



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2020

IVAN VALIA

La maternità surrogata alla prova dell'utilitarismo e della teoria della giustizia

ABSTRACT - Surrogacy, like other bioethical issues, hardly seems able to offer definitive proposals, especially considering the plurality of practical and moral profiles involved. Therefore, the purpose of this article is to evaluate the ethical sustainability of this practice in the context of two specific theories of philosophical debate: Utilitarianism, in Jeremy Bentham's version, and John Rawls's Theory of Justice. Through the breakdown into four distinct hypotheses, identified on the basis of their different degree of complexity, we will try to obtain more accurate moral outcomes compared to those we would get adopting a generalist method.

KEYWORDS - Surrogacy, Utilitarianism, Theory of justice, Ethical sustainability, Desire for parenthood.

2/2020

IVAN VALIA*

La maternità surrogata alla prova dell'utilitarismo e della teoria della giustizia**

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Maternità surrogata e utilitarismo – 3. Maternità surrogata e teoria della giustizia – 4. Oltre il felicific calculus e il velo di ignoranza: riflessioni conclusive.

1. Premessa

Sotto l'etichetta "maternità surrogata" rientrano ipotesi che spesso sono molto differenti tra loro. Si pensi alle distinzioni che intercorrono tra maternità surrogata tradizionale e maternità surrogata gestazionale¹, o tra

* Assegnista di ricerca e docente di Filosofia politica presso l'Università "Magna Græcia" di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ Nella maternità surrogata tradizionale (che può essere definita anche parziale o genetica), la madre gestante (detta anche genetica, sostituta, biologica o vicaria) è l'unica madre naturale, che ha la relazione genetica col bambino. Essa ha fornito il proprio ovulo, che può essere fecondato: a) con il seme del genitore intenzionale; b) con il seme di un terzo donatore. Nel primo caso (a) il nascituro avrà, dunque, una correlazione genetica, oltre che con la madre surrogata, anche col genitore che ha fornito i gameti maschili. Nel secondo caso (b) non vi sarà alcun collegamento genetico coi genitori committenti, che intercorrerà, quindi, solo con la madre surrogata e col terzo donatore. Nella maternità surrogata gestazionale (che può essere definita anche assoluta, totale o utero in affitto) la madre gestante non è la madre biologica e non ha collegamento genetico col feto. L'ovulo, infatti, è della madre committente o della terza donatrice. Il seme può essere del genitore committente o di un terzo donatore. La distinzione non può certo dirsi esaustiva e costituisce una semplificazione tanto rispetto alla pluralità dei soggetti e relativi interessi coinvolti nella pratica, quanto rispetto alla qualificazione terminologica. Essa, tuttavia, può ritenersi sufficiente per lo scopo dell'indagine. Si pensi che possono esservi fino a sei adulti che reclamano sul bambino surrogato lo *status genitoriale*. Nel complesso quadro relazionale della pratica possono così esser comprese la madre genetica (donatrice), la madre gestazionale (surrogata) e la madre richiedente oltre che il padre genetico (donatore), il coniuge della madre gestazionale (presunzione di paternità) ed il padre richiedente. Cfr. R. LA RUSSA, A. CAMPOLONGO, R.V. VIOLA, V. GATTO, M. SCOPETTI, A. SANTURRO, C. DI LASCIO, E. TURILLAZZI, P. FRATI, *Le pratiche di maternità surrogata nel mondo: analisi comparatistica tra legislazioni proibizioniste e liberali*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, vol. LXXXII, 2/2017, pp. 683-716. Per un'ulteriore specificazione dei numerosi legami che possono sorgere tra i soggetti coinvolti nella pratica, si rimanda a R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, in *BioLaw Journal - Rivista di Biodiritto*, 2/2016, pp. 1-6, in particolare p. 3, nonché a S. POZZOLO, *Nuove tecnologie riproduttive: fra liberazione e nuove forme di patriarcato*, in *Diritto e questioni pubbliche*, vol. XVI, 2/2016, pp. 53-65. Con specifico riguardo alla qualificazione terminologica si veda, S. POZZOLO, *Gestazione per altri (ed altre)*.

la forma onerosa e quella gratuita², o ancora alle differenze che intercorrono tra le varie discipline nazionali, soprattutto in relazione al diverso modo di concepire le categorie degli aventi diritto: ordinamenti che la consentono anche ai single, altri che la vietano alle coppie omosessuali, altri ancora che la permettono solamente ai residenti³. Tali differenze creano uno scenario altamente complesso, tanto sul piano normativo, quanto su quello morale, sociale e culturale. Analizzare tutti i profili coinvolti appare alquanto velleitario, così come velleitario sarebbe il tentativo di offrire soluzioni morali definitive⁴.

L'intento del presente contributo è certamente più modesto, ma non per questo privo di ostacoli. S'intende collaudare la "tenuta" etica della pratica in parola attraverso la sua scomposizione in quattro distinte ipotesi, graduate in base al rispettivo tasso di complessità (maternità surrogata

Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista, in BioLaw Journal - Rivista di Biodiritto, 2/2016, pp. 93-110, in particolare p. 94, nota 1 e L. D'AVACK, La maternità surrogata: un divieto inefficace, in Diritto di famiglia e delle persone, vol. XLVI, 1/2017, pp. 139-160.

² Sulla diversità di significato che la pratica potrebbe avere a seconda che si tratti di maternità a titolo oneroso o gratuito si veda, tra gli altri, R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, in *BioLaw Journal - Rivista di Biodiritto*, cit., in particolare p. 4.

³ La vastità del tema impedisce che in questa sede si possa approfondire la questione del ricorso alla maternità surrogata da parte dei single o delle coppie omosessuali. Per entrambe le fattispecie possono sorgere consistenti dilemmi in riferimento all'ampio contenuto del principio di "vita familiare" sancito dall'art. 8 Cedu e che arriverebbe a ricomprendere nella nozione tanto i primi, quanto le seconde. Tale principio rimanda al più vasto tema dell'interesse del minore e della sua tutela. La Corte Europea dei diritti dell'uomo ritiene che il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione e delle relazioni genitoriali createsi avrebbe ricadute inevitabili proprio sulla vita familiare dei minori e, dunque, sui loro preminenti interessi. Cfr. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sezione V, *Mennesson c. Francia*, ric. n. 65192/11 del 26 giugno 2014. Più specificatamente, sul fatto che il nucleo familiare possa essere rappresentato anche da una coppia omosessuale si veda Tribunale di Roma, sentenza n. 299 del 30 luglio 2014. Sulla possibilità di trascrizione dell'atto di nascita di bambini nati all'estero da madre surrogata e padre single, si veda Tribunale di Napoli, Sezione I, 1° luglio 2011. Sulla disomogeneità della disciplina a livello internazionale si vedano, tra gli altri, B. SALONE, *La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2/2016, pp. 39-71 e L. POLI, *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 3/2015, pp. 7-28.

⁴ Una lettura "etica" della maternità surrogata costituisce un'impresa discorsivamente, se non impossibile, quantomeno altamente problematica. Fa riferimento alla categoria del "discorsivamente impossibile" Robert Alexy allorquando, in relazione alla moralità di talune pratiche, asserisce che si dovrebbe avere l'obbligo morale di controllare non solo ciò che si dice, ma anche ciò che si pensa. Non mi pare che la maternità surrogata rientri nell'ambito dell'impensabile morale, nonostante sollevi dubbi e dilemmi di non poco conto. Cfr. R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 1998.

semplice, intermedia, complessa-1 e complessa-2), ciò al fine di analizzarle alla luce di due classiche teorie del dibattito filosofico morale: l'utilitarismo, nella versione di Jeremy Bentham, e la teoria della giustizia di John Rawls. Senza alcun intento filologico, delle due teorie utilizzeremo solo la loro idea portante, il loro principio ispiratore, che diventerà ai nostri fini una sorta di *philosophical tool*, uno strumento di collaudo filosofico per saggiare la tenuta morale delle fattispecie che prenderemo in considerazione. Per cui, dapprima assumendo una prospettiva utilitarista si misurerà il grado di felicità dei soggetti a vario titolo coinvolti, per poi, attraverso lo strumento della "posizione originaria", tentare di comprendere come gli esseri razionali sottoposti al velo di ignoranza immaginato da Rawls giudicherebbero la pratica.

