

## LA PLURALITÀ DEL CONSENSO NEGLI ACCORDI DI MATERNITÀ SURROGATA

Di Giulia Terlizzi

| 409

**SOMMARIO:** 1. Il problema dei consensi nella maternità surrogata. – 2. Il consenso nel contratto di maternità surrogata. – 3. Il consenso nella determinazione dello status genitoriale: il ruolo dell'intention nel contratto di maternità surrogata. – 4. Consenso e trasferimento di diritti indisponibili. – 5. Consenso, limiti cognitivi e diritto al ripensamento. – 6. Consenso e diritto alla autodeterminazione della donna. – 7. Dall'autonomia all'eteronomia: il caso di Israele. – 8. L'atto del consenso nella maternità surrogata "etica" o altruistica. – 9. Conclusioni

**ABSTRACT.** L'articolo affronta i problemi connessi alla disciplina del consenso nella maternità surrogata attraverso una indagine comparatistica, con particolare attenzione ad alcuni ordinamenti stranieri in cui la pratica è stata regolata. Sotto il profilo del consenso tipicamente contrattuale, l'attenzione è rivolta agli Stati in cui la pratica è ammessa, regolata e qualificata come contract o agreement, inteso come scambio di promesse vincolanti anche dietro un corrispettivo. Fra questi, le esperienze più interessanti provengono dagli Stati Uniti - ed in particolare, ma non solo, dalla California -, e da Israele. L'analisi volge poi lo sguardo verso alcuni ordinamenti - ed in particolare il Regno Unito, il Portogallo e la Grecia - in cui la pratica è stata ammessa e regolata in termini di gratuità e altruismo, secondo la disciplina del consenso sempre revocabile.

*The purpose of this article is to consider issues related to consent in surrogacy, with a particular focus on certain foreign legal systems in which the practice has been regulated. From the perspective of typical contractual consent, attention is focused on countries in which the practice is permitted, regulated and classified as a contract or agreement, understood as an exchange of binding promises, even in return for consideration. It is perhaps worth noting that some of the most interesting experiences come from the United States—in particular, but not exclusively, California—and Israel. The analysis then goes on to consider certain legal systems — in particular the United Kingdom, Portugal, and Greece — where the practice has been permitted and regulated in terms of gratuitousness and altruism, according to the rules of consent that can always be revoked.*



## 1. Il problema dei consensi nella maternità surrogata.

La disciplina giuridica della pratica - delicata e complessa - della maternità surrogata<sup>1</sup> ruota attorno al consenso, o più correttamente, ai consensi. Infatti, laddove regolamentata, la giustificazione della liceità dell'accordo avviene sulla base di due tipi diversi di consenso la cui disciplina - come si vedrà - non è di facile coordinamento. Da un lato, la pratica è modellata sul consenso tipico dello schema contrattuale, che è tendenzialmente irrevocabile. Ciò avviene in particolare in quegli ordinamenti in cui essa è qualificata come un contratto. Dall'altro, la pratica non può prescindere da un secondo "tipo" di consenso, quello del titolare di diritti idoneo a giustificare e rendere lecite le interferenze di terzi nella propria sfera personale, che altrimenti non sarebbero consentite. In questo ambito, il consenso è in linea di principio sempre revocabile<sup>2</sup>. È evidente che nelle aree in cui la patrimonializzazione dei diritti in oggetto non è lecita, lo schema contrattuale mal si concilia con i principi di indisponibilità, di revocabilità del consenso e di gratuità della prestazione. Di conseguenza gran parte delle fattispecie dispositive sono - almeno in Europa - ricondotte all'interno dell'area delittuale del consenso del titolare di diritti, e non nell'area contrattuale.

Gli aspetti problematici, già evidenziati dalla dottrina e dalla giurisprudenza che si è occupata del tema<sup>3</sup>, ruotano essenzialmente intorno a due nodi giuridici: il primo riguarda la difficile conciliazione della disciplina del consenso contrattuale con l'indisponibilità dei diritti coinvolti in questo tipo di accordi (i diritti connessi all'integrità personale, alla salute, all'intimità, allo stato, che non sono disponibili, neppure a titolo gratuito); il secondo riguarda i problemi derivanti dalla difficoltà di tutelare in un'unica fattispecie

\*Ove non specificamente indicate le traduzioni si intendono ad opera dell'autrice.

<sup>1</sup> Come noto, la maternità surrogata consiste nell'obbligo assunto da una donna di portare a termine una gravidanza per conto di una coppia e al termine della gestazione di consegnare il bambino alla coppia alla fine della gestazione. In merito alle parti coinvolte nell'accordo, si usa definire "committente" la coppia che conclude un'accordo di maternità surrogata di natura commerciale; nel caso in cui, invece la coppia concluda un accordo gratuito o altruistico, viene definita "intenzionale". Si parla di accordi di tipo commerciale quando è prevista la corresponsione di un compenso pecuniario, da parte dei genitori committenti a favore della madre surrogata, oltre al rimborso delle spese mediche. Quando, invece, l'accordo di maternità surrogata si sostanzia in un dono fatto da parte della madre surrogata, che non percepisce alcun compenso, fatto salvo il rimborso per le spese sostenute per adempiere l'accordo, che naturalmente sono a carico dei genitori intenzionali, si parla di accordo altruistico. Negli Stati Uniti troviamo più spesso l'uso di definizioni come *compensated surrogacy* per indicare la maternità surrogata commerciale e *uncompensated surrogacy* per indicare la maternità surrogata altruistica.

<sup>2</sup> Cfr. per una analisi di come l'indisponibilità dei diritti della personalità si traduca nella ineducibilità di tali diritti in contratto e per una nuova ipotesi di regolamentazione degli stessi, S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*; Milano, 2018, 49-51. Per una più ampia introduzione al tema del consenso informato, cfr. M. GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, in L. LENTI, E.P. FABRIS, P. ZATTI (curr.), *I diritti in medicina*, Milano, 2011, 191; sul consenso in ambito bioetico, cfr. V. CALDERAI, *Il problema del consenso nella bioetica*, in *Riv.dir.civ.*, 2005, 321-363.

<sup>3</sup> Cfr. la dettagliata ricostruzione sul tema ad opera di V. CALDERAI, *op.loc.ult.cit.*



la libertà del volere di una delle parti (attraverso la revoca del consenso prestato) e l'affidamento di terzi<sup>4</sup>. Come opportunamente osservato dalla dottrina, questi accordi riflettono “una emanazione di logiche e funzioni peculiari, che dovrebbero portare ad una diversa regolamentazione del consenso - a seconda che esso provenga dalla gestante o dalla coppia committente”<sup>5</sup>. In questa prospettiva, il consenso del titolare di diritti indisponibili, sempre revocabile, entra in conflitto con il carattere di “irrevocabilità”, elemento cardine dello schema contrattuale, creando una prima crepa all'interno di una impostazione regolamentativa che giustifica la liceità dell'accordo sulla base del “libero” consenso prestato dalle parti, come espressione dell'autonomia negoziale, applicando ad essa regole e rimedi di matrice contrattuale<sup>6</sup>.

Dall'altro lato, anche laddove si ipotizzi una regolamentazione che preveda il consenso all'atto dispositivo sulle funzioni generative da parte della madre surrogata, in forma di “dono”, senza finalità di lucro, estraneo ad un modello impostato su obbligazioni reciproche, e quindi fuori dall'area del contratto, la dottrina si è interrogata sulla compatibilità di questa regolamentazione con il divieto di esercitare sulla persona gli attributi del diritto di proprietà, ancorché a fronte del suo consenso, come sancito dalla Convenzione sulla abolizione della schiavitù<sup>7</sup>.

Nell'affrontare il tema del consenso nella maternità surrogata sarà utile porre l'attenzione su alcune esperienze straniere in cui la pratica è stata regolata. Sotto il profilo del consenso tipicamente contrattuale si volgerà l'attenzione su quegli Stati in cui la pratica è ammessa, regolata e qualificata come *contract o agreement*, inteso come scambio di promesse vincolanti anche dietro un corrispettivo<sup>8</sup>. Fra questi, le esperienze più interessanti pro-

<sup>4</sup> Cfr. R. CATERINA, *Le persone fisiche*, Torino, 2020, 106.

<sup>5</sup> Cfr. A.G. GRASSO, *La maternità surrogata altruistica. Un'ipotesi ricostruttiva*, Ariccia, 2020, 189.

<sup>6</sup> Cfr. A.G. GRASSO, *op.loc.ult.cit.*

<sup>7</sup> Ai sensi dell'art. 7 della Convenzione supplementare sull'abolizione della schiavitù, del commercio di schiavi, e sulle istituzioni e pratiche assimilabili alla schiavitù del 1956, la "schiavitù è lo stato o la condizione di un individuo sul quale si esercitano gli attributi del diritto di proprietà o taluni di essi, e lo "schiavo" è l'individuo che ha tale stato o condizione. In dottrina cfr. R. ANDORNO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, Paris, LGDJ, 1996, 5, 78; M. FABRE MAGNAN, *L'impossibilité d'une gestation pour autrui "éthique"*, in *La famille en mutation*, Arch. Phil. droit, 57, Dalloz, 2014, 465-484, 466: “la madre surrogata si impegna, quanto meno, a mettere il proprio utero a disposizione di qualcun altro al fine di portare in grembo un bambino per qualcun altro, in altre parole ad affittare il proprio utero. Una simile intrusione nella sua persona e nel suo corpo potrebbe rientrare nella definizione legale di schiavitù, così come viene definita oggi”; ID., *Les nouvelles formes d'esclavage et de traite, ou le syndrome de la ligne Maginot*, in *Rec.Dalloz*, 2014, 491.

<sup>8</sup> Il panorama statunitense è quanto mai frammentato sul tema. Su 50 Stati, 26 prevedono una regolamentazione esplicita che consente la pratica (sia gratuita che commerciale), tre la vietano espressamente, due la ammettono solo a titolo gratuito, tre la subordinano a criteri specifici di accesso, mentre 19 Stati non offrono alcuna disciplina normativa. Fra gli Stati che non hanno una legge per la maternità surrogata, gratuita o commerciale si segnalano: Alaska, Georgia, Hawaii, Iowa, Massachusetts, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, New Mexico, North Carolina, Ohio, Oregon, Pennsylvania, South Carolina, South Dakota, Tennessee, Wisconsin, Wyoming. In tre Stati i contratti di surrogacy sono espressamente vietati: Arizona, cfr. Arizona revised Statutes §25-218; Indiana, cfr. Indiana Code 31-20-1-

vengono dagli Stati Uniti - ed in particolare, ma non solo, dalla California -, e da Israele. L'attenzione sarà poi rivolta ad alcuni ordinamenti - ed in particolare al Regno Unito, al Portogallo e alla Grecia - in cui la pratica è stata ammessa e regolata in termini di gratuità e altruismo, secondo la disciplina del consenso, sempre revocabile, del titolare dei diritti.

## 2. Il consenso nel contratto di maternità surrogata

Nel *common law* statunitense, le libertà individuali stabilite dalle disposizioni costituzionali includono, tra gli altri, i principi profondamente radicati nella società e negli individui di *privacy*, *libertà economica* e *libertà contrattuale*<sup>9</sup>. Questi concetti hanno pervaso anche i rapporti giuridici del soggetto con il proprio corpo, plasmando la disciplina dei diritti personalissimi secondo il paradigma del diritto proprietario e dell'esclusività connessa a tale diritto<sup>10</sup>. Non sorprende quindi che la vitalità del principio classico della

---

1; Nebraska, cfr. R.R.S. Neb. 25-21, 200, che dichiara i contratti *void* e *unenforceable* ma non invalidi.

In Arizona (Arizona Revised Statutes § 25-218), Indiana (Indiana Code § 31-20-1-1) e Nebraska (Revised Statutes of Nebraska § 25-21,200), i contratti di surrogazione sono vietati o dichiarati nulli e privi di effetti. In Alabama (Ala. Code § 26-10C-34(c), 2019) e Kentucky (KRS § 199.590(4)) è ammessa esclusivamente la surrogazione a titolo gratuito. Florida (Fla. Stat. §§ 742.15, 63.213), Louisiana (HB 1102, 2016) e Michigan (Assisted Reproduction and Surrogacy Parentage Act, 2024) prevedono una regolamentazione fondata su criteri di accesso, generalmente legati allo stato civile o a condizioni mediche. Una normativa organica che consente la maternità surrogata sia gratuita sia commerciale, in genere mediante contratti formalizzati e procedure di *parentage* giudiziale, è presente in: Arkansas (Ark. Code § 9-10-201), California (Cal. Fam. Code §§ 7960-7962, 2013), Colorado (Colo. Rev. Stat. § 19-4.5-101, 2021), Connecticut (C.G.S. § 46b-450, 2022), Delaware (Del. Code tit. 13, §§ 8-801-8-809, 2013), Idaho (Idaho Code §§ 7-1601 et seq.), Illinois (750 ILCS 47/1-47/75, 2004), Kansas (in forza del Uniform Parentage Act e dell'Adoption Code), Maine (Me. Rev. Stat. tit. 19-A, ch. 61, §§ 1931-1938, 2016), Nevada (Nev. Rev. Stat. §§ 126.500-126.810, 2013), New Hampshire (N.H. Rev. Stat. §§ 168-B:1-168-B:22, 2014), New Jersey (N.J.S.A. § 9:17-65 et seq., 2018), New York (N.Y. Fam. Ct. Act art. 5-C, 2021), North Dakota (N.D. Cent. Code § 14-18), Oklahoma (Oklahoma Gestational Agreement Act, 2019), Rhode Island (R.I. Gen. Laws § 15-8.1 et seq., 2021), Texas (Tex. Fam. Code §§ 160.751-160.763, 2001), Utah (Utah Code Ann. §§ 78B-15-801-809, 2008), Vermont (Vermont Parentage Act, Title 15C, §§ 801-809), Virginia (Va. Code §§ 20-156-165, 1991), Washington (Wash. Rev. Code § 26.26, 1989) e West Virginia (W. Va. Code § 61-2-14h(e)(3)). Il Maryland, pur in assenza di una disciplina legislativa esplicita, consente la surrogazione sulla base di consolidata giurisprudenza. Il District of Columbia dispone infine di una normativa autonoma e completa, contenuta nel D.C. Code §§ 16-401-412 (2017), che autorizza la maternità surrogata sia gratuita che commerciale, purché conforme a stringenti requisiti sostanziali e procedurali.

