazione etica e giuridica poiché non soltanto non si può rinunciare all'esigenza del pensiero che si interroga sulla realtà che lo circonda, ma soprattutto non si può pretendere che le applicazioni tecniche siano silenziose rispetto alla responsabilità morale e giuridica dei soggetti che sono chiamate ad applicarle o subirle.

La tecnica, infatti, necessita sempre di essere indirizzata dalla valutazione etica, e ancor più da quella giuridica, poiché, come ha osservato Hans Jonas, «la difficoltà è questa: non solo quando la tecnica è malvagia, vale a dire quando se ne fa un uso indebito per scopi cattivi, ma anche quando è impiegata con buona volontà per i suoi scopi veri e profondamente legittimi ha in sé un lato minaccioso, che a lungo termine potrebbe avere l'ultima parola ... La sua dinamica interna, che la spinge così avanti, nega alla tecnica la zona franca della neutralità etica, in cui basta preoccuparsi dell'efficienza. Il rischio del troppo è sempre presente»<sup>54</sup>.

Il potere tecnico è un potere che, come ogni altro potere, deve essere meditato, riconosciuto nei suoi limiti e, quindi, indubbiamente disciplinato, specialmente quando si ritrova ad essere compenetrato nell'esistenza dell'umano nella sua dimensione di massima fragilità come la vita nascente o la condizione patologica.

---

<sup>52</sup> R. DI MARCO, *Diritto e "nuovi" diritto. L'ordine del diritto e il problema del suo fondamento attraverso la lettura di alcune questioni biogiuridiche*, Torino, 2021.

<sup>53</sup> A.R. VITALE, *Orbite veloci intorno al diritto. Scorci di universo giuridico osservati da un rionauta*, Torino, 2024.

<sup>54</sup> H. JONAS, *Perché la tecnica moderna è oggetto dell'etica*, in *Tecnica, medicina ed etica*, Torino, 1997, pp. 28-29.

Con le parole di Jeremy Rifkin, infatti, «la questione non è essere o meno contrari alla scienza e alla tecnologia, ma piuttosto quale tipo di scienza e di tecnologia desiderare ... Ogni strumento che abbiamo creato rappresenta un aumento di potere, un modo di avere un vantaggio sulle forze della natura o sul nostro prossimo. L'esercizio di questo tipo di potere non è mai neutrale: nell'utilizzo del potere inerente ad ogni nuovo strumento che modelliamo, qualcuno o qualcosa nell'ambiente è compromesso, diminuito o sfruttato per aumentare o assicurare il nostro personale benessere. Il punto è che il potere non è mai neutrale. Ogni volta che il potere viene applicato ci sono sempre dei vincitori e dei vinti»<sup>55</sup>.

Infine, le pratiche di MS comportano una rivoluzione di ordine antropologico in cui gli esseri umani vengono prodotti praticamente su scala industriale rovesciando il valore intrinseco della persona che non soltanto è un caposaldo di ordine etico, ma anche e soprattutto l'orizzonte teleologico dell'intera fenomenologia giuridica.

In tale contesto, allora, non possono che venire alla mente le perplessità sollevate da Muriel Fabre-Magnan: «La question cruciale du droit est celle de savoir si nous voulons instituer une société où les enfants sont fabriqués et vendus comme des produits, et si nous sommes conscients des conséquences sur le regard que nous porterons sur eux, ainsi que sur les relations humaines et sociales qui en résulteront»<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> J. RIFKIN, *Il secolo biotech. Il commercio genetico e l'inizio di una nuova era*, cit., pp. 357, 361-362.

<sup>56</sup> M. FABRE-MAGNAN, *La gestation pour autrui*, Paris, 2013, p. 76.

**ALDO ROCCO VITALE, Notazioni sui principali profili problematici della maternità surrogata**

L'articolo, dopo una riflessione introduttiva sulla tecnica come tema etico-giuridico, affronta il tema della maternità surrogata come problema biogiuridico. La maternità surrogata, infatti, porta con sé tre ordini di problemi: la definizione della genitorialità e l'individuazione dello *status filiationis*; l'introduzione delle clausole abortive nei contratti di surrogazione; l'*enforcement* contrattuale nel contesto degli accordi di surrogazione. Il tutto viene esaminato alla luce della giurisprudenza passata e recente, nazionale e internazionale, di merito e di legittimità.

**Parole chiave:** maternità surrogata, aborto, *enforcement* contrattuale, diritto, dignità umana.

**ALDO ROCCO VITALE, Notes on the main problematic aspects of surrogacy motherhood**

The paper, after an introductory reflection on the technique as an ethical-legal theme, addresses the topic of surrogate motherhood as a bio-legal problem. Surrogacy, in fact, brings with it three sets of problems: the definition of parenthood and the identification of the *status filiationis*; the introduction of abortion clauses in surrogacy contracts; contractual enforcement in the context of subrogation agreements. Everything is examined in the light of past and recent jurisprudence, national and international jurisprudence, substantive and legitimacy jurisprudence.

**Key words:** surrogacy, abortion, contractual enforcement, law, human dignity.