L'indagine, così concepita, si concentrerà in modo particolare su alcuni elementi salienti, sugli elementi che più di altri sembrano caratterizzare la maternità surrogata nel suo svolgimento tipico. Così, oltre ai *soggetti* coinvolti, si considereranno le *procedure* necessarie per la sua realizzazione e le possibili ed eventuali *circostanze esterne di condizionamento*.

In particolare, l'ipotesi *semplice* appare quella maggiormente idonea per effettuare un primo collaudo teorico. Considerando che si intende verificare la moralità della pratica attraverso vari *step*, il punto di partenza non poteva che essere una versione massimamente semplificata, nell'ambito della quale poter considerare agevolmente le azioni poste in essere dai soggetti cui normalmente ci si riferisce quando si discute di maternità surrogata (madre surrogante e genitori intenzionali) ed eventualmente gli effetti che le stesse producono sul nascituro.

È del tutto evidente che tale prima versione costituisce poco più che un caso di scuola, dato che la maternità surrogata, di norma, incide su un contesto di relazioni ben più articolato, che comprende numerosi altri protagonisti.

Proprio al fine di non trascurare gli effetti che la pratica potrebbe avere su altri soggetti coinvolti, nella versione *intermedia* viene introdotto un nuovo soggetto, ossia l'altro figlio della gestante. La condizione di un soggetto che non ha un ruolo nel processo decisionale, che dalla realizzazione della pratica subisce effetti solo in via indiretta e che, dunque, appare particolarmente vulnerabile, sembra essere particolarmente emblematica della complessità relazionale tipica della pratica.

Infine, nelle due ipotesi *complesse*, svincolando definitivamente la *surrogacy* dalla iniziale dimensione idealtipica e, dunque, col proposito di avvicinarla ulteriormente ad un piano che sia maggiormente aderente alla

realtà, si considerano due versioni che, di fatto, sembrano essere tra le più critiche per la vita stessa della surrogante: una condizione di sua totale indigenza (ipotesi *complessa-1*) ed un problema per la sua salute che emerge durante la gravidanza (ipotesi *complessa-2*).

Le due ipotesi, ciascuna con le peculiarità di cui si renderà conto più in avanti, hanno il merito di far emergere alcuni tra i più consistenti dilemmi morali legati alla surrogazione di maternità, in particolar modo per ciò che attiene alla possibile mercificazione del corpo della donna.

L'analisi delle quattro diverse fattispecie, il riferimento agli elementi caratterizzanti ed i risultati morali ottenuti ci forniranno una solida base a partire dalla quale sarà possibile trarre delle conclusioni di certo più accurate rispetto a quelle cui perverremmo utilizzando un metodo generalista e non curante delle varie differenze considerate.

2. Maternità surrogata e utilitarismo

Com'è noto, per l'utilitarismo, in particolare nella formulazione offerta da Jeremy Bentham, un'azione può dirsi morale nel momento in cui si mostra capace di produrre la maggior felicità per il maggior numero di persone⁵. In altri termini, l'utilitarismo pretende di accertare empiricamente lo status morale di un'azione verificando il grado di felicità che la stessa è capace di determinare. In questo paragrafo, come anticipato, s'intende applicare questa classica idea a quattro versioni di maternità surrogata, partendo da quella *semplice*, ossia da una versione in cui figurano solo i pochi elementi essenziali indispensabili per configurare il concetto minimo della pratica. Senza riferimento alcuno alle circostanze esterne e ai vari

⁵ Secondo il filosofo inglese gli uomini tendono a massimizzare il proprio bene individuale attraverso la ricerca del piacere e del proprio utile. Un'azione sarà giusta se sarà diretta al perseguimento di quel bene, per cui essa non potrà dirsi morale o immorale in sé, ma per le conseguenze che essa determina. Per misurare il livello di piacere connesso all'azione Bentham ricorre allo strumento del *felicific calculus*, costituito da sette fattori: intensità, durata, certezza (o incertezza), vicinanza (o lontananza), fecondità, purezza ed estensione. La teorizzazione del metodo benthamiano è contenuta in *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789), considerata la sua più importante opera. Per un approfondimento sulla "massimizzazione dell'utilità" e più in generale sull'utilitarismo si veda, tra gli altri, A. PORCIELLO, *Il positivismo giuridico inglese ottocentesco: Jeremy Bentham e John Austin*, in AA.VV., *Prospettive di filosofia del diritto del nostro tempo*, Giappichelli, Torino, 2010.

2/2020

fattori di condizionamento, emotivi o economici, che di norma accompagnano i soggetti in carne ed ossa nelle loro scelte procreative.

Il quadro che emerge alla luce dell'operazione di semplificazione appena presentata consente di raggruppare gli elementi essenziali in sole due categorie.

1) *Soggetti*: i soggetti coinvolti in questa prima ipotesi sono la madre surrogante, i genitori intenzionali⁶ ed il nascituro.

2) *Procedure (mediche e giuridiche)*: le procedure attraverso le quali si realizza la maternità surrogata sono la fecondazione della madre surrogante, la creazione di un rapporto contrattuale (gratuito o oneroso) tra madre surrogante e genitori intenzionali e la cessione del bambino.

In uno scenario così concepito, l'utilitarista, nella forma semplificata qui proposta, sembra in grado di pervenire ad una risposta alquanto precisa: per determinare lo status di moralità della maternità surrogata è, infatti, sufficiente che egli osservi i comportamenti dei protagonisti della vicenda procreativa, così da misurare il grado di felicità che potrebbero trarre dalla sua realizzazione. E com'è facile intuire, dall'angolo visuale squisitamente quantitativo prescelto dall'utilitarista, la pratica apparirà già a primo acchito moralmente ineccepibile, perché capace di realizzare a pieno la massima felicità di tutti i soggetti qui considerati. In particolare, il grado di felicità della madre surrogante in questo scenario subisce un incremento rispetto a quello antecedente alla pratica procreativa: nel caso di surrogazione a titolo gratuito, in quanto, spinta dallo spirito di solidarietà⁷, trarrà giovamento dal fatto di poter contribuire all'alleviamento delle sofferenze di soggetti che si assume abbiano problemi di fertilità⁸, in special modo quando ad essa legati da un rapporto di

⁶ Ai fini del calcolo della massimizzazione della felicità la coppia è da intendersi quale unità, anche tenendo in considerazione il fatto che nella pratica il genitore intenzionale può anche essere un single.

⁷ Secondo alcuni la maternità surrogata a titolo gratuito si configurerebbe come un vero e proprio "dono". In argomento si vedano le interessanti riflessioni di Susanna Pozzolo in S. POZZOLO, *Gestazione per altri (ed altre). Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, cit., in particolare p. 98.

⁸ D'altronde, secondo Bentham, l'obiettivo dell'uomo è sempre la ricerca del piacere, per cui anche un'azione apparentemente altruistica non è mai totalmente disinteressata: essa nasconde in realtà la realizzazione di un proprio desiderio. Scrive infatti il filosofo inglese: «il piacere che io sento alla prospettiva di procurare il piacere ad un amico è il piacere di chi, se non di me stesso?». J. BENTHAM, *Deontology, together with a table of the springs of action and the article on utilitarianism in The collected works of Jeremy Bentham*, Clarendon Press, Oxford 1983, trad. italiana di S. Cremaschi, La nuova Italia, Firenze, 2000, p. 23.

parentela (è molto comune, ad esempio, la surrogazione tra sorelle⁹); nel caso di surrogazione a titolo oneroso, per il ritorno economico che ha spinto la gestante a divenire protagonista della pratica. In questo caso, dunque, la distinzione tra gratuità e onerosità della pratica non pare incidere sulla sua legittimità morale.

Discorso simile l'utilitarista farebbe, e a maggior ragione, con riferimento ai genitori intenzionali; è proprio la felicità, infatti, l'obiettivo finale che essi intendono raggiungere e che costituisce, al contempo, la premessa che li spinge ad iniziare un percorso di *surrogacy*. Il fatto stesso che le innovazioni tecnologiche abbiano fornito agli individui la possibilità di superare un proprio limite fisico, nel caso di specie la sterilità, certamente può produrre gioia e piacere, così come gioia e piacere può produrre la semplice idea di poter generare quel figlio che la natura aveva negato loro.