Nella dottrina, cfr. A. YAU, R.L. FRIEDLANDER, A. PETRINI, et al., *Medical and mental health implications of gestational surrogacy*, in *Am. J. Obstet Gynecol.*, 2021; 225(03), 264-269.

<sup>9</sup> Fra i molti, cfr. E. FONER, *The Story of American Freedom*, New York, W W Norton & Co Inc, 2000.

<sup>10</sup> Il fondamentale diritto di procreare trova il suo fondamento in un diritto individuale alla *privacy* tutelato dalle garanzie di *due process* sostanziale del XIV emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti. cfr. M. A. GLENDON, *Abortion and Divorce in Western law. American Failures, European Challenges*, Harvard, Harvard University Press, 1987, 112 e ss.

libertà contrattuale si estenda anche ai contratti di maternità surrogata<sup>11</sup>. La libertà personale e la libera iniziativa economica, da un lato, e la limitata interferenza dello Stato, dall'altro, hanno così favorito l'emergere del diritto individuale alle tecniche di surrogazione di maternità, a tutela del diritto ad avere figli. In questi termini, il richiamo ad un "diritto alla procreazione", ha sensibilmente affievolito la percezione negativa della società verso la commercializzazione di alcuni servizi riproduttivi, compresi quelli gestazionali forniti attraverso i contratti di maternità surrogata.

Prima di addentrarci nelle pieghe della disciplina del consenso all'interno di questi accordi, occorre precisare che sebbene questi principi trovino tutela a livello costituzionale, non esiste una legge federale in materia; di conseguenza il quadro legislativo dei diversi Stati, laddove presente, appare molto frammentato<sup>12</sup>.

Nei contratti di maternità surrogata (definiti *gestational* o *traditional surrogacy contracts*) il consenso è elemento essenziale per la validità del contratto, perché il contratto sia *legal* e *enforceable*, ed è irrevocabile. La disciplina è improntata alla logica del mercato basata su di un *voluntary exchange* fra le parti, in cui le esternalità negative sui terzi non sono considerate quali limiti alla validità del contratto, salvo prevedere in alcuni casi la possibilità del risarcimento in caso di inadempimento dovuto a cause imprevedibili o, come vedremo, in presenza di clausole restrittive delle libertà fondamentali e dei diritti personalissimi dei soggetti che hanno concluso il contratto<sup>13</sup>.

A partire dagli anni '90, la dottrina statunitense si è divisa fra coloro che censuravano la validità e la liceità<sup>14</sup> della pratica, e coloro che invece la sostenevano come transazione commerciale<sup>15</sup>. In quest'ultima ipotesi, l'analisi

<sup>11</sup> S.H. SNYDER, *Reproductive Surrogacy in the United States of America. Trajectories and Trends*, in E. SCOTT SILLS (ed.), *Handbook of Gestational Surrogacy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, 276-286, 276: "the general validity of economic liberty and the free-market system in the United States also minimizes the negative perception of the commercialization of certain reproductive services, including the gestational services of a surrogate".

<sup>12</sup> Cfr. supra, nota 6.

<sup>13</sup> A livello federale, l'*Uniform Parentage Act* (UPA) che, ricordiamo, non è legislazione vincolante per gli Stati, ma un modello legislativo liberamente adottabile, definisce in questi termini il contratto di maternità surrogata: *an agreement between one or more intended parents and a woman who is not an intended parent in which the woman agrees to become pregnant through assisted reproduction and which provides that each intended parent is a parent of a child conceived under the agreement. Unless otherwise specified, the term refers to both a gestational surrogacy agreement and a genetic surrogacy agreement.*

<sup>14</sup> Cfr. fra i commentatori critici nei confronti della maternità surrogata contrattuale secondo cui questi contratti sono contrari all'ordine pubblico e quindi non applicabili, E. ANDERSON, *Value in Ethics and Economics*, Cambridge, Harvard University Press, 1993, 175; M.J. RADIN, *Market- Inalienability*, 100 *Harv.L.Rev.* 1987, 1849-1937, 1924, nota 261; A.M. CAPRON & J.M. RADIN, *Choosing Family Law Over Contract Law as a Paradigm for Surrogate Motherhood*, in *Law Med Health Care.*, 16, 1-2, 1988, 34-43; si veda anche H.T., KRIMMEL, *Can Surrogate Parenting Be Stopped? An Inspection of the constitutional and Pragmatic Aspects of Outlawing Surrogate Mother Arrangements*, in 27 *Val.U.L.Rev.*, 1992, 1-38, 4-5.

<sup>15</sup> Cfr. R. A. EPSTEIN, *Surrogacy: The Case for Full Contractual Enforcement*, 81 *Va. L. Rev.*, 1995, 2305-2341, 2316: "the key challenges to a contractual regime therefore are re-

dei rischi da considerare per determinare se si tratti o meno di contratti *legal* e *enforceable* si possono ricondurre a due categorie: i rischi che questi contratti comportano tra le parti contraenti; e i rischi che si producono all'esterno, ossia gli effetti (positivi o negativi) sui terzi<sup>16</sup>. Con riferimento al primo, occorre considerare in sostanza se vi siano rischi per le parti e se vi siano difetti nel processo di contrattazione. Fra questi, la dottrina ha rilevato lo sfruttamento della madre surrogata e la sua posizione di subordinazione (per il solo fatto che la donna scelga di stipulare un contratto di questo tipo significa che essa si trova in una sfera subordinata e che si è lasciata svilire, o almeno sfruttare, dal padre biologico e forse anche dalla moglie) ed i possibili vizi nella formazione di un consenso<sup>17</sup>. Per contrastare questi rischi, i sostenitori del contratto di *surrogacy*, ricorrono alla tutela proveniente dalle istituzioni sociali e dalle regole che disciplinano queste transazioni. Peraltro, in merito ai possibili abusi nella formazione del consenso, la madre surrogata disporrebbe di tutti i rimedi previsti dalla disciplina dei vizi del consenso contrattuale: *fraud, duress e misrepresentation*<sup>18</sup>. Un tale approccio ha informato la giurisprudenza di molti Stati che – anche prima della legalizzazione per via normativa della pratica – è ricorso all'analisi contrattuale classica per valutare la liceità degli accordi di maternità surrogata<sup>19</sup>.

Con riferimento al rischio rappresentato dalle esternalità negative sui terzi, per il sistema sarebbero rilevanti soltanto quelle cosiddette *hard*; le esternalità negative di tipo *soft* dovrebbero invece essere ignorate<sup>20</sup>.

Occorre precisare che secondo questa impostazione i terzi su cui si produrrebbero eventuali esternalità negative sono: il nato, i fratelli del nato, il marito o partner della surrogata. Tutti i rischi ravvisabili - dal problema della *commodification*, al rischio per il nato di sentirsi abbandonato o oggetto

---

*stricted to the first two points: the risks these contracts hold as between the contracting parties, and their external effects (positive a negative) on third parties”.*

<sup>16</sup> Cfr. R. A. EPSTEIN, *op.loc.ult.cit.*

<sup>17</sup> Cfr., Doe v. Attorney General, 487 N.W.2d 484 (Mich. Ct. App. 1992), 439C: “*the potential for such exploitation is much broader than being just gender-based, it is economic-based as well. Women in the lower economic strata could well become “breeding machines” for infertile couples of the upper economic brackets. Accordingly, it is the surrogate who bears the brunt of the contractual obligations, for it is her health that is at risk and her conduct that is restricted. The contracting couple, on the other hand, need to supply only the sperm and the compensation. While the surrogate endures the nine-month gestation period and all the attendant physical burdens and risks, the contracting couple are free to go about their lives, anticipating the delivery of their baby”.*

<sup>18</sup> Cfr. R. A. EPSTEIN, *op. cit.*, 2318.

<sup>19</sup> Ad esempio in Minnesota. Cfr., P.G.M. v. J.M.A., 11-12-2007, 2997 WL 4304448 (Minn.App.), riguardante un contratto di maternità surrogata che la surrogata, dopo il parto, sosteneva fosse invalido. I giudici d'appello, confermando la decisione della Corte distrettuale di primo grado, stabilirono che le parti avevano stipulato un accordo valido non contrario all'ordine pubblico, che rifletteva le intenzioni delle parti, il cui consenso era stato prestato liberamente.

<sup>20</sup> Cfr., P.G.M. v. J.M.A., 11-12-2007, 2997 WL 4304448 (Minn.App.). Si veda anche nella dottrina statunitense, L. ANDREWS, *Between Strangers: Surrogate Mothers, Expectant Fathers, & Brave New Babies*, New York, Harper Collins, 1989, 68-73; ID., *Surrogate Motherhood: The Challenge for Feminists*, in 16, 1-2, *Law Med. & Health Care*, 1988, 72-80, 76; ID., *Beyond Doctrinal Boundaries: A Legal Framework for Surrogate Motherhood*, 81 *Va. L. Rev.* 2343-2375, 2353-54 (1995).



di cessione<sup>21</sup>, al possibile disagio psicologico, affettivo, relazionale ed emotivo, non solo del nato, ma anche per il partner della surrogata e per i suoi figli - sono secondo questo orientamento, da considerare quali esternalità negative di tipo *soft*. In tale contesto, si è ritenuto che anche la madre surrogata, e nello specifico la sua volontà, sia irrilevante, in quanto terza ed estranea al progetto procreativo e quindi senza alcun diritto sul nato<sup>22</sup>, ovvero si è esclusa la necessità che il marito o il partner della surrogata presti il suo consenso informato<sup>23</sup>. Come noto, in alcune legislazioni degli Stati Uniti, di cui tratteremo, è proprio sul libero e volontario scambio fra le parti che è stata modellata la disciplina di questi accordi, a partire dalla fine degli anni '80, adottando tuttavia requisiti e condizioni di ammissibilità molto diversi fra loro<sup>24</sup>.

### 3. Il consenso nella determinazione dello status genitoriale: il ruolo dell'*intention* nel contratto di maternità surrogata

In queste esperienze, l'effetto del consenso vincolante all'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto di maternità surrogata è il riconoscimento legale della filiazione in capo alla coppia committente. Il fondamento della determinazione della genitorialità si basa sulla "*doctrine of intention*", letteralmente sulla regola della volontà, che serve a superare la presunzione di maternità basata sulla regola del parto.

La regola dell'*intention* venne elaborata dai giudici della California per la prima volta nel celebre caso Johnson v. Calvert del 1993.<sup>25</sup> Il caso riguardava un accordo di maternità surrogata gestazionale concluso tra Mark e Crispina Calvert (i genitori intenzionali) e Anna Johnson (la madre surrogata). L'embrione impiantato nell'utero di Anna Johnson era stato creato con il

<sup>21</sup> Cfr. Doe v. Attorney General, *cit.*, 439 C: "It is almost impossible to imagine the emotional anguish that could result to children who learn that they, in effect, were bought and paid for and that their mothers gave birth as a means of obtaining money. The long-term effects are by no means limited to the emotional trauma that might result from knowing of the purchase and sale aspect of one's birth. The custody battles that in all likelihood will occur where one of the parties to a surrogacy contract has a change of heart, no doubt, will inflict grievous wounds upon the child regardless of who prevails".

<sup>22</sup> Applicando l'analisi contrattuale per determinare la validità del contratto di maternità surrogata contro la richiesta di invalidità della madre surrogata, cfr. Cfr., P.G.M. v. J.M.A., *cit.*

<sup>23</sup> Come accade ad esempio in California, in cui la legge non richiede il consenso informato del partner della surrogata. Cfr. Cal. Fam. Code §§ 7960-7962 (2013). Diversamente in altre legislazioni è espressamente richiesto il consenso del marito/ partner della surrogata. Cfr., ad esempio, la legislazione dell'Illinois, Illinois regulation, 750 ILL. COMP. STAT. ANN. 47/15, secondo cui "(...) if the surrogate is married her spouse must agree to undertake obligations placed on the surrogate mother by the agreement and also agree to immediately surrender the child. Conversely, the intending parent or parents must expressly agree to immediately accept custody and responsibility for the child".

<sup>24</sup> Cfr. *supra*, nota 6.

<sup>25</sup> Johnson v. Calvert (1993), 5 Cal.4th 84, 19 Cal.Rptr.2d 494; 851 P.2d 776.

materiale genetico dei coniugi Calvert<sup>26</sup>. Durante la gravidanza, tuttavia, i rapporti tra le parti si deteriorarono al punto che i genitori intenzionali, si rivolsero ai giudici per ottenere una dichiarazione che affermasse i coniugi Calvert quali genitori del bambino. In risposta, Anna Johnson presentò istanza al giudice perché venisse dichiarata quale madre del bambino.

La Corte dichiarò Mark e Crispina Calvert “il padre e la madre genetici, biologici e naturali”, e ritenne valido ed *enforceable* il contratto negando la richiesta di riconoscimento di maternità di Anna Johnson. Il caso fu portato davanti alla Corte Suprema della California che confermò la sentenza di primo grado risolvendo la controversia sulla base dell'*intention-based test*<sup>27</sup>, guardando cioè all'intenzione delle parti nel firmare il contratto. La Corte Suprema della California, pur riconoscendo che entrambe le prove di maternità presentate - sia l'atto del parto fisico che la parentela genetica - erano valide per il diritto californiano, affermò tuttavia, che per la determinazione dei diritti genitoriali del minore fosse necessario esaminare le intenzioni delle parti. Secondo la Corte, l'accordo tra le parti includeva la gestazione e la consegna (*delivery*) del bambino ai Calvert dopo la nascita. Inoltre, secondo i giudici, se è vero che tutte e tre le parti possono considerarsi necessarie per la nascita del bambino, i Calvert hanno in questo caso svolto il ruolo principale nella relazione procreativa, poiché è la loro intenzione a determinare la nascita del bambino. La Corte dichiara pertanto che “quando i due mezzi - gestazionale e genetico - non coincidono in una sola donna, colei che *intende* procreare il bambino, cioè colei che *intende* far nascere un bambino che *intende* crescere come proprio, è la madre naturale ai sensi del diritto californiano”<sup>28</sup>.

In questa impostazione la manifestazione di volontà (*intention*) espressa da una delle parti dell'accordo (la coppia intenzionale), supera la presunzione legale - contemplata dal diritto californiano - secondo cui la maternità è determinata in base al parto. Il superamento della presunzione legale, nella

<sup>26</sup> In cambio della prestazione (*consideration*), Anna aveva ricevuto il pagamento di una somma totale di 10.000 dollari e una polizza di assicurazione sulla vita. Anna, inoltre, acconsentì (*agrees*) alla rinuncia di ogni diritto genitoriale sul nato.