Sulla felicità del nascituro è superfluo porsi domande, visto che la condizione della sua esistenza dipende proprio dalla realizzazione di quella pratica¹⁰.

Insomma, sembra che la versione *semplice* della surrogazione soddisfi a pieno i criteri quantitativi impiegati dall'utilitarismo: in quest'ottica, rileva esclusivamente la quantità di felicità che le persone coinvolte riescono ad ottenere. Costi quel che costi!

Dobbiamo quindi concludere che in questa versione la maternità surrogata, secondo una prospettiva utilitarista, è una pratica moralmente sostenibile.

La seconda versione di maternità surrogata che si intende sottoporre al vaglio dell'utilitarista è quella che abbiamo definito *intermedia*: si tratta di una forma ancora piuttosto elementare che, però, rispetto alla precedente, presenta un elemento di novità, la presenza di un secondo figlio minore della gestante. Ciò contribuisce a perfezionare la definizione di maternità surrogata, che nella realtà si presenta per lo più come una complessa pratica relazionale, che coinvolge una pluralità di persone ed interessi.

⁹ Le cliniche di fertilità promuovono sovente la pratica tra familiari attraverso una immagine estremamente positiva. Una tale rappresentazione è facilmente ravvisabile sul sito www.surrogate.com. In particolare si faccia riferimento al seguente link: <https://surrogate.com/surrogates/how-to-find-intended-parents/being-a-surrogate-for-a-friend-or-family-member/>.

¹⁰ Tale circostanza non muterà nelle due ipotesi successive per cui, d'ora in poi, e col solo scopo di proseguire nell'operazione sin qui descritta, si eviterà di interrogarsi sulla "felicità" in senso utilitaristico del nascituro.

Gli elementi essenziali sono raggruppabili nelle medesime categorie individuate nella precedente ipotesi.

1) *Soggetti*: ai tre soggetti coinvolti in modo diretto (madre surrogante, genitori intenzionali, nascituro), si aggiunge, come anticipato, un altro figlio (minore) della gestante, il quale come si vedrà subisce effetti in via indiretta.

2) *Procedure (mediche e giuridiche)*: restano invariate ed anche in questo caso continua a non rilevare la distinzione gratuità/onerosità della pratica.

L'unica modifica apportata, per quanto apparentemente di poco conto, appare in grado, però, di incrinare alcune delle certezze dell'utilitarista. Agli agevoli calcoli che egli aveva già effettuato nella prima ipotesi, e che di fatto non avevano creato complicazione alcuna, se ne aggiungono adesso di nuovi e di più incerti. Adesso sono vari gli scenari che l'utilitarista deve prendere in considerazione: la realizzazione della pratica potrebbe lasciare il figlio minore indifferente; potrebbe aumentare il suo stato di felicità, visto che dopo che la madre avrà ceduto il neonato, sarà lui l'unico oggetto delle attenzioni e delle cure dei genitori; oppure, cosa che ragionevolmente non si può escludere a priori, la realizzazione della pratica potrebbe renderlo infelice per la "perdita" di un fratello che per nove mesi ha visto crescere nella pancia di sua madre¹¹.

Ciò detto, e nonostante gli "strumenti di calcolo" dell'utilitarista non siano così affidabili da misurare con precisione la condizione emotiva del nuovo soggetto interessato, essi appaiono però ancora in grado di restituire un risultato finale abbastanza affidabile. Ed in effetti, ai fini del calcolo di massimizzazione della felicità, l'ipotetica massima infelicità del minore non scalfisce la condizione di felicità degli altri tre soggetti coinvolti (i due genitori intenzionali e la gestante)¹², ossia "il maggior numero" richiamato dalla formula utilitarista.

¹¹ Ricordiamo che ancora non rilevano in alcun modo condizionamenti esterni, che in questo caso sarebbero potuti derivare dalle influenze che normalmente provengono dal nucleo familiare. Fuori dal quadro utilitarista questo genere di pressioni potrebbe certamente costituire un problema morale. Si pensi al fatto che il nuovo minore, in ragione di quei condizionamenti, probabilmente verrebbe escluso dal processo decisionale. Questa sarebbe una questione di non poco conto, dal momento che in gioco vi sono beni decisivi per il significato che il minore attribuirà alle relazioni familiari e dunque per la definizione della sua stessa identità e dignità.

¹² Il risultato non muterebbe se nell'ambito dei soggetti indirettamente coinvolti venisse inserito, ad esempio, l'altro figlio minore del genitore intenzionale il cui ruolo, nel calcolo della massimizzazione della felicità, seppur da una prospettiva diversa, sarebbe pressappoco il medesimo di quello dell'altro figlio della gestante.

Anche nella sua versione *intermedia* l'utilitarista propenderebbe per la tenuta morale della maternità surrogata.

L'ipotesi *complessa-1* prevede la presenza di una *circostanza esterna di condizionamento*, costituita da una situazione di assoluta povertà della madre surrogante. Gli elementi ora a disposizione vengono così raggruppati in tre categorie.

1) *Soggetti*: sono i medesimi dell'ipotesi precedente.

2) *Procedure (mediche e giuridiche)*: non variano se non nella natura del rapporto contrattuale tra le parti che, affinché possa mettere meglio in luce la condizione della donna, deve essere oneroso.

3) *Circostanza esterna di condizionamento*: condizione di assoluta povertà della gestante.

In questo nuovo caso la donna ha la necessità di "affittare" il proprio utero in ragione della sua situazione di estrema povertà. Ebbene, in base ad altri approcci morali tale circostanza avrebbe enorme peso sulla valutazione della pratica e sulla sua tenuta etica, ma nel caso dell'utilitarista non incide in senso negativo sul giudizio finale. Egli si limiterà a considerare la circostanza per cui la donna, benché motivata da indigenza, ha di fatto migliorato la propria condizione, quantomeno dal punto di vista economico. Inoltre, egli non ha ragione di ritenere che il fattore esterno di condizionamento possa sortire effetti negativi sulla felicità degli altri soggetti coinvolti. In altri termini, i criteri quantitativi dell'utilitarista sembrano pienamente rispettati.

Pertanto, nell'ipotesi *complessa-1*, la pratica conserverebbe ancora la propria moralità.

La quarta ed ultima ipotesi, che abbiamo definito *complessa-2*, prevede un diverso fattore esterno di condizionamento rappresentato, nello specifico, da una grave patologia che la gestante sviluppa durante la gravidanza.

Gli elementi essenziali vengono nuovamente raggruppati in tre categorie.

1) *Soggetti*: sono i medesimi dell'ipotesi precedente.

2) *Procedure (mediche e giuridiche)*: restano anch'esse invariate (e torna a non rilevare la distinzione tra gratuità e onerosità della pratica).

3) *Circostanza esterna di condizionamento*: grave patologia che la gestante sviluppa durante la gravidanza.

2/2020

Ebbene, seguendo il consueto schema, l'utilitarista noterebbe prontamente un mutamento di atteggiamento da parte dei soggetti coinvolti. Fatta eccezione per l'altro minore, la cui posizione continuerebbe ad essere ininfluenza, ai tre genitori non basterebbe più la sola osservanza delle procedure previste, proprio per l'intervento di un elemento tanto inatteso quanto drammatico, in grado di condizionare pesantemente il loro status emotivo. Una cosa, infatti, è mettere in conto prima della gravidanza i rischi che ad essa sono normalmente connessi, altro è fronteggiare un grave problema di salute che si presenti concretamente. Tra l'altro, la circostanza che il percorso procreativo si realizzi per mezzo di una surrogazione di maternità conferisce all'ipotesi in esame un significato del tutto singolare, anche dal punto di vista assunto dall'utilitarista. Per quanto riguarda la gestante, infatti, è ben diverso mettere a repentaglio la propria vita per un figlio "proprio", rispetto al dover correre lo stesso rischio per un figlio "altrui", o che comunque diventerà presto tale. Utilitaristicamente parlando, il beneficio ordinariamente connesso alla maternità surrogata, sia esso di natura economica o solidale, non pare possa minimamente compensare la perdita subita in termini di qualità di vita.

Verosimilmente, nel caso considerato, la gestante proverà dolore, forse addirittura pentimento per la scelta fatta. Ed anche i genitori intenzionali, pur conseguendo il risultato che si erano prefissati, difficilmente godranno della massima felicità raggiunta nelle prime due ipotesi. Essi, infatti, potrebbero sentirsi responsabili per il danno provocato alla "madre".

Da quanto detto, sembra che un fattore così determinante come la seria compromissione della salute che abbiamo ipotizzato incida in maniera decisiva sulla felicità del maggior numero dei soggetti coinvolti, i quali difficilmente ora potrebbero trarre beneficio dalla realizzazione della pratica. Alla luce dei rilievi effettuati l'utilitarista concluderebbe che la maternità surrogata, in quest'ultima variante, finisce per essere una pratica immorale.

In conclusione di questa prima parte, i risultati sin qui ottenuti, seppur parziali, sembrano dimostrare che per l'approccio utilitarista la maternità surrogata può essere considerata come una pratica moralmente sostenibile in tre delle quattro versioni esaminate. La distinzione tra forme gratuite e onerose è del tutto ininfluenza per il "calcolo morale" e rileva, tutt'al più, come forma di condizionamento per le riflessioni operate dalla surrogante nell'ipotesi *complessa-1*. Man mano che intervengono altri soggetti (come

accade nella versione *intermedia*) e fattori di condizionamento (come avviene nelle versioni *complesse*) la pratica presenta la sua tipica complessità, facilmente riscontrabile nella realtà quotidiana, e l'utilitarismo sembra perdere progressivamente le sue certezze, quasi a palesare una sua inidoneità nel contenere e decifrare i numerosi dilemmi morali che normalmente sorgono nelle questioni bioetiche e che suscitano consistenti interrogativi anche negli altri membri della comunità.

Fino a quando tali dilemmi sono suscettibili di una qualche forma di quantificazione (cosa che avviene fino alla terza ipotesi), l'utilitarismo, in linea coi suoi principali dettami, appare idoneo a determinare il grado di felicità e, quindi, di moralità della pratica. Paradossalmente, anche una scelta non libera, come quella che si realizza nella ipotesi *complessa-1* può generare una porzione di felicità. Ma quando gli interrogativi morali incidono in maniera profonda su beni difficilmente quantificabili, come la salute di uno dei soggetti coinvolti (cosa che avviene nella ipotesi *complessa-2*), anche l'utilitarista sembra costretto a cedere di fronte alla immoralità della pratica.

3. *Maternità surrogata e teoria della giustizia*

Com'è noto, nella prima parte di *Una teoria della giustizia*, John Rawls ha cercato di rintracciare le condizioni di imparzialità che dovrebbero accompagnare una scelta che possa dirsi equa e giusta e che nel loro insieme compongono quello che Rawls definisce "velo di ignoranza". Nello specifico, gli individui immaginati dal filosofo americano, spogliati della loro identità e dei loro valori, privati delle loro specifiche preferenze, non potendo più agire in ragione dei loro interessi, sono costretti a realizzare una scelta caratterizzata da giustizia e moralità in senso oggettivo, che conduce ai due principi di giustizia che costituiscono l'esito ultimo della posizione originaria¹³, i due principi cardine del liberalismo rawlsiano.

¹³ La dimensione ideale e pre-sociale costituita dalla posizione originaria è il luogo ideale perché si possano scegliere i principi fondamentali di giustizia. Grazie al velo di ignoranza gli individui sono privati di quelle conoscenze che condizionerebbero la loro scelta. All'interno della posizione originaria, infatti, "nessuno conosce il suo posto nella società, la sua posizione di classe o il suo status sociale, la parte che il caso gli assegna nella suddivisione delle doti naturali, la sua intelligenza, forza e simili". Rawls ipotizza che le parti contraenti non sanno «nulla delle proprie concezioni del bene e delle proprie particolari propensioni psicologiche. Questo assicura che nella scelta dei principi nessuno viene avvantaggiato o svantaggiato dal caso naturale o dalla contingenza delle circostanze

In questo paragrafo si intende sfruttare gli elementi portanti della concezione rawlsiana per tentare di comprendere come verrebbero percepite le quattro versioni della maternità surrogata da uno degli esseri razionali coperti dal velo di ignoranza.

Ebbene, il soggetto rawlsiano sa che i soggetti coinvolti nella pratica individuano nell'ambito procreativo uno dei luoghi in cui si possa concretizzare la loro specifica concezione del bene, al fine di realizzare il proprio "piano di vita"¹⁴. Quest'ultimo non si porrà in contrasto coi principi di giustizia rawlsiani e la maternità surrogata si configurerà come una pratica giusta, nel caso in cui essa costituisca effettivamente il mezzo per ridurre lo svantaggio naturale che i genitori intenzionali hanno rispetto alle coppie fertili: l'uguaglianza di *chances* rawlsiana, nel caso della maternità surrogata, deve configurarsi come uguaglianza di possibilità procreative.

Nella versione *semplice* della maternità surrogata i *soggetti* protagonisti, ricordiamolo, sono i genitori intenzionali, la madre surrogata e il nascituro. Le *pratiche mediche e giuridiche* necessarie per la realizzazione della pratica sono la fecondazione della madre surrogante, la creazione di

sociali. Poiché ognuno gode di un'identica condizione, e nessuno è in grado di proporre dei principi che favoriscano la sua particolare situazione, i principi di giustizia sono il risultato di un accordo o contrattazione equa». J. RAWLS, *Una teoria della giustizia* (5a ed.), Feltrinelli, Milano 2019, p. 33. I due principi di giustizia che «devono regolare l'assegnazione di diritti e doveri [...] e determinare la distribuzione appropriata dei vantaggi e degli oneri della vita sociale» stabiliscono che «ogni persona ha un eguale diritto al più esteso schema di eguali libertà fondamentali compatibilmente con un simile schema di libertà per gli altri» (principio di eguale libertà) e che «le ineguaglianze sociali ed economiche devono essere combinate in modo da essere (a) ragionevolmente previste a vantaggio di ciascuno; (b) collegate a cariche e posizioni aperte a tutti» (principio di differenza, J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, cit., pp. 70-76). Nella visione di "giustizia come equità" rawlsiana, in sostanza, la combinazione dei due principi comporta l'idea di una società in cui vengono assegnati i medesimi diritti e doveri fondamentali ed in cui le ineguaglianze possono essere sopportate se producono benefici compensativi soprattutto per i membri meno avvantaggiati (cfr. J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, cit., p. 35). Per un ulteriore approfondimento sulla teoria della giustizia e, più in generale, sul pensiero di John Rawls si veda, tra gli altri, S. MAFFETTONE, *Introduzione a Rawls*, Laterza, Roma-Bari, 2011.

¹⁴ La condotta degli individui guidati da un piano razionale "dovrebbe essere il più coordinata possibile in modo da ottenere risultati che [...] siano i migliori dal punto di vista della giustizia sociale". J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, cit., p. 72. Un piano razionale di vita può essere compatibile, nella concezione rawlsiana, anche con la rinuncia ad alcune libertà fondamentali, purché gli individui siano «sufficientemente ricompensati dai vantaggi sociali ed economici che ne risulterebbero». J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, cit., p. 78.

un rapporto contrattuale (gratuito o oneroso) tra madre surrogante e genitori intenzionali, la cessione del bambino.

L'essere razionale rawlsiano (ERR) da una fattispecie così semplificata dedurrebbe sin da subito che la "lotteria della vita"¹⁵ ha riservato ad almeno uno dei genitori intenzionali uno svantaggio biologico. Proseguendo nell'analisi egli verificherebbe che le procedure mediche per la sua realizzazione ed il relativo inquadramento giuridico non presentano particolari problemi, proprio poiché essi insieme concorrono alla riduzione di quello svantaggio. L'ERR troverebbe tutt'al più immorale la procedura nel caso in cui i genitori intenzionali avessero avuto a disposizione altre possibilità procreative e non le avessero prese seriamente in considerazione. Ma, alla luce delle informazioni note, essi non hanno altre opzioni e strade da percorrere per soddisfare il loro desiderio di genitorialità e, dunque, per la realizzazione del loro piano di vita. D'altronde, in ragione del progresso scientifico in ambito biomedico gli individui sono in grado di definire sé stessi anche grazie al superamento di un limite biologico.