<sup>27</sup> Johnson v Calvert, *cit.*

<sup>28</sup> Johnson v Calvert, *cit.*, 500: “the woman who intended to bring about the birth of a child that she intended to raise as her own—is the natural mother under California law”. È interessante riportare le parole della Corte nell'argomentare la validità della genitorialità intenzionale. Il giudice Jacobs, riconoscendo la possibilità di determinare la filiazione sia su base genetica, che su base biologica, dichiara: “sia Crispina che Anna hanno dimostrato di avere diritto alla maternità ai sensi della legge. Crispina dimostra qualcosa in più: la sua intenzione di essere la madre di Christopher. Mark e Crispina volevano avere un figlio. (...) è stata la loro intenzione a far nascere Christopher”. A supporto di questo criterio decisionale, il giudice cita poi la dottrina; nell'ambito della fecondazione assistita, “le intenzioni volontariamente scelte, deliberate, espresse e contrattate dovrebbero presuntivamente determinare la genitorialità legale”, e analogamente, “ciò che è essenziale per la genitorialità non è il legame biologico tra il genitore e il figlio, ma l'intenzione preconcetta di avere un figlio, accompagnata dall'intraprendere qualsiasi azione necessaria per metterlo al mondo”. Cfr. anche J. L. HILL, *op.cit.*, 782: “the intent of the parties at the time of the agreement was the deciding factor in determining who the legal parents should be”; cfr. anche C. SPIVACK, *The Law of Surrogate Motherhood in the United States*, in *Am. J. Comp. L.* vol. 58, 2010, 97-114, 103.

*doctrine of intention*, si fonda sull'insussistenza di un diritto alle scelte procreative da parte della surrogata<sup>29</sup>.

E' interessante notare che, se nel caso descritto il ricorso al principio dell'*intention* è connesso alla constatata esistenza di un legame genetico fra la coppia intenzionale ed il bambino nato dalla madre surrogata, a distanza di pochi anni, nel successivo caso in re *Marriage of Buzzanca*, i giudici hanno determinato il superamento del limite genetico e biologico.<sup>30</sup> In questa vicenda, i genitori intenzionali, Luanne e John Buzzanca, decisero di far impiantare un embrione geneticamente estraneo a entrambi in una madre surrogata, che avrebbe partorito il bambino per loro. Dopo la gravidanza, i genitori intenzionali si separarono e sorse il problema di determinare chi fossero i genitori legali del bambino. Mentre in primo grado i giudici stabilirono che il bambino non aveva genitori legali, in appello la Corte stabilì che nonostante nessuno dei genitori intenzionali fosse geneticamente legato alla bambina, i Buzzanca fossero comunque i genitori legali, dato il loro ruolo di genitori designati nel progetto di concepimento e nella nascita della bambina.

In questo nuovo scenario, la conclusione di un contratto di maternità surrogata che soddisfi i requisiti formali stabiliti dalla legge, *supera* (il termine ora usato nello *Uniform Parentage Act* è *overcome*) la presunzione legale che la madre surrogata e, se del caso, il suo coniuge o partner siano i genitori legali del bambino<sup>31</sup>. In tal modo è possibile per il giudice emettere un

<sup>29</sup> *Johnson v Calvert, cit.*, 787: “A woman who enters into a gestational surrogacy arrangement is not exercising her own right to make procreative choices; she is agreeing to provide a necessary and profoundly important service without (by definition) any expectation that she will raise the resulting child as her own”. Come puntualmente precisato dalla Corte, la madre surrogata che conclude un contratto non ha alcun diritto a fare scelte procreative; ella acconsente (*agrees*) a fornire un necessario e altamente importante servizio senza vantare - secondo i giudici *by definition* - alcuna aspettativa che sia lei a crescere come suo il bambino risultante dalla gravidanza.

<sup>30</sup> In re *Marriage of Buzzanca*, 61 Cal. App. 4th 1410, 1998.

<sup>31</sup> Sul punto è bene ricordare che gli Stati Uniti rappresentano una eccezione rispetto alla gran parte degli altri Stati del mondo, secondo cui la maternità è ancora ancorata alla regola *Mater semper certa est* e la paternità è stabilita dalla presunzione legale connessa al principio *Pater est, quem nuptiae demonstrant*. Sebbene tali ipotesi siano ancora contemplate dalla legge, la normativa riconosce la validità di altri metodi per stabilire il rapporto di parentela, come per esempio il riconoscimento per contratto o per consenso delle parti. Con la riforma dell'*Uniform Parentage Act* del 2001, si è inoltre ammessa l'esistenza di diverse categorie di genitori, fra cui quella determinata dal contratto e quella determinata dall'*intention-based test* specifica per gli accordi di maternità surrogata. Si veda anche la disciplina dello Stato Illinois, Illinois reg., 750 ILL. COMP. STAT. ANN. 47/15(a) (West 2009): *The Gestational Surrogacy Act lays out the minimum requirements for the surrogacy agreement. The agreement must expressly require the surrogate mother to undergo the required medical procedure to allow her to carry the embryo. The surrogate mother must also agree to immediately surrender the child to the intended parent or parents immediately upon birth. The act also outlines that if the surrogate is married her spouse must agree to undertake obligations placed on the surrogate mother by the agreement and also agree to immediately surrender the child. Conversely, the intending parent or parents must expressly agree to immediately accept custody and responsibility for the child. The agreement must also specify that the surrogate mother may use the physician of her choosing during the pregnancy, provided she consults with the intended parents. The act creates a presumption that the agreement is enforceable even if the contract contains provisions that require the*



“decreto di filiazione prenatale” che dichiara i genitori intenzionali come genitori legali prima della nascita del bambino<sup>32</sup>, benché gli effetti si produrranno solo con la nascita<sup>33</sup>.

È interessante notare che - sebbene il criterio del *best interest of the child* non sia affatto estraneo al diritto degli Stati Uniti<sup>34</sup>- i giudici californiani non ricorrono a tale principio, in quanto non pertinente ai fini della decisione sulla validità del contratto, e neanche ai fini della determinazione della genitorialità<sup>35</sup>. Come affermato: “prima che il bambino nasca non è possibile valutarne l'interesse, quindi i contratti stipulati prima del concepimento non dovrebbero influire in modo sostanziale sulla questione dell'interesse del bambino”<sup>36</sup>. Al centro di questi contratti di maternità surrogata, né il le-

---

*surrogate mother consent to certain medical procedures and evaluations, or refrain from certain behaviors. The presumption exists even if the agreement allows for reasonable payment to the surrogate mother for medical, professional, or legal expenses. Finally, even if the requirements of the act are not met, the court is still permitted to base a determination of parentage on the intent of the parties.*

<sup>32</sup> Tranne che negli Stati in cui è ammessa sia la surrogazione totale che la surrogazione parziale (in cui la madre surrogata è anche geneticamente legata al feto). In Florida, ad esempio, a causa della distinzione tra maternità surrogata totale e parziale, non sono consentiti ordini di filiazione prima della nascita. I genitori intenzionali in un contratto di maternità surrogata totale devono presentare un'istanza entro tre giorni dalla nascita del bambino e il tribunale modificherà il certificato di nascita. Nel contesto della maternità surrogata parziale, se il bambino è biologicamente legato alla surrogata, questa ha il diritto di recedere dal contratto fino a quarantotto ore dopo la nascita del bambino. Nel contesto della maternità surrogata parziale, se il bambino è biologicamente legato alla madre surrogata, quest'ultima ha il diritto di recedere dal contratto fino a 48 ore dopo la nascita del bambino. Pertanto, i genitori intenzionali devono attendere almeno quarantotto ore dalla nascita del bambino prima di richiedere un decreto che attesti che i genitori intenzionali sono i genitori legali del nato. Cfr. Florida State, section 742, 16: *Expedited affirmation of parental status for gestational surrogacy*.

(1) *Within 3 days after the birth of a child delivered of a gestational surrogate, the commissioning couple shall petition a court of competent jurisdiction for an expedited affirmation of parental status.*

(2) *After the petition is filed, the court shall fix a time and place for hearing the petition, which may be immediately after the filing of the petition. Notice of hearing shall be given as prescribed by the rules of civil procedure, and service of process shall be made as specified by law for civil actions.*

(3) *Upon a showing by the commissioning couple or the child or the gestational surrogate that privacy rights may be endangered, the court may order the names of the commissioning couple or the child or the gestational surrogate, or any combination thereof, to be deleted from the notice of hearing and from the copy of the petition attached thereto, provided the substantive rights of any person will not thereby be affected.*

<sup>33</sup> Cal. Fam. Code §§ 7960-7962 (2013). Cfr., anche D. HOFMAN, (2009) *Mama's Baby, Daddy's Maybe: A State-by-State Survey of Surrogacy Laws and Their Disparate Gender Impact*, in *William Mitchell Law Rev.*, 35, (2), 13, 2009, 449-468.

<sup>34</sup> Cfr., In matter of Baby M, 109 N.J. 396, 537 A.2d 1227 (1988); cfr., G. PONZANELLI e R. CLARIZIA, “Sentenza 3 Febbraio 1988; Pres. Wilentz; “In the Matter of Baby M.”, in *Il Foro It.*, vol. 112, 1989, 293/294-309/310.

<sup>35</sup> Cfr. C. SPIVAK, *op. cit.*, 106: “Although the standard for determining custody in U.S. courts is the “best interest of the child” standard, courts faced with disputes surrounding surrogacy contracts have looked more often at issues related to the adults who entered into the contract. This includes questions such as intent, contract, genetics, and gestation. Very few courts use the best interest of the child test in cases of surrogacy”.

<sup>36</sup> A.FINKELSTEIN, S. MAC DOUGALL, A. KINTOMINAS, A. OLSEN, *Surrogacy Law and Policy in the U.S.*, in, *Report Columbia Law School Sexuality & Gender Law Clinic* (2016), 19.

game biologico tra la madre surrogata ed il nato, né il criterio del *best interest of the child*, trovano accoglienza<sup>37</sup>.

Secondo il nuovo paradigma, fatta eccezione per quegli Stati che ammettono la liceità di accordi in cui la madre surrogata è anche geneticamente legata al feto (*partial surrogacy*) in cui i decreti prenatali non sono ammessi<sup>38</sup>, la regola che fonda la determinazione da parte del giudice dello *status* genitoriale, a prescindere da un legame genetico tra i genitori ed il nato, è “il consenso espresso dai genitori che hanno il progetto procreativo”<sup>39</sup>.

#### 4. Consenso e trasferimento di diritti indisponibili.

Nella complessa architettura della disciplina contrattuale regolante la maternità surrogata emerge un ulteriore nodo problematico: come conciliare il consenso contrattuale con la cessione di diritti indisponibili, e con il concetto - ampiamente discusso anche nel panorama americano - di “*inalienability*”<sup>40</sup>? Sebbene il contratto di maternità surrogata dietro il pagamento di un corrispettivo sia valido e produttivo di effetti, non è tuttavia possibile con-

---

Cfr anche la già citata sentenza *Johnson v. Calvert*, 851 P.2d, 783: “*the best interest standard poorly serves the child in the present situation: it fosters instability during litigation and, if applied to recognize the gestator as natural mother, results in a split of custody between the natural father and the gestator, an outcome not likely to benefit the child. Further, it may be argued that, by voluntarily contracting away any rights to the child, the gestator has, in effect, conceded the best interest of the child is not with her*”.

<sup>37</sup> Cfr. *J.F. v. D.B.*, 897 A2d 1261, 1273 (2006). La Superior Court della Pennsylvania ha stabilito che una madre surrogata, la quale aveva prelevato senza autorizzazione i tre gemelli dall’ospedale, doveva essere considerata una “terza parte” rispetto al minore e ai suoi genitori biologici, e pertanto non poteva rivendicare uno status *in loco parentis* in contrasto con la volontà dei genitori naturali. Inoltre, non potendo vantare alcun legame biologico con il minore, non poteva neppure ottenere lo status di genitore legale e, di conseguenza, non aveva legittimazione ad agire nemmeno su questa base.

<sup>38</sup> Cfr. Florida State, section 742, 16: “*the intended parents must petition the court within three days of the child’s birth for an “expedited affirmation of parental status,” at which point the court shall schedule a hearing on the matter.62 The intended parents must give notice to: the gestational surrogate, the treating physician of the assisted reproductive technology program, and any party claiming paternity in accordance with the Florida rules of civil procedure. The intended parents and their legal representative shall appear at the hearing; upon a finding that the intended parents and the surrogate entered into a valid, enforceable surrogacy contract, pursuant to FLA. STAT. section 742.15, and that at least one of the intended parents is the child’s genetic parent, the court shall enter an order finding the intended parents to be the legal parent of the child*”.

<sup>39</sup> In questi casi non è necessario procedere applicando le regole sulla adozione. Cfr. *Raftopol v. Ramey*, 12 A.3d 783, 793 (Conn. 2011), in cui i giudici hanno riscontrato che l’intento e un valido accordo di maternità surrogata erano sufficienti per consentire i diritti di filiazione anche in assenza di adozione. Nel dibattito dottrinario italiano, il problema è stato posto da E. FERRARA, *Volontà, libertà, biologia nella costruzione giuridica della maternità*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 4/2006, 669-680, 677 che ritiene «di poter attribuire al consenso, quale atto di assunzione responsabile della genitorialità, il ruolo di valido atto costitutivo dello *status filiationis*, pur al di fuori di qualunque legame biologico tra genitore e figlio».

<sup>40</sup>Cfr. M.J. RADIN, *op.cit.*, 1849-1937; S. ROSE ACKERMAN, *Inalienability and the Theory of Property Rights*, in 85 *Colum. L. Rev.*, I, 1985, 931-969; G. CALABRESI - D. MELAMED, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, in 85 *Harv. L. Rev.*, 1972, 1089-1128.

cludere un contratto *legal ed enforceable* che abbia un oggetto o un diritto indisponibile<sup>41</sup>. Tuttavia, come peraltro osservato in una prima analisi comparativa sulla possibilità di adottare la strada della regolamentazione contrattuale alla pratica di maternità surrogata: “il «caos» d'oltre atlantico proviene, “oltre che dall'influenza di valori tipicamente individualistici presenti in quell'esperienza, da un concetto non così radicato, come invece è dato rinvenire nell'esperienza europea, di assoluta inderogabilità degli «stati giuridici»”<sup>42</sup>.