Anche la scelta della surrogante di mettere a disposizione le proprie capacità generative a favore di terzi pare non possa costituire un problema. Il beneficio che la gestante riceverebbe, anche nel caso in cui esso fosse di natura economica, non creerebbe danno ad alcuno, in quanto teso a soddisfare il legittimo desiderio dei genitori intenzionali.

Eguali considerazioni l'ERR effettuerebbe nei confronti del nascituro. Nel momento in cui avviene la sua cessione si concretizza in maniera definitiva la riduzione dello svantaggio inizialmente patito dai genitori intenzionali. Da questa prospettiva la maternità surrogata, condizione di esistenza del bambino, farebbe da contraltare all'arbitrarietà morale legata alla lotteria naturale della nascita.

In base alle informazioni che ha a disposizione nell'opzione *semplice*, l'ERR, coperto dal velo di ignoranza, semplicemente osservando le azioni e le procedure messe in campo dai protagonisti della particolare vicenda

¹⁵ Ricordiamo che per Rawls «la distribuzione iniziale dei beni è fortemente influenzata dalle contingenze naturali e sociali. Per esempio l'attuale distribuzione della ricchezza e del reddito è l'effetto cumulativo di precedenti distribuzioni dei beni naturali, cioè dei talenti naturali e delle abilità, a seconda che esse siano sviluppate o meno, e che il loro uso sia stato favorito o ostacolato nel tempo da circostanze sociali e da contingenze causali quali la sfortuna e la buona sorte. L'ingiustizia più evidente del sistema della libertà naturale sta intuitivamente nel fatto che esso permette che le quote distributive siano eccessivamente influenzate da tali fattori così arbitrari da un punto di vista morale [...]. [L]e quote distributive sono decise dall'esito della lotteria naturale e questo risultato è arbitrario da un punto di vista morale». J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, cit., pp. 86-87.

2/2020

procreativa, riterrebbe la stessa perfettamente coerente con i principi di giustizia e, pertanto, giudicherebbe la maternità surrogata una pratica eticamente sostenibile.

Nella versione *intermedia* ai soggetti presenti nella prima ipotesi (genitori intenzionali, madre surrogante e nascituro), si aggiunge l'altro figlio minore della gestante. Le *procedure mediche e giuridiche* rimarrebbero immutate. Anche in questo caso, così come avvenuto per l'utilitarista, la circostanza, da sola, non sembra possa incidere in maniera decisiva sulle valutazioni finali dell'osservatore morale immaginato da Rawls. Le considerazioni che l'ERR aveva fatto nella versione *semplice* con riferimento ai genitori intenzionali, alla surrogante ed al nascituro resterebbero immutate, poiché la modifica sul piano soggettivo non pare in grado di condizionare il contesto relazionale complessivo. Egli riterrebbe infatti che l'altro minore sarebbe un mero osservatore di un altrui progetto procreativo la cui opportunità, ancora una volta, non può essere messa in discussione. Pertanto, anche nell'ipotesi *intermedia* la maternità surrogata potrebbe essere portata avanti senza particolari riserve, poiché sembra rispettare a pieno i principi scelti all'interno della posizione originaria.

Nella versione *complessa-1*, l'ERR è alle prese con un fattore di condizionamento esterno, costituito da una condizione di indigenza economica per la madre gestante.

Soggetti e procedure sono i medesimi della versione *intermedia*, per cui per essi valgono le medesime considerazioni fin qui condotte. La *circostanza esterna di condizionamento*, incidendo sulla qualità di vita della gestante, sembra in grado, da sola, di cambiare radicalmente lo scenario.

L'ERR, qualora verificasse l'esistenza di una radicale compressione della libertà di scelta della gestante, individuerebbe nell'onerosità della pratica un serio problema. La donna, nel caso di specie, non agirebbe né per spirito altruistico né per un "lecito" vantaggio economico e la sua scelta procreativa, agli occhi di un essere razionale, risulterebbe illegittima quantomeno sotto tre distinti profili.

1) Anzitutto essa non si muoverebbe all'interno dello stesso quadro di opportunità e di libertà effettive dentro il quale invece opera chi sa di non essere «manifestatamente avvantaggiato o svantaggiato da contingenze sociali o naturali»¹⁶, come si presume possa essere la gestante dell'ipotesi *semplice*. L'ERR troverebbe conferma delle sue idee se, potendo liberarsi

¹⁶ J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, cit., p. 39.

anche solo per un attimo dal velo di ignoranza, osservasse ciò che avviene soprattutto in alcuni paesi del sud del mondo, dove la maternità surrogata è considerata un business, una mera opportunità di guadagno, ed in cui la condizione di estrema povertà e vulnerabilità della donna mette effettivamente in discussione la stessa libertà della scelta, che difficilmente può essere definita a queste condizioni come realmente autonoma¹⁷. In ogni caso la condizione di assoluta povertà non assicurerebbe l'uguaglianza di *chances* e la maternità surrogata diverrebbe per l'ERR una scelta effettuata in contraddizione con i principi di giustizia.

2) In secondo luogo, benché la pratica generi un vantaggio per le coppie benestanti, essa sarebbe ciononostante illegittima poiché i genitori intenzionali, di fatto, starebbero comprando¹⁸ il corpo di una donna di una classe socio-economica più bassa. Anche questa circostanza trova conferme nella realtà: non sono rari i casi in cui la surrogazione di maternità è frutto di un accordo tra una coppia benestante che "appropria" della precaria condizione mentale e fisica di donne povere, attratte esclusivamente dalla possibilità di ricevere un compenso. L'elevato costo delle tecnologie della riproduzione genera uno «spartiacque fra donne del Nord e donne del Sud del mondo [...]: da una parte le non abbienti che vendono ovociti e

¹⁷ Sul punto Chiara Saraceno osserva che «[l]a storia e l'antropologia sono ricche di esempi in cui un uomo o una coppia, hanno prima indotto la gravidanza e poi si sono appropriati del bambino procreato da un'altra donna [...]. [L]a donna gestante o era una schiava o comunque era/è in posizione di forte subalternità [...]. È forte la preoccupazione per il possibile sfruttamento delle donne che si prestano a questa pratica e più in generale per il rischio di considerare ancora una volta il corpo della donna come strumento per realizzare desideri altrui. Si tratta di una preoccupazione che trova la sua conferma nelle condizioni in cui queste pratiche avvengono in alcuni paesi in via di sviluppo (l'India, la Cambogia, il Nepal, la Thailandia, alcuni paesi dell'Est europeo come l'Ukraina), ove la povertà e lo squilibrio economico e sociale tra i "committenti" e la donna che si presta a portare avanti una gestazione per loro conto è enorme e i controlli e l'isolamento cui le gestanti sono sottoposte spesso sono ampiamente fuori dei limiti della libertà». C. SARACENO, *Dilemmi intorno alla gestazione per altri*, in AA.VV., *Odissea Embrionale. Fecondazione in vitro, eterologa e surroga di gravidanza: problemi di salute, giuridici e sociali*, a cura di L. Corradi, Mimesis, Milano - Udine 2019, p. 20. Sull'argomento si veda anche A. PANDE, *Commercial Surrogacy in India: manufacturing a perfect mother-worker*, in *Signs*, vol. XXXV, 4/2010, pp. 969-992.

¹⁸ Le difficoltà di natura economica di donne che sono disposte a "vendere" il frutto della loro gravidanza, secondo alcuni avvicinerrebbe la pratica a nuove forme di schiavitù o di prostituzione. Sul punto si veda G. DUCHÉ, *Abolition de la GPA et de la prostitution, même combat contre le patriarcat*, consultabile al link <http://sisyphe.org/spip.php?article5252>.

2/2020

“affittano” l’utero, e dall’altra le benestanti che pagano, per problemi di salute, di infertilità o perché non vogliono sottoporsi a una gravidanza»¹⁹.

Le sempre più accentuate diseguaglianze tra ricchi e poveri, nel caso di specie, si trasformano in diseguaglianze dei corpi. Si è autorizzati a pensare che ci siano corpi di serie A e corpi di serie B.

3) L’ERR non avrebbe poi difficoltà a notare che le disparità di trattamento economico non vi sono solo tra genitori intenzionali e madri surroganti, ma anche all’interno delle stesse coppie, dato che la capacità eterogenerativa²⁰ è strettamente connessa alla propria capacità economica, tant’è che per le coppie prive di risorse finanziarie la possibilità di formare una famiglia con figli è fortemente compromessa²¹. Ancora una volta vi sarebbe un inaccettabile squilibrio rispetto alle opportunità di scelta.

In una prima versione *complessa*, la maternità surrogata risulterebbe, agli occhi dell’ERR, una pratica moralmente non sostenibile.

Nella quarta ed ultima versione della maternità surrogata, definita *complessa-2*, come già detto muta la *circostanza esterna di condizionamento*, rappresentata da una grave patologia per la gestante, occorsa durante la gravidanza. *Soggetti e procedure* sono i medesimi delle ipotesi già esaminate. Così come per il caso precedente, la condizione dei minori coinvolti pare non essere determinante ai fini di una valutazione complessiva.

L’ERR evidenzerebbe sin da subito che portare avanti la maternità surrogata nel momento in cui si dovesse verificare un danno per la salute della donna sarebbe assolutamente irrazionale, dato che un tale pregiudizio in nessun modo potrebbe rientrare in un piano di vita soddisfacente.

Ricordiamo, inoltre, che la maternità surrogata è considerata accettabile dall’ERR nella misura in cui consenta di superare un limite fisico che, nel caso di specie, è rappresentato dalla sterilità. Sarebbe paradossale, così, consentire una pratica che per un verso è diretta a risolvere un problema legato alla salute di un soggetto (uno o entrambi i genitori intenzionali), per l’altro produce un danno, probabilmente maggiore, per un altro soggetto coinvolto nella pratica (la gestante).

¹⁹ L. CORRADI, *Nel ventre di un'altra. Una critica femminista delle tecnologie riproduttive*, Castelveccchi, Roma, 2017, p. 23.

²⁰ Con tale locuzione intendo riferirmi alla possibilità di ricorrere alla messa a disposizione del corpo di un'altra donna a fini procreativi.

²¹ Cfr. L. D’AVACK, *La maternità surrogata: un divieto inefficace*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, cit., pp. 139-160.

Se l'ERR volesse allargare ulteriormente la prospettiva troverebbe ulteriori ragioni per giustificare l'inopportunità della maternità surrogata della versione *complessa-2*. In particolare, la patologia per la gestante, al di là dei rilievi sinora condotti, potrebbe costituire un problema anche per il sistema sanitario che dovrebbe trovare delle risorse per contrastare uno svantaggio determinato non più dalla lotteria naturale, bensì da una precisa opzione procreativa portata avanti irrazionalmente dai promotori della maternità surrogata. Nell'ottica distributivistica rawlsiana, fin qui descritta nei suoi caratteri essenziali, la circostanza costituirebbe un problema di non poco conto.

L'ERR, forse ancor di più che nella prima ipotesi *complessa*, dovrebbe concludere che nella versione *complessa-2* la maternità surrogata non dovrebbe essere portata a compimento.

Al termine di questa seconda parte dell'indagine, la maternità surrogata, secondo una lettura "razionale", appare come una pratica immorale in due ipotesi su quattro. La questione della distinzione tra forme gratuite e onerose acquisisce un significato morale nella terza ipotesi (*complessa-1*), tant'è che le seconde, in ragione della *circostanza di condizionamento* introdotta, non sono in grado di superare il test di moralità dell'ERR.

Più in generale, tanto l'ipotesi *semplice* quanto quella *intermedia*, anche a causa dei pochi elementi che le caratterizzano, non sembrano presentare particolari problemi, nonostante la prospettiva dalla quale le si analizzano sia rappresentata dalla dimensione decontestualizzata della posizione originaria. La pratica, al contrario, non appare più eticamente sostenibile nel momento in cui l'osservatore razionale rawlsiano verifichi l'esistenza di elementi in grado di comprimere in maniera consistente la libertà di scelta (ipotesi *complessa-1*) o che rappresentino una seria minaccia per uno dei beni fondamentali dei soggetti coinvolti (*complessa-2*). Sembra che tanto i limiti e le costrizioni di natura socio-economica (ipotesi *complessa-1*) quanto i gravi problemi legati alla salute (ipotesi *complessa-2*) impediscano una scelta puramente razionale.

4. Oltre il felicific calculus e il velo di ignoranza: riflessioni conclusive

Secondo le prospettive teoriche assunte, la maternità surrogata sembra non sollevare particolari problemi nel momento in cui sia frutto di

una scelta consapevole e non condizionata realizzata dai soggetti promotori del progetto procreativo (ipotesi *semplice* e *intermedia*). I due *philosophical tool* sono stati però in grado di svelare due importanti criticità “nascoste” dietro le circostanze di condizionamento utilizzate nelle ipotesi *complesse*:

1) la questione della mercificazione del corpo femminile (connessa alla condizione di povertà della donna emersa nell’ipotesi *complessa-1*)²²;

2) il tema della compressione della salute (correlato alla patologia occorsa alla gestante rilevata nell’ipotesi *complessa-2*).

Rispetto al primo punto, segnatamente dalla prospettiva dell’ERR, decisiva sembra essere stata la distinzione tra gratuità e onerosità della pratica, per cui solo nelle seconde si realizzerebbe una mercificazione del corpo femminile (ricordiamo che per l’utilitarista tale distinzione non è mai stata determinante). È dunque interessante comprendere se quella distinzione possa essere assunta come criterio distintivo fondamentale per rilevare la presenza della mercificazione o se già dentro le ipotesi gratuite, nonostante lo spirito di solidarietà che muoverebbe la surrogante, si possa rinvenire una qualche forma di “commercializzazione” del corpo della donna.

Si consideri anzitutto che nelle ipotesi di maternità surrogata gratuite vi può essere una dazione di denaro per la gestante, seppur sotto forma di rimborso²³, il che induce a riflettere su quale sia effettivamente il valore solidale della scelta. Quantificare il grado di altruismo di una qualunque scelta procreativa non è mai semplice. Anche nella nascita “naturale”, ad esempio, il nascituro può essere considerato uno strumento per il mero soddisfacimento di un interesse che non è (solamente) quello del bambino, ma (può essere in primo luogo quello) del genitore. Ed anche nel caso dell’adozione, che condivide con la maternità surrogata l’assenza della condivisione corporea della gestazione, non si può aprioristicamente escludere che ciò che muove principalmente l’individuo sia, prima di ogni altra cosa, la soddisfazione del proprio desiderio di genitorialità, che non è detto si accompagni costantemente al fine altruistico normalmente associato alla pratica adottiva. Anche il concetto di solidarietà, pertanto, in ragione della sua vaghezza ed indeterminatezza, non può costituire

²² Il problema della mercificazione del corpo della donna pone consistenti interrogativi sulla dignità della donna. La stessa Corte costituzionale ha ritenuto che la pratica «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane». Corte costituzionale, sentenza n. 272 del 22 novembre 2017.

²³ Cfr. AA.VV., *Odissea Embrionale*, cit., in particolare pp. 97 e 149.

l'elemento di discriminazione fondamentale nella definizione della legittimità morale della pratica.

Il fatto che nelle ipotesi di maternità surrogata a titolo oneroso il prezzo dello scambio sia più facilmente visibile non esclude automaticamente che anche nell'altra ipotesi non ci sia un costo, di natura non patrimoniale, che rende non sostenibile l'equazione per cui non essendovi un prezzo non vi sarebbe una merce da vendere e dunque non si realizzerebbe una mercificazione. La presenza del denaro determina una degradazione del nato ad un prodotto, ad una sorta di oggetto con valore di scambio, il che favorisce l'indistinguibilità tra persona e cosa²⁴. Ma anche al di fuori di questa ipotesi, per quanto sopra esposto, non si può escludere che si possa verificare una qualche forma di mercificazione nel momento stesso in cui si pretenda di contrattualizzare beni e valori che, per definizione, non sono suscettibili di alcuna quantificazione, semplicemente perché trattasi di beni indisponibili che non possono essere in alcun modo minacciati.