In questo contesto, vi è un più ampio ambito di manovra per trasferire il concetto di *status* nella sfera della contrattualizzazione. La dottrina statunitense sul punto è divisa. Secondo alcuni, come accennato nei casi descritti, il contratto di *surrogacy* sarebbe un contratto di servizi gestazionali (*contract for services*), di conseguenza il pagamento è il corrispettivo per i servizi di gestazione e per la rinuncia ai diritti sul nato da parte della surrogata<sup>43</sup>.

In questo senso, nella prospettiva statunitense “i genitori intenzionali che creano embrioni per la gestazione da parte di una madre surrogata stanno effettivamente affidando il proprio figlio alla cura temporanea della surrogata per la gestazione e la custodia; non stanno creando alcun diritto genitoriale in capo alla surrogata. Quando i genitori intenzionali ricevono indietro il proprio figlio dalla surrogata, qualsiasi considerazione monetaria che potrebbero pagare alla surrogata è solo per i suoi servizi di gestazione, non per il pagamento di un bambino, o 'vendita di bambini”<sup>44</sup>.

<sup>41</sup>Cfr., le interessanti considerazioni sul tema nel contesto della surrogacy in *Rumpelstiltskin Revisited: The Inalienable Rights of Surrogate Mothers*, in *Harv. L. Rev.* 99(8), 1986, 1936-1955.

<sup>42</sup> Cfr. G. PONZANELLI, *Ancora sul caso Baby M.: l'illegittimità dei contratti di «sostituzione di maternità»*, in *Il Foro It.* 1989, IV, 293/294-297/298, 298.

<sup>43</sup> R. POSNER, *Sex and Reason*, Cambridge, Harvard University Press, 1992, 409-417; Y. ERGAS, *Babies Without Borders: Human Rights, Human Dignity, and the Regulation of International Commercial Surrogacy*, in *27 Em. Int. L. Rev.*, 2013, 117-188, 140 (2013): “*The future child is postulated as being nothing other than the mechanical result of the transformative processes that are set in motion from the moment that the “genetic material” is acquired to that in which the embryo develops and on through fetal evolution. Body parts, pre-embryo, embryo, and fetus are endowed with an identity that is separate from that of the gestator and is marked as property of the commissioning parties. The gestator provides gestation as a service, but she has no direct ownership, parental affiliation, or identity interest in the embryo/fetus—which therefore cannot be conceptualized as an element of her body, let alone her “self”—nor, hence, can she have the sort of parental/maternal interest in the child that might have resulted from her having had an original interest in the elements and processes through which the child was formed. To the extent the gestator has property rights at all, these are characterized as “immovable,” her uterus being equated with any other form of real estate. Consequently, decisions regarding the disposition of the “movable” property constituted by the embryo or fetus (or, eventual child), whether pre- or post-delivery, are simply not hers to make. It is these premises that enable the surrogacy contract to be described as engaging parties able to consent to the goods exchanged and services performed and as revolving around fully alienable goods and services*”; C. L. KERIAN, *Surrogacy: A Last Resort Alternative for Infertile Women or a Commodification of Women's Bodies and Children?*, in *12 Wis. L.J.* 1997, 113-166, 154-55. In senso contrario, cfr. D. M. SMOLIN, *Surrogacy as the Sale of Children: Applying Lessons learned from Adoption to the Regulation of the Surrogacy Industry's Global Marketing of Children*, in *43 Pepp. L. Rev.*, 2016, 265-341, 316.

<sup>44</sup> S.H. SNYDER, *op. cit.*, 278.

Trattandosi di contratti di servizi stipulati fra adulti e per adulti, per questa parte della dottrina è del tutto ragionevole regolare questo tipo di contratti secondo i valori di mercato, sarebbe invece inappropriato ricorrere in questa sede ai criteri del *best interest of the child*, o della contrarietà al *public policy*<sup>45</sup>. Altre voci dottrinarie, invece, ritengono la maternità surrogata un contratto commerciale per la vendita di bambini e di rinuncia a diritti inalienabili (status genitoriale), da considerare quindi *illegal* e *unenforceable* per contrarietà all'ordine pubblico<sup>46</sup>.

Come sottolineato dai giudici nel già menzionato leading case *Johnson v. Calvert*, “una donna che stipula un accordo di maternità surrogata gestazionale non sta esercitando *il proprio diritto di fare scelte procreative*, sta invece accettando di *fornire un servizio* necessario e profondamente importante *senza (per definizione) alcuna aspettativa di crescere il bambino che ne deriva come proprio*”<sup>47</sup>. Facendo ricorso a tali regole, il diritto californiano elude le problematiche relative alla conclusione di contratti in cui l'oggetto del contratto sia inalienabile. Allo stesso tempo risolve i problemi che possono nascere dalla cessione o rinuncia dello *status* genitoriale da parte della surrogata, nelle eventualità di un ripensamento, poiché la stessa non vanta alcun diritto sul nato.<sup>48</sup> Se questo è il modello adottato in California e in alcuni altri Stati, tuttavia, il problema della cessione/ rifiuto dei *parental rights* non è affatto pacifico, soprattutto nei casi cosiddetti di surrogazione tradizionale (in cui la madre che partorisce fornisce anche gli ovuli), risultando quindi biologicamente e geneticamente legata al feto.

In un caso portato all'attenzione della Corte Suprema del Wisconsin nel 2013, la Corte ha ritenuto invalida la clausola che imponeva ad una delle parti - la madre surrogata che aveva fornito anche gli ovuli - di rinunciare ai diritti genitoriali<sup>49</sup>. Non essendovi al tempo della decisione nessuna legge che disciplinasse il caso, i giudici della Corte Suprema si sono rivolti all'analisi del diritto contrattuale per decidere se il contratto di maternità

<sup>45</sup> Cfr. supra, nota 53.

<sup>46</sup> Sia che i contratti di maternità surrogata siano visti come accordi di servizio personale o come accordi per la vendita del bambino nato dall'accordo, i commentatori critici nei confronti della maternità surrogata contrattuale considerano questi contratti come contrari all'ordine pubblico e quindi non produttivi di effetti. Al di qua dell'oceano, il dibattito dottrinario sulla qualificazione giuridica della pratica è, come noto, ancora vivace e vario. Se, per una parte della dottrina, la pratica sarebbe assimilabile alla relazione di lavoro sebbene persistano alcuni dubbi, per altri si tratta di locazione di parti del corpo, o di contratto per cedere la proprietà degli organi e dei prodotti di questi ultimi. Cfr., in questo senso, le interessanti analisi di M. FABRE-MAGNAN, *L'impossibilité d'une gestation pour autrui éthique*, in *Arch. Phil. Droit*, 57, 2014, 465-484, 466-467; Id., *Les nouvelles formes d'esclavage et de traite, ou le syndrome de la ligne Maginot*, in *Rec.Dalloz*, 2014, 491.

<sup>47</sup> *Johnson v Calvert*, *op. cit.*, 787: “A woman who enters into a gestational surrogacy arrangement is not exercising her own right to make procreative choices; she is agreeing to provide a necessary and profoundly important service without (by definition) any expectation that she will raise the resulting child as her own”.

<sup>48</sup> Cfr. C. SPIVACK, *op. cit.*, 106-107. Nella giurisprudenza, *J.F. v. D.B* 897 A.2d 1261 (Pa. Super. Ct. 2006), § 43.

<sup>49</sup> Cfr. *Belsito v. Clark*, 67 Ohio Misc. 2d 54 (Ohio Com. Pleas 1994) §63: “The first area of conflict is surrender of parental rights by agreement”.

surrogata (*parental agreement*) concluso fosse valido<sup>50</sup> e non contrario all'ordine pubblico<sup>51</sup>, come sostenuto da parte della madre surrogata. L'essenza dell'argomentazione della surrogata ruotava intorno all'impossibilità di separare per via contrattuale un genitore biologico dal proprio figlio; qualsiasi contratto che contenesse una tale previsione sarebbe quindi contrario all'ordine pubblico e in contrasto con le leggi relative alla custodia, all'affidamento e all'adozione. La Corte ha concluso che, fatta eccezione per le disposizioni sulla cessazione dei diritti genitoriali contenute nel *parental agreement* in questione<sup>52</sup>, il contratto era valido, applicabile<sup>53</sup>, e non contrario all'ordine pubblico<sup>54</sup>. Attraverso la clausola di *severability*, contemplata all'interno del contratto in oggetto, la Corte ha ritenuto che la parte del contratto invalida poteva essere stralciata dal contratto senza incidere sullo scopo principale del contratto, quello di affidare la custodia del bambino alla coppia intenzionale<sup>55</sup>.

Emerge con chiarezza il problematico legame tra consenso contrattuale e consenso alla cessione di diritti indisponibili. Come ampiamente evidenziato da una autorevole dottrina che si è occupata del problema nello scenario italiano ed europeo, il cuore del problema è legato alla tutela della dignità umana “nella sua dimensione oggettiva”; nel caso specifico, “i diritti oggetto degli accordi di surrogazione, segnatamente i diritti connessi all'integrità personale, alla salute, all'intimità, allo stato, non sono disponi-

<sup>50</sup> Così i giudici nella decisione, *In re the Paternity of F.T.R. David J. Rosecky, Petitioner–Appellant, v. Monica M. Schissel, Respondent–Respondent, Rosecky v. Schissel* 2013 WI 66,349 Wis.2d 84,833 N.W.2d 634: “having determined that the Wisconsin Statutes do not provide a specific answer regarding the enforceability of the PA, we turn to contract law. As such, we will analyze whether this contract satisfies the elements of a contract, and whether there are any defenses that render this contract unenforceable”.

<sup>51</sup> Cfr. i §§61 e 68 della decisione: “In particolare, concludiamo che gli interessi a sostegno dell'esecuzione del PA sono più convincenti di quelli contrari. L'esecuzione degli accordi di maternità surrogata promuove la stabilità e la permanenza nelle relazioni familiari, perché consente ai genitori intenzionali di pianificare l'arrivo del bambino, rafforza le aspettative di tutte le parti dell'accordo e riduce le controversie che potrebbero trascinarsi per i primi anni di vita del bambino. Non troviamo alcuna dichiarazione di ordine pubblico contraria all'applicazione del contratto (PA) nella legge o nella giurisprudenza del Wisconsin”. Una chiara previsione di contrarietà all'ordine pubblico nei contratti di maternità surrogata è presente nel codice civile dell'Indiana, che agli articoli §§31-20-1-1 stabilisce: “the general assembly declares that it is against public policy to enforce any term of a surrogate agreement that requires a surrogate to do any of the following: (1) Provide a gamete to conceive a child. (2) Become pregnant. (3) Consent to undergo or undergo an abortion”.

<sup>52</sup> *In re the Paternity*, §55.

<sup>53</sup> *In re the Paternity*, §58: “(...)in questo caso, non c'è dubbio che il contratto contenga gli elementi essenziali di un contratto. Monica ha fatto un'offerta ai Rosecky che avrebbe agito come madre surrogata. I Rosecky accettarono l'offerta di Monica. È stato fornito un corrispettivo”.

<sup>54</sup> Cfr. i §§61 e 68 della decisione: “in particolare, concludiamo che gli interessi a sostegno dell'esecuzione del PA sono più convincenti di quelli contrari. L'esecuzione degli accordi di maternità surrogata promuove la stabilità e la permanenza nelle relazioni familiari, perché consente ai genitori intenzionali di pianificare l'arrivo del bambino, rafforza le aspettative di tutte le parti dell'accordo e riduce le controversie che potrebbero trascinarsi per i primi anni di vita del bambino. Non troviamo alcuna considerazione di ordine pubblico contraria all'applicazione del PA nella legge o nella giurisprudenza del Wisconsin”.

<sup>55</sup> *In re the Paternity*, §58: “Anche se un contratto contiene una clausola illegale, “il Wisconsin ha da tempo accettato che una parte di un contratto possa essere separabile.”



bili, neppure a titolo gratuito”<sup>56</sup>. Le esperienze sopra descritte rivelano la profonda criticità del paradigma vigente negli Stati Uniti che proclama l'autonomia sulla base di un «*absolutist, libertarian right*» sul corpo, l'intimità, gli status, nei contratti di maternità surrogata, distante dal paradigma europeo<sup>57</sup>. Come si è visto, la tutela dell'autodeterminazione sul corpo da parte della surrogata nell'ipotesi di un ripensamento risulterebbe illusoria, laddove si ammettesse la validità della clausola di rinuncia allo status da parte della surrogata geneticamente legata al nato. Il principio dell'indisponibilità dello status rimane il principale vulnus all'ammissibilità per via interpretativa della maternità surrogata nella gran parte degli ordinamenti, negli Stati Uniti come in Europa.

## 5. Consenso, limiti cognitivi e diritto al ripensamento

Anche nel panorama estremamente liberale del diritto americano, ci si è tuttavia interrogati sul trattamento di quelle variabili - alcune delle quali non preventivamente controllabili - che limitano o inficiano la formazione di un consenso contrattuale pieno e libero. Si fa riferimento all'insorgenza di elementi non chiari o non valutabili in anticipo, o alla presenza di clausole coercitive o limitative della libertà personale dei soggetti coinvolti garantite a livello costituzionale.

Se è vero che ogni contratto comporta un inevitabile grado di incertezza o che, dopo la sua conclusione, possa esservi un ripensamento è altrettanto vero che alcuni contratti sono caratterizzati da una tale pluralità e complessità di elementi da definirsi “unici” nel loro genere. Il contratto di maternità surrogata è uno di questi: le variabili non preventivamente contemplabili e le incertezze che possono sorgere dopo aver prestato il consenso acquisiscono necessariamente una rilevanza maggiore. Ne discende che il consenso, perché sia pieno e libero, non può esprimersi in un unico isolato momento, ma dovrebbe essere sostenuto e confermato per tutta la durata della prestazione contrattuale: la gestazione.

Un altro problema è quello della discrezione cognitiva delle parti contraenti nel calcolare e valutare correttamente i propri impegni. Si possono contare le seguenti difficoltà: la difficoltà a valutare correttamente i rischi

<sup>56</sup> V. CALDERAI, *Back to the basics. Indisponibilità dei diritti fondamentali e principio di dignità umana dopo Sezioni Unite n. 38162/2022*, in *Giustizia Insieme*, marzo 2023, §3, consultabile <https://www.giustiziainsieme.it/it/minori-e-famiglia/2695-back-to-the-basics-indisponibilita-dei-diritti-fondamentali-e-principio-di-dignita-umana-dopo-sezioni-unite-n-38162-2022>.

<sup>57</sup> Come acutamente osservato da V. CALDERAI, *op. loc. ult. cit.*: “Il costituzionalismo italiano e europeo non sottoscrive al paradigma di autodeterminazione come «*absolutist, libertarian right*» sul corpo, l'intimità, gli status. Al contrario, insindacabilità della scelta (anche) nella sfera dell'intimità è un valore strumentale alla realizzazione dei diritti individuali e può essere limitata – come sperimentiamo del resto ogni giorno – in ragione del principio di solidarietà, per la tutela di interessi generali e la protezione dei diritti di singoli e gruppi”.

futuri e la difficoltà di ottenere tutte le informazioni rilevanti e analizzarle in modo razionale<sup>58</sup>.

Se il diritto contrattuale classico non considerava né i problemi di ripensamento né forniva un quadro coerente per affrontarli, le critiche al paradigma basato sulla razionalità delle parti contraenti sollevate dagli studi sull'economia comportamentale hanno portato all'adozione di nuove regole correttive del sistema contrattuale, volte a sanzionare le ipotesi di un consenso non libero e non informato e a risolvere il problema dei ripensamenti negli accordi caratterizzati dalla presenza di un potere contrattuale diseguale fra le parti<sup>59</sup>.

Come dimostrato dalla letteratura accademica che si è occupata del tema, il problema del ripensamento rispetto al consenso prestato dalla madre surrogata è spesso giustificato sulla base di elementi psicologici e fisiologici che, nel periodo della gestazione, intervengono sulla capacità della madre surrogata, facendole cambiare idea rispetto alla manifestazione di volontà precedentemente espressa. Il legame fra madre gestante e feto, oltre ad assumere rilevanza nella sfera di percezione emotiva della gestante, rileva anche sul piano della salute di entrambi i soggetti<sup>60</sup>. Si è infatti dimostrato che lo scambio di cellule materno-fetale (microchimerismo) influisce sulla salute futura sia della madre surrogata che del feto/bambino. Alla luce di questi elementi, come sostenuto da alcuni studiosi, la maternità surrogata gestazionale non può prescindere dalla sussistenza di un consenso informato completo. Per essere completo, il consenso dovrebbe includere la comprensione del microchimerismo in relazione agli aspetti medici, legali, genetici ed etici della maternità surrogata<sup>61</sup>.

Le preoccupazioni sopra illustrate hanno portato ad un dibattito nelle differenti legislazioni dell'Unione sulla necessità di prevedere un periodo di riflessione o un diritto al ripensamento per la madre surrogata. Nella maggior parte dei casi di surrogazione gestazionale (in cui non vi è un legame genetico tra la surrogata e l'embrione), gli Stati hanno contemplato l'ipotesi del ripensamento, che deve tuttavia avvenire sempre prima della nascita del

<sup>58</sup> M. A. EISENBERG, *Relational Contracts*, in J. BEATSON & D. FRIEDMANN (eds.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, Oxford University Press, 1995, 291-304, 301; ID., *The Limits of Cognition and the Limits of Contract*, in 47 *Stan. L. Rev.*, 1995, 211-259, 239-40; ma anche J. B. SHAWN, *Rational Closed-Mindedness, and Modern Economic Formalism in Contract Law*, in 97 *Cal. L. Rev.*, 2009, 943-974.

<sup>59</sup> Y. MARGALIT, *In Defense of Surrogacy Agreements: A Modern Contract Law Perspective*, in 20 *Wm. & Mary J. Women & L.*, 2014, 423-468.

<sup>60</sup> Cfr. S. ALLAN, *Commercial Surrogate and Child: Ethical Issues, Regulatory Approaches, and Suggestions for Change* (Working Paper) May 30, 2014, 3- 4, available at <https://ssrn.com/abstract=2431142> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2431142>; V. JADVA - L. BLAKE - P. CASEY - S. GOLOMBOK, *Surrogacy families 10 years on: relationship with the surrogate, decisions over disclosure and children's understanding of their surrogacy origins*, in *Hum. Reprod.*, (10), 27, 2012, 3008; cfr. anche S. IMRIE - V. JADVA, *The long-term experiences of surrogates: relationships and contact with surrogacy families in genetic and gestational surrogacy arrangements*, in *Repr. Biom. online*, 29, 2014, 424-435, 430; J.D. LOIKE e R.L. FISCHBACH, *Informed consent: Study on the New Ethical Horizons in Gestational Surrogacy*, in *Medical Research and Its Applications*, vol 3, BP International, 2024, 178-186. Cfr., E. DI MAURO, *Epigenetica, il DNA che impara. Istruzioni per l'uso del patrimonio genetico*, Trieste, 2017.

<sup>61</sup> Ibid

bambino. Ai sensi dell'*Uniform Parentage Act* “la parte di un accordo di maternità surrogata gestazionale può rescindere l'accordo, in qualsiasi momento prima di un trasferimento di embrioni, notificando la rescissione a tutte le altre parti. Se il trasferimento di embrioni non porta a una gravidanza, una parte può rescindere l'accordo in qualsiasi momento prima di un successivo trasferimento di embrioni”<sup>62</sup>. In questo modo alle parti è concesso cambiare idea, ma entro una finestra temporale estremamente limitata, e comunque sempre prima della nascita, al fine di non pregiudicare indebitamente gli interessi delle altre parti dell'accordo.

Con riferimento alla presenza di clausole coercitive delle libertà fondamentali e dei diritti personalissimi dei soggetti coinvolti, la dottrina ha sollevato forti perplessità sulla validità ed effettività del consenso prestato in un contratto di maternità surrogata volto alla cessione dei diritti genitoriali su un bambino, specialmente se la donna in questione non è mai stata incinta e non ha sperimentato il legame che molte donne in gravidanza provano con i figli che portano in grembo<sup>63</sup>. Tuttavia, è risaputo che, adottando lo schema contrattuale, il pagamento *in consideration* della surrogazione può indurre alcune parti contraenti a prestare un consenso che - lungi dall'essere pieno, libero e informato - è in realtà dettato dalla necessità di ottenere un guadagno. In questi casi, proprio in ragione della iniziale incapacità di prevedere l'eventuale condizione emotiva e gli effetti dell'esecuzione del contratto, spesso la madre surrogata cambia idea o pretende di esercitare un diritto al ripensamento dopo la conclusione del contratto<sup>64</sup>. Proprio per arginare tali preoccupazioni in merito al consenso prestato, è ormai tradizionalmente contemplata l'imposizione di "periodi di riflessione" (un periodo dopo la firma di un accordo durante il quale la parte può cambiare idea e non essere più vincolata) per molteplici tipologie di accordi commerciali, dai

<sup>62</sup> Cfr. Uniform Parentage Act 2017, §808: *A party to a gestational surrogacy agreement may terminate the agreement, at any time before an embryo transfer, by giving notice of termination in a record to all other parties. If an embryo transfer does not result in a pregnancy, a party may terminate the agreement at any time before a subsequent embryo transfer.*

<sup>63</sup> In senso contrario, le argomentazioni in favore del consenso contrattuale si rifanno alla teoria della razionalità limitata per motivare un maggiore utilizzo di termini contrattuali obbligatori. Cfr. MILLER E WERTHEIMER (eds.), *The Ethics of Consent: Theory and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

<sup>64</sup> Cfr., M. A. EISENBERG, *Relational Contracts*, in J. BEATSON & D. FRIEDMANN (eds.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, 1995, 291-304, 301; ID., *The Limits of Cognition and the Limits of Contract*, in 47 *Stan. L. Rev.*, 1995, 211-259, 239-40; ma anche J. B. SHAWN, *Rational Closed-Mindedness, and Modern Economic Formalism in Contract Law*, in 97 *Cal. L. Rev.*, 2009, 943-974. Gli stessi problemi, al di qua dell'Oceano, sono stati affrontati dalla Corte Costituzionale portoghese. Nel rapporto tra la libera scelta della madre surrogata e il principio di autodeterminazione, è necessario valutare, caso per caso, se una donna che accetta di portare a termine una gravidanza, senza diventare madre del bambino che partorirà, si trovi in una posizione di sottomissione. La Corte Costituzionale portoghese ha stabilito che non c'è violazione della dignità di una donna che accetta di portare a termine una gravidanza se il suo accordo è il risultato di una scelta libera e consapevole, indipendente da considerazioni economiche, e se questa scelta è revocabile. Cfr. Tribunal Constitucional du Portugal, 24.04.2018, n. 225.

contratti di vendita porta a porta, alla cessione di un bambino in stato di adozione<sup>65</sup>.

Anche il cambiamento di circostanze è un problema da contemplare, laddove eventi estremi e imprevedibili, fuori dal controllo delle parti, intervengono dopo la conclusione del contratto, in alcuni casi, provocando l'inadempimento degli obblighi contrattuali<sup>66</sup>. Se, di norma, questo aspetto non assume rilevanza nella esecuzione della gran parte dei contratti, andrebbe, invece, tenuto in seria considerazione nei contratti di maternità surrogata, proprio in ragione della speciale difficoltà cognitiva che coinvolge anche la condizione emotiva della madre surrogata nel momento in cui dovrà consegnare ai genitori intenzionali il bambino che ha portato in grembo.

Va sul punto osservato che nel panorama estremamente diversificato degli Stati Uniti, vi sono alcuni Stati che contemplano, oltre alla surrogazione gestazionale, o anche detta *full surrogacy*, anche la surrogazione cosiddetta parziale, in cui la surrogata è anche geneticamente legata al feto. In questo caso, la madre surrogata ha per legge il diritto di recedere dal contratto entro un termine, anche qui molto ristretto, che normalmente è stabilito fra le settantadue e quarantotto ore dopo la nascita del bambino<sup>67</sup>.

Come noto, il problema si pone in altri termini nel contesto europeo. Al netto della diversa qualificazione e quindi della diversa regolamentazione, nella gran parte degli ordinamenti che disciplinano tali accordi, il diritto al ripensamento per la madre surrogata deve essere garantito anche dopo la nascita. A questo proposito, merita citare l'esperienza del Portogallo, che con la riforma che ha introdotto la possibilità della maternità surrogata altruistica (legge 90/2021), garantisce la revocabilità del consenso prestato dalla surrogata fino alla registrazione del nato nell'atto di nascita.<sup>68</sup> Occorre precisare che il problema dei ripensamenti non è univocamente legato alla madre surrogata, ma può presentarsi anche nei genitori intenzionali che, in ipo-

<sup>65</sup> Cfr. MILLER E WERTHEIMER (eds.), *op.cit.*

<sup>66</sup> Inadempimento che può coinvolgere non solo la madre surrogata, ma anche i genitori intenzionali. È quanto accaduto nel 2014 con il caso Baby Gammy. Il caso ha coinvolto una gravidanza gemellare da parte di una madre surrogata thailandese in accordo con due genitori intenzionali australiani. Quando i genitori intenzionali hanno scoperto che uno dei due era affetto da sindrome di Down, hanno dapprima intimato la madre surrogata di abortire ed in seguito al suo rifiuto hanno abbandonato la bambina in Thailandia, portando in Australia con loro la sorella gemella "sana". A seguito di questo drammatico caso, la Thailandia ha modificato la propria legge proibendo la maternità surrogata a coppie straniere. Cfr., Protection for Children Born Through Assisted Reproductive Technologies Act, B.E. 2558; A. STASI, *Protection for Children Born Through Assisted Reproductive Technologies Act, B.E. 2558: The Changing Profile of Surrogacy in Thailand*, in *Clinical Medicine Insights: Reproductive Health*. 2017;11, 1-7.

<sup>67</sup> Così in New Jersey, cfr. A.H.W. v. G.H.B., 772 A.2d 948, 949 (N.J. Super. Ct. Ch. Div. 2000) ed in Florida, cfr. FL Stat. § 742.15.

<sup>68</sup> Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro Altera o regime jurídico aplicável à gestação de substituição, alterando a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, que regula a procriação medicamente assistida, art. 8: *Per quanto riguarda la validità e l'efficacia del consenso delle parti, le disposizioni dell'articolo 14 si applicano alla maternità surrogata, con i necessari adattamenti, ad eccezione delle disposizioni del paragrafo 4 sul consenso liberamente revocabile, che nei casi di maternità surrogata può avvenire, per volontà della gestante, fino alla registrazione del bambino nato.*(traduzione a cura dell'autrice). Cfr. in dottrina, G. DE OLIVEIRA, *Duas mãe há só uma!*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, 60.

tesi, potrebbero chiedere l'annullamento del contratto, a seguito della loro insoddisfazione per il bambino risultante, dovuta ad esempio, alla presenza di malattie o handicap; ovvero per altre ragioni, legate al deterioramento del loro rapporto, alla separazione o al divorzio<sup>69</sup>.

Il consenso come strumento posto a tutela della libertà del soggetto deve essere valutato attraverso un'attenta considerazione di elementi, fra cui i limiti cognitivi, lo squilibrio economico e sociale tra le parti, la protezione delle persone vulnerabili. Il discorso non è affatto nuovo ed ha già informato, come noto, approcci legislativi diversi in determinate aree – basti pensare ai contratti con i consumatori o alla disciplina dei cd contratti di adesione, peraltro ricevendo unanime e pacifica accoglienza. Nel contesto degli accordi di gestazione per altri, i problemi a ciò connessi sono ancora più evidenti, vista la peculiarità della relazione giuridica. Il conflitto tra autonomia ed eteronomia, fra libertà e dignità, in particolare quando sono coinvolti diritti indisponibili e diritti di terzi riemerge con forza<sup>70</sup>. Come ben evidenziato da autorevole dottrina, “una pratica della surrogazione di maternità in qualche modo compatibile con i principi fondamentali dell’ordinamento, esige un patrimonio di conoscenza empirica e un livello di elaborazione teorica che non possediamo ancora. Non è chiaro, infatti, quali predicati dovrebbero qualificare l’accordo di surrogazione di maternità per ricondurre l’imprevedibilità dei casi concreti alla riconoscibilità della fattispecie generale e astratta né, soprattutto, quale metodo e quali argomenti dovrebbero sostenere la selezione degli elementi normativi qualificanti”<sup>71</sup>.

## 6. Consenso e diritto alla autodeterminazione della donna.

Il modello regolamentativo basato sul contratto commerciale è stato sostenuto da alcune posizioni dottrinali - anche femministe - che vedono nella capacità di un consenso autonomo, informato e valido una possibilità di esplicazione dell’autonomia privata della donna, finalmente libera da logiche di paternalismo, ispirata ad un modello di razionalità efficiente<sup>72</sup>. In tale

<sup>69</sup> Come nel caso di “Baby Gammy”, un bambino affetto da sindrome di Down che era stato abbandonato in Thailandia dai suoi genitori australiani (e dal padre biologico) affinché fosse accudito dalla sua madre surrogata. Cfr., A. WHITTAKER, *From ‘Mung Ming’ to ‘Baby Gammy’: a local history of assisted reproduction in Thailand*, in *Repr. Biomed. & Society Online*, 2016, 71-78.