Proseguendo, e senza più l'ausilio dei nostri *philosophical tool*, concluderemmo che nella realtà il grado di incidenza e influenza che la quantificazione economica delle capacità generative ha sulla compressione dei beni fondamentali in gioco costituirebbe un'aggravante. Infatti, è proprio la cessione onerosa delle capacità riproduttive che consente al Comitato Nazionale di Bioetica di equiparare la pratica alla compravendita di organi²⁵. La contrattualizzazione del corpo della donna a fini procreativi ingenera in definitiva consistenti dubbi, che certamente aumentano nei casi di maternità surrogata onerosa, ma che non possono essere aprioristicamente esclusi nelle ipotesi gratuite.

Nell'ipotesi *complessa-2*, tanto per l'utilitarista, quanto per l'ERR, a compromettere la non sostenibilità etica della pratica è stata invece la compressione della salute di uno dei soggetti coinvolti, e ciò a prescindere dalla gratuità o onerosità della pratica. In questa sede non è possibile dar conto di tutti i fattori di rischio per la salute legati alla surrogazione di

²⁴ Cfr. L. D'AVACK, *La maternità surrogata: un divieto inefficace*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, cit., pp. 139-160.

²⁵ Il Comitato Nazionale di Bioetica, nel 2016, ha avvicinato la maternità surrogata alla compravendita e al traffico illegale di organi richiamando, oltre che sue precedenti mozioni sul tema, anche l'art. 21 della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina (1997) secondi cui: "Il corpo umano e le sue parti non debbono essere, in quanto tali, fonte di profitto". Comitato nazionale di Bioetica, *Mozione maternità surrogata a titolo oneroso*, 18 marzo 2016, consultabile al link http://bioetica.governo.it/media/1408/m17_2016_surroga_materna_it.pdf.

2/2020

maternità se non nella misura in cui essi siano rilevanti per la definizione del perimetro morale entro cui stiamo tentando di muoverci. Il dato che emerge in maniera piuttosto evidente è che la pratica in esame pare non si discosti in modo sostanziale dalle altre forme di riproduzione tecnologica che non contemplano l'“affitto” dell'utero di un'altra donna.

Ad esempio, è pur vero che le madri surroganti possono essere più facilmente soggette ad ipertensione (più del triplo) rispetto alle madri naturali per il fatto di aver ricevuto embrioni creati con gli ovuli di un'altra donna²⁶, ma la circostanza è condivisa con le madri non surroganti che, per ragioni di fertilità, utilizzano gli ovuli di una donatrice. O ancora tanto le surroganti quanto le donne che affrontano una fecondazione eterologa possono andare incontro a problemi di salute legati ai farmaci che vengono somministrati prima dell'impianto degli embrioni. Più in generale, l'impianto di diversi embrioni adottato in alcuni casi di fecondazione in vitro (FIV) che si rende necessario per aumentare le possibilità di una gravidanza, può determinare gravidanze multiple alle quali è normalmente associato un incremento del rischio di preeclampsia, emorragia postparto, isterectomia, diabete gestazionale, iperemesi e anemia²⁷.

Stesso discorso deve essere fatto per i rischi per la salute del bambino nato da una surrogazione di maternità, che sembrano essere i medesimi di chi nasca comunque da FIV. Secondo uno studio, i bambini nati da fecondazione in vitro, avrebbero maggiori probabilità di contrarre gravi patologie nel corso della vita, come cancro, malattie cardiache e metaboliche²⁸, mentre alcune ricerche, sebbene con risultati ancora non univoci e definitivi, hanno valutato la possibilità di una relazione tra FIV con iniezione intra-citoplasmatica di spermatozoi e difetti alla nascita²⁹.

Anche le conseguenze di ordine psicopatologico non sembrano conferire alla maternità surrogata una specialità rispetto ad altre forme di

²⁶ Cfr. AA. VV., *Odissea Embrionale*, cit., p. 40.

²⁷ In argomento si veda J. PARKINSON, C. TRAN, T. TAN, J. NELSON, J. BATZOFIN, P. SERAFINI, *Perinatal outcome after in-vitro fertilization-surrogacy*, in *Human Reproduction*, vol. XIV, 3/1999, pp. 671-676; J. KAPFHAMER, B. VAN VOORHIS, *Gestational surrogacy: a call for safer practice*, in *Fertility and Sterility*, vol. CVI, 2/2016, pp. 270-271 e J. ALEXANDER, L. LEVI, *Intracranial hypertension in a patient preparing for gestational surrogacy with leuprolide acetate and estrogen*, in *Journal of Neuro-Ophthalmology*, vol. XXXIII, 3/2013, pp. 310-311.

²⁸ Cfr. P. HUNTER, *The long-term health risks of ART*, in *Embo Reports*, vol. XVIII, 7/2017, pp. 1061-1064.

²⁹ Difetti del sistema nervoso, del sistema genito-urinario, dell'apparato digerente, del sistema muscolo-scheletrico. Cfr. J. WEN, J. JIANG, C. DING, J. DAI, Y. LIU, Y. XIA, J. LIU, Z. HU, *Birth defects in children conceived by in vitro fertilization and intracytoplasmic sperm injection: a meta-analysis*, in *Fertility and Sterility*, vol. XCVII, 6/2012, pp. 1331-1337.

procreazione medicalmente assistita, tanto per la madre, quanto per il nascituro.

Così, è possibile ipotizzare che la madre surrogante riceva pregiudizio dal distacco e abbandono di un figlio col quale si sono sviluppati lentamente sentimenti e generate irripetibili emozioni³⁰. O ancora non è da escludere che la surrogante viva uno stato di stress durante la gravidanza superiore rispetto alle altre madri anche a causa delle aspettative dei genitori intenzionali³¹. La maggiore esposizione a stress materno potrebbe determinare l'incremento del livello di alcuni ormoni dello stress (ACTH, CRH, prolattina e ossitocina) nella madre con riflessi sulla riduzione del flusso sanguigno uteroplacentare e conseguente IUGR (restrizione della crescita intrauterina). L'elevato livello ormonale di cui sopra, inoltre, contribuirebbe ad aborti spontanei, a malformazioni e preeclampsia³². Tuttavia, allo stato attuale, non si hanno elementi a sufficienza che consentano di porre una netta linea di demarcazione tra lo status psicologico delle madri surroganti e delle madri non surroganti, che potrebbero ricevere un uguale livello di stress³³.

Per ciò che concerne il figlio, per quanto non andrebbe trascurata la possibilità di un impatto, anche a lungo termine, di una dissociazione tra filiazione materna e gestazione sulla psiche dei nati per mezzo di *surrogacy*³⁴, la maggior parte degli studi mostrano che i bambini nati da madri surroganti non differiscono nei loro comportamenti da soggetti nati da gravidanze naturali. Essi «all'età di due anni, pare che non abbiano difficoltà nella loro integrazione sociale e nel loro sviluppo cognitivo ed

³⁰ Di contro, si potrebbe pensare che la madre intenzionale sviluppi un senso di inadeguatezza e inferiorità a causa della sua incapacità di portare una vita nel grembo.

³¹ In argomento si veda N. RUIZ-ROBLEDILLO, L. MOYA-ALBIOL, *Gestational surrogacy: psychosocial aspects*, in *Psychosocial Intervention*, vol. XXV, 3/2016, pp. 187-193.

³² In argomento si veda E.J.H. MULDER, P.G. ROBLES DE MEDINA, A.C. HUIZINK, B.R.H. VAN DEN BERGH, J.K. BUITELAAR, G.H.A. VISSER, *Prenatal maternal stress: effects on pregnancy and the (unborn) child*, in *Early Human Development*, vol. LXX 70, 1-2/2002, pp. 3-14.

³³ Cfr. M. SIMOPOULOU, K. SFAKIANOUDIS, P. TSILOULOU, A. RAPANI, G. ANIFANDIS, A. PANTOU, S. BOLARIS, P. BAKAS, E. DELIGEOROGLOU, K. PANTOS, M. KOUTSILIERIS, *Risks in surrogacy considering the embryo: from the preimplantation to the gestational and neonatal period*, in *BioMed Research International*, 2018, pp. 1-9, in particolare p. 7.