<sup>70</sup> Come ribadito dalla Corte di Cassazione italiana, Cass., S.U., 30.12.2022, n. 38162, in *Fam. e dir.*, 2023, 5, 412: “nella gestazione per altri non ci sono soltanto i desideri di genitorialità, le aspirazioni e i progetti della coppia committente. Ci sono persone concrete. Ci sono donne usate come strumento per funzioni riproduttive, con i loro diritti inalienabili annullati o sospesi dentro procedure contrattuali. Ci sono bambini esposti a una pratica che determina incertezze sul loro status e, quindi, sulla loro identità nella società.”

<sup>71</sup> V. CALDERAI, *Back to the basics*, cit.

<sup>72</sup> Y. MARGALIT, *In Defense of Surrogacy Agreements: A Modern Contract Law Perspective*, 20 *Wm. & Mary J. Women & L.* 423 (2014); R.A. POSNER, *The Ethics and Economics of Enforcing Contracts of Surrogate Motherhood*, in 5 *J. Contemp. Health L. Pol.*, 1989, 21-31, 30; R. A. EPSTEIN, *Surrogacy: The Case for Full Contractual Enforcement*, in 81 *Va. L. Rev.*, 1995, 2305, 2335; J. DALZELL, *The Enforcement of Selective Reduction Clauses in Surrogacy Contracts*, in *Widener Comm. Law Rev.*, 27, 2018, 83-123, 104

ottica, sostenere che la donna non ha la possibilità di consentire liberamente all'accordo (per mancanza di elementi certi sul futuro) significa ricondurre e ridurre la libertà e la volontà della donna all'interno di una logica maschile e paternalistica<sup>73</sup>.

Tuttavia, anche in questi casi, occorre bilanciare il consenso, considerato irrevocabile con il diritto di autodeterminazione della donna nelle scelte personalissime.

Sul punto è interessante ricordare che già nel caso *Johnson v. Calvert*, i giudici misero da parte l'applicabilità di una clausola del contratto che stabiliva che la coppia intenzionale aveva il "diritto esclusivo" di ordinare l'aborto della gravidanza intrapresa, nonostante fosse comunque indicato nel contratto che la donna incinta "aveva il diritto assoluto di abortire o meno qualsiasi feto"<sup>74</sup>.

Nel 2016, una madre surrogata, Melissa Cook, concluse un contratto di surrogazione con un padre intenzionale. A causa dell'età avanzata della Cook, erano stati trasferiti più embrioni nell'utero della surrogata. Il contratto prevedeva una clausola di riduzione selettiva degli embrioni, ad un solo feto. Melissa Cook si rifiutò di ridurre selettivamente una gravidanza triplice ad alto rischio e diede alla luce tre gemelli. Pur avendo firmato e presumibilmente letto la clausola di riduzione selettiva Cook rifiutò di accettarla "adducendo le sue convinzioni antiabortiste". In questo caso, nessuna pretesa risarcitoria venne riconosciuta nei confronti del padre intenzionale per l'inadempimento contrattuale della surrogata. Secondo la Corte, dalla clausola inserita nel contratto non poteva scaturire alcuna pretesa risarcitoria, essendo in contrasto con un diritto fondamentale in capo alla surrogata.

Tuttavia, è interessante rilevare che una clausola di questo tipo è ampiamente utilizzata nei contratti statunitensi, ed è spesso formulata in modo tale da porre la madre surrogata in una posizione di soggezione ai desideri dei genitori intenzionali, che giungono fino a chiedere alla madre una riduzione selettiva, senza alcuna giustificazione, anche in una fase molto avanzata della gravidanza<sup>75</sup>. In un altro caso, l'accordo di maternità surrogata conteneva

<sup>73</sup> Cfr. R.A. POSNER, *op.cit.*, 27: "The idea that women are particularly prone to be exploited in the market place harkens back to the time when married women were deemed legally incompetent to make enforceable contracts". Cfr. J. DALZELL *op.loc.ult.cit.*: "With a clear legal rule that selective reduction clauses are enforceable, any woman with doubts about her psychological stability will steer away from contracting altogether, avoiding the problem of later regret. Furthermore, the sanctity of all contracts can be reinforced by holding surrogates to their commitments at the time of contracting rather than their later change of mind".

<sup>74</sup> Cfr. *Johnson*, cit., 784.

<sup>75</sup> Cfr. nel caso *Stoyanov v Kelley*, Complaint H 3,5 & 6, May 10, 2012. La clausola del contratto era così formulata: *Abortion and Selective Reduction due to severe fetus abnormality: The Gestational Carrier agrees to selective fetus [sic] reduction or/and abortion in case of severe fetus [sic] abnormality as determined by 3-dimensional [sic] ultrasound test with following pathology expertise, or by any other procedure or test(s) used to diagnose sever[sic] fetus abnormality*; cfr. D. L. FORMAN, *Abortion Clauses in Surrogacy Contracts: Insights from a Case Study*, in 49 *Fam. L.Q.* 29, 29 (2015), 49. Cfr., anche J. F. MORRISSEY, *Surrogacy: The Process, The Law, and The Contracts*, in 51 *Willamette L. Rev.* 459, 533-34 (2015), che fornisce l'esempio di una clausola di riduzione selettiva di embrioni: "Example 3-13: *Selective Reduction: The parties hereto agree that if the Surrogate becomes pregnant with [two] [three] or more embryos, that the Intended Parents will have the right to request*



una clausola che limitava la possibilità della surrogata di interrompere la gravidanza senza il consenso della coppia intenzionale, salvo il caso in cui la surrogata fosse stata in pericolo di vita<sup>76</sup>.

Inoltre parte della dottrina ammette la possibilità di rinunciare ai diritti costituzionalmente garantiti da parte della madre surrogata, considerando il consenso alle clausole che impongono la rinuncia di tali diritti, valido e *enforceable*, come la rinuncia al diritto all'aborto, al momento della stipula del contratto. In questi casi infatti la rinuncia avviene al momento della conclusione del contratto, i giudici non imporrebbero quindi una procedura di aborto, ma piuttosto darebbero esecuzione ad una scelta volontaria e precostituita della madre surrogata<sup>77</sup>.

Secondo una tale impostazione, le madri surrogate sono vincolate al consenso dato al momento della conclusione del contratto e non è ammessa la possibilità di cambiare idea in un secondo momento, dal momento che ciò impatterebbe significativamente sulle decisioni procreative e sulla pianificazione familiare di altri.

Se, da un lato, la previsione che impedisce di inserire nel contratto una clausola che imponga o precluda alla madre surrogata di interrompere la gravidanza è stata espressamente contemplata nella legislazione di alcuni Stati dell'Unione<sup>78</sup>, vi sono stati che hanno legiferato in senso contrario,

---

*a selective reduction up until the [12 th][ 2 0th] week of pregnancy, as measured from the date of insemination. If such a request is made, then the Responsible Physician will identify the embryos with the lowest chance of survival and will terminate that or those embryos, allowing the most viable to remain and develop. Understanding that such a provision is not specifically enforceable, the Surrogate agrees to respect and follow the wishes of the Intended Parents in this regard. In any event, the parties agree that if any Responsible Physician advises that continuing to be pregnant with multiples puts the Surrogate's life or health at risk, then the Surrogate shall have the right to decide to terminate any or all of the embryos at any time”.*

<sup>76</sup> Cfr. D. L., FORMAN, *Abortion Clauses in Surrogacy Contracts: Insights from a Case Study*, in *Fam. Law Quart.*, 2015, 49(1), 29–53.

<sup>77</sup> Cfr. J. DALZELL, *op.cit.*, 122: “Furthermore, there is no state compulsion involved in waiving the right to an abortion. In the case of surrogacy contracts, in which the individual has already agreed to forego their rights to abortion at the time of contracting, the court would not be compelling an abortion procedure, but rather compelling the surrogate's voluntarily pre-made choice”.

<sup>78</sup> In conformità con quanto proposto dall'*Uniform Parentage Act* del 2017 Cfr. UPA, 2017, §812 che preclude “determinate forme di esecuzione specifica che impongano alla madre surrogata di rimanere incinta, di interrompere o non interrompere una gravidanza, o di sottoporsi a procedure mediche”, in quanto tali previsioni violerebbero i diritti costituzionali della madre surrogata. Cfr. Me. Rev. Stat. tit. 19-a, § 1938(5), che stabilisce il divieto per l'impianto e l'interruzione, ma non per la sottomissione a procedure mediche; Nev. Rev. Stat. § 126.780, secondo cui non deve essere disponibile alcun rimedio di esecuzione specifica in caso di violazione dell'accordo di gestazione da parte della madre surrogata laddove una clausola del contratto imponga alla madre surrogata di rimanere incinta. Indiana Code, §§31-20-1-1, secondo cui: “the general assembly declares that it is against public policy to enforce any term of a surrogate agreement that requires a surrogate to do any of the following: (1) Provide a gamete to conceive a child. (2) Become pregnant. (3) Consent to undergo or undergo an abortion”; cfr. anche, N.H. STAT. ANN. § 168-B:27 (LexisNexis 2001) (“[T]here shall be no specific performance for a breach by the surrogate of a surrogacy contract term that: I. requires her to become impregnated; II. requires her to have an abortion; or III. forbids her to have an abortion.”). Nella giurisprudenza, oltre ai casi già citati, cfr. In re Marriage of Witten, 672 N.W.2d 768, 781-83 (Iowa 2003), 772-773, 781.

aprendo la porta alla esecutorietà di clausole che impongono l'aborto, nonostante siano incostituzionali. Nel 2014, il New Hampshire ha modificato le proprie leggi sulla maternità surrogata per garantire la protezione degli accordi conclusi fra la surrogata e la coppia intenzionale. La norma prevede che gli accordi che soddisfano i requisiti minimi stabiliti dalla legge sono presuntivamente validi e applicabili<sup>79</sup>. Fra i requisiti minimi la previsione include anche "l'esplicito accordo scritto di tutte le parti sulle modalità con cui verranno prese le decisioni relative all'interruzione della gravidanza"<sup>80</sup>. La disposizione suggerisce in tal modo la validità della clausola del contratto che consenta ai genitori intenzionali di optare per l'interruzione della gravidanza a determinate condizioni<sup>81</sup>.

Gli stessi problemi, al di qua dell'Oceano, sono stati affrontati dalla Corte Costituzionale portoghese. Per tutelare la libera scelta della madre surrogata e il principio di autodeterminazione è necessario valutare, caso per caso, se una donna che accetta di portare a termine una gravidanza senza diventare madre del bambino che partorirà si trovi in una posizione di sottomissione. La scelta della madre surrogata di non far valere il proprio titolo alla maternità ovvero di non esercitare il diritto all'aborto potrebbe essere condizionata dal timore di dover risarcire i committenti. La Corte Costituzionale portoghese ha stabilito che non vi è violazione della dignità della donna, soltanto se il suo consenso è il risultato di una scelta libera e consapevole, indipendente da considerazioni economiche, e se questa scelta è revocabile<sup>82</sup>. Analogamente, la Corte di Cassazione italiana ha affermato che "il consenso come espressione della libera scelta della madre gestante ed espressione del principio di autodeterminazione andrebbe valutato caso per caso, esaminando in particolare se la donna che accetti di portare a termine una gravidanza anche nella prospettiva di non diventare la madre del bambino che partorirà, si trovi o meno in una condizione di soggezione", valutando "il reale grado di libertà e consapevolezza della scelta effettuata, nonché le modalità di partecipazione alla scelta da parte del genitore intenzionale"<sup>83</sup>. In una logica di protezione dei soggetti vulnerabili, "le condizioni accettate dalla madre surrogata potrebbero essere considerate non lesive della

---

Nel caso riguardante la crioconservazione di embrioni dopo la dissoluzione del matrimonio di una coppia, i giudici della Corte dell'Iowa ritennero "contrario all'ordine pubblico di questo Stato far rispettare un accordo precedente tra le parti in questo settore altamente personale della scelta riproduttiva quando una delle parti ha cambiato idea sulla disposizione o sull'uso degli embrioni".

<sup>79</sup> NH Rev Stat § 168-B:11 (2023).

<sup>80</sup> NH Rev Stat § 168-B:11 (2023), Requirements for a Gestational Carrier Agreement– A gestational carrier agreement shall meet all of the following minimum requirements: (f) The express written agreement of all parties as to how decisions regarding termination of the pregnancy shall be made.

<sup>81</sup> Indirettamente, anche la legislazione del Nevada, ammette la validità delle clausole abortive, cfr. NV Rev Stat § 126.780 (2024); NV Rev Stat § 126.750 (2024)

<sup>82</sup> Cfr. Tribunal Constitucional du Portugal, 24.04.2018, n. 225.

<sup>83</sup> Cass., (ord.), 21.01. 2022, n. 1842, in *Giur. It.*, n. 8-9, 2022, p. 1825, con nota di U. SALANITRO, *Maternità surrogata e ordine pubblico: la penultima tappa?*



sua dignità solo se siano il frutto di una scelta libera e consapevole, indipendente da contropartite economiche e, infine, se tale scelta sia revocabile”<sup>84</sup>.

## 7. Dall'autonomia all'eteronomia: il caso di Israele

Come già accennato, per una parte della dottrina il consenso è espressione della autonomia nelle scelte riproduttive. Lo è anche quando tali scelte siano al centro di un accordo contrattuale, anche quando sia previsto un corrispettivo in denaro, anche quando il consenso nelle scelte riproduttive sia considerato, agli occhi dei più, svilente per la dignità della donna (poiché la percezione attiene ad un'area soggettiva, peraltro proveniente soggetti esterni e, dunque, irrilevante)<sup>85</sup>. Per alcune voci dottrinarie “la netta affermazione della libertà di autodeterminazione delle donne in campo sessuale e procreativo” si realizzerebbe soltanto seguendo questa impostazione, poiché sarebbe l'unica a realizzare una libertà “che il diritto può regolare, ma non sindacare nelle sue motivazioni di fondo”<sup>86</sup>.

Secondo questa visione, la libertà/validità del consenso prestato dalla futura gestante alla pratica sussiste anche laddove la madre portante sia indotta a tanto dal bisogno economico o comunque da condizioni materiali di vita precarie o svantaggiate. Se si elaborano le regole in chiave distributiva, si possono mettere a fuoco i costi e i benefici della loro applicazione verso i vari destinatari protagonisti della vicenda<sup>87</sup>. La volontà della donna attraverso il consenso alla maternità surrogata, lungi dal violare la dignità della donna, la tutelerebbe nella sua “dignità sociale”, come bio-lavoratrice. In quest'ottica l'autonomia della donna espressa con il consenso all'interno del contratto rappresenta lo strumento efficace per uscire dalla dipendenza, intesa come subordinazione, anche economica, dal partner maschile attraverso il libero esercizio di una prerogativa (capacità riproduttiva), che è tutta femminile<sup>88</sup>.

<sup>84</sup> Cass., (ord.), 21.01. 2022, n. 1842, in *Giur. It.*, n. 8-9, 2022, p. 1825, con nota di U. SALANITRO, *Maternità surrogata e ordine pubblico: la penultima tappa?* Nella dottrina americana, cfr. M. A. EISENBERG, *Relational Contracts*, in J. BEATSON E D. FRIEDMANN (eds.) *Good Faith and Fault in Contract Law*, 291, 301, Oxford, 1995; ID., *The Limits of Cognition and the Limits of Contract*, in 47 *Stan. L. Rev.* 211, 232-40 (1995); ma anche S. J. BAYERN, *Rational Ignorance, Rational Closed-Mindedness, and Modern Economic Formalism in Contract Law*, in 97 *Cal. L. Rev.* 943 (2009), 943-974.

<sup>85</sup> M. R. MARELLA, *La GPA fra conflitti distributivi e governo del limite*, in *Pol. Dir.*, 3/2023, 365-388.

<sup>86</sup> M. R. MARELLA, *op.ult.cit.*, 367.

<sup>87</sup> M. R. MARELLA, *op.loc.ult.cit.*

<sup>88</sup> M. R. MARELLA, *op.ult.cit.*, 380: “poiché la gestazione è prerogativa femminile - la competizione col genere maschile è esclusa *in re ipsa* - e la pratica della *surrogacy* fa perno sul riconoscimento del valore produttivo del lavoro riproduttivo”; e 379-381: “posta l'adesione consapevole della donna al contratto, cioè la validità del suo consenso in ragione della valutazione consapevole dei costi umani della sua scelta, (...), il tema diventa il conflitto distributivo sul valore prodotto dalla cooperazione fra le parti del contratto, cioè sul prodotto comune”, che “non è il nato, ma l'attività svolta, il servizio procreativo complessivamente inteso”.



Occorre segnalare che sul punto, la dottrina che ha globalmente diffuso la contrattualizzazione della capacità riproduttiva della donna – definita *birth power* - come potenza generatrice femminile da giocarsi nel mercato per affermare la propria autonomia decisionale e trarne vantaggi in termini di potere economico e sociale, ha espresso, dopo attenta analisi, forti perplessità sulla validità di un simile approccio. L'indagine comparatistica ha mostrato che l'endiadi consenso/autodeterminazione negli accordi di maternità surrogata può essere usata in modo strumentale per realizzare interessi diametralmente opposti giungendo ad una disciplina fortemente eteronoma giustificata da logiche statali pro nataliste<sup>89</sup>. Ne è un esempio la disciplina israeliana che per prima ha legiferato sul tema<sup>90</sup>, ammettendo la maternità surrogata commerciale dietro corresponsione di un compenso per la surrogata, e vietando, al contrario, la maternità surrogata altruistica<sup>91</sup>. In questo scenario la disciplina del consenso della madre surrogata e dei genitori intenzionali si colloca in un quadro di regolamentazione estremamente rigido predisposto dallo Stato che erode quasi del tutto lo spazio di autonomia delle parti. In Israele, si è passati dal diritto “negativo” di autodeterminazione alle scelte procreative e alla capacità riproduttiva, ad un diritto positivo, imposto dallo Stato, per realizzare obiettivi di natalità in chiave fortemente nazionalista.

In aperto contrasto con le precedenti posizioni assunte nel celebre *Birth Power* degli anni '80<sup>92</sup>, Shalev e altri, constatano che attualmente in Israele la maternità per contratto - lungi dal rappresentare la autodeterminazione della donna nel libero esercizio della sua capacità riproduttiva - ha assunto i contorni di un diritto positivamente imposto, eteronomo e patriarcale<sup>93</sup>. In questo contesto, il vero atto di dissidenza sociale sarebbe quello di opporre resistenza ad una tale scelta<sup>94</sup>. Se in passato il quadro normativo rifletteva

<sup>89</sup> Cfr. R. SCHUZ, *Surrogacy in Israel*, in J.M. SCHERPE, C. FENTON GLYNN AND T. KAAAN (eds), *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, 168.

<sup>90</sup> Cfr. Israel Ministry of Health, *Approval of Agreement and Status of Newborn Law*, 1996, modificato nel 2018.

<sup>91</sup> In quanto ammettere la forma altruistica che include una relazione tra la surrogata e i genitori committenti provocherebbe incertezze sullo stato del nato, contravvenendo ad alcuni principi della religione ebraica.

<sup>92</sup> C. SHALEV, *Birth Power: The Case for Surrogacy*, New Haven, Yale University Press, 1989. L'autrice ha rivisto la propria posizione, cfr. C. SHALEV, *In the Throes of Revolution: Birthing Pangs of Medical Reproduction in Israel and Beyond*, in S. MITRA ET AL. (eds.), *Cross-Cultural Comparisons on Surrogacy and Egg Donation*, Palgrave, London-New York, 2018, 327-349, 331, 333. C. SHALEV et al., *Ethics and regulation of inter-country medically assisted reproduction: a call for action*, in *Israel Journal of Health Policy Research*, 2016,5:59, 1-12.

<sup>93</sup> La legge è anche patriarcale ed etero normativa in quanto gli *intended parents* devono essere sposati e eterosessuali, mentre la madre surrogata deve essere non sposata, a meno che la commissione non approvi diversamente, se convinta che la coppia non sia in grado di trovare una madre surrogata non sposata, cfr. N. RIMON-ZARFATI, *Parochial Altruism: A Religious-Sensitive Analysis of the Israeli Surrogacy and Egg Donation Legislation*, in S. MITRA ET AL (eds.), *Cross-Cultural Comparisons on Surrogacy and Egg Donation*, Palgrave, London-New York, 2018, 371-393.

<sup>94</sup> Cfr. C. SHALEV, *In the Throes of Revolution*, cit., 335: “freedom of choice whether to become or not become a parent is a positive right imposed by the State in Israel, non-use of these technologies requires a power of will to withstand pressure, almost as an act of social dissidence”, e a 343: *Thirty years ago, when the practice first began, the issues were wom-*

un modello liberale del diritto alla privacy e alla libertà nelle decisioni riproduttive della donna, attualmente esso assume i contorni di una pretesa neoliberale del diritto alla genitorialità di tipo “eugenetico e consumerista”<sup>95</sup> che rispecchia modelli tradizionali e politiche pro nataliste (informate da valori nazionalisti e religiosi), che pongono la donna single al servizio della donna sposata<sup>96</sup>.

### 8. L'atto del consenso nella maternità surrogata “etica” o altruistica.

Nell'ambito di diritti della personalità l'atto del consenso del titolare si situa fuori dall'area del contratto. Come opportunamente osservato, “posto che non è possibile trasferire il diritto, il suo titolare non potrà disporne ma unicamente consentire una ingerenza nella propria sfera personale determinandone in tal modo la liceità. Tale manifestazione di volontà è tradizionalmente ricondotta al consenso dell'avente diritto, inteso come rimozione del dovere generale di astensione e pertanto come scriminante di un comportamento (del terzo) altrimenti illecito non costituisce un contratto, bensì un'eccezione che rende leciti comportamenti che, se non autorizzati, potrebbero configurarsi come reati penali o civili”<sup>97</sup>. Sotto questo profilo, le differenze fondamentali rispetto al consenso alla base del contratto risiedono nel fatto che il consenso prestato può applicarsi anche nel campo dei diritti della personalità<sup>98</sup>. Si tratta di un atto unilaterale; il consenso deve essere sempre informato, non richiede una causa ed è, in linea di principio, sempre revocabile<sup>99</sup>. Pertanto, se l'ambito di applicazione del contratto è limitato al campo dei diritti inalienabili, il consenso dell'avente diritto ha una portata più am-

---

*en's reproductive freedom to choose whether or not to become mothers, and their agency to enter a legally binding agreement as to their reproductive capacity. Since then, the hold of patriarchy over women's lives has weakened, and reproduction has undergone a process of medicalisation that is proliferating through an unregulated global market involving the cross-border movement of IPs, third-party collaborators, human gametes and embryos, and newborn children. The normative framing has shifted from a liberal articulation of a right to privacy and freedom from state intervention in reproductive decisions to a neoliberal claim for a consumerist and eugenic right to parenthood. Surrogacy takes place within this context and also exemplifies it. The questions around surrogacy with which Israel is now struggling reflect the normalisation of reproductive medical intervention and are a result of globalization”.*

<sup>95</sup> N. RIMON-ZARFATI, *op.cit.*, 371-393.

<sup>96</sup> Cfr. N. RIMON-ZARFATI, *op.ult.cit.*, 378; C. SHALEV, *In the Throes of Revolution*, cit., 333, 335-336; R. SCHUZ, *op. cit.*, 168-169.

<sup>97</sup> Cfr. S. THOBANI, *op. cit.*, 57-58.

<sup>98</sup> Cfr. A. NICOLUSSI, *Autonomia privata e diritti della personalità*, in *Enc. dir.*, Annali IV, Milano, 2011, 137 secondo cui, benché non si possa affermare la natura contrattuale del consenso all'utilizzo degli attributi della propria persona “[d]al punto di vista del contenuto, l'atto può presentarsi astrattamente secondo diverse tipologie, come atto di disposizione nel significato di alienazione di un diritto o di rinuncia ad esso, ma anche come pura manifestazione di consenso a una invasione non permanente della sfera personale senza abdicazione dal diritto”.

<sup>99</sup> Come suggerito, si tratterebbe di una dichiarazione di intenti, non vincolante e non azionabile in giudizio. Cfr. A.G. GRASSO, *op.cit.*, 2020, 68, n 57.

pia poiché può legittimare intrusioni o limitazioni non solo nel campo dei diritti patrimoniali, ma anche in quello dei diritti personali<sup>100</sup>. In questa prospettiva, il consenso dell'avente diritto può quindi permettere un'estensione dell'autonomia della volontà privata anche in ambiti esclusi in principio dal suo campo di applicazione, come quello del contratto. La dottrina che sostiene la regolamentazione della maternità surrogata basata sulla “logica del dono”, in quanto “espressione libera, gratuita e consapevole della capacità riproduttiva di un soggetto che per altruismo mette a disposizione di un altro soggetto e a cui trasferisce lo status di madre”, è “architettata” intorno a questo tipo di consenso. I sostenitori della maternità surrogata “altruistica” si rifanno alla logica del dono, caratterizzata dall'assenza di lucro e dalla spontaneità del gesto<sup>101</sup>. In tal modo, l'accordo rimarrebbe al di fuori della *ratio legis* del divieto di fare delle parti del corpo una fonte di lucro<sup>102</sup>, non si realizzerebbe la mercificazione del corpo della donna e non sarebbe quindi lesa la sua dignità<sup>103</sup>.

L'ombra della mercificazione verrebbe dunque scacciata, dal momento che il consenso gioca non sul piano contrattuale, ma come consenso all'atto dispositivo sull'integrità fisica e la salute della madre gestante, ed è quindi sempre revocabile<sup>104</sup>. A differenza della disciplina contrattuale, la surrogata potrà sempre recedere *ad nutum*, anche attraverso la scelta di interrompere la gravidanza, una volta che sia venuta meno quella tensione ideale che l'aveva determinata e che - va precisato - deve sorreggere ogni fase dell'esecuzione della stessa.<sup>105</sup> Tuttavia non si può nascondere che una simile ricostruzione desta alcune obiezioni, o almeno, interrogativi. Se, come osservato in dottrina, in questo contesto, “l'aspettativa che tale promessa” può

<sup>100</sup> Cfr. S. THOBANI, *op. cit.*, 73, 78-79.

<sup>101</sup> Cfr. A.G. GRASSO, *op. cit.*, 2020, 301. Va sul punto osservato che il principio di gratuità è richiamato e sancito da specifiche leggi speciali che, in deroga a quanto stabilito dall'art. 5 del codice civile, ammettono atti di disposizione del proprio corpo anche quando comportano una diminuzione permanente dell'integrità fisica. Tra gli esempi più rilevanti si possono citare: l'art. 6 della legge 26 giugno 1967, n. 458, relativo alla donazione del rene; l'art. 1 del decreto legislativo 24 giugno 2003, n. 211, in materia di sperimentazione clinica; l'art. 4 della legge 21 ottobre 2005, n. 219, sulla donazione del sangue; e l'art. 4 della legge 6 marzo 2001, n. 52, che disciplina la donazione del midollo osseo. A livello generale, il principio trova conferma anche in fonti internazionali: l'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea vieta di “fare del corpo umano e delle sue parti, in quanto tali, una fonte di lucro”; analogamente, l'art. 12 della Convenzione di Oviedo stabilisce che “il corpo umano e le sue parti non devono essere, in quanto tali, fonte di profitto”. Cfr., G. RESTA, *Contratto e persona*, in V. ROPPO, *Trattato del contratto*, IV, *Interferenze*, Milano, 2006, 17-58.

<sup>102</sup> Che nel contesto europeo è sancita dalle fonti internazionali già citate. La Convenzione europea sui diritti dell'uomo e la biomedicina, firmata a Oviedo il 4 aprile 1997 sancisce all'art. 12 che “il corpo umano e le sue parti non debbono essere, in quanto tali, fonte di lucro”; l'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che vieta nell'ambito della medicina e della biologia di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro”.

<sup>103</sup> A.G. GRASSO, *op. cit.*, 151.

<sup>104</sup> Cfr. S. THOBANI, *op. cit.*, 98: “non vi è dubbio, invece, che la libera revocabilità del consenso sia pienamente compatibile con lo schema del consenso dell'avente diritto”.

<sup>105</sup> Cfr. B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dell'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 1,2017, 183-245, 224-225.