³⁴ Cfr. L. D'AVACK, *La maternità surrogata: un divieto inefficace*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, cit., pp. 139-160. In argomento si veda anche R. ELDMAN, *Surrogacy: the psychological issues*, in *Journal of Reproductive and Infant Psychology*, vol. XXII, 2/2004, pp. 123-136, nonché L.C. HUFFMAN, R. DEL CARMEN, *Prenatal stress*, in AA.VV., *Childhood stress*, edited by L.E. Arnold, John Wiley & Sons, New York-Chichester-Brisbane-Toronto-Singapore 1990, pp. 142-171.

emotivo. Successivamente, all'età di tre, sette, e dieci anni, il loro benessere psicologico è risultato essere agli stessi livelli dei loro coetanei»³⁵.

In definitiva, al momento non si dispone di evidenze scientifiche sufficienti che permettano di ritenere che vi sia una differenza sostanziale o quanto meno statisticamente significativa nello sviluppo di patologie fisiche e psichiche tra la maternità surrogata ed altre forme di riproduzione tecnologica. Cionostante, il dubbio per cui la *surrogacy* possa determinare peculiari complicanze di natura medica è un dato che deve far riflettere e che non possiamo archiviare frettolosamente, soprattutto nel momento in cui la compressione della salute di un soggetto terzo rischia di diventare uno dei prezzi da pagare per soddisfare l'altrui desiderio di genitorialità. Sebbene tale dubbio da solo non sembri essere in grado di orientare il nostro convincimento in ordine alla moralità della pratica, esso può assumere un peso diverso se considerato unitamente al problema della mercificazione del corpo della donna.

All'esito dell'indagine condotta, che per ragioni e limiti di carattere metodologico non ha potuto ricomprendere alcune problematiche³⁶, i dilemmi morali emersi possono in definitiva essere ridotti ad un unico e significativo interrogativo. Il desiderio di genitorialità, *primum movens* della pratica di *surrogacy*, ha la forza sufficiente per poter superare le due principali criticità emerse dalla presente analisi?

Per un verso, a certificare l'intensità del peso morale che accompagna la scelta dei genitori intenzionali è l'esistenza stessa della maternità surrogata: il desiderio di genitorialità, diretto com'è alla ricerca di nuove possibilità procreative, ha senza ombra di dubbio condizionato il progresso scientifico e favorito il proliferare di nuove tecnologie riproduttive. Ma riteniamo che sia vero anche il contrario, ossia che siano stati i nuovi scenari disegnati dalle inedite opzioni generative ad aver avuto un ruolo decisivo sull'ambizione riproduttiva degli individui. Dentro questa complessa ed articolata dinamica la maternità surrogata, attribuendo un nuovo

³⁵ M. SIMOPOULOU, K. SFAKIANOUDIS, P. TSILOULOU, A. RAPANI, G. ANIFANDIS, A. PANTOU, S. BOLARIS, P. BAKAS, E. DELIGEOROGLOU, K. PANTOS, M. KOUTSILIERIS, *Risks in surrogacy considering the embryo: from the preimplantation to the gestational and neonatal period*, cit., p. 7 (traduzione mia).

³⁶ Su tutti, si pensi al tema dell'interesse del minore, principio che ha trovato la sua solenne affermazione anzitutto all'interno della Convenzione sui diritti del fanciullo, (fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176) per cui «in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente».

significato al rapporto tra sessualità e procreazione, ha avuto un ruolo performativo sugli intendimenti morali dei numerosi soggetti a vario titolo coinvolti nella pratica. Invero, il binomio aveva già subito una frattura con la rivoluzione culturale e sessuale degli anni '70, grazie alla quale si era lentamente instillata nella mente degli individui l'idea che si potesse liberamente parlare di una sessualità sganciata dal fenomeno riproduttivo. Questa frattura è stata portata a definitivo compimento dalle nuove forme di fecondazione assistita ed ora è pacificamente possibile sostenere il contrario e dunque disquisire di una riproduzione totalmente sganciata dalla pratica sessuale³⁷. Uno dei risultati più evidenti è la contemporanea ridefinizione delle ragioni istintuali dell'individuo, quasi che la sua stessa esistenza possa acquisire un senso pieno solo in ragione delle proprie possibilità e capacità riproduttive³⁸. Il desiderio alla riproduzione, così, spesso si è trasformato in ansia procreativa, governata dalle nuove tecnologie riproduttive da sfruttare, nel caso, anche in età più avanzata³⁹.

Il tortuoso percorso teso al superamento della sterilità difficilmente può essere compreso da chi non vive il problema in prima persona⁴⁰, per cui

³⁷ Cfr. M. DI MASI, *Maternità surrogata: dal contratto allo "status"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 4/2014, p. 616.

³⁸ In altri termini, l'individuo è alla ricerca di una espansione perpetua. Parla di "*perpetual expansion*" Daniela Danna, in E. BONINI, Z. BEREND, S. POZZOLO, L. CANTORE, D. DANNA, *Desires and rights. surrogacy at the crossroads of new ethical dilemmas? round table about GPA, second round*, in *AG AboutGender – International journal of gender studies*, vol. VI, 11/2017, pp. 389-409.

³⁹ Si consideri tuttavia che *«the risks of delayed parenthood involve a minority of cases, but are parents entitled to accept any risk on the behalf of their baby A complete information would make people cautious before deciding to postpone childbearing, though this is often an obliged rather than a free choice: the consumerist society pressure and the difficulty to find an employment have their heavy weight in this choice»*. C. BELLINI, *Neonatal risks from in vitro fertilization and delayed motherhood*, in *World Journal of Clinical Pediatrics*, vol. I, 4/2012, pp. 34-36, reperibile al link <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4145649/>.

⁴⁰ Mi permetto di prendere in prestito la locuzione "*hermeneutic point of view*" dal giurista inglese Herbert Hart, che la utilizza per riferirsi a chi, pur non essendo coinvolto direttamente in una pratica, finge di parteciparvi, proprio al fine di comprenderne meglio il senso ed il funzionamento. Tale prospettiva rappresenta una terza via rispetto alla nota distinzione tra "punto di vista esterno" e "punto di vista interno", che lo stesso Hart aveva realizzato. Una osservazione "esterna" della pratica consente semplicemente di valutare la regolarità della condotta, mentre chi partecipa da un punto di vista interno, non si limita ad osservarla, ma ne riconosce la regolarità e la accoglie come modello di comportamento. Cfr. H.L.A. HART, *The concept of Law*, Clarendon Press, Oxford 1961, trad. italiana di M.A. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1965. Più specificatamente sul punto di vista ermeneutico si veda, tra gli altri, V. VILLA, *Hermeneutic point of view e analisi delle norme*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 59/1982.

2/2020

sarebbe inopportuno pensare che possano realizzarsi facilmente distinzioni tra desideri di genitorialità legittimi ed illegittimi. E per chi mai non potrebbe o vorrebbe vivere un'esperienza genitoriale l'unica soluzione possibile sarebbe assumere un punto di vista ermeneutico, provando cioè a fingere di partecipare alla pratica per comprenderne meglio il senso ed il funzionamento⁴¹: è questo lo spirito con il quale si è cercato di portare avanti gli esperimenti teorici utilizzati nel presente scritto. Da questa peculiare prospettiva il desiderio di genitorialità, soprattutto quando non venga degradato ad ansia riproduttiva, risulta essere un sentimento degno del massimo rispetto e che necessita di tutte le opportune tutele anche ricorrendo, ove necessario, alle innumerevoli possibilità procreative oggi messe a disposizione dal progresso tecnologico. Tuttavia, ci si auspica che ciò si possa realizzare senza passare dalla mercificazione del corpo della donna e avendo l'assoluta certezza che la pratica non favorisca la compressione della salute dei soggetti coinvolti. La maternità surrogata, alla luce delle riflessioni condotte, al momento non sembra che possa portarsi avanti senza che emergano quelle criticità. E se non si sgombera il campo da ogni dubbio il rischio concreto è che, per fini procreativi, si legittimi la violazione di valori fondamentali ontologicamente connessi alla dignità dell'individuo.

⁴¹ Il desiderio di genitorialità potrebbe essere qualificato come bene universalizzabile, alla maniera proposta dal filosofo Richard Mervin Hare. R.M. HARE, *Moral thinking: its levels, methods and point*, Oxford University Press, 1982.