“far sorgere in capo ai genitori beneficiari non assumerebbe i contorni di una vera e propria aspettativa giuridicamente rilevante, ma rimarrebbe, piuttosto, sul piano di una semplice speranza, giuridicamente non tutelabile”<sup>106</sup>, una parte della dottrina si interroga sulla possibilità di conciliare nella realtà la volontà espressa dalla surrogata con gli effetti scaturenti da questa stessa volontà sostenuta dalla logica altruistica, se non attraverso l’assunzione di obbligazioni reciproche fra le parti coinvolte<sup>107</sup>.

Fra gli ordinamenti che disciplinano la maternità surrogata in forma gratuita si segnala il Regno Unito, che - definendoli “arrangement”<sup>108</sup> - ammette la revocabilità del consenso da parte della madre surrogata nelle prime sei settimane di vita. Soltanto allo spirare del termine delle sei settimane i genitori intenzionali potranno fare richiesta al giudice di un *parental order*, un provvedimento giudiziario con cui il giudice, dopo aver verificato la situazione di fatto e il rispetto delle condizioni di legge sulla base del criterio del “*best interest of the child*”, modifica l’atto di nascita e trasferisce lo status genitoriale dalla madre surrogata alla coppia intenzionale<sup>109</sup>.

Nel diritto inglese, poiché gli accordi di maternità surrogata non sono vincolanti né esecutivi, non vi è alcuna «*contractual obligation to give up the child*» in capo alla madre surrogata e i genitori intenzionali non possono avanzare, di fronte al rifiuto della donna, una domanda volta ad ottenere coattivamente l’affidamento del minore, né diretta ad avere indietro quanto speso a favore della gestante e in esecuzione dell’accordo<sup>110</sup>.

Nell’ordinamento inglese, infatti, la partoriente è la madre legale, e i genitori intenzionali potranno, solo successivamente alla nascita, richiedere l’emissione di un *parental order*. Tuttavia, si è constatato che in Inghilterra le Corti spesso convalidano versamenti in denaro che eccedono la soglia del rimborso delle spese mediche, che sono in realtà pagamenti veri e propri mascherati sotto la voce di rimborsi spese<sup>111</sup>. Anche in Grecia, dove è ammessa la sola maternità surrogata di tipo altruistico e vi è un espresso divieto di accordi di tipo commerciale, molte delle surrogazioni materne che vengono praticate sono, in realtà, contratti avente natura commerciale<sup>112</sup>. Come

<sup>106</sup> A.G. GRASSO, *op. cit.*, 301; V. CALDERAI, *The conquest of ubiquity, or: why we should not regulate commercial surrogacy (and need not regulate altruistic surrogacy either)*, in *Fam.*, 2018, 405.

<sup>107</sup> Cfr. M. FABRE MAGNAN, *L’impossibilité d’une gestation pour autrui “éthique”*, *cit.*, 466.

<sup>108</sup> Cfr. *Surrogacy Arrangements Act 1985*

<sup>109</sup> Cfr. Section 54, *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*

<sup>110</sup> Cfr. *Surrogacy Arrangements Act 1985*: Surrogacy arrangements unenforceable. No surrogacy arrangement is enforceable by or against any of the persons making it.

<sup>111</sup> Cfr. C. FENTON-GLYNN, *Surrogacy in England and Wales*, in J. M. SCHERPE, C. FENTON-GLYNN, T. KAAAN (EDS.), *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, 121; K. HORSEY, *Surrogacy in the United Kingdom. Present and Future Challenges*, in E. SCOTT SILLS (ed.), *Handbook of Gestational Surrogacy*, *cit.*, 272; E. JACKSON, *UK law and international commercial surrogacy: ‘the very antithesis of sensible*, in *J. Med. Law and Ethics*, 4 (3), 2016, 197-214, 199-200.

<sup>112</sup> A. N. HATZIS, *From soft to hard paternalism and back: the regulation*, in *Port. Econ. J.*, 21 luglio 2009, 9; E. ZERVOGIANNI, *Surrogacy in Greece*, in J.M. SCHERPE, C. FENTON-GLYNN, T. KAAAN (EDS.), *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019 147-164, 150-151.

affermato, spesso i genitori intenzionali e la gestante sono del tutto sconosciuti prima dell'accordo e il controllo giudiziario sulla genuinità di questo accordo è, di fatto, puramente formalistico. Il giudice non indaga sull'esistenza di uno stretto legame affettivo fra di loro, ma esprime il proprio assenso alla fine di un formale iter burocratico, nonostante risulti evidente non solo alle parti ma anche al giudice stesso che la surrogazione in atto non è affatto altruistica, ma, al contrario, un contratto di tipo commerciale e quindi illegale ai sensi del codice della famiglia greco<sup>113</sup>. Benché in astratto non sia impossibile trovare soggetti disposti a compiere atti di altruismo, animati dal solo desiderio di fare un dono a persone che vorrebbero diventare genitori, anche se estranei, appare evidente che in concreto la pratica basata sulla logica del puro dono potrebbe realisticamente reggere soltanto in ambiti familiari o di stretta amicizia<sup>114</sup> data la durata e l'impegno che la pratica richiede, e anche in questi ambiti, lo schema non prescinde dall'assunzione delle obbligazioni.

Ad una analisi realistica, i dati mostrano che una simile regolamentazione “platealmente fallimentare”<sup>115</sup>. Se, infatti, nella disciplina contrattuale di tipo “commerciale”, come precedentemente mostrato, si assiste al rischio “di fare entrare il mercato e logiche consumeristiche in aree che non sono rette solo da queste regole”; in quella etica, che si oppone all'ingresso sul mercato della capacità riproduttiva della donna, il rischio è quello di “impostare la regolazione di tali pratiche su schemi di gratuità o altruismo solo presunti”<sup>116</sup>. Il dato è comprensibile: il mercato prevede che in questo campo la domanda sia più alta dell'offerta; è quindi altamente improbabile che la pratica rispecchi la logica “altruistica” del dono<sup>117</sup>. In tale ottica, anche l'esistenza di intermediari e di sistemi di pubblicità “*profit making*” finalizzati a favorire la pratica della maternità surrogata non può che risultare stridente con la spontaneità che caratterizza la dinamica di un gesto puramente altruistico<sup>118</sup>.

<sup>113</sup> A. N. HATZIS, *op.loc.ult.cit.*

<sup>114</sup> Cfr. A.G. GRASSO, *op. cit.*, 107.

<sup>115</sup> Come opportunamente osservato da V. CALDERAI, *Back to the basics.*, cit.: “L'analisi comparatistica mostra come in occidente la combinazione di gratuità e revocabilità del consenso esista in purezza, ma per lo più sulla carta, solo nel Regno Unito, nei Paesi Bassi e, appunto, nella British Columbia. I risultati di questi esperimenti — tra incertezze applicative, mancanza di effettività, revisioni continue, proposte di riforma nel segno del controllo giudiziale preventivo e della vincolatività degli accordi a titolo oneroso — suggeriscono peraltro che la surrogazione altruistica tra estranei è un esempio plateale di fallimento della regolamentazione”.

<sup>116</sup> V. CALDERAI, *op.loc.ult.cit.*

<sup>117</sup> Un secondo dubbio sulla logica del dono proviene dal fatto che un dono perché sia definito tale dovrebbe provenire dalla surrogata ed essere rivolto alla coppia intenzionale, senza che questi ne facciano alcuna richiesta, dovrebbe essere offerto loro, come un regalo. Questi potranno accettare o rifiutare. Nella stragrande maggioranza dei casi, invece, il movimento che anima la logica del dono è contrario: il dono è richiesto dalla coppia intenzionale alla madre surrogata. In sostanza si chiede alla madre surrogata di fare un dono alla coppia intenzionale.

<sup>118</sup> Come peraltro dichiarato dalla dottrina che si è occupata del tema. Cfr. A. N. HATZIS, *From soft to hard paternalism and back: the regulation*, in *Port. Econ. J.*, 21 luglio 2009, 9. L'autore mostra che nelle decisioni pubblicate dal Tribunale di Atene dalla promulgazione della legge all'inizio del 2003 fino all'estate del 2007 “i risultati sono piuttosto impres-

## 9. Conclusioni.

Nella regolamentazione della pratica della maternità surrogata l'indagine comparatistica mostra come la volontà di introdurre le regole del mercato in ambiti che non sono regolati esclusivamente da tali norme (si pensi al modello adottato in Israele o in alcuni Stati del nord America) crea non pochi problemi in termini di tutela del contraente debole e dei soggetti coinvolti, di rimedi in caso di inadempimento e, più in generale, di certezza del diritto. D'altra parte, la spinta verso una ipotesi cosiddetta "etica", in alternativa alle ipotesi di mercificazione della capacità riproduttiva della donna, improntata sullo schema del dono o dell'altruismo, quali prestazioni super etiche al di fuori dalle logiche di profitto, rivela nella realtà forzature e finzioni<sup>119</sup>. Entrambe le ipotesi guardano al "consenso" come baluardo della libertà dei soggetti implicati e metro della liceità; entrambi le ipotesi mostrano – nella realtà – la debolezza dello strumento consensuale e l'ipocrisia di sistemi e interpreti che ad esso fanno ricorso. Come già opportunamente osservato, in questo tipo di accordi si deve "trafficare con la morale", a meno che non si voglia ciecamente massimizzare l'utilità sociale senza tenere conto del valore morale dei desideri che soddisfa<sup>120</sup>; ciò implica la necessità di includere

---

sionanti, ma non inaspettati: su 32 decisioni, solo in cinque casi la madre surrogata era una parente stretta (una madre, tre sorelle, una cognata). In tutti gli altri casi, la madre surrogata era una "migliore amica", spesso proveniente dall'Europa dell'Est (21 su 26) e, solo in cinque casi, una donna greca (con una differenza di età con la sua "migliore amica" tra i 10 e i 20 anni)". In merito al pagamento, è stato sottolineato che non è considerato pagamento (a) il risarcimento per i costi dell'inseminazione artificiale, della gravidanza e del periodo post-parto, così come (b) il risarcimento per la perdita di guadagno dovuta alla maternità surrogata". Cfr. anche E. ZERVOGIANNI, *op.cit.*, 150-151.

<sup>119</sup> Cfr. le incontestabili ragioni portate da V. CALDERAI, *La dignità umana, legal irritant del XXI secolo. Note minime sulla indisponibilità dei diritti inviolabili dopo S.U. 38162/2022*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2023, 668-677, 672: "Non è un caso, del resto, se in tutto il mondo il modello cosiddetto altruistico arretra di fronte all'avanzata della surrogazione commerciale. Le ragioni di questo scacco si annidano nei costi di transazione insostenibili di una maternità di sostituzione autenticamente altruistica e ispirata al principio della extra-patrimonialità del corpo e degli status: in assenza di incentivi economici adeguati, non abbastanza donne sono disposte a farsi carico dell'onere fisico e psicologico di una gravidanza; in mancanza di efficaci garanzie ex ante in merito all'esecuzione di accordi esposti a un gran numero di sopravvenienze, troppi aspiranti genitori preferiscono andare all'estero, piuttosto che sottostare alla discrezionalità di una sconosciuta e a pervasivi controlli giurisdizionali e amministrativi. Più radicalmente, si dovrebbe indagare se il collegamento tra ordine pubblico e gratuità non sia il retaggio di analogie spurie con la prostituzione (la donna che fa commercio del proprio corpo) e di stereotipi (inconsapevolmente ma) francamente sessisti". Cfr. anche le riflessioni di R. ANDORNO, *op.cit.*, 48: *le droit n'est, certes, pas servilement soumis au réel. Il peut parfois s'en détacher. L'existence de fictions et de présomptions nous le montre bien. Mais dans ces cas-là, c'est toujours le bien de la personne qui le guide et qui justifie le déguisement du réel. Autrement, lorsqu'il n'a pas besoin de recourir aux fictions, le droit ne le fait pas. Il essaye alors de conserver le lien avec la réalité des choses, parce qu'il sait bien que son abandon est parfois source d'injustices.*

<sup>120</sup> M.J. SANDELL, *What Money Can't Buy. The moral limits of Market*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2012, 120: "So when market reasoning travels beyond the domain of

nella regolamentazione tutti i soggetti implicati. Un'analisi realistica del fenomeno mette in luce che il consenso come baluardo della autodeterminazione della donna, posto quale limite invalicabile a qualsiasi intrusione esterna, è un paradigma che si rivela del tutto inappropriato in una realtà che prevede atti e prestazioni *other-regarding* (e non *self-regarding*) vista l'intrinseca dimensione relazionale della pratica<sup>121</sup>. Come sottolineato da Shalev, la natura di questi contratti è relazionale *ab origine*. Se è vero che le promesse vanno mantenute, è altrettanto vero che le regole del contratto e di comportamento che si addicono a un libero scambio di merci sembrano essere inadeguate quando si tratta della delicata e intima collaborazione umana necessaria per mettere al mondo un bambino<sup>122</sup>.

L'idea di libertà personale, intesa come autonomia assoluta dell'individuo, concepito come essere autosufficiente e indipendente dal contesto in cui è inserito, si rivela inappropriata nell'ambito della riproduzione, che, per sua stessa natura, non può compiersi singolarmente, né può realizzarsi in modo del tutto autonomo e indipendente<sup>123</sup>. Vi sono infatti valori, responsabilità, rischi e diritti che implicano non solo le parti contraenti, ma anche il nascituro e i familiari coinvolti<sup>124</sup>. In questo ambito entrano in gioco diritti e principi - come la dignità della persona - che, lungi dal concepire gli individui come entità separate, astratte dalle loro relazioni,<sup>125</sup> guardano al di là dell'interesse personale per affermare regole volte alla connessione e alla cooperazione fra i soggetti coinvolti.

---

*material goods, it must "traffic in morality", unless it wants blindly to maximize social utility without regard for the moral worth of the preferences it satisfies".*

<sup>121</sup> C. SHALEV, *In the Throes of Revolution*, cit., 346.

<sup>122</sup> C. SHALEV, *op.ult.cit.*, 327-349.

<sup>123</sup> Cfr. la preziosa ricostruzione del problema ad opera di V. CALDERAI, *Il problema del consenso nella bioetica*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 321-363.

<sup>124</sup> V. CALDERAI, *op.loc.ult.cit.*

<sup>125</sup> Per un interessante approccio critico alla ricostruzione del divieto di maternità surrogata e del conflitto tra dignità oggettiva e libertà, cfr. B. PARENZO, *Maternità surrogata, dignità e principio personalista*, in *questa rivista*, 2024/4, 1217-1245, in particolare 1227-1